

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

**L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations
Note de référence du Secrétariat**

6 juin 2018

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence sur le point 4 de l'ordre du jour de la 129^{ème} réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra du 6 au 8 juin 2018.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/non-price-effects-of-mergers.htm

Pour toute question relative à ce document, merci de prendre contact avec M. Antonio Capobianco.
[Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03432941

*L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations**

Dans un marché concurrentiel, les entreprises et les consommateurs tiennent compte dans leurs décisions de plusieurs aspects d'un produit. Le prix est bien entendu un élément essentiel mais il n'est pas le seul : dans nombre de marchés, l'innovation, la qualité, la variété ou même certaines considérations relatives à la protection des données personnelles jouent au moins un certain rôle dans la concurrence entre les entreprises.

Ce document examine ces aspects ainsi que les théories du préjudice qui leur sont associées. Il décrit également quelques-unes des difficultés pratiques que pose l'analyse des aspects de la concurrence qui ne sont pas liés aux prix, en particulier l'identification des cas où ces aspects jouent un rôle important, et l'analyse conjointe des effets sur les prix et des effets hors-prix.

Les résultats des études théoriques consacrées aux effets hors-prix des concentrations sont encore contrastés mais la prise en compte de ces effets ne pourra être évitée au moins dans certains cas. Les autorités de la concurrence devront donc analyser au cas par cas, en s'appuyant au maximum sur les données, les effets des concentrations dans les marchés où la concurrence ne porte pas uniquement sur les prix. Les risques de biais subjectifs dans ce travail seront réduits au minimum en privilégiant l'analyse des données concrètes et l'étude des probabilités d'impact.

* Ce document a été rédigé par M. James Mancini de la Division de la concurrence de l'OCDE.

Table des matières

L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations.....	2
1. Introduction	5
2. L'innovation.....	6
2.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur l'innovation	6
2.2. Méthodes d'analyse de l'impact des concentrations sur l'innovation	11
2.3. Éléments relatifs à l'innovation à examiner lors du contrôle des projets de concentration	15
3. La qualité.....	25
3.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur la qualité	26
3.2. Éléments relatifs à la qualité à examiner lors du contrôle des projets de concentration	30
4. La protection des données et de la vie privée des consommateurs.....	35
4.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur la protection des données personnelles	36
4.2. Éléments relatifs à la protection des données personnelles à examiner lors du contrôle des projets de concentration	39
5. Difficultés pratiques que pose l'examen des effets hors-prix lors du contrôle des concentrations	41
5.1. Dans quels cas le contrôle d'une concentration doit-il prendre en compte les effets hors-prix ?	42
5.2. Comment examiner conjointement les dimensions prix et hors-prix de la concurrence ?.....	45
5.3. À quelle étape du contrôle d'une concentration doit avoir lieu l'examen des effets hors-prix ?	49
6. Conclusion.....	59
Notes	61
Affaires citées	63
Bibliographie	65

Encadrés

Encadré 1. Incidences de l'évolution rapide du marché sur la concurrence dans l'affaire <i>Google/AdMob</i>	9
Encadré 2. Analyse par la Commission européenne de la concurrence sur le plan de l'innovation dans l'affaire <i>Dow/Du Pont</i>	14
Encadré 3. Données relatives à l'importance de l'innovation dans un secteur examinées par la Commission européenne dans l'affaire <i>Bayer/Monsanto</i>	17
Encadré 4. Données relatives aux innovateurs actuels et potentiels examinées par l'Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni dans l'affaire <i>VTech/LeapFrog</i>	18
Encadré 5. Données relatives à la concurrence en matière d'innovation examinées par la Commission européenne dans l'affaire <i>GE/Alstom</i>	22
Encadré 6. Examen par le ministère de la Justice des États-Unis des raisons motivant un projet de fusion dans l'affaire <i>Bazaarvoice/PowerReviews</i>	24
Encadré 7. Critères de différenciation des consommateurs examinés dans l'affaire <i>Telefónica Deutschland/E-Plus</i>	32
Encadré 8. Données examinées par la Commission européenne dans l'affaire <i>AB InBev/SABMiller</i> ..	33
Encadré 9. Analyse par l'Autorité de la consommation et des marchés des Pays-Bas de l'impact des concentrations d'hôpitaux sur la qualité.....	34
Encadré 10. Examen des aspects relatifs à la protection des données dans l'affaire <i>Microsoft/LinkedIn</i> 40	
Encadré 11. Aspects hors-prix de la concurrence examinés par le ministère de la Justice des États-Unis dans l'affaire <i>Halliburton/Baker Hughes</i>	45
Encadré 12. Effets-prix et hors-prix dans l'affaire <i>AT&T/T-Mobile</i>	49
Encadré 13. Définition du marché dans l'affaire <i>RBCH/Poole</i>	51
Encadré 14. Examen des gains d'efficacité dans l'affaire <i>Western Digital Ireland/Viviti Technologies</i> 54	
Encadré 15. Mesures correctives approuvées dans l'affaire <i>Bayer/Monsanto</i>	56
Encadré 16. Mesures correctives proposées dans l'affaire <i>Halliburton/Baker Hughes</i>	57

1. Introduction

1. Les entreprises en situation de concurrence opèrent de nombreux choix quant aux caractéristiques de leurs produits et, dans leurs décisions d'achat, les consommateurs prennent en compte au moins certaines de ces caractéristiques, qui déterminent la valeur qu'ils tirent d'un produit. Le prix est l'une de ces caractéristiques mais, dans nombre de marchés, la qualité et l'innovation jouent aussi un rôle essentiel.
2. Les concentrations qui ont pour effet d'atténuer la pression concurrentielle qui s'exerce sur les entreprises peuvent donc avoir des incidences négatives sur les caractéristiques de prix et les caractéristiques hors-prix des produits offerts aux consommateurs. L'effet précis de ces opérations sur chaque aspect ou dimension de la concurrence dépendra de la nature du marché concerné. Une concentration pourra, par exemple, avoir d'importantes retombées sur la qualité d'un produit mais assez peu d'effets sur son prix en raison des préférences des consommateurs et de leur consentement à payer.
3. Les lignes directrices relatives aux concentrations adoptées par de nombreuses autorités de la concurrence mentionnent les effets hors-prix¹ et ces effets ont évidemment été évoqués dans certaines affaires relatives à des fusions. Toutefois, on connaît peu d'exemples d'affaires dans lesquelles les effets hors-prix occupent une place essentielle et on ne dispose guère d'outils d'analyse structurés pour les évaluer.
4. Plusieurs facteurs expliquent sans doute cette situation. Les études portant sur la relation entre innovation et concurrence, par exemple, aboutissent à des résultats en demi-teinte et il est nécessaire de procéder à une analyse dynamique complexe pour déterminer l'impact de l'innovation sur de futurs marchés de produits. Les théories du préjudice associées à l'innovation, ainsi que les méthodes proposées pour examiner ce type d'effet, sont par conséquent quelque peu controversées. Dans le cas de la qualité, l'analyse est rendue difficile par la diversité des caractéristiques qui doivent éventuellement être prises en compte et par la nécessité de déterminer leurs interactions et leur relation avec le facteur de prix.
5. Néanmoins, ces questions ne peuvent être simplement mises de côté. Il existe en effet des marchés où la concurrence hors-prix joue un rôle fondamental, en particulier les marchés sur lesquels certains produits sont fournis gratuitement aux consommateurs. En outre, la proportion d'affaires mettant en jeu des effets hors-prix, par exemple l'innovation, augmente (voir, par exemple, Kern *et al.*, 2016).
6. Ce document présente les théories du préjudice – ainsi que les données prises en compte – au regard de deux aspects cruciaux de la concurrence hors-prix, à savoir l'innovation (**section 2**) et la qualité (**section 3**), et les propositions mises en avant pour l'examen d'un troisième aspect : la protection des données personnelles (**section 4**). Son auteur examine aussi les difficultés pratiques que pose la prise en compte de ces aspects dans les procédures de contrôle des concentrations (**section 5**) : identification des cas où ils jouent un rôle essentiel, arbitrages à effectuer avec les prix et définition de l'étape du processus d'examen des concentrations où ces aspects doivent être pris en compte, par exemple.

2. L'innovation

7. L'innovation tient une place fondamentale dans la stratégie de nombreuses entreprises et, bien que la prise en compte de l'innovation dans l'examen des concentrations ne soit pas nouvelle, les autorités de la concurrence constatent que des considérations relatives à l'innovation apparaissent plus fréquemment dans ce contexte, les progrès de la numérisation affectant des marchés de plus en plus nombreux. En outre, l'attention accrue que portent les décideurs aux questions d'innovation et de concurrence exige des autorités de la concurrence qu'elles soient en mesure d'analyser clairement le rôle de l'innovation lors de l'examen des projets de fusion.

8. Cette section examine les théories possibles du préjudice concernant l'innovation, ainsi que les données prises en compte dans des affaires de fusion pour tester ces théories. L'accent sera mis sur les effets unilatéraux, puisqu'en général, les activités d'innovation ne donnent pas lieu à des préoccupations en matière de coordination (voir, par exemple, Katz et Shelanski, 2007).

2.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur l'innovation

9. Les nombreuses études consacrées aux effets de la concurrence sur l'innovation ne confirment pas en général l'idée d'une relation simple et univoque entre les deux. En revanche, comme on l'observe souvent dans le cadre des théories du préjudice antitrust, la littérature spécialisée suggère que les effets sur l'innovation varient selon les caractéristiques propres du marché.

10. Les divers travaux sur l'innovation et la concurrence, dont il n'est pas possible de donner un aperçu exhaustif ici², s'appuient essentiellement sur deux conceptions générales des facteurs de nature à stimuler l'innovation. La première, souvent attribuée à Joseph Schumpeter (1942), est que les entreprises prennent le risque de développer des innovations lorsqu'elles ne sont pas soumises à une concurrence très intense, car celle-ci restreint les ressources disponibles aux fins des dépenses de R-D et limite le rendement potentiel de ce type d'investissement.

11. La seconde conception, plus répandue et associée par exemple aux travaux de Kenneth Arrow (1962), soutient que les entreprises ne sont incitées à innover que sous l'aiguillon de la concurrence, et que les entreprises qui sont en mesure d'imposer des prix supra-concurrentiels s'efforcent de maintenir ces prix au lieu de s'engager dans des activités d'innovation, avec les risques que cela entraîne. Par conséquent, les entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché peuvent réussir à continuer à exercer ce pouvoir en limitant leurs dépenses d'innovation.

12. Les processus observés sur des marchés réels sont en fait compatibles avec l'une et l'autre de ces conceptions. En fonction des caractéristiques spécifiques d'un marché, tel ou tel degré de concentration pourra restreindre ou favoriser l'innovation (Shapiro, 2012 ; Jullien et Lefouili, 2018).

13. Transposer ces idées dans le cadre du contrôle des concentrations, cependant, ne va pas sans difficultés. Par exemple, le fait d'observer qu'une entreprise doit détenir une certaine part de marché avant d'être en mesure de financer l'innovation ne signifie pas nécessairement qu'une fusion entre de grandes entités aura un impact positif sur leurs activités d'innovation.

14. Dans une étude portant sur des évaluations ex-post d'opérations de concentration, Ormosi *et al.* (2015) ont examiné quatorze fusions dans lesquelles l'innovation constituait

un motif essentiel de la transaction. Ces évaluations montrent que des avantages en matière d'innovation se sont concrétisés dans douze de ces opérations, ce qui semble indiquer qu'on ne peut rejeter d'emblée la possibilité d'impacts positifs sur l'innovation. On ne peut non plus ignorer la pression concurrentielle, présente dans sept des cas de fusion examinés, qui résulte de l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises à l'issue de l'opération de concentration.

15. À un niveau plus fondamental, Carlton et Gertner (2003) s'interrogent sur la question de savoir si les procédures de contrôle des concentrations devraient en fait s'intéresser aux facteurs de nature à réduire la concurrence en matière d'innovation. Ils notent que les politiques de propriété intellectuelle cherchent à stimuler l'innovation en accordant aux innovateurs qui réussissent un pouvoir de monopole sur leurs innovations. Par conséquent, une approche en termes de propriété intellectuelle serait peut-être mieux adaptée pour assurer le maintien d'une dynamique concurrentielle dans les activités d'innovation.

16. Quoi qu'il en soit, il serait malavisé de formuler des conclusions trop hâtives quant aux effets des concentrations sur l'innovation. Les études à ce sujet mettent en évidence une série d'effets distincts.

2.1.1. Effet de cannibalisation

17. L'introduction de produits nouveaux innovants sur un marché peut avoir pour effet de détourner les ventes de produits existants. Et lorsqu'une entreprise innovante fusionne avec un rival, elle peut internaliser les effets de ce détournement de ventes sur son rival. Autrement dit, l'entreprise résultant de la fusion tiendra compte du degré auquel ses innovations cannibalisent ses propres ventes.

18. Si l'on en croit le modèle développé par Federico *et al.* (2017), l'impact négatif de l'effet de cannibalisation sur les facteurs propices à l'innovation l'emportera sur tout autre effet d'innovation et se traduira généralement par une baisse des activités d'innovation de l'entreprise issue de la fusion. Certains auteurs, cependant, soutiennent que l'effet de cannibalisation ne sera suffisamment puissant pour réduire l'innovation que dans le cas d'une concentration débouchant sur un monopole (RBB, 2017).

19. Pour réduire au minimum l'effet de cannibalisation, la nouvelle entité s'efforcera dans certains cas d'aligner ses nouveaux produits sur les lignes de produits des entreprises antérieures à la fusion. Les produits existants et les nouveaux produits pourront aussi être repositionnés afin de réduire le plus possible l'effet de cannibalisation des ventes entre eux. Cela permettra à la nouvelle entité de protéger ses marges d'une manière qui n'aurait pas été possible avant l'opération de concentration (Shelanski, 2013). Les raisons d'innover d'une entreprise seront ainsi maintenues mais l'impact global sur le bien-être du consommateur dépendra des effets du repositionnement des produits sur le marché.

2.1.2. Effet de rivalité sur un marché de produit

20. Les activités d'innovation, en particulier celles qui ont pour but le développement de nouveaux produits, expriment la volonté d'une entreprise de s'assurer le contrôle d'une part plus grande d'un marché existant, ou bien de créer un marché entièrement nouveau dans lesquels elle détiendra un pouvoir de marché. L'incitation pour une entreprise à engager de telles activités et sa capacité à le faire dépendent de la concurrence qu'elle rencontre sur les marchés de produits actuels.

21. Certaines études soutiennent que les activités d'innovation suivent un modèle spécifique – ou même unidirectionnel – qui est déterminé par la structure du marché de

produits. Aghion *et al.* (2005) observent que la relation entre marge de profit et innovation (mesurée à partir du nombre de brevets pondéré du nombre de citations) dans un secteur d'activité particulier prend la forme d'un « U renversé » : le développement de brevets augmente avec la concurrence jusqu'à un certain point, après quoi il diminue. Ces auteurs concluent que les entreprises à la traîne qui ne détiennent qu'une faible part de marché et les entreprises en position dominante détenant une forte part de marché sont moins incitées à innover que les entreprises qui détiennent une importante part de marché et sont soumises à la concurrence rapprochée de plusieurs entreprises rivales.

22. Cette analyse a donné lieu à des interprétations divergentes. Federico *et al.* (2017), par exemple, sont d'avis que les résultats des opérations de concentration ne confirment pas le modèle décrit : en effet, au-dessous d'un certain taux de marge, les fusions ne donnent pas lieu à un accroissement des activités d'innovation.

23. Cependant, l'impact d'une opération de concentration sur l'innovation peut être déterminé, au moins partiellement, en analysant ses effets sur la concurrence dans les marchés de produits. L'incitation à innover des entreprises qui fusionnent peut être affectée par la hausse des marges et la baisse des volumes après la concentration (Jullien et Lefouili, 2018). Une opération de concentration aboutissant à des marges plus élevées sous l'effet du pouvoir de marché peut, par exemple, permettre à des entreprises de récolter des profits qu'ils auraient autrement cherché à obtenir au moyen de l'innovation.

24. Shapiro (2012) suggère d'examiner dans quelle mesure les activités d'innovation d'une entreprise favorisent la contestabilité du marché, c'est-à-dire incitent les consommateurs à transférer leurs achats vers l'entreprise innovante ou bien à demeurer ses clients. Ce paramètre ne dépend pas tant du niveau de concentration actuel ou des parts de marché existant dans un secteur, puisque les entreprises, grandes ou petites, ont intérêt à investir dans les marchés contestables pour y conserver ou acquérir, selon le cas, des parts de marché. La contestabilité dépend plus en fait de la nature des préférences du consommateur, de l'innovation en jeu et d'autres caractéristiques transactionnelles tels que les coûts de transfert. Elle dépend aussi de l'aptitude des entreprises présentes sur d'autres marchés et disposant de capacités d'innovation à réorienter ces capacités vers le marché concerné, ce qui pose de difficiles problèmes d'analyse dynamique.

Encadré 1. Incidences de l'évolution rapide du marché sur la concurrence dans l'affaire *Google/AdMob*

En 2010, la Commission fédérale du commerce (FTC) des États-Unis a examiné l'acquisition par Google d'AdMob, une entreprise fournissant des services publicitaires pour appareils mobiles. Cette opération avait suscité d'emblée certaines inquiétudes car Google et AdMob étaient alors les deux entreprises de tête dans ce marché et l'on avait pu observer une très forte concurrence entre elles, surtout au cours de l'année précédant la fusion. Cette concurrence était particulièrement intense dans le segment de marché concernant la vente aux enchères d'espaces publicitaires facturés « au clic ».

L'innovation constitue un aspect important de la concurrence dans le marché de la publicité sur les réseaux mobiles, car les entreprises doivent rester en phase avec le développement de nouvelles applications mobiles et l'évolution des systèmes d'exploitation sur lesquels elles reposent, tout en trouvant le moyen d'accroître les performances des messages publicitaires et d'améliorer la fonctionnalité, par exemple dans le ciblage des consommateurs et la fourniture de services de données.

Pendant l'examen de cette opération de concentration par la Commission, Apple a acquis Quattro Wireless, la troisième entreprise du marché publicitaire mobile. Étant donné la taille d'Apple et ses liens avec les concepteurs d'applications mobiles, cette acquisition modifiait de manière significative la nature de la concurrence sur le marché.

La Commission a décidé de clore son investigation, en faisant observer que la part de marché que détenait auparavant AdMob dans le domaine de la publicité mobile sur les applications utilisant le système d'exploitation d'Apple ne permettait guère de prédire l'évolution de sa position de marché. Elle a jugé probable que l'intensité de la concurrence entre Google et Apple sur les systèmes d'exploitation contribuerait au maintien de la concurrence dans le marché de la publicité mobile. Enfin, la Commission a signalé la possibilité qu'apparaissent sur le marché des systèmes d'exploitation de smartphones concurrents, accompagnés éventuellement de leurs propres services publicitaires sur réseau mobile.

Source : Federal Trade Commission Statement, File n° 101-0031, 21 mai 2010.

2.1.3. Effet de rivalité dans l'innovation

25. L'ampleur des activités d'innovation des entreprises présentes sur un marché et le chevauchement éventuel de ces activités détermineront aussi l'impact qu'une opération de concentration pourra avoir sur l'innovation dans un marché. Des obstacles à l'innovation (coûts de laboratoire de recherche) peuvent restreindre, par exemple, le nombre d'entreprises menant activement des activités d'innovation et, lorsque tel est le cas, la fusion entre deux entreprises innovantes devient particulièrement préoccupante. Les autorités de la concurrence ont parfois du mal à se prononcer sur l'existence de ces obstacles car des innovations de rupture, produites par des acteurs complètement nouveaux sur un marché, peuvent apparaître tout à coup, et il est difficile d'établir dans quelle mesure un marché est prêt à soutenir une telle perturbation.

26. En outre, les entreprises peuvent choisir d'axer leurs activités d'innovation sur des domaines différents, ou s'abstenir de tout effort d'innovation en préférant par exemple

tirer parti gratuitement des efforts de leurs concurrents. Il n'existe donc pas toujours un lien direct entre la concurrence sur le marché des produits et la concurrence en vue d'une innovation particulière, et une opération de concentration entre des entreprises rivales sur le marché des produits peut n'avoir que des incidences réduites sur les facteurs d'innovation (par exemple si l'une des parties à la concentration suivait auparavant une stratégie essentiellement parasitaire en matière d'innovation).

27. Dans l'éventualité où les parties à l'opération de concentration exercent effectivement l'une sur l'autre une pression concurrentielle par le biais de leurs activités d'innovation, on doit pouvoir identifier une théorie du préjudice comparable à la théorie standard des effets unilatéraux. De manière plus spécifique, la menace d'innovation de la part d'un concurrent peut inciter des entreprises à engager des activités d'innovation mais, une fois éliminé le concurrent, la nouvelle entité sera sans doute moins incitée à innover qu'auparavant et sera également en mesure de réduire ses activités d'innovation sans en craindre les conséquences.

28. Pour les entreprises concurrentes des parties à la concentration, l'impact de l'opération en termes d'incitation à l'innovation pourra être négatif ou positif : cela dépendra de la nature précise de la concurrence sur le marché. Ces entreprises rivales pourront réagir à la fusion en réduisant leurs dépenses d'innovation, par exemple si l'une des entreprises acquises était de petite taille et inefficace – et donc la cible des activités d'innovation de ses concurrentes avant la fusion (Haucap et Stiebale, 2016). D'autres modèles suggèrent que les entreprises rivales de la nouvelle entité seront amenées à intensifier leurs activités d'innovation en réponse à la menace concurrentielle accrue émanant de la nouvelle entité. Toutefois, selon le modèle de Federico *et al.*, cette augmentation ne compensera pas la réduction des activités d'innovation de la nouvelle entité.

2.1.4. Effet d'amélioration des procédés

29. Les innovations de procédé visant à améliorer les processus de production ou de distribution mettent en jeu des considérations différentes en matière d'investissement que les innovations axées sur le développement ou le perfectionnement de produits. Un acteur dominant de grande taille a souvent plus intérêt à investir dans des innovations de procédé que ses concurrents plus petits, un niveau donné de dépenses d'innovation fixes étant mieux à même de porter ses fruits lorsque le volume des ventes est plus élevé. En outre, une plus grande échelle permet à une entreprise de disposer des ressources nécessaires pour rechercher des innovations de procédé. Par conséquent, une opération de concentration peut se traduire par une incitation à améliorer les procédés, à condition que subsiste un degré de concurrence suffisant sur le marché.

2.1.5. Effet de rationalisation

30. Les concentrations éliminent la duplication des dépenses d'innovation, en permettant de réorienter ces dépenses et d'accroître éventuellement le résultat global des activités d'innovation (voir, par exemple, Denicolò et Polo, 2017, qui adaptent le modèle de Federico *et al.*). Cela peut être particulièrement bénéfique s'agissant des innovations de procédé.

