

**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 DES DÉBATS DE LA TABLE RONDE CONSACRÉE AUX ENQUÊTES SUR LES
FUSIONS MENÉES À BIEN SANS DÉCLARATION**

Le 25 février 2014

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé des débats tenus au Point III de la 118ème réunion du Groupe de travail no. 3 tenue le 25 février 2014.

*D'autres documents, en rapport avec cette discussion, sont disponibles sur :
<http://www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco [téléphone : +33 1 45 24 98 08 -- courriel : antonio.capobianco@oecd.org].

JT03372717

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.



COMPTE RENDU DES DÉBATS

Par le Secrétariat

Introduction

1. M. William Baer, **Président** du Groupe de travail n° 3 et Procureur général adjoint auprès de la Division de la concurrence du ministère américain de la Justice, ouvre la table ronde en résumant l'objet de la session. Au cours de la table ronde, les délégués examineront les différentes approches adoptées par les autorités de la concurrence du monde entier pour procéder à un examen des fusions menées à bien. La première distinction importante qui s'impose est celle existant entre les pays dotés d'un système de notification spontanée et ceux ayant un système de notification obligatoire. La différence entre ces deux régimes a une incidence importante sur les pouvoirs d'examen des fusions menées à bien conférés à l'autorité de la concurrence.

2. Le **Président** explique que cinq grandes thématiques seront traitées au cours de la discussion : (i) le traitement des fusions menées à bien dans les pays dotés d'un système de notification spontanée ; (ii) l'examen des fusions inférieures aux seuils de notification ; (iii) l'examen des fusions qui auraient dû être notifiées, en raison des exigences de notification préalable auxquelles elles sont soumises, mais qui ne l'ont pas été ; (iv) l'examen a posteriori d'opérations préalablement autorisées et menées à bien et enfin (v) les mesures correctives qu'une autorité de la concurrence doit envisager si une opération menée à bien s'avère après coup anticoncurrentielle.

1. Traitement des fusions menées à bien dans le cadre d'un système de notification spontanée

3. Le **Président** ouvre la discussion et invite les délégués des pays dotés d'un système de notification spontanée à s'exprimer pour expliquer de quelle manière y sont traitées les fusions menées à bien. Il invite le délégué de l'Australie à prendre la parole pour illustrer la pratique adoptée par son pays concernant ces fusions.

4. Le délégué de l'**Australie** fait remarquer qu'une opération de fusion peut être portée de diverses manières à la connaissance de l'autorité de réglementation, mais que la principale d'entre elles est un système informel probablement unique au monde. La deuxième est un processus d'examen formel, qui a été mis en place en 2007 mais n'a jamais été utilisé. Il existe ensuite d'autres dispositions permettant d'autoriser une fusion pour des raisons d'intérêt public. Aucune de ces procédures n'est assortie d'un seuil de notification ou d'une exigence de notification obligatoire. L'ACCC peut prendre des mesures à l'encontre de fusions réputées restreindre sensiblement la concurrence. Le délégué explique que les fusions menées à bien ne posent aucun problème depuis des années, mais que, dans l'hypothèse contraire, l'ACCC s'est toujours montrée prête à prendre des mesures s'il y avait eu lieu, que les opérations aient été ou non notifiées.

5. Le **Président** s'adresse au délégué du Royaume-Uni puisque ce pays est doté d'un système de notification spontanée sans effet suspensif. Il lui demande de commenter les récentes réformes législatives qui ont conféré à la *Competition and Market Authority* (CMA) de nouveaux pouvoirs pour prendre des

mesures correctives à l'encontre des fusions qui ont été déjà menées à bien mais qui s'avèrent problématiques.

6. Le délégué du **Royaume-Uni** indique dans un premier temps que lorsque le gouvernement a lancé une consultation publique sur la réforme des autorités de la concurrence, les parties prenantes ont également été interrogées sur l'intérêt d'adopter un système de notification obligatoire des fusions. Selon les résultats de cette enquête, la mise en place d'un tel système pourrait susciter des coûts disproportionnés à la fois pour les autorités et pour les entreprises et le Royaume-Uni a donc préféré conserver le système de notification spontanée actuellement en place. Cela étant, pour se prémunir de certains inconvénients que ce type de système peut entraîner si une fusion est déjà menée à bien avant que l'autorité de la concurrence n'en ait pris connaissance, le Royaume-Uni s'achemine dans la pratique vers un système dans le cadre duquel la CMA peut émettre des ordonnances exécutoires initiales afin d'imposer le maintien d'une séparation des parties à la fusion pendant toute la durée de l'évaluation dont l'opération fait l'objet. S'agissant des nouveaux pouvoirs qui lui sont dévolus, la CMA dispose de prérogatives accrues lui permettant de solliciter ou d'exiger des informations auprès des parties à la fusion au cours de la première phase du processus de contrôle. La communication de ces informations en amont contribue à la rationalisation du processus et à l'examen des fusions déjà menées à bien, les parties pouvant parfois se montrer peu coopératives dès lors que la fusion est achevée.

