

Non classifié

Français - Or. Anglais

8 novembre 2017

**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

Synthèse de la table ronde sur le processus décisionnel des autorités dans les affaires de fusion : de la décision d'interdiction à l'autorisation conditionnelle

Annexe au compte rendu succinct de la 124^e réunion du Groupe de travail n°3

29 novembre 2016

Cette synthèse du Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions de la discussion qui a eu lieu au cours de l'examen du point 4 de l'ordre du jour de la 124^e réunion du Groupe de travail n°3, tenue le 29 novembre 2016. Cette discussion a porté sur la norme de la preuve applicable pour interdire des fusions, sur l'évaluation de l'efficacité des mesures correctives visant à dissiper les préoccupations concurrentielles et sur l'évaluation ex post des décisions rendues dans les affaires de fusion et des mesures correctives mises en œuvre.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur www.oecd.org/daf/competition/agency-decision-making-in-fusion-cases.htm

Mme Despina Pachnou, Analyste des politiques, Division de la concurrence de l'OCDE,
Tél. : +(33) 1 45 24 95 25, Courriel : Despina.Pachnou@oecd.org.

JT03422519

Synthèse

Par le Secrétariat*

Le Groupe de travail n°3 a organisé, le 29 novembre 2016, une table ronde intitulée « Les décisions des autorités de la concurrence dans les affaires de fusion : de la décision d'interdiction à l'autorisation conditionnelle ». Il ressort des discussions qui ont eu lieu dans ce cadre, des contributions écrites des délégués, des exposés des experts ayant participé à la table ronde, et de la note de réflexion du Secrétariat les principaux points suivants :

1) Le nombre de fusions suscitant des préoccupations est peu élevé. Lorsque les autorités de la concurrence soulèvent de telles préoccupations, celles-ci sont généralement dissipées grâce aux mesures que prennent les parties à la fusion pour mettre un terme au préjudice concurrentiel et obtenir ainsi l'autorisation de l'opération. Les décisions d'interdiction sont rares et les autorités n'y recourent que lorsque les mesures correctives proposées risquent de ne pas être suffisamment étendues ou efficaces.

Il ressort de la pratique des autorités de la concurrence dans le domaine des fusions que seule une petite minorité de ces opérations est susceptible de porter atteinte à la concurrence. Dans ce petit nombre de cas, deux possibilités s'offrent aux autorités de la concurrence : soit approuver la fusion à condition que les parties concernées prennent des mesures correctives jugées suffisantes pour mettre fin au préjudice concurrentiel éventuel qui a été mis en évidence, soit l'interdire lorsqu'aucune mesure corrective qui puisse éliminer le préjudice ou rétablir la concurrence n'est applicable ou susceptible d'aboutir au résultat escompté.

L'imposition de mesures correctives ou l'acceptation des mesures correctives proposées par les parties constituent la plupart des interventions des autorités de la concurrence dans les affaires de fusion, les interdictions étant une mesure de dernier ressort qui n'est appliquée que lorsque les mesures correctives proposées ne sont pas adéquates.

2) La norme de la preuve, pour rendre des décisions d'interdiction d'une fusion, correspond au seuil à partir duquel les autorités de la concurrence, après avoir appliqué le critère de fond de contrôle de la fusion, estiment que l'atteinte à la concurrence est suffisante pour justifier une interdiction de l'opération. Dans la plupart des pays, ce seuil est celui à partir duquel l'autorité de la concurrence estime qu'il est plus probable qu'improbable que la fusion sera préjudiciable.

La norme de la preuve, pour rendre des décisions d'interdiction d'une fusion, correspond au seuil à partir duquel la décision d'interdire l'opération est justifiée, dès lors que les autorités peuvent raisonnablement prédire que la fusion portera un préjudice suffisant à la concurrence. L'évaluation du préjudice s'effectue au moyen du critère de fond de

* Le présent résumé ne représente pas nécessairement le point de vue de tous les membres du Groupe de travail n°3. Il expose en revanche les principaux points tirés des débats tenus lors de la table ronde intitulée *le processus décisionnel dans les affaires de fusion : de la décision d'interdiction à l'autorisation conditionnelle*, des opinions exprimées par les experts qui y ont participé, des contributions orales et écrites des délégués et de la note de réflexion du Secrétariat de l'OCDE.

contrôle de la fusion ; la norme de la preuve correspond au degré de certitude requis pour qu'une décision puisse être rendue.

La norme spécifique observée par chaque pays ou territoire est généralement énoncée explicitement par la législation ou des lignes directrices afin de permettre aux autorités de la concurrence et aux entreprises de connaître le degré de rigueur avec lequel les opérations seront examinées et de s'y conformer. Dans la plupart des pays de l'OCDE, l'autorité de la concurrence peut interdire une fusion lorsqu'elle estime qu'il est « plus probable qu'improbable » que cette opération sera préjudiciable, autrement dit qu'elle risque de remplir le critère de fond de contrôle des fusions attestant qu'elle aura pour effet d'amoindrir substantiellement ou d'entraver significativement une réelle concurrence sur un marché. L'évaluation selon le critère en vertu duquel il est « plus probable qu'improbable » que la fusion sera préjudiciable est suffisamment souple pour prendre en compte les évolutions futures du marché qui peuvent être raisonnablement prévues et représente un degré suffisant de la probabilité des effets anticoncurrentiels de la fusion pour en justifier l'interdiction. L'avis selon lequel il est « plus probable qu'improbable » qu'une fusion donnée portera atteinte à la concurrence se fonde sur les éléments factuels propres à chaque affaire.

3) Les autorités de la concurrence sont disposées à autoriser une fusion sous réserve que des mesures correctives soient prises lorsque celles-ci sont à même d'éliminer tout risque de préjudice ou de préserver les conditions de concurrence prévalant sur le marché. Elles examinent de plus en plus rigoureusement si les mesures correctives sont assez étendues, si elles sont suffisantes et s'il est probable qu'elles aboutiront au résultat visé, et exigent qu'elles soient assurément efficaces et applicables.

Les autorités de la concurrence sont disposées à accepter des mesures correctives ayant pour objet de permettre l'autorisation d'une fusion, si ces mesures sont réellement à même d'éliminer le risque d'atteinte à la concurrence. Avant de conclure qu'une mesure corrective ou qu'un ensemble de mesures correctives sont suffisants pour justifier une décision d'autorisation conditionnelle, les autorités de la concurrence doivent évaluer si les mesures correctives envisagées peuvent réellement et globalement dissiper les préoccupations mises en évidence et préserver les conditions de concurrence prévalant sur le marché. Pour elles, toute la difficulté consiste à déterminer et à approuver les mesures correctives en étant fortement convaincues que ces mesures réussiront à préserver la concurrence sur le marché, et en s'assurant qu'elles peuvent être déployées et respectées par les parties à la fusion.

La norme de la preuve pour déterminer si une mesure corrective est acceptable est généralement celle de l'élimination totale des risques d'atteinte à la concurrence. Au cours de la table ronde, plusieurs délégués ont précisé que l'élimination des préoccupations et, par voie de conséquence, toute mesure corrective appropriée face à un risque d'amoindrissement substantiel de la concurrence, suppose de rétablir la concurrence de façon à ce qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant la fusion. Il s'ensuit qu'un amoindrissement résiduel mineur de la concurrence ne saurait justifier l'interdiction d'une fusion.

Ces dernières années, la méthode retenue par les autorités de la concurrence pour évaluer les mesures correctives et déterminer si elles sont acceptables a considérablement évolué. Elles procèdent désormais à une évaluation de plus en plus minutieuse des solutions applicables, les examinent en détail et vérifient si elles auront les effets souhaités. Il est ressorti de la discussion que la conception et la mise en œuvre des mesures correctives se sont améliorées et que les critères appliqués par les autorités de la concurrence pour

s'assurer que les entreprises concernées régleront les problèmes de concurrence qui se posent et pour qu'elles puissent approuver une fusion sous condition sont de plus en plus précis. Dans un petit nombre d'affaires récentes examinées lors de la table ronde, les autorités de la concurrence concernées ont décidé d'interdire la fusion parce qu'elles ont jugé que l'ensemble des mesures correctives proposées ne serait pas à même de préserver la concurrence ou qu'elles ne pouvaient être assurées de leur mise en œuvre effective.

Les experts ayant participé à la table ronde ont fait état des progrès accomplis et ont observé qu'il importe en tout état de cause que les autorités de la concurrence justifient comme il convient leurs préoccupations concurrentielles, qu'elles restent ouvertes à la discussion, que leurs exigences préalables à l'autorisation d'une opération soient formulées en termes simples et au moment opportun et qu'elles s'en tiennent à demander que soient appliquées les mesures correctives les moins coûteuses qui sont indispensables pour mettre un terme aux problèmes qui ont été clairement recensés. Plusieurs délégués ont souligné qu'il importe de soumettre les mesures correctives proposées à un test de marché pour s'assurer de leur précision, de leur lisibilité, de leur efficacité probable et du fait qu'elles ne sont pas susceptibles de susciter des problèmes de concurrence sur les marchés d'amont ou d'aval. Pour ce qui est de soumettre les mesures correctives à un test de marché, de nombreux délégués ont été d'avis que cette bonne pratique permet de vérifier l'exactitude des avis formulés par des tiers, qui peuvent avoir intérêt à inciter l'autorité de la concurrence à durcir les mesures correctives imposées à d'autres entreprises, en particulier lorsqu'il s'agit de concurrents.

Les experts ont également fait remarquer que les autorités de la concurrence doivent faire savoir aux entreprises concernées, dès que faire se peut, qu'aucune mesure corrective ne peut parer aux problèmes de concurrence qui se posent ou que seules le peuvent des mesures correctives de très grande envergure, afin que les parties puissent décider si elles entendent consacrer du temps et de l'argent à une opération de fusion qui ne risque guère d'aboutir. En général, la précision et la prévisibilité sont très importantes pour les entreprises, en particulier s'agissant des opérations dont la finalisation rapide est essentielle et auxquelles elles renonceraient donc dans le cas contraire. De fait, en procurant régulièrement aux entreprises des orientations sur leurs pratiques, les autorités de la concurrence les aident à se préparer à leurs attentes et à les satisfaire.

Le BIAC a proposé que, lorsqu'elles examinent les mesures correctives proposées, les autorités de la concurrence tiennent compte du fait que l'opération créerait, une fois les mesures correctives appliquées, des gains d'efficacité et qu'elles l'autoriseraient si, tout bien pesé, les gains d'efficacité qui en découleraient l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels probables – faute de quoi les autorités de la concurrence risqueraient d'interdire des fusions propices à la concurrence. Pour cela, il appartiendra aux parties à la fusion d'établir la preuve des gains d'efficacité en question. Les délégués ont observé que les gains d'efficacité doivent être évidents, propres à la fusion concernée et répercutés sur les consommateurs par le biais d'une baisse des prix ou d'une amélioration de la qualité.

4) Les délégués ont partagé l'avis que les mesures correctives structurelles sont plus claires, plus faciles à mettre en œuvre et que leur mise en œuvre est plus simple à contrôler. Les mesures comportementales peuvent toutefois être également adaptées et ont été utilisées dans le cadre de fusions verticales ou pour des marchés en rapide mutation.

Les discussions qui ont eu lieu lors de la table ronde ont fait apparaître que les autorités de la concurrence de la plupart des pays ont une préférence pour les mesures correctives structurelles, car elles constituent une solution plus claire aux problèmes de concurrence. Les délégués ont été d'avis que les mesures correctives comportementales peuvent susciter des incertitudes au sujet de l'efficacité de leur mise en œuvre et de leur suivi. Ces mesures peuvent toutefois être adaptées sur les marchés en rapide mutation ou dans le cas de fusions verticales susceptibles de déboucher sur d'importants gains d'efficacité et pour lesquelles ce type de mesures peut constituer une parade aux risques d'éviction de la concurrence.

