

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

Synthèse 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

La présente synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions 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]

JT03509911

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

Par le Secrétariat

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 note de référence établie par le Secrétariat de l'OCDE, les contributions écrites, ainsi que les débats tenus par les délégués et les experts, ont fait ressortir les points suivants :

1. L'opportunité d'habiliter les autorités de la concurrence à examiner les fusions concrétisées a récemment fait l'objet de débats dans différentes juridictions. Les autorités dotées de ces pouvoirs d'examen confirment qu'ils se sont révélés particulièrement utiles.

Seules quelques juridictions disposant d'un système de notification obligatoire des fusions prévoient la possibilité d'examiner les fusions concrétisées et d'imposer des mesures correctrices dans le cas où une opération risquerait d'affaiblir la concurrence de manière significative. Récemment toutefois, certaines juridictions ont étudié la possibilité que leur régime de contrôle des fusions présente un vide juridique qui pourrait être comblé en octroyant à l'autorité de la concurrence un pouvoir d'examen des fusions concrétisées. L'examen des fusions concrétisées est une composante intrinsèque des systèmes de notification spontanée, lesquels permettent aux parties de conclure une opération sans qu'elles n'aient besoin d'obtenir l'accord préalable de l'autorité de la concurrence.

Divers facteurs ont suscité le débat sur la pertinence des examens *ex post* des fusions concrétisées. Certaines études ont ainsi fait état de niveaux élevés de concentration dans des secteurs clés de l'économie, comme les secteurs des marchés financiers, des médias, des compagnies aériennes ou des télécommunications. L'acquisition de petites entreprises par de grandes plateformes en ligne dans le secteur numérique ou des technologies a suscité des inquiétudes du même ordre. Dans plusieurs juridictions, les régulateurs ont été exhortés par l'opinion publique, la presse et des experts de la concurrence à annuler certaines acquisitions dites « prédatrices », considérant qu'elles avaient contribué à renforcer le pouvoir de marché de grandes plateformes numériques au détriment des consommateurs. Différentes analyses rétrospectives et évaluations *ex post* de décisions individuelles de fusion ont également mis en évidence l'incapacité des mesures correctrices à rétablir la concurrence, laissant penser que certaines fusions autorisées pourraient avoir entraîné un préjudice pour les consommateurs.

2. Dans les cas où l'autorité de la concurrence peut examiner une fusion achevée, les critères qu'elle utilise pour définir les priorités et mener son enquête revêtent une importance déterminante tout comme l'analyse des conséquences, pour les entreprises, du pouvoir de l'autorité d'enquêter sur une fusion réalisée. Les entreprises ont encouragé les autorités de la concurrence dotées de pouvoirs d'examen des fusions concrétisées à élaborer des orientations claires sur ces examens.

Lorsque les autorités de la concurrence disposent de pouvoirs d'examen des fusions concrétisées, des considérations importantes doivent guider les autorités dans l'exercice de ces pouvoirs. Compte tenu des incertitudes juridiques et des coûts élevés que peut susciter l'examen des fusions concrétisées pour les parties à une fusion, les autorités de la concurrence doivent préciser non seulement les critères qui seront utilisés pour déterminer quelles opérations devront être examinées *ex post*, mais aussi les critères sur lesquels

s'appuiera l'évaluation des fusions. Ceux-ci devraient également couvrir les types d'effets anticoncurrentiels que les autorités peuvent chercher à corriger grâce à cet examen, mais aussi les outils de remédiation utilisés et la durée nécessaire à cet examen.

Lorsqu'elles cherchent à déterminer si l'examen d'une fusion concrétisée s'impose, les autorités devraient par ailleurs prendre en compte les répercussions potentielles de cet instrument pour les entreprises, puisqu'il pourrait par exemple avoir un effet dissuasif sur les entreprises désireuses d'innover ou de fusionner. Il convient ainsi d'intégrer ces répercussions dans les critères d'évaluation utilisés par les autorités de la concurrence pour définir les priorités et mener leurs enquêtes.