31. Cependant, une duplication moindre des activités d'innovation n'est pas toujours dans l'intérêt du consommateur. S'agissant du développement de nouveaux produits, l'existence d'activités d'innovation parallèles augmente les chances de succès effectif et peut être préférable du point de vue du bien-être du consommateur (voir, par exemple, Katz et Shelanski, 2007).

2.1.6. Effet sur la faculté d'appropriation de l'innovation

32. Les risques d'appropriation des avantages découlant d'une innovation déterminent aussi fortement, selon Shapiro, la volonté d'investir d'une entreprise après une opération de concentration. Une entreprise sera moins à même d'investir dans l'innovation si ses rivaux – en particulier s'il s'agit de concurrents proches – ont la possibilité de parasiter cet investissement en l'imitant. Les connaissances innovantes peuvent en effet se répandre parmi les concurrents sous l'effet d'échanges informels ou de changements d'emploi parmi les chercheurs (voir, par exemple, Jullien et Lefouili, 2018). Inversement, les innovations protégées par des droits exclusifs, comme les brevets, et plus difficiles à reproduire se prêtent mieux à une appropriation sûre et constituent donc potentiellement des investissements plus attrayants pour les entreprises.

33. Le degré auquel une fusion peut affecter la faculté d'appropriation de l'innovation mérite d'être examiné. Par exemple, en permettant à une entreprise de réduire au minimum les contacts extérieurs de ses chercheurs, une fusion peut améliorer la capacité d'une entreprise à conserver pour elle-même les gains associés à l'innovation. On voit mal dans quel cas l'inverse pourrait se produire mais, selon le modèle de Federico *et al.* (2017), seules les concentrations qui réduisent quelque peu les risques d'appropriation peuvent générer une augmentation globale des activités d'innovation dans le marché concerné.

34. En résumé, vu le rôle important des facteurs de marché et des caractéristiques propres à l'innovation, et dans l'état actuel de la recherche sur les concentrations et l'innovation, les autorités de la concurrence se trouvent face à un tableau conceptuel ambigu.

2.2. Méthodes d'analyse de l'impact des concentrations sur l'innovation

35. Les études de l'impact de la concurrence sur l'innovation aboutissent à des résultats mitigés et ce domaine de recherche ne cesse d'évoluer. Trois grandes méthodes existent pour appliquer ces résultats dans le contexte de l'appréciation des concentrations.

36. La première consiste à **définir des « marchés de l'innovation »**, en les distinguant des marchés de produits, pour mener à bien l'examen des concentrations dans les marchés où l'innovation tient une place importante. Plus spécifiquement, un marché de l'innovation est défini en relation avec des produits futurs potentiels. L'idée soutenant cette approche, développée par Gilbert et Sunshine (1995), est que les concurrents d'une entreprise sur un marché de produits ne sont pas exactement les mêmes que ses concurrents sur le plan de l'innovation. En effet, la définition d'un marché de produits peut ignorer complètement les entreprises qui exercent une pression concurrentielle au moyen de leurs activités d'innovation. Lorsque tel est le cas, une opération de concentration entre des entreprises rivales sur le plan de l'innovation mais qui ne sont pas en concurrence sur un marché de produits peut nuire en définitive à la concurrence. Il peut aussi arriver qu'une entreprise ait moins de concurrents sur le plan de l'innovation que sur un marché des produits et, dans ce cas, la définition du marché de produits peut amener à sous-estimer l'impact d'une concentration sous l'angle des activités d'innovation.

37. La méthode de définition des marchés de l'innovation décrite par Gilbert et Sunshine (1995) exige spécifiquement de :

- identifier dans quels domaines les activités d'innovation des parties à une concentration se chevauchent ;

- recenser les activités d'innovation concurrentes (y compris les activités substitutives de R-D menées par des entreprises dotées de capacités de R-D pertinentes qui ne recourent pas actuellement les activités de R-D des parties à la concentration) ;
- évaluer la concurrence (y compris la concurrence potentielle) sur le marché de produits correspondant aux activités d'innovation ;
- définir un marché sur la base d'une réduction faible mais significative et non transitoire des activités d'innovation, et déterminer si l'entité issue de la fusion sera en mesure de réduire ses activités globales d'innovation dans ce marché en vertu de sa position ;
- examiner les gains d'efficacité obtenus par la concentration au profit des activités d'innovation.

38. La méthode des « marchés de l'innovation » a cependant été critiquée en raison de l'imprécision des critères utilisés pour définir les activités d'innovation, des difficultés que pose son application en pratique et de l'idée implicite selon laquelle la concentration serait toujours nuisible dans les marchés de l'innovation, ce que ne confirment pas nécessairement les études mentionnées plus haut. En outre, le fait de privilégier les dépenses de recherche et développement au détriment des résultats peut amener à des conclusions inexacts, par exemple en assimilant la réduction des coûts de gestion et d'autres coûts généraux de R-D à une baisse d'efficacité de l'innovation (Carlton et Gertner, 2003).

39. La méthode apparentée des « marchés de technologie », développée par Katz et Shelanski (2007), tient compte de certaines de ces critiques. Elle se focalise sur le développement de technologies faciles à identifier, soit directement en tant que produits (en vue d'un futur marché de produits), soit comme intrants dans le processus de production associé à un marché particulier.

40. La deuxième méthode consiste à **déterminer si une opération de concentration constituera un « obstacle significatif à l'innovation dans le secteur »** (*significant impediment to industry innovation*, SIII), expression forgée par Petit (2017). L'analyse dans ce cas cherche à capturer l'impact d'une fusion sur les facteurs d'incitation à innover, tant du point de vue des parties à la fusion que de leurs concurrents (Haucap et Stiebale, 2016). Tout comme la méthode des marchés de l'innovation, cette méthode reconnaît que la concurrence en matière d'innovation n'est pas nécessairement liée à un marché de produits actuel. Cependant, elle fait un pas de plus en abandonnant l'idée de vecteurs spécifiques de l'innovation et en cherchant à déterminer de manière générale l'intensité de la concurrence sur le plan de l'innovation (voir, par exemple, Petit, 2017). Celle-ci peut être mesurée, par exemple, à partir des dépenses d'innovation par unité de revenu. Cette méthode s'est vue reprocher d'éloigner trop fortement l'analyse concurrentielle des marchés de produits, et de présupposer qu'une concentration entraîne nécessairement une baisse de l'investissement en faveur de l'innovation. En outre, comme la méthode des marchés de l'innovation, elle peut amener à privilégier les intrants de l'innovation au détriment de ses résultats.

41. La troisième méthode spécifique consiste à **examiner l'impact d'une opération de concentration à la fois sur les incitations à innover pour les entreprises et sur leurs capacités à le faire** (voir, par exemple, Shapiro, 2012). Autrement dit, le préjudice éventuel dû à l'atténuation de la pression en faveur de l'innovation exercée par les concurrents doit être confronté au point de savoir si la fusion rend également possible un

certain degré d'innovation qui ne pouvait être envisagé ou n'était pas suffisamment attrayant auparavant. Ces derniers effets englobent essentiellement les gains d'efficience dans l'innovation résultant de la synergie entre les équipes de recherche et développement, l'acquisition de capacités suffisantes pour effectuer des investissements étendus, l'obtention d'économies d'échelle dans l'application des innovations (voir, par exemple, Motta et Tarantino, 2016) et la résolution du problème de double marginalisation dans le cas des fusions verticales.

42. Cette troisième méthode tient compte des mises en garde contre le risque de présupposer qu'une concentration nuit nécessairement à l'innovation et de faire preuve en même temps de scepticisme à l'égard des gains d'efficience, les données en la matière étant plus mitigées que celles qui portent sur les prix (voir, par exemple, Haucap, 2017). Katz et Shelanski proposent de partir d'une hypothèse de neutralité quant aux effets des fusions sur l'innovation, exception faite des fusions qui aboutissent à la constitution d'un monopole (Shelanski et Katz, 2007, p. 77). Cette méthode exige par conséquent d'examiner simultanément leur impact sur l'innovation et leur impact en termes d'efficience. Shapiro formule lui aussi une conception restreinte du préjudice concurrentiel : « une fusion entre deux entreprises poursuivant seules une direction de recherche spécifique pour répondre à un besoin particulier aura probablement pour effet de réduire la concurrence en matière d'innovation si rien ne montre que la fusion se traduira par une meilleure faculté d'appropriation ou générera des synergies de R-D qui renforceront l'incitation pour la nouvelle entité à innover ou ses capacités à le faire » (Shapiro, 2012, p. 368).

43. Les auteurs qui proposent d'adopter initialement une attitude de neutralité à l'égard du préjudice pouvant résulter d'une fusion pour l'innovation insistent sur la nécessité de faire montre d'une plus grande ouverture à l'égard des gains d'efficience que ne le veut la pratique actuelle s'agissant des effets sur les prix (pour plus de précisions, voir plus loin section 3.2). Il incombe donc spécifiquement aux autorités de la concurrence et aux parties à une concentration de prouver l'existence d'effets qui démentent l'hypothèse de neutralité. Les partisans de cette méthode font valoir qu'il est raisonnable d'examiner les gains d'efficience qui ont des chances de se produire après une concentration et de les opposer aux conjectures sur le préjudice pouvant résulter d'une baisse de l'incitation à innover. Cependant, déterminer dans quelle mesure des gains d'efficience aptes à faciliter des innovations futures non identifiées seront suffisants pour compenser la baisse de l'incitation à innover risque de poser de sérieuses difficultés, en particulier du fait de l'incertitude intrinsèque des activités de R-D.

**Encadré 2. Analyse par la Commission européenne de la concurrence
sur le plan de l'innovation dans l'affaire *Dow/Du Pont***

Dans sa décision de 2017 concernant la fusion entre Dow Chemical Company et E.I. du Pont de Nemours and Company, la Commission européenne a examiné en détail le degré de rivalité sur le plan de l'innovation dans les marchés pertinents (en particulier ceux des pesticides et des produits pétrochimiques).

La Commission a analysé l'évolution récente de la recherche et du développement dans l'industrie agrochimique. Elle a constaté qu'avec l'accroissement de la concentration et l'extension des normes réglementaires, les dépenses globales de R-D en pourcentage des revenus et les résultats globaux de la R-D avaient fortement baissé.

Il est apparu à la Commission que le projet de concentration posait des préoccupations spécifiques portant à la fois sur la suppression de certaines activités de recherche qui se chevauchaient et la baisse de la concurrence globale en matière d'innovation dans un secteur déjà fortement concentré.

Lors de l'examen de ces préoccupations, la Commission n'a pas cherché à définir séparément un marché correspondant aux activités d'innovation, en indiquant que « l'innovation ne doit pas être comprise comme un marché en tant que tel, mais comme un intrant à la fois pour les marchés de technologie en amont et pour les marchés de produits en aval » (§ 348). Les « marchés de technologie » désignaient la vente ou l'octroi de licences sur des technologies mises au point par les entreprises menant des activités de recherche-développement.

En revanche, la Commission a cherché à : (1) déterminer quelles entreprises disposaient des capacités requises pour participer à la concurrence sur le développement de nouveaux produits ; et (2) identifier les « espaces d'innovation » de l'industrie, les activités de R-D étant de plus en plus axées sur un segment particulier des marchés de produits actuels ou futurs du secteur.

L'impact de la concentration au sein de chaque « espace d'innovation » a été analysé en partant du nombre proportionnel de brevets détenus par chaque entreprise, pondéré par le nombre de citations en tant que mesure de la qualité des brevets (en utilisant les données des parties à la fusion sur leurs propres brevets, les données de leurs services de veille concurrentielle sur les brevets de leurs rivaux et les données de tierces parties sur les citations de brevets). La Commission a constaté qu'il existait un marché concentré de l'innovation regroupant cinq grands acteurs au niveau mondial, c'est-à-dire un degré de concentration plus élevé que celui des marchés de produits.

La Commission a en outre analysé la concurrence en matière d'innovation sous l'angle de la stimulation des activités d'innovation, du degré de recoupement entre les activités d'innovation de Dow et DuPont, et des obstacles à l'entrée (par exemple en termes de capacités de laboratoire de R-D).

Les résultats de ces diverses analyses ont permis à la Commission de conclure que : les parties à la fusion seraient probablement amenées à mettre un terme aux activités d'innovation qui se chevauchaient ; l'opération de concentration réduirait les incitations à innover ; la réduction des coûts entraînerait une diminution des

capacités totales d'innovation ; et il était peu probable que les concurrents restants prendraient des mesures compensatoires. La Commission a donc décidé d'imposer des mesures correctives spécifiques exigeant la cession de certains actifs de R-D.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2015) 6179, Affaire M.7278 - General Electric/Alstom, 8 septembre 2015.

2.3. Éléments relatifs à l'innovation à examiner lors du contrôle des projets de concentration

44. Le point général à retenir des pages précédentes est que, pour comprendre l'impact probable d'une opération de concentration sur l'innovation, l'analyse des conditions particulières d'un marché est indispensable. Quelle que soit la méthode spécifique retenue, quatre grandes catégories de données sont utiles aux fins de cette compréhension :

2.3.1. Quelle place l'innovation tient-elle dans l'activité des parties à la concentration et quelle est son importance pour les consommateurs ?

45. Avant de procéder à une évaluation approfondie de l'impact d'une opération de concentration sur l'innovation, les autorités de la concurrence s'efforcent généralement de déterminer l'importance de l'innovation pour les parties à la fusion. La plupart des entreprises mènent au moins quelques activités relevant de l'innovation au sens large et développent de nouveaux procédés ou de nouveaux produits dans le cadre normal de leurs activités. Pourtant, seule une minorité importante d'examens de projets de fusion recourent à une théorie du préjudice pour l'innovation au regard des marchés actuels ou futurs : une étude des projets de fusion contestés aux États-Unis entre 1995 et 2008 constate que dans un tiers de ces affaires étaient présentes des préoccupations en matière d'innovation (Kern *et al.*, 2016). Ces préoccupations concernaient le plus souvent des activités d'innovation exigeant un investissement de R-D et aptes à modifier de manière significative la gamme ou les caractéristiques des produits offerts sur le marché.

46. Une classification générale des secteurs d'activité peut être utile pour évaluer l'importance de l'innovation lors de l'examen d'un projet de concentration. Galindo-Rueda et Verger (2016), par exemple, proposent de classer les secteurs d'activité sur la base de leur intensité de R-D (ratio dépenses de R-D/valeur ajoutée brute). Ce type d'indicateur ne saurait jouer un rôle déterminant dans l'examen d'une concentration puisqu'il s'adapte mal aux marchés antitrust et que les dépenses de R-D constituent une mesure assez grossière des activités d'innovation (comme on le verra plus loin), mais il peut signaler initialement la possibilité qu'apparaissent des questions touchant à l'innovation.

47. Un examen préliminaire de la documentation de fond, en particulier les dossiers de notification d'une opération de concentration, les articles de presse, les publications spécialisées, les rapports d'analystes financiers, les plans stratégiques et même les analyses de marketing des entreprises, doit permettre de recueillir des éléments initiaux sur l'importance de l'innovation pour les parties à la fusion, tant au niveau de la prise de décision que dans la manière dont elles présentent leurs produits aux consommateurs.

48. La consultation des consommateurs peut également être une source d'information utile à ce stade. Des enquêtes ou des entretiens permettront de déterminer la place qu'occupe l'innovation dans leurs décisions d'achat.

49. Il ne faut pas perdre de vue en outre que l'importance de l'innovation pour chaque entreprise varie à l'intérieur de chaque secteur d'activité, et même de chaque marché de produit concurrentiel en un sens étroit. Certaines entreprises cherchent à parasiter les activités d'innovation de leurs concurrents ou bien signent des contrats de licence avec des détenteurs de propriété intellectuelle avec lesquels ils sont parfois en concurrence.

50. Outre la place qu'occupe l'innovation dans un secteur particulier, il est donc nécessaire, lors de l'examen d'un projet de concentration, d'analyser l'importance spécifique de l'innovation pour les entreprises concernées. Le processus de collecte de données pourra commencer par l'examen des différents produits commercialisés par ces entreprises. Il s'agira spécifiquement de déterminer la fréquence avec laquelle de nouveaux produits – ou de nouvelles caractéristiques de produit – sont apparus dans le passé. Même s'il convient d'éviter d'assigner des seuils, nécessairement subjectifs, à la fréquence d'introduction de nouveaux produits, le degré de propension au changement des marchés concernés, sous l'aiguillon de l'innovation, constituera un point de référence utile.

51. Ce qui distingue les produits actuels de ceux qui les ont précédés devra ensuite être analysé pour comprendre le type d'innovation qu'ils incorporent : par exemple de nouvelles caractéristiques, une meilleure qualité, un coût moindre ou l'offre de nouvelles fonctions à un groupe particulier de consommateurs. Les innovations de procédé n'apparaissent pas nécessairement sous forme de modifications des produits mis en vente (par ex. une ligne de produit meilleur marché) et la consultation d'autres documents internes des entreprises sera donc indispensable pour déterminer si les modalités de fabrication, de distribution ou de vente des produits ont été fortement modifiées. Les innovations de procédé peuvent aussi apparaître sous forme de changements progressifs à la marge qui ne peuvent être attribués à une évolution de la demande ou des marchés d'intrants.

Encadré 3. Données relatives à l'importance de l'innovation dans un secteur examinées par la Commission européenne dans l'affaire *Bayer/Monsanto*

Lors du contrôle de l'acquisition de Monsanto par Bayer, la Commission européenne a examiné l'importance de l'innovation dans divers marchés, notamment ceux des pesticides, des semences et de certains caractères végétaux.

L'innovation joue par exemple un rôle important dans le développement des pesticides et des herbicides en raison de l'adaptation de certaines plantes adventices et de certains insectes aux produits existants. Outre l'amélioration de la qualité, l'innovation est par conséquent nécessaire sur ces marchés simplement pour maintenir un certain degré d'efficacité.

D'une manière générale, les données prises en compte par la Commission européenne pour déterminer l'importance de l'innovation dans les marchés pertinents ont inclus : le volume des investissements de R-D et, dans certains cas, le nombre d'accords de licence. La Commission a noté en outre que Monsanto produisait un pesticide occupant une part de marché dominante pour lequel il n'existait guère de produits de remplacement courants, en soulignant l'importance des activités de R-D engagées par Bayer pour mettre au point des produits de substitution (qui risqueraient d'être interrompues après la fusion).

Source : European Commission Press Release, Case M.8084 - Bayer/Monsanto, 21 mars 2018.

2.3.2. Quelles entreprises mènent actuellement des activités d'innovation pertinentes ou pourraient le faire ?

52. Lorsque les premiers éléments recueillis montrent l'importance des activités d'innovation pour les entreprises appelées à fusionner, que ce soit en raison du secteur économique auquel elles appartiennent, de la place occupée par la R-D dans la documentation de fond ou de modifications substantielles des offres de produits, l'autorité de la concurrence devra chercher à recueillir des données sur leurs concurrents éventuels en matière d'innovation. Le recensement des actifs spécifiques utilisés aux fins d'activités d'innovation – comme les laboratoires de R-D – sera particulièrement utile pour identifier les acteurs clés à cet égard.

53. Il est vrai que, lors d'un contrôle de fusion, l'accès à la documentation interne des entreprises rivales est parfois limité mais les documents de fond mentionnés plus haut (rapports de spécialistes du secteur ou plans stratégiques des parties à la concentration, par exemple) doivent permettre d'identifier un groupe d'entreprises cherchant à innover dans le même domaine que celui des entreprises qui fusionnent. On pourra aussi interroger directement ces dernières sur les entreprises qu'elles considèrent comme des rivales sur le plan de l'innovation, mais les renseignements ainsi obtenus devront être confirmés à l'aide d'autres sources. Les entreprises rivales sur le plan de l'innovation, rappelons-le, ne comprennent pas nécessairement toutes les entreprises concurrentes sur les marchés de produits et peuvent inclure des innovateurs potentiels, dotés de capacités de R-D pertinentes, qui ne sont pas actuellement présents sur les marchés de produits des entreprises en voie de concentration.

54. Lors de l'examen de l'affaire *Dow/Dupont*³, par exemple, la Commission européenne a cherché à identifier les acteurs clés de l'innovation sur les marchés

pertinents. Et, dans l'affaire *VTech/LeapFrog*⁴, l'Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni a pris soin de souligner qu'à l'avenir, l'innovation dans le domaine des jouets éducatifs émanera d'une gamme très étendue de concurrents, y compris des entreprises extérieures au secteur de la fabrication de jouets.

**Encadré 4. Données relatives aux innovateurs actuels et potentiels examinées
par l'Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni
dans l'affaire *VTech/LeapFrog***

L'Autorité de la concurrence et des marchés britannique a cherché à déterminer si la concurrence entre VTech et LeapFrog était le « moteur principal » de leurs activités d'innovation. Pour ce faire, elle a passé en revue les offres de produits en place sur différents marchés et identifié les principales entreprises en concurrence dans chacun d'eux. Son analyse montre que : (1) l'innovation constitue un aspect important des marchés de jouets pertinents, compte tenu du taux élevé de rotation des produits et de l'évolution rapide du marché ; et (2) l'incitation à innover est due au nombre élevé de concurrents réels ou potentiels sur le marché, y compris des concurrents disposant de solides ressources qui n'appartiennent pas au secteur des jouets.

Source : Competition and Markets Authority, A report on the completed acquisition by VTech Holdings Limited of LeapFrog Enterprises Inc., 12 janvier 2017.

2.3.3. Quel type de concurrence existe-t-il entre les entreprises qui mènent des activités d'innovation pertinentes ? Quel lien cette concurrence entretient-elle avec la rivalité sur les marchés de produits actuels ?

55. Une fois identifié le groupe d'entreprises menant des activités d'innovation pertinentes ou dotées de capacités d'innovation potentiellement appropriées, il devient possible de recueillir des données sur le type de concurrence auquel sont soumises les parties à la concentration sur le plan de l'innovation. On pourra ainsi établir sur quels points les activités d'innovation des différentes entreprises se chevauchent, et si ces activités exercent une pression concurrentielle sur les parties à la fusion. Si les données montrent que la concurrence pèse fortement sur leurs décisions d'innovation, différentes théories du préjudice au regard de l'innovation pourront alors être envisagées.

56. Pour déterminer tout d'abord dans quelle mesure les activités d'innovation se chevauchent, on se servira des documents accessibles sur la stratégie de recherche des entreprises. Savoir si les entreprises cherchent à développer des produits qui sont des substituts proches de produits existant sur le marché, ou bien si leurs activités d'innovation sont axées sur des groupes de consommateurs différents (et potentiellement sur des marchés concurrentiels différents), indiquera pour une part l'intensité de la concurrence en matière d'innovation. Dans l'affaire *Intel/McAfee*⁵, par exemple, la Commission européenne a jugé que, dans les activités d'innovation des parties à la concentration, la complémentarité l'emportait sur le chevauchement.