Les délégués ont fait remarquer que, lorsqu'elles proposent de procéder à des cessions d'actifs, les parties à la fusion peuvent avoir du mal à garantir qu'un repreneur se tiendra prêt et sera en mesure de racheter les actifs en question et de rétablir rapidement la concurrence sur le marché. Dans plusieurs affaires récentes examinées lors de la table ronde, les autorités ont conditionné l'autorisation d'une fusion à la prise de mesures correctives de type « repreneur initial » ou « règlement préalable », ou « scission ». Certaines autorités ont fait observer que, lorsqu'un ensemble de mesures correctives est excessivement complexe, elles ne sont guère enclines à l'accepter du fait que ces mesures nécessiteraient un suivi considérable de leur part et qu'elles pourraient avoir beaucoup du mal à les faire respecter, voire seraient dans l'impossibilité de le faire.

Certains délégués ont soulevé le problème lié au fait que, dans les petites économies, il puisse n'y avoir aucun repreneur acceptable pour les actifs à céder. En outre, si une opération de fusion de grande ampleur et couvrant plusieurs pays peut causer un préjudice important à la concurrence dans une petite économie, celle-ci peut ne représenter qu'une partie insignifiante de l'opération internationale dans son ensemble. Dans des affaires de ce type, l'autorité de la concurrence a pour solution soit d'interdire l'opération, soit d'imposer des mesures correctives strictes – qui pourraient conduire l'entreprise à se retirer du marché et donc avoir des effets anticoncurrentiels – ou, troisième voie encore, l'autorité peut s'en tenir à imposer des mesures correctives comportementales qui ne sont applicables que sur le seul marché local.

S'agissant des grandes opérations de fusion internationales, les délégués comme les experts ont souligné l'intérêt de la coopération entre les autorités de la concurrence et de la coordination de leur action pour en assurer la cohérence, éviter toute duplication inutile, et harmoniser leurs procédures et leurs calendriers.

5) Les évaluations ex post des décisions rendues par les autorités de la concurrence dans les affaires de fusion et des mesures correctives acceptées peuvent orienter les futures décisions, en contribuant à déterminer les fusions qui risquent le plus de causer un préjudice et les mesures correctives qui peuvent permettre d'éliminer les effets anticoncurrentiels ou, à l'inverse, qui seront sans doute inefficaces.

Les évaluations ex post des pratiques des autorités de la concurrence dans les affaires de fusion permettent de faire ressortir quelles opérations ont porté atteinte à la concurrence sur le marché et quelles mesures correctives ont permis ou non d'obtenir les résultats souhaités. Cet examen rétrospectif peut amener les autorités de la concurrence à faire évoluer leurs méthodes de contrôle des fusions et leur conception des mesures correctives pour cibler les opérations problématiques, répertorier les risques et accepter les mesures correctives qui sont le plus susceptibles de porter leurs fruits.

Ainsi, en 2005 la Commission européenne a mené une enquête en vue d'examiner les mesures correctives imposées dans une quarantaine d'affaires de fusion à la fin des

années 90, et a conclu que celles-ci avaient abouti aux effets visés dans 57 % des cas, et que les mesures correctives ayant conduit à une acceptation en Phase 1 de la procédure d'examen avaient été plus efficaces dans l'ensemble. Les conclusions de cette étude ont alimenté la Communication de la Commission européenne de 2008 relative aux mesures correctives, qui définit les principes selon lesquels les autorités de la concurrence peuvent accepter des mesures correctives. À titre indicatif, en vue d'éviter les écueils du passé et de contribuer à améliorer la conception et la mise en œuvre des mesures correctives, cette Communication fait état du fait qu'il est préférable de céder une entreprise dans son ensemble, demande l'instauration de mesures de garantie pour assurer la préservation de l'entreprise qui sera cédée jusqu'au moment de la cession et énonce des conditions strictes pour toute dérogation à ces principes.