

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

**Table ronde sur le concept de concurrence potentielle**

**Note de référence du Secrétariat**

10 juin 2021

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de l'examen du point 2 de l'ordre du jour de la 135e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE qui aura lieu du 9 au 11 juin 2021.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :  
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/the-concept-of-potential-competition.htm>.

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

**JT03488849**

## *Le concept de concurrence potentielle*

- Note de référence du Secrétariat<sup>1</sup> -

*Le présent document analyse le concept de concurrence potentielle en tant que facteur proconcurrentiel non négligeable. Si la concurrence potentielle est inévitablement soumise à une grande incertitude, le document tend à démontrer que, lorsqu'elle existe, elle mérite la même considération que la concurrence réelle.*

*Ce document étudie les avantages d'un allongement de la période d'évaluation de la concurrence potentielle et passe en revue les outils existant pour procéder à une telle évaluation. Il en ressort que ces outils peuvent être utilement présentés dans un cadre spécifique afin de faciliter cet exercice, l'incertitude entourant les contraintes concurrentielles potentielles étant différente et plus forte. Parmi ces outils, un grand nombre sont déjà largement utilisés, comme l'importance accrue accordée à des documents internes contemporains crédibles, à la progression à travers des points de contrôle réglementaires, et à la connaissance des modèles économiques et de la concurrence pour innover. De même, en ce qui concerne le scénario contrefactuel, ce document suggère de suivre les pratiques exemplaires existantes, par exemple en envisageant proactivement d'autres scénarios. Il propose également d'utiliser ce qui pourrait constituer des outils plus nouveaux dans d'autres pays – analyse de l'évaluation, enquêtes de consommation prospectives, analyse des effets induits des produits ne se chevauchant pas qui sont présents sur des marchés adjacents – et le développement d'une expertise spécialisée dans l'amélioration de l'accès au marché.*

*Ce document met également en lumière la tendance qu'ont actuellement les autorités de la concurrence de plaider en faveur d'une modification des cadres décisionnels en place pour protéger efficacement contre la perte de concurrence potentielle. À cet égard, il tend à démontrer qu'il pourrait être justifié d'utiliser, pour la concurrence potentielle, des seuils différents de ceux qui sont fixés lorsque les préoccupations concernent un risque de perte d'une contrainte réelle.*

---

<sup>1</sup> Le présent document a été rédigé par Chris Pike et Takuya Ohno de la Division de la concurrence de l'OCDE. Il a bénéficié des commentaires d'Antonio Capobianco, Renato Ferrandi, Ruben Maximiano, Wouter Meester et Pedro Caro de Sousa de la Division de la concurrence de l'OCDE.

## Table des matières

<b>1. Introduction</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Qu'est-ce que la concurrence potentielle ?</b> .....	<b>5</b>
2.1. Définitions .....	5
2.2. Quels types de marchés sont concernés par la concurrence potentielle ? .....	6
2.3. Théories du préjudice causé par l'élimination d'une concurrence potentielle .....	6
2.4. Paramètres essentiels d'identification de la concurrence potentielle .....	10
<b>3. Évaluation des barrières à l'entrée</b> .....	<b>11</b>
3.1. Définitions et types de barrières à l'entrée .....	11
3.2. Quel est l'impact des barrières à l'entrée sur la concurrence potentielle ? .....	14
<b>4. Évaluation de la probabilité et de la vigueur de la concurrence potentielle</b> .....	<b>17</b>
4.1. Quelles devraient être la probabilité et la hauteur des seuils fixés pour la contrainte potentielle ? .....	17
4.2. Comment évaluer la probabilité et la force d'une contrainte potentielle ? .....	22
4.3. Évaluation <i>ex post</i> de la concurrence potentielle .....	31
4.4. Analyse contrefactuelle dans les affaires de concurrence potentielle .....	32
<b>5. Évaluation du délai dans lequel une concurrence potentielle émergera</b> .....	<b>33</b>
5.1. Problèmes liés à une courte période d'évaluation .....	34
5.2. Comment évaluer le délai d'entrée ? .....	36
<b>6. Conclusion</b> .....	<b>38</b>
<b>Références</b> .....	<b>41</b>

## Encadrés

Encadré 1. Pacific Biosciences / Illumina – affaire de fusion et de situation de monopole	7
Encadré 2. Visa/Plaid – affaire de fusion et de situation de monopole	8
Encadré 3. Comment remédier aux effets de réseau multiplateformes et aux biais comportementaux ?	13
Encadré 4. Fusion Sabre/Farelogix	18
Encadré 5. Affaire sur l'accord de règlement amiable des litiges concernant les brevets GSK en Corée	21
Encadré 6. Fusion Dow/DuPont	25
Encadré 7. Cornershop/Uber – Analyse de la concurrence potentielle par l'autorité de la concurrence chilienne	27
Encadré 8. Pratiques recommandées pour l'évaluation de la concurrence potentielle	30
Encadré 9. Pratiques recommandées pour l'analyse contrefactuelle dans les affaires de concurrence potentielle	33
Encadré 10. Analyse de la concurrence potentielle dans l'affaire Siemens/Alstom	37
Encadré 11. TPG/Vodafone – Analyse de la concurrence potentielle en Australie	38

## 1. Introduction

1. Les spécialistes du mouvement favorable à une approche économique du droit de la concurrence ont fait valoir dernièrement, auprès du Congrès des États-Unis, que le droit de la concurrence, tel qu'il était interprété et appliqué aujourd'hui, était en contradiction avec la pensée économique moderne et inapproprié pour lutter contre et empêcher la progression du pouvoir de marché (Baker et al., 2020<sup>[1]</sup>). Ils appellent les autorités à renforcer le droit de la concurrence et notamment à préciser que celui-ci protège la *concurrence potentielle*. Ils plaident en outre pour l'introduction d'une législation annulant le précédent établi par les tribunaux qui limite le champ d'action des mesures antitrust, à l'établissement de règles juridiques imposant, s'il y a lieu, aux défendeurs d'apporter la preuve que leur comportement n'est pas préjudiciable à la concurrence, ainsi qu'à un durcissement des sanctions et à un renforcement des moyens de contrôle<sup>1</sup>.

2. Au cours de l'audience du Congrès américain durant laquelle ce mouvement a formulé ses propositions, plusieurs économistes et juristes éminents ont aussi fait valoir qu'il existait un large consensus sur le cadre analytique et les outils économiques permettant de déterminer si une fusion risquait de diminuer la concurrence de façon substantielle, notamment au regard de la *concurrence naissante* et *potentielle* sur les marchés numériques (Barnett et al., 2020<sup>[2]</sup>).

3. La question soulevée par ce débat est celle de la contradiction du droit de la concurrence avec la pensée économique moderne sur la concurrence potentielle. Il s'emblerait que s'il existe un « large consensus » sur cette pensée économique, comme le donnent à penser (Barnett et al., 2020<sup>[2]</sup>), nombre de grands économistes ne pensent pas que ce consensus soit dûment pris en compte dans le droit de la concurrence en vigueur au regard de ce type de concurrence.

4. Les États-Unis ne sont pas le seul pays à accueillir un vif débat sur l'importance de la concurrence potentielle. En Australie, par exemple, l'ACCC a déjà recommandé d'apporter des changements au droit des fusions australien pour imposer expressément un examen des effets d'une fusion sur la concurrence potentielle. Au Japon, les lignes directrices sur les fusions et les seuils de notification ont été révisés pour permettre à la JFTC de repérer les fusions ou les comportements qui portent atteinte à la concurrence potentielle (JFTC, 2019<sup>[3]</sup>).

