

**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**

**COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION SUR LES DÉCISIONS DES AUTORITÉS DE LA  
CONCURRENCE DANS LES AFFAIRES DE FUSION : DES DÉCISIONS D'INTERDICTION AUX  
AUTORISATIONS SOUS CONDITIONS**

**29 novembre 2016**

*Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la discussion tenue le 29 novembre 2016 lors du Point IV de l'ordre du jour de la 124e réunion du Groupe de travail n°3.*

*Pour plus de documents relatifs à ces discussions, veuillez-vous rendre à l'adresse suivante : [www.oecd.org/daf/competition/agency-decision-making-in-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/agency-decision-making-in-merger-cases.htm)*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou [téléphone : +33 1 45 24 95 25 -- courriel : [despina.pachnou@oecd.org](mailto:despina.pachnou@oecd.org)].

**JT03417426**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document, ainsi que les données et cartes 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.*

## COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION LES DÉCISIONS DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE DANS LES AFFAIRES DE FUSION : DES DÉCISIONS D'INTERDICTION AUX AUTORISATIONS SOUS CONDITIONS

*Par le Secrétariat*

La **Présidente du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, Mme Renata Hesse**, a ouvert la table ronde en précisant que les discussions seront consacrées aux questions que peuvent susciter les décisions d'interdiction de fusion prises par les autorités de la concurrence, et aux arbitrages à trouver entre les décisions d'interdiction et les autorisations sous conditions. Pour parvenir à une décision, les autorités de la concurrence doivent examiner s'il est possible de remédier au préjudice probable pour la concurrence par des mesures correctives, ou si l'opération concernée doit être interdite car aucune mesure corrective ne saurait y régler les problèmes. La Présidente a indiqué en outre que la table ronde portera sur la conception des mesures correctives, ainsi que sur la manière dont les autorités de la concurrence décident qu'une mesure correctrice est susceptible de remédier au préjudice probable (et approuveront donc la fusion) ou ne sera vraisemblablement pas efficace (et rejeteront donc l'opération). La Présidente a donné, en premier lieu, la parole à la délégation de la **Commission européenne** (« **la Commission** ») afin qu'elle expose, dans les grandes lignes, son expérience concernant les interdictions de fusions et les mesures correctives, et qu'elle présente une analyse de certaines affaires récentes.

La délégation de la **Commission** a exposé les fondements du système de contrôle des fusions de l'Union européenne et présente certaines statistiques. Dans l'Union européenne, le critère utilisé pour autoriser ou interdire une fusion est celui de l'entrave significative à une concurrence effective (SIEC). Pour déterminer si une opération peut donner lieu à une entrave significative, la Commission étudie ses effets anticoncurrentiels probables, en tenant compte des éventuels gains d'efficacité que la fusion peut générer, à charge pour les parties à la fusion d'en apporter la preuve. Si une fusion a des effets anticoncurrentiels et que les gains d'efficacité qu'elle induit sont insuffisants, l'opération ne peut être autorisée que si les parties procèdent à des mesures correctives pour supprimer l'entrave significative. Lors de la Phase 1 du contrôle, la Commission ne détermine pas si la fusion peut engendrer une entrave significative mais s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle est susceptible de porter atteinte à la concurrence. De ce fait, pour obtenir une autorisation dès la Phase 1, les parties à la fusion doivent proposer un certain nombre de mesures correctives de nature à lever sans équivoque les doutes de la Commission. La délégation de la Commission a ensuite présenté des statistiques montrant que son taux total d'intervention dans les opérations de fusion (interdiction, retrait de l'autorisation lors de la Phase 2 assimilé à une interdiction, et autorisation sous réserve de mesures correctives) oscille entre 6 et 8 % de l'ensemble des fusions qui lui ont été notifiées. Ces chiffres sont restés stables ces dernières années, faisant ainsi mentir les allégations d'un plus grand laxisme ou au contraire d'un durcissement de la Commission vis-à-vis des fusions au cours de ces dernières années. L'imposition de mesures correctives par la Commission représente la part la plus importante de ses interventions.

La délégation de la Commission a ensuite abordé la question de l'efficacité des mesures correctives. La Commission a réalisé, en 2005, une étude sur l'efficacité des mesures correctives prises dans le passé qui a porté sur les mesures imposées dans une quarantaine d'affaires de fusion sur lesquelles elle s'est prononcée à la fin des années 90. Il en est ressorti que ces mesures ont été efficaces dans 57 % des affaires et qu'elles ont été inefficaces ou partiellement inefficaces dans toutes les autres affaires, ou que les

résultats de l'étude n'ont pas été concluants. La Communication de la Commission de 2008 concernant les mesures correctives, qui définit les principes de recevabilité, par la Commission, des engagements pris par les parties notifiantes, s'est inspirée des enseignements tirés de cette étude. Cette Communication comporte de nombreuses dispositions visant précisément à supprimer les écueils mis en évidence dans l'étude de 2005. La Commission y exprime sa préférence pour les cessions de tous les actifs qui contribuent au fonctionnement de l'activité, demande des garanties pour assurer que la viabilité de l'activité en question soit préservée au moment de la cession, durcit les conditions de dissociation des éléments d'une activité existante ne devant pas nécessairement être cédés et ainsi de suite. La Commission estime que la conception et la mise en œuvre des mesures correctives se sont effectivement améliorées, et que les problèmes passés ont été supprimés. Depuis 2005, elle n'a procédé qu'à quelques évaluations ex post à petite échelle dans un nombre d'affaires limité.

