

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Compte rendu de la table ronde sur le démantèlement des fusions concrétisées
(expériences et enjeux)**

**Annexe au compte rendu succinct de la 138e réunion du Comité de la concurrence tenue du 22
au 24 juin 2022**

23 juin 2022

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la table ronde sur le démantèlement des fusions concrétisées (expériences et enjeux) qui a eu lieu du 22 au 24 juin 2022 à l'occasion de la 138e réunion du Comité de la concurrence.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges.htm>.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco.
[Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

JT03509910

Compte rendu de la table ronde sur le démantèlement des fusions concrétisées (expériences et enjeux)

Le 23 juin 2022, le Comité de la concurrence de l'OCDE a tenu une table ronde afin de confronter les expériences et d'examiner les défis liés à l'évaluation des fusions concrétisées. La table ronde est présidée par M. Frédéric Jenny.

Le **Président** expose le sujet des discussions et décrit en quoi les problèmes récents pourraient justifier une application étendue du contrôle *ex post* des fusions. Il précise que les discussions seront divisées en quatre parties consacrées aux questions suivantes : l'existence et la nécessité de pouvoirs légaux à l'appui de l'examen des fusions concrétisées ; les modalités d'application de l'examen des fusions concrétisées ; l'adoption de mesures provisoires visant à faciliter le contrôle *ex post* des fusions ; et enfin, l'élaboration et la mise en œuvre de mesures correctrices dans ce contexte.

Le **Président** présente les trois experts devant intervenir au cours de la table ronde : **M^{me} Fiona Carlin** (partenaire au sein du cabinet Baker McKenzie et responsable de la section spécialisée dans les affaires réglementaires et de concurrence dans l'Union européenne à Bruxelles), **M. Aviv Nevo** (professeur titulaire de la chaire *George A. Weiss and Lydia Bravo Weiss* à l'université de Pennsylvanie) et **M. John Kwoka** (professeur émérite d'économie, titulaire de la chaire *Neal F. Finnegan* à l'université Northeastern). Il présente également une vidéo préparée par **M. Jonathan Kanter**, procureur général adjoint chargé de la lutte contre les ententes au ministère américain de la Justice, dans laquelle il partage son point de vue sur l'examen des fusions concrétisées. Le **Président** remercie le Secrétariat pour sa note de référence et l'invite à en proposer un résumé.

Le **Secrétariat** explique que la note de référence s'intéresse aux considérations de politique publique qui interviennent dans l'élaboration de mesures efficaces pour corriger les effets anticoncurrentiels des fusions menées à bien, y compris celles liées à l'analyse des coûts et avantages du démantèlement des fusions concrétisées. La note conclut que seules quelques juridictions disposent de tels pouvoirs, et que, dans ce cas, ils sont rarement utilisés. Toutefois, ces dernières années, un nombre croissant de juridictions ont mis en place des pouvoirs d'examen des fusions *a posteriori* et d'autres envisagent de le faire. Des considérations importantes doivent cependant guider les autorités dans l'évaluation des fusions concrétisées, comme l'impact que les enquêtes *ex post* peuvent avoir sur la propension des entreprises à fusionner, le possible manque de disponibilité de mesures correctrices proportionnées ou encore le coût et les avantages du démantèlement de fusions concrétisées. Pour terminer, la note indique que les mesures correctrices structurelles et les cessions restent à privilégier, même si des mesures comportementales peuvent également être envisagées.

Le **Président** lance la lecture de la vidéo de **M. Kanter**, exposant le rôle essentiel de l'analyse des fusions concrétisées dans l'application du droit de la concurrence aux États-Unis. Il précise que, bien que le meilleur moyen de préserver la concurrence soit d'empêcher les fusions illicites, il est impératif que les autorités de la concurrence disposent des pouvoirs suffisants pour contester les fusions concrétisées et que les fusions susceptibles de porter atteinte à la concurrence devraient être contestées en vue de l'application de mesures correctrices. Dans ces cas précis, les mesures adoptées devraient par défaut exiger la révocation complète des opérations par le biais d'actions structurelles.