5. En Europe, l'élimination de la concurrence potentielle, notamment par des acquisitions et des pratiques d'exclusion sur les marchés numériques et pharmaceutiques, suscite également de graves préoccupations (OCDE, 2020<sup>[4]</sup>). Au Royaume-Uni, par exemple, le chef économiste de la CMA a indiqué qu'il ne faisait désormais aucun doute que le droit de la concurrence n'avait pas été suffisamment appliqué au regard de la perte de concurrence potentielle (Walker, 2020<sup>[5]</sup>). La CMA a ainsi dit avoir commencé à adapter ses théories du préjudice dans les affaires récentes pour tenir davantage compte de l'impact sur la concurrence potentielle (CMA, 2019<sup>[6]</sup>). Dans l'intervalle, les processus de notification des fusions existant en Allemagne et en Autriche ont été modifiés pour permettre aux deux autorités concernées d'enquêter sur les acquisitions de concurrents potentiels naissants.

6. Toutefois, la question du traitement de l'entrée de concurrents potentiels qui seraient susceptibles d'atténuer les effets de fusions ou de pratiques qui, sans eux, seraient anticoncurrentielles, a aussi fait débat. En particulier, ce point est vivement contesté dans les affaires qui se situent au croisement de la politique de la concurrence et de la politique industrielle. Ainsi, la fusion Siemens/Alstom (voir l'Encadré 10) qui aurait donné naissance à un « champion » européen de la fabrication de matériel ferroviaire se

caractérise justement par une telle évaluation de la menace représentée par les concurrents potentiels en Chine.

7. Toutes les considérations ci-dessus ouvrent le débat sur le concept même de concurrence potentielle, ses limites, ses liens avec les barrières à l'entrée, nos méthodes d'évaluation de la probabilité, de la force et du timing des contraintes potentielles, et les seuils que nous utilisons pour prendre nos décisions. Ce document analyse donc chacun de ces aspects tout en reliant ces problématiques aux affaires pertinentes de fusion, de collusion et d'exclusion dans lesquelles elles sont apparues dans la pratique.

8. Le document s'articule comme suit :

- **La partie 2** étudie la notion de concurrence potentielle et les théories du préjudice causé par l'élimination d'une concurrence potentielle et présente les paramètres essentiels permettant de l'identifier.
- **La partie 3** analyse les barrières à l'entrée susceptibles d'influer sur la vigueur de la concurrence potentielle et laisse entendre qu'une évaluation de ces barrières n'apporte peut-être pas une réponse aussi claire à la concurrence potentielle lorsqu'une contrainte concurrentielle potentielle spécifique a prétendument été perdue.
- **La partie 4** se demande comment évaluer la probabilité et la force d'une contrainte concurrentielle potentielle. Elle se demande aussi quelles doivent être la probabilité et la force d'une telle contrainte pour qu'elle puisse entrer en ligne de compte dans une décision.
- **La partie 5** examine le délai dans lequel une contrainte concurrentielle potentielle doit se manifester.
- **La partie 6** conclut.

## 2. Qu'est-ce que la concurrence potentielle ?

### 2.1. Définitions

9. La concurrence potentielle pourrait se définir comme une *contrainte concurrentielle* pesant sur le comportement d'une entreprise qui est susceptible de se concrétiser, mais qui ne l'a pas encore fait.

10. On peut ainsi utilement distinguer les contraintes concurrentielles potentielles d'un *concurrent* ou d'un *entrant potentiel*, qui peut déjà faire peser une *contrainte concurrentielle existante* sur le comportement d'une entreprise sans être pour autant déjà présent sur ce marché. Un concurrent potentiel peut, par exemple, vendre des produits qui n'entrent pas en concurrence avec ceux de l'entreprise, ou ne pas réussir à les vendre. Dans ces deux cas, si la possibilité qu'il pénètre sur le marché pèse déjà sur le comportement de l'entreprise, alors la contrainte existe. Il devrait être nettement plus facile de se concentrer sur les contraintes existantes, qu'elles proviennent de concurrents existants ou d'entrants potentiels, car leur impact devrait pouvoir s'observer dans les données relatives au marché et les documents internes disponibles (c'est-à-dire que le marché devrait déjà les avoir intégrées).

11. Ces contraintes existantes ont, par le passé, été confusément qualifiées de « concurrence potentielle perçue »<sup>2</sup>, indiquant ainsi que la contrainte concurrentielle est déjà perçue par l'entreprise en place, même si l'entrée demeure « potentielle » puisque non

concrétisée. Ces contraintes ont été opposées à la « concurrence potentielle réelle » expression créant tout autant de confusion. Elles ne contraignent pas encore le comportement de l'entreprise en place, mais elles devraient le faire. (Werden & Limarzi, 2010<sup>[7]</sup>) sont d'avis que depuis 50 ans, les expressions « concurrence potentielle réelle » et « concurrence potentielle perçue » favorisent l'émergence de notions erronées concernant l'évaluation des effets sur la concurrence. Ils font observer en particulier que qualifier la concurrence éliminée de potentielle est inutile et abusif lorsque cette concurrence existe déjà. Par souci de clarté, nous désignerons donc simplement la « concurrence potentielle réelle » par l'expression **concurrence potentielle**. En revanche, nous qualifierons la « concurrence potentielle perçue » de **concurrence réelle**.

## 2.2. Quels types de marchés sont concernés par la concurrence potentielle ?

12. Les contraintes concurrentielles potentielles sont vraisemblablement importantes sur de nombreux marchés et peuvent faire l'objet d'une analyse des effets anticoncurrentiels. Dernièrement, les acquisitions de start-ups et les accords de type « pay-for-delay » (report contre rémunération) sur les marchés pharmaceutiques et biotechnologiques ont été au centre de l'attention (Cunningham, Ederer et Song, 2018<sup>[8]</sup>) (Colino et al., 2017<sup>[9]</sup>). Sur ces marchés, la concurrence réelle est souvent limitée par les droits de propriété intellectuelle, et la concurrence potentielle peut être observée et évaluée d'après les projets de produits qui sont soumis aux essais imposés par les organismes de réglementation du secteur médical. Des processus similaires s'appliquent aux marchés des technologies médicales et aux marchés agricoles (voir, par exemple, Dow/Du Pont à l'Encadré 6). Le développement de nouveaux projets ou d'autres infrastructures nécessitant une planification ou autre autorisation des autorités de tutelle suit également, avant l'accès au marché, des procédures extrêmement structurées, qui permettent de repérer des concurrents potentiels.

13. Le débat sur l'importance de la concurrence potentielle et sur les méthodes permettant de l'évaluer en vertu du droit de la concurrence, toutefois, s'est aussi étendu aux marchés non réglementés sur lesquels l'innovation est importante, comme les marchés numériques. Il s'agit notamment des marchés de plateforme multifaces sur lesquels d'importants effets de réseau peuvent réduire les marchés à une entreprise unique, ce qui signifie que les contraintes réelles sont peu nombreuses, et que les contraintes potentielles éventuelles qui demeurent sont donc particulièrement importantes (LEAR, 2019<sup>[10]</sup>). Les contraintes concurrentielles potentielles ont aussi leur importance pour tout marché fonctionnant par appel d'offres, par exemple pour l'attribution de concessions (OCDE, 2019<sup>[11]</sup>), ainsi que pour tout marché sur lequel la demande des consommateurs impose un flot de produits innovants, comme sur les marchés de la production de spectacles qui exigent de nouveaux contenus et de nouvelles créations.

## 2.3. Théories du préjudice causé par l'élimination d'une concurrence potentielle

14. La concurrence potentielle peut pâtir des comportements et des accords d'entreprises mêmes qui peuvent neutraliser, restreindre ou fausser la concurrence réelle. Ce phénomène peut prendre des formes multiples, dont certaines sont analysées ci-dessous.