Pour finir, la Commission a présenté certaines affaires récentes. L'une d'elles a concerné le projet de fusion entre O2 et Hutchison, deux opérateurs de téléphonie mobile britanniques. Le Royaume-Uni comptait quatre opérateurs de téléphonie mobile. Cette fusion aurait ramené leur nombre à trois et ainsi donné lieu à la création d'un nouveau leader sur le marché de la téléphonie mobile. La Commission a conclu que la fusion se traduirait par une restriction de la concurrence, par des prix plus élevés pour les consommateurs et entraverait l'innovation. Elle a également jugé que les mesures correctives proposées par les parties notifiantes n'étaient pas adéquates : il s'agissait pour partie de mesures comportementales qui auraient été très difficiles à contrôler ; quant aux autres, elles n'auraient tout simplement pas permis de restaurer la concurrence. La Commission a donc interdit cette fusion en 2016. Dans une autre affaire dans laquelle elle est intervenue en 2016, la Commission a validé la création d'une entreprise commune de téléphonie mobile entre Hutchison et VimpelCom en Italie. Dans ce cas, le nombre d'acteurs sur ce marché a également été ramené de quatre à trois mais les parties ont proposé des mesures correctives strictement structurelles. Elles ont cédé des bandes de fréquence et des actifs qu'un nouvel entrant pourrait utiliser sur le marché italien, ce qui porterait de nouveau à quatre le nombre d'opérateurs. Les parties ont dissipé les craintes exprimées par la Commission concernant quant à la réalité de l'arrivée de ce nouvel opérateur en annonçant, lors du processus de contrôle de l'opération, que l'opérateur français Iliad se portait acquéreur d'une partie des réseaux et des fréquences. En 2016, la Commission a également approuvé le rachat du fabricant de canettes Rexam par son concurrent Ball, sous réserve de mesures correctives mettant fin au préjudice que cette opération aurait occasionné pour la concurrence. Dans cette affaire, les parties ont cédé 12 usines en Europe, au moyen d'une dissociation inverse, en transférant des entités entières à l'acquéreur qui assume les mesures correctives, les entités qui fusionnent récupérant ainsi certains éléments de l'activité.

La Commission a conclu que sa pratique dans le domaine des fusions était axée sur la recherche de mesures correctives adéquates et non sur l'interdiction des opérations. Cette situation n'est pas nouvelle : les mesures correctives ont toujours constitué la grande majorité de ses interventions. Néanmoins, même si la Commission recourt rarement à des interdictions, il lui arrive d'en imposer pour mettre définitivement fin à des fusions anticoncurrentielles dans les affaires où les parties notifiantes proposent des mesures correctives inadéquates. La Commission a fait valoir que des mesures correctives adéquates adressent un bon signal qui dissuade les entreprises de procéder à des fusions anticoncurrentielles, alors que des mesures correctives inefficaces envoient un mauvais signal donnant à penser à tort que des opérations portant atteinte à la concurrence pourraient être autorisées. Pour la Commission, toute la difficulté consiste donc à n'approuver que les mesures correctives véritablement efficaces et, une fois celles-ci en place, à contrôler rigoureusement qu'elles sont mises en œuvre conformément aux engagements pris.

La Présidente a ensuite donné la parole à M. **Nicholas Levy** de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, qui a été invité en qualité d'intervenant extérieur pour présenter le point de vue des entreprises sur le contrôle des fusions. M. Levy a expliqué en quoi les mesures correctives ont considérablement évolué dans la pratique ces dernières années. Les autorités de la concurrence ont davantage précisé ce que les parties à une fusion sont tenues de faire pour que les autorités de la concurrence soient convaincues que les

préoccupations anticoncurrentielles qu'elles ont mises en évidence n'ont plus lieu d'être et qu'elles peuvent autoriser une opération sous conditions. Les mesures correctives sont conçues et mises en œuvre avec plus de rigueur et, en Europe, les entreprises recourent davantage à la désignation de mandataires et à des mesures correctives de type « règlement préalable ». M. Levy a toutefois mis en garde contre le risque qu'en s'évertuant à anticiper tous les problèmes possibles, les autorités de la concurrence n'exigent des mesures correctives plus rigoureuses que nécessaires, sachant que les parties tiennent à finaliser leur opération. Les autorités de la concurrence ne devraient donc faire état de leurs préoccupations que lorsqu'elles sont sûres de leur bien-fondé.

M. Levy s'est dit favorable au principe défini par le groupe chargé des fusions du Réseau international sur la concurrence (RIC) s'agissant des mesures correctives dans les affaires de fusions selon lequel ces mesures ont pour objet de préserver ou de restaurer une concurrence qui, sans cela, n'existerait plus à la suite de ces opérations, tout en permettant, dans la mesure du possible, la réalisation de gains d'efficacité et d'autres retombées bénéfiques. Il a toutefois fait valoir que l'application de ce principe dans la pratique ne serait pas aisée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il est difficile de quantifier les effets anticoncurrentiels et de prédire l'impact probable d'une fusion. Ensuite, il est encore plus difficile de prédire les gains d'efficacité probables d'une telle opération. Enfin, il est encore plus difficile de mesurer le préjudice par rapport aux gains d'efficacité lors de l'évaluation de mesures correctives données, en particulier dans les délais serrés d'un processus de contrôle d'une fusion et en raison de l'obligation imposée à l'autorité de la concurrence, à tout le moins dans l'Union européenne, de rendre une décision détaillée et motivée à la fin de l'examen de l'opération. La prudence doit également être de mise lorsque l'avis de tiers sur les mesures correctives proposées est sollicité puisque ces tiers peuvent avoir tout intérêt à encourager l'autorité de la concurrence à « aller beaucoup plus loin » dans les mesures correctives qu'elle impose.

