

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

**Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi**

**PROCESSUS DÉCISIONNEL DES AUTORITÉS DANS LES AFFAIRES DE FUSIONS**

-- Note de référence du Secrétariat--

**28-29 novembre**

*Ce document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence au titre du point 4 de la 124ème réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi qui se tiendra les 28 et 29 novembre 2016.*

*Les opinions exprimées et les arguments exposés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur  
[www.oecd.org/fr/daf/concurrence/agency-decision-making-in-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/agency-decision-making-in-merger-cases.htm)*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou [courriel : [Despina.Pachnou@oecd.org](mailto:Despina.Pachnou@oecd.org)]

**JT03405759**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

## PROCESSUS DÉCISIONNEL DES AUTORITÉS DANS LES AFFAIRES DE FUSIONS : DE LA DÉCISION D'INTERDICTION À L'AUTORISATION CONDITIONNELLE

*Note de référence du Secrétariat* \*

### Résumé

Dans l'analyse des fusions qui risquent de produire des effets anticoncurrentiels, les autorités de la concurrence doivent établir si une opération entraîne une atteinte à la concurrence suffisante pour l'interdire ou bien l'autoriser sous conditions. Le point au-delà duquel une atteinte suffisante est établie et une décision d'interdiction ou l'acceptation de mesures correctives sont justifiées n'est pas toujours clair ni facile à prévoir.

Cette note doit servir de référence à la table ronde du Groupe de travail n° 3 (GT3) sur les interdictions de fusions et les autorisations conditionnelles. Elle expose les questions qui doivent être débattues, notamment la norme de la preuve dans les décisions des autorités, les modifications du degré de certitude que les autorités exigent aujourd'hui à l'égard des mesures correctives en matière de fusions, les divers seuils de certitude aux différentes étapes du processus d'examen des fusions et les questions relatives à l'efficacité des décisions en matière de fusions.

---

\* La présente note de référence a été rédigée par Despina Pachnou, de la Division de la concurrence de l'OCDE, avec les observations d'Antonio Capobianco, Pedro Caro de Sousa, Ruben Maximiano et Sabine Zigeliski.

## TABLE DES MATIÈRES

1. La norme des autorités dans l'interdiction des fusions : une question d'équilibre .....	5
2. Rééquilibrage ? Quelle est la norme applicable aux autorisations conditionnelles ? .....	8
3. Existe-t-il différentes normes d'autorisations conditionnelles aux divers stades du processus d'examen d'une fusion ?.....	11
4. Efficacité des décisions en matière de fusions.....	11
Notes de fin .....	13
Bibliographie	
 <b>Encadrés</b>	
Encadré 1. La norme de preuve dans certaines juridictions.....	6
Encadré 2. Analyse empirique du processus décisionnel dans l'examen des fusions.....	7
Encadré 3. Exemples de formulations décrivant les mesures correctives acceptables .....	9
Encadré 4. Guide de référence de l'OCDE sur l'évaluation ex post des décisions d'application des autorités de la concurrence.....	12

## **PROCESSUS DÉCISIONNEL DES AUTORITÉS DANS LES AFFAIRES DE FUSIONS : DE LA DÉCISION D'INTERDICTION À L'AUTORISATION CONDITIONNELLE**

1. Au cours des dernières années, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé plusieurs tables rondes sur les questions liées aux fusions, notamment sur les critères de fond utilisés pour l'évaluation des fusions (2002), la norme en matière d'évaluation des fusions (2009), les mesures correctives dans les affaires de fusions (2011) et les mesures correctives dans les affaires de fusions transfrontalières (2013), mais il n'a pas encore abordé spécifiquement les normes des décisions d'interdiction ou des autorisations conditionnelles assorties de mesures correctives. En novembre 2016, le Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence organisera une discussion sur les facteurs liés aux décisions d'interdiction et aux autorisations conditionnelles dans les affaires de fusion.

2. À l'échelle mondiale, les activités de fusions et d'acquisitions sont importantes en termes de valeur des opérations<sup>1</sup>. En 2015, le montant des opérations mondiales a enregistré une hausse de 42 % (et atteint 4 700 milliards USD) par rapport à 2014. Sur ce total, plus de 70 fusions dépassaient 70 millions USD et la plupart d'entre elles concernaient des opérations stratégiques transfrontalières entre des acteurs importants, notamment dans les secteurs de la santé, des produits alimentaires et des boissons, du pétrole et du gaz, et de l'industrie chimique<sup>2</sup>.

3. L'augmentation de la valeur, de la portée géographique et la complexité concomitante des fusions notifiées oblige les autorités de la concurrence à consacrer plus de temps et de ressources à l'examen des fusions. Si la grande majorité des opérations notifiées ne pose pas de problèmes de concurrence, certaines d'entre elles sont susceptibles d'entraîner une atteinte à la concurrence et ne peuvent donc pas être autorisées de manière inconditionnelle, ou méritent un examen dans le cadre d'un système de notification ex ante non obligatoire.

4. L'examen d'une fusion s'articule autour de deux questions fondamentales : la fusion est-elle susceptible de porter atteinte à la concurrence ? Dans l'affirmative, comment contrer cette atteinte ? Lorsqu'une autorité de la concurrence a répondu par l'affirmative à la première question et que l'opération peut être interdite sur cette base, les parties à la fusion peuvent proposer des actions correctives - ce qui est généralement le cas - pour répondre aux inquiétudes formulées par l'autorité et obtenir l'autorisation d'une fusion qui, à défaut, aurait été interdite<sup>3</sup>. Les autorités disposent ensuite de deux options : approuver la fusion sous réserve d'engager des actions correctives à même de contrer l'atteinte potentielle à la concurrence ou interdire la fusion si aucune mesure corrective capable de prévenir cette atteinte ou de rétablir la concurrence n'est proposée.

5. Les interdictions de fusions et l'imposition de mesures correctives semblent être en hausse dans un grand nombre de juridictions et s'accompagnent d'une augmentation de la valeur globale des fusions notifiées. En 2015, la Commission fédérale du Commerce (FTC) des États-Unis a contesté 22 fusions. Sur ces 22 affaires, 3 ont fait l'objet d'une procédure de blocage de la part de la FTC, 17 autres affaires ont abouti à une ordonnance de consentement et 2 opérations ont été abandonnées ou restructurées. La division antitrust du ministère américain de la Justice a contesté 20 opérations de fusions, dont 10 ont donné lieu à un recours ; dans deux affaires, les parties ont renoncé à l'opération proposée à l'issue de la plainte et dans les 8 cas restants, le ministère américain de la Justice a classé les dossiers de règlement en même temps que la plainte. Au cours des huit dernières années, le ministère américain de la Justice a contesté ou obtenu

l'abandon de 39 fusions, contre 16 contestations ou abandons menés à bien au cours des huit années précédentes. Au sein de l'Union européenne, la Commission européenne n'a pas bloqué d'opération en 2015 mais sur 337 affaires notifiées au total, 8 ont fait l'objet d'un retrait, 13 ont été approuvées avec des mesures correctives à la fin de la phase 1 et des enquêtes de phase 2 ont été entreprises dans le cadre de 11 fusions notifiées, dont 7 ont été autorisées assorties de mesures correctives.