15. On notera aussi que bien d'autres caractéristiques du marché peuvent neutraliser, restreindre ou fausser la concurrence potentielle comme la concurrence réelle. Ainsi, les réglementations anticoncurrentielles, comme celles identifiées dans le Manuel d'évaluation de la concurrence de l'OCDE, créent fréquemment des barrières à l'entrée qui portent essentiellement atteinte à la concurrence potentielle, et non à la concurrence réelle (OCDE, 2019<sup>[12]</sup>). De même, le fait d'utiliser des outils visant à remédier aux distorsions de

la neutralité concurrentielle pour assurer une égalité de traitement de l'ensemble des entreprises, y compris les entreprises publiques, contribue à la création de conditions de concurrence équitables de nature à renforcer les contraintes concurrentielles entre les produits existant sur le marché, mais aussi à permettre aux contraintes potentielles d'émerger et de se développer.

### 2.3.1. Les fusions

16. Les fusions ou les acquisitions peuvent lever la contrainte future qu'un concurrent potentiel fabriquant un produit de substitution aurait fait peser sur l'entreprise en place. Dans certains cas, l'entreprise en place peut alors abandonner le produit acquis ou (le développement de) sa propre version concurrente du produit acquis (acquisition prédatrice, (OCDE, 2020<sup>[41]</sup>)). Dans d'autres cas, toutefois, la perte des contraintes concurrentielles potentielles entre l'entreprise en place et les produits acquis peut simplement ralentir l'innovation, faire baisser la qualité ou augmenter le prix, mais sans influencer sur le choix de produits comme le ferait une acquisition prédatrice.

17. Les fusions ou les acquisitions peuvent aussi conduire à l'intégration verticale du produit de l'entreprise en place dans l'activité d'un futur fournisseur ou d'un futur distributeur, créant la même possibilité de verrouillage vertical du marché des intrants ou de la clientèle qui pourrait devoir faire l'objet d'un examen en cas d'intégration verticale de produits existants. Comme dans les fusions verticales entre produits existants, il faudrait à cet effet que l'un des produits dispose d'un pouvoir de marché important qui puisse être protégé ou étendu à l'aide du produit situé en amont ou en aval<sup>3</sup>.

### 2.3.2. Pratiques d'exclusion

18. Les entreprises en place qui occupent une position dominante peuvent être incitées et aptes à exclure des concurrents potentiels. Ces mesures d'exclusion peuvent prendre des formes multiples, voire impliquer des fusions et des acquisitions (uniques ou systématiques), et intervenir isolément ou être associées à d'autres pratiques d'exclusion. Dans certains cas, en effet, il peut être plus rentable pour une entreprise en place de racheter son concurrent potentiel que d'adopter des stratégies anticoncurrentielles plus élaborées, par exemple en concluant des accords d'exclusivité ou en se livrant à une éviction par les prix. Dans ces circonstances, l'acquisition elle-même peut constituer une pratique d'exclusion. C'est ainsi l'argument qu'avancent de plus en plus souvent les autorités américaines, dans des affaires comme Visa/Plaid (Encadré 2), PacBio (Encadré 1), Facebook/Whatsapp et Facebook/Instagram.

#### Encadré 1. Pacific Biosciences / Illumina – affaire de fusion et de situation de monopole

Illumina, entreprise de biotechnologie de premier plan active dans le domaine de la technologie du séquençage, a cherché à acquérir son concurrent Pacific Biosciences (PacBio). Selon les rapports, PacBio détenait alors une part de marché de 2 % à 3 % seulement. Le 2 janvier 2020, les parties ont annoncé leur décision de mettre fin à leur accord de fusion, à la suite de l'opposition qu'il avait suscitée aux États-Unis et au Royaume-Uni.

La FTC américaine avait soutenu qu'Illumina envisageait de « maintenir illégalement son monopole sur le marché américain des systèmes de séquençage de l'ADN de nouvelle génération (NGS) en tentant d'anéantir PacBio qui constituait une menace concurrentielle naissante ». En effet, la FTC a considéré, en vertu de l'article 7 de la

loi Clayton, que l'accord mettrait un terme à la concurrence actuelle et future entre les deux sociétés. La FTC a également enquêté en vertu de l'article 2 de la loi Sherman, qui interdit de tenter d'obtenir ou de maintenir un monopole.

La CMA britannique a estimé que la fusion entraînerait une diminution substantielle de la concurrence dans la fourniture de systèmes NGS au Royaume-Uni. Elle a noté qu'Illumina détenait une part de marché d'environ 80 % sur le marché mondial des systèmes NGS et de 90 % au Royaume-Uni. L'analyse des documents internes et des retours clients a permis à la CMA de découvrir que les parties se considéraient mutuellement comme une menace considérable, qu'il existait une certaine substituabilité entre leurs produits et que la concurrence entre les parties s'intensifierait à l'avenir en raison des progrès réalisés par PacBio. La CMA a noté que sur un marché très concentré, les autres petits acteurs du secteur n'exerceraient pas de contrainte concurrentielle sur l'entité issue de la fusion.

Sources :

1 FTC, Plainte du 17 décembre 2019, Illumina, Inc., & Pacific Biosciences of California, Inc. (PacBio).

2 CMA, Projet d'acquisition par Illumina, Inc (Illumina) de Pacific Biosciences of California, Inc. (PacBio), Synthèse des conclusions provisoires.

## Encadré 2. Visa/Plaid – affaire de fusion et de situation de monopole

En novembre 2020, la proposition d'acquisition de Plaid par VISA pour un montant de 5.3 milliards USD a été abandonné après que le ministère de la Justice américain eut contesté l'opération en raison de préoccupations liées à la concurrence potentielle. Le ministère a déclaré que Visa faisait, pour Plaid, une offre équivalant à plus de 50 fois le chiffre d'affaires annuel de la société cible « *pour des raisons stratégiques, et non financières* » afin de « *protéger* » le pôle débit de la société de cartes de crédit.

La technologie de Plaid offre aux applications fintech une interface leur permettant de se connecter à la banque des utilisateurs avec l'autorisation des consommateurs. Plus concrètement, lorsqu'une consommatrice s'inscrit sur une application fintech via Plaid et communique ses données de connexion bancaire, Plaid les utilise pour avoir accès à l'établissement financier de la consommatrice et obtenir des données financières la concernant, lesquelles sont retransmises à l'application fintech. Si cette technologie ne fait pas directement concurrence à Visa, le ministère a estimé que les vastes connexions établies grâce à cette technologie par Plaid avec les banques et les consommateurs la placeraient dans une position idéale pour proposer un service de débit par paiement bancaire (type de débit en ligne utilisant les données d'un consommateur sur son compte bancaire en ligne et non les coordonnées de sa carte de débit, permettant ainsi aux commerçants d'être directement payés depuis le compte bancaire du consommateur). Le ministère a indiqué que Plaid avait en fait le projet de capitaliser sur le succès de ses services actuels pour créer un service de débit par paiement bancaire.

Le futur développement, par Plaid, de son propre service de débit par paiement bancaire menaçait directement l'activité de débit en ligne de Visa, qui détenait sur ce segment une part de marché de 70 % environ, le ministère a fait valoir que la proposition d'acquisition de Plaid par Visa éliminerait cette menace concurrentielle naissante et préserverait de manière illicite le pouvoir de monopole de Visa sur le



marché du débit en ligne. À l'instar de la FTC dans l'affaire Pacific Biosciences / Illumina, le ministère a donc contesté la fusion au titre de l'article 2 de la loi Sherman et de l'article 7 de la loi Clayton. Visa a déclaré que les théories du préjudice causé par l'élimination d'une concurrence potentielle étaient depuis des décennies appréciées en vertu de l'article 7 et que selon ses constatations, « pratiquement aucun tribunal n'y avait adhéré ». En revanche, l'article 2 n'impose pas de démontrer que la contrainte concurrentielle potentielle qui a été exclue serait probablement devenue une contrainte concurrentielle.