Existence et nécessité de pouvoirs légaux à l'appui de l'examen des fusions concrétisées

Le **Président** ouvre les discussions de la table ronde en demandant à la République slovaque d'indiquer, d'une part, si l'absence de pouvoirs suffisants pour examiner les fusions concrétisées entraîne un vide juridique dans le pays et, d'autre part, si l'autorité slovaque de la concurrence privilégie une approche particulière parmi les options disponibles pour se doter de ces pouvoirs par une modification du droit.

La **République slovaque** indique que lorsque les opérations n'atteignent pas les seuils de notification, il existe un certain vide juridique dans la mesure où une grande partie d'entre elles sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels et échappent à tout contrôle des autorités. Dans les petites économies comme la République slovaque, il est possible que des entreprises locales en position dominante soient à l'origine d'opérations qui ne sont pas examinées par l'autorité de la concurrence étant donné le faible niveau de chiffres d'affaires des marchés concernés. Un abaissement des seuils ne constituerait pas un remède viable à cette situation, puisqu'il ferait peser des contraintes importantes sur les entreprises d'autres marchés non concernés par ce problème. L'autorité slovaque de la concurrence a envisagé l'adoption de nouveaux critères de notification ou d'un système de notification spontanée pour les entreprises, ou encore de se donner la possibilité d'exiger une notification. En juin 2022, deux modifications du droit de la concurrence ont ainsi été présentées. La première visait à permettre à l'autorité d'exiger une notification en cas de menace sérieuse pour la concurrence, mais cette disposition fut rejetée en raison de l'insécurité juridique qu'elle pourrait générer. La seconde avait pour objectif l'introduction de seuils de chiffre d'affaires au niveau national, associée à une forte présence dans le marché national. Cette proposition fut également rejetée par la communauté des affaires.

Le **Président** souligne que les problèmes abordés par la République slovaque sont partagés par toutes les petites juridictions et donne l'exemple du Portugal, qui a décidé de conserver des seuils calculés sur les parts de marché relatives, et ce, afin d'éviter que des opérations importantes ne soient ignorées sur ces petits marchés. Le **Président** demande ensuite à la **Suède** d'indiquer les modalités selon lesquelles elle autorise les notifications spontanées tout en conservant la possibilité d'exiger des parties à une fusion qu'elles déclarent leur opération même si celle-ci n'atteint pas les seuils définis. Il souhaite également savoir si cette approche s'avère efficace et comment la Suède gère l'incertitude générée, mais également si les motivations sous-jacentes aux demandes de notification sont claires pour les parties.

La **Suède** explique que son régime de contrôle des fusions offre certaines possibilités d'évaluation des fusions concrétisées si le seuil de chiffre d'affaires combiné est atteint (et non le seuil de chiffre d'affaires individuel), dans la mesure où les parties peuvent spontanément déclarer l'opération et où l'autorité de la concurrence a le pouvoir d'exiger la notification lorsque des motifs particuliers le justifient. Bien que ces situations soient clairement définies dans les lignes directrices adoptées par la Suède (c'est-à-dire les situations dans lesquelles un acteur déjà puissant fait l'acquisition de petits concurrents lors de fusions successives ou dans lesquelles un acteur puissant fait l'acquisition d'une entreprise nouvellement établie sur un marché concentré dès lors que celle-ci a le potentiel de compromettre à terme la position de l'acquéreur), les motivations répertoriées ne sont pas exhaustives. Même si l'autorité de la concurrence a montré que le recours à ce pouvoir reste très limité et que les analyses sont particulièrement exigeantes, des informations complémentaires sur les modalités adoptées par l'autorité de la concurrence pour requérir une notification devraient être communiquées à l'avenir. L'un des axes de travail de

l'autorité de la concurrence consiste à déterminer si de nouvelles stratégies pouvaient être mises en œuvre pour détecter les fusions potentiellement problématiques.

Le **Président** donne la parole à la **Lituanie** et l'invite à indiquer en quoi ses pouvoirs d'examen des fusions concrétisées lui ont été utiles, en tant que petit pays, et en quoi son approche est différente de l'évaluation *ex ante* des fusions.

La **Lituanie** explique qu'une réforme législative adoptée par le passé a permis à son autorité de la concurrence d'évaluer les fusions *a posteriori*, même si la plupart des opérations restent examinées dans un contexte *ex ante*. Grâce à cette réforme, l'autorité a été en mesure d'examiner les « acquisitions prédatrices », ainsi que les opérations dans les petits marchés à fort impact local. S'agissant du détail des analyses *ex post*, la réforme offre la possibilité d'analyser des données qui, autrement, ne seraient pas disponibles. Plutôt que de procéder à un exercice spéculatif, l'autorité peut étudier les augmentations de prix survenues après la concrétisation d'une fusion. Cela s'accompagne néanmoins de certains défis. Plus l'analyse commence tard, plus grand est le risque que l'autorité de la concurrence ne soit pas en mesure de recueillir les informations nécessaires et que le niveau d'intégration de l'entreprise soit tel qu'il serait difficile de « détricoter » la fusion en cas de décision négative.

Le **Président** demande au **BIAC**, dont la contribution intégrait différentes recommandations sur la manière dont les autorités de la concurrence devraient exercer leur pouvoir discrétionnaire pour examiner les fusions concrétisées qui n'étaient pas soumises à notification, de présenter ces recommandations et d'indiquer s'il existe des données susceptibles d'étayer l'argument selon lequel l'utilisation de ces pouvoirs d'examen pourrait être préjudiciable aux activités de fusion.

Le **BIAC** indique sa préférence pour les régimes de contrôle des fusions fondés sur les notions de prévisibilité et de sécurité juridique. Les examens *ex post* doivent ainsi permettre à la fois de détecter le plus grand nombre de fusions anticoncurrentielles et de dissuader les entreprises de mener des opérations neutres ou anticoncurrentielles. Le **BIAC** propose trois recommandations en ce sens. D'abord, l'examen et le démantèlement des fusions concrétisées soumises à notification doit être limité aux situations dans lesquelles l'opération n'a jamais été notifiée de façon appropriée ou dont la notification s'est avérée particulièrement trompeuse ou erronée. Ensuite, les autorités de la concurrence doivent établir que les effets anticoncurrentiels sur le marché sont une conséquence directe de la fusion et ne sont pas dus à quelque autre développement ou évolution naturelle de la dynamique de marché. Enfin, les autorités doivent également faire la preuve que les avantages potentiels du démantèlement d'une opération achevée l'emportent sur les éventuels effets négatifs. Cet examen doit par ailleurs uniquement intervenir dans un délai limité et s'appuyer sur des critères clairement définis pour déterminer quelles fusions doivent faire l'objet d'un examen et selon quelles modalités, et quels outils de remédiation doivent être utilisés. Dans les cas où une fusion est achevée depuis un certain temps, la mise en place de mesures correctrices structurelles devient presque impossible en raison du degré d'intégration entre les entreprises concernées.

Le **Président** donne la parole à la **Belgique**.

La **Belgique** explique avoir connu une situation semblable à celle de la Lituanie et donne l'exemple d'une entreprise plaignante qui avait demandé à l'autorité de la concurrence d'imposer le démantèlement d'une fusion non soumise à notification en vertu des règles relatives à l'abus de position dominante. En l'espèce, le tribunal décida qu'un démantèlement n'était possible que s'il existait des éléments constitutifs d'un abus sans lien avec les effets concentriques de l'opération, et convint par conséquent de ne pas ordonner de cession.

Modalités d'application de l'examen des fusions concrétisées

Le **Président** invite **M^{me} Carlin** à indiquer quels sont les défis liés au contrôle *ex post* des fusions.

M^{me} Carlin considère que les problèmes associés à l'augmentation des bénéficiaires et à la baisse du dynamisme des entreprises ne peuvent être attribués à un manque de rigueur du contrôle des fusions, et précise qu'il apparaît de façon incontestable que la législation sur le contrôle *ex ante* des fusions et les outils d'analyse existants ne sont pas en mesure de protéger à la fois la concurrence et l'innovation. Même aux États-Unis, où cette question fait l'objet de nombreux débats, l'expérience a montré à quel point il était difficile de « détricoter » une fusion et les rares cas où cela a été possible font figure d'exceptions. Il est à craindre que les différents changements législatifs récents, en Allemagne, en Autriche, en Türkiye ou en Union européenne par exemple, entraînent une plus grande complexité pour les entreprises. La complexité de la réglementation, ainsi que le temps et l'argent nécessaires pour se conformer à l'ensemble des conditions réglementaires, deviennent disproportionnés pour de nombreuses opérations ne présentant pourtant aucun problème de fond.

Le **Président** donne ensuite la parole à l'**Allemagne** qui a demandé à intervenir.

L'**Allemagne** mentionne l'introduction récente de seuils de valeur et explique en quoi ceux-ci ont permis chaque année l'examen d'une poignée d'opérations qui auraient autrement échappé à la vigilance de l'autorité de la concurrence. Bien que l'évaluation des effets de ces opérations continue de poser des difficultés, cet instrument s'est avéré particulièrement utile, notamment pour les affaires d'acquisition dans le secteur numérique, et le débat reste ouvert quant aux critères de fond à appliquer.

Le **Président** demande en même temps aux États-Unis et au Royaume-Uni d'aborder les délais d'examen des fusions concrétisées et l'utilité d'examiner une opération plusieurs années après sa réalisation.

Les **États-Unis** indiquent pourquoi ils préfèrent, de façon générale, contrôler le plus tôt possible après leur concrétisation les fusions suffisamment petites pour ne pas être examinées en amont ou les fusions dont les effets anticoncurrentiels se sont révélés *a posteriori*. L'objectif est dans un premier temps de réduire au minimum tout effet dommageable que ces fusions pourraient avoir sur le marché, dans un deuxième temps de pouvoir prendre les mesures nécessaires et, dans un troisième temps d'éviter les répercussions à long terme, dans la mesure où plus des actions sont mises en œuvre rapidement, moins les marchés risquent de subir de modifications structurelles. La rapidité d'action a également une incidence sur le volume d'éléments de preuve à recueillir, les mesures à mettre en place durant l'enquête et le calendrier des actions en justice.

Le **Royaume-Uni** explique en quoi son système spontané non suspensif présente certaines implications pratiques et permet notamment chaque année l'examen des fusions concrétisées par son autorité de la concurrence (*Competition and Markets Authority*, CMA). Étant donné que la CMA peut uniquement examiner des opérations dans les quatre mois suivant leur réalisation, il est important qu'elle puisse les détecter dans les meilleurs délais. En pratique, cela veut également dire que, dans la plupart des cas, les opérations soumises à un examen auront été concrétisées relativement peu de temps avant le début de ce contrôle. Toutefois, lorsqu'elle ouvre une enquête, la CMA impose généralement une mesure provisoire visant à interrompre l'intégration des entreprises concernées. Étant donné que la CMA ne dispose que d'un délai limité pour décider si un examen est nécessaire, il est important qu'elle surveille de façon proactive les activités de fusion et acquisition sur le marché. La CMA dispose de services de renseignement dédiés capables

de rassembler quotidiennement des informations sur les fusions et de présenter les cibles potentielles d'enquêtes au comité de renseignement sur les fusions à l'occasion de sa réunion hebdomadaire. Ce délai de quatre mois s'avère particulièrement court pour détecter les fusions potentiellement anticoncurrentielles, acquérir une connaissance sommaire du fonctionnement du marché et décider qu'un signalement est nécessaire

Le **Président** souligne que, dans le cadre de l'examen des fusions concrétisées, la **Hongrie** prend principalement en compte leurs effets potentiels et la situation du marché à la fin du processus, et ce, qu'une intervention ait été nécessaire ou non au moment de la réalisation de la fusion. Autrement dit, une fusion pourrait être interdite plusieurs années après sa mise en œuvre car les projections associées auraient changé.

La **Hongrie** confirme que son autorité de la concurrence prend avant tout en considération les effets potentiels d'une fusion et la situation du marché au moment de sa décision, plutôt qu'au moment de son implémentation. Cette approche est principalement motivée par le fait que les enquêtes sur les fusions n'ont pas pour objectif d'analyser le comportement du marché, d'autant qu'il existe d'autres instruments juridiques à ces fins, mais plutôt d'étudier l'incidence potentielle d'une fusion sur les tendances du marché, ainsi que l'efficacité des mesures correctrices adoptées le cas échéant. L'autorité de la concurrence analyse ainsi les données antérieures et postérieures à une fusion pour déterminer ses effets réels sur le marché.

Le **Président** demande au Brésil de faire part de son expérience dans le cadre de l'affaire Nestlé/Garoto, laquelle n'est toujours pas résolue après plus de seize années de procédure. Durant cette période, la structure du marché a évolué, tout comme les perspectives et les décisions de l'autorité de la concurrence sur cette opération.

Le **Brésil** expose les origines de cette affaire et explique les différents règlements négociés par son autorité de la concurrence (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE*) avec les parties concernées, d'abord pour maintenir une séparation entre leurs activités jusqu'à la conclusion de l'analyse, et ensuite (plus récemment) pour opérer des cessions partielles de manière à remédier aux problèmes de concurrence identifiés. Aux fins de ce dernier règlement, le CADE a cherché à déterminer si le marché de la confiserie s'était transformé avec le temps et conclu que les préférences de marques restaient pertinentes, ce qui rendait impossible l'entrée sur le marché de tout nouvel acteur.

Le **Président** demande ensuite à l'**Australie** si elle s'appuie sur des informations recueillies *a posteriori* et comment elle évalue l'utilité de ces informations, ou bien si elle fonde uniquement ses décisions sur les informations disponibles au moment de l'annonce des fusions.

L'**Australie** explique que, dans la mesure où elle dispose d'un système de notification spontanée, les examens *ex post* des fusions sont considérés comme des enquêtes de contrôle du respect de la législation et l'autorité de la concurrence peut par conséquent utiliser ses pouvoirs d'application du droit pour recueillir des éléments de preuve. L'analyse *ex post* des effets des fusions se heurte toutefois à différents obstacles pratiques. D'abord, il est davantage difficile de s'assurer la coopération des tiers concernés. Ensuite, l'autorité de la concurrence doit solliciter les tribunaux afin d'obtenir une ordonnance de cession, et les tribunaux ne sont pas toujours disposés à prendre de telles décisions. Par ailleurs, les entreprises faisant l'objet d'une enquête, dans un contexte d'application du droit, ont tout intérêt à faire en sorte qu'aucun élément appuyant l'existence d'effets anticoncurrentiels ne puisse être identifié. Dans cette optique, elles peuvent par exemple retarder toute augmentation des prix jusqu'à la fin de l'enquête, ou encore adopter toute une série de positions stratégiques rendant la tâche plus difficile pour l'autorité de la concurrence.

Le **Président** souligne alors que dans sa contribution la **Lituanie** mentionne l'affaire Eesti Meedia, dans laquelle les informations obtenues sur l'évolution de la situation suite à la fusion ont permis de déterminer si l'autorité de la concurrence se serait opposée *a priori* à cette opération.

La **Lituanie** explique que, dans l'affaire Eesti Meedia, la fusion aurait donné lieu à une situation de monopole et que face à cette situation l'autorité de la concurrence a exigé une notification. L'autorité de la concurrence réalisa alors une analyse prospective qui permit de montrer que les prix avaient augmenté de 20 % à 100% en fonction des produits et que, malgré cette augmentation, les clients ne changeaient pas de prestataire car les offres disponibles étaient relativement limitées. Suite à cette analyse, la fusion fut bloquée.

Le **Président** invite ensuite le **Mexique** à présenter l'affaire Nestlé/Nestec, dans le cadre de laquelle l'autorité de la concurrence s'est appuyée sur l'économétrie pour étudier si l'opération portait préjudice à la concurrence et déterminer si, lors de l'analyse, l'autorité de la concurrence s'est interrogée sur la pertinence des données compte tenu des décisions stratégiques potentielles adoptées par les entreprises.

D'après l'autorité mexicaine de la concurrence (*Comisión Federal de Competencia Económica*, COFECE), l'accès aux données permettant de conclure à une infraction au droit de la concurrence constitue la principale difficulté des enquêtes visant les fusions concrétisées. Concernant l'opération Nestlé/Nestec, l'ensemble des entreprises concernées, qu'il s'agisse des parties à la fusion ou de leurs concurrents, se sont montrées extrêmement peu coopératives dans le partage d'informations. La COFECE réussit finalement à rassembler les données nécessaires et à analyser la situation pendant et après la fusion en comparant les prix et la structure du marché. La COFECE n'ayant trouvé aucune preuve que l'opération portait atteinte à la concurrence, l'affaire fut finalement classée. Les entreprises furent toutefois condamnées à une amende dans le cadre d'une procédure parallèle pour non-respect des prescriptions de l'autorité de la concurrence.

Adoption de mesures provisoires visant à faciliter le contrôle *ex post* des fusions

Le **Président** lance la discussion sur le troisième thème relatif aux mesures provisoires et demande au **Royaume-Uni** d'évoquer l'importance des mesures provisoires en tant qu'instrument d'examen *ex post* des fusions.

Le **Royaume-Uni** indique que pour préserver sa capacité à remédier aux problèmes de concurrence liés aux fusions concrétisées et protéger la structure concurrentielle des marchés lors des enquêtes, des mesures provisoires peuvent être utilisées pour empêcher la poursuite de l'intégration des parties à la fusion, mais aussi détricoter l'intégration déjà concrétisée au moment où l'enquête commence. La CMA exige généralement que les parties observent une séparation stricte de leurs activités et ne réalisent aucune opération susceptible d'affecter leur capacité à jouer le jeu de la concurrence de façon indépendante. La CMA dispose également de puissants instruments pour surveiller, détecter et sanctionner toute infraction aux mesures provisoires établies. L'un des instruments communément utilisés consiste à faire contrôler le respect des obligations par un mandataire dédié. En cas de non-respect de ces obligations, une amende s'élevant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires total peut être imposée.

Le **Président** invite ensuite les **États-Unis** à présenter les accords de séparation d'actifs auxquels ils ont recours.

Les **États-Unis** considèrent que les instruments comme les accords de séparation d'actifs, lesquels sont comparables aux mesures provisoires décrites par le Royaume-Uni, s'avèrent utiles dans les affaires où une intervention est encore possible avant l'intégration complète

des activités des parties à la fusion. Les autorités disposent du pouvoir légal de demander à un tribunal d'imposer la mise en place d'un accord de séparation d'actifs et, lorsque cela est possible, l'intervention d'un négociateur. Les principaux objectifs d'un tel accord sont, d'une part, d'empêcher les parties de poursuivre l'intégration de leurs actifs et, d'autre part, de garantir qu'elles ne dissipent pas leurs actifs ou ne réalisent aucune action susceptible de nuire à une cession efficace dans le cas où il serait décidé qu'une cession constitue la solution juridique appropriée ou la plus efficace. Étant donné que le suivi de ces décisions s'avère particulièrement complexe, les autorités souhaitent généralement que soit désigné un mandataire dédié, payé par les parties. Les examens *ex post* des fusions concrétisées induisent des coûts, même s'ils peuvent être utilisés, avec sagesse, de façon adéquate.

Le **Président** demande au **Royaume-Uni** et aux **États-Unis** si, lorsqu'ils ont recours à des mesures provisoires, une décision doit être rendue dans un délai défini et, le cas échéant, quelle est la durée de ce délai.

Le **Royaume-Uni** indique disposer de quatre mois pour renvoyer l'affaire en phase 2 une fois l'opération concrétisée et rendue publique. La phase 2 peut par la suite durer jusqu'à 24 mois. Les **États-Unis** indiquent quant à eux qu'il n'existe aucune base de référence, dans la mesure où ces affaires restent rares, mais que la règle générale est de finaliser les procédures dans les meilleurs délais.

Élaboration et mise en œuvre de mesures correctrices post-fusion

Le **Président** en arrive à la dernière partie de la table ronde consacrée aux mesures correctrices adoptées dans le cadre du contrôle *ex post* des fusions et demande à **M. Kwoka** de faire part de ses commentaires sur cette question.

M. Kwoka commence par indiquer que, d'après lui, la meilleure politique en la matière doit offrir un équilibre dans les possibilités d'action *ex ante* et *ex post*. Un récent rapport rédigé en collaboration avec M. Tomasso Valetti montre que les scissions sont relativement courantes, tout à fait réalisables et parfois même nécessaires. Le rapport offre différents types de preuves attestant de la faisabilité des scissions et présente les enseignements tirés de divers exemples concrets et événements particuliers. D'une part, les entreprises procèdent à des scissions volontaires presque aussi fréquemment qu'elles procèdent à des fusions. D'autre part, concernant les scissions décidées à des fins stratégiques, on dispose de suffisamment d'éléments de preuve relatifs à des scissions ordonnées dans le but de scinder des entreprises intégrées verticalement dans les secteurs fortement réglementés (comme les services publics). Le rapport analyse par ailleurs l'expérience des États-Unis des fusions concrétisées et montre qu'il s'agit également d'une pratique courante. Pour illustrer le recours à des mesures correctrices structurelles, il présente certaines mesures adoptées à l'encontre d'entreprises en position dominante. Le rapport conclut ainsi que les scissions sont relativement fréquentes, tout à fait réalisables sans être exagérément coûteuses, et loin d'être nécessairement destructives. Les autorités optent souvent pour des stratégies de scission après avoir fait leur possible, bien qu'en vain, pour les éviter par l'adoption de mesures correctrices comportementales. Les stratégies de scission les plus courantes visent les lignes de démarcation, et ce, dans le but de revenir à l'état des entreprises avant leur fusion. Il est important de ne pas éviter de recourir à des scissions sans que soient pris en compte non seulement leurs avantages mais également leurs coûts.

Le **Président** demande à **M. Nevo** de réagir à l'intervention précédente et d'indiquer les problèmes qu'il a pu identifier dans la mise en œuvre de mesures correctrices structurelles.

M. Nevo indique ainsi considérer que l'examen des fusions concrétisées est un instrument dont devraient pouvoir disposer les autorités de la concurrence, et que ce qui est réellement en jeu est l'usage qu'elles en font. Dans les cas où des petites fusions non notifiées sont

susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, la réalisation d'une évaluation *ex post* apparaît justifiée. Les autorités doivent néanmoins se montrer prudentes dans l'utilisation de ces pouvoirs lorsqu'elles y ont recours pour corriger des erreurs passées ou remplacer une analyse *ex ante* en raison d'une application défailante du droit de la concurrence. Ce sont en effet ces circonstances spécifiques qui suscitent des incertitudes. Dans un régime d'examen *ex ante*, des erreurs continueront d'être commises en vertu de cette politique. Certaines fusions préjudiciables continueront ainsi d'aboutir tandis que des fusions générant des gains d'efficacité seront bloquées. Au-delà de ces incohérences, les évaluations *ex post* posent un certain nombre de difficultés pratiques. L'une d'elles consiste à déterminer comment définir le monde « sans » pour chaque opération (c'est-à-dire le monde tel qu'il serait si l'autorité de la concurrence avait fait obstacle à la fusion avant sa réalisation). La notion de surveillance présente également un problème particulier dans la mesure où, dès lors que les entreprises se savent surveillées, elles agissent différemment. Il peut par ailleurs s'avérer difficile d'établir des liens de causalité ou d'identifier les variables à examiner aux fins de l'évaluation des effets d'une fusion, mais aussi de concilier les différentes dynamiques des variables de la concurrence. Il reste enfin à déterminer si une scission est envisageable. Les scissions sont probablement plus facilement réalisables que l'on peut le penser ou que ce que la communauté des affaires veut le faire croire, même si une telle stratégie s'avère particulièrement complexe en termes de gestion. La perspective d'une potentielle scission peut en réalité être une solution plus efficace que de la mener à bien.

Le **Président** interroge le **Mexique** sur son expérience des mesures correctrices structurelles.

L'institut fédéral mexicain des télécommunications (*Instituto Federal de Telecomunicaciones*, IFT) convient que l'application de mesures correctrices structurelles dans un contexte *ex ante* peut être particulièrement difficile lorsque l'intégration des entreprises est déjà achevée. Toutefois, si les entreprises ne sont pas encore complètement intégrées, le recours à ce type de mesures est facilité. Ce fut notamment le cas dans la fusion Telmex/Dish puisque, suite à l'enquête de l'ITF, Telmex a volontairement renoncé à ses droits au titre de l'accord d'option d'achat des parts de la société Dish. L'une des difficultés auxquelles l'ITF a été confronté dans l'application de mesures correctrices dans un contexte *ex post* a trait au fait que ces mesures sont significativement plus longues à mettre en œuvre que dans le cadre d'une évaluation *ex ante* ordinaire.

Le **Président** redonne la parole à **M^{me} Carlin** afin qu'elle fasse part de ses commentaires sur l'application de mesures correctrices structurelles et présente ses observations finales.

M^{me} Carlin rappelle que les restructurations d'entreprises sont extrêmement courantes, ce qui tend à confirmer que malgré leur coût les cessions structurelles sont tout à fait possibles. Elle souligne toutefois que les mesures correctrices adoptées suite à une enquête répondent à des motivations différentes et sont imposées par les régulateurs, parfois sans que leur proportionnalité ne soit remise en question, alors qu'il s'agit d'un facteur essentiel.

Le **Président** met un terme à la session et souligne, d'une part, qu'il existe des opérations pour lesquelles un examen *ex post* s'avère clairement nécessaire et que dans les juridictions où les autorités de la concurrence disposent de ce pouvoir de contrôle, les examens sont généralement réalisés peu de temps après la concrétisation de la fusion et, d'autre part, que le débat reste ouvert sur la proportionnalité de cet instrument et les critères en fonction desquels les autorités y ont recours. Aucun avis ne se détache toutefois clairement quant à la possibilité ou à la difficulté d'utiliser les données *ex post* pour évaluer une fusion préalablement notifiée. Il conclut enfin en indiquant que, de manière générale, les autorités s'accordent sur la nécessité de proportionnalité et qu'un recours raisonnable de ces dispositions peut et doit exister dans le cadre de l'examen des fusions concrétisées.