M. Levy a insisté sur le fait qu'en ce qui concerne la nécessité et l'étendue des mesures correctives, les autorités de la concurrence doivent faire preuve d'ouverture, aller à l'essentiel et agir à point nommé. Elles devraient éviter, dans toute la mesure du possible, de changer les règles du jeu au cours du processus de contrôle d'une opération donnée. En tout état de cause, il est néanmoins naturel que les autorités de la concurrence tirent des enseignements de leur expérience et que leur ligne de conduite évolue d'une affaire à l'autre. Dans les deux affaires relatives à des opérateurs de téléphonie mobile évoquées par la Commission (rachat de O2 par Hutchison au Royaume-Uni et création d'une entreprise commune entre Hutchison et VimpelCom en Italie), la Commission a tranché de manière différente, interdisant l'une et autorisant l'autre après avoir tiré pour la seconde affaire les enseignements de la première. M. Levy a en outre souligné que les autorités de la concurrence devraient annoncer sans ambages, dès que possible, aux entreprises concernées qu'aucune mesure corrective ne pourra remédier aux problèmes de concurrence ou que ceux-ci ne pourraient être réglés que par des mesures correctives de grande envergure afin que les parties puissent ne pas perdre de temps et d'argent à tenter de mener à bien des opérations qui finiront quoi qu'il en soit par être rejetées. Il est par ailleurs très utile que les autorités de la concurrence dispensent régulièrement aux entreprises des orientations sur leur pratique et évaluent périodiquement l'efficacité des mesures correctives prises dans le passé, de sorte que les parties à une fusion soient en mesure de se préparer afin de pouvoir satisfaire aux attentes des autorités de la concurrence. Pour finir, M. Levy a insisté sur l'importance de la coopération entre les autorités de la concurrence et de la coordination de leur action dans un souci de cohérence, afin d'éviter tous chevauchements inutiles, ainsi que de l'harmonisation de leurs procédures et de leurs calendriers. Il a noté que les autorités de la concurrence avaient accompli des progrès remarquables ces dix dernières années, en particulier pour mieux coordonner leurs évaluations de fond et uniformiser leurs procédures. Elles peuvent faire plus encore pour coordonner leur action en ce qui concerne les mesures correctives afin de se mettre d'accord sur un ensemble de mesures unique, ce qui permettrait aux entreprises de se lancer sans indécision dans une opération de fusion.

La Présidente a remercié M. Levy et a fait remarquer qu'il a mis le doigt sur des problèmes avec lesquels les autorités de la concurrence de nombreux pays sont aux prises lorsqu'elles s'efforcent de se

coordonner et de coopérer à l'échelon international s'agissant des mesures correctives que doivent prendre des entreprises parties à des opérations de fusion internationales. Elle a ensuite donné la parole à la délégation du **Canada** en demandant aux délégués de ce pays de présenter l'argument de défense fondé sur les gains d'efficacité prévu par son droit de la concurrence.

Les délégués du Canada ont expliqué que, dans la grande majorité des affaires de fusion dans lesquelles l'autorité de la concurrence conclut qu'une opération est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, les mesures correctives sont négociées entre l'autorité de la concurrence et les parties à la fusion en vue de régler par consentement les problèmes de concurrence soulevés par l'opération. L'autorité de la concurrence dépose ensuite la demande de mesures correctives au Tribunal de la concurrence du Canada et les mesures correctives sont exécutoires. Les gains d'efficacité sont un moyen de défense explicitement prévu que les parties peuvent invoquer pour défendre une fusion dont l'autorité de la concurrence a jugé qu'elle pourrait avoir pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence. Dans bon nombre d'autres pays, l'évaluation des gains d'efficacité fait partie intégrante de l'évaluation des effets d'empêchement ou de diminution de la concurrence éventuels d'une fusion. De ce fait, lorsqu'une fusion est contestée au Canada, trois étapes se succèdent : le Tribunal de la concurrence détermine tout d'abord si l'opération est susceptible d'avoir pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence sans tenir compte des gains d'efficacité allégués. Puis, en fonction des conclusions auxquelles il aboutit sur ce point, il prononce une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre partie une mesure corrective adéquate afin de mettre fin au préjudice pour la concurrence. D'après la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, les mesures correctives appropriées en cas de diminution sensible de la concurrence visent à rétablir la concurrence jusqu'au point où il n'est plus possible d'arguer qu'elle est sensiblement moindre qu'elle ne l'était avant la fusion. S'il dispose d'un éventail de mesures correctives susceptibles d'avoir cet effet, le tribunal doit opter pour celle qui sera la moins intrusive. Enfin, une fois que le tribunal a prononcé son ordonnance, les parties peuvent recourir au moyen de défense des gains d'efficacité. Si elles invoquent cet argument et que le tribunal statue que les gains d'efficacité surpasseront les effets anticoncurrentiels de la fusion, il ne peut rendre une ordonnance empêchant la fusion. Le processus de contrôle des fusions au Canada aboutit donc à une situation de tout ou rien. En effet, soit l'autorité de la concurrence obtient une ordonnance enjoignant les parties à prendre des mesures correctives globales propres à dissiper toutes ses préoccupations de concurrence s'agissant de tous les marchés sur lesquels la fusion risque, selon elle, d'avoir des effets anticoncurrentiels, soit elle doit autoriser la fusion. Ce système se caractérise donc notamment par une absence d'interaction entre la prise en compte des gains d'efficacité et la conception des mesures correctives. Dès lors que le Tribunal de la concurrence conclut au bien-fondé du moyen de défense des gains d'efficacité, la fusion doit être autorisée et il n'est pas possible d'envisager d'autres mesures correctives qui mettraient fin à certaines préoccupations concurrentielles.

La Présidente a remercié le Canada et donne la parole à la délégation de l'**Allemagne** en lui demandant de s'exprimer sur les modalités d'application de sa clause d'équilibre général entre le préjudice d'une fusion pour la concurrence sur un marché et ses effets proconcurrentiels sur un autre marché.

La délégation de l'Allemagne a commencé son intervention en communiquant quelques chiffres. Le Bundeskartellamt contrôle quelque 1 000 fusions par an. Après une enquête approfondie (2<sup>e</sup> phase de la procédure), il n'interdit qu'un petit nombre de fusions. Le nombre de décisions d'engagement est à peu près le même. Au cours des cinq dernières années, le Bundeskartellamt a autorisé chaque année une à trois fusions sous réserve de mesures correctives et a interdit une à deux fusions par an. Les délégués ont expliqué qu'en droit allemand la clause de l'équilibre général permet l'autorisation d'une fusion si, en dépit de ses effets négatifs sur un marché (« le marché mis en difficulté »), l'opération a des effets proconcurrentiels sur un autre marché qui sont supérieurs aux effets négatifs subis par le marché mis en difficulté. Il appartient aux parties à la fusion d'apporter la preuve des améliorations que l'opération apportera sur l'autre marché. Puisque l'application de la clause de l'équilibre général signifierait que les effets anticoncurrentiels qu'elle induirait sur le marché mis en difficulté seraient tolérés, cette disposition

est donc mise en œuvre de manière très scrupuleuse. En principe, seule une amélioration de la structure d'un autre marché – et en aucun cas une amélioration des comportements ou de simples avantages commerciaux – constitue un argument suffisant pour justifier l'application de cette clause. L'amélioration de la structure du marché doit de surcroît être significative. Le Bundeskartellamt ne retient ce critère que lorsqu'un ou plusieurs acteurs du marché étaient déjà en position dominante avant la fusion. De plus, les parties à la fusion doivent démontrer que l'amélioration de la structure du marché n'aurait pas eu lieu sans la fusion. Les délégués ont fait remarquer que cette clause n'était que très rarement appliquée.