7. Pour clore la discussion portant sur la pratique des autorités de la concurrence concernant les fusions menées à bien dans le cadre d'un système de notification spontanée, le **Président** donne la parole au délégué du Chili afin qu'il puisse évoquer les avantages et les inconvénients inhérents à un tel système que son pays a pu rencontrer dans sa pratique de mise en application du droit de la concurrence.

8. Le délégué du **Chili** indique que même si les avantages et les inconvénients théoriques d'un régime ou de l'autre sont plutôt évidents, il convient d'évaluer comment un système fonctionne dans la pratique et dans le cadre de son propre environnement économique et juridique. Ayant été confrontées depuis quelque temps à des fusions non notifiées, les autorités chiliennes estiment que le système de notification spontanée n'est pas nécessairement la meilleure marche à suivre. Le délégué avance trois raisons à cela : (i) le problème lié à la difficulté de faire marche arrière (autrement dit, il peut être très difficile de prendre des mesures correctives à l'encontre d'une fusion anticoncurrentielle qui a déjà été menée à bien) ; (ii) le problème tenant à ce que les incitations induites par un système de notification spontanée peuvent avoir des effets opposés à l'objectif visé (lié au fait que les entreprises peuvent trouver plus simple de demander l'indulgence de l'autorité après coup que de solliciter son autorisation préalable) ; et (iii) le problème de la qualité des preuves dans un système de notification spontanée. En tenant compte de ces facteurs, le délégué estime que si, en théorie, un tel régime peut bien fonctionner dans certains pays, au Chili un système de notification obligatoire pourra s'avérer plus efficace sur la durée.

2. Examen des fusions inférieures aux seuils de notification

9. Passant au deuxième point de la discussion, le **Président** demande au délégué de la République slovaque d'évoquer la fusion de deux entreprises spécialisées dans l'élimination des carcasses animales dont il est fait état dans la contribution de ce pays, qui semble conclure que les opérations qui n'atteignent pas les seuils de notification peuvent néanmoins faire l'objet d'une enquête en application des règles générales de concurrence.

10. Le délégué de la **République slovaque** confirme que dans cette affaire, le seuil de notification en fonction du chiffre d'affaires n'était pas atteint et que l'opération en question (un accord de coentreprise) ne tombait donc pas sous le coup des règles slovaques de contrôle des fusions. Cela étant, après plusieurs plaintes donnant à penser que les deux entreprises en cause coordonnaient leur action par le biais de la coentreprise récemment constituée, en particulier s'agissant du prix du traitement de certains sous-produits

animaux, l'autorité de la concurrence a décidé d'ouvrir une enquête, à la suite de laquelle elle a imposé une amende aux deux parties, ayant jugé que leur comportement avait pour effet de restreindre la concurrence.

11. Le Président se tourne vers le délégué de la Lettonie et lui demande d'exposer les raisons ayant motivé les propositions de modification de la Loi sur la concurrence qui permettent à l'autorité de la concurrence du pays d'examiner les fusions qui ne sont pas soumises à une obligation de notification.

12. Le délégué de la **Lettonie** explique qu'en vertu des critères de notification auparavant en vigueur, les entreprises candidates à une fusion étaient tenues de notifier l'opération si la part de marché de l'entité qui en était issue était supérieure à 40 %. Ce critère n'a pas été jugé objectif ni facile à déterminer. Par conséquent, la Lettonie a décidé de modifier la situation en supprimant ce critère et en donnant à la place à l'autorité de la concurrence des pouvoirs de contrôle ex post des fusions déjà menées à bien. L'autorité de la concurrence lettone estime qu'elle n'aura pas besoin de faire souvent usage de ces pouvoirs, mais qu'ils constituent un moyen d'action précieux dans les cas où une notification n'est pas requise mais que l'opération de fusion a néanmoins des effets préjudiciables sur le marché.

13. Le **Président** s'adresse au délégué du Brésil et lui demande de préciser les conséquences du délai d'un an auquel est tenue l'autorité de la concurrence pour exercer son pouvoir d'examen des fusions déjà menées à bien.