Source : USA contre Visa Inc. et al., affaire n° 3:20-cv-07810, US District Court for the Northern District of California.

19. Il est aussi possible qu'une stratégie d'acquisition (qui isolément pourrait être pro-ou anticoncurrentielle) puisse s'accompagner d'une menace d'exclusion (voir (Kamepalli, Rajan et Zingales, 2020<sub>[13]</sub>)<sup>4</sup>). Ainsi, une telle menace pourrait être brandie pour amener des cibles réticentes à la table des négociations et réduire le prix qu'elles y obtiendraient (diminuant ainsi l'incitation à investir dans des start-ups). Les investisseurs considèrent souvent la perspective d'acquisition d'une start-up comme une incitation à investir, cela pouvant représenter pour eux une stratégie de sortie extrêmement rentable<sup>5</sup>. Toutefois, si les pratiques d'acquisition d'une entreprise en place consistent à donner l'impression qu'il existe une zone de destruction dans laquelle aucune entreprise nouvelle ne pourra se développer et faire concurrence à d'autres, cette situation pourrait au contraire produire l'effet opposé, c'est-à-dire réduire l'investissement et les entrées potentielles sur le marché.

20. Au-delà, de nombreuses pratiques d'exclusion n'impliquent pas l'acquisition de concurrents.

21. Il y a un risque, par exemple, qu'une plateforme de contrôle d'accès copie les produits d'une entreprise naissante et lui fasse véritablement concurrence (c'est-à-dire dans les limites du droit de la concurrence). Amazon, par exemple, a introduit sous sa propre marque plusieurs articles qui sont en concurrence directe avec les produits de vendeurs indépendants présents sur sa plateforme. Cette « généricisation » est généralement la bienvenue quand elle est proconcurrentielle, par exemple lorsqu'un brevet arrive à expiration. Toutefois, lorsqu'elle se produit aussi rapidement que dans le cas d'une plateforme de contrôle d'accès, les gains d'efficacité statiques du résultat peuvent masquer le préjudice causé à la concurrence dynamique, notamment quand l'appropriabilité d'une innovation<sup>6</sup> est faible<sup>7</sup>.

22. À l'instar des zones de destruction pouvant être créées par les pratiques en matière de fusion examinées ci-dessus, tout comportement opportuniste de la plateforme (soutirer des informations et les utiliser pour copier des produits et en tirer profit au détriment du créateur innovant) peut susciter un problème de hold up sur les investissements qui réduit l'incitation, pour les entreprises naissantes, d'innover ou d'investir pour obtenir des gains d'efficacité. De plus, il exerce une pression sur tout prix d'acquisition futur (ce qui décourage purement et simplement les investisseurs). En effet, (Kamepalli, Rajan et Zingales, 2020<sub>[13]</sub>) et les données citées dans (Stigler, 2019<sub>[14]</sub>)<sup>8</sup> corroborent un tel effet sur les incitations à innover, tout comme le témoignage de certains investisseurs<sup>9</sup>.

23. Récemment, les autorités de la concurrence ont commencé à considérer ces aspects comme des pratiques d'exclusion potentielles (voir par exemple les enquêtes sur l'App Store d'Apple<sup>10</sup> et Amazon<sup>11</sup> aux États-Unis). Toutefois, plusieurs auteurs ont conclu que la meilleure réponse à ces préoccupations était l'introduction de codes de conduite et d'une réglementation *ex ante* et pour s'assurer que ces plateformes se comportent avec équité

vis-à-vis de leurs fournisseurs (voir, par exemple, la proposition de loi sur les marchés numériques dans l'UE (CMA, 2020<sup>[15]</sup>), (Stigler, 2019<sup>[14]</sup>) et (Wheeler et al., 2020<sup>[16]</sup>)).

### 2.3.3. Accords anticoncurrentiels

24. Les accords anticoncurrentiels peuvent aussi être utilisés pour limiter ou éliminer les contraintes concurrentielles potentielles.

25. Ils ont fait l'objet de plusieurs enquêtes sur les marchés pharmaceutiques dans des affaires concernant des accords de type « pay-for-delay » (report contre rémunération), comme les affaires Actavis (États-Unis)<sup>12</sup> ou Lundbeck (UE)<sup>13</sup>. Ces arrêts ont confirmé qu'il n'était pas nécessaire qu'une contrainte concurrentielle réelle soit perdue pour que des pratiques collusoires soient détectées. Il suffit que les parties s'accordent pour supprimer une contrainte future. Les tribunaux ont notamment considéré que de tels accords étaient anticoncurrentiels même lorsque cette contrainte future est soumise à une forte incertitude (au regard des actions pouvant être engagées pour contrefaçon de brevet, par exemple).

## 2.4. Paramètres essentiels d'identification de la concurrence potentielle

26. Nous avons fait la distinction entre la concurrence potentielle et les contraintes concurrentielles réelles imposées par des entrants potentiels. Cela dit, dans de nombreux cas, les contraintes concurrentielles potentielles et réelles peuvent coexister. Une start-up (ou une entreprise présente sur un marché adjacent) pourrait ainsi constituer une menace qui amène l'entreprise en place à prendre certaines mesures pour l'atténuer (ces mesures sont fonction de la force de la contrainte réelle). L'entreprise peut, par exemple, fixer des prix plus bas ou fabriquer un produit de meilleure qualité qu'elle ne le ferait en l'absence de cette menace. Dans le même temps, toutefois, cette même start-up (ou entreprise présente sur un marché adjacent) pourrait aussi exercer une contrainte potentielle bien plus importante, car si elle entrait sur le marché, elle produirait un impact nettement plus marqué sur le prix et la qualité.

27. La perte d'une contrainte réelle due à un entrant potentiel a un impact qui est certain (100 %), car cette contrainte réelle, qui bénéficiait sans doute déjà aux consommateurs et ressortait dans les données, est supprimée. Toutefois, bien qu'étant certaine, elle sera peut-être moindre que la contrainte potentielle, du moins dans la mesure où l'entreprise en place décide de prendre uniquement des mesures *proportionnées* pour atténuer le risque (ou peut-être où l'entreprise en place sous-estime involontairement ou méconnaît totalement le risque et est prise au dépourvu). En revanche, la contrainte potentielle est inévitablement incertaine (elle peut ainsi présenter une probabilité de se manifester de 30 %), mais l'impact de la perte de cette contrainte, si cette perte a effectivement lieu, pourrait être plus marqué. C'est-à-dire que si la contrainte se matérialise, l'impact sur le prix, la qualité et l'innovation serait probablement bien plus important que la contrainte réelle, car l'entreprise en place prendrait conscience de la nouvelle certitude de la menace et réagirait de façon plus radicale.

28. Il est peut-être encore plus important de faire la distinction entre la concurrence potentielle et la simple spéculation. En d'autres termes, il convient de déterminer les limites de la potentialité. Comme le sait tout jeune musicien ou athlète prometteur, un potentiel peut se concrétiser, peut exister mais ne pas se réaliser au bout du compte, ou tout simplement être détecté à tort et avec un optimisme excessif. Comment faire la distinction entre ces différentes catégories ?

29. Dans les parties suivantes, nous allons étudier certains paramètres essentiels qui doivent être évalués pour confirmer la pertinence d'une contrainte concurrentielle potentielle :

- la pertinence des barrières à l'entrée,
- la probabilité et la force de la concurrence potentielle,
- et le délai dans lequel la concurrence potentielle pourrait émerger.