57. Les antécédents de chaque entreprise en matière d'innovation sont également utiles pour anticiper leurs projets d'innovation futurs, à condition d'examiner soigneusement si leur stratégie individuelle a subi récemment des modifications. Lorsqu'il n'est pas possible de connaître la nature exacte des produits en cours de

développement, on pourra néanmoins passer au crible l'infrastructure de R-D de chaque entreprise pour identifier les chevauchements éventuels en termes de matériel ou d'expertise.

58. Identifier des données permettant d'établir dans quelle mesure diverses entreprises exercent une pression concurrentielle sur les parties à la concentration via l'innovation ne va pas toujours sans difficultés. Les données relatives aux parts de marchés de produits, par exemple, induisent parfois en erreur et il est donc souvent préférable de recourir à un indicateur des capacités d'innovation obtenu par calcul, par exemple à partir du nombre du personnel de R-D, du nombre de laboratoires de recherche ou des dépenses de R-D. Dans l'affaire *GE/Alstom*⁶, la Commission européenne s'est servie de de telles variables pour identifier les entreprises disposant de capacités suffisantes pour peser sur la concurrence à la fine pointe de certains marchés de produits.

59. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue certaines limitations des mesures quantitatives des capacités d'innovation, qui reposent généralement sur des intrants (par ex. les dépenses ou le nombre du personnel) ou sur des résultats (par ex. le nombre de brevets).

60. Les dépenses totales de R-D constituent un indicateur attrayant tant du point de vue de la disponibilité que de la comparabilité des données. Elles peuvent aussi être rapportées à la taille des entreprises pour calculer l'intensité de R-D ou le total des dépenses de R-D par unité de revenu. Cela permet de distinguer des entreprises affichant des chiffres de ventes similaires sur la base de leurs efforts de R-D.

61. Les données obtenues à partir des états financiers des entreprises, cependant, répondent à des normes comptables et fiscales très diverses, par exemple en matière de capitalisation des coûts, ce qui complique l'analyse économique. Le plus souvent en outre, les dépenses de R-D ne sont pas ventilées au regard des marchés concurrentiels actuels ou à venir, ce qui rend difficiles les comparaisons entre entreprises dans un marché donné. De plus, les dépenses officielles de R-D n'englobent pas toujours l'ensemble des activités d'innovation informelles qui ont lieu à l'intérieur d'une entreprise ; il est donc parfois nécessaire d'examiner les dépenses en conjonction avec telle ou telle mesure de résultat (Lhuillery *et al.*, 2016). Enfin, accorder une attention exclusive aux dépenses de R-D a pour effet de désavantager les entreprises qui obtiennent des gains d'efficacité productive (par ex. en réduisant certains coûts associés à la duplication d'activités de R-D) sans pour autant mettre en danger les chances de réussite de leurs efforts d'innovation.

62. Certaines études mettent en avant les brevets détenus par les entreprises d'un secteur. Les brevets sont effectivement un indicateur des capacités d'innovation et sont parfois indispensables à la poursuite d'activités de R-D, mais l'emploi de cette mesure peut aussi être source d'erreur. Tous les brevets n'ont pas la même valeur pour une entreprise et il est possible dans certains cas de contourner un procédé breveté à l'aide d'une autre méthode. En outre, toutes les innovations utiles ne donnent pas lieu à un dépôt de brevet. Lorsque l'on recourt dans l'analyse au nombre de brevets détenus par plusieurs entreprises, il est donc nécessaire de prendre en compte la valeur de chaque brevet pour l'entreprise détentrice, par exemple en se basant sur le nombre de citations.

63. Les difficultés associées aux différents types de mesures quantitatives des capacités d'innovation et de l'intensité de l'innovation (examinées plus en détail dans OCDE, 2007) soulignent l'intérêt de recourir à des données qualitatives et contextuelles. Plusieurs décisions relatives à des projets de concentration mentionnent explicitement les

plans stratégiques internes des entreprises, ainsi que des enquêtes auprès de consommateurs et des études sectorielles, qui aident globalement à saisir l'intensité de la concurrence entre les entreprises autour de l'innovation. Par exemple :

- Dans l'affaire *Genzyme/Novazyme*⁷, la Commission fédérale du commerce (FTC) des États-Unis a cherché à établir si les entreprises « se seraient engagées dans une 'course au marché' » en l'absence de la fusion et elle a conclu par la négative.
- Le ministère de la Justice des États-Unis a, en revanche, signalé l'intensité de la concurrence entre les parties à la concentration, qui n'avaient plus guère de concurrents importants, dans l'affaire *Bazaarvoice/PowerReviews*⁸ (en notant « la recherche effrénée de singularisation des produits » qui ressortait clairement des propos des dirigeants de ces entreprises), ainsi que dans l'affaire *T-Mobile/AT&T*⁹. L'Autorité de la concurrence et des marchés britannique est parvenue à une conclusion similaire sur la base d'observations des acteurs du marché dans l'affaire *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group*¹⁰.
- Dans l'affaire *Halliburton/Baker Hughes*¹¹, la Commission européenne et le ministère de la Justice des États-Unis ont tous deux conclu qu'il existait une rivalité féroce en matière d'innovation entre les parties à la concentration, en s'appuyant sur les documents internes des entreprises et les observations de leurs clients sur l'existence d'autres innovateurs concurrents.

64. Les affaires susmentionnées portaient généralement sur des innovations de nature à affecter les marchés de produits existants. Déterminer la nature de la concurrence sur des marchés futurs de produits potentiels est nettement plus périlleux et les données utilisables à cet égard bien plus limitées. Cela est apparu clairement dans plusieurs affaires concernant le secteur pharmaceutique par exemple (De Coninck, 2016), étant donné l'incertitude et la durée du processus d'élaboration de nouveaux médicaments. Il s'est révélé particulièrement difficile d'évaluer dans quelle mesure une opération de concentration améliorerait ou réduirait les chances de réussite d'une innovation, et d'établir si les entreprises pharmaceutiques concurrentes s'engageraient dans l'innovation en cas de diminution des activités de R-D des parties à la fusion.

65. Il est possible de résoudre, au moins en partie, ces difficultés – comme elles le seraient sur un marché de produits – en déterminant s'il existe des obstacles importants susceptibles d'empêcher de nouvelles entreprises de s'engager dans l'innovation afin d'exercer une pression concurrentielle sur les entreprises qui fusionnent. C'est ainsi, par exemple, que dans les affaires *Bayer/Monsanto*¹² et *Baker Hughes/Halliburton*¹³, la Commission européenne a conclu à l'existence d'obstacles significatifs à l'innovation, notamment sous l'angle de l'accès à l'expertise et aux investissements requis,

66. La rivalité entre les entreprises autour de l'innovation doit aussi être examinée au regard de la concurrence sur les marchés de produits actuels, même si le groupe des entreprises engagées dans l'innovation et celui des entreprises présentes sur les marchés actuels ne se recoupent pas. Lors de l'examen du projet de fusion entre un acteur établi et un nouvel entrant potentiel innovant dans l'affaire *Thoratec/HeartWare*¹⁴, par exemple, la Commission fédérale du commerce des États-Unis a cherché à déterminer si l'opération de concentration ne ferait pas disparaître l'incitation pour l'innovateur à entrer sur le marché. Elle a examiné spécifiquement les marges du produit existant et du nouveau produit, et le ratio de report correspondant, afin d'établir s'il serait rentable pour la nouvelle entité de commercialiser le nouveau produit. La Commission a conclu que la concentration aurait un effet dissuasif sur l'introduction du nouveau produit.

67. Dans l'affaire *Dow/Dupont*¹⁵, la Commission européenne a analysé la relation entre l'innovation et la concurrence sur le marché de produits. Elle a constaté la présence d'éléments indiquant que la concentration du marché de produits avait sans doute entraîné une baisse des dépenses et des résultats de l'innovation, ainsi qu'une hausse des marges. La Commission a noté en outre, sur la base de la documentation des entreprises, que la concurrence entre les parties à la fusion constituait un moteur essentiel de l'innovation, parallèlement à la réglementation, la baisse de l'efficacité des produits dans le temps et la concurrence entre produits génériques.

Encadré 5. Données relatives à la concurrence en matière d'innovation examinées par la Commission européenne dans l'affaire GE/Alstom

Lors de l'examen par la Commission européenne de l'acquisition par General Electric du pôle énergie d'Alstom, la nécessité de maintenir la concurrence en matière d'innovation a tenu une large place et dicté la définition des mesures structurelles requises en vue de l'approbation de l'opération.

La Commission était particulièrement préoccupée par l'impact de la concentration sur le marché des turbines à gaz de grande puissance. Étant donné le petit nombre d'acheteurs sur ce marché et leur degré élevé d'expertise, leurs observations ont grandement contribué à l'évaluation de la rivalité entre les entreprises concernées.

Les acheteurs ont indiqué en particulier que la part de marché détenue par Alstom minimisait en fait l'ampleur des résultats de ses activités d'innovation. Cette appréciation a été confirmée par l'analyse des dépenses, du nombre du personnel et de l'infrastructure d'essai de R-D d'Alstom, qui excédaient proportionnellement sa part de marché. Les clients d'Alstom ont aussi souligné que plusieurs des innovations de l'entreprise avaient conduit ses rivaux à introduire eux-mêmes des innovations. La Commission a également examiné les évaluations technologiques d'Alstom réalisées en interne par General Electric.

Il est apparu que les capacités d'innovation d'Alstom tenaient au caractère unique du marché. Alstom disposait en effet d'une base étendue d'équipements de recherche cruciaux pour ses activités d'innovation. D'après la documentation interne, cette base et la souplesse de sa conception permettaient à Alstom d'introduire une large gamme de modifications ou d'améliorations au fur et à mesure de leur mise au point. Cette base d'équipements était aussi pour Alstom une source de connaissances utiles aux fins du développement de produits futurs.

La Commission a en outre analysé l'ensemble de la filière de R-D d'Alstom. Au vu de la forte intensité de capital requise par les processus de R-D, la Commission a jugé que : (1) il existait d'importants obstacles à l'entrée dans l'innovation dans le secteur ; et (2) il était probable que l'opération de concentration entraînerait l'annulation de produits en cours d'élaboration qui se chevauchaient dans certains segments de marché.

Plusieurs clients ont aussi indiqué qu'ils s'attendaient à ce que certains produits faisant double emploi soient retirés du marché après la fusion et la Commission a signalé que de tels retraits réduiraient les incitations pour Alstom à perfectionner sa base d'équipements de recherche.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2015) 6179, Affaire M.7278 - General Electric/Alstom, 8 septembre 2015.

2.3.4. Quelles sont les raisons motivant l'opération de concentration, et quelle sera son incidence sur les capacités d'innovation ?

68. Lors de l'examen d'une concentration, il convient aussi d'examiner de près les raisons qui motivent cette opération. Les informations recueillies à ce sujet seront utiles pour replacer dans leur contexte les gains d'efficacité allégués en faveur d'une

concentration, et aideront à résoudre les difficultés décrites plus haut quant à l'incidence d'une fusion sur la réussite des activités d'innovation.

69. Les concentrations visant à améliorer les chances de succès de certaines activités d'innovation, ou à accroître l'efficacité de la R-D sans réduire pour autant l'effort global de recherche, se reconnaissent à la manière dont elles sont présentées en interne par la direction des entreprises concernées. Elles se distinguent par contraste des fusions projetées principalement dans un but de réduction des coûts, ou afin de minimiser le dédoublement des activités d'innovation au terme de l'intégration des entreprises, ce qui, dans l'un et l'autre cas, pourra porter préjudice à l'innovation. Le consommateur, notons-le une nouvelle fois, peut en effet bénéficier du dédoublement d'activités de recherche dès lors que celles-ci sont menées de façon efficace, car cela accroît les chances globales de succès d'un effort d'innovation.

70. Des données qualitatives de ce type ont été examinées dans l'affaire *Google/AdMob*¹⁶ : elles montraient qu'en l'absence de la fusion, Google aurait développé une technologie rivale de celle d'AdMob (voir Shelanski, 2013). La Commission européenne a également jugé, dans l'affaire *GE/Alstom*¹⁷, que la concentration entraînerait la suppression de certaines activités de recherche et, dans l'affaire *Dow/Dupont*¹⁸, qu'il en résulterait une baisse globale des dépenses d'innovation.

Encadré 6. Examen par le ministère de la Justice des États-Unis des raisons motivant un projet de fusion dans l'affaire *Bazaarvoice/PowerReviews*

L'intensité de la concurrence en matière d'innovation constituait un facteur de préoccupation essentiel du ministère de la Justice des États-Unis lors de l'examen du projet de fusion entre Bazaarvoice, une plateforme d'analyse et de notation de produits, et son unique concurrent significatif, PowerReviews. Dans cette affaire, de nombreux documents internes des entreprises ont permis d'établir : (1) dans quelle mesure la concurrence avec PowerReviews était le moteur principal de l'innovation de Bazaarvoice ; et (2) le fait que l'opération avait principalement pour but d'atténuer cette pression concurrentielle.

La très forte rivalité entre les deux entreprises autour des fonctionnalités de leurs plateformes respectives ressortait clairement, par exemple, d'un courriel adressé à un client potentiel important dans lequel un dirigeant de PowerReviews indiquait : « il existe de nombreuses similarités en termes de fonctionnalités entre Bazaarvoice et PowerReviews (...) nous ne cessons de nous battre pour la première place, l'autre suivant rapidement derrière ». Et, dans un courriel adressé aux membres du conseil d'administration, le PDG de Bazaarvoice décrivait la fusion comme le moyen de faire disparaître le « seul concurrent » de l'entreprise sur le marché.

Le ministère de la Justice des États-Unis a jugé en outre que la puissance des effets de réseau sur le marché réduirait l'aptitude des nouveaux entrants à exercer une pression concurrentielle en matière d'innovation sur l'entité issue de la fusion.

Cet exemple quelque peu exceptionnel montre combien il importe de connaître les raisons motivant un projet de concentration avant d'en évaluer l'impact sur l'innovation.

Source : United States Department of Justice Press Release, « Justice Department Files Antitrust Lawsuit Against Bazaarvoice Inc. Regarding the Company's Acquisition of PowerReviews Inc. », 10 janvier 2013.

Résumé des points essentiels concernant l'impact des concentrations sur l'innovation

- L'innovation tient parfois une place essentielle dans la concurrence entre les entreprises, aussi bien en ce qui concerne le développement de nouveaux marchés de produits que l'amélioration des produits déjà commercialisés sur les marchés existants.
- Les nombreuses études de l'impact des concentrations – et plus généralement de la concurrence – sur l'innovation aboutissent à des conclusions assez mitigées. Une concentration peut soit accroître l'innovation sur le marché grâce à des économies d'échelle et à la conjonction d'actifs complémentaires, soit nuire à l'innovation en modifiant les facteurs d'incitation et en produisant des effets unilatéraux.
- L'effet global d'une concentration variera selon : le type d'activités d'innovation entreprises ; la structure des marchés de produits concernés ; la nature de la concurrence autour de l'innovation dans un marché ; et la capacité des entreprises à s'approprier les retombées bénéfiques de l'innovation.
- L'analyse des effets d'une concentration sur l'innovation devra inclure : la définition des marchés d'innovation concernés, l'examen du fait de savoir si l'opération constituera un obstacle significatif à l'innovation dans le secteur, et l'étude de son impact sur l'incitation et la capacité des entreprises à innover.
- Quelle que soit la méthode d'analyse utilisée, la collecte de données est essentielle pour comprendre les paramètres de l'innovation sur un marché, notamment en ce qui concerne : la place de l'innovation dans les activités des parties à la concentration et son importance pour les consommateurs ; les concurrents actuels et potentiels des parties à la concentration sur le plan de l'innovation ; et la nature de la rivalité en jeu autour de l'innovation. La documentation stratégique interne des entreprises, y compris au sujet des raisons motivant l'opération de concentration, sera particulièrement probante à cet égard.

3. La qualité

71. La qualité joue souvent un rôle essentiel dans le choix des consommateurs et, par voie de conséquence, dans la dynamique concurrentielle du marché. Le terme de « qualité » englobe toute une gamme de caractéristiques hors-prix déterminant l'intérêt d'un produit pour les consommateurs. Ces caractéristiques peuvent inclure la fonctionnalité, la durabilité, la fiabilité, la facilité d'achat, le design ou l'attrait esthétique, les performances et la sécurité (voir, par exemple, OCDE, 2013).

72. Des produits offerts par des entreprises différentes, ou des produits différents offerts par une même entreprise, peuvent présenter des caractéristiques distinctes qui relèvent de la qualité. La diversité des produits offerts sur un marché est favorable au bien-être du consommateur lorsqu'existe une diversité de goûts. Il est dans l'intérêt du consommateur de pouvoir trouver sur le marché des produits tenant mieux compte de ses préférences personnelles. La différenciation des produits est de deux types : vertical et horizontal.

- La **différenciation verticale** désigne les caractéristiques de produit qu'il est possible de classer objectivement comme, par exemple, certains critères élémentaires de qualité (durabilité, efficacité). Les marchés qui reposent sur une différenciation verticale offrent aux consommateurs toute une gamme de produits allant de produits chers de haute qualité à des produits bon marché de moindre qualité. Les choix des consommateurs se fixent par conséquent sur un point de la gamme en fonction de leurs préférences et de leur consentement à payer.
- La **différenciation horizontale** concerne les caractéristiques de produit qu'il n'est pas possible de classer car leur attrait dépend des préférences de chaque consommateur, par exemple telle ou telle fonctionnalité intéressant certains consommateurs et non d'autres.

73. De même que lors de la fixation des prix, avant de décider de la gamme ou du degré de qualité des produits à offrir aux consommateurs, les entreprises tiennent compte de la pression concurrentielle qui s'exerce sur elles. Par conséquent, une opération de concentration conduisant à atténuer cette pression peut se traduire tout autant par une baisse de la qualité que par une augmentation des prix. Cependant, la question de savoir si cette opération nuira effectivement à la qualité, ainsi que l'ampleur probable de cet effet par rapport à l'impact sur les prix, dépendra des particularités du marché concerné.

3.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur la qualité

74. Les deux effets principaux d'une concentration sur la qualité, envisagés du point de vue de la concurrence, sont les suivants : premièrement, une fusion anticoncurrentielle permet à une entreprise de décider unilatéralement d'abaisser la qualité de tous les produits qu'elle offre sur un marché (lorsque la différenciation des produits est de type vertical) ; deuxièmement, l'opération permet à la nouvelle entité de coordonner les traits spécifiques de sa gamme de produits élargie, et de repositionner les produits à son avantage (que la différenciation des produits soit de type vertical ou horizontal). Ces deux effets distincts sont examinés ci-après.

3.1.1. Baisse unilatérale de la qualité des produits

75. Pour déterminer dans quelle mesure une concentration permettra à une entreprise de décider unilatéralement d'abaisser la qualité de ses produits, une approche conceptuelle similaire à celle employée en matière de prix est nécessaire (sauf si l'effet envisagé est le repositionnement de nombreux produits différenciés, comme on le verra plus loin). Ce qui est en jeu spécifiquement est la possibilité pour l'entité issue d'une fusion anticoncurrentielle de réduire avec profit la qualité de ses produits à prix égal.

76. Pour isoler les effets de la concurrence sur la qualité, certaines études ont pris comme objets d'analyse des marchés où les prix sont réglementés (voir OCDE, 2013). White (1972) a constaté que, dans ce type de marchés, les produits commercialisés par un monopoleur sont toujours de qualité moindre que ceux offerts par des entreprises soumises à la concurrence. Ce constat à première vue évident ne s'applique pas automatiquement aux marchés où existe une diversité de prix.

77. Lorsque des entreprises sont en concurrence sur la qualité, elles décident de la qualité de leurs produits en même temps qu'elles fixent leurs prix et il est donc nécessaire de comprendre la relation entre ces deux paramètres. Une entreprise poursuit parfois conjointement plusieurs stratégies en matière de qualité afin de tenir compte de l'environnement concurrentiel. Elle choisira par exemple de mettre en vente des produits

bon marché de faible qualité, ou des produits chers de haute qualité, pour desservir un segment particulier du marché, ou de commercialiser plusieurs types de produits pour desservir des segments différents. En cas de concurrence intense sur les prix et de forte sensibilité des consommateurs aux prix, des entreprises pourront choisir d'améliorer la qualité à un niveau de prix donné afin d'obtenir un avantage concurrentiel. La différenciation des produits, en effet, est une méthode qui permet d'acquérir du pouvoir de marché et d'imposer des prix plus élevés en échappant à la concurrence agressive sur les prix, qui ne bénéficie pas toujours au bien-être du consommateur¹⁹.

78. La concurrence, par conséquent, peut inciter les entreprises à abaisser ou accroître la qualité de manière bénéfique aux consommateurs, soit en leur offrant des options à moindre coût qui auraient autrement été exclues du marché, soit en améliorant l'intérêt des produits dans d'autres segments de marché.

79. Ces deux éventualités ne sont pas sans incidences sur le contrôle des concentrations. On peut supposer qu'une opération de concentration aboutissant à la constitution d'un monopole entraînera à la fois une augmentation des prix et une baisse de la qualité mais les effets de la plupart des fusions ne sont pas aussi immédiatement clairs (voir, par exemple, Gilbert et Sunshine, 1995). L'impact d'une fusion sur le prix et la qualité d'un produit, ou seulement l'un de ces paramètres, est souvent assez ambigu.

80. Les particularités du marché déterminent fortement l'impact global d'une fusion sur le bien-être du consommateur lorsque celle-ci a des retombées sur la qualité des produits. Le niveau exact de l'élasticité-prix de la demande et son élasticité au regard de la qualité, ainsi que les gains d'efficacité résultant de la concentration, conditionnent l'impact global sur le bien-être (Pinto et Sibley, 2016). Dans nombre de secteurs en outre, la qualité des produits ne peut être ramenée à un seul paramètre, ce qui complique l'analyse. Dans son étude des effets d'une opération de concentration dans un marché de journaux, Fan (2013), par exemple, prend en compte à la fois les contenus informationnels locaux, les contenus plus généraux et leur qualité.

81. Privilégier uniquement dans l'examen d'une concentration la mesure des effets en termes de prix risque de faire perdre de vue le plein impact de la stratégie d'une entreprise qui cherche à économiser des coûts en réduisant la qualité au détriment des consommateurs. De même, une fusion se traduisant par une augmentation des prix peut rendre possibles des économies d'échelle suffisantes pour pouvoir investir dans l'amélioration de la qualité au niveau des procédés de production, entraînant ainsi en regard des gains de bien-être pour le consommateur (voir, par exemple, Brekke *et al.*). En outre, une fusion aboutissant à une meilleure différenciation des produits, par exemple grâce à l'introduction de variétés bon marché, peut conduire à des gains de bien-être pour le consommateur, même dans l'éventualité d'une baisse de la qualité moyenne des produits. Il est par conséquent difficile dans certains cas de déterminer si, toutes choses égales par ailleurs (y compris les prix), une concentration se traduira par une baisse de la qualité des produits.

82. Certains éléments indiquent en outre que l'impact sur la qualité et sur les prix peut se produire à des moments différents, ce qui complique l'analyse de ces deux aspects de la concurrence. Dans une étude portant sur des évaluations ex-post d'opérations de concentration, Ormosi *et al.* (2015) notent que, dans de nombreux cas, des améliorations de la qualité ont été observées au bout de cinq ans mais qu'à court terme, les résultats étaient plus mitigés.

83. L'incertitude théorique concernant la relation entre qualité et concurrence pèse également sur les outils quantitatifs dont se servent les autorités de la concurrence pour analyser une concentration. Par exemple, l'indice de pression à la hausse sur les prix (*upward pricing pressure index*, UPPI) utilisé pour évaluer les effets unilatéraux d'une concentration sur les prix est parfois adapté pour analyser les effets sur la qualité. Cependant, certaines études concluent que cet indice ne peut être transposé avec succès en utilisant exclusivement des mesures de la qualité (comme « indice de pression à la hausse sur la qualité »), en raison de l'incapacité à prédire si la qualité va augmenter ou diminuer (Pinto et Sibley, 2016). Pour remédier à ces insuffisances, on pourra employer des prix corrigés en fonction de la qualité dans le calcul de la pression sur les prix. Néanmoins, avant de s'en servir dans l'examen d'une concentration, il est indispensable de reconnaître les limites de l'indice UPPI et, en particulier, son inaptitude à prendre en compte les effets dynamiques et le repositionnement des produits (voir, par exemple, Willig, 2011).

84. Malgré ces difficultés, l'analyse de l'impact d'une concentration sur la qualité peut se révéler crucial. Plusieurs études récentes montrent comment une fusion peut avoir des incidences négatives sur la qualité. Elles s'appuient en particulier sur l'exemple du secteur aérien. Les fusions qui ont eu lieu dans le secteur aérien aux États-Unis ont en effet nui à la qualité en augmentant la fréquence des retards (Greenfield, 2014), des erreurs dans le traitement des bagages, des annulations de vol et des cas de surréservation (Steven *et al.*, 2016). Ces constats généraux peuvent cependant dissimuler certaines variations d'impact des fusions et l'analyse au cas par cas s'impose par conséquent aux autorités de la concurrence. Certaines concentrations rendent possibles une réorganisation qui augmente la fréquence des services en réduisant le chevauchement des horaires, ainsi que des améliorations de l'efficacité. Vaze *et al.* (2017) notent que les fusions entre grandes compagnies aériennes aux États-Unis ont entraîné une détérioration progressive de la qualité des services. Ils cherchent néanmoins à déterminer l'impact de certaines fusions entre des transporteurs aériens de grande et petite taille sur la fréquence des vols sans escale sur un parcours donné. Leurs conclusions reflètent le modèle d'entreprise des grandes compagnies aériennes, qui repose sur des aéroports pivots : ils constatent en effet que, sur les parcours où les grandes compagnies sont en position dominante, une fusion accroît la fréquence des vols sans escale mais que l'inverse se produit sur les parcours où des compagnies de plus petite taille assuraient auparavant l'essentiel du trafic.

85. Les concentrations d'hôpitaux semblent aussi, d'après certaines études, avoir un impact mitigé sur la qualité, telle que mesurée par exemple à l'aide des taux d'infection post-opératoire, des délais d'attente ou des taux de survie. Des gains de qualité dus aux économies d'échelle peuvent en effet, dans certaines situations spécifiques, contrebalancer les effets d'un regroupement accru des services (Schmid et Varkevissier, 2016). Toutefois, ces gains bénéficient le plus souvent aux localités où les consommateurs sont bien informés des différences de qualité et ne choisissent pas leur hôpital uniquement en fonction du temps de transport ou sur la seule recommandation d'un professionnel de santé (sauf si le souci de la qualité dans une localité favorise une discipline concurrentielle dont bénéficient les localités voisines).

3.1.2. *Repositionnement des produits*

86. Une concentration aura aussi des effets sur le bien-être du consommateur si elle affecte la gamme de produits différenciés offerts sur le marché. Ces effets seront selon le cas négatifs, indifférents ou positifs.

87. Le préjudice lié à l'impact d'une fusion anticoncurrentielle sur le positionnement des produits est assez simple à décrire : il découle de l'apparition d'effets unilatéraux conduisant une entreprise à réduire la gamme des produits offerts sur le marché après la fusion et à éviter ensuite d'introduire de nouvelles variétés. Une entreprise cherche dans ce cas à réduire ses coûts, et à empêcher la cannibalisation des ventes du fait de la concurrence interne, en ramenant la diversité des produits à un niveau infraconcurrentiel. Les concentrations verticales peuvent aussi avoir des incidences sur la variété des produits en rendant possibles des pratiques d'éviction.

88. De même que pour l'innovation, certaines études mettent en évidence le fait que la relation entre concurrence et variété des produits n'est pas linéaire. Plus spécifiquement, elles montrent que la variété des produits est moindre à un niveau de concentration faible ou élevé (pour une synthèse de ces études, voir Mazzeo *et al.*, 2012). Ce résultat s'explique par le fait que la concurrence agressive sur les prix et le pouvoir de marché peuvent conduire l'une et l'autre à tenter de réduire les coûts au détriment de la variété des produits. Il est par conséquent assez difficile de prédire théoriquement les effets des concentrations sur la variété des produits.

89. Les incitations qui s'exerceront sur la nouvelle entité dépendront, par exemple, de l'intensité de la concurrence entre les entreprises avant la fusion. Si les produits de ces entreprises étaient fortement différenciés, la nouvelle entité aura moins de raisons de retirer l'un des produits du marché que si les produits occupaient des créneaux assez proches.

90. Dans certains scénarios de demande, le repositionnement des produits après une fusion, même si la variété en souffre, peut s'il s'y adjoint des économies particulières de coûts s'accompagner d'une baisse des prix, et donc d'un progrès net de bien-être pour le consommateur. Toutefois, ce résultat dépendra très fortement de certains facteurs propres au marché concerné. Une baisse des prix moyens conduira par exemple au retrait du marché des produits de haute qualité, ce qui sera globalement contraire à l'intérêt des consommateurs qui choisissent de préférence ces produits.

91. Une autre étude de la relation entre variété des produits et concurrence conclut cependant que même d'importantes économies de coûts ne pourront compenser la perte de bien-être du consommateur provoquée par une diminution de la variété des produits après une concentration ramenant de trois à deux le nombre des entreprises en lice dans un marché où les produits sont peu différenciés (Mazzeo *et al.*, 2012). Dans les marchés où la différenciation est plus forte, l'effet global des gains d'efficacité sur la variété des produits dépendra en définitive du fait de savoir si l'effet de cannibalisation des ventes ou l'abaissement des coûts l'emporte.

92. Un autre groupe de travaux a cherché à déterminer les effets que l'on peut attendre pour le bien-être du consommateur dans l'éventualité où l'entreprise issue de la concentration ne retire aucun produit du marché mais repositionne les produits de façon à éviter l'effet de cannibalisation des ventes. Selon certains modèles, les fusions qui aboutissent à une différenciation accrue des produits des parties peuvent conduire à une amélioration du bien-être du consommateur et à une plus grande rentabilité commerciale dans certains cas (Gandhi *et al.*, 2008 ; Draganska *et al.*, 2009). Ce résultat, comparable à celui de la coordination des produits pour éviter que la cannibalisation ne nuise à l'innovation (voir section 2), n'a pas encore été étudié en détail dans des affaires de fusion mais pourrait constituer un effet positif non négligeable d'une opération de concentration.

93. Nombre d'études de l'impact des concentrations sur la variété des produits portent sur le secteur des médias. Cela est dû pour une part à l'importance relative de la diversité des produits pour les consommateurs dans ce secteur où le maintien de la diversité l'emporte potentiellement sur la recherche des économies de coûts (Stucke et Grunes, 2008). S'agissant de la presse quotidienne, une étude observe qu'une concentration accrue a permis aux entreprises du secteur d'étendre la diversité des contenus offerts aux consommateurs grâce au repositionnement des produits visant à éviter l'effet de cannibalisation des ventes (George, 2007). Dans son analyse des concentrations dans le secteur de la radio, Sweeting (2010) constate que ces opérations ont abouti uniquement à une plus grande différenciation des stations de radio qui ont fusionné. En effet, une fois repositionnées, ces stations ressemblent par bien des aspects à leurs rivales et les concentrations, par conséquent, n'ont pas contribué globalement à accroître la diversité dans ce marché. Sweeting suggère comme explication le rôle clé du positionnement en tant que stratégie concurrentielle des stations de radio, compte tenu en particulier des possibilités réduites de concurrence sur les prix et de l'importance de la différenciation horizontale dans ce secteur.

3.2. Éléments relatifs à la qualité à examiner lors du contrôle des projets de concentration

94. L'examen de la qualité s'accompagne d'un certain nombre de difficultés, qui tiennent notamment à la disponibilité des données, aux nombreux aspects potentiels de la qualité, à l'incertitude quant à l'importance relative de telle ou telle mesure de la qualité et à la manière dont elle se lie à d'autres aspects de la concurrence. Une table ronde de l'OCDE sur le sujet notait que la qualité est « l'une des questions les plus vexantes, et qui n'a toujours pas été résolue » du contrôle des concentrations (OCDE, 2013, p. 9).

95. Pour analyser au cas par cas les effets d'une fusion sur la qualité, il est nécessaire de poser trois questions fondamentales. La plupart des données requises pour répondre à ces questions seront généralement accessibles.

3.2.1. Quels aspects de la qualité importent aux consommateurs ?

96. Pour déterminer l'impact sur la qualité lors de l'examen d'une concentration, il est d'abord nécessaire de recenser l'ensemble des caractéristiques de chaque produit qui sont prisées des consommateurs et qui motivent leurs décisions d'achat. Les données concernant les aspects essentiels de la qualité d'un produit incluront notamment les modalités d'offre d'un produit sur le marché pertinent (par ex. le fait de savoir si plusieurs entreprises offrent différents niveaux de qualité aux consommateurs) et le contenu de la publicité, ainsi que les informations fournies aux consommateurs sur le lieu de vente. Ces données permettront non seulement de connaître les critères sur la base desquels les consommateurs prennent leurs décisions d'achat, mais aussi d'identifier dans quelle mesure ces critères varient entre les entreprises concurrentes. Si tel ou tel élément demeure identique d'une entreprise à l'autre, on pourra en déduire que le choix des consommateurs n'est pas dicté par des préférences distinctes à ce sujet.

97. Les enquêtes menées auprès des consommateurs (y compris les études de marché commanditées par les entreprises) constituent également une source d'information utile sur l'importance relative des différents aspects de la qualité, afin d'éliminer ceux qui sont sans incidence sur les décisions d'achat et d'estimer éventuellement l'élasticité de la demande au regard d'un aspect particulier de la qualité.

98. Les enquêtes permettent aussi d'établir dans quelle mesure les consommateurs manifestent des préférences distinctes, et de déterminer par conséquent si la variété des produits constitue un aspect important de la concurrence dans le marché concerné. Les enquêtes de consommation sont en particulier utiles pour établir si la différenciation des produits est de type vertical (ce qui implique l'existence d'une gamme de prix et de qualité) ou horizontal (auquel cas de nombreux aspects de la qualité et des prix devront être pris en compte), et s'il est possible de classer les consommateurs en plusieurs catégories sur la base de leurs préférences en matière de qualité.

99. Certaines études soulignent le caractère problématique – parce que subjectif – des préférences des consommateurs au regard des différents aspects de la qualité ; pourtant, ces préférences, aussi subjectives soient-elles, déterminent l'étendue et l'intensité de la concurrence autour de la qualité. On vérifiera néanmoins l'absence de biais d'une enquête avant de l'exploiter. Pour éviter les distorsions, par exemple, les enquêtes sur les préférences des consommateurs s'appuient généralement sur un classement numérique des différents aspects de la qualité et des questions utilisées pour déterminer leur impact sur les décisions d'achat.

100. Les données de transaction sont également utiles pour identifier les préférences des consommateurs en se servant de modèles formels d'analyse de la demande ou d'une simple analyse des données. Les données associées à certaines catégories de consommateurs (particuliers ou entreprises, par exemple) permettent d'isoler certaines différences en termes de préférences et d'élasticité au regard de la qualité.

101. On pourra aussi se servir des données transactionnelles pour calculer les taux de report et cerner des marchés spécifiques. Les études d'événement concernant la modification d'un aspect particulier de la qualité, par exemple, permettront de distinguer dans quel cas les consommateurs ont réagi en modifiant leurs décisions d'achat (voir, par exemple, l'analyse de l'Autorité de la concurrence et des marchés britannique dans l'affaire *RBCH/Poole*)²⁰. Toutefois, la prudence s'impose à l'égard des outils d'analyse conçus spécifiquement pour les prix, comme les indices de hausse des prix, car ces outils ne permettent pas toujours de saisir adéquatement la relation entre prix et qualité.

102. Lors du contrôle des concentrations, on rencontre aussi parfois des marchés où existent des critères évidents de qualité que les consommateurs ne semblent pas prendre en compte dans leurs décisions. Cela se produit par exemple dans certains cas de fusion d'hôpitaux où les consommateurs, bien que valorisant clairement la qualité des soins, n'ont pas connaissance des écarts de qualité et des différentes options qui s'offrent à eux (Schmid et Varkevisser, 2016). Dans ce type de marchés, certains critères de qualité plus visibles comme la proximité ou la facilité d'accès peuvent l'emporter du point de vue de la concurrence.

103. Les consommateurs interprètent aussi parfois à leur manière certains aspects de la qualité qu'ils ne peuvent observer directement, par exemple en associant la qualité des services fournis par un avocat au caractère accueillant de ses locaux. Il est possible d'identifier de tels facteurs heuristiques dans les enquêtes de consommation et de déterminer s'ils jouent un rôle dans la concurrence entre les entreprises, ou si certains problèmes de concurrence empêchent les consommateurs d'obtenir des informations plus précises au sujet de la qualité. Dans le secteur hospitalier, par exemple, Schmid et Varkevisser (2016) constatent que, lorsque la concurrence sur la qualité existe (c'est-à-dire lorsqu'il existe une variété d'offres et que la qualité constitue un élément explicite de la stratégie concurrentielle des entreprises), les consommateurs tiennent généralement compte des critères de qualité dans leurs décisions.

**Encadré 7. Critères de différenciation des consommateurs
examinés dans l'affaire *Telefónica Deutschland/E-Plus***

Lors de l'examen par la Commission européenne de l'acquisition d'E-Plus par Telefónica Deutschland, la qualité a tenu une place essentielle dans l'identification des segments de marché à analyser. Plus précisément, l'importance respective accordée par les consommateurs à la qualité (en termes de couverture du réseau et de vitesse de téléchargement) et aux prix a servi de critère pour distinguer les segments de marché. Les parties à la fusion affirmaient en effet que le marché devait être segmenté en deux catégories de clients, en fonction principalement de leur plus ou moins grand consentement à payer pour la qualité.

La Commission européenne, tout en notant la faible substituabilité du côté de la demande entre les deux segments, a observé que la substituabilité du côté de l'offre était assez continue. La Commission a également constaté que les contrats ou abonnements pré- et post-payés étaient de plus en plus difficiles à distinguer. Elle a donc cherché à déterminer l'impact de la fusion sur la concurrence au regard de l'ensemble du marché des services de téléphonie mobile, bien que les segments pré- et post-payés aient aussi fait chacun de leur côté l'objet d'une analyse distincte.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2014) 4443, Affaire M.7018 - Telefónica Deutschland/E-Plus, 2 juillet 2014.

**3.2.2. *Quel type de concurrence sur la qualité existe-t-il entre les entreprises ?
Quel est le lien entre cette concurrence et la rivalité sur les prix ?***

104. Les données concernant la place de la qualité dans le choix des consommateurs seront complétées utilement par l'analyse de la stratégie concurrentielle des entreprises, en particulier à l'aide de documents internes. Lorsque les entreprises ont conscience de l'importance de certains aspects de la qualité pour les consommateurs, il est particulièrement instructif de déterminer si elles prennent en compte ces aspects dans leurs décisions concurrentielles. S'il apparaît que les entreprises ne cherchent pas à différencier leurs produits en tenant compte des aspects importants pour les consommateurs, cela peut indiquer que la pression concurrentielle existant dans le marché avant la fusion est assez faible.

105. Il peut être crucial d'établir dans quelle mesure les offres de produits des parties à une concentration se différencient de celles de leurs concurrents et leur sont substituables (voir, par exemple, Mazzeo *et al.*, 2012). Plus différenciés sont les produits et moins l'effet de cannibalisation des ventes est probable ; cependant, l'effet global variera selon que les parties à la fusion maintiendront ou non leurs lignes de produits respectives, et selon que l'opération conduira ou non globalement à une plus grande variété de produits ou se traduira par un simple repositionnement de produits afin de concurrencer plus directement les produits des firmes rivales.

106. Il convient aussi d'examiner la capacité des concurrents potentiels à se repositionner à des niveaux de qualité différents en réponse à une opération de concentration, ainsi que les facteurs susceptibles de les inciter à le faire (comme on le voit, par exemple, dans la décision de justice rendue dans l'affaire *Oracle/PeopleSoft*)²¹. Les plans stratégiques internes des entreprises seront particulièrement utiles à cet égard. Il

sera aussi parfois nécessaire de connaître les modalités techniques du procédé de production, ses modifications ou adaptations possibles, ainsi que les investissements requis à cette fin. Dans l'affaire *Whole Foods/Wild Oats*²², par exemple, la Commission fédérale du commerce des États-Unis mentionne à l'appui de la concurrence sur la qualité les propos d'un cadre dirigeant de Whole Foods ayant déclaré que, lorsque Whole Foods ouvrait un nouveau magasin, le Wild Oats local cherchait à se rénover pour améliorer la qualité et inversement.

107. Dans les cas (assez rares) où la qualité est facile à mesurer, par exemple sur les marchés de matières premières qui comportent plusieurs niveaux de qualité, on pourra obtenir par calcul des prix pondérés en fonction du niveau de qualité, afin de saisir simultanément ces deux aspects de la concurrence. On pourra ensuite déterminer les élasticités hors-prix et tenter de définir le marché en se servant de deux indices : l'augmentation faible mais non négligeable et non transitoire du prix (*small but significant and non-transitory increase in price*, SSNIP) et la pression à la hausse sur les prix (Pinto et Sibley, 2016).

**Encadré 8. Données examinées par la Commission européenne
dans l'affaire AB InBev/SABMiller**

Lors de l'examen de la fusion entre AB InBev et SABMiller, la Commission européenne a identifié plusieurs critères de différenciation des produits tels que la reconnaissance d'une marque de bière et la qualité. Puis, constatant les différences de positionnement des produits d'un pays à l'autre et au vu des informations fournies par les entreprises concurrentes sur l'éventail des marques offertes au consommateur, elle a jugé qu'une approche restreinte reposant sur une segmentation rigide du marché serait inappropriée.

La Commission a cherché par conséquent à analyser la situation dans chaque pays et observé que, du fait du positionnement des parties à la fusion, l'opération aurait des effets unilatéraux dans certains segments de marché, par exemple le segment haut de gamme en Italie et au Royaume-Uni. Elle a conclu en outre qu'il serait difficile à de nouvelles marques d'entrer dans ces segments de marché, étant donné le rôle qu'y joue la reconnaissance de la marque et l'importance des réseaux de distribution.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2016) 3212, Affaire M.7881 - AB InBev/SAB Miller, 24 mai 2016.

3.2.3. Quelles sont les raisons motivant le projet de concentration et quel sera potentiellement son impact sur la qualité des produits de la nouvelle entité ?

108. Enfin, les raisons qui motivent un projet de concentration doivent être prises en compte pour analyser son impact éventuel sur la qualité. Une fusion peut avoir pour but d'élargir l'éventail de qualité des produits et de desservir ainsi plusieurs segments d'un marché (ou même des marchés différents). Une fusion vise aussi parfois à accroître la diversité des produits en permettant la commercialisation de produits nouveaux à des niveaux de qualité différents grâce à la restructuration conjointe de certains actifs ou à l'obtention d'économies d'échelle suffisantes pour investir dans l'amélioration de la qualité (ou mettre en vente des produits bon marché de faible qualité). Une fusion peut

également être le moyen d'aboutir à une différenciation plus grande des produits (parfois même sans modification de prix) pour desservir une gamme plus étendue de consommateurs et éventuellement entrer en concurrence directe avec des entreprises rivales spécialisées. Quoi qu'il en soit, l'analyse des avantages présumés d'une opération de fusion devra s'appuyer sur la documentation interne des entreprises à ce sujet.

109. Les documents internes permettront dans certains cas d'étayer une théorie du préjudice au regard de la qualité. Une fusion, en effet, peut être le moyen d'éliminer un rival positionné à un niveau de qualité semblable qui exerce une pression concurrentielle sur l'entreprise acquérante. Une fusion peut donc avoir pour but de réduire la différenciation des produits afin d'améliorer la rentabilité d'une entreprise, et ceci au détriment du bien-être des consommateurs, que ce soit sous la forme d'une diminution de la variété des produits, d'une augmentation potentielle des prix ou d'une prise en compte moindre des préférences des consommateurs.

Encadré 9. Analyse par l'Autorité de la consommation et des marchés des Pays-Bas de l'impact des concentrations d'hôpitaux sur la qualité

L'Autorité de la consommation et des marchés des Pays-Bas a réalisé une étude portant sur quatorze hôpitaux ayant fusionné en vue de déterminer l'impact des concentrations sur la qualité dans ce secteur (ACM, 2016). Il s'agissait en particulier de mieux comprendre le contexte dans lequel interviennent les concentrations d'hôpitaux, que les institutions concernées justifient fréquemment en invoquant des gains de qualité. 97 indicateurs de qualité tels que les délais d'attente et les taux de mortalité ont été pris en compte.

Les conclusions de cette étude remettent en cause l'efficacité des concentrations comme moyen d'améliorer la qualité, ainsi que les raisons parfois mises en avant par les institutions concernées pour justifier ces opérations. L'étude montre spécifiquement que les concentrations d'hôpitaux ne s'accompagnent d'aucun progrès sur le plan de la qualité. Elle soulève en outre la question de savoir si d'autres formes de collaboration entre hôpitaux ne seraient pas plus propices aux améliorations en question.

Résumé des points essentiels concernant l'impact des concentrations sur la qualité

- La qualité est parfois un facteur aussi essentiel que les prix pour le bien-être des consommateurs, et un élément clé de la stratégie concurrentielle des entreprises.
- Les fusions anticoncurrentielles peuvent conduire, toutes choses égales par ailleurs, à une baisse unilatérale de la qualité, tout comme elles peuvent conduire à une hausse unilatérale des prix.
- Une concentration peut aussi avoir des incidences positives ou négatives sur le positionnement des produits. Après une fusion, une entreprise pourra en particulier différencier ses produits en cherchant à mieux répondre aux attentes des consommateurs et en réduisant au minimum les facteurs d'incitation à la hausse des prix. Selon les effets de l'opération sur les prix et le positionnement des rivaux de la nouvelle entité, ce repositionnement pourra aboutir à un gain de bien-être pour le consommateur. Toutefois, si le repositionnement des produits inclut le retrait du marché de certains produits dont la vente souffrirait d'un effet de cannibalisation après la fusion, la variété moindre des produits constituera une perte de bien-être pour le consommateur.
- Certaines analyses conceptuelles des concentrations cherchent à déterminer leurs effets sur la qualité à prix constants mais en pratique, lors du contrôle d'une concentration, il est nécessaire de prendre en compte à la fois les deux types d'effets, y compris lorsqu'ils sont opposés (par ex. en cas de hausse des prix et de différenciation positive des produits). Se focaliser uniquement sur les prix peut conduire à négliger les autres incidences d'une concentration sur le bien-être du consommateur. L'évaluation en la matière est difficile mais certains outils adaptés, comme le calcul des prix pondérés du niveau de qualité, peuvent être utilisés à cette fin.
- Une analyse au cas par cas est en général requise pour déterminer les effets d'une concentration sur la qualité. La collecte préalable de données permettra d'établir la place que tient la qualité dans les décisions d'achat du consommateur, le degré d'intensité de la concurrence autour de la qualité entre les entreprises et les raisons motivant le projet de concentration.

4. La protection des données et de la vie privée des consommateurs

110. Le développement rapide des plateformes en ligne et l'apparition des technologies fondées sur les mégadonnées suscitent de très vastes préoccupations quant au respect de la vie privée des consommateurs (voir OCDE, 2016). Ces préoccupations pénètrent aujourd'hui dans le champ des politiques de la concurrence, notamment sous forme d'appels invitant les autorités de la concurrence à prendre en compte la protection des données personnelles dans le contrôle des concentrations. Cependant, certaines difficultés conceptuelles et pratiques restent à résoudre à cet égard.

4.1. Analyse conceptuelle de l'incidence de la concurrence sur la protection des données personnelles

111. Les propositions de prise en compte de la protection de la vie privée dans le contrôle de l'application des normes de la concurrence reposent sur une idée implicite, à savoir que le degré de protection de leur vie privée que les consommateurs sont prêts à accepter ou, plus exactement, la quantité de données personnelles qu'ils sont prêts à communiquer à une entreprise, avec les risques associés, expriment la valeur qu'ils attribuent à un produit particulier. En effet, en supposant constants tous les autres aspects d'un produit ou d'un service, on peut faire l'hypothèse que les consommateurs préfèrent communiquer le moins de données possible ou exercer le plus grand contrôle possible sur l'utilisation de leurs données personnelles. Cet aspect devrait donc dans certains cas être considéré comme un élément de la qualité d'un produit. En outre, le compromis entre protection de leur vie privée et fonctionnalité d'un produit que sont prêts à faire les consommateurs varie d'une personne à l'autre, ce qui suggère qu'au moins dans certains marchés, des considérations relatives à la protection des données personnelles peuvent entrer dans la décision de positionnement des produits.

112. Certains auteurs soutiennent cependant que les questions de protection des données personnelles devraient être examinées dans le cadre d'un marché entièrement distinct, et non comme un élément de la concurrence dans un marché de produits particulier. La protection de la vie privée devrait être considérée comme un bien en tant que tel, auquel les consommateurs assignent une valeur spécifique et qu'ils prennent en compte dans leurs décisions d'achat en le confrontant à d'autres caractéristiques des produits. Mais cette manière de voir ne paraît justifiée que si la fourniture de données personnelles résulte d'un choix conscient et informé de la part des consommateurs, que les entreprises s'engagent véritablement à respecter (Farrell, 2012). Le marché pourrait aussi être défini comme un marché de données personnelles dont les consommateurs sont en fait les fournisseurs (Harbour et Koslov, 2010 ; Costa-Cabral et Lynskey, 2017). Une telle approche exigerait de prendre en compte le caractère biface des marchés de services qui collectent les données personnelles des consommateurs (avec, sur l'autre versant, des acheteurs de données ou des annonceurs publicitaires). Aucune de ces méthodes de définition du marché n'a encore été explicitement utilisée dans une affaire de concentration.

113. La protection de la vie privée peut-elle vraiment être considérée comme un aspect de la concurrence, éventuellement comme un élément de la qualité d'un produit ? Il n'est pas facile de répondre à cette question. Premièrement, les consommateurs n'ont pas toujours accès à des informations faciles à assimiler sur la quantité de données personnelles qu'ils fournissent, non plus que sur la manière dont ces données seront utilisées. Comment pourraient-ils développer des préférences au sujet de caractéristiques des produits dont ils n'ont pas connaissance ? Les consommateurs peuvent aussi manifester des biais comportementaux (Acquisti, 2010), être dans l'incapacité de déterminer si une entreprise respecte ses engagements en matière de protection des données, ou faire preuve d'un « pessimisme excessif » et sous-estimer les moyens de protection de leur vie privée qu'ils pourraient obtenir des entreprises (Farrell, 2012). La protection des données ne tient pas nécessairement une place essentielle dans leurs décisions d'achat ou dans la valeur qu'ils attribuent à un produit.

114. Deuxièmement, la protection des données personnelles ne semble pas constituer pour les entreprises – à quelques exceptions près – un facteur de différenciation ou un attribut essentiel de leurs produits qui leur conférerait un avantage sur leurs concurrents.

Cela est dû, au moins en partie, au manque d'information des consommateurs, qui permet aux entreprises d'éviter d'avoir à tenir compte des préférences qui seraient celles de clients parfaitement informés, et même de leur dissimuler des informations importantes (Farrell, 2012). Même lorsqu'ils ont accès à une grande quantité d'informations sur la protection de leurs données, ces informations sont souvent présentées sous une forme complexe et difficile à assimiler. De plus, la collecte des données constitue un aspect important de la concurrence dans les marchés où les données des consommateurs servent d'intrant. La protection de la vie privée des consommateurs et l'utilisation de leurs données personnelles ne tiennent donc qu'une place réduite dans les offres de produits et dans les décisions d'achat. Lorsque tel est le cas, on peut considérer que la protection de la vie privée relève moins des politiques de la concurrence que des politiques réglementaires et de protection des consommateurs.

115. Une fusion entre deux entreprises présentes sur des marchés différents et détenant des séries de données différentes sur les consommateurs, par exemple, pourra susciter des préoccupations en matière de protection de la vie privée. En effet, les données recueillies par l'une des entreprises pourraient être exploitées par l'autre pour améliorer le ciblage des ventes d'une façon imprévisible et indésirable pour le consommateur. Ohlhausen et Okuliar (2015) pensent que de telles préoccupations relèvent moins du domaine de la concurrence que du contrôle des pratiques déloyales ou mensongères, qui est l'objet même des politiques de protection des consommateurs. La prise en compte de ces préoccupations lors du contrôle des concentrations risquerait, à leur avis, d'introduire un élément subjectif dans la procédure, et de conduire à l'application sélective aux seules parties à une concentration de certaines normes de protection des consommateurs. Enfin, bloquer une concentration pour de tels motifs risquerait d'être sans efficacité, car les actifs de données pourraient être combinés par d'autres moyens, par exemple en recourant à une tierce partie telle qu'un courtier en données. D'autres auteurs font valoir que la protection des données relève essentiellement de la législation sur la protection de la vie privée – et non du droit de la concurrence – et que les questions de protection des données personnelles des consommateurs ne devraient être prises en compte que pour autant qu'elles interviennent effectivement dans le processus concurrentiel (voir, par exemple, Gilbert et Pepper, 2015).

116. Les autorités de la concurrence devraient néanmoins éviter d'exclure a priori toute évaluation de la concurrence sous l'angle de la protection de la vie privée des consommateurs. Certaines entreprises qui négligeaient de protéger les données de leurs clients ont en effet vu leurs ventes baisser au profit de leurs concurrents (Acquisti, 2010), ce qui semble indiquer que la qualité de la protection des données personnelles peut jouer un rôle dans la concurrence. De plus, les concentrations entre entreprises détenant des jeux de données complémentaires pourraient favoriser la discrimination par les prix, en augmentant par exemple les prix sur certains segments de marché identifiés grâce aux données acquises au cours de la fusion.

117. Fondamentalement, avant d'écarter une théorie du préjudice au regard de la vie privée, il conviendra d'établir dans quelle mesure les consommateurs modifieraient leurs décisions d'achat s'ils étaient suffisamment informés. Des enquêtes seront par exemple utiles pour déterminer l'importance qu'ils attachent à la confidentialité des données, notamment par rapport à d'autres facteurs comme les prix, et leur degré de compréhension des données qu'ils communiquent à une entreprise.

118. Si les consommateurs expriment clairement une préférence en faveur de la protection de leurs données personnelles, l'absence d'offres de haute qualité à cet égard

ne signifie pas que ce facteur ne joue potentiellement aucun rôle dans la concurrence. L'absence de variation des normes de confidentialité dans les marchés numériques concentrés est peut-être simplement l'expression du fait qu'aucune pression concurrentielle ne s'exerce actuellement sur ce point, et que les principaux acteurs sont aussi actifs dans des marchés reposant sur l'exploitation des données personnelles, ce qui accroît le coût de la concurrence en matière de protection des données. Une entente tacite entre concurrents pourra expliquer, par exemple, l'absence de différenciation des offres sur le plan de la protection des données. Dans d'autres cas, une concurrence intense sur d'autres aspects, comme les prix, s'accompagnera de l'absence de concurrence sur des aspects moins visibles pour le consommateur, comme la protection des données personnelles. Le niveau uniformément bas de protection de la vie privée des consommateurs peut en effet être le produit de la concurrence.

119. La protection des données personnelles peut donc constituer un élément pertinent de la concurrence sur la qualité même si, en l'état actuel de la concurrence dans un marché, un niveau peu élevé de qualité l'emporte à cet égard. Et les fusions anticoncurrentielles favoriseront une baisse supplémentaire de la qualité, en particulier si n'apparaissent pas sur le marché de nouvelles offres assurant un meilleur niveau de protection des données.

120. Les mesures de protection du consommateur visant à améliorer l'information du consommateur et surtout sa participation aux décisions concernant ses données pourraient accroître le rôle de la protection de la vie privée en tant qu'élément de la concurrence sur certains marchés. Cela exigera des entreprises qu'elles divulguent pleinement et honnêtement l'usage qu'elles font des données, et des consommateurs qu'ils s'engagent à donner leur accord en connaissance de cause avant de communiquer des données personnelles (Farrell, 2012). Des normes d'accès aux données des consommateurs et de transférabilité de ces données pourront contribuer, par exemple, au développement de la concurrence en matière de protection de la vie privée, concurrence dont les résultats seront peut-être supérieurs à ceux de la seule réglementation (Costa-Cabral et Lynskey, 2017).

121. En cas d'observation de l'une des défaillances du marché décrites plus haut pendant le contrôle d'une concentration, les autorités de la concurrence devront donc réfléchir à la possibilité d'engager des activités de plaidoyer sur certains aspects de la protection des données personnelles. Il s'agira pour elles, dans ce cadre, d'améliorer l'information des consommateurs et de proposer éventuellement des réformes en faveur de la concurrence visant à assurer, conjointement avec le contrôle des concentrations, le maintien de la concurrence autour de la confidentialité des données.

122. Lors de l'examen de cette dimension au cours d'un contrôle de concentration, il sera aussi nécessaire de déterminer son interaction avec d'autres aspects de la concurrence. L'acquisition par une entreprise de données personnelles utiles peut lui permettre de fournir des services à un coût nul ou, tout au moins, à un coût inférieur. Ces données, par conséquent, pourraient être considérées comme le « prix » que paient les consommateurs dans une transaction. L'acquisition de données personnelles peut avoir des incidences similaires sur la variété des produits, leur qualité et l'innovation dans tel ou tel marché. Gilbert et Pepper (2015) soulignent, cependant, que ces avantages ne doivent pas être interprétés automatiquement comme préjudiciables à la protection de la vie privée des consommateurs car cela reviendrait à assimiler toute invocation de gains d'efficacité obtenus à l'aide de données à un « délit d'efficacité ». Les plateformes numériques se servent des données non seulement comme d'un actif générateur de

revenus (par ex. en les vendant à des annonceurs publicitaires) mais aussi afin de développer de nouveaux services mieux adaptés.

4.2. Éléments relatifs à la protection des données personnelles à examiner lors du contrôle des projets de concentration

123. Avant d'inclure la protection des données personnelles parmi les aspects à examiner lors du contrôle d'une concentration, il convient de déterminer si cet aspect de la concurrence est déjà présent dans un marché, ou s'il le sera probablement à l'avenir. Comme on l'a vu plus haut, dans les marchés où les consommateurs n'ont pas largement accès à des informations sur l'usage qui est fait de leurs données, où ils ne sont pas intéressés ou sensibilisés aux questions de protection de la vie privée, et où les entreprises ne leur proposent pas différentes options d'utilisation des données, le rôle de la concurrence en matière de protection des données personnelles peut être difficile à établir. Et lorsque les offres des entreprises se distinguent à peine à cet égard, il est nécessaire de recueillir d'autres éléments pour discerner quel serait le choix des consommateurs si des offres bien distinctes leur étaient proposées.

124. Pour mener à bien ce travail, il est indispensable de recueillir des informations sur le degré de sensibilisation et d'engagement des consommateurs (par exemple en examinant les instructions fournies aux consommateurs ou les enquêtes de consommation existantes), ainsi que sur la stratégie concurrentielle des entreprises (en examinant les documents internes mettant l'accent sur la protection des données personnelles en tant que facteur de différenciation à l'égard des concurrents).

125. On connaît peu d'exemples d'affaires de concentration dans lesquelles il est fait état de préoccupations spécifiques au sujet de la protection des données. Dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Microsoft/LinkedIn*²³, la Commission européenne souligne expressément cet aspect de la concurrence, en notant les différences de protection des données offerte par chaque entreprise. Dans sa décision au sujet de l'affaire *Google/DoubleClick*²⁴, la Commission fédérale du commerce des États-Unis conclut que la fusion n'aura aucun effet négatif sur la concurrence hors-prix, y compris au regard de la protection des données personnelles. Cette décision exprime une conception du contrôle des concentrations privilégiant étroitement l'examen des effets sur la concurrence, au détriment des aspects de la protection des données qui relèvent peut-être plus de la protection du consommateur. Enfin, dans l'affaire *Facebook/WhatsApp*²⁵, la Commission fédérale du commerce, en vertu de ses fonctions de protection du consommateur, a rappelé aux parties leurs responsabilités en matière de protection de la vie privée mais sans identifier d'effets négatifs sur la concurrence à cet égard.

**Encadré 10. Examen des aspects relatifs à la protection des données
dans l'affaire *Microsoft/LinkedIn***

Lors de l'examen de l'acquisition de LinkedIn par Microsoft, la Commission européenne a déclaré que la protection des données personnelles constitue un aspect important de la concurrence et « motive le choix des consommateurs » dans l'abonnement à un réseau social professionnel (p. 77). Cet avis se fondait sur les résultats d'un questionnaire envoyé aux réseaux sociaux. La Commission a rappelé en outre que cet avis était conforme aux conclusions auxquelles elle était parvenue dans l'affaire Facebook/WhatsApp.

La Commission a examiné l'impact que pourraient avoir sur la protection des données personnelles certains risques d'éviction du marché, en particulier l'éviction des concurrents actuels de LinkedIn qui offraient de meilleures protections à cet égard. La Commission a déclaré craindre que l'opération de concentration n'ait un impact négatif sur la concurrence et la protection des données dans ce marché. Elle a imposé des mesures correctives spécifiques pour prévenir les risques d'éviction.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2016) 8404, Affaire M.8124 - Microsoft/LinkedIn, 6 décembre 2016.

Résumé des points essentiels concernant l'impact des concentrations sur la protection des données personnelles

- Le degré de protection de leur vie privée que les consommateurs sont prêts à accepter ou, plus exactement, la quantité de données personnelles qu'ils sont prêts à communiquer à une entreprise expriment la valeur qu'ils attribuent à un produit particulier. Et, comme pour d'autres aspects de la concurrence, une opération de concentration peut avoir des effets unilatéraux négatifs à cet égard.
- Certains auteurs soutiennent que la protection des données personnelles relève plus des politiques de protection du consommateur que du contrôle des concentrations. Ils font valoir en particulier que la prise en compte de cet aspect lors du contrôle des concentrations risquerait d'introduire un élément subjectif dans la procédure, et de conduire à l'application sélective aux seules parties à une concentration de certaines normes de protection des consommateurs.
- Il existe néanmoins des cas où la protection des données personnelles constitue un aspect effectif de la concurrence autour de la qualité, mais ils ne sont pas toujours faciles à identifier. On ne peut exclure cet aspect de la concurrence simplement à cause de l'absence de différenciation entre les entreprises dans un marché. Il est donc parfois nécessaire de déterminer si cette absence de différenciation est due au caractère limité de la concurrence, et si les consommateurs apprécieraient des offres de produits mieux aptes à protéger leurs données personnelles.
- Diverses insuffisances du marché en matière d'information et de participation des consommateurs contribuent à réduire la concurrence sur le plan de la protection des données personnelles. Lorsque cela est le cas, les autorités de la concurrence devront établir dans quelle mesure une opération de concentration permettra à des entreprises d'aggraver ces défaillances ou d'en tirer meilleur avantage. Elles pourront aussi envisager, parallèlement, de lancer des activités de sensibilisation des consommateurs ou une réforme de la réglementation, afin de compléter les mesures prises dans le cadre du contrôle des concentrations pour améliorer la concurrence autour de la protection des données personnelles.
- L'examen des questions de protection des données sous l'angle du consommateur s'accompagne de plusieurs difficultés, en particulier : déterminer les compromis que les consommateurs sont prêts à faire avec d'autres caractéristiques d'un produit comme la fonctionnalité, identifier les insuffisances de l'information qui leur est fournie, et discerner leurs biais comportementaux.

5. Difficultés pratiques que pose l'examen des effets hors-prix lors du contrôle des concentrations

126. Les choix stratégiques des entreprises et les modalités de la concurrence portent sur de nombreux aspects, pas seulement les prix ; néanmoins, en pratique, dans les décisions relatives aux concentrations, ces divers aspects n'occupent qu'une place secondaire par rapport aux prix. Cela peut s'expliquer de plusieurs façons :

- les effets globaux de l'opération en termes de pression concurrentielle sont pris en compte, et non ses effets spécifiques sur divers paramètres de prix et hors-prix ;
- la concurrence entre les entreprises dans les marchés concernés par la fusion ne porte pas principalement sur des caractéristiques hors-prix ;
- la concentration aura un effet défavorable sur les prix et l'on suppose que ses effets hors-prix seront également négatifs ;
- la concentration aura probablement des effets opposés sur les prix et sur les caractéristiques hors-prix et, comme les prix sont un indicateur quantitatif concret alors que la dynamique des effets hors-prix – par exemple sur l'innovation – est plus difficile à capturer, on privilégie les premiers ;
- étant donné les difficultés et l'incertitude qui sont associées aux effets hors-prix lors de la définition du marché, ces effets sont relégués à l'arrière-plan dans l'évaluation de la concurrence, ou leur prise en compte reportée au stade de l'examen des efficiences (mais le contrôle d'une concentration ne va pas toujours jusque-là).

127. Cette section examine les problèmes à résoudre pour éviter les situations décrites ci-dessus, à savoir déterminer : (1) dans quels cas le contrôle des concentrations doit prendre en compte les effets hors-prix ; (2) de quelle façon il est possible d'examiner conjointement les dimensions prix et hors-prix de la concurrence ; et (3) à quelle étape doit avoir lieu l'examen des effets hors-prix. Même s'il n'est pas certain que l'examen des effets hors-prix aboutisse dans tous les cas – ou même la plupart des cas – à des résultats différents, il serait néanmoins utile de développer des méthodes à cette fin. Étant donné la place croissante des marchés numériques dans l'économie, on peut prévoir que les difficultés spécifiques associées à au moins certains de ces effets, comme l'innovation, la protection des données personnelles ou même la variété des produits, ne vont pas disparaître.

5.1. Dans quels cas le contrôle d'une concentration doit-il prendre en compte les effets hors-prix ?

128. Comment déterminer si la concurrence porte aussi sur des aspects d'innovation ou de qualité des produits dans un marché ? Et quand ces aspects sont-ils suffisamment importants du point de vue de la dynamique concurrentielle pour mériter d'être pris en compte dans le contrôle d'une concentration ? Il est nécessaire de répondre à ces questions à une étape précoce de la procédure de contrôle.

129. La nécessité de tenir compte de la concurrence hors-prix apparaît clairement dans certains marchés. Les marchés de **produits fournis gratuitement aux consommateurs**, certains services en ligne par exemple, présentent des aspects de concurrence sur la qualité en termes de fonctionnalité ou même parfois de protection des données personnelles (le caractère pluriface de ces marchés doit aussi être pris en compte). De même, les **marchés soumis à une réglementation des prix** ne permettent guère aux entreprises de rivaliser sur les prix et, par conséquent, la qualité ou l'innovation y tiennent parfois une place plus importante (voir, par exemple, Schmid et Varkevisser, 2016). Lorsque la **demande des consommateurs présente une forte élasticité-prix**, l'impact unilatéral de la concentration sur les prix pourra être limité ; cet impact se manifestera de différentes façons, par exemple une baisse de la qualité ou de l'innovation (puisque qu'une augmentation des prix après la fusion risquerait d'entraîner une perte de

consommateurs et donc de nuire à la rentabilité). Enfin, les **marchés à forte rotation de produits**, que ce soit sous la forme d'une modification des produits, de l'ajout de nouvelles fonctions ou de l'introduction de produits créant un marché entièrement nouveau, s'accompagnent parfois d'une forte concurrence autour de l'innovation. Le secteur d'activité auquel appartiennent les entreprises fournira initialement des indices à ce sujet (voir section 2.3) mais la rotation des produits est un indicateur plus précis du rôle de l'innovation dans un marché.

130. Ces caractéristiques du marché fournissent de solides indications initiales sur l'intensité de la concurrence hors-prix, soit parce que la concurrence sur les prix est limitée, soit parce que l'introduction de nouveaux produits est fréquente. Cependant, nombre de marchés n'entrent pas dans ces catégories, en particulier lorsque que la concurrence porte à la fois sur les prix et sur des aspects hors-prix.

131. Il n'existe guère d'éléments immédiats permettant d'*exclure* la concurrence hors-prix comme dimension significative de la concurrence dans un marché. Comme indiqué plus haut dans la section 4, le fait que telle ou telle caractéristique ne constitue pas actuellement un facteur de différenciation entre les entreprises n'implique pas automatiquement qu'elle est sans pertinence pour le contrôle d'une concentration. Une entreprise qui dispose déjà d'un pouvoir de marché avant une fusion n'aura pas besoin d'offrir à ses clients des produits de meilleure qualité, par exemple en termes de protection des données personnelles, si aucune pression concurrentielle ne l'incite à le faire. Ou bien, sur un marché concentré, les entreprises pourront s'entendre tacitement pour éviter de faire de la protection des données un facteur de concurrence. Dans un autre cas encore, l'absence de concurrence en matière de protection de la vie privée s'expliquera par l'intensité de la concurrence sur les prix, les entreprises n'ayant pas les moyens de rivaliser sur les deux aspects à la fois (par ex. si l'exploitation des données personnelles est un moyen d'abaisser le coût des produits) et les consommateurs acceptant ce compromis. En pareils cas, on ne peut présupposer que la concentration sera sans effet sur la protection de la vie privée des consommateurs car l'opération pourra mettre la nouvelle entité plus ou moins à l'abri de la concurrence en matière de protection des données.

132. Lors de l'examen d'une concentration, on se gardera cependant de toute appréciation subjective des aspects dont les consommateurs « devraient » tenir compte dans leurs achats même s'ils ne le font pas. Autrement dit, autant il convient d'éviter d'exclure automatiquement certains aspects de la concurrence qui ne constituent pas actuellement un facteur de différenciation entre les entreprises, autant il faut éviter d'introduire d'autres aspects qui ne reposeraient pas sur des données solides au sujet des préférences des consommateurs. Le rôle des enquêtes et des entretiens avec les consommateurs pour déterminer l'importance qu'ils attachent à chacune des caractéristiques d'un produit, que ce soit isolément et en relation avec les autres, est donc essentiel à cet égard.

133. Les sections 2 à 4 ont passé en revue les éléments qui sont particulièrement utiles pour déterminer la pertinence des aspects hors-prix du point de vue des consommateurs et de la stratégie concurrentielle des entreprises. Ces éléments comprennent : les caractéristiques des produits (et leur degré de variabilité), les préférences des consommateurs et l'information à laquelle ils ont accès, les stratégies des entreprises et les raisons motivant l'opération de concentration (établies de préférence en se servant des documents internes des entreprises). Les questions suivantes permettront de déterminer s'il est nécessaire d'examiner les effets hors-prix d'une concentration :

- Les produits offerts aux consommateurs présentent-ils des niveaux de qualité différents ? Si oui :
 - Le choix de tous les consommateurs ou de certains d'eux entre les produits concurrents repose-t-il sur des critères de qualité ?
 - Les entreprises cherchent-elles à adapter certaines caractéristiques de leurs produits en fonction de celles des produits de leurs concurrents ? Ou bien modifient-elles d'autres éléments de leurs offres de produit (par ex. le prix) en tenant compte des caractéristiques hors prix de celles de leurs concurrents ?
- Existe-t-il des éléments indiquant qu'un facteur particulier de qualité est important pour les consommateurs, et pourrait varier entre les entreprises, même si ce n'est pas le cas actuellement (enquêtes auprès des consommateurs, études sectorielles, documents internes des entreprises) ?
- Les entreprises investissent-elles dans des activités spécifiques de recherche et développement afin d'améliorer les produits qu'elles offrent aux consommateurs sur les marchés existants, ou de développer de nouveaux produits ?

134. Les réponses à ces questions permettront d'identifier les situations où des caractéristiques hors-prix constituent un aspect de la concurrence de marché. Leur étendue indiquera l'éventail des situations où les effets hors-prix méritent d'être examinés. On notera toutefois que, si une caractéristique hors-prix échappe à l'examen dans un contrôle de concentration sur la base de ces questions, cela ne signifie pas que cette caractéristique est sans importance pour le bien-être du consommateur ; cela signifie seulement que cette caractéristique ne joue pas un rôle majeur dans la concurrence sur le marché concerné.

135. Il existe des marchés où tel ou tel aspect de la qualité d'un produit a une forte incidence sur le bien-être des consommateurs mais n'entre pas généralement en ligne de compte dans leurs décisions d'achat. Une saine concurrence peut y remédier, par exemple lorsque de nouveaux entrants mettent l'accent sur certains aspects du produit dont les consommateurs avaient assez peu conscience auparavant.

136. Dans d'autres cas, les insuffisances du marché dues au manque d'information, de sensibilisation ou de participation des consommateurs sont si graves qu'il est impossible d'y remédier uniquement dans le cadre du contrôle des concentrations – même si empêcher les opérations anticoncurrentielles permettant à des entreprises de tirer avantage de ces défaillances, ou de les aggraver, est un premier moyen de démêler l'écheveau. Il ne faut pas exclure, par exemple, la possibilité qu'une fusion favorise la coordination en vue de reléguer à l'arrière-plan la protection des données personnelles, au détriment par conséquent de l'information du consommateur. D'une manière plus générale, cependant, outre l'identification des effets anticoncurrentiels des concentrations, les autorités de la concurrence qui rencontrent ce type de problèmes auront intérêt à saisir les autorités de protection du consommateur, ou bien à engager des activités de plaidoyer afin de rendre la réglementation mieux apte à remédier aux défaillances du marché.

Encadré 11. Aspects hors-prix de la concurrence examinés par le ministère de la Justice des États-Unis dans l'affaire *Halliburton/Baker Hughes*

Dans l'action engagée au sujet de l'acquisition de Baker Hughes par Halliburton, le ministère de la Justice des États-Unis s'est déclaré préoccupé par les effets de cette opération sur la concurrence dans le secteur, notamment via les prix, la qualité et l'innovation. Il a noté en outre qu'un seul rival était de taille suffisante pour exercer une pression concurrentielle sur les parties à la transaction.

L'importance de l'innovation dans le secteur était attestée par le fait que Baker Hughes se présentait comme un leader de l'innovation dans le secteur, ainsi que par l'ampleur des dépenses de R-D des deux entreprises et le nombre de nouveaux produits introduits sur le marché. Plusieurs projets concurrentiels spécifiques exigeant un volume significatif de dépenses de R-D de la part des deux entreprises étaient également connus. Il apparaissait en outre que la concentration entraînerait la suppression de projets de recherche qui se chevauchaient.

S'agissant de la qualité, le ministère de la Justice a observé que seules les trois plus grandes firmes du secteur, dont les deux parties à la transaction, possédaient des données sur la qualité des réservoirs de pétrole, par exemple, ces données jouant un rôle clé dans les offres de valeur proposées aux clients dans certains segments du marché. Il a aussi constaté l'existence d'obstacles importants à l'entrée sur le marché, qui réduisaient la possibilité que la nouvelle entité issue de la fusion soit à l'avenir soumise à la concurrence.

Le ministère de la Justice a donc analysé les effets du projet de concentration à la fois sur la concurrence en général, sur deux aspects particuliers de la concurrence hors-prix et sur les prix. Suite à l'action engagée par le ministère, les parties ont abandonné leur projet.

Source : United States of America v. Halliburton Co. and Baker Hughes Inc., United States District Court for the District of Delaware, Case n° 1:16-cv-00233-UNA.

5.2. Comment examiner conjointement les dimensions prix et hors-prix de la concurrence ?

137. Une fois établi que la qualité ou l'innovation occupe une place significative dans la concurrence de marché, l'analyse des prix ne sera sans doute pas suffisante pour déterminer les effets d'une concentration. Comme indiqué dans les Lignes directrices relatives aux fusions horizontales des États-Unis, « les effets hors-prix peuvent se produire simultanément avec les effets sur les prix ou bien en l'absence de ces derniers » (2010, p. 2). Et, dans certains cas (par ex. lorsque l'élasticité-prix de la demande est très élevée), une concentration peut avoir des effets hors-prix plus graves que ses effets sur les prix, alors que dans d'autres (par ex. lorsque l'opération aboutit à des gains d'efficacité par le biais de l'innovation), les effets hors-prix peuvent être décrits comme des gains de bien-être qui compensent l'impact potentiel sur les prix. Dans d'autres situations, le changement de positionnement des produits à la suite d'une fusion peut au minimum atténuer le préjudice éventuel dû à l'impact sur les prix. Il importe donc de comprendre les effets d'une fusion au regard de chacune des dimensions de la concurrence, ainsi que leur interaction réciproque.

138. Même si l'on recourt à une approche privilégiant l'examen des pressions concurrentielles en général, et non d'effets hors-prix particuliers, il est nécessaire de garder en tête les dimensions hors-prix de la concurrence pour éviter de biaiser l'analyse en faveur de l'impact sur les prix. Sans un examen attentif de la concurrence en matière d'innovation, par exemple, l'analyse d'une concentration risque de se focaliser uniquement sur le marché de produits actuel et de ne pas reconnaître les situations où les entreprises en concurrence sur le plan de l'innovation sont moins nombreuses que celles qui sont en concurrence sur le marché des produits. En outre, l'examen global des pressions concurrentielles risque d'ignorer la possibilité que le repositionnement des produits aboutisse à des offres mieux adaptées pour les consommateurs. Néanmoins, cette approche est utile pour étudier de près certains gains d'efficacité hors-prix – comme l'amélioration de la qualité – qui peuvent résulter d'une aggravation de la concurrence et devenir en fait ultra-concurrentiels (sur ce point, voir plus loin la section 5.3.2). Par conséquent, même dans l'analyse générale des pressions concurrentielles, il importe de ne pas perdre de vue les effets hors-prix.

139. Cela exige parfois une grande quantité de données car les effets des fusions, et de la concurrence en général, sur l'innovation ne sont pas unidimensionnels. Autrement dit, lors de l'analyse des effets d'une concentration sur l'innovation, on ne peut toujours s'appuyer sur les présupposés relatifs à l'impact sur les prix, ou même la qualité. Certains auteurs partent du principe que, dans un marché concentré, les fusions sont toujours globalement préjudiciables à l'innovation, mais d'autres isolent théoriquement certaines situations, illustrées par des exemples concrets, où une fusion peut permettre des gains d'efficacité favorables à l'innovation et aboutir à un bilan positif net à cet égard.

140. D'autre part, l'analyse des effets hors-prix exige de déterminer les effets « statiques » à court-terme ainsi que les effets « dynamiques » récurrents. Comme le note l'OCDE (2007), cela « met l'analyste dans une position difficile puisqu'il doit comparer des concepts différents associés à des séquences temporelles distinctes » (OCDE, 2007, p. 10).

141. L'examen des dimensions prix et hors-prix de la concurrence nécessite par conséquent de :

- établir l'impact global des effets-prix et hors-prix sur le bien-être du consommateur, par exemple en trouvant le moyen de mesurer la valeur associée à un effet hors-prix donné pour les consommateurs ;
- identifier les effets à court et à long terme qui ont des retombées opposées sur le bien-être du consommateur ;
- déterminer le poids à accorder aux éléments qualitatifs se rapportant à un effet hors-prix donné.

142. Il existe des moyens de résoudre concrètement ces difficultés dans un petit nombre de cas. Pour calculer les prix pondérés d'un facteur de qualité, on se servira par exemple des données sur le niveau de qualité des produits (qui sont accessibles sur les marchés de matières premières) ou d'estimations de la durée de vie utile des produits pour différents seuils de qualité. Ces prix corrigés pourront ensuite être utilisés aux fins de l'analyse des effets de la concentration sur les prix.

143. Lorsque l'on a affaire à la fois à des effets à court et à long terme, une méthode fréquemment utilisée consiste à appliquer un facteur d'actualisation aux effets futurs (y compris les effets dynamiques récurrents), afin de tenir compte à la fois des flux de

trésorerie futurs et de l'incertitude quant à la réalisation d'un événement particulier tel que la réussite d'une innovation. Pour fixer la valeur du taux d'actualisation, un certain degré d'évaluation est nécessaire mais on se servira aussi des indicateurs de référence sur le secteur concerné que l'on peut obtenir auprès des fournisseurs de données de marché.

144. Une autre méthode consiste à définir des marchés entièrement distincts pour des « produits » comme la protection des données personnelles ou l'innovation. Cette méthode évite d'avoir à opposer les effets hors-prix aux effets sur les prix, assure la pleine prise en compte des effets hors-prix importants, et prépare la voie à l'élaboration de mesures correctives strictement adaptées afin de remédier aux préjudices hors-prix. Cependant, elle exige que les consommateurs soient précisément informés des caractéristiques des produits offerts sur le marché. Le caractère fonctionnel de cette méthode, qui repose sur la définition de marchés spécifiques, ainsi que le degré de certitude qu'elle implique au sujet des acteurs du marché, a fait l'objet de nombreuses critiques (voir, par exemple, section 2.2).

145. Si l'on dispose de suffisamment de temps, de données et de ressources, on pourra recourir à la technique de simulation de fusion pour identifier les effets-prix et hors-prix d'une concentration. Mazzeo *et al.* (2012) proposent, par exemple, une méthode d'analyse des effets sur les prix et la variété des produits qui pourrait être adaptée afin de capturer d'autres effets hors-prix. Dans certains pays, la technique de simulation de fusion a été utilisée pour déterminer les effets sur la qualité des concentrations d'hôpitaux.

146. Dans beaucoup d'autres cas, cependant, un certain degré d'appréciation subjective est inévitable dans l'examen des effets hors-prix et c'est pourquoi plusieurs auteurs appellent à la prudence à cet égard, en suggérant par exemple de s'abstenir de tout examen des effets en matière de protection des données personnelles (Ohlhausen et Okuliar, 2015). De plus, les changements dynamiques tels que l'amélioration des capacités d'innovation qui accroissent le rythme d'introduction de nouveaux produits ou attributs innovants sont difficiles à mesurer et nécessitent une part de jugement importante.

147. Les effets-prix et hors-prix sont parfois clairement corrélés. Une baisse de prix peut être obtenue, par exemple, en réduisant unilatéralement la qualité, ce qui met clairement en lumière la nécessité d'éviter que les effets sur les prix prennent le pas sur les autres simplement parce qu'ils sont plus visibles. Des efficacités présumées obtenues sous forme d'amélioration de la qualité peuvent masquer le fait qu'une concentration aboutit à une augmentation des prix et à un niveau de qualité hyper-concurrentiel (c'est-à-dire un niveau de qualité supérieur à ce que souhaitent les consommateurs et qui constitue donc pour eux un gain de bien-être). Par conséquent, tout argument fondé sur les efficacités revenant essentiellement à affirmer que les hausses de prix bénéficieront financièrement aux aspects hors-prix de la concurrence – par exemple les activités d'innovation – doit faire l'objet d'un soigneux examen (voir aussi plus loin section 5.3).

148. Enfin, lors de l'analyse d'une concentration, il est aussi nécessaire de définir des coefficients de pondération des différents effets hors-prix. Certains l'emporteront sur d'autres parce qu'ils sont plus faciles à quantifier ou à identifier théoriquement compte tenu du type de fusion en cause. Gilbert et Sunshine (1995) considèrent, par exemple, que l'impact des produits nouveaux innovants en termes de bien-être du consommateur est plus systématiquement positif (à condition que les produits antérieurs ne soient pas immédiatement retirés du marché) que ce que l'on peut observer pour d'autres caractéristiques hors-prix.

149. En l'absence de méthode miracle qui leur permettrait de surmonter automatiquement ces difficultés, les autorités de la concurrence doivent aborder les effets hors-prix avec prudence et ne pas les exclure de l'analyse. Shelanski (2013), tout en reconnaissant la difficulté d'obtenir des données suffisantes, souligne les possibilités qu'ouvre au contrôle des concentrations la prise en compte des gains de bien-être associés à l'innovation. Les données qualitatives sont particulièrement précieuses à cet égard, notamment pour l'analyse dynamique des facteurs d'incitation et de l'innovation future. Il est indispensable, dans un premier temps, d'identifier soigneusement les marchés où la concurrence hors-prix tient une place importante, puis :

- s'il paraît probable que les effets-prix et hors-prix vont jouer dans le même sens, les effets hors-prix pour lesquels l'incertitude est grande pourront être relégués à une place secondaire dans l'analyse ;
- si les effets-prix sont neutres (y compris lorsque la concurrence par les prix est impossible, par exemple à cause de la réglementation des prix ou de la fourniture gratuite des produits), des théories du préjudice hors-prix devront être testées de manière systématique et jouer éventuellement un rôle clé dans la décision relative à une concentration ;
- si les effets-prix et hors-prix sont contradictoires, il existe des méthodes permettant d'analyser les deux types d'effets. Toutefois, le plus souvent, il sera nécessaire d'identifier clairement le degré d'incertitude et d'appréciation subjective concernant tel ou tel effet potentiel. L'autorité de la concurrence devra donc tenir compte, lors de la prise de décision, du risque d'erreur dû au caractère incertain des effets hors-prix. Son analyse devra s'appuyer sur l'étude des préférences des consommateurs et sur le type de concurrence en jeu sur le marché, tel qu'indiqué par la divergence des effets.

150. La section suivante examine à quelle étape, dans les deux derniers cas de figure décrits ci-dessus, les effets hors-prix devront être pris en compte lors de l'examen d'une concentration.

Encadré 12. Effets-prix et hors-prix dans l'affaire AT&T/T-Mobile

Le ministère de la Justice des États-Unis a cherché à bloquer l'acquisition de T-Mobile par AT&T, deux entreprises de télécommunications sans fil. T-Mobile s'était positionnée commercialement comme une alternative bon marché aux trois autres grandes firmes nationales de télécommunications, dont faisait partie AT&T. Dans l'action qu'il a engagée, le ministère de la Justice notait que cette acquisition entraînerait la disparition d'une alternative à faible coût pour la clientèle (particuliers, entreprises et administrations publiques).

Il est apparu cependant que la pression concurrentielle qu'exerçait T-Mobile sur AT&T allait bien au-delà des prix. Le marketing et les documents internes de T-Mobile ont montré que l'entreprise cherchait à se présenter comme le réseau des « premières » en termes de produits et de services nouveaux. La concurrence exercée par T-Mobile portait par conséquent aussi sur la qualité et la variété.

Les plans stratégiques internes de l'entreprise ont révélé en outre qu'un nombre important des clients qui quittaient AT&T devenaient des clients de T-Mobile et inversement, ce qui indiquait que la concurrence entre les deux entreprises était particulièrement intense.

Dans sa plainte, le ministère de la Justice notait également que les entreprises de grande taille offraient généralement des contrats ou abonnements nationaux. En conséquence, même si l'extension géographique du réseau de T-Mobile était moindre que celle d'autres réseaux, on pouvait s'attendre à ce que les effets de sa concurrence se fassent sentir y compris dans les régions où T-Mobile n'offrait aucun service.

Source : United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. and Deutsche Telekom AG, United States District Court for the District of Columbia, Case n° 1:11-cv-01560, 31 août 2011.

5.3. À quelle étape du contrôle d'une concentration doit avoir lieu l'examen des effets hors-prix ?

151. Une fois établi que des effets hors-prix seront sans doute suffisamment importants pour justifier leur examen lors du contrôle d'une concentration, il devient nécessaire d'intégrer ces effets à l'analyse. Il faut alors déterminer à quelle(s) étape(s) seront examinées les données qui se rapportent à la concurrence hors-prix, en allant d'une prise en compte à toutes les étapes de la procédure en raison du rôle clé d'un aspect hors-prix particulier jusqu'au report éventuel de l'examen des gains pertinents au terme de la procédure.

5.3.1. Définition du marché

152. Dans les situations où la concurrence hors-prix joue un rôle significatif, définir le marché en privilégiant exclusivement les facteurs de prix risque d'être source de biais dans l'appréciation d'une concentration. La prise en compte d'autres aspects de la concurrence peut amener à modifier le groupe des entreprises à inclure dans un marché donné. Par exemple, lorsque la demande des consommateurs présente une forte élasticité au regard des changements de qualité mais une élasticité nulle au regard des prix, une définition de marché reposant sur les prix risque de se révéler indument large.

153. Pour tenir compte des effets hors-prix dans la définition du marché, on pourra adapter l'indice courant dit « SSNIP » (acronyme anglais pour « augmentation faible mais non négligeable et non transitoire du prix »), en remplaçant l'augmentation du prix par une baisse de la qualité et en créant ainsi un indice « SSNDQ » (« diminution faible mais non négligeable et non transitoire de la qualité ») à prix constant. Une telle approche sera particulièrement nécessaire lorsque les produits sont fournis gratuitement aux consommateurs ou lorsque les prix sont réglementés. Cependant, si plusieurs indices aboutissent à des définitions différentes d'un même marché, une soigneuse réflexion s'imposera avant d'opter pour la définition la plus restrictive. L'insuffisance des données, et le caractère souvent plurivoque de la qualité du point de vue des consommateurs, devraient aussi mettre en garde contre l'emploi exclusif d'un indice SSNDQ, même si cet indice fournit un cadre utile pour l'examen des effets hors-prix.

154. Une autre méthode consiste à définir, à partir des aspects hors-prix de la concurrence, des marchés distincts qui recourent, mais pas nécessairement à l'identique, les marchés définis sur la base des prix. La méthode des marchés d'innovation, décrite dans la section 2.2, en est un exemple. Elle privilégie les activités de R-D en se servant, pour définir un marché, de l'impact probable d'une baisse de l'effort d'innovation (il s'agit de l'indice SSNDI, acronyme anglais pour « diminution faible mais non négligeable et non transitoire de l'innovation »). Cette méthode cherche aussi à prendre en compte la manière dont la concurrence sur le marché de produits affecte la concurrence sur le « marché de l'innovation » défini auparavant. Lors de l'examen des aspects concernant la protection des données, on pourra aussi définir un marché des données personnelles (Farrell, 2012) ou tout au moins définir des marchés de produits distincts en fonction du degré de sensibilisation des consommateurs aux questions de protection des données (Costa-Cabral et Lyskey, 2017).

155. Ces approches formelles sont encore rarement utilisées en pratique, sans doute à cause de l'insuffisance des données, des critiques dont elles font l'objet sur le plan conceptuel et de l'absence de méthodologie spécifique à suivre. En fait, lorsque toute une gamme d'éléments hors-prix significatifs structurent la concurrence dans un secteur, il est peut-être préférable d'éviter toute définition rigide du marché (comme dans l'affaire RBCH/Poole²⁶ décrite ci-dessous). Katz et Shelanski (2007) considèrent que les dimensions hors-prix de la concurrence justifient l'abandon complet de toute définition de marché reposant sur une démarcation stricte, en particulier lorsque les parts de marché ou les indicateurs classiques de prix ne sont pas en tant que tels significatifs. Schmid et Varkevisser (2015) décrivent l'approche utilisée dans le cas des concentrations d'hôpitaux, en particulier la pratique consistant à maintenir ouverte la définition géographique d'un marché dans l'attente d'une intensification future de la concurrence autour de la qualité (par opposition à la localisation, qui est le facteur clé de la concurrence sur les marchés actuels).

156. Cela ne signifie pas pour autant que, dans les affaires de concentration, les définitions de marché ne tiennent pas compte de certains aspects hors-prix. Par exemple, dans 69 % des décisions rendues à propos d'opérations contestées aux États-Unis entre 1995 et 2008, les définitions de marché utilisées ont pris en compte l'innovation, et ce pourcentage a encore augmenté depuis (Kern *et al.*, 2016, p. 85). Ces définitions de marché ne s'appuient pas sur un outil méthodologique particulier mais intègrent le plus souvent l'innovation en se servant de critères qualitatifs.

157. Certaines autorités de la concurrence ne pourront sans doute se dispenser complètement de l'outil que constitue la définition de marché, qui demeure parfois un

cadre d'analyse pertinent (voir, par exemple, OCDE, 2012). Toutefois, s'appuyer étroitement sur de strictes définitions de marché, et sur les parts de marché obtenues à l'aide de ces définitions, risque de se révéler inadéquat dans les situations où la concurrence met en jeu de nombreuses dimensions autres que les prix.

Encadré 13. Définition du marché dans l'affaire *RBCH/Poole*

Dans cette affaire de concentration d'hôpitaux, la Commission de la concurrence du Royaume-Uni a observé que, les prix étant généralement réglementés dans ce secteur, les entreprises présentes sur le marché rivalisent en fait sur d'autres aspects de la concurrence, comme la qualité. Dans sa décision, elle note que le « principe sur lequel repose le test du monopoleur hypothétique peut donc être appliqué pour déterminer les effets d'une diminution faible mais non négligeable de la qualité sur les profits d'un monopoleur hypothétique » (p. 47).

Pour définir l'extension géographique du marché, la Commission a identifié les zones desservies sur la base du temps de transport, en notant que cette définition risquait de produire un marché plus restreint que celui obtenu en se servant du test du monopoleur hypothétique. Puis, pour confirmer la validité des zones ainsi identifiées et contextualiser l'évaluation de la concurrence, elle s'est appuyée sur le nombre de patients référés par des médecins généralistes vers des spécialistes des hôpitaux, ce qui lui a permis d'établir le degré approximatif de substituabilité entre hôpitaux.

En outre, comme ne pouvait être exclue la possibilité que la substitution du côté de la demande excède les limites du marché géographique, la Commission a tenu compte dans l'analyse de la concurrence de la pression concurrentielle exercée par des hôpitaux situés hors de ce marché. Le test du monopoleur hypothétique a donc été appliqué de façon assez souple dans cette décision.

Source : Competition Commission, « A report on the anticipated merger of The Royal Bournemouth and Christchurch Hospitals NHS Foundation Trust and Poole Hospital NHS Foundation Trust », 17 octobre 2013.

5.3.2. *Appréciation concurrentielle et efficacies*

158. L'appréciation concurrentielle d'un marché où la concurrence présente des aspects hors-prix importants comporte principalement deux difficultés : l'évaluation des effets dynamiques et l'analyse des efficacies.

159. Étendre l'appréciation concurrentielle aux effets hors-prix exige de ne pas en rester à des effets immédiats tels que l'augmentation des prix ou la baisse de la qualité ou de la variété des produits. Une analyse dynamique de l'évolution des facteurs d'incitation pour les entreprises et du degré auquel l'entité issue d'une opération de concentration sera potentiellement exposée à la concurrence du point de vue des activités d'innovation, du positionnement de ses produits en termes de qualité et de variété ou même de protection des données personnelles est donc nécessaire. Il s'agit là d'une tâche difficile, comme on l'a vu dans les sections précédentes, à cause de l'incertitude du futur et de l'absence probable d'informations sur l'innovation potentielle ou l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché à l'avenir, sans parler du problème que pose l'évaluation réaliste des futures stratégies potentielles des concurrents.

160. Néanmoins, les principes directeurs essentiels de la procédure restent les mêmes. Il sera nécessaire d'analyser les effets d'une fusion sur les facteurs d'incitation d'une entreprise et sur sa capacité à prendre unilatéralement des décisions. On accordera pour ce faire un certain poids aux données qui indiquent clairement un préjudice probable, en justifiant l'actualisation de possibilités futures. Les obstacles à l'entrée dans l'innovation joueront un rôle déterminant quant aux possibilités de concurrence à l'avenir. Et, dans le cas des fusions verticales, il faudra évaluer les risques d'éviction.

161. La prise en compte des retombées positives et des gains d'efficience associés à certains effets hors-prix, parallèlement au préjudice résultant des effets sur les prix et d'autres effets hors-prix, posera peut-être de plus grandes difficultés. Une concentration peut accroître la capacité d'une entreprise à innover, positionner ses produits en fonction des préférences des consommateurs, fournir des produits d'un niveau de qualité spécifique, offrir un éventail varié de produits ou investir dans la protection des données personnelles. L'obtention de tels avantages peut même constituer l'une des raisons principales justifiant la transaction. Toutefois, il convient de les distinguer soigneusement des effets hors-prix qui sont dus à une atténuation de la concurrence, par exemple une amélioration de la qualité au-delà de ce que souhaitent les consommateurs (en même temps qu'une augmentation des prix).

162. Les difficultés d'analyse que posent habituellement les gains d'efficience – à savoir déterminer dans quelle mesure ils sont quantifiables, suffisamment importants et réalisés en temps opportun – sont ici aggravées en raison du caractère dynamique des gains d'efficience potentiels hors-prix. Un gain d'efficience qui se traduit par une fréquence plus grande de l'introduction de nouveaux produits, par exemple, est plus difficile à évaluer qu'une réduction ponctuelle de coût, bien qu'il soit tout aussi pertinent du point de vue du bien-être du consommateur.

163. À cause de ces incertitudes, certaines juridictions au moins semblent hésiter à prendre en compte les efficacités dynamiques associées à des caractéristiques hors-prix (voir, par exemple, Ormosi 2015). La jurisprudence à ce sujet n'a guère évolué depuis une table ronde organisée par l'OCDE en 2007 qui concluait : « il serait souhaitable – dans l'idéal – que l'examen des efficacités dynamiques figure plus fréquemment et en meilleure place dans les décisions relatives aux concentrations. Le problème est que personne n'a encore trouvé de méthode sûre pour le faire et, plutôt que de se lancer dans des conjectures, les tribunaux s'abstiennent généralement d'analyser les efficacités dynamiques dans les affaires où une telle analyse serait justifiée » (OCDE, 2007, p. 10).

164. Plusieurs propositions ont été mises en avant pour accroître la prise en compte des gains d'efficience, en particulier ceux qui sont liés à l'innovation, en dépit des problèmes que cela pose. L'idée sous-jacente est que, puisqu'il n'existe pas de modèle a priori des effets d'une concentration sur l'innovation, un même niveau de preuve doit s'appliquer aux dommages et aux avantages concurrentiels. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de placer la barre plus haut pour la prise en compte des gains d'efficience, car ils risqueraient alors d'être « automatiquement exclus » (De Coninck, 2016, p. 49). Cette idée est présente dans la décision rendue par un tribunal de district des États-Unis dans l'affaire *Staples/Office Depot*²⁷, qui affirme que placer la barre excessivement haut pour la prise en compte des gains d'efficience reviendrait à exiger des entreprises qu'elles accomplissent « une tâche quasiment impossible : celle de réfuter une possibilité au moyen d'une certitude ».

165. Pour éviter ces difficultés, une méthode (voir Katz et Shelanski, 2007) serait d'examiner conjointement dommages et avantages concurrentiels, en pondérant chaque

type d'effet sur la base de leur probabilité relative (et en écartant par conséquent les effets incertains). Les risques de biais subjectif seraient neutralisés en mettant l'accent sur les données existantes (obtenues par exemple à partir des documents internes des entreprises qui décrivent exactement la stratégie et les raisons qui motivent la transaction) et la probabilité des dommages et des avantages concurrentiels. Une telle approche n'exclurait pas nécessairement une bonne dose de scepticisme à l'égard des gains d'efficacité. Le préjudice potentiel résultant d'une claire modification des facteurs d'incitation pour les entreprises devra être mis en balance avec les avantages concrets tout aussi probables ou plus qui correspondent aux spécificités de l'opération de concentration. Et ces avantages ne pourront apparaître au détriment d'autres caractéristiques des produits prisés des consommateurs, ou s'accompagner d'une augmentation de prix.

166. Les gains d'efficacité associés à l'innovation, par exemple, devront être évalués en déterminant s'ils résultent de la combinaison d'activités complémentaires aptes à produire des gains plus nets en termes de bien-être du consommateur que des activités qui se chevauchent. Dans le deuxième cas, des économies de coûts ne seront pas impossibles mais elles devront être évaluées en tenant compte de : (1) la baisse potentielle des résultats de l'innovation et des facteurs d'incitation pour les parties à la fusion ; et (2) la probabilité que ces économies se répercutent au niveau du consommateur. En pareil cas en effet, toute économie de coût aura lieu au détriment de l'innovation.

167. Les parties à une fusion pourront aussi faire valoir que l'opération est pour elles un moyen de surmonter les problèmes de blocage de l'innovation, qui empêchent d'investir dans l'innovation par crainte de l'incertitude ou de l'insuffisance des résultats. De tels avantages pourront être pris en compte lorsque, par exemple, les documents internes des entreprises avant la fusion soulignent l'insuffisance des gains éventuels de l'innovation pour des raisons d'échelle ou de fuite des connaissances. Cependant, ce cas est assez rare.

Encadré 14. Examen des gains d'efficience dans l'affaire *Western Digital Ireland/Viviti Technologies*

Lors du contrôle de l'acquisition de Viviti par Western Digital, la Commission européenne a constaté l'importance de l'innovation dans les marchés pertinents concernant la vente de certains types de lecteurs de disque. Elle s'est inquiétée par conséquent du risque que la transaction aboutisse au retrait du marché d'un concurrent exerçant une pression non négligeable à la fois sur les prix et sur l'innovation.

Les parties à la concentration affirmaient que cette opération se traduirait en fait par des avantages pour le consommateur, notamment grâce à l'augmentation des capacités de R-D. Elles mettaient en avant leur projet d'accroître l'investissement conjoint en faveur des activités de R-D, en s'appuyant sur ces activités pour diversifier les produits.

La Commission européenne s'est déclarée sceptique au sujet des gains d'efficience annoncés par les entreprises, en rappelant notamment que des accords de recherche en coopération permettaient souvent d'obtenir des avantages comparables sans qu'il soit nécessaire de fusionner les entreprises. Plus généralement, la Commission a contesté le caractère vérifiable des gains d'efficience annoncés en matière de R-D, étant donné l'absence d'éléments probants parmi les documents communiqués par le conseil d'administration pour l'informer de l'acquisition.

Source : Décision de la Commission européenne n° C(2011) 8644, Affaire M.6203 - Western Digital Ireland/Viviti Technologies, 23 novembre 2011.

5.3.3. Mesures correctives

168. Les mesures correctives employées à ce jour pour remédier à certaines préoccupations concernant la concurrence hors-prix sont de diverses sortes. Elles comprennent aussi bien des mesures comportementales que des mesures structurelles déjà utilisées au regard de la concurrence sur les prix. Néanmoins, identifier dans chaque cas les mesures correctives les mieux à même de remédier à un préjudice hors-prix soulève des difficultés particulières. En effet, une mesure axée sur tel ou tel aspect de la concurrence peut avoir des répercussions imprévues sur d'autres aspects. Il n'apparaît pas clairement en outre si des mesures comportementales sont aptes à remédier à plusieurs aspects de la concurrence hors-prix comme, par exemple, les facteurs d'incitation à l'innovation.

169. Dans certains cas, la cession d'équipements de recherche apparaît comme le moyen de résoudre les inquiétudes suscitées par une concentration au regard de l'innovation. Par exemple, dans l'affaire *Bayer/Monsanto*²⁸, la Commission européenne a exigé des parties qu'elles cèdent certains de leurs actifs de recherche, afin de permettre à l'acquéreur d'exercer une pression concurrentielle favorable à l'innovation sur l'entité issue de la fusion. Il est parfois difficile, cependant, d'identifier les actifs touchant à l'innovation qui doivent être cédés dans un but correctif, et de déterminer s'il existe des acquéreurs acceptables (Katz et Shelanski, 2007).

170. Des mesures comportementales, comme l'octroi de licences ou le maintien de certaines lignes ou caractéristiques de produits, peuvent aussi être envisagées. Cependant, le respect de ces mesures doit être contrôlé par les autorités de la concurrence, ce qui est parfois compliqué étant donné le caractère plurivoque et difficilement quantifiable de la qualité et des facteurs d'incitation à l'innovation. Les mesures comportementales sont sans doute plus efficaces dans le cas des fusions verticales, ou bien lorsqu'elles s'inscrivent dans un ensemble de mesures correctives incluant des directives structurelles (OCDE, 2011).

171. Comme indiqué précédemment, pour répondre à certaines préoccupations associées à des aspects hors-prix de la concurrence, il est parfois nécessaire de prendre des mesures supplémentaires en dehors du contrôle des concentrations. La possibilité que l'entité issue d'une fusion exploite les préjugés des consommateurs ou leur manque d'information au sujet de l'utilisation de leurs données personnelles devra dans certains cas être prise en compte dans la procédure de contrôle des concentrations, et faire en outre l'objet de mesures réglementaires. L'autorité de la concurrence concernée devra donc déterminer si des mesures correctives axées sur le consommateur, par exemple des mesures exigeant la fourniture d'un ensemble donné d'informations au consommateur, seront suffisantes pour remédier à un problème de concurrence, ou bien s'il sera nécessaire d'imposer des mesures de cession ou d'interdire la fusion (comme cela s'est produit, par exemple, dans l'affaire RBCH/Poole)²⁹. L'autorité pourra engager parallèlement une campagne de sensibilisation du consommateur ou des activités de plaidoyer en faveur d'une réglementation apte à résoudre les problèmes qu'elle observe plus généralement sur le marché.

172. Le nombre de mesures correctives imposées par les autorités de la concurrence qui concernent exclusivement certains aspects hors-prix de la concurrence est encore peu élevé. Ce fait s'explique sans doute par la prudence des autorités de la concurrence, qui hésitent à baser une décision sur ces seuls aspects, la rareté relative des affaires de concentration qui ne mettent pas en jeu la dimension de prix de la concurrence, et la difficulté à concevoir un ensemble de mesures correctives qui ne risquent pas d'avoir des effets imprévus.

173. Il convient donc de poursuivre la réflexion sur les moyens effectifs pour les autorités de la concurrence de traiter les effets hors-prix, étant donné le rôle indéniable de ces effets dans certains marchés. Déterminer quelles sont les répercussions générales de chaque mesure corrective constituera une tâche dynamique difficile et demandera l'examen au cas par cas des très nombreuses données factuelles, aussi bien quantitatives que qualitatives, que requiert le processus d'analyse de la concurrence au regard des effets hors-prix.

Encadré 15. Mesures correctives approuvées dans l'affaire *Bayer/Monsanto*

Comme on l'a vu dans la section 2.3, l'opération de concentration entre Bayer et Monsanto affectait des marchés où le rôle des activités de R-D était loin d'être négligeable. La Commission européenne a identifié plusieurs facteurs qu'elle jugeait particulièrement inquiétants du point de vue de la concurrence : l'intensité de la rivalité entre les parties à la fusion, le niveau de concentration dans le secteur et les obstacles à l'entrée sur le marché des semences, de certains caractères végétaux et des pesticides.

Pour répondre à ces inquiétudes, les parties ont proposé des mesures correctives impliquant la cession de plusieurs branches d'activité, qui ont été acceptées par la Commission. Il est significatif que, pour maintenir le niveau de pression concurrentielle antérieur à la fusion, les actifs à céder incluaient des actifs de R-D. Bayer s'est engagé en particulier à céder l'ensemble de son activité de semences et variétés de légumes, y compris son infrastructure de R-D. De plus, Bayer s'est engagé à céder à un rival plusieurs activités de recherche de substituts du glyphosate (l'herbicide de Monsanto pour lequel il n'existait guère alors de produits de substitution). La Commission a jugé que ces cessions permettraient à un concurrent de reproduire la pression concurrentielle que Bayer exerçait précédemment sur Monsanto.

Source : European Commission Press Release, Case M.8084 - Bayer/Monsanto, 21 mars 2018.

Encadré 16. Mesures correctives proposées dans l'affaire *Halliburton/Baker Hughes*

Dans l'action engagée au sujet de la fusion entre Halliburton et Baker Hughes (voir plus haut Encadré 11), le ministère de la Justice des États-Unis a considéré que les mesures correctives proposées par les parties étaient insuffisantes pour rétablir un niveau de concurrence sur le plan de l'innovation similaire à ce qui existait avant la transaction. Il a jugé en particulier que la complexité de ces mesures, ainsi que la séparation établie entre la propriété intellectuelle et les différents domaines d'activité, nuisaient à leur efficacité. Le ministère de la Justice a déclaré (p. 9) :

[Les mesures correctives proposées] sont apparemment les mesures les plus complexes et les plus risquées jamais envisagées dans une affaire antitrust. Elles auraient pour effet de séparer les domaines d'activité et obligeraient à répartir partout dans le monde équipements, propriété intellectuelle, recherche et développement, effectifs, contrats, logiciels, données et autres actifs entre l'entité issue de la fusion et l'acquéreur des actifs cédés. De nombreux contrats clients ne seraient pas transférés. S'agissant de certains des services pour lesquels la transaction entraînera probablement une forte diminution de la concurrence, les mesures proposées ne prévoient pas la cession de nombre des actifs indispensables à la fourniture de ces services (tels qu'outils, équipements, employés et contrats). L'acquéreur, par conséquent, continuerait à dépendre d'Halliburton pour certains services essentiels au regard des activités qui seraient cédées. Les mesures proposées, en outre, aboutiraient à la constitution par cession d'une entreprise ne disposant d'aucun actif comparable à ceux que possèdent aujourd'hui les Trois Grands dans d'importants segments du marché des services pétroliers, comme le fracking, le cimentage de puits onshore et le traitement des liquides de forage onshore.

Source : United States of America v. Halliburton Co. and Baker Hughes Inc., United States District Court for the District of Delaware, Case n° 1:16-cv-00233-UNA.

Résumé des difficultés pratiques que pose fréquemment l'examen des effets hors-prix des concentrations

- Les aspects hors-prix jouant parfois un rôle non négligeable dans la concurrence de marché, l'analyse des prix n'est pas suffisante pour déterminer les effets d'une concentration. Cependant, l'examen des effets hors-prix s'accompagne inévitablement d'un certain degré d'incertitude et d'appréciation subjective. Pour réduire au minimum les risques qui en résultent, on examinera tour à tour les trois points suivants.
- Premièrement, il convient d'établir si la concurrence hors-prix joue un rôle significatif dans les marchés concernés. Celui-ci est évident par exemple dans les marchés impliquant la fourniture gratuite de certains produits aux consommateurs, ou dans les marchés à forte rotation de produits due à l'innovation. Mais il n'existe pas d'indicateurs immédiats permettant d'*exclure* le rôle des aspects hors-prix dans un marché. Le fait qu'une caractéristique ne constitue pas actuellement un critère de différenciation entre des entreprises ne signifie pas automatiquement qu'elle ne doit pas être prise en compte dans le contrôle d'une concentration. Le plus souvent, une analyse basée sur les données est nécessaire pour déterminer l'importance que les consommateurs attachent à la qualité et les critères de décision concurrentielle des entreprises, ainsi que l'ampleur des activités de recherche et développement menées par les entreprises.
- Deuxièmement, il est nécessaire d'examiner la relation réciproque entre les effets-prix et hors-prix d'une concentration. Cela est parfois difficile puisqu'il s'agit de comparer des effets statiques et dynamiques, à court et à long terme, et dont le degré de probabilité diffère. Certaines méthodes d'analyse, comme l'application de taux d'actualisation reflétant les incertitudes, l'emploi de prix corrigés pour tenir compte d'autres aspects de la concurrence ou la simulation des concentrations, pourront être utilisés à cette fin. Néanmoins, dans la plupart des cas, le rôle des données qualitatives, en particulier au sujet des préférences des consommateurs et des raisons qui motivent la transaction, sera déterminant. S'il apparaît qu'une concentration aura probablement des effets opposés sur les prix et les aspects hors-prix, il faudra établir si les deux types d'effets peuvent s'accompagner d'une baisse de la concurrence (par ex. si la qualité, et donc les prix, s'accroissent au-dessus du niveau concurrentiel).
- Troisièmement, il faut déterminer à quelle étape précise de l'analyse d'une concentration intégrer les effets hors-prix. Une définition trop rigoureuse du marché risque de se révéler inadéquate lorsque de nombreux effets hors-prix sont en jeu. L'appréciation concurrentielle et l'examen des efficacités peuvent l'une et l'autre prendre en compte les aspects hors-prix, et une hypothèse de neutralité est parfois indiquée à propos de l'innovation. Le recours à des mesures correctives motivées par des effets hors-prix est encore peu fréquent en comparaison avec les mesures généralement appliquées pour remédier aux effets sur les prix.

6. Conclusion

174. L'auteur du présent document s'est efforcé de récapituler les aspects essentiels de la concurrence hors-prix qui ont été analysés – ou proposés à l'analyse – dans des affaires de concentration. L'innovation tient une place notable dans les publications spécialisées relatives au droit de la concurrence et les autorités de la concurrence devront sans doute s'intéresser de plus en plus à cet aspect. Les facteurs de qualité, qui ont déjà été pris en compte dans plusieurs secteurs d'activité, sont parfois affectés par une concentration, sous la forme d'une baisse unilatérale de la qualité ou bien d'un repositionnement des produits. Enfin, selon certaines études, la protection des données personnelles et de la vie privée des consommateurs pourrait constituer un aspect potentiel de la concurrence, probablement sous la forme d'un facteur qualitatif.

175. Ces différents aspects de la concurrence présentent certains éléments communs. Ne pas les prendre en compte peut être source d'erreurs dans l'analyse de l'incidence d'une concentration sur le bien-être des consommateurs. Des théories du préjudice convaincantes ont été développées à propos de chacun de ces aspects, ainsi que des scénarios décrivant les situations où une concentration peut entraîner des gains d'efficacité pour chacun d'eux. Les résultats des études sur l'innovation sont encore très contrastés. Une analyse au cas par cas s'appuyant sur des éléments qualitatifs, ainsi que sur les données disponibles, est donc nécessaire.

176. Avant de s'engager trop avant dans l'examen d'un projet de concentration, il convient de déterminer par l'analyse dans quelle mesure telle ou telle caractéristique hors-prix constitue un aspect important de la concurrence dans le marché concerné. Cela exige de comprendre comment les consommateurs et les entreprises prennent leurs décisions. Certains indicateurs comme le caractère limité de la concurrence sur les prix dû à la réglementation ou à la fourniture gratuite de certains produits sont utiles à cet égard. Les caractéristiques des produits qui sont prisées des consommateurs mais qui, à l'heure actuelle, ne varient pas entre les entreprises concurrentes ne doivent pas automatiquement être écartées en tant que dimensions de la concurrence.

177. Lorsqu'il paraît probable qu'une concentration va nuire à certains aspects hors-prix de la concurrence, il convient aussi d'examiner comment ce préjudice s'articule avec les effets de la transaction sur les prix. Un problème particulier se pose lorsque des hausses de prix interviennent en même temps que des gains d'efficacité qui bénéficient aux aspects hors-prix. La pondération relative des différents effets exige d'examiner de près les données qualitatives, en corrigeant éventuellement les prix en tenant compte de la qualité et de l'existence probable d'effets hors-prix ainsi, que du moment où ils apparaîtront. Lorsque les données disponibles sont insuffisantes et qu'il n'existe aucune méthode d'analyse simple, cette évaluation devra alors être purement qualitative.

178. L'étape exacte de la procédure de contrôle d'une concentration où les effets hors-prix devront entrer en ligne de compte dépendra des particularités du marché examiné. Néanmoins, il est conseillé de prêter attention à ces effets, à tout le moins de façon accessoire, à chaque étape de la procédure (définition du marché, évaluation de l'impact sur la concurrence, analyse des gains d'efficacité et choix des mesures correctives). On veillera aussi à définir étroitement le marché lorsque la concurrence présente de nombreux aspects hors-prix. Les gains et préjudices éventuels générés par l'innovation pourront être examinés en même temps en se fondant sur un principe de

neutralité. Cependant, les gains d'efficacité hors-prix en général devront être soigneusement examinés, en déterminant dans quelle mesure ils risquent de se produire au détriment d'autres aspects de la concurrence. Il n'existe pas de mesures correctives toutes faites pour remédier aux problèmes liés à la concurrence hors-prix mais des mesures structurelles ont été appliquées dans certains cas et le recours à d'autres types de mesures, en dehors de la procédure de contrôle des concentrations, sera parfois nécessaire.

179. En résumé, les effets hors-prix des concentrations sont par essence singuliers, qualitatifs par nature et difficiles à apprécier et pourtant, dans nombre de marchés, ils constituent des aspects essentiels de la concurrence. Les cas où il est indispensable de les analyser en détail sont en fait peu nombreux et, le plus souvent, un soigneux examen préalable est nécessaire avant de les exclure de l'évaluation. Pour réduire au minimum les risques de biais subjectif dans ce processus, on privilégiera les données relatives aux préférences des consommateurs et aux stratégies commerciales des entreprises, en établissant l'existence probable de tel ou tel effet. Dans certains marchés, l'innovation, la qualité et la protection des données personnelles ont une incidence significative sur le bien-être des consommateurs et les autorités de la concurrence seraient avisées de ne pas faire l'économie de ce travail d'analyse, aussi difficile puisse-t-il parfois s'avérer.

Notes

¹ Les Lignes directrices relatives aux fusions horizontales (Horizontal Merger Guidelines) des États-Unis indiquent : « Un pouvoir de marché accru peut aussi se manifester sous des formes et modalités autres que les prix et qui nuisent à l'intérêt du consommateur, par exemple une diminution de la qualité et de la variété des produits, une réduction des services fournis ou une baisse de l'innovation. De tels effets hors-prix peuvent se produire simultanément avec les effets sur les prix ou bien en l'absence de ces derniers. Pour déterminer si une opération de concentration risque d'entraîner une baisse substantielle de la concurrence hors-prix, les Autorités emploient une méthode analogue à celle utilisée pour évaluer la concurrence sur les prix. L'augmentation du pouvoir de marché peut aussi accroître la probabilité que l'entité issue de la fusion adopte effectivement et avec profit des pratiques d'éviction. Quelles que soient les modalités sous lesquelles se manifeste l'augmentation du pouvoir de marché, les Autorités examinent normalement les fusions en cherchant à déterminer leur impact sur la clientèle. Elles prennent en compte leurs effets sur les clients directs et/ou les consommateurs finaux. En l'absence d'éléments aptes à les convaincre du contraire, les Autorités supposent que des effets indésirables pour les clients directs peuvent aussi être la cause d'effets indésirables pour les consommateurs finaux » (p. 2) ; <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

Les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales de la Commission européenne indiquent : « Grâce au contrôle qu'elle exerce sur les opérations de concentration, la Commission empêche la réalisation des opérations qui priveraient les clients de ces avantages en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises. Par "augmentation du pouvoir de marché", il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence » ; [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN).

De même, les Lignes directrices relatives aux fusions horizontales du Royaume-Uni indiquent : « Pour déterminer le préjudice éventuel, les Autorités examinent la manière dont sera affectée la concurrence. Elles identifient les offres de produit concurrentielles des entreprises concernées par l'opération qui pourraient souffrir de la fusion, que ce soit sous l'angle des prix ou sous d'autres aspects comme le volume des ventes, la qualité des services, la gamme ou la qualité des produits et l'innovation. La capacité des entreprises à ajuster ces différents aspects, ainsi que le temps dont elles disposent pour le faire, dépendra du marché concerné » (p. 21) ; https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf.

² Pour une présentation détaillée des études sur la relation entre concurrence et innovation, voir par exemple Shapiro (2012) et Jullien et Lefouili (2018).

³ Décision de la Commission européenne n° C(2015) 6179, Affaire M.7278 - General Electric/Alstom, 8 septembre 2015.

⁴ Competition and Markets Authority, A report on the completed acquisition by VTech Holdings Limited of LeapFrog Enterprises, Inc., 12 janvier 2017.

⁵ Décision de la Commission européenne n° C(2011) 529, Affaire M.5984 - Intel/McAfee, 26 janvier 2011.

⁶ Décision de la Commission européenne n° C(2015) 6179, Affaire M.7278 - General Electric/Alstom, 8 septembre 2015.

⁷ Federal Trade Commission Press Release, « FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc. », 13 janvier 2004.

- ⁸ United States Department of Justice Press Release, « Justice Department Files Antitrust Lawsuit Against Bazaarvoice Inc. Regarding the Company's Acquisition of PowerReviews Inc. », 10 janvier 2013.
- ⁹ United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. and Deutsche Telekom AG, United States District Court for the District of Columbia, Case 1:11-cv-01560, 31 août 2011.
- ¹⁰ Décision de la Commission européenne n° C(2017) 2006, Affaire M.7995 - Deutsche Börse/London Stock Exchange Group, 29 mars 2017.
- ¹¹ Communiqué de presse de la Commission européenne : Halliburton/Baker Hughes, Affaire M.7477, 12 janvier 2016 ; United States of America v. Halliburton Co. and Baker Hughes Inc., United States District Court for the District of Delaware, Case no. Case 1:16-cv-00233-UNA.
- ¹² Communiqué de presse de la Commission européenne : Bayer/Monsanto, Affaire M.8084, 21 mars 2018.
- ¹³ Décision de la Commission européenne, voir plus haut note 11.
- ¹⁴ Administrative Complaint in the matter of Thoratec Corporation and HeartWare International, Inc., Federal Trade Commission, Docket n° 9339, 28 juillet 2009.
- ¹⁵ Décision de la Commission européenne, voir plus haut note 12.
- ¹⁶ Statement of the Commission Concerning Google/AdMob, FTC File n° 101-0031, 21 mai 2010.
- ¹⁷ Décision de la Commission européenne, voir plus haut note 6.
- ¹⁸ Décision de la Commission européenne, voir plus haut note 3.
- ¹⁹ Les implications de la « concurrence monopolistique » pour le bien-être en termes de variété des produits sont examinées, par exemple, dans l'article de Dixit et Stiglitz (2007), « Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity », *The American Economic Review*, vol. 67(3).
- ²⁰ RBCH/Poole : Competition Commission, « A report on the anticipated merger of The Royal Bournemouth and Christchurch Hospitals NHS Foundation Trust and Poole Hospital NHS Foundation Trust », 17 octobre 2013.
- ²¹ Findings of Fact, Conclusions of Law and Order Thereon in United States of America v. Oracle Corporation, United States District Court for the Northern District of California, Case n° C 04-0807 VRW.
- ²² Complaint in the matter of Whole Foods Market, Inc. and Wild Oats Market, Inc., Federal Trade Commission, Docket n° 9324, 27 juin 2007.
- ²³ Décision de la Commission européenne n° C(2016) 8404, Affaire M.8124 - Microsoft/LinkedIn, 6 décembre 2016.
- ²⁴ Statement of the Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File n° 071-0170, 20 décembre 2007.
- ²⁵ Federal Trade Commission Press Release, « FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition », 10 avril 2014.
- ²⁶ Competition Commission, voir plus haut note 20.
- ²⁷ Memorandum Opinion in Federal Trade Commission v. Staples, Inc. and Office Depot Inc., United States District Court for the District of Columbia, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997), 30 juin 1997.
- ²⁸ Décision de la Commission européenne, voir plus haut note 5.
- ²⁹ Competition Commission, voir plus haut note 20.

Affaires citées

Commission européenne

AB InBev/SABMiller : European Commission Decision C(2016) 3212, Case M.7881 - AB InBev/SAB Miller, 24 mai 2016, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7881_3286_3.pdf

Bayer/Monsanto : European Commission Press Release, Case M.8084 - Bayer/Monsanto, 21 mars 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2282_en.htm

Deutsche Börse / London Stock Exchange Group : European Commission Decision C(2017) 2006, Case M.7995 - Deutsche Börse/London Stock Exchange Group, 29 mars 2017, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7995_7544_3.pdf

Dow/DuPont : European Commission Decision C(2017) 1946, Case M.7932 - Dow/Dupont, 27 mars 2017, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf

General Electric/Alstom : European Commission Decision C(2015) 6179, Case M.7278 - General Electric/Alstom, 8 septembre 2015, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7278_6808_3.pdf

Halliburton/Baker Hughes : European Commission Press Release, Case M.7477, 12 janvier 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-48_en.htm

Intel/McAfee : European Commission Decision C(2011) 529, Case M.5984 - Intel/McAfee, 26 janvier 2011, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5984_1922_2.pdf

Microsoft/LinkedIn : European Commission Decision C(2016) 8404, Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, 6 décembre 2016, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf

Telefonica Deutschland/E-Plus : European Commission Decision C(2014) 4443, Case M.7018 - Telefónica Deutschland/E-Plus, 2 juillet 2014, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7018_6053_3.pdf

Western Digital Irland/Viviti Technologies : European Commission Decision C(2011) 8644, Case M.6203 - Western Digital Irland/Viviti Technologies, 23 novembre 2011, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6203_20111123_20600_3212692_EN.pdf

Royaume-Uni

RBCH/Poole : Competition Commission, « A report on the anticipated merger of The Royal Bournemouth and Christchurch Hospitals NHS Foundation Trust and Poole Hospital NHS Foundation Trust », 17 octobre 2013, www.gov.uk/cma-cases/royal-bournemouth-and-christchurch-hospitals-nhs-foundation-trust-poole-hospital-nhs-foundation-trust-merger-inquiry-cc

VTech/LeapFrog : Competition and Markets Authority, « A report on the completed acquisition by VTech Holdings Limited of LeapFrog Enterprises, Inc. », 12 janvier 2017, **Error! Hyperlink reference not valid.**

États-Unis

Facebook/WhatsApp : Federal Trade Commission Press Release, « FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition », 10 avril 2014, www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed

Genzyme/Novazyme : Federal Trade Commission Press Release, « FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc. », 13 janvier 2004, www.ftc.gov/news-events/press-releases/2004/01/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001

Google/AdMob :

- Federal Trade Commission Press Release, « FTC Closes its Investigation of Google AdMob Deal », 21 mai 2010, www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/05/ftc-closes-its-investigation-google-admob-deal
- Statement of the Commission Concerning Google/AdMob, FTC File n° 101-0031, 21 mai 2010, www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/closing-letters/google-incadmob-inc

Google/DoubleClick : Statement of the Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File n° 071-0170, 20 décembre 2007, www.ftc.gov/system/files/documents/public-statements/418081/071220googlecdc-commstmt.pdf

Halliburton Co./Baker Hughes Inc. : Complaint in United States of America v. Halliburton Co. and Baker Hughes Inc., United States District Court for the District of Delaware, Case n° 1:16-cv-00233-UNA, www.justice.gov/atr/case/us-v-halliburton-co-and-baker-hughes-inc

Oracle Corporation/PeopleSoft Inc. : Findings of Fact, Conclusions of Law and Order Thereon in United States of America v. Oracle Corporation, United States District Court for the Northern District of California, Case n° C 04-0807 VRW, www.justice.gov/atr/case-document/findings-fact-conclusions-law-and-order-thereon

PowerReviews/Bazaarvoice : United States Department of Justice Press Release, « Justice Department Files Antitrust Lawsuit Against Bazaarvoice Inc. Regarding the Company's Acquisition of PowerReviews Inc. », 10 janvier 2013, www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-against-bazaarvoice-inc-regarding-company-s

Staples/Office Depot : Memorandum Opinion in Federal Trade Commission v. Staples, Inc. and Office Depot Inc., United States District Court for the District of Columbia, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997), 30 juin 1997.

Thoratec/HeartWare : Administrative Complaint in the matter of Thoratec Corporation and HeartWare International, Inc., Federal Trade Commission, Docket n° 9339, 28 juillet 2009, www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2009/07/090730thorateadminccmpt.pdf

T-Mobile/AT&T : Complaint in United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. and Deutsche Telekom AG, United States District Court for the District of Columbia, Case 1:11-cv-01560, 31 août 2011, www.justice.gov/atr/case-document/file/487776/download

Whole Foods/Wild Oats : Complaint in the matter of Whole Foods Market, Inc. and Wild Oats Market Inc., Federal Trade Commission, Docket n° 9324, 27 juin 2007, www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/06/070628admincmplt.pdf

Bibliographie

- Acquisti, A. (2010), « The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy », *document de travail destiné au Groupe de travail sur la sécurité de l'information et la vie privée et au Groupe de travail sur l'économie de l'information*, www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf.
- Aghion, P. et al. (2005), « Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n° 2, https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4481507/aghion_invertedu.pdf?sequence=2.
- Argentesi, E. et al. (2016), « The effect of retail mergers on prices and variety: An ex-post evaluation », *DICE Discussion Paper*, n° 225, www.econstor.eu/handle/10419/142686.
- Arrow, K. (1962), « Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention », in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press.
- Authority for Consumers and Markets, Pays-Bas (2016), « ACM: hospital mergers do not demonstrably improve health care quality », www.acm.nl/en/publications/publication/16263/ACM-hospital-mergers-do-not-demonstrably-improve-health-care-quality.
- Brekke, K., L. Siciliani et O. Rune Straume (2014), « Horizontal Mergers and Product Quality », *Norwegian School of Economics Discussion Paper*, <https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/163396/SAM0414.pdf?sequence=1>.
- Carlton, D. et M. Israel (2010), « Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy? », *The Antitrust Source*, www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Oct10_Carlton10_21f.authcheckdam.pdf.
- Carlton, D. et R. Gertner (2003), « Intellectual Property, Antitrust, and Strategic Behavior », *Innovation Policy and the Economy*, vol. 3, <https://doi.org/10.1086/ipe.3.25056152>.
- Claeys & Casteels Publishing (2016), « Symposium: Competition and Innovation », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 2, n° 3, www.crai.com/sites/default/files/publications/Innovation-in-EU-merger-control-in-a-need-of-a-consistent-framework.pdf.
- Costa-Cabral, F. et O. Lynskey (2017), « Family Ties: The intersection between data protection and competition in EU law », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 1, <http://eprints.lse.ac.uk/68470/>.
- De Coninck, R. (2016), « Innovation in EU Merger control: in need of a consistent framework », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 2, n° 3, <https://ecp.crai.com/publications/innovation-in-eu-merger-control-in-need-of-a-consistent-framework/>.
- Denicolò, V. et M. Polo (2017), « Duplicative research, mergers and innovation », *Center for Economic Policy Research*, Paper n° DP12511, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3089768.
- Draganska, M., M. Mazzeo et K. Seim (2009), « Beyond plain vanilla: Modeling joint product assortment and pricing decisions », *Quantitative Marketing and Economics*, vol. 7, n° 2, <https://doi.org/10.1007/s1129-008-9047-7>.
- Fan, Y. (2013), « Ownership Consolidation and Product Characteristics: A Study of the US Daily Newspaper Market », *American Economic Review*, vol. 103, n° 5, [www-personal.umich.edu/~yingfan/Fan\(2013\).pdf](http://www-personal.umich.edu/~yingfan/Fan(2013).pdf).
- Farell, J. (2012), « Can privacy be just another good? », *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 10, www.jthtl.org/content/articles/V10I2/JHTTLv10i2_Farell.PDF.

- Federico, G., G. Langus et T. Valletti (2017), « A simple model of mergers and innovation », *CESifo Working Paper Series*, n° 6539, CESifo Group Munich, https://ideas.repec.org/p/ces/ceswps/_6539.html.
- Galindo-Rueda, F. et F. Verger (2016), « OECD Taxonomy of Economic Activities Based on R&D Intensity », *Documents de travail de l'OCDE sur la science, la technologie et l'industrie*, n° 2016/04, <https://dx.doi.org/10.1787/5jl73sqgp8r-en>.
- Gandhi, A. et al (2008), « Post-merger product repositioning », *The Journal of Industrial Economics*, vol. LVI.
- George, L. (2007), « What's fit to print: The effect of ownership concentration on product variety in daily newspaper markets », *Information Economics and Policy*, vol. 19, n° 3-4, https://econpapers.repec.org/article/eeiepoli/v_3a19_3ay_3a2007_3ai_3a3-4_3ap_3a285-303.htm.
- Gilbert, R. et S. Sunshine (1995), « Incorporating dynamic efficiencies concerns in merger analysis: the use of innovation markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 2.
- Gilbert, R. et S. Sunshine (1995a), « The use of innovation markets: A reply to Hay, Rapp and Hoerner », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1.
- Gilbert, P. et R. Pepper (2015), « Privacy Considerations In European Merger Control: A Square Peg For A Round Hole », *CPI Antitrust Chronicle*, www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/PepperGilbertmai-152.pdf.
- Greenfield, D. (2014), « Competition and service quality: New evidence from the airline industry », *Economics of Transportation*, vol. 3, n° 1, <https://doi.org/10.1016/j.ecotra.2013.12.005>.
- Harbour, P. et T. Koslov (2010), « Section 2 in a Web 2.0 World: An expanded vision of relevant product markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 76, <https://pdfs.semanticscholar.org/6cfc/7022e5302264817c4b5bf8baa3d975403200.pdf>.
- Haucap, J. (2017), « Merger Effects on Innovation: A Rationale for Stricter Merger Control? », *DICE Discussion Paper*, n° 268, www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/268_Haucap.pdf.
- Haucap, J. et J. Stiebale (2016), « How mergers affect innovation: Theory and evidence from the pharmaceutical industry », *DICE Discussion Paper*, n° 218, www.econstor.eu/handle/10419/130193.
- Jullien, B. et Y. Lefouili (2018), « Horizontal Mergers and innovation », <https://ssrn.com/abstract=3135177>.
- Katz, M. et H. Shelanski (2007), « Mergers and Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 74.
- Kern, B., R. Dewenter et W. Kerber (2016), « Empirical Analysis of the Assessment of Innovation Effects in U.S. Merger Cases », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 16, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10842-016-0225-0.pdf>.
- Lhuillery, S., J. Raffo et I. Hamdan-Livramento (2016), « Measuring creativity: Learning from innovation measurement », *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Economic Research Working Paper* n° 31, www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4016&plang=EN.
- Marshall, G. et A. Parra (2016), « Mergers in Innovative Industries: the Role of Product Market Competition », www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/945353/marshall_parra.pdf.
- Matsa, D. (2011), « Competition and Product Quality in the Supermarket Industry », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, n° 3, <https://doi.org/10.1093/qje/qjr031>.

- Mazzeo, M., K. Seim et M. Varela (2012), « The Welfare Consequences of Mergers with Product Repositioning », www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/204241/mazzeoseimvarela.pdf.
- Motta, M. et E. Tarantino (2017), « The Effect of Horizontal Mergers, When Firms Compete in Prices and Investments », www.eief.it/files/2017/09/motta.pdf.
- OCDE (2016), « Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique », document de travail du Comité de la concurrence, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf).
- OCDE (2013), « The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis », Les tables rondes sur la politique de la concurrence, www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf.
- OCDE (2012), « Market Definition », Les tables rondes sur la politique de la concurrence, www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf.
- OCDE (2011), « Remedies in merger cases », Les tables rondes sur la politique de la concurrence, www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf.
- OCDE (2007), « Dynamic Efficiencies in Merger Analysis », Les tables rondes sur la politique de la concurrence, www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf.
- Ohlhausen, M. et A. Okuliar (2015), « Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy », https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561563.
- Ormosi, P., F. Mariuzzo et R. Havell (2015) « A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations? », *Commission européenne*, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0115715enn.pdf>.
- Petit, N. (2017), « Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control? », https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911597.
- Pinto, B. et D. Sibley (2016), « Unilateral Effects with Endogenous Quality », *Review of Industrial Organization*, vol. 49, n° 3, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-016-9504-5>.
- RBB Economics (2017), « An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm », www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf.
- Rosch, J. (2014), « Economics in Merger Analysis », *The Antitrust Bulletin*, vol. 59, n° 1, <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1405900105>.
- Schmid, A. et M. Varkevisser (2015), « Hospital merger control in Germany, the Netherlands and England: Experiences and challenges », *Health Policy*, vol. 120, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016885101500278X.
- Schumpeter, J. (1942), « Capitalism, Socialism and Democracy », *Harper & Brothers*, New York.
- Shapiro, C. (2012), « Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye? » in *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, J. Lerner et S. Stern (dir. pub.), University of Chicago Press, www.nber.org/chapters/c12360.
- Shelanski, H. (2013), « Information, innovation, and competition policy for the internet », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=penn_law_review.
- Steven, A., A. Yazdi et M. Dresner (2016), « Mergers and service quality in the airline industry: A silver lining for air travelers? », *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, vol. 89, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1366554515300697.

- Stucke, M. et A. Grunes (2008), « Competition Policy for the Media Sector », *American Antitrust Institute Working Paper*, n° 08-01, www.antitrustinstitute.org/files/Working%20Paper%2008-01%20Media_052220081717.pdf.
- Sweeting, A (2010), « The Effects of Mergers on Product Positioning: Evidence from the Music Radio Industry », http://public.econ.duke.edu/~atsweet/SWEETING_mergersJan10.pdf.
- Veugelers, R. (2012), « Innovation in EU Merger Control: Walking the Talk », *Bruegel Policy Contribution*, n° 2012/04, http://bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/pc_2012_04_FINAL.pdf.
- White, L. (1972), « Quality Variation When Prices are Regulated », *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 3, n° 2, <https://ideas.repec.org/a/rje/bellje/v3y1972iautumnp425-436.html>.
- Willig, R. (2011), « Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions », *Review of Industrial Organisation*, vol. 39.