6. Les mesures correctives ont tendance à être plus étendues, plus détaillées et plus exigeantes dans leur application, ce qui nécessite plus de temps et de ressources pour les analyser et les mettre en œuvre. Des mesures correctives de type « acquéreur initial » ou « règlement préalable » sont utilisées<sup>4</sup>, ce qui dénote une aversion au risque plus marquée de la part des autorités. Mais, aussi étendues soient-elles, les mesures correctives ne garantissent pas qu'une fusion qui suscite des inquiétudes concurrentielles sera autorisée<sup>5</sup>; en effet, l'atteinte à la concurrence que certaines opérations risquent de générer est si élevée qu'elle ne peut pas faire l'objet de mesures correctives.

7. L'augmentation du nombre de mesures coercitives impliquant des interdictions de fusions ou l'imposition de conditions à leur autorisation met en lumière l'épineux problème de la norme de preuve, c'est-à-dire du seuil décisionnel auquel une interdiction (ou son équivalent) est justifiée, et du critère permettant de considérer que certaines mesures correctives sont suffisantes pour autoriser la fusion. Cette note qui doit servir de référence à la discussion du Groupe de travail n° 3 (GT3) sur les interdictions de fusions et les autorisations conditionnelles décrit les niveaux de preuve nécessaires aux décisions d'interdiction ainsi que les critères d'évaluation des mesures correctives acceptables, en les illustrant par quelques exemples. Elle vise à fournir des indications sur les facteurs qui influencent les décisions des autorités d'interdire les fusions anticoncurrentielles ou d'accepter (ou de rejeter) les mesures correctives, selon leur appréciation de l'atteinte potentielle à la concurrence et des chances de réussite ou des risques d'échec des mesures correctives.

## **1. La norme des autorités dans l'interdiction des fusions : une question d'équilibre**

8. Avant d'interdire une fusion, les autorités doivent établir que celle-ci va générer des effets anticoncurrentiels significatifs qui ne sont pas contrebalancés par des effets pro concurrentiels suffisants. Pour déterminer l'équilibre entre les effets anticoncurrentiels et pro concurrentiels, il faut prévoir l'impact d'une fusion sur les conditions futures du marché, de sorte que les autorités doivent s'appuyer sur un seuil décisionnel, c'est-à-dire sur un point critique au-delà duquel il faut s'attendre raisonnablement à une atteinte à la concurrence, et qui permet de distinguer les fusions qui doivent être interdites (absence de mesures correctives) de celles qui doivent être autorisées. Il s'agit de la norme de preuve applicable aux décisions des autorités, qui doit être respectée « *avant qu'un arbitre ne décide qu'un point est prouvé en droit* »<sup>6</sup>. Dans l'examen des fusions, il s'agit du point à partir duquel le critère de fond de contrôle de la fusion est rempli, l'atteinte est présumée et, par conséquent, une décision d'interdiction est justifiée et est susceptible de résister à un examen judiciaire. Ce point peut se déplacer sur une échelle théorique de degrés de possibilités et de probabilités, qui va de la simple possibilité à la plausibilité (selon l'expérience et le bon sens), puis la probabilité (qui a de fortes chances de se produire) et le critère de la plus grande probabilité (c'est-à-dire plus probable qu'improbable) pour finir par le point de certitude juridique (au-delà de tout doute raisonnable). La norme spécifique observée par chaque juridiction est généralement prévue de manière explicite par la législation ou les lignes directrices afin de permettre aux autorités de contrôle et aux entreprises de connaître avec certitude le degré de rigueur avec lequel les opérations seront examinées.

9. L'analyse d'une fusion étant un exercice de prospective, il implique non seulement d'évaluer un ensemble de faits actuels mais aussi « [...] une évaluation de ce qui est susceptible de se produire si une fusion se réalise par comparaison avec ce qui est susceptible de se produire si elle ne se réalise pas... la certitude en matière d'effet anticoncurrentiel est rarement possible et n'est pas exigée pour qu'une fusion soit illégale [...] » (Lignes directrices 2010 sur les fusions horizontales du ministère américain de la Justice

et de la FTC). Les autorités de la concurrence associent les meilleures informations disponibles à la date de l'opération aux méthodologies développées afin de prévoir de quelle manière les fusions affecteront la concurrence<sup>7</sup>. Leur conclusion repose sur un équilibre entre les faits, les arguments et les preuves, qui est généralement complexe, souvent imparfait, parfois contradictoire et peu susceptible de lever définitivement toutes les incertitudes.

10. Cet exercice de prospective peut expliquer pourquoi, dans plusieurs pays de l'OCDE, notamment l'UE et bon nombre de ses États membres, en Australie et aux États-Unis, les interdictions de fusions sont justifiées lorsqu'on s'attend à ce que la fusion sera préjudiciable « selon toute vraisemblance », même si la formulation exacte et la jurisprudence relative à la plausibilité de l'atteinte diffèrent.

#### Encadré 1. La norme de preuve dans certaines juridictions

En Australie, l'analyse des fusions en vertu de la section 50 de la Loi de 2010 sur la concurrence et les consommateurs interdit les fusions qui auraient pour effet, ou seraient susceptibles d'avoir pour effet, une diminution substantielle de la concurrence sur un marché. La jurisprudence actuelle de l'Australie semble indiquer qu'un « risque réel » de diminution significative de la concurrence est suffisant, norme plus élevée qu'une simple possibilité mais, de toute évidence, inférieure au critère de la plus grande probabilité (*Australian Gas Light Company vs. ACCC [No. 3] [2003] FCA 1525*). Selon certains arguments, il doit être démontré que la diminution significative de la concurrence est plus probable qu'improbable selon le critère de la plus grande probabilité plutôt que celui du « risque réel » : dans l'affaire *ACCC vs. Metcash Trading Limited* (2011) FCAFC 151, les juges de la Cour fédérale d'Australie réunis en séance plénière n'étaient pas de même avis quant à la norme requise (« probable » désigne-t-il « un risque réel » ou bien « une plus grande probabilité »), mais la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question.

**Les lignes directrices sur les fusions horizontales publiées en 2010 par le ministère américain de la Justice et la Commission fédérale du Commerce des États-Unis** mentionnent que les autorités américaines vont se trouver confrontées à des fusions qui sont « susceptibles » de créer ou de renforcer le pouvoir de marché. Les autorités adoptent une approche fondée sur la règle de la raison, en pesant les effets anticoncurrentiels par rapport aux bénéfices proconcurrentiels afin de distinguer un comportement licite d'un comportement illicite sur le marché. La jurisprudence (*United States vs. Phila. Nat'l Bank [374 U.S. 321, 362] 1963*) a également établi une présomption selon laquelle une fusion qui aboutit à une part de marché importante sur un marché concentré est illicite : « *une fusion qui conduit à ce qu'une entreprise contrôle un pourcentage indu du marché concerné et entraîne une augmentation significative de la concentration d'entreprises sur ce marché a, par nature, de telles probabilités de diminuer la concurrence de manière substantielle qu'elle doit être interdite, en l'absence de preuve démontrant clairement que cette fusion n'est pas susceptible d'avoir de tels effets anticoncurrentiels* ».

**Les Lignes directrices de l'UE sur l'appréciation des concentrations horizontales**, publiées en 2004, affirment qu'une fusion sera interdite si elle est « susceptible » d'entraver de manière significative la concurrence effective ; en revanche, elle sera autorisée s'il est plus probable qu'improbable qu'elle n'entraîne pas d'entrave significative à la concurrence effective (*Bertelsmann and Sony Corporation of America vs. Impala C-413/06 P*). La jurisprudence a tenté de préciser le niveau « plus probable qu'improbable » et a également imposé des exigences plus strictes aux fusions verticales et conglomerales.