14. Le délégué du **Brésil** explique que dans la nouvelle Loi sur les fusions, qui a pris effet en 2011, le critère de la part de marché auparavant utilisé a été abrogé et que seul le critère du chiffre d'affaires brut a été conservé. Cela étant, le seuil actuellement en vigueur offre la possibilité aux parties à certaines fusions anticoncurrentielles réalisées à l'échelon régional ou municipal de ne pas être soumises à une exigence de notification et d'échapper ainsi à la vigilance des autorités de la concurrence. Pour régler cette situation, les nouvelles dispositions permettent à la CADE de demander la notification de ces opérations. Le législateur a toutefois décidé de limiter ce pouvoir à un an. La CADE n'a pas encore appliqué cette disposition mais a mis en place une unité spécialisée chargée de recevoir les plaintes et d'assurer une veille auprès des médias pour repérer les opérations susceptibles de soulever des préoccupations anticoncurrentielles.

15. Le **Président** fait état de la contribution de la Suède dans laquelle ce pays indiquait que son autorité de la concurrence avait utilisé plus souvent ces dernières années la possibilité dont elle dispose d'exiger des parties à la fusion la notification de l'opération, même si celle-ci est inférieure au seuil fixé. Le **Président** demande au délégué d'exposer les raisons de cette évolution.

16. Le délégué de la **Suède** répond qu'une notification peut être exigée lorsqu'une fusion inférieure au seuil de notification fixé est susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel. Tel est le cas par exemple lorsqu'un acteur qui se trouve déjà en position de force sur un marché concentré rachète un nouveau concurrent qui aurait pu remettre en cause sa position sur ce marché. Au nombre des raisons ayant motivé l'adoption d'une démarche plus proactive figurent le souci d'améliorer en permanence les méthodes de travail de l'autorité de la concurrence ainsi que la connaissance plus fine et l'idée plus précise qu'elle a des théories du préjudice et de l'analyse économique. De ce fait, ce pouvoir, dont l'autorité n'a fait qu'exceptionnellement usage dans le passé, a été considéré comme un moyen d'action qu'elle peut utiliser plus fréquemment si les circonstances s'y prêtent. On notera en outre que les conclusions auxquelles elle a abouti dans plusieurs enquêtes menées sur des ententes ont montré que certaines fusions (inférieures au seuil de notification fixé) ont pu être l'un des moyens par lesquels des concurrents se sont entendus pour se partager mutuellement un marché. Il convient également de noter que les résultats des enquêtes sur les ententes ont montré que certaines fusions (au-dessous du seuil) ont fait partie d'une certaine manière à l'attribution des marchés des concurrents entre eux-mêmes.

17. Le **Président** se tourne vers la délégation de la Corée et lui demande de présenter la pratique de la KFTC concernant les fusions menées à bien et d'en donner quelques exemples. La Corée fait partie des pays permettant le contrôle d'opérations de fusion inférieures aux seuils de notification.

18. Le délégué de la **Corée** fait état d'une affaire dans laquelle la KFTC a mené une enquête sur une fusion qui n'était pas soumise à une obligation de notification. L'enquête a porté sur l'entrée, par la plus grande entreprise du marché des logiciels de comptabilité fiscale, au capital de la deuxième plus grande entreprise présente sur ce marché. Le service de la KFTC chargé des fusions a ouvert une enquête d'office car, même si les seuils de notification n'étaient pas atteints, il a estimé que l'opération risquait de réduire la concurrence. Dans un tel cas de figure, la KFTC peut procéder au contrôle d'une fusion en application de la disposition générale de la loi prévoyant que nul ne peut participer à une concentration d'entreprises ayant pour effet de restreindre la concurrence dans un secteur d'activité donné. L'opération a été finalement autorisée après l'enquête, tous les membres de la Commission ayant conclu qu'elle n'avait pas pour effet de restreindre sensiblement la concurrence.

19. Le **Président** donne la parole à des intervenants souhaitant s'exprimer à propos des discussions ayant eu lieu jusque-là.

20. Le délégué de l'**Irlande** demande la parole pour informer le Groupe de travail n° 3 que l'*Irish Competition Authority* (ICA) s'est livrée à des réflexions sur le niveau approprié des seuils de notification et s'est demandé si l'Irlande devait modifier en conséquence les seuils qu'elle applique. Selon la délégation irlandaise, si une autorité de la concurrence ne détient que le pouvoir de remettre en cause les fusions qui lui sont notifiées, elle sera fortement incitée à utiliser des seuils très peu élevés pour ne pas passer à côté de fusions risquant de se révéler anticoncurrentielles, tout en s'exposant à encourir des coûts élevés induits par l'administration du dispositif de contrôle des fusions. Ces coûts pourraient être allégés si l'autorité de la concurrence disposait d'une solution de repli lui permettant d'évaluer les opérations qui ne sont pas soumises à une obligation de notification, ce qui permettrait de fixer des seuils plus élevés. L'ICA estime qu'elle dispose du pouvoir d'appliquer aux opérations non notifiées les articles 4 et 5 de la Loi sur la concurrence, qui sont à peu près équivalents aux articles 101 et 102 du TFUE. En 2012, l'ICA a officiellement appliqué cette position à une fusion non soumise à une obligation de notification, amenant les parties à l'opération à y renoncer, ce qui a empêché que cette question de principe soit soulevée devant les tribunaux.

3. Examen de fusions qui auraient dû être notifiées mais ne l'ont pas été

21. Le **Président** aborde le point suivant de la discussion, portant sur la question de savoir ce que les autorités de la concurrence peuvent faire lorsque les parties à une fusion auraient dû notifier l'opération mais ne l'ont pas fait. Le délégué de l'Union européenne est invité à décrire les pouvoirs conférés à la Commission européenne en cas d'infraction à l'obligation de suspension prévue par le règlement CE sur les concentrations.

22. Le délégué de l'**Union européenne** souligne que l'obligation de suspension et l'obligation de notification d'une fusion avant que l'opération ne soit menée à bien est une pierre angulaire du régime communautaire des fusions. Au cours des 25 années d'application du règlement sur les concentrations, la Commission européenne n'a dû imposer des amendes pour infraction à l'obligation de suspension que dans trois affaires seulement. La dernière en date a eu lieu en 2009 lorsqu'une entreprise n'a pas notifié une opération alors qu'elle avait déjà, dans les faits, pris le contrôle de la société cible. Le côté intéressant de cette affaire est que l'opération en question avait été autorisée un an avant que l'amende ne soit infligée. Cela montre que la nécessité d'imposer une sanction pour infraction à l'obligation de suspension avait alors été considérée comme une question de principe. Le montant de l'amende imposée a été relativement élevé mais aurait pu l'être encore plus si l'entreprise mise en cause n'avait pas coopéré avec la

Commission européenne en lui communiquant des informations. Le délégué de l'UE fait remarquer que la Commission européenne dispose également de pouvoirs accessoires qu'elle peut exercer dans ce type de situation, comme la possibilité d'évaluer la conduite de l'entreprise en se fondant sur l'article Article 101 du TFUE, notamment lorsqu'elle soupçonne que les parties se sont échangées des informations sensibles.

23. Le **Président** remercie la délégation de l'UE et demande à celle du Portugal de livrer ses observations sur les conséquences auxquelles s'exposent les parties candidates à une fusion lorsqu'elles ne se conforment pas à l'exigence de notification.

24. Selon le délégué du **Portugal**, l'autorité de la concurrence dispose d'un arsenal de pouvoirs administratifs et punitifs qu'elle peut exercer à l'encontre des fusions qui atteignent les seuils de notification mais n'ont pas été notifiées comme elles auraient dû l'être. En ce qui concerne ses pouvoirs administratifs, l'autorité de la concurrence peut engager une procédure d'office pour examiner les fusions qui n'ont pas été notifiées et, le cas échéant, les parties candidates à la fusion sont alors soumises à des frais de double déclaration. Au cours de cette procédure d'office, l'autorité de la concurrence peut en outre ordonner à tout moment des mesures comme la cession de filiales ou de tout actif agrégé ou la renonciation, par l'entreprise acquéreuse, à tous les contrôles qu'elle peut exercer sur la société cible. L'autorité de la concurrence n'a fait jusqu'à présent qu'un usage « pédagogique » de ces pouvoirs, adressant principalement des réprimandes aux entreprises concernées et menaçant d'exercer ses pouvoirs à leur encontre en vue d'assurer qu'elles effectueront *in fine* une notification en bonne et due forme des opérations de fusion. Le délégué du Portugal fait observer que l'absence de notification des fusions dépassant les seuils empêche de procéder à temps à une évaluation des effets de l'opération en question sur les marchés concernés. Il peut ensuite être difficile de l'annuler a posteriori, ce qui est susceptible d'augmenter le coût de l'action réglementaire.

25. Dans le droit fil de l'intervention du délégué du Portugal, le **Président** demande au délégué de la Turquie d'exposer quelles conséquences découlent, dans son pays, d'une absence de notification d'une opération de fusion qui aurait dû être notifiée. Il demande en outre si l'autorité turque peut exercer des pouvoirs d'ordre général dans ce cas de figure.