La délégation du **Royaume-Uni** a ensuite expliqué le principe de la proportionnalité des mesures correctives. Selon les lignes directrices de la Competition and Markets Authority (CMA) sur les mesures correctives dans le cadre des fusions, les mesures correctives ne doivent pas coûter plus que cela n'est nécessaire pour permettre à l'autorité de la concurrence d'atteindre son objectif légitime et la CMA doit retenir la moins onéreuse de toutes les mesures ayant la même efficacité. Cela signifie toutefois qu'il convient de choisir les mesures correctives les moins onéreuses et les moins intrusives que la CMA juge efficaces et non les mesures correctives les moins onéreuses et les moins intrusives que proposent elles-mêmes les parties. La CMA estime que les mesures correctives structurelles sont, en général, les solutions les plus appropriées pour mettre fin aux préoccupations concurrentielles et que les mesures comportementales, étant complexes et difficiles à contrôler et à faire appliquer, ne sont probablement ni les plus appropriées ni les plus efficaces. Le tribunal d'appel britannique de la concurrence a soutenu les efforts qu'a déployés la CMA pour proposer des mesures correctives efficaces et, lorsque l'autorité de concurrence a démontré que les mesures comportementales avancées par les parties ne le seraient pas, le tribunal a jugé que la CMA avait satisfait au critère de la proportionnalité en rejetant les mesures comportementales proposées et en interdisant l'opération concernée. Enfin, la délégation du Royaume-Uni a indiqué qu'il fallait tenir compte, lors de la conception des mesures correctives, en particulier au cours de la Phase 2, des avantages éventuels pour les consommateurs (que pourrait leur procurer la fusion), comme des prix plus bas ou une meilleure qualité. Cette ligne de conduite permet, dans une certaine mesure, de trouver un équilibre entre les gains d'efficacité et le préjudice pour la concurrence, sans qu'il s'agisse pour autant d'une clause d'équilibre général au sens strict.

La délégation de l'**Espagne** a ensuite pris la parole pour présenter les pratiques de son pays s'agissant des mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des fusions. L'autorité espagnole de la concurrence n'a pris aucune décision d'interdiction au cours des cinq dernières années. Elle peut imposer des mesures correctives qu'elle a elle-même conçues, ce nécessite de bien connaître les parties à la fusion, leurs activités et le marché sur lequel elles opèrent. Elle est tenue au principe de proportionnalité, de sorte que les mesures correctives qu'elle impose, tout en étant efficace, ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire pour mettre fin au préjudice concurrentiel. L'autorité étant dotée du pouvoir de proposer des mesures correctives tout en étant tenue à l'obligation de proportionnalité, il lui est difficile d'interdire des d'interdiction, une telle décision étant dans l'ensemble considérée comme très sévère, voire disproportionnée.

La Présidente a ensuite demandé à la délégation de la **Suède** d'examiner la question de la charge de la preuve. L'autorité suédoise de la concurrence a procédé à l'examen d'une fusion sur le marché du poulet (projet de rachat de Lagerberg par Kronfågel). Elle a conclu, dans cette affaire, que faute d'assurance qu'un nouvel entrant remplacerait la concurrence existante qu'éliminerait la fusion, les mesures correctives proposées ne pourraient, à tous égards, être efficaces et ne dissiperaient pas pleinement les préoccupations concurrentielles. L'autorité de la concurrence a donc saisi la justice pour empêcher la fusion et ce projet a été abandonné par la suite.

Elle a confirmé qu'elle a suivi le même critère que celui de l'Union européenne, selon lequel les mesures correctives doivent pleinement efficaces pour éliminer les préoccupations de concurrence mises en évidence. Elle a mené à bien une évaluation prospective des effets probables de la fusion et des

mesures correctives proposées. La norme de la preuve utilisée repose sur le principe de la prépondérance de la preuve, tant pour ce qui est des effets de la fusion que des mesures correctives proposées.

La délégation du **Taipei chinois** a ensuite décrit les modalités de consultation des acteurs du marché sur les mesures correctives proposées. La Fair Trade Commission (FTC) sollicite les avis d'autres autorités compétentes, d'experts, d'entreprises concernées et d'universitaires. Pour cela, elle les contacte parfois par courrier pour recueillir leur avis par écrit. Elle peut aussi les inviter à prendre part à des séminaires dans le but de vérifier l'exactitude des informations que lui ont communiquées les parties à la fusion, de déterminer si l'opération est de nature à susciter des préoccupations de concurrence en amont ou en aval et de prendre connaissance des éventuels préoccupations que d'autres autorités publiques peuvent nourrir s'agissant du projet de fusion.

La Présidente a ensuite demandé aux **Pays-Bas** d'expliquer comment, dans le but de consulter les acteurs du marché sur les mesures correctives, elles s'assurent que les mesures en question sont claires et compréhensibles par les tiers.