Dans l'arrêt sur la fusion *General Electric/Honeywell (affaire T-210/01 General Electric vs. Commission, du 14 décembre 2005, recours en appel contre la décision de la Commission d'interdire la fusion)*, le Tribunal de première instance de l'Union européenne de l'époque (TPI – dénommé aujourd'hui Tribunal de l'Union européenne) a jugé qu'il appartenait à la Commission de démontrer « *que des effets anticoncurrentiels apparaîtront avec une forte probabilité, et non seulement qu'ils seraient susceptibles d'apparaître* » et de « *quantifier ces effets et de prouver qu'ils découleront de la concentration et non des conditions préexistantes du marché* ». En l'occurrence, selon le TPI, la Commission n'avait pas démontré, avec une probabilité suffisante, les effets verticaux et conglomeraux de la fusion. L'arrêt du TPI a néanmoins confirmé la décision de la Commission au motif que les effets horizontaux de la fusion suffisaient à l'interdire en tout état de cause.

Dans l'affaire *Tetra Laval*, le TPI est revenu sur la décision de la Commission d'interdire une proposition de fusion entre la société d'emballages suédoise Tetra Laval et une entreprise française, Sidel. La Commission a affirmé que la fusion notifiée aurait des effets conglomeraux anticoncurrentiels mais le TPI a établi que la Commission n'avait pas démontré que l'entité fusionnée pourrait non seulement porter atteinte à la concurrence mais aussi qu'elle agirait, de fait, de manière anticoncurrentielle. Sur pourvoi de la Commission, le tribunal (affaire C-12/03 P, *Commission vs. Tetra Laval BV*, 15 février 2005) a affirmé que « *les tribunaux communautaires doivent non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si*

*ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire s'agissant d'une analyse prospective requise par l'examen d'un projet de concentration produisant un effet de conglomerat » ; « ces éléments devant conforter les appréciations de la Commission selon lesquelles, à défaut d'adoption d'une telle décision, le scénario d'évolution économique sur lequel cette institution se fonde serait plausible ». Il a été largement reconnu que, dans cette jurisprudence, le niveau de plausibilité se situait au-dessus du seuil de la plus grande probabilité mais en-deçà de la certitude absolue (Vesterdorf 2005, Wood 2008).*

**Les Lignes directrices du Royaume-Uni sur l'évaluation des fusions** indiquent que l'autorité de la concurrence « doit porter un jugement général pour déterminer si une diminution significative de la concurrence se manifeste ou est susceptible de se manifester ». Ce critère implique d'établir la vraisemblance d'une diminution significative de la concurrence sur la base du critère de la plus grande probabilité, en s'appuyant sur un examen complet de phase 2.

11. L'évaluation selon le critère « plus probable qu'improbable » est suffisamment souple pour prendre en compte les évolutions futures du marché qui peuvent être raisonnablement prévues. Avec un critère de preuve trop strict, il serait très difficile de déterminer les effets anticoncurrentiels et de justifier une décision d'interdiction, ou de démontrer les effets pro concurrentiels à l'appui d'une décision d'autorisation. Toutefois, compte tenu précisément de la flexibilité du seuil de « probabilité », il n'est pas aisé de prévoir comment ce seuil sera interprété au cas par cas. La question de savoir s'il est plus probable qu'improbable qu'une fusion porte atteinte à la concurrence n'est jamais facile et elle ne se prête pas non plus à une réponse claire et nette.

12. Si les autorités doivent procéder à un exercice de mise en balance pour prendre une décision, elles sont soutenues, dans leurs efforts, par plusieurs facteurs : normes juridiques (notamment le critère de fond de contrôle d'une fusion et les contre-arguments et moyens de défense acceptables, les normes de preuve pour les décisions mais aussi les présomptions légales, la charge de la preuve, les règles de preuve, etc.) ; caractère convaincant de la preuve ; solidité des arguments des parties à la fusion ; dynamique du processus d'examen de la fusion, en particulier sa durée ; risques qu'une interdiction soit contestée en justice et sévérité du contrôle judiciaire ainsi que l'expérience, les succès et les échecs propres des autorités. Lyons, Menzies et Zizzo (2009) ont mené une étude visant à identifier le poids des différents facteurs dans le processus décisionnel d'examen des fusions.

#### **Encadré 2. Analyse empirique du processus décisionnel dans l'examen des fusions**

Lyons, Menzies et Zizzo (2009) ont réalisé une étude sur le processus décisionnel dans l'examen des fusions, qui met en évidence l'influence distincte de différentes normes de preuve, du nombre d'éléments probants, du coût d'une erreur, des compétences professionnelles, de la formation et de l'expérience. Ils ont cherché à déterminer « *si des normes de preuve différentes ont des conséquences pratiques sur le processus décisionnel, si l'interprétation des normes de preuve est déterminée de manière professionnelle, s'il existe un lien entre l'expérience et la sévérité, s'il est tenu compte du nombre d'éléments probants et du coût des erreurs et s'il existe des biais cognitifs systématiques dans la prise de décisions* ».

Leurs conclusions ont démontré que si les normes de preuve influent sur le processus décisionnel<sup>1</sup>, contrairement à leurs attentes, il ne semble pas y avoir de variation du processus décisionnel entre praticiens appartenant à différents systèmes juridiques, ce qui signifie que l'impact d'une norme différente n'est probablement pas très significatif. Ils ont également démontré que la professionnalisation a son importance : les spécialistes sont mieux à même d'identifier différentes normes de preuve et plus susceptibles de tenir compte de l'ensemble des éléments probants. Les spécialistes plus expérimentés ont généralement une approche plus élaborée des éléments probants et une plus grande capacité à établir une distinction entre différentes normes de preuve. Ils ont également relevé une certaine réticence à conclure qu'une proposition de fusion comporte un risque d'atteinte à la concurrence et que les risques d'erreurs de type 1 sont davantage pris en considération (notamment, le coût d'une conclusion défavorable lorsqu'il est finalement établi que la fusion n'entraîne pas d'atteinte à la concurrence). Les résultats ne fournissent pas d'explications fondées sur la culture et la formation des agents de l'autorité.

Selon cette étude, il semble que si les normes formelles servent de cadre aux conclusions des autorités en faveur ou à l'encontre d'une fusion, des aspects comportementaux interviennent en pratique dans le processus décisionnel.

<sup>1</sup> Ils ont établi, par exemple, que la norme de preuve imposée par la Cour européenne de justice à la Commission, à savoir la nécessité d'apporter « une preuve précise, fiable, cohérente et suffisante », constitue une norme presque aussi élevée que la certitude absolue (c'est-à-dire le niveau « au-delà de tout doute raisonnable » utilisé dans les affaires pénales).

*Source* : Lyons, B., Menzies G., Zizzo, D., 2009, « Professional interpretation of the standard of proof : an experimental test on merger regulation », Centre for Competition Policy Working Paper 10

13. S'il est établi qu'une atteinte à la concurrence est probable, ce qui justifie l'interdiction de la fusion, les parties feront, en principe, des propositions afin de répondre aux inquiétudes de l'autorité : elles proposeront généralement de corriger les effets anticoncurrentiels de la fusion.

## **2. Rééquilibrage ? Quelle est la norme applicable aux autorisations conditionnelles ?**

14. Dans la plupart des juridictions, les autorisations conditionnelles sont plus nombreuses que les interdictions pures et simples. À titre indicatif, sur 6 264 fusions notifiées entre le 21 septembre 1990 et le 31 juillet 2016, la Commission européenne n'a interdit que 25 opérations et a ordonné des mesures de rétablissement de la situation antérieure dans 4 autres affaires (par ailleurs, 170 affaires ont été retirées : 130 lors de la phase 1 et 40 lors de la phase 2). La Commission a imposé des mesures correctives dans 263 affaires lors de la phase 1 et a entamé 242 examens de phase 2, dont 118 (soit environ la moitié du nombre total) ont été autorisés avec des mesures correctives.

15. Duso, Gugler et Yurtoglu (2011) soulignent « qu'il s'est produit, au cours de la dernière décennie, un basculement net dans le contrôle des fusions, les mesures correctives étant considérées comme un meilleur instrument d'action que les interdictions pures et simples. Les mesures correctives sont censées jouer le rôle d'une intervention chirurgicale dans la mesure où elles traitent efficacement les problèmes de pouvoir de marché soulevés par les fusions sans détruire les synergies favorisant les gains d'efficacité ».

16. Pour que les autorités les acceptent, les mesures correctives doivent-elles résoudre tous les problèmes de concurrence que la fusion risque d'entraîner ? Ou bien doivent-elles plutôt faire pencher la balance en faveur de l'autorisation conditionnelle, c'est-à-dire éliminer ou atténuer suffisamment les problèmes pour que, en définitive (c'est-à-dire selon la norme de preuve), les effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels ?

17. Selon les règles d'examen des fusions et les lignes directrices des autorités, les mesures correctives devraient répondre à tous les problèmes de concurrence et l'atteinte à la concurrence qui justifierait par ailleurs une décision d'interdiction devrait être éliminée, et non pas réduite, de préférence par des mesures correctives structurelles. Le seuil d'acceptation des mesures correctives correspond à l'élimination totale du risque d'atteinte à la concurrence attendu que cette atteinte est établie selon les règles de critère de fond et de norme de preuve de chaque juridiction. Les autorités disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'elles décident de la mesure censée préserver la concurrence.

### Encadré 3. Exemples de formulations décrivant les mesures correctives acceptables

En Australie, les lignes directrices sur les fusions de l'ACCC, publiées en 2008, mentionnent qu'une « mesure corrective doit répondre de manière appropriée à l'atteinte potentielle identifiée ». Dans certaines affaires, seul un rejet pur et simple de la fusion permet de répondre aux inquiétudes de l'ACCC en matière de concurrence. [...] Les obligations fondamentales de l'opération proposée (par exemple, une cession) [doivent] répondre de manière spécifique, globale et effective aux inquiétudes de l'ACCC en matière de concurrence. L'ACCC n'acceptera probablement pas une opération s'il existe, selon elle, des risques que celle-ci ne prévienne pas efficacement une diminution substantielle de la concurrence à la suite de la fusion et/ou qu'elle ne puisse pas être mise en œuvre dans la pratique et (le cas échéant) surveillée et/ou appliquée correctement » (c'est nous qui soulignons).

Au Canada, le Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions (2006) du Bureau de la concurrence précise que « le critère applicable pour déterminer si une mesure corrective est acceptable, tant dans le cas d'un litige que dans le cas d'un consentement, a été défini par la Cour suprême dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* Dans ce jugement, la Cour a conclu que « la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant la fusion ». [...] Dans l'affaire Southam, la Cour suprême rappelle qu'il est important de s'assurer que la mesure corrective élimine entièrement la diminution sensible (ou l'empêchement) de la concurrence » (c'est nous qui soulignons).

**Le règlement CE sur les concentrations et la Communication de la Commission concernant les mesures correctives de 2008** précisent que les engagements doivent résoudre entièrement les problèmes de concurrence et être complets et efficaces à tous points de vue (c'est nous qui soulignons).

Aux États-Unis, le « Policy Guide to Merger Remedies » de la division antitrust du ministère américain de la Justice définit le « principe fondamental de la division en matière d'analyse des mesures correctives [qui] prévoit qu'une mesure corrective efficace doit préserver effectivement la concurrence sur le marché concerné. C'est l'objectif visé par l'application de la loi sur les fusions. [...] Une fois que la division a établi qu'une fusion est anticoncurrentielle, elle n'envisage que les mesures correctives qui règlent le problème concurrentiel et préservent effectivement la concurrence... Avant que la division ne conclue qu'une mesure corrective est acceptable, la mesure en question doit répondre efficacement à chacun des problèmes concurrentiels que la division a identifiés » (c'est nous qui soulignons).

Les quatre juridictions déterminent les circonstances précises dans lesquelles des mesures correctives comportementales peuvent être efficaces.

18. Attendu que les mesures correctives doivent répondre à tous les problèmes de concurrence soulevés par les autorités, si elles n'y parviennent pas, il faut alors s'attendre à une interdiction de l'opération. Les autorités de la concurrence procèdent à un examen approfondi des mesures correctives et exigent un degré élevé de certitude pour apaiser leurs inquiétudes<sup>8</sup>. Un certain nombre de fusions récentes n'ont pas abouti après le rejet de mesures correctives significatives proposées par les parties, ce qui suggère que les autorités sont peut-être devenues plus strictes et prudentes quant aux mesures correctives qu'elles sont prêtes à accepter. Cette situation peut s'expliquer par plusieurs raisons, allant de l'incapacité des mesures correctives à corriger l'atteinte à la concurrence de manière suffisante, aux difficultés de mise en œuvre de ces mesures correctives, notamment en ce qui concerne l'application des exceptions, la combinaison d'actifs et les obligations de séparation.

19. Au sein de l'Union européenne, par exemple, bien que la Commission européenne se montre disposée à accepter les mesures correctives, elle a bloqué le projet de rachat d'O2 par Hutchinson au Royaume-Uni, en mai 2016, à l'issue d'un examen approfondi de phase 2. Il s'agit de la première décision d'interdiction prise par la Commission depuis 2013. L'enquête de la Commission a révélé que l'opération était susceptible d'entraîner une hausse des prix et une limitation du choix pour les consommateurs, tout en nuisant à l'innovation. Les mesures correctives proposées par Hutchinson n'ont pas été jugées suffisantes pour apaiser les craintes de la Commission car il a été considéré qu'elles « *n'étaient pas capables de restaurer la concurrence affaiblie* » et qu'elles suscitaient « *une forte incertitude quant à leur mise en œuvre et leur suivi effectifs* »<sup>9</sup>. La Commission a peut-être pris cette décision à la lumière d'avis précédents

émis dans le cadre de 3 ou 4 fusions dans le secteur des télécommunications, dans lesquelles les mesures correctives acceptées au préalable s'étaient avérées difficiles à mettre en œuvre ou peu efficaces<sup>10</sup>.

20. Aux États-Unis, on constate une hausse récente du nombre d'opérations de fusion faisant l'objet de contestations judiciaires, en raison de l'examen rigoureux des mesures correctives proposées et du rejet de celles qui sont jugées insatisfaisantes<sup>11</sup>. En avril 2016, le ministère américain de la Justice s'est opposé à la fusion entre le fournisseur de services pétroliers Halliburton Co et son rival Baker Hughes Inc., malgré le renforcement des mesures correctives proposées. Ensemble, les deux entreprises (acteurs numéros deux et trois dans le secteur des services énergétiques) auraient représenté l'un des principaux acteurs dans la technologie de la fracturation hydraulique, du forage et des services pétroliers, faisant craindre une hausse des prix dans le secteur. Selon le ministère américain de la Justice, les mesures correctives ne permettaient pas de remédier à l'atteinte à la concurrence sur certains marchés<sup>12</sup>. En juillet 2016, le ministère américain de la Justice a bloqué les rachats par Aetna d'assureurs santé concurrents, Humana et Cigna Corp, au motif que les mesures correctives proposées ne permettaient pas de résoudre entièrement les problèmes de concurrence générés par les fusions et impliqueraient également de lourdes contraintes de surveillance. La plainte déposée contre le rachat de Humana affirme que les actifs dont la cession était proposée « *avaient un volume de ventes et des parts de marché inférieurs, présentaient une efficacité et une qualité moindres, offraient moins d'opportunités d'innovation et, par ailleurs, ne parvenaient pas à rétablir la concurrence entre Aetna et Humana* »<sup>13</sup>.