### 3. Évaluation des barrières à l'entrée

30. Les barrières à l'entrée sur le marché comptent parmi les caractéristiques d'un marché qui peuvent influencer sur la force d'une contrainte concurrentielle potentielle. Cette partie présente brièvement les définitions et les types de barrières à l'entrée et tend à démontrer qu'en raison de l'impact ambigu de ces barrières, leur évaluation ne peut pas apporter une réponse aussi claire lorsqu'une contrainte concurrentielle potentielle spécifique est prétendument perdue.

#### 3.1. Définitions et types de barrières à l'entrée

31. En général, les barrières à l'entrée désignent un obstacle qui entrave l'entrée d'une entreprise sur un marché. Cependant, un débat tourne de longue date autour de la définition de ce concept, et donc de ce qui constitue ou ne constitue pas une barrière à l'entrée. Aux fins de la mise en œuvre du droit de la concurrence, ce débat sur ce qu'il convient de qualifier de barrière à l'entrée est rarement instructif. Les autorités de concurrence peuvent en revanche se concentrer sur la probabilité et le timing de l'entrée d'entreprises spécifiques sur un marché (OCDE, 2005<sup>[17]</sup>). Toutefois, dans la mesure où la probabilité d'entrée d'une entreprise spécifique et donc la contrainte potentielle présentée par cette entreprise dépendent de la présence de barrières à l'entrée transversales, il est utile d'analyser le concept de barrière à l'entrée.

32. Selon (Bain, 1956<sup>[18]</sup>), les conditions d'entrée devraient être « *grossièrement évaluées d'après les avantages dont disposent les vendeurs établis dans un secteur par rapport aux entrants potentiels, ces avantages correspondant à la latitude qu'ont les vendeurs établis de continuer de relever leurs prix au-delà d'un niveau compétitif sans attirer de nouvelles entreprises dans ce secteur* ».

33. Cela l'a conduit à constater que les économies d'échelle pourraient constituer une barrière à l'entrée, car elles impliquent qu'un nouvel entrant devrait choisir entre prendre pied sur un marché à une petite échelle, donc moins efficace, ou à une grande échelle efficace en risquant d'inonder le marché et de faire chuter les prix, de sorte que l'entrée ne serait plus rentable. En particulier, Bain n'a pas exigé que les entreprises en place ne se soient pas heurtées au même obstacle pour le qualifier de barrière. Quoi qu'il en soit, il est possible que l'entreprise en place n'ait pas été confrontée aux mêmes conditions d'entrée, par exemple si elle a bénéficié d'un « avantage du précurseur » ou si la croissance du marché était plus soutenue lors de son entrée sur le marché.

34. En revanche, (Stigler, 1968<sup>[19]</sup>) a adopté une définition nettement plus restrictive, faisant valoir qu'une barrière à l'entrée était : « *... un coût de production (pour une partie pour la totalité des taux de rendement) ... qui doit être supporté par une entreprise qui cherche à entrer dans un secteur, mais qui n'est pas supporté par les entreprises déjà en place dans ce secteur* ». Il n'a donc pas considéré les économies d'échelle comme des barrières à l'entrée, car il a supposé que les entreprises en place avaient réalisé les mêmes

économies lors de leur entrée sur le marché. De même, la différenciation des produits, les coûts d'investissement, les frais de publicité, les brevets et les avantages de coût n'ont pas été considérés comme des barrières<sup>14</sup>.

35. Après Bain et Stigler, de nombreuses variations sur ces définitions ont été proposées au fil des ans (voir (McAfee, Mialon et Williams, 2004<sub>[20]</sub>)). La plus utile, cependant, est celle de (Carlton et Perloff, 2005<sub>[21]</sub>) qui définissent une barrière à l'entrée comme « *tout ce qui empêche une entreprise de créer instantanément une nouvelle entreprise sur le marché* ». Il en ressort qu'à court terme, il existe presque toujours des barrières à l'entrée, et que la version classique de la concurrence parfaite est tout simplement un exemple hypothétique qui manque, entre bien d'autres choses, de dimension temporelle<sup>15</sup>.

36. Cette large définition d'une barrière à l'entrée recouvre une multitude de barrières potentielles. Il s'agit non seulement des économies d'échelle et de gamme, des coûts irrécupérables, de la différenciation des produits et de l'asymétrie des coûts, mais aussi des effets de réseau, des biais comportementaux et des barrières commerciales et réglementaires.

37. Ces dernières années, les exemples d'externalités du côté de la demande comme les effets de réseau et les effets de réseau multiplateformes ont été considérés comme une barrière importante sur certains marchés (voir, par exemple (Furman Report, 2019<sub>[22]</sub>), et (Stigler, 2019<sub>[14]</sub>)). Lorsqu'ils sont marqués, ces types d'effets rendent l'entrée difficile, même pour des concurrents plus efficaces. Un entrant plus efficace doit en effet persuader les utilisateurs non seulement que son produit est meilleur, mais aussi qu'il l'est suffisamment pour compenser la perte de valeur que subiraient les utilisateurs en basculant vers un réseau qui ne présente pas d'interopérabilité avec les nombreux utilisateurs de la plateforme de l'entreprise en place. Les difficultés rencontrées pour recruter des utilisateurs lorsque le taux d'adoption est faible montre que les entrants suivent une courbe d'adoption en forme de S, et que les entreprises en place, quelle que soit leur qualité ou leur efficacité, bénéficient du fait que la valeur accordée par les consommateurs à leurs produits repose en grande partie sur les autres personnes qui l'utilisent.

38. Le fait que cette valeur dépende d'autres utilisateurs signifie que faute d'interopérabilité, chaque utilisateur recruté par une plateforme fait croître le coût de recrutement de ses concurrents et atténue les contraintes concurrentielles. Cela crée un problème de coordination, si bien que des équilibres néfastes persistants peuvent exister, dans lesquels des produits caractérisés par une piètre qualité ou une inefficacité relative continuent de bénéficier d'une forte demande, alors même que les utilisateurs s'accordent sur leurs défauts. Si les produits sont d'une qualité raisonnablement élevée, il devient extrêmement difficile, pour des entrants plus innovants, d'apporter la valeur ajoutée nécessaire pour surmonter ces barrières et les contester.

39. Les biais comportementaux des consommateurs (comme l'aversion aux recherches ou au risque, ou une forte tendance à ne pas tenir compte des futurs achats sur le marché secondaire) peuvent aussi former une barrière à la demande, là encore même lorsqu'il s'agit de produits et de services plus efficaces et de meilleure qualité. Dans le passé, une analyse économique plus simpliste pourrait avoir supposé, à tort, que les décisions marquées par ces biais étaient l'expression des préférences des consommateurs, et ne constituaient donc pas une barrière à l'entrée, mais plutôt la preuve que les marchés offrent aux consommateurs ce qu'ils souhaitent. Toutefois, l'analyse économique moderne est consciente que ces biais peuvent créer des barrières à l'entrée, qui peuvent nécessiter une intervention pour assurer la compétitivité du marché (CMA, 2017<sub>[23]</sub>). S'il est vrai que le biais d'un consommateur peut correspondre à la préférence d'un autre, une analyse plus

détaillée de la prise de décision des consommateurs suffit souvent pour faire la distinction entre les marchés sur lesquels les choix témoignent largement des préférences exprimées et ceux sur lesquels ils traduisent des biais. Ainsi, cette analyse a utilement mis en lumière qu'une absence d'entrées sur certains marchés ne résultait pas du comportement anticoncurrentiel des entreprises en place, ni de la réglementation anticoncurrentielle des pouvoirs publics. Dans ces circonstances, elle a permis aux responsables de la politique de la concurrence de constater que la concurrence effective exigeait des interventions pour améliorer la vitesse, la fiabilité et la sécurité de tout changement de services concernant les téléphones portables, les comptes bancaires et les distributeurs d'électricité (OCDE, 2018<sub>[24]</sub>).

### Encadré 3. Comment remédier aux effets de réseau multiplateformes et aux biais comportementaux ?

Lorsqu'elles entreprennent des études du marché, les autorités peuvent déterminer que certaines barrières à l'entrée comme les effets de réseau multiplateformes ou les biais comportementaux constituent des caractéristiques du marché qui restreignent la concurrence potentielle (sans nécessairement observer une faille dans le comportement des entreprises qui en bénéficient). Elles peuvent aussi découvrir, dans le cadre d'une enquête sur un abus de position dominante, qu'une entreprise en position dominante est en mesure d'exploiter et de renforcer ces barrières. Ainsi, l'achat d'un positionnement par défaut peut créer des accords d'exclusivité de fait à l'instar d'une remise de fidélité, et peut donc exclure un concurrent potentiel en faisant grimper ses coûts. De même, une entreprise peut retirer ou supprimer l'interopérabilité pour saper une stratégie d'entrée (voir la fermeture de Vine et de l'accès de Twitter aux API de Facebook (The Verge, 2018<sub>[25]</sub>), et plus généralement (OCDE, 2021<sub>[26]</sub>)).

Lorsque des preuves préliminaires corroborent une théorie du préjudice causé par une exclusion fondée sur ces types de barrières à l'entrée, les autorités peuvent lancer et ont déjà lancé des enquêtes sur le comportement de l'entreprise en position dominante. Le concurrent exclu étant un entrant potentiel, et l'entrée sur le marché particulièrement sensible au facteur temps, ces enquêtes risquent d'exiger des mesures provisoires pour avoir une chance d'être efficaces. Toutefois, que la barrière soit d'une certaine façon une caractéristique naturelle du marché mise en lumière grâce à une étude du marché, ou une barrière endogène utilisée par l'entreprise en place à des fins d'exclusion, la question des méthodes permettant de résoudre ce problème demeure. Les réponses les plus prometteuses à cet égard sont de nature réglementaire et elles sont donc très présentes dans les arguments en faveur d'une réglementation proconcurrentielle *ex ante* avancés par Furman, Cremer ou encore Stigler. Ainsi, l'interopérabilité passe par un accès des concurrents potentiels à des API ouvertes normalisées (voir (OCDE, 2021<sub>[26]</sub>) et (OCDE, 2020<sub>[27]</sub>)).

40. Les barrières à l'entrée peuvent aussi être de nature réglementaire ou commerciale. Elles peuvent ainsi englober des barrières tarifaires et non tarifaires, comme les subventions, les taux de prélèvement avantageux accordés à certains fabricants, ou une faible réglementation de l'emploi (exonérations réglementaires accordées aux plateformes de VTC, par exemple).

41. Il existe aussi des barrières réglementaires relevant de celles qui sont identifiées dans le Manuel d'évaluation de la concurrence de l'OCDE (OCDE, 2019<sub>[12]</sub>). Elles peuvent inclure des réglementations exigeant des licences. Toutefois, comme les autres barrières à l'entrée, elles pourraient bien constituer une source de bien-être. Ainsi, les normes relatives à l'étiquetage des produits, concernant leur origine ou leur contenu, peuvent renforcer l'aptitude des consommateurs à prendre des décisions en connaissance de cause tout en restreignant l'entrée sur certains marchés.

42. Le fait de s'attendre à de futures barrières à la sortie peut aussi constituer une barrière à l'entrée dans la mesure où celles-ci sont prises en compte dans la décision d'une entreprise d'entrer sur un marché. Ainsi, le coût attendu des indemnités de licenciement ou de l'assainissement d'un site peut parfois décourager une entreprise. De même, l'absence de procédures de faillite probantes peut accentuer le risque de faillite et donc dissuader tout simplement d'éventuels entrants (OCDE, 2019<sub>[28]</sub>).

43. Enfin, les barrières ne doivent pas être absolues, dans le sens où elles peuvent simplement retarder l'entrée et non y faire obstacle. De tels retards peuvent produire des effets durables, comme l'a fait observer Mark Zuckerberg lorsqu'il envisageait le rachat d'Instagram par Facebook : « *On observe des effets de réseau pour les produits sociaux, et le nombre des différents mécanismes sociaux à inventer n'est pas infini. Dès que quelqu'un maîtrise un mécanisme donné, les autres ont du mal à le supplanter sans faire quelque chose de différent. [...] On peut analyser ce phénomène en disant que ce que nous achetons, en réalité, c'est du temps. Même si de nouveaux concurrents apparaissent, en rachetant Instagram, Path, Foursquare, etc., aujourd'hui, nous aurons un an ou plus pour intégrer leur dynamique avant que quiconque puisse de nouveau se rapprocher de leur échelle. Dans l'intervalle, si nous intégrons le mécanisme social qu'ils utilisaient, ces nouveaux produits n'auront pas beaucoup de succès car nous aurons déjà déployé leur mécanisme à l'échelle* (U.S. House of Representatives, 2020<sub>[29]</sub>). »

### 3.2. Quel est l'impact des barrières à l'entrée sur la concurrence potentielle ?

44. Si les barrières à l'entrée sont peu élevées, un plus grand nombre d'entrants auront l'occasion d'entrer sur le marché et de concurrencer les autres acteurs, et ces entrants potentiels auront plus de facilités à y prendre pied. Nous pouvons étudier les effets de cette situation sur les contraintes concurrentielles *réelles* et sur les contraintes concurrentielles *potentielles*, ainsi que sur les contraintes générales, et l'importance d'une contrainte spécifique.

#### 3.2.1. Impact des barrières à l'entrée sur les contraintes *générales*

45. La contrainte *réelle* que représentent les entrants potentiels *en tant que groupe* devrait être plus forte lorsque les barrières à l'entrée sont faibles, car la probabilité qu'un ou plusieurs des nombreux entrants possibles accèdent au marché est plus élevée. Dans ce cas, si l'entreprise met en place une stratégie préventive face aux entrants possibles, celle-ci devrait être énergique. Cependant, même si les barrières à l'entrée sont faibles, cette réponse préventive pourrait bien être timide voire inexistante, car l'entreprise en place pourrait choisir de retarder la mise en place de sa stratégie d'atténuation jusqu'à ce qu'elle soit rendue nécessaire par une entrée réelle, et à ce moment-là, elle pourrait abaisser ses prix pour être compétitive. Dans ces cas, la contrainte *réelle* constituée par les entrants potentiels *en tant que groupe* est vraisemblablement peu élevée, quelle que soit la hauteur de la barrière à l'entrée.

46. D'un autre côté, la contrainte concurrentielle *potentielle* qui se matérialiserait en cas d'entrée sur le marché n'est pas nécessairement différente lorsque les barrières à

l'entrée sont faibles. Cependant, la probabilité d'entrée augmentant à mesure que les barrières s'abaissent, l'incertitude quant à la *possibilité* que cette contrainte potentielle se matérialise sera moindre. Par conséquent, la probabilité et la pondération attachées à un groupe de contraintes concurrentielles potentielles par une autorité sont plus fortes lorsque les barrières à l'entrée sont faibles.

### 3.2.2. Impact des barrières à l'entrée sur des contraintes spécifiques

47. L'important, toutefois, dans les affaires de fusion et d'exclusion, est de procéder à une évaluation *spécifique* des perspectives d'entrée d'une entreprise donnée, une analyse des barrières à l'entrée transversales examinées ci-dessus pouvant être utile dans le contexte d'une étude du marché.

#### *Impact des barrières à l'entrée élevées*

48. Une analyse des perspectives d'entrée spécifiques d'une entreprise tiendrait compte des caractéristiques et de la situation propres à une entreprise déterminée. Elle peut ainsi montrer que s'il existe généralement des barrières à l'entrée élevées, il est toutefois réaliste de penser que celles-ci pourraient être surmontées par l'entreprise en question.

49. Ce point a son importance car pour que la contrainte qu'exerce une entreprise particulière sur une entreprise en place ait un effet plus marqué sur la concurrence, il faudrait que les autres entrants tiers potentiels *soient moins susceptibles* de représenter une contrainte. Par conséquent, en réduisant la menace relative à l'entrée de tiers, des barrières plus élevées auront tendance à renforcer la substantialité d'une contrainte exercée par un concurrent qui a trouvé un moyen fiable d'entrer sur le marché (c'est-à-dire d'une solution pour surmonter la barrière). C'est le cas pour les contraintes potentielles et réelles constituées par des entrants potentiels.

50. Par conséquent, les éléments qui précèdent ne nous permettent pas de conclure que nous serions davantage préoccupés par une perte de concurrence potentielle lorsque les barrières à l'entrée sont faibles et que notre confiance dans l'existence et la force de cette contrainte potentielle est élevée. Au contraire, c'est justement quand les barrières sont élevées et les menaces concurrentielles potentielles rares et peut-être incertaines que nous craindrions de perdre ces rares menaces qui ont le potentiel d'entrer sur le marché.

51. Le fait de démontrer l'existence de barrières à l'entrée généralement élevées rendant moins certaines les entrées potentielles va donc probablement dans le sens d'une théorie du préjudice selon laquelle toute acquisition, exclusion ou collusion avec une entreprise *spécifique* risque de restreindre la concurrence potentielle. Toutefois, il faut pour cela avoir la preuve que malgré des barrières à l'entrée élevées, l'entreprise acquise ou exclue a cependant trouvé un moyen spécifique crédible pour surmonter cette barrière. Cela pourrait être particulièrement aisé, par exemple, lorsque l'entrant représente une menace fondée sur une innovation radicale, ou un modèle économique original, ou sur l'accès à une propriété intellectuelle ou physique spécifique qui pourrait faire défaut à d'autres. De plus, le fait que l'entrant ait déjà pris pied sur des marchés similaires par le passé pourrait aussi constituer de telles preuves. La spécificité relative de cette aptitude à surmonter un obstacle important pourrait aussi être démontrée si l'entrant a déjà pris pied sur un marché alors que d'autres ont échoué ou n'ont pas encore tenté de le faire.

52. Il est aussi possible que l'entreprise la plus à même de surmonter des barrières à l'entrée élevées par ailleurs soit une tierce partie capable d'atténuer les effets d'une fusion ou d'une exclusion. En pareil cas, la hauteur des barrières à l'entrée peut apporter un élément d'information intéressant, mais une évaluation *spécifique* des perspectives d'entrée de cette entreprise particulière sera là encore nécessaire.

### *Impact des faibles barrières à l'entrée*

53. Devrions-nous donc ne pas nous inquiéter d'une perte de concurrence potentielle si les barrières à l'entrée sont faibles ? Cela n'est malheureusement pas aussi simple.

54. L'existence de barrières moins élevées devrait, comme on l'a vu, renforcer la probabilité qu'une contrainte concurrentielle potentielle spécifique se matérialise, et ainsi l'importance que les autorités peuvent accorder à la perte de cette contrainte. Cependant, comme indiqué précédemment, si la probabilité que la contrainte spécifique se matérialise peut s'accroître, celle que d'autres contraintes apparaissent peut aussi se renforcer et entamer la pertinence de la perte de cette contrainte particulière. Pour que la probabilité accrue d'une contrainte potentielle spécifique soit pertinente, il faudra donc expliquer clairement pourquoi de nouvelles entrées sont peu probables (compte tenu du niveau peu élevé des barrières, qui ne les empêcheraient guère).

55. Une théorie du préjudice devrait donc expliquer de façon cohérente que si le comportement de l'entreprise en place n'empêcherait pas de nouvelles entrées (les barrières étant faibles), les nouveaux entrants ne devraient pas exercer une contrainte aussi forte que l'entrant visé par un rachat, une exclusion ou une absorption. Il faudrait donc mettre en évidence une asymétrie entre les entrants potentiels. Celle-ci pourrait englober, par exemple, des différences relatives à leur efficacité, à leurs actifs, ou à leur différenciation des produits, et donc la substituabilité des produits des différents entrants potentiels, ou tout simplement un solide avantage du précurseur.

56. En outre, de faibles barrières à l'entrée pourraient aussi concorder avec une théorie du préjudice selon laquelle une entreprise en place est présumée avoir durablement tenté d'empêcher une entrée sur le marché (par exemple en rachetant ou en excluant *plusieurs* concurrents potentiels ou en concluant des accords avec eux afin de mettre en place des barrières à l'entrée artificielles). Si le paradoxe de la chaîne de magasins de Selten (1978) semble montrer qu'elle est peu probable (Selten, 1978<sub>[30]</sub>), cette théorie, comme le reconnaît Selten, repose sur les hypothèses d'une information parfaite et d'entrées simultanées, et non successives, l'une comme l'autre ayant peu de chances de se vérifier dans la pratique. En pareils cas, le comportement lui-même est censé créer une barrière à l'entrée plus élevée afin de compenser l'absence de barrières à l'entrée exogènes. De fait, l'école de pensée post-Chicago a désormais mis en lumière de nombreuses théories du préjudice selon lesquelles il existe une aptitude et une incitation à exclure. L'éventualité de ces stratégies pourrait ainsi dissuader des entrants potentiels particulièrement rationnels et peut-être bien d'autres entrants potentiels dont les investisseurs seraient davantage réfractaires au risque.

57. Enfin, les barrières peuvent être endogènes, car déterminées par le comportement des entreprises présentes sur le marché, ou exogènes et donc ne pas être affectées par ce comportement. De faibles barrières à l'entrée *exogènes* peuvent donc coexister avec des barrières *endogènes* élevées. Par conséquent, l'argument de Sutton selon lequel la concurrence sur les marchés présentant des coûts irrécupérables endogènes peut dissuader les entrées sur le marché sans comportement anticoncurrentiel pourrait néanmoins s'appliquer sur des marchés dotés de faibles barrières exogènes. Les barrières endogènes sont donc l'une des principales caractéristiques d'un marché qui pourraient l'amener à être peu favorable aux consommateurs et donner ainsi lieu à une intervention reposant davantage sur une enquête sur le marché que sur la mise en œuvre du droit de la concurrence. Ainsi, la réactivité de la demande au marquage sur certains marchés peut créer les incitations qui conduisent à la création de barrières à l'entrée endogènes.



### 3.2.3. Résumé

58. En raison de l'impact ambigu des barrières à l'entrée, la hauteur de ces barrières n'offre pas de protection fiable clairement définie en cas de perte d'une contrainte concurrentielle potentielle spécifique. La hauteur d'une barrière à l'entrée, par exemple, a beaucoup moins d'importance lorsque cette barrière s'applique à toutes les entreprises, ou lorsqu'elle peut être, sera probablement ou a déjà été surmontée par des entreprises spécifiques.

59. Cela signifie que l'existence de barrières à l'entrée n'est pas un aspect déterminant, mais plutôt l'un des éléments sur lesquels s'appuieront les autorités pour évaluer la probabilité d'entrée sur le marché dans le cadre de la théorie du préjudice alléguée. Comme l'a noté la Commission européenne : « *Au lieu de s'attacher à déterminer si des « barrières à l'entrée » existent suivant telle ou telle définition, les autorités de la concurrence devraient expliquer comment le secteur va évoluer ces toutes prochaines années et avec quelle rapidité et dans quelle mesure de nouvelles entrées sur le marché pourraient renforcer la concurrence. Cela signifie que ces autorités devraient évaluer la probabilité d'entrée, et non chercher à savoir si les barrières à l'entrée sont élevées ou non dans une affaire donnée. Cela implique que les facteurs comme les économies d'échelle, la différenciation des produits ou l'accès à des ressources limitées peuvent tous constituer des barrières à l'entrée si leur présence implique que les entrées sur le marché ne seront pas rentables et qu'elles sont donc peu vraisemblables* »<sup>16</sup>.

60. Le fait de mesurer simplement la hauteur des barrières à l'entrée sera donc rarement un exercice instructif pour les autorités de concurrence, ce qui explique peut-être pourquoi un tel exercice est rarement mené. Nous nous intéressons donc, dans les parties 4 et 5, à l'évaluation de la probabilité et de la force de l'entrée, et du délai dans lequel elle pourrait intervenir.

## 4. Évaluation de la probabilité et de la vigueur de la concurrence potentielle

61. Si une évaluation des barrières à l'entrée apporte peu de réponses, et qu'il faut lui préférer une enquête portant spécifiquement sur un entrant, comme évaluer la *probabilité* d'une contrainte concurrentielle potentielle émergente ? Comment évaluer la *force* qu'aurait *cette contrainte* ? Et *quelles devraient être* la probabilité et la force d'une contrainte concurrentielle potentielle *pour qu'elle soit pertinente pour une décision* ?

62. Cette dernière question intéresse les seuils, alors que les premières concernent essentiellement la méthodologie servant à évaluer la concurrence potentielle. Commençons par la question des seuils.

### 4.1. Quelles devraient être la probabilité et la hauteur des seuils fixés pour la contrainte potentielle ?

63. Les différentes options pouvant être utilisées comme des seuils sont faciles à déterminer quand les probabilités et les résultats potentiels sont connus. Dans ce cas, comme dans celui d'un tirage à pile ou face (50 % pile, 50 % face) ou d'un billet de loterie, il y a des risques (Knight, 1921<sub>[31]</sub>). Quand il est question de marchés, toutefois, les autorités de la concurrence ne connaissent ni les probabilités, ni les résultats possibles. Elles doivent donc évaluer ces incertitudes en estimant la forme ou le type d'un entrant spécifique, son impact potentiel, puis la probabilité que tous ces éléments se matérialisent.

64. Après avoir procédé à une évaluation, les autorités effectuent une comparaison avec les seuils et les critères de décision pertinents. Toutefois, il pourrait être nécessaire d'utiliser pour la concurrence potentielle des seuils différents de ceux qui s'appliquent lorsque les préoccupations concernent la perte possible d'une contrainte *réelle*. Le fait que la contrainte potentielle ne puisse pas être observée crée ainsi une incertitude considérable et inhérente. De plus, il n'est pas simple de conclure que cette incertitude inhérente devrait être traitée de la même manière que celle découlant du risque d'appréciation erronée d'une contrainte concurrentielle réelle. Nous analysons ce point plus avant dans le cadre des fusions et des affaires de concurrence.

#### 4.1.1. Fusions

65. L'approche logique et économique consisterait à traiter la contrainte potentielle comme équivalant à une certitude (une contrainte réelle) en calculant une valeur attendue de cette contrainte (en multipliant sa probabilité par son ampleur). Ainsi, la perte d'une contrainte potentielle dont on *attend* qu'elle soit importante pourrait alors être équivalente à une contrainte réelle qui l'*est*. Cela correspond par exemple à la proposition de test de la « balance des préjudices » de la *Furman Review* britannique, qui a également été préconisé par d'autres (Furman Report, 2019<sub>[22]</sub>)<sup>17</sup>.

66. Traditionnellement, toutefois, le contrôle des fusions ne repose pas sur cette approche économique. Au lieu de quoi, nous nous préoccupons uniquement de la perte des entrants qui étaient *susceptibles* d'entrer sur le marché, et, parmi eux, uniquement de ceux qui auraient ensuite exercé une contrainte *notable*.

67. Wu & Hemphill notent, par exemple, qu'aux États-Unis, les fusions peuvent être interdites uniquement lorsque le concurrent aurait « probablement » fait son entrée sur le marché et que son entrée aurait eu des effets proconcurrentiels<sup>18</sup>. Ils font valoir que, selon cette règle, l'acquisition d'un concurrent naissant est quasiment impossible à contester, compte tenu de la difficulté d'établir un scénario contrefactuel du « facteur déterminant » avec une précision et une certitude suffisantes. De fait, le rejet, par les tribunaux, de la tentative du ministère américain de la Justice de bloquer la récente fusion Sabre/Farelogix (voir l'Encadré 4) a illustré cette difficulté. À ce titre, les auteurs plaident en faveur de l'adoption d'une théorie du préjudice fondée sur les « concurrents naissants » qui tiennent compte du potentiel d'innovation de ces entreprises.

#### Encadré 4. Fusion Sabre/Farelogix

Le projet de rachat de Farelogix par Sabre a fini par être abandonné après un examen approfondi de l'opération par le ministère américain de la Justice et la CMA britannique.

Les sociétés Sabre et Farelogix fournissent toutes deux des solutions technologiques facilitant les réservations aériennes. Sabre est un fournisseur de premier plan de systèmes mondiaux de distribution (SMD), qui facilitent les transactions entre les compagnies aériennes et les agents de voyage. Les SMD sont des plateformes bifaces comptant les vendeurs de services de voyage d'un côté de la plateforme, et les compagnies aériennes de l'autre. Farelogix n'exploite pas de SMD mais une technologie distincte, connue sous le nom de « New Distribution Capability » (NDC), qui permet aux compagnies aériennes de se connecter directement aux agences de voyage pour les réservations, sans avoir recours aux SMD.

Le ministère américain de la Justice a contesté l'opération en arguant qu'elle permettrait à Sabre, principal prestataire de services de réservations aériennes aux États-Unis,

d'éliminer un concurrent disruptif, qui avait introduit une nouvelle technologie dans le secteur des voyages et était appelé à se développer de manière significative. Toutefois, la tentative du ministère de la Justice de bloquer l'opération a été rejetée par la cour. Celle-ci a estimé que la plateforme biface SMD de Sabre, qui facilite les transactions entre les compagnies aériennes et les agences de voyage, n'était pas en concurrence avec la NDC de Farelogix, qui échange uniquement avec les compagnies aériennes et qui n'est pas une plateforme biface, en se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis concernant American Express, selon lequel « seules d'autres plateformes bifaces peuvent concurrencer une plateforme biface de transactions ». La cour a noté en outre que même en supposant que Sabre et Farelogix rivalisaient sur le même marché, l'opération ne conduirait pas à une baisse de l'innovation.

Quelques jours après l'arrêt de la cour américaine, la CMA britannique a décidé de bloquer l'opération. Allant à l'encontre des conclusions de la cour américaine, la CMA a examiné les contraintes concurrentielles potentielles et estimé que les SMD étaient en concurrence avec des technologies qui permettent de les contourner (comme la NDC mise au point par Farelogix). Tout en notant que Sabre et Farelogix n'étaient pas des concurrents proches, la CMA a estimé que Farelogix était un concurrent différencié de Sabre et que la concurrence potentielle de Farelogix vis-à-vis des SMD de Sabre serait éliminée. Elle a également noté qu'en l'absence de fusion, Sabre pourrait concurrencer la NDC de Farelogix dans un délai de trois à cinq ans.

À la suite de la décision britannique, l'opération a été abandonnée, et l'arrêt de la cour américaine a été révoqué à la demande du ministère de la Justice, qui a fait valoir que faute de quoi, les parties se verraient injustement refuser la possibilité de faire appel.

Sources :

1. États-Unis contre Sabre Corp., n° 1:19-cv-01548-LPS, 8 avril 2020.
2. CMA (Royaume-Uni), 9 avril 2020, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc.: Final Report".

68. Ce même cadre est aussi appliqