

**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**

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

**Le 25 février 2014**

*Le présent document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE résume dans le débat tenu au Point III lors de la 118<sup>e</sup> réunion du Groupe de travail n° 3, tenue le 25 février 2014. Il est diffusé aux délégués POUR INFORMATION.*

*D'autres documents relatifs à 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](mailto:antonio.capobianco@oecd.org)].

**JT03372684**

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.*

## RÉSUMÉ

*Par le Secrétariat\**

1. Il ressort des discussions de la table ronde, de la note du Secrétariat et des contributions écrites des délégués plusieurs grandes thématiques :

**(1) *Les autorités de la concurrence des différents pays suivent des approches différentes s'agissant de l'examen des fusions menées à bien sans notification, les pouvoirs qui leur sont conférés en la matière étant variables. La distinction la plus importante est celle existant entre les pays dotés d'un système de notification spontanée et ceux ayant un système de notification obligatoire. Dans un système de notification spontanée, la compétence exercée par l'autorité sur une fusion menée à bien qui n'a pas été notifiée fait partie intégrante du régime des fusions. Cela n'est généralement pas le cas dans la plupart de ces pays dotés d'un système de notification obligatoire dans lesquels l'autorité ne peut examiner que les fusions qui sont soumises aux exigences de notification.***

2. Aujourd'hui, le droit de la concurrence de plus d'une centaine de pays et territoires prévoit des dispositifs de contrôle des fusions. Dans la plupart des pays, lorsqu'un projet de fusion atteint les seuils de notification fixés, il doit obligatoirement être examiné par les autorités de la concurrence avant d'être réalisé. Ces pays partent du principe qu'il peut être plus efficace de prévenir un problème de concurrence que d'y remédier après coup. Le contrôle des fusions est alors considéré comme un outil de surveillance ex ante. Dans les pays et territoire dotés d'un système de notification obligatoire, la notification a généralement un effet suspensif, ce qui revient à dire que les parties ne peuvent pas réaliser l'opération et intégrer leurs activités avant d'avoir obtenu l'autorisation ou l'approbation réglementaire requise de la part de l'autorité de la concurrence.

3. Dans quelques pays, la notification d'une opération à l'autorité de la concurrence est laissée à l'initiative des parties. Celles-ci peuvent alors décider de notifier la fusion à l'autorité de la concurrence et obtenir ainsi une sécurité juridique pour soustraire l'opération au risque d'une enquête a posteriori et pour ne pas avoir à prendre des mesures correctives visant à restaurer la situation concurrentielle antérieure à la concrétisation de la fusion. Devant la difficulté qu'il y a à défaire une fusion, et les coûts considérables que cela peut entraîner pour les parties, les autorités de la concurrence exerçant dans un système de notification spontanée diffusent généralement des consignes précisant les circonstances dans lesquelles il est recommandé aux parties à la fusion d'envisager de notifier l'opération, la décision finale à cet égard restant en tout état de cause du ressort de ces dernières.

**(2) *Dans les pays dotés d'un système de notification obligatoire, les pouvoirs d'examen des fusions menées à bien conférés aux autorités de la concurrence sont variables. Les fusions peuvent être inférieures ou supérieures aux seuils de notification. Dans ce dernier cas, il peut arriver***

---

\* Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime du Comité de la concurrence. Il présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de la table ronde, dans les contributions écrites des délégués ainsi que dans la note de synthèse du Secrétariat.

*que des fusions qui ont été notifiées et autorisées s'avèrent par la suite avoir des effets anticoncurrentiels, ou bien encore les parties concernées peuvent tout simplement manquer à leur obligation de notification d'une fusion atteignant les seuils fixés. Enfin, il peut arriver que les parties réalisent l'opération après l'avoir notifiée mais avant d'avoir obtenu l'autorisation de l'autorité de la concurrence (on parle alors de mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion ou « gun jumping »).*

4. Dans un système de notification obligatoire, les autorités de la concurrence peuvent examiner un grand nombre d'opérations dont la plupart auront des effets positifs ou neutres sur la concurrence. Ce processus d'examen fait peser une lourde charge, en termes de frais administratifs, à la fois sur les entreprises parties à l'opération ayant l'obligation de la notifier et sur les autorités effectuant le contrôle. En contrepartie de ces coûts administratifs, le système offre une sécurité juridique aux parties à la fusion et réduit le risque qu'une opération susceptible de porter atteinte à la concurrence n'échappe à la vigilance des autorités compétentes. Dans la plupart des pays dotés d'un système de notification obligatoire, une opération ne relève pas de la compétence de l'autorité de la concurrence dès lors qu'elle n'atteint pas les seuils de notification. Rares sont les exceptions à cette règle et les dérogations sont généralement limitées dans le temps. Ainsi, les autorités ne disposent que d'un certain délai (une année en général) pour intervenir à partir du moment où la fusion a été réalisée. Les États-Unis sont une juridiction où les autorités de la concurrence peuvent mener une enquête sur une fusion menée à bien qui n'atteint pas les seuils de notification sans limite de temps.