21. Les décisions d'interdiction, qui font état d'une atteinte à la concurrence et rejettent les mesures correctives proposées, soulignent que les mesures correctives sont inacceptables, précisément parce qu'elles ne résolvent pas tous les problèmes. Cela implique que, dans le cas d'autorisations conditionnelles (dont la proportion est généralement beaucoup plus élevée que les interdictions), les mesures correctives soient capables, en principe, de prévenir toute atteinte (et de satisfaire ainsi au critère de l'autorité pour autoriser l'opération) et, parallèlement, de conserver la plupart ou une partie des gains d'efficacité spécifiques à la fusion (qui constituent généralement le motif des parties à l'opération, faute de quoi il peut être attendu des parties qu'elles y renoncent<sup>14</sup>). L'appréciation de la manière dont les mesures correctives peuvent résoudre le problème ou le résolvent effectivement repose, à chaque fois, sur les faits propres à l'affaire. Les autorités disposent d'une marge d'appréciation dans leur prise de décision, ce qui permet de se demander si une diminution résiduelle minimale de la concurrence serait identifiée et acceptée explicitement.

22. Dans certaines affaires, il peut également arriver que les autorités de la concurrence approuvent des mesures correctives dont elles prévoient qu'elles ne résoudront que partiellement le problème de concurrence. « *L'autorité peut avoir agi ainsi de manière rationnelle si elle a jugé qu'il existait un risque significatif d'être perdante en cas de procès. De fait, l'atteinte à la concurrence aurait pu être encore plus importante en l'absence de mesures correctives mais cela est préférable à l'absence totale d'obtention de mesures correctives* »<sup>15</sup>. Dans ce cas, l'autorité accepte qu'une partie de l'atteinte à la concurrence ne soit pas traitée (et, par conséquent, que les effets anticoncurrentiels ne soient pas réglés dans leur intégralité) et met en parallèle l'atteinte résiduelle probable (qui peut être limitée) par rapport au risque de perte d'un procès (qui peut être élevé). Il peut également arriver, dans certains cas, que les parties proposent des mesures correctives plus légères, en sachant que l'autorité sera moins susceptible de les rejeter et qu'elles assument donc le risque de perdre. Par ailleurs, lorsque l'interdiction n'est pas possible, notamment en raison de contraintes multijuridictionnelles et de problèmes d'application extraterritoriale, des mesures correctives de seconde intention peuvent être prises lorsqu'elles s'avèrent être le meilleur choix compte tenu des circonstances d'une affaire donnée<sup>16</sup>.

23. Les commentateurs (Heyer 2012) ont également souligné que le processus décisionnel devait prendre en considération les effets pro concurrentiels des fusions, même si ces derniers n'éliminent pas complètement les différentes atteintes à la concurrence et si aucune mesure corrective parfaite ne peut leur

être appliquée, ce qui conduit à accepter des mesures correctives dans des cas où une interdiction aurait été normalement justifiée. En l'occurrence, s'il existe des problèmes concurrentiels qui concernent une part relativement modeste de la fusion mais, par ailleurs, des gains d'efficacité significatifs spécifiques à la fusion (sur des marchés autres que ceux où des problèmes de concurrence se posent), l'interdiction de l'opération dans son intégralité peut être une mauvaise décision. En l'absence de mesure corrective parfaite, en imposer une imparfaite qui contribue de manière significative à résoudre les problèmes de concurrence tout en générant des gains d'efficacité est bénéfique pour les consommateurs et elle constitue sans doute un choix optimal.

24. Le degré auquel les mesures correctives répondent aux problèmes de concurrence ne constitue par le seul critère sur lequel les autorités de contrôle s'appuient pour prendre leur décision d'acceptation ou de rejet d'une mesure corrective. Ces décisions sont également motivées par des facteurs décisionnels internes, tels que la conclusion d'accords entre des groupes distincts de décideurs (attendu que ces décisions autorisent l'opération tout en imposant des conditions) ou la gestion d'une éventuelle pression politique en vue d'autoriser les opérations.

### **3. Existe-t-il différentes normes d'autorisations conditionnelles aux divers stades du processus d'examen d'une fusion ?**

25. Dans un grand nombre de juridictions, le contrôle des fusions implique deux étapes ou phases. Lors de la phase 1, l'autorité de la concurrence examine les éléments probants disponibles dans un laps de temps relativement court et décide si ces éléments suffisent à autoriser la fusion dans son intégralité ou s'il faut, au contraire, la soumettre à un examen approfondi de phase 2. La phase 1 peut aboutir à une autorisation, une autorisation conditionnelle assortie de mesures correctives ou l'ouverture de la phase 2 (ou deuxième demande de renseignements complémentaires aux États-Unis). La phase 2 implique une analyse plus approfondie des problèmes et le recueil de renseignements et d'éléments probants supplémentaires. Elle peut aboutir à une autorisation, une autorisation conditionnelle assortie de mesures correctives ou une interdiction. Les normes applicables aux autorisations conditionnelles des fusions lors des phases d'examen 1 et 2 peuvent toutefois différer.

26. Du fait de la nature de la phase 1 (plus courte et moins approfondie), les décisions qui acceptent des mesures correctives doivent dissiper les craintes initiales d'une atteinte probable à la concurrence qui n'ont pas fait l'objet d'une enquête approfondie<sup>17</sup>. Cela suggère que les mesures correctives ne sont acceptables que si le problème de concurrence peut être identifié clairement sur la base des éléments probants disponibles et s'il peut être corrigé facilement. Les mesures correctives de phase 1 doivent démontrer clairement qu'elles sont capables de lever les inquiétudes que la fusion puisse porter atteinte à la concurrence. Si les mesures correctives proposées ne dissipent pas ces doutes, l'autorité doit normalement entamer un examen de phase 2 plutôt que d'accepter les mesures correctives. Ces dernières deviennent alors plus ciblées lors de la phase 2 et doivent résoudre un problème de concurrence identifié plus clairement. Selon l'étude des mesures correctives en matière de concentration réalisée par la Commission (Commission 2005, p. 136), les mesures correctives de phase 1 sont, dans l'ensemble, plus étendues et efficaces.

27. Les commentateurs (Duso 2006) soulignent que, dans la mesure où les entreprises peuvent être réticentes à se soumettre à des enquêtes longues et coûteuses de phase 2 - parfois plus coûteuses que les mesures correctives imposées, en particulier si une autorisation rapide est déterminante pour l'opération -, elles peuvent être disposées à effectuer des offres plus généreuses lors de la phase 1.

### **4. Efficacité des décisions en matière de fusions**

28. Les décisions des autorités en matière de fusions ne sont pas sans faille. Les commentateurs se demandent si l'examen des fusions et les mesures correctives sont toujours efficaces (Kwoka 2015, Kwoka

2013, Duso, Gugler et Yurtoglu 2011, Seldeslachts, Clougherty et Pita Barros 2007). Ils soulignent que des fusions qui ont été autorisées sans conditions semblent avoir entraîné une hausse des prix, ce qui suggère qu'il existe des erreurs de type II dans le fait de renoncer totalement à des fusions anticoncurrentielles et, par conséquent, une application imparfaite de la loi. Certaines mesures correctives peuvent également s'avérer infructueuses<sup>18</sup>. La note de 2016 du Conseil consultatif économique du Président des États-Unis souligne qu'un « *débat est en cours sur la capacité des mesures correctives en matière de fusions à préserver les conditions de concurrence existant avant la fusion. Certains observateurs se félicitent de l'utilisation accrue de mesures correctives audacieuses et créatives au cours des dernières années, tandis que d'autres s'interrogent sur la capacité du gouvernement à concevoir ces mesures correctives, à surveiller leur respect et à s'assurer qu'elles favorisent effectivement la concurrence* ». Ainsi, dans certains cas, des interdictions pures et simples plutôt que des autorisations, conditionnelles ou non, auraient pu donner de meilleurs résultats et auraient adressé un signal plus fort au marché que des décisions d'application difficiles.

29. Certaines autorités ont effectué des études ex post sur les décisions et les mesures correctives en matière de fusions. Dans le cas des mesures correctives notamment, les études ex post ont montré comment et pourquoi certaines mesures correctives n'ont pas produit les résultats escomptés et se sont avérées totalement ou partiellement inefficaces pour prévenir l'atteinte à la concurrence<sup>19</sup>. Ces études ex post ne permettent pas de tirer des conclusions générales concernant le processus décisionnel suivi par les autorités pour accepter des mesures correctives. Elles reposent, en effet, sur des exemples spécifiques de failles dans la conception ou la mise en œuvre, d'asymétries de l'information ou de risques inhérents à l'acceptation d'une solution fondée sur des hypothèses et qui vise à avoir un impact sur les conditions de concurrence à venir.

#### **Encadré 4. Guide de référence de l'OCDE sur l'évaluation ex post des décisions d'application des autorités de la concurrence**

L'OCDE recommande de procéder à des évaluations ex post régulières des décisions d'application afin de déterminer quel a été l'impact de la décision sur le marché. Les évaluations ex post peuvent couvrir l'ensemble de la décision (par ex., était-il approprié d'autoriser une fusion spécifique ou aurait-elle dû être bloquée ?), uniquement des éléments spécifiques de la décision tels que l'efficacité des mesures correctives imposées (par ex., ont-elles fonctionné ou auraient-elles pu être mieux conçues, appliquées et contrôlées ?) ou la validité des prévisions en matière d'évolution du marché.

Les évaluations ex post peuvent contribuer à vérifier si une intervention (ou une non-intervention) a atteint ses objectifs et, dans le cas contraire, les raisons pour lesquelles elle n'y est pas parvenue, en utilisant à la fois les données postérieures à la fusion et les données internes de l'autorité. Ces évaluations permettent d'analyser la force probante et la précision des techniques prédictives utilisées par l'autorité, les limites et erreurs, et elles contribuent à améliorer le processus décisionnel tant en termes de méthodes que de résultats.

Source : OCDE (2016), Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, [www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf). L'annexe C au Guide de référence contient une longue liste d'études ex post réalisées par des autorités et des universitaires. Voir également le Guide pour aider les autorités de la concurrence à évaluer l'impact attendu de leurs activités, OCDE, 2014 <https://www.oecd.org/daf/competition/Guide-evaluation-activites-concurrenceFR.pdf>

2. Les évaluations ex post n'entraîneront pas (du moins dans l'immédiat) de modification des normes juridiques de preuve utilisées pour l'examen des fusions. Elles peuvent toutefois aider les autorités à déterminer à l'avenir les fusions qui, de façon « plus probable qu'improbable », porteront atteinte à la concurrence, ainsi que les mesures correctives capables d'éliminer avec succès les effets anticoncurrentiels ou celles qui n'ont guère de chances d'y parvenir. Ces évaluations peuvent donc se traduire par une modification de la pratique d'une autorité en matière d'interdictions de fusions et de mesures correctives, permettant de mieux cibler les fusions problématiques et de renforcer la conception et la mise en œuvre de mesures correctives appropriées.

## NOTES DE FIN

- <sup>1</sup> La présente note utilise le terme de « fusion » pour désigner toutes les opérations relevant de la législation applicable en matière de contrôle des fusions.
- <sup>2</sup> Thomson Reuters (2016), *Mergers & Acquisitions Review*, [http://share.thomsonreuters.com/general/PR/MA-4Q15-\(E\).pdf](http://share.thomsonreuters.com/general/PR/MA-4Q15-(E).pdf)
- <sup>3</sup> OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2011, Remedies in Merger cases, Executive Summary, DAF/COMP(2011)13 et [www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf)
- <sup>4</sup> Competition Policy International, *Rising tide of « Fix-it-first » and « Up-front Buyer » remedies in EU and UK merger cases*, 2016, [www.competitionpolicyinternational.com/rising-tide-of-fix-it-first-and-up-front-buyer-remedies-in-eu-and-uk-merger-cases/](http://www.competitionpolicyinternational.com/rising-tide-of-fix-it-first-and-up-front-buyer-remedies-in-eu-and-uk-merger-cases/)
- <sup>5</sup> Freshfields, *Merger Remedies: Meeting Agencies' Higher Expectations*, [www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9\\_Merger\\_remedies/](http://www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9_Merger_remedies/)
- <sup>6</sup> Vesterdorf, B., 2005. « Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts. » *European Competition Journal* 1:3-33..
- <sup>7</sup> OCDE (2016), Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, [www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf)
- <sup>8</sup> Freshfields, *Merger Remedies: Meeting Agencies Higher Expectations* : « ... les autorités exigent des mesures correctives de plus en plus complètes et complexes. En outre, lorsqu'elles vérifient si ces mesures correctives produisent les résultats escomptés, elles sont plus rigoureuses que jamais auparavant, et cette tendance devrait se poursuivre... Les autorités s'attachent à effectuer un examen approfondi des mesures correctives proposées avec un degré de précision sans précédent. Les parties doivent s'attendre à plusieurs séances de négociation sur la formulation précise de l'ensemble des mesures correctives », [www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9\\_Merger\\_remedies/](http://www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9_Merger_remedies/)
- <sup>9</sup> « Les mesures correctives proposées ne permettaient pas de résoudre les problèmes structurels engendrés par le bouleversement des accords actuels de partage du réseau au Royaume-Uni. Elles n'étaient pas non plus en mesure de restaurer la concurrence affaiblie sur les marchés de détail et de gros de la téléphonie mobile à la suite du rachat. En outre, les mesures proposées, qui étaient essentiellement de nature comportementale, ont suscité une forte incertitude quant à leur mise en œuvre et leur suivi effectifs, notamment parce qu'il était difficile de les définir précisément et que certaines dépendaient de l'accord d'autres acteurs » : Commission européenne, communiqué de presse du 11 mai 2016, *Statement by Commissioner Vestager on competition decision to prohibit Hutchison's proposed acquisition of Telefónica UK*, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-16-1713\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-1713_fr.htm)
- <sup>10</sup> Massimo Motta, présentation à l'assemblée annuelle d'ACE, Università Bocconi, novembre 2015, *Fusions dans la téléphonie mobile : quels enseignements tirer ?* [www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic\\_items/566-file/Motta-Mobile%20mergers%20What%20have%20we%20learned%20Compatibility%20Model.pdf](http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic_items/566-file/Motta-Mobile%20mergers%20What%20have%20we%20learned%20Compatibility%20Model.pdf)
- <sup>11</sup> Le Procureur général, Loretta Lynch, a déclaré à l'American Bar Association, le 6 avril 2016 : « ...nous n'accepterons pas [...] l'idée qu'un simple acte de cession suffise... Le ministère américain de la Justice n'est pas intéressé par un règlement dans le seul intérêt d'un règlement ; nous ne sommes disposés à un règlement que si nous avons une confiance élevée dans le fait qu'un accord préservera la concurrence et protégera les consommateurs sur chacun des marchés concernés par une fusion. Plus l'opération est complexe - et plus le nombre de marchés qu'elle peut mettre en péril est élevé - plus nous doutons que la cession puisse sauvegarder la concurrence. Et si nous estimons qu'il n'existe pas de solution favorable, nous poursuivons le recours jusqu'au bout ». (c'est nous qui soulignons) : [www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2016/04/halliburton-bakerhu.html](http://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2016/04/halliburton-bakerhu.html)