26. Le délégué de la **Turquie** explique que si les parties concernées ne notifient pas une opération de fusion, l'autorité de la concurrence peut infliger aux entreprises en question une amende équivalant à 0.1 % de leur chiffre d'affaires annuel. Il précise qu'il s'agit là d'un pourcentage précis et fixe qui ne laisse à l'autorité aucune marge d'appréciation. La législation dispose entre autre que si une fusion anticoncurrentielle est menée à bien avant d'avoir été notifiée, l'autorité de la concurrence peut ordonner l'annulation de l'opération et prendre des mesures visant à annihiler toutes les conséquences de fait qu'aura eu la concrétisation de la fusion. Cela veut dire que, dans la mesure du possible, toutes les actions ou tous les actifs acquis lors de la fusion doivent être restitués à leurs propriétaires antérieurs ; si cela n'est pas possible, ils doivent être remis à une tierce partie et l'entreprise qui a acquis au départ la société cible ne peut prendre part à la gestion de celle-ci. L'autorité de la concurrence dispose de surcroît de la possibilité d'infliger une amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.

27. Le **Président** demande alors au délégué d'Israël de donner quelques éléments d'information sur la faculté de l'*Israeli Antitrust Authority* (IAA) d'engager des poursuites pénales ou administratives à l'encontre des entreprises n'ayant pas notifié une fusion pour laquelle elles étaient tenues d'obtenir l'autorisation préalable de l'IAA.

28. Le délégué d'**Israël** fait savoir que l'IAA peut imposer des amendes administratives depuis 2012 mais que si la concentration en cause est une fusion horizontale, l'IAA préfère alors recourir à des sanctions pénales. Pour les autres types de fusions, l'IAA envisage l'éventualité d'imposer des amendes administratives. Outre l'ouverture de poursuites pénales et les amendes administratives, elle recourt aussi

parfois à des accords par consentement. La décision de recourir à l'une de ces trois solutions est prise au cas par cas et dépend de facteurs comme la durée de l'infraction ou le fait que les entreprises aient eu ou non connaissance des obligations auxquelles elles sont tenues en vertu de la loi.

29. Le **Président** indique qu'on peut lire, dans la contribution de l'Irlande, que le manquement à l'obligation de notification rend la fusion « nulle et non avenue ». Il demande au délégué de l'Irlande d'expliquer la signification de cette disposition.

30. Le délégué de l'**Irlande** répond qu'en théorie, le manquement à l'obligation de notification peut entraîner de lourdes conséquences pour les parties puisque les personnes physiques concernées s'exposent à des poursuites pénales et que la loi prévoit sans équivoque que l'opération de fusion doit alors être jugée nulle et non avenue. Toutefois, dans la pratique, l'autorité n'a jamais engagé de poursuite à l'encontre de personnes physiques et elle a, au bout du compte, examiné et autorisé les fusions qui ne lui ont pas été notifiées. Cela étant, la ligne de conduite de l'ICA a été récemment modifiée et, selon les nouvelles dispositions, dès qu'une fusion n'ayant pas été dûment notifiée sera jugée nulle et non avenue, cette décision sera rendue publique même si, au bout du compte, la fusion a été autorisée. Le délégué de l'Irlande souligne que cette évolution suscitera une inquiétude chez les parties concernées et que le risque d'une invalidation de la fusion aura un effet très dissuasif.

31. Le **Président** se tourne vers l'Estonie où des personnes physiques peuvent être poursuivies pour infraction en cas d'absence de notification d'une fusion qui aurait dû être notifiée. Il demande à la délégation de l'Estonie de faire connaître la pratique observée dans son pays s'agissant de cette procédure.

32. Le représentant de l'**Estonie** répond que pour imposer une amende à une entreprise en cas d'infraction, il faut tout d'abord identifier sans équivoque la personne physique qui en est responsable, ce qui peut être très difficile dans bien des cas. Cette procédure est très exceptionnelle et les personnes physiques peuvent se refuser à toute déposition au sujet de leurs agissements. En outre, la possibilité d'ouvrir des poursuites pour cette infraction expire au bout de trois ans après que la fusion a été menée à bien. Ce délai peut être plutôt court sachant qu'il couvre non seulement la durée de l'action en justice mais aussi celle de la procédure engagée par l'autorité de la concurrence. Une dernière lacune de la procédure tient au niveau assez faible des amendes qui peuvent être imposées, ce qui laisse aux entreprises le champ libre pour adopter un comportement stratégique et opportuniste.

33. Le **Président** invite la délégation de la Russie à expliquer comment le SFA impose des amendes dans les cas où une fusion est menée à bien en violation des règles de notification qui doivent être observées avant ou après l'opération.