La délégation de l'autorité néerlandaise des consommateurs et des marchés a expliqué qu'elle demande aux parties de faire part, de manière claire et compréhensible, de leurs préoccupations de concurrence et des mesures correctives proposées pour les dissiper, afin de garantir l'efficacité des consultations menées auprès des acteurs du marché, ainsi que pour limiter le plus possible les risques de divergences des interprétations concernant la mise en œuvre des mesures correctives. Chaque mesure corrective fait ainsi l'objet d'une consultation. Pour la mener à bien, l'autorité de la concurrence rédige un descriptif des préoccupations de concurrence et demande aux parties à la fusion de décrire les mesures correctives qu'elles proposent. Les préoccupations de concurrence comme les mesures correctives proposées doivent être claires et faciles à comprendre par des tiers qui ne sont pas nécessairement des experts de la concurrence. D'après l'expérience de l'autorité de la concurrence, les mesures prises pour clarifier la description des préoccupations de concurrence et des mesures correctives ont été payantes et l'autorité de la concurrence est satisfaite de la manière dont les consultations sont menées : les parties à la fusion font plus attention à proposer des mesures correctives claires, les réponses données par les acteurs du marché consultés sont de meilleure qualité et l'autorité reçoit de ce fait moins de demande d'éclaircissements. Sans rejeter d'emblée des mesures correctives complexes pour la simple raison qu'elles n'ont pas été présentées de manière claire et compréhensible, elle serait toutefois moins disposée à les approuver si leur complexité est excessive, sachant qu'elle aurait alors du mal à veiller à leur mise en œuvre. Dans une affaire récente dans laquelle l'autorité a empêché une fusion hospitalière, les parties avaient proposé un plafonnement des prix à titre de mesure corrective. N'ayant aucune compétence en matière de réglementation des prix, elle a décidé de ne pas autoriser l'opération.

La Présidente a convenu que des pays du monde entier se heurtent aux mêmes difficultés concernant l'évaluation, l'approbation ou le rejet de mesures correctives complexes, tant il n'est pas facile de faire apparaître, par avance, qu'une mesure corrective aura les effets souhaités.

Les représentants de l'**Institut fédéral des télécommunications mexicains (IFT)** se sont ensuite exprimés sur la manière dont l'IFT procède pour imposer des mesures correctives. L'Institut ne rend pas publiques toutes les mesures correctives, par exemple les mesures correctives comportementales comme l'interdiction de mettre un terme à une relation commerciale, puisqu'une telle publicité pourrait entraîner une augmentation des prix. Dans la plupart des affaires dans lesquelles l'IFT a imposé des mesures correctives, il s'agissait soit de mesures comportementales soit de mesures comportementales associées à des mesures structurelles.

La Présidente a ensuite invité **Mme Paula Riedel**, de Kirkland and Ellis, a exposé son point de vue, en qualité d'intervenante extérieure, sur les questions examinées au cours de la table ronde.

Mme Riedel a commencé par souligner que le contrôle des fusions aboutit à un recul du nombre d'opérations pour plusieurs raisons qui ne sont pas toujours évidentes. Les parties à une fusion renoncent souvent à un projet lorsqu'une autorité de la concurrence annonce qu'elle va le soumettre à une enquête approfondie de Phase 2, alors même que les parties (et en particulier le vendeur) ne peuvent se permettre de consacrer du temps et de l'argent à la procédure de Phase 2 ni assumer le risque pesant sur l'entreprise cible au cours de cet examen. Les parties négocient donc contractuellement le droit de se retirer du projet si des investigations de Phase 2 sont lancées. Selon Mme Riedel, il existe également le risque que les mesures proposées lors de la Phase 1 ne soient plus strictes que nécessaire, les parties ayant tendance à aller très loin dans leurs propositions pour que leur projet ne fasse pas l'objet d'un examen de Phase 2. Ce risque est exacerbé par le fait que, dans de nombreux régimes, il est impossible de contester les mesures correctives proposées lors de la Phase 1 et que leur proportionnalité n'est donc pas vérifiée. En outre, si les investigations durent très longtemps, l'opinion des parties quant à l'intérêt de l'opération peut évoluer et il arrive qu'elles y renoncent alors même que le projet a des chances d'être autorisé. Dans le cas des fusions Ball/Rexam et AB Inbev/SABMiller, les mesures correctives imposées consistaient en une interdiction d'exercer des activités sur certains marchés alors que dans le cas de la fusion, BskyB a été mise dans l'obligation de céder une fraction de sa participation pour la ramener sous le seuil de l'influence significative, mesure presque assimilable à une interdiction. Il s'ensuit que des fusions qui auraient pu générer des synergies et des gains d'efficacité n'ont pas eu lieu car les risques associés à la longueur de l'enquête et à la sévérité des mesures correctives ont fait perdre tout intérêt au projet, en particulier pour le vendeur.

Mme Riedel a fait remarquer que même si les régimes de contrôle des fusions sont désormais parvenus à maturité et que le cadre des interventions est clair et bien défini, il n'est pas facile de prévoir les résultats d'un examen de fusion, en particulier du fait que les techniques économiques utilisées lors de l'analyse des fusions peuvent être variables et mises en œuvre de manière différente d'un pays à l'autre. En outre, les autorités de la concurrence devraient faire preuve d'esprit critique lorsqu'elles évaluent les informations recueillies lors des consultations des acteurs du marché, dans la mesure où ceux-ci étant des concurrents, ils peuvent, de ce fait, ne pas être motivés pour communiquer toutes les informations dont ils disposent concernant leur marché. Enfin, selon Mme Riedel, la complexité d'une mesure corrective ne devrait pas en empêcher l'approbation. Il est en effet possible, pour les opérations complexes, faire intervenir des conseillers extérieurs pour tirer parti de leurs connaissances spécifiques en la matière. Il serait en outre très fructueux de mettre en place une unité spécialisée dans les mesures correctives au sein des autorités de la concurrence.

La Présidente a remercié Mme Riedel et a ensuite orienté la discussion sur une comparaison entre les mesures correctives comportementales et les mesures correctives structurelles, ces dernières étant privilégiées dans la plupart des pays participant à la table ronde mesures correctives. Pour autant, une cession peut être difficile à mettre en œuvre lorsqu'il n'est pas aisé de trouver un repreneur, en particulier dans les économies de petite taille.

La délégation de l'**Estonie** a pris la parole pour évoquer son expérience des mesures correctives. L'autorité de la concurrence de ce pays a interdit deux concentrations depuis l'instauration d'un dispositif de contrôle des fusions et n'a donc pas une grande pratique s'agissant des mesures correctives structurelles. Depuis 2013, elle est habilitée à suspendre une fusion pendant deux mois au plus pour examiner les mesures correctives proposées et dispose donc désormais de plus de temps pour procéder à une évaluation dans les règles.

La délégation de la **Norvège** a ensuite souligné que, lorsqu'elles proposent des mesures correctives, les motivations des parties à la fusion ne sont pas les mêmes que celles de l'autorité de la concurrence. Les parties à la fusion ne sont en effet pas incitées à proposer des mesures correctives susceptibles de placer un concurrent en position de force. Elles ont pour motivations de se défaire de leurs actifs les moins rentables, d'identifier des repreneurs éventuels peu menaçants (qui ne seront pas en mesure d'exercer une forte



pression concurrentielles après la cession), de prolonger le processus de conception des mesures correctives ou à détériorer les actifs à céder avant la finalisation de la cession. L'autorité norvégienne de la concurrence a traité des affaires de fusion dans lesquelles la cession n'a pas été menée à son terme ou a pris plus de temps que prévu. Pour régler ces problèmes, elle sollicite dorénavant des propositions plus tôt ou des mesures correctives de type « règlement préalable » à effet suspensif dans les cas où, par exemple, il est difficile d'apprécier la viabilité ou le moment opportun d'une cession proposée. Ainsi, en 2015, une fusion majeure sur le marché de l'épicerie au détail, à savoir le rachat d'Ica Norge par Coop Norge, a été autorisé sous réserve de la cession de 93 magasins sur 90 marchés différents et à la condition, notamment, de trouver des repreneurs avant l'opération, ce qui a été fait. En ce qui concerne le rachat de Smart Fuel par St1 Nordic, l'autorisation a été conditionnée à la cession de 39 stations-services automatisées de St1's. Aucune condition de trouver un repreneur avant la cession n'a été imposée dans ce cas, et pour finir, le repreneur proposé n'a pas satisfait aux exigences d'indépendance et de motivation à exercer une pression concurrentielle sur les parties à la fusion énoncées par l'autorité de la concurrence. Celle-ci a refusé le repreneur potentiel et les parties à la fusion ont fait appel. La justice examine actuellement cette affaire.

La Présidente a ensuite questionné la délégation de l'**Australie** sur les mesures correctives comportementales, en particulier au sujet de la fusion Sea Swift/Toll Marine Logistics pour laquelle le Tribunal de la concurrence australien (« le tribunal ») a approuvé une mesure comportementale que l'Australian Competition and Consumer Commission (« l'ACCC ») avait rejetée.

Les représentants de l'ACCC ont expliqué que la fusion Sea Swift/Toll Marine Logistics impliquait deux fournisseurs de services de fret maritime desservant des régions éloignées du nord de l'Australie. Ce marché ne comptait que deux transporteurs proposant des services réguliers. Les parties à la fusion ont proposé des mesures correctives comportementales (engagement à laisser à d'autres transporteurs l'accès au terminal portuaire et suppression des clauses d'exclusivité figurant dans les contrats des clients) et ont demandé l'autorisation du Tribunal. Bien que l'ACCC ait fait valoir lors du procès que ces mesures ne constituaient assurément pas une bonne solution du point de vue de la concurrence et que l'arrivée d'un nouvel entrant était possible, le Tribunal a décidé d'autoriser la fusion, sous réserve de la mise en œuvre des mesures correctives proposées. Le Tribunal s'est rendu à l'argument de Toll qui a annoncé la cessation de son activité sous 60 jours si la fusion n'était pas autorisée et a fait valoir qu'aucun repreneur ne serait en mesure de se présenter dans ce délai.

La Présidente a ensuite donné la parole à la délégation des **États-Unis** et a demandé aux représentants de la **Federal Trade Commission** (FTC) et du ministère de la Justice de présenter des affaires dans lesquelles des mesures correctives ont été rejetées après de très longues investigations, et pour lesquelles les autorités de la concurrence ont contesté le projet de fusion.

La FTC a présenté le projet de rachat par Sysco de son concurrente US Foods pour un montant de 8 milliards USD. Sysco et US Foods sont les deux plus grandes enseignes de distribution de produits alimentaires aux États-Unis et les seuls acteurs américains sur le marché pertinent et sont dotés d'un vaste réseau de centres de distribution dans tout le pays. Cette situation, selon la FTC, faisait d'eux la meilleure solution pour certaines catégories de consommateurs exerçant des activités dans tout le pays (comme les chaînes de restauration et d'hôtellerie nationales, les entreprises de gestion de services alimentaires et les systèmes hospitaliers) qui ont besoin de s'approvisionner à l'échelon national auprès d'un distributeur proposant des gammes complètes de produits et services et en mesure de desservir leurs sites. Au cours de l'enquête, les parties à la fusion ont proposé des mesures correctives de très grande ampleur comme la cession de 11 centres de distribution à Principal Food Group (PFG), le numéro 3 du marché pertinent. Elles ont fait valoir que cette cession, conjuguée à l'engagement très important qu'elles ont pris auprès de PFG d'étendre largement leur réseau pour lui permettre de devenir un acteur de poids à l'échelon national, entraînerait un renouvellement de la concurrence éliminée à la suite du rachat de US Foods. La FTC a examiné si les mesures correctives proposées seraient suffisantes pour maintenir le même niveau de concurrence qu'avant la fusion et a conclu qu'elles ne suffiraient pas puisque le système

de distribution de PFG ne couvrirait pas, malgré tout, des pans importants du territoire, que PFG serait désavantagé en matière de coûts car il opèrerait à plus petite échelle que US Foods et que sa gamme de produits était bien plus limitée. De plus, PFG serait dépendant de l'entreprise issue de la fusion pendant plusieurs années après l'opération. PFG a estimé que, dans les cinq années qui suivraient, il ne réaliserait que la moitié du chiffre d'affaires de US Foods et que sa part de marché aux États-Unis ne serait que de 20 %. Après être parvenue à des conclusions très partagées, la FTC a décidé de rejeter les mesures correctives et a contesté la fusion devant la justice. Le tribunal a prononcé une ordonnance préliminaire contre la fusion, ce qui a conduit les parties à renoncer à l'opération.

Le ministère de la Justice a ensuite fait état des difficultés qu'il a rencontrées dans l'affaire du rachat de Baker Hughes par Halliburton pour un montant de 35 milliards USD. Halliburton est le plus important fournisseur de services pour pétroliers des États-Unis et Baker Hughes son concurrent le plus direct. Ce projet de fusion était sans précédent en raison de la complexité et de l'ampleur des problèmes de concurrence mais aussi des mesures correctives proposées. Le ministère de la Justice a conclu que l'opération entraînerait une diminution sensible de la concurrence dans 23 marchés différents de produits et services, et qu'il en résulterait une importante perte d'innovation, puisque les deux groupes ne se livreraient concurrence pour mettre au point des solutions technologiques pour l'industrie pétrolière et gazière. Les mesures correctives proposées étaient à la fois extrêmement complexes et risquées. Les parties ont proposé une combinaison compliquée de cessions partielles et d'octroi de licences prévoyant la séparation de certains sites et la scission d'installations, à charge pour l'acquéreur d'assumer les mesures correctives portant sur une partie, mais non sur la totalité, des actifs nécessaires et des contrats clients. Avec de telles mesures, l'acheteur se retrouverait en bien moins bonne position que chacune des parties prise séparément et la concurrence serait amoindrie par rapport à son niveau d'avant la fusion. La fusion aurait en outre imposé aux tribunaux et au ministère de la Justice d'exercer une surveillance très rigoureuse pour faire respecter les mesures correctives. Le ministère de la Justice a donc saisi les tribunaux pour empêcher cette opération à laquelle les parties ont par la suite renoncé. Halliburton a dû verser à Baker Hughes une indemnité de rupture de 3.5 milliards USD. Cette affaire a en outre donné lieu à une coopération étroite et soutenue sans précédent entre plusieurs autorités de la concurrence de différents pays ou territoires dans le monde.

La Présidente a ensuite demandé à la délégation du **Japon** pourquoi la Japan Fair Trade Commission (JFTC) n'a prononcé aucune ordonnance de cessation à l'encontre de projets de fusion au cours des 50 dernières années. La délégation de la JFTC a expliqué que l'un des raisons de cette situation était qu'avant 2011, la JFTC recourait à un système de consultation informelle avec les entreprises avant la notification officielle d'une fusion. Lors de cette phase de consultation, la JFTC procédait à un examen presque complet de l'opération et communiquait aux parties ses principales conclusions. Lorsqu'elles prévoyaient que la JFTC rejeterait les mesures correctives qu'elles proposaient, les parties renonçaient à l'opération. Après 2011, la JFTC a modifié ce processus. Même si elle organise toujours une consultation les parties avant la fusion, principalement pour des questions de procédure, par exemple pour les aider à remplir les formulaires de notification, l'examen complet n'a lieu désormais qu'après la notification. Depuis 2011, il est arrivé que des parties aient renoncé à l'opération après la notification. En réalité, pour 8 des 295 fusions notifiées à la JFTC en 2015, les parties ont renoncé au cours de l'examen de Phase 1. La JFTC préfère les mesures correctives structurelles mais lorsque des mesures comportementales sont appropriées, la JFTC ne les rejette pas dès lors qu'elles mettent un terme aux préoccupations de concurrence.

La délégation de la **Corée** a décrit une fusion entre les deux principaux fabricants de verres optiques (Essilor et Daemyung Optical) du marché coréen que la Korea Fair Trade Commission (KFTC) a empêchée. Il est ressorti de l'enquête menée par la KFTC que la part de marché cumulée des parties représenterait 66 % du marché des verres unifocaux et 46 % de celui des verres progressifs multifocaux. Étant donné la concentration du marché, les prix pratiqués par les parties à la fusion et les résultats d'une enquête menée auprès des consommateurs, la KFTC a conclu que l'opération proposée était susceptible

d'inciter l'entité qui en serait issue à augmenter ses prix sur les marchés pertinents et que les mesures correctives comportementales proposées ne dissiperait pas cette préoccupation. Elle a donc interdit la fusion. La KFTC a accepté des mesures correctives comportementales dans une autre opération, une fusion verticale entre deux fabricants de systèmes de lithographie de semi-conducteur afin de préserver les gains d'efficacité considérables que l'interdiction de l'opération aurait empêchés. La différence entre ces deux affaires et le changement de ligne de conduite de la KFTC concernant les mesures correctives comportementales s'expliquent par le fait que dans le premier cas, il s'agit d'une fusion horizontale et dans le deuxième d'une fusion verticale. Étant donné que pour cette dernière, la principale préoccupation était celle du risque d'éviction et non de l'augmentation des prix, la KFTC a interdit à l'entité issue de la fusion de diminuer leurs volumes commerciaux avec leurs partenaires habituels et lui a imposé de fixer des conditions commerciales fondées sur des critères objectifs pour les cinq années qui suivront la fusion. Elle a en outre estimé que l'interdiction de l'opération risquait de ralentir l'innovation dans le secteur concerné et que les mesures correctives proposées et qu'au cours des cinq années couvertes par les mesures correctives de nouvelles technologies seraient sans doute mises au point ou de nouveaux entrants prendraient pied sur ce marché.

La délégation de la **Lettonie** a été invitée à faire part de ses commentaires sur la durée des mesures correctives comportementales imposées par le Conseil letton de la concurrence. Dans une affaire (celle de la RPK/VP sur le marché des produits laitiers), le Conseil de la concurrence une mesure corrective comportementale pendant trois ans et dans une autre (celle de la fusion RP/SFA dans le secteur pharmaceutique), elle a également imposé des mesures correctives pour une durée analogue qui été prolongée pour trois ans. La délégation de la Lettonie a expliqué qu'il n'existait pas de lignes directrices précises sur la manière de fixer la durée des mesures correctives comportementales. Dans la plupart des cas, il n'y a pas de limitation dans le temps. Dans certains cas, le délai est fixe, par exemple lorsque, pour compenser le pouvoir de l'acheteur dont dispose l'entité issue de la fusion, il est nécessaire de lui imposer des conditions contractuelles précises avec ses fournisseurs (l'une des mesures correctives proposées pour la fusion sur le marché des produits laitiers). La prolongation de la durée d'application des mesures correctives dans le secteur pharmaceutique a été décidée pour permettre à l'autorité de surveiller l'état de la concurrence sur ce marché.

La délégation de l'Agence slovène de protection de la concurrence (AVK) a ensuite expliqué quel usage elle faisait des mesures correctives comportementales et exposé les difficultés tenant au contrôle de leur mise en œuvre. Elle a confirmé que l'Agence recourt davantage à des mesures correctives comportementales. Pour une fusion entre transporteurs par bus qui a eu lieu en 2015, elle a imposé deux conditions comportementales : l'octroi aux entreprises concurrentes d'un accès équitable aux infrastructures essentielles détenues par les parties à la fusion et l'obligation faite aux parties à la fusion de notifier à l'Agence les soumissions, et les décisions de ne pas soumissionner, pour les concessions de services de transport par bus de longue distance, ainsi que le mode de calcul de la valeur des concessions. L'AVK a conclu que le contrôle de l'application de ces mesures correctives pourrait s'avérer difficile. Cela étant, en l'absence de publication de nouveaux appels d'offres pour des concessions de services de transport routier depuis l'imposition of the mesures correctives, elle n'a pu déterminer si et de quelle manière la deuxième mesure corrective a été efficace.

La délégation de l'autorité de la concurrence **belge** a ensuite expliqué que les mesures correctives font l'objet d'une consultation avec les acteurs du marché pertinent auxquels sont envoyées des demandes d'information. L'autorité accorde plus d'importance aux points de vue exprimés par les consommateurs et aux avis positifs des concurrents qu'aux avis négatifs des concurrents directs.

La délégation de l'autorité de la concurrence **italienne** a pris la parole, et a fait savoir qu'elle avait du mal à évaluer les mesures correctives proposées dans un délai très court. En Italie, l'enquête approfondie de Phase 2 doit être menée à bien en 45 jours qui peuvent être prolongés de 30 jours. Pour gagner du temps, l'autorité de la concurrence encourage les parties à commencer à examiner la théorie du préjudice et

à étudier des mesures correctives aussi vite que possible lors de la phase précédant la notification, et de lui communiquer toutes les informations dont elles disposent. Cette méthode s'est révélée efficace dans un certain nombre d'opérations. De la même manière, l'autorité de la concurrence s'efforce de formuler ses préoccupations de manière très directe et ouverte. Elle préfère aussi les mesures correctives structurelles aux mesures correctives comportementales, car ces dernières imposent d'importantes mesures de surveillance, ce qui soulève des questions quant à leur efficacité. Elle est en train de renforcer ses équipes en interne. Lors de l'évaluation des fusions, les membres de l'équipe du chef économiste coopèrent avec des spécialistes du secteur concerné.

La Présidente a ensuite donné la parole à la délégation du **Comité consultatif économique et industriel** auprès de l'OCDE (le BIAC) pour qu'elle fasse part de ses observations commentaires. La délégation du BIAC a insisté sur l'importance des lignes directrices des autorités de la concurrence guidelines relatives au contrôle des fusions et à l'évaluation des mesures correctives et a souligné que les membres du BIAC sont demandeurs de plus d'orientations. Elle a souligné qu'il importait de tenir compte des gains d'efficacité lors de l'évaluation des mesures correctives. De ce fait, les autorités de la concurrence doivent accepter les mesures correctives qui leur permettent de conclure que, tout bien considéré, les gains d'efficacité sont supérieurs aux effets anticoncurrentiels des opérations. Si elles ne tiennent pas compte des gains d'efficacité, le projet de fusion peut être stoppé ce qui aboutit à un gaspillage de ressources et à des pertes économiques. La délégation du BIAC a ensuite évoqué les fusions qui suscitent des problèmes de concurrence dans un pays mais pas dans un autre. Ces affaires sont difficiles puisque que les autorités de la concurrence doivent trancher en se fondant sur règles de leur pays même si dans l'ensemble la fusion concernée peut engendrer des gains d'efficacité dans un autre ou dans d'autres pays. La délégation du BIAC a également attiré l'attention sur les effets extraterritoriaux potentiels des mesures correctives et, en général, sur les répercussions qu'elles peuvent avoir en fonction de la situation prévalant sur un marché ne relevant de la compétence de l'autorité de la concurrence qui impose ces mesures.

La délégation de la **Commission européenne** a pris la parole une nouvelle fois pour préciser que la Commission demande un relèvement des exigences relatives aux mesures correctives de Phase 1 : les mesures correctives doivent constituer une solution claire pour mettre fin à une préoccupation concurrentielle facile à identifier mais n'ayant pas donné lieu à un examen complet. Dans l'ensemble, les mesures correctives de Phase 1 ne posent pas de problème. La Commission a en outre souligné que pour que les gains d'efficacité soient pris en compte, ils devaient résulter spécifiquement de la fusion et répercutés sur les consommateurs sous la forme d'une baisse des prix ou d'une amélioration de la qualité et non pas bénéficier seulement aux parties à la fusion. Des argumentaires fondés sur les gains d'efficacité ont été avancés dans de nombreuses affaires, mais généralement en vain, lorsque les gains en question n'ont pas satisfait aux exigences de spécificité par rapport à l'opération et de retombées bénéfiques pour les consommateurs. Ils ont été pris en compte dans certains cas comme celui de la fusion UPS/TNT pour laquelle, même si la Commission a interdit l'opération, elle avait tenu compte du fait que sur certains marchés, les économies de coûts seraient répercutées sur les consommateurs.

Pour conclure, **M. Nick Levy** souligne qu'il est utile d'adopter une approche intégrée concernant les gains d'efficacité (de sorte qu'ils fassent partie des critères d'évaluation des fusions) qu'il est nécessaire que la norme appliquée par les autorités de la concurrence à cet égard soit sans équivoque. Il a précisé qu'en principe la même norme de prépondérance de la preuve devrait s'appliquer lors de l'évaluation des fusions même si en l'occurrence, il incombe aux parties d'établir la preuve que leur fusion engendrera des gains d'efficacité. **Mme Paula Riedel** a ensuite indiqué que les mesures correctives comportementales sont plus adaptées pour les secteurs réglementés dans lesquels il est plus facile d'en surveiller la mise en œuvre, et qu'il serait utile de disposer d'orientations sur les mesures correctives dans les différents secteurs d'activité.

La Présidente a clos la table ronde en remerciant les délégués pour cette discussion fructueuse.