- <sup>12</sup> Bill Baer, procureur général adjoint par intérim, dans une allocution à l’American Antitrust Institute le 16 juin 2016, a fait référence à l’affaire, en mentionnant que les propositions « *étaient très loin de garantir que la dynamique actuelle de la concurrence soit préservée. [...] En fin de compte, il n’y avait pas de garantie que les clients considèrent un tiers acquéreur non identifié comme une alternative sérieuse à Halliburton et Schlumberger* ». De manière générale, « *une mesure corrective doit remédier pleinement et clairement à la violation. Elle doit préserver le jeu de la concurrence qui prévalait auparavant sur les marchés concernés en répondant efficacement à tous les effets anticoncurrentiels résultant de l’opération... Des mesures correctives partielles ne sont pas suffisantes* ». (c’est nous qui soulignons) : [www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2016/04/halliburton-bakerhu.html](http://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2016/04/halliburton-bakerhu.html). L’opération a été abandonnée un mois après le recours du ministère américain de la Justice.
- <sup>13</sup> Dans l’affaire 1:16-cv-01494, plainte contre la proposition de fusion entre Aetna Inc et Humana Inc.
- <sup>14</sup> Laprévotte F-C., *Abandon All Hope, ye Who Enter Here? Efficiencies in European Merger Control: A Few Lessons from Recent Decisional Practice* Concurrences Journal N° 2, May 2014
- <sup>15</sup> Heyer, K., 2012, *Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers*, Antitrust, vol. 26, n° 2, American Bar Association, [www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust\\_magazine/spring\\_2012\\_heyerauthcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/spring_2012_heyerauthcheckdam.pdf)
- <sup>16</sup> Groupe de travail de l’ICN sur les Concentrations, 2005, sous-groupe du cadre analytique, *Merger Remedies Review Project: Report for the Fourth ICN Annual Conference in Bonn*, [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf), Annexe L sur le rachat de AirShields (États-Unis) par Draeger Medical AG & Co (Allemagne). La fusion des distributeurs contrôlés à 100 % de deux entités au Royaume-Uni a été considérée comme susceptible d’entraîner une diminution substantielle de la concurrence. Voir également OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2013, *Remedies in cross-border merger cases*, [www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm).
- <sup>17</sup> La Commission européenne accepte les mesures correctives de phase 1 si elles lèvent clairement les « doutes sérieux » quant au fait que la concentration puisse entraver de manière significative la concurrence effective (attendu qu’il s’agit du critère de la Commission pour entamer la phase 2) : OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2011, *Remedies In Merger Cases*, présentation de l’Union européenne, [DAF/COMP/WP3/WD(2011)59] et [www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm).
- <sup>18</sup> Dans deux affaires récentes de la FTC, les fusions Hertz Global Holdings/Dollar Thrifty Automotive Group Inc. et Albertsons LLC/Safeway Inc., l’acquéreur des actifs cédés, approuvé par la FTC, a déposé le bilan peu après que la FTC a autorisé l’opération ; dans l’affaire Hertz/Dollar Thrifty, la société cédée Advantage Rent a Car a déposé le bilan dans les quatre mois qui ont suivi l’autorisation du plan d’entreprise par la FTC et dans l’affaire Albertsons/Safeway, l’acquéreur a déposé son bilan dans les neuf mois qui ont suivi l’autorisation de la FTC.
- <sup>19</sup> Canada : Bureau de la concurrence, 2011, Sommaire d’étude sur les mesures correctives en matière de fusions, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03392.html>; Commission européenne : DG COMP, *Merger Remedies Study*, 2005, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf) ; Royaume-Uni : UK Competition and Market Authority, 2015, *Understanding past merger remedies* [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/448223/Understanding\\_past\\_merger\\_remedies.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448223/Understanding_past_merger_remedies.pdf) ; États-Unis : Federal Trade Commission, Bureau of Competition, *A Study Of The Commission’s Divestiture Process (FTC Divestiture Study)*, 1999, [www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf](http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf);

## BIBLIOGRAPHY

- ACCC, 2008, Merger Guidelines, <http://www.accc.gov.au/publications/merger-guidelines>
- Autorité de la concurrence, France, communiqué de presse du 21 septembre 2011 sur le retrait de la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, et l'imposition d'amendes, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=388&id\\_article=1696](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=388&id_article=1696).
- Baer, W., *Remarks at American Antitrust Institute's 17th Annual Conference*, 16 juin 2016, <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-associate-attorney-general-bill-baer-delivers-remarks-american-antitrust-institute>.
- Bureau de la concurrence du Canada (2011), *Sommaire d'étude sur les mesures correctives en matière de fusions*, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03392.html>.
- Clougherty, J. A., T. Duso, M. Lee et J. Seldeslachts (2015), *Effective European Antitrust: Does EC Merger Policy Generate Deterrence?* DIW Berlin Discussion Paper n° 1523. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2695314>.
- Coate, M. (2016), *A Retrospective on Merger Retrospectives in the United States*, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 12, n° 2, pp. 209-232.
- Commission européenne (2008), *Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (C 267/01)* [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=FR).
- Commission européenne (2014), *Livre blanc : Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, COM/2014/0449 final, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_merger\\_control/mergers\\_white\\_paper\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/mergers_white_paper_fr.pdf).
- Commission européenne (2016), *Competition Policy Brief, EU merger control and innovation*, [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016\\_001\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf).
- Commission européenne : DG COMP, *Merger Remedies Study*, 2005, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf).
- Commission européenne, 2004, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, JO C 31, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger\\_law\\_2013\\_web.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_law_2013_web.pdf)
- Commission européenne, communiqué de presse du 11 mai 2016, *Statement by Commissioner Vestager on competition decision to prohibit Hutchison's proposed acquisition of Telefónica UK* [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-16-1713\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-1713_fr.htm).

Commission européenne, communiqué de presse du 3 juillet 2001, *La Commission interdit l'acquisition de Honeywell par GE*, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-939\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-939_fr.htm).

Commission européenne, communiqué de presse du 1<sup>er</sup> février 2012, *Concentrations: la Commission interdit le projet de concentration entre Deutsche Börse et NYSE Euronext* [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-94\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-94_fr.htm).

Davies, S., B. Lyons (2007), *Mergers and Merger Remedies in the EU*, Edward Elgar Publishing.

Delgado J., H. Otero (2016), *Why Ex-Post Evaluation Is So Important (And So Little Used) In Antitrust*, CPI Antitrust Journal avril 2016, [www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/04/Juan-Delgado-Hector-FINAL.pdf](http://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/04/Juan-Delgado-Hector-FINAL.pdf) European Economic Review vol. 55, pp. 980–1006.

Duso, T. (2008), *Assessing merger control decisions: The role of competitors*, <http://voxeu.org/article/european-commission-making-right-merger-decisions>.

Duso, T., K. Gugler et B. Yurtoglu (2006), *EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment*, GESY Discussion Paper n° 81, <http://www.sfbtr15.de/uploads/media/81.pdf>.

Duso, T., K. Gugler et B. Yurtoglu (2011), *How effective is European Merger Control?* European Economic Review vol. 55, pp. 980–1006.

Freshfields, *Merger Remedies: Meeting Agencies' Higher Expectations*, [www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9\\_Merger\\_remedies/](http://www.freshfields.com/en/global/TKT2015/9_Merger_remedies/).

Ginsburg, D., J. Wright (2016), *Philadelphia National Bank: Bad Economics, Bad Law, Good Riddance*, Antitrust Law Journal, vol. 80.

Groupe de travail de l'ICN sur les Concentrations (2005), *Analytical Framework Subgroup, Merger Remedies Review Project: Report for the Fourth ICN Annual Conference*, Bonn, Allemagne [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf).

Groupe de travail de l'ICN sur les Concentrations (2015), *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*, [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf).

Groupe de travail de l'ICN sur les Concentrations (2016), *Merger Remedies Guide*, [www.icn2016.sg/sites/live.icn2016.site.gsi.sg/files/Merger%20Remedies%20Guide.pdf](http://www.icn2016.sg/sites/live.icn2016.site.gsi.sg/files/Merger%20Remedies%20Guide.pdf).

Harker, M. (2006), *UK Merger Remedies under Scrutiny*, CCP Working Paper 06-16.

Heyer, K. (2012), *Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers*, Antitrust, vol. 26, n° 2, American Bar Association, [www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust\\_magazine/spring\\_2012\\_heyerauthcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/spring_2012_heyerauthcheckdam.pdf).

Hoeg, D. (2014), *European Merger Remedies: Law and Policy*, Bloomsbury Publishing.

Kokkoris, I. et H. Shelanski (2014), *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, Oxford University Press.

- Kwoka, J. (2013), *Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes*, Antitrust Law Journal, vol. 78, 2013, <http://ssrn.com/abstract=1954849>.
- Kwoka, J. (2015), *Mergers, Merger Control, and Remedies, A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, the MIT Press.
- Laprévôte F-C. (2014), *Abandon All Hope, ye Who Enter Here? Efficiencies in European Merger Control: A Few Lessons from Recent Decisional Practice* Concurrences Journal N° 2, mai 2014.
- Levy, N., S. Frisch et A. Waksman (2015), *A comparative assessment of the EU's reforms to merger control and antitrust enforcement*, European Competition Journal vol. 11, Iss. 2-3 <http://dx.doi.org/10.1080/17441056.2015.1125680>.
- Lynch L., *Keynote Luncheon Address During the 64th Annual American Bar Association Antitrust Law Spring Meeting*, [www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-keynote-luncheon-address-during-64th-annual](http://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-keynote-luncheon-address-during-64th-annual).
- Lyons, B., G. Menzies, D. Zizzo (2012), *Professional interpretation of the standard of proof: an experimental test on merger regulation*, Centre for Competition Policy Working Paper 10-2.
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2003, *Merger Remedies*, [www.oecd.org/daf/competition/mergers/34305995.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/34305995.pdf).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2009, *Standard for Merger Review*, [www.oecd.org/daf/competition/mergers/45247537.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45247537.pdf).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2011, *Impact Evaluation of Merger Decisions*, [www.oecd.org/daf/competition/Impactevaluationofmergerdecisions2011.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Impactevaluationofmergerdecisions2011.pdf).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2011, *Remedies in Merger cases*, [www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2012, *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, [www.oecd.org/daf/competition/EfficiencyClaims2012.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/EfficiencyClaims2012.pdf).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2013, *Remedies in cross-border merger cases*, [www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm).
- OCDE, Best Practice Roundtables on Competition Policy 2014, *Investigations of consummated and non-notifiable mergers* [www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm).
- Papandropoulos, P. et A. Tataja (2006), *The Merger Remedies Study - In Divestiture We Trust?*, E.C.L.R, pp. 443 – 454.
- Reeves T., N. Dodoo (2005), *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal, vol. 29, n° 5.
- Salop, S. (2015), *The Evolution And Vitality Of Merger Presumptions: A Decision-Theoretic Approach*, Antitrust Law Journal, vol. 80.

- [Seldeslachts, J., J. A. Clougherty, P. Pita Barros \(2007\), \*Remedy for Now but Prohibit for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools\*, Social Science Research Centre, Berlin, SP II 2007 – 02.](#)
- Sheppard Mullin (2006), *General Electric/Honeywell Merger Prohibition Upheld By European Court Of First Instance – Conglomerate Effects Analysis Represents Manifest Errors Of Assessment*, [www.antitrustlawblog.com/2006/01/articles/articles/general-electrichoneywell-merger-prohibition-upheld-by-european-court-of-first-instance-conglomerate-effects-analysis-represents-manifest-errors-of-assessment/](http://www.antitrustlawblog.com/2006/01/articles/articles/general-electrichoneywell-merger-prohibition-upheld-by-european-court-of-first-instance-conglomerate-effects-analysis-represents-manifest-errors-of-assessment/).
- Thomson Reuters (2016), *Mergers & Acquisitions Review*, [http://share.thomsonreuters.com/general/PR/MA-4Q15-\(E\).pdf](http://share.thomsonreuters.com/general/PR/MA-4Q15-(E).pdf).
- UK Competition and Market Authority, 2015, *Understanding past merger remedies* [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/448223/Understanding\\_past\\_merger\\_remedies.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448223/Understanding_past_merger_remedies.pdf).
- UK Competition Commission, 2008, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines* [www.gov.uk/government/publications/merger-remedies](http://www.gov.uk/government/publications/merger-remedies).
- UK Office of Fair Trade and Competition Commission, 2010, *Merger Assessment Guidelines*, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284449/OFT1254.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf)
- US DoJ Antitrust Division, 2011, *Antitrust Policy Guide to Merger Remedies*, [www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf).
- US Executive Office of the President, Council of Economic Advisers, Issue Brief avril 2016, *Benefits of Competition and Indicators of Market Power* [www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414\\_cea\\_competition\\_issue\\_brief.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf).
- US Federal Trade Commission 2011, *Negotiating Merger Remedies*, 2012, [www.ftc.gov/system/files/attachments/negotiating-merger-remedies/merger-remediesmtt.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/attachments/negotiating-merger-remedies/merger-remediesmtt.pdf).
- US Federal Trade Commission, Bureau Of Competition, *A Study Of The Commission's Divestiture Process (FTC Divestiture Study)*, 1999, [www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf](http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf).
- [Vasconcelos, H. \(2010\), \*Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control\*, 58 J. INDUS. ECON. 742, pp. 742-66.](#)
- Vesterdorf, B. (2005), *Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts*, *European Competition Journal* vol. 1, pp. 3-33.
- Wood, D. (2008), *Competition Law Insight, Proving it*, [www.gibsondunn.com/publications/documents/wood-provingit-cli.pdf](http://www.gibsondunn.com/publications/documents/wood-provingit-cli.pdf).