34. Le délégué de la **Russie** décrit les catégories de responsabilités auxquelles s'exposent les entreprises et les personnes physiques en cas de violation des règles de notification des fusions. Il décrit la procédure à suivre pour imposer des amendes administratives ou pour ordonner la dissolution ou la restructuration d'une entreprise sur décision d'un tribunal de commerce. Il explique enfin les mesures que peut prendre le Service antimonopole si une fusion non notifiée aboutit, de surcroît, à une restriction de la concurrence, ce qui peut entraîner son invalidation pure et simple.

4. Examen des fusions ayant des effets anticoncurrentiels qui ont été autorisées par l'autorité de la concurrence et menées à bien

35. Le **Président** aborde ensuite le point suivant de la discussion, à savoir la question des pouvoirs dont disposent les autorités de la concurrence pour examiner une fusion qui a déjà été autorisée et menée à bien et qui a eu au final des effets anticoncurrentiels sur le marché. Bon nombre d'autorités de la

concurrence ne sont pas dotées de tels pouvoirs en vertu de la législation sur le contrôle des fusions en vigueur dans leur pays. Les États-Unis constituent la principale exception.

36. Le délégué des **États-Unis** indique que le nombre de fusions menées à bien sans notification qui ont été contestées n'a cessé d'augmenter depuis 2000, en conséquence, dans une certaine mesure, du relèvement annuel des seuils notification. Il est très important de noter qu'aux États-Unis, une opération de fusion n'est pas autorisée ou approuvée par une autorité mais que l'organisme chargé du dossier peut simplement décider de ne pas contester l'opération devant les tribunaux. Cela signifie que rien n'empêche les autorités compétentes de s'opposer par la suite à une fusion devant la justice si celle-ci a des effets anticoncurrentiels. De ce fait, même une fois qu'une fusion a été menée à bien, les autorités peuvent toujours saisir la justice pour remédier au préjudice probable qu'elle occasionne pour la concurrence. À cet égard, les procédures et les lois applicables sont tout à fait les mêmes que si la fusion n'avait pas dû être notifiée au départ. Il importe d'indiquer à cet égard que les autorités compétentes n'ont pas à apporter la preuve des effets anticoncurrentiels induits par la fusion mais qu'elles doivent seulement établir que celle-ci est susceptible d'avoir sensiblement restreint la concurrence.

37. Le **Président** s'adresse au délégué de la Colombie en lui demandant dans quels cas la *Superintendencia Industria y Comercio* (SIC) peut annuler une autorisation de fusion.

38. Le délégué de la **Colombie** répond que la SIC dispose, à l'heure actuelle, du pouvoir d'annuler une fusion menée à bien et d'imposer une amende en cas de non notification d'une opération. Le montant de cette amende a été largement augmenté il y a peu pour garantir l'efficacité de son pouvoir de dissuasion. La SIC peut également annuler une opération si le projet de fusion n'a pas été soumis à examen alors qu'il aurait dû l'être ou si elle a imposé des mesures correctives auxquelles les parties ne se sont pas conformées. En outre, la SIC peut ouvrir une nouvelle enquête sur les fusions si elle découvre que les parties concernées ne lui ont pas communiqué toutes les informations nécessaires au sujet de l'opération.

39. Faisant suite à cette dernière remarque du délégué de la Colombie, le **Président** demande au délégué du Mexique d'évoquer l'expérience de son pays concernant les entreprises ayant communiqué des informations incorrectes à l'autorité de la concurrence.

40. Le délégué du **Mexique** évoque la fusion Sanborns-Hermanos de 1994. Lorsque cette opération a été notifiée, les parties ont tenté de dissimuler le fait que la fusion avait déjà été menée à bien et qu'elles avaient donc transmis des informations incorrectes. Cela a fourni à l'autorité de la concurrence une raison suffisante pour imposer une amende à ces deux entreprises. Depuis cette affaire, la Loi sur la concurrence a été remaniée deux fois et les pouvoirs dévolus à la Commission de la concurrence du Mexique (la COFEC) ont été renforcés. Elle peut désormais ouvrir une enquête pour contester une fusion qui a été autorisée sur la foi d'informations incorrectes. Dans certains cas, elle peut également intenter une action pénale à l'encontre des personnes physiques qui ont commis l'infraction. Jusqu'à présent, l'autorité mexicaine n'a pas fait usage de ces pouvoirs.

41. Le **Président** demande à la délégation de l'Allemagne de préciser l'approche que le *Bundeskartellamt* (BKA) peut adopter pour mener des enquêtes a posteriori sur des fusions ayant déjà été autorisées.