5. Les opérations inférieures aux seuils de notification n'échappent pas complètement à la vigilance des autorités de la concurrence. Ces opérations restent soumises à l'application des dispositions générales du droit de la concurrence interdisant les accords anticoncurrentiels entre concurrents et les abus de position dominante. Il existe toutefois des limites importantes à l'application des dispositions générales des règles de concurrence aux opérations de fusion, et ces dispositions ne peuvent donc être que rarement mises en œuvre dans la pratique.

6. Dans un système de notification obligatoire, une fois qu'une opération a été approuvée par l'autorité de la concurrence, elle ne peut plus être réexaminée, conformément aux règles relatives aux fusions, sauf dans des circonstances exceptionnelles. De toute évidence, font partie de ces circonstances les cas où l'autorisation a été accordée sur la foi d'informations incorrectes ou trompeuses communiquées par les parties à la fusion à l'autorité procédant à l'examen de l'opération. De même, l'autorité de la concurrence peut réexaminer une fusion qu'elle a préalablement autorisée sous réserve de certaines conditions, si ces conditions n'ont pas été remplies par les parties à la fusion dans les délais prévus dans la décision que l'autorité a rendue au départ. Les parties à la fusion qui manquent à leur obligation de notifier une opération qui aurait dû l'être sont passibles d'amendes administratives ou civiles et l'autorité de la concurrence peut ouvrir une enquête pour évaluer les effets anticoncurrentiels de l'opération. L'autorité peut aussi prendre des mesures provisoires pour assurer que la concurrence est préservée.

7. Il peut y avoir mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion lorsque les parties à l'opération contreviennent aux obligations de notification qui leur incombent, mais aussi lorsqu'elles ne respectent pas la période suspensive. Si les parties coordonnent leur comportement concurrentiel avant la réalisation effective de l'opération ou commencent à intervenir sur le marché en tant qu'entreprise intégrée, on peut considérer qu'il s'agit là d'une mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion. Il n'est pas facile de déterminer dans quelles circonstances il y a mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion puisque sous de nombreuses formes, la coordination dans laquelle s'engagent les parties avant la fusion est raisonnable et nécessaire, comme c'est le cas lorsqu'elles procèdent à des vérifications d'usage. Le principal critère à retenir est dès lors le fait que les parties à la fusion ne doivent pas agir comme une seule et même entité avant l'autorisation de la fusion. Les autorités de la concurrence multiplient les actions à l'encontre de ces

pratiques et considèrent généralement toute coordination entre les parties avant l'autorisation de l'opération comme une grave infraction au régime des fusions.

- (3) ***Lorsqu'une autorité de la concurrence a compétence sur une fusion menée à bien, les critères utilisés pour décider des opérations qui feront l'objet d'une enquête sont importants. Ce sont, semble-t-il, les augmentations de prix qui se produisent après la réalisation de la fusion qui motivent le plus souvent l'ouverture d'une enquête de ce type par les autorités de la concurrence.***

Il existe de nombreux moyens, pour une autorité de la concurrence, d'avoir connaissance d'une fusion menée à bien, non soumise à une obligation de notification, et potentiellement anticoncurrentielle. Les autorités de la concurrence assurent une veille suivie des médias. Les communiqués de presse dans lesquels les parties à la fusion annoncent la conclusion future ou effective d'une opération, les déclarations liées aux titres, les déclarations de faillite, etc. sont ainsi autant de sources d'informations utiles pour elles. Les plaintes déposées par d'autres acteurs du marché et le fait que des clients importants se plaignent de hausses éventuelles des prix sont d'autres sources précieuses d'information. Dans certains cas, de fortes augmentations des prix, largement supérieures à l'inflation, ou des hausses excessives des coûts, sont pour les autorités de la concurrence un signal d'alerte leur permettant de repérer les fusions finalisées qui sont susceptibles de poser un problème.

- (4) ***L'évaluation des fusions menées à bien présente des caractéristiques particulières qui sont dépourvues les procédures ordinaires de contrôle des fusions. La particularité de ces affaires tient principalement à ce que l'autorité de la concurrence a la possibilité d'inventorier et d'évaluer les effets réels que la fusion finalisée a eus sur le marché, ce qui peut simplifier sa tâche. Il importe toutefois pour l'autorité d'être en mesure d'établir un lien de cause à effet entre la fusion en question et les éventuels effets anticoncurrentiels qu'elle a observés sur le marché.***

8. Après la fusion, il est plus simple pour l'autorité de la concurrence, qui a alors accès à des éléments probants et à des données concluantes, de définir le marché en cause et d'établir la preuve des effets anticoncurrentiels de l'opération. À la différence de la procédure ordinaire de contrôle des fusions, qui intervient avant la finalisation de l'opération et est donc prospective et spéculative par nature, l'autorité de la concurrence peut appuyer l'évaluation d'une fusion menée à bien sur les effets réels que l'opération a eus sur le marché. La détection par l'autorité de la concurrence d'un effet anticoncurrentiel, quel qu'il soit, n'est cependant pas suffisante.

9. Les autorités se heurtent à la difficulté de démontrer qu'il existe un lien de cause à effet entre la fusion menée à bien et l'effet anticoncurrentiel décelé sur le marché. Plus la fusion remonte à longtemps, plus il leur est difficile d'établir cette causalité. Certaines autorités ont en outre souligné que l'absence d'effets anticoncurrentiels ne signifie pas nécessairement que la fusion menée à bien ne porte pas atteinte à la concurrence car l'entreprise issue de la fusion, sachant qu'elle peut faire l'objet d'une enquête, peut avoir adapté son comportement en conséquence.

- (5) *Les représentants des entreprises sont préoccupés par l'impact que les pouvoirs excessifs dont disposent les autorités de la concurrence et qui leur permettent d'engager des poursuites à l'encontre des fusions menées à bien sans notification a sur leur propension à fusionner ou à procéder à des fusions-acquisitions. La sécurité et la prévisibilité du cadre réglementaire dans lequel les parties opèrent stimulent les activités de fusion-acquisition. Des pouvoirs d'examen des fusions excessifs et non circonscrits dans le temps renforcent au contraire l'incertitude et peuvent avoir un effet tétanisant, de nature à décourager d'éventuelles opérations de fusion proconcurrentielles.*

10. L'ampleur des pouvoirs conférés aux autorités pour examiner les fusions menées à bien se traduit par une augmentation des coûts encourus par les parties à la fusion, par une plus forte incertitude juridique et par un risque accru de perte de compétitivité. Des pouvoirs d'examen excessivement étendus pourraient bien peser sur le nombre d'opérations de fusion réalisées. La remise en cause d'une opération de fusion menée à bien augmente en outre nettement la probabilité d'une action en justice, et cela pour deux raisons : (i) les parties à la fusion seront plus enclines à saisir la justice du simple fait que les enjeux sont suffisamment élevés pour elles que la fusion a déjà été réalisée et (ii) l'autorité de la concurrence, de son côté, hésitera d'autant moins à saisir les tribunaux qu'elle sera en mesure de présenter des preuves solides des effets réels de la fusion sur le marché, grâce auxquelles elle pourra se montrer très convaincante devant les juges.

- (6) *Il est intéressant de comparer les mesures correctives qu'il convient d'appliquer aux fusions déjà menées à bien et les types de mesures correctives auxquelles recourent généralement les autorités de la concurrence pour les fusions qui n'ont pas encore été mises en œuvre. Les autorités de la concurrence préfèrent généralement les mesures structurelles aux mesures comportementales. Cela étant, s'agissant des fusions menées à bien, il peut être impossible d'appliquer dans chaque affaire des mesures structurelles, notamment lorsque l'intégration des entreprises qui fusionnent a déjà eu lieu. Le cas échéant, les autorités de la concurrence recourent alors à des mesures comportementales.*

11. En général, les autorités de la concurrence n'appliquent pas de mesures correctives différentes selon que la fusion a déjà ou non été menée à bien. Les autorités ont affirmé privilégier généralement les mesures structurelles et les cessions dans ces deux cas de figure. Cela étant, s'agissant des fusions menées à bien, le fait que les parties à la fusion aient déjà, au moins en partie, intégré leurs activités peut compliquer la mise en œuvre de mesures structurelles. Dans certains cas, il est presque impossible de rétablir la concurrence sur le marché par la restauration de la société absorbée dans son rôle de concurrent indépendant et de ce fait, des mesures additionnelles correctives comportementales ou structurelles peuvent être nécessaires.