3. Les différences observées dans la façon dont les juridictions évaluent les fusions concrétisées tiennent au calendrier observé et à l'exploitation de données post-fusion. Il est généralement admis que plus le délai entre la réalisation d'une opération et son évaluation est court, moins cette évaluation présentera de difficultés.

Contrairement aux contrôles *ex ante*, les enquêtes sur les fusions concrétisées permettent aux autorités de la concurrence d'avoir un certain recul sur la réponse du marché qui leur permet d'analyser les effets réels de l'opération sur la concurrence. À cet égard, l'analyse *a posteriori* peut s'appuyer sur davantage de preuves tangibles des effets sur la concurrence au sein du marché. Il est donc plus simple pour les autorités d'établir des théories du préjudice et, dans l'hypothèse d'une enquête post-fusion, de concevoir des mesures correctrices optimales.

L'information est déterminante de l'efficacité du contrôle des fusions étant donné la nécessité d'évaluer correctement l'impact d'une opération pour les consommateurs. La faculté d'accéder à de telles informations après la réalisation de la fusion facilite grandement la tâche des autorités de la concurrence, y compris dans l'élaboration de mesures correctrices.

Par ailleurs, plus le délai entre une transaction et son évaluation est court, moins cette évaluation risque de présenter des difficultés, d'une part, car le nombre de facteurs exogènes affectant l'évaluation des effets de l'opération sur le marché sera plus restreint et, d'autre part, car les mesures correctrices structurelles pourront être plus simples à mettre en œuvre.

4. Pour réduire les risques liés à des interventions trop tardives ou au fait que d'éventuelles cessions deviendraient trop complexes ou coûteuses à opérer par rapport aux avantages escomptés, certaines juridictions ont adopté des mesures spécifiques.

Les accords ou mesures provisoires de séparation d'actifs, par exemple, permettent d'éviter une combinaison des activités des parties à la fusion dans l'attente d'une décision finale des autorités de la concurrence. Les actifs devant être cédés sont ainsi préservés et la concurrence reste pleine et entière durant l'évaluation des fusions achevées.

Ces instruments se sont révélés essentiels dans la capacité des autorités de la concurrence à imposer des mesures correctrices efficaces dans le cas des opérations concrétisées, ainsi que dans la protection de la structure concurrentielle des marchés lors des enquêtes.

5. La conception de mesures correctrices efficaces à appliquer aux fusions achevées ayant des effets anticoncurrentiels soulève des questions importantes. Bien que l'élaboration de mesures correctrices présente des difficultés dans ce contexte et que les mesures comportementales soient également envisagées, les cessions ou mesures structurelles restent privilégiées.

Les autorités de la concurrence ont des expériences variées de l'application de mesures correctrices dans les enquêtes visant les fusions concrétisées. Alors que certaines autorités de la concurrence ont dû faire face à d'importants défis dans la mise en œuvre de mesures correctrices, d'autres ont montré que l'application de mesures correctrices structurelles dans ce contexte était tout à fait possible. Par ailleurs, les scissions d'entreprises sont dans d'autres contextes relativement courantes, et s'avèrent même tout à fait réalisables et efficaces. Elles peuvent donc constituer l'une des autres solutions possibles à disposition des autorités de la concurrence dans l'examen des fusions concrétisées.

Lorsque les mesures correctrices structurelles ne constituent pas un remède viable aux problèmes identifiés, les autorités de la concurrence ont également envisagé d'adopter des mesures correctrices de nature comportementale. Dans les deux cas, l'élaboration de mesures correctrices dans un contexte *ex post* permet aux autorités de bénéficier d'un certain recul sur la réponse du marché à la fusion et d'avoir accès à des informations sur la façon dont l'entité fusionnée s'est comportée après la réalisation de l'opération. Les mesures correctrices peuvent par conséquent être planifiées avec davantage de précision et de façon plus exhaustive, afin d'éviter le coût élevé de leur suivi et de leur contournement.