42. Le représentant de l'**Allemagne** rappelle qu'en Allemagne, les concentrations qui font l'objet d'un contrôle ne peuvent être menées à bien qu'après avoir obtenu le feu vert du BKA et que les opérations qui sont soustraites à cette règle n'aboutissent pas. Les règles allemandes en matière de fusions ne prévoient pas d'examen a posteriori des opérations qui ont été autorisées et le BKA n'a pas le pouvoir d'examiner celles qui sont inférieures aux seuils de notification. Les dispositions relatives aux fusions s'appliquent également aux coentreprises complètement opérationnelles et aux opérations de rachat d'au

moins 25 % des droits de vote d'une entreprise par plusieurs parties. Cependant, les procédures de contrôle de concentration n'empêchent pas d'évaluer si oui ou non les transactions violent les autres dispositions du droit de la concurrence, par exemple les Articles 101, 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les accords qui enfreignent la législation antitrust sont rendus nuls et non avenus, aucune décision correspondante des autorités n'est nécessaire. En conséquence, il n'y a aucune évaluation ex ante, aucune obligation de statu quo et aucun régime de délais stricts. Si la transaction donne lieu à des inquiétudes à cet égard, le Bundeskartellamt applique l'interdiction des accords restreignant la concurrence à côté du contrôle des concentrations, même s'il n'est pas obligé de le faire. Lorsque c'est possible et approprié le Bundeskartellamt peut effectuer une évaluation en plus de son enquête sur la fusion. Si nécessaire, dans les cas extrêmes, la coentreprise peut être démantelée ultérieurement. Les affaires dans lesquelles le BKA a dû dissoudre des coentreprises qui n'atteignaient pas les seuils de notification ou qui avaient été autorisées ont été extrêmement rares et ont concerné des situations exceptionnelles.

5. Mesures correctives que peuvent imposer les autorités de la concurrence si une fusion menée à bien s'avère anticoncurrentielle

43. Le **Président** demande aux États-Unis d'expliquer en quoi il est difficile de réussir à appliquer des mesures correctives efficaces une fois qu'une fusion a été menée à bien.

44. En réponse à la question du **Président**, le délégué des **États-Unis** évoque l'affaire Bazaarvoice, une action en justice dans le cadre laquelle le rachat de PowerReviews en juin 2012 a été contesté. Le tribunal a jugé cette opération illicite à la suite d'une plainte selon laquelle cette fusion éliminait le seul concurrent important sur le marché des plateformes en ligne de notation et d'évaluation de produits. Ce cas illustre certains des défis qui auraient exigés des solutions dans le cadre des fusions abouties. Le ministère de la Justice craignait que les actifs de PowerReviews aient été détériorés sensiblement entre le moment de l'acquisition et le litige, car Bazaarvoice avait transféré sa plateforme de clients d'un certain PowerReviews à sa propre plate-forme. À cet égard, le ministère de la Justice a alors proposé de contraindre la société acquéreuse à concéder une licence de reproduction de sa propre plateforme Bazaarvoice, car celle-ci avait diminuée sensiblement depuis la fusion. Cependant, si un nombre suffisant de clients demeuraient sur la plate-forme du PowerReviews, la solution proposée par le ministère de la Justice aurait exigé le désinvestissement de la plate-forme du PowerReviews. Le permis de reproduire la dernière plate-forme de Bazaarvoice n'était pas nécessaire parce qu'un nombre significatif de clients est demeuré sur la plate-forme du PowerReviews. Finalement, afin de rétablir la situation antérieure, Bazaarvoice a dû vendre tous les actifs de PowerReviews et s'engager sur certaines dispositions afin de compenser la détérioration de la capacité concurrentielle de PowerReviews.

45. Le **Président** s'adresse au délégué du Japon en lui demandant de présenter les mesures correctives applicables en vertu de la Loi antimonopole s'il s'avère qu'une opération non notifiée a largement porté atteinte à la concurrence.

46. Le délégué du **Japon** explique que la première mesure corrective consiste à ordonner aux parties en cause de céder tout ou partie de leurs actions ou de mettre un terme aux activités incriminées pour régler le problème de concurrence, ce qui est très semblable à ce qui se passe pour une opération ayant été notifiée. En outre, l'autorité a la possibilité de solliciter auprès du tribunal une ordonnance de suspension temporaire de l'opération. Jusqu'à ce jour, la JFTC n'a eu à traiter aucune affaire dans laquelle une fusion non notifiée a fait l'objet d'une ordonnance enjoignant aux parties de mettre un terme à l'activité incriminée ou dans laquelle elle a dû demander la suspension temporaire d'une opération.

47. Le **Président** donne la parole au délégué du Canada, lui demandant d'expliquer la politique suivie par l'autorité de son pays concernant les mesures correctives et la manière dont le Bureau de la concurrence les a appliquées dans des affaires réellement survenues ayant trait à des fusions.

48. Le représentant du **Canada** précise que le Bureau de la concurrence applique généralement des mesures correctives analogues aux opérations qui doivent être notifiées et aux autres. La capacité du Bureau de la concurrence à contester des fusions a toutefois évolué et, désormais, la Loi sur la concurrence ne lui permet de remettre en cause une opération que dans l'année suivant sa finalisation. Lorsque le Bureau constate une diminution sensible de la concurrence ou une entrave à la concurrence, il peut suivre deux voies : soit (i) il peut négocier des mesures correctives avec les parties à la fusion de manière consensuelle, soit (ii) il peut contester la fusion devant le tribunal de la concurrence. L'approche générale consiste à négocier d'abord et à ne saisir la justice que dans les cas les plus problématiques. Le Bureau de la concurrence adopte une approche très sensée s'agissant des fusions ne devant pas donner lieu à notification et recourt à toute une série d'activités pour se ménager la possibilité d'imposer par la suite une mesure corrective comme les accords sur les délais, les accords de préservation, la conclusion d'accords distincts ou les actions en justice lui permettant de solliciter une ordonnance interdisant la mise en œuvre de l'opération. En 2011, le Bureau a contesté une fusion non soumise à une obligation de notification, avertissant ainsi le marché que le Canada entendait remettre en cause toute éventuelle fusion anticoncurrentielle, même si l'opération en question ne dépasse pas les seuils de notification.

49. Le **Président** évoque la contribution de l'Espagne, demandant plus de précisions sur la manière dont l'autorité de la concurrence espagnole décide quand il est nécessaire d'imposer une mesure corrective comportementale ou une mesure corrective structurelle.

50. Le délégué de **l'Espagne** évoque les trois affaires examinées dans la contribution de son pays, survenues respectivement sur le marché de l'assurance, des télécommunications et de l'électronique et celui des technologies de l'information. Dans les deux premières affaires, l'autorité a préféré imposer des mesures correctives comportementales même si l'une des fusions n'a finalement pas été menée à bien et dans la troisième affaire les parties ont mis en œuvre une mesure structurelle en cédant l'activité incriminée à une tierce partie en Espagne. L'autorité espagnole de la concurrence a surveillé le processus de cession. Dans l'affaire survenue sur le marché de l'assurance, des mesures comportementales ont été envisagées alors que des mesures structurelles n'ont pu l'être dans l'affaire concernant le marché des télécommunications car la société cible ne possédait qu'un seul réseau dans la région de Madrid qui, de ce fait, ne pouvait être démantelé.

51. Le **Président** s'adresse au délégué du BIAC pour que celui-ci fasse part au Groupe de travail n° 3 de ses observations sur les discussions de la table ronde.

52. Le délégué du **BIAC** se déclare favorable à une mise en œuvre vigilante des législations sur les fusions tout en soulignant que cette mise en œuvre doit être mise en balance avec le principe de sécurité juridique. Les régimes de notification préalable des fusions sont destinés à garantir un contrôle efficace de ces opérations avant leur finalisation et sont principalement motivés par les deux raisons suivantes : (i) les coûts élevés que les parties encourraient si elles étaient priées de revenir sur une fusion déjà menée à bien et (ii) la difficulté de restaurer le *status quo ante* (autrement dit le niveau de concurrence prévalant avant la fusion). Le BIAC est favorable à un examen minutieux des seuils de notification des fusions et à une évaluation poussée des régimes d'examen des fusions pour garantir leur efficacité. Pour ce qui est du critère d'importance relative et de priorité, les opérations ne dépassant pas les seuils de notifications ne devraient pas être un sujet de préoccupation pour les autorités de la concurrence. Le BIAC approuve le fait que de nombreux pays aient adopté des obligations suspensives qui permettent aux parties d'exécuter l'opération une fois que la fusion notifiée a été autorisée ou que la période suspensive a expiré, ce qui leur procure une certaine certitude juridique. Dans les cas où l'autorité de la concurrence a le pouvoir de revenir sur une opération et d'examiner une fusion déjà finalisée, l'application d'un délai de prescription est alors préférable. La question de savoir s'il vaut mieux solliciter l'indulgence a posteriori ou demander une autorisation avant l'opération est justifiée dans les pays où un régime de notification spontanée est en place, mais dans ceux où un régime de notification obligatoire à effet suspensif est en place, les parties ne

devraient pas avoir à demander l'indulgence après coup et devraient pouvoir poursuivre leurs activités sans avoir à craindre une intervention ultérieure de l'autorité de la concurrence à l'encontre de la fusion qu'elles ont mené à bien.

53. Le **Président** remercie l'ensemble des participants pour ce débat animé et intéressant et clôt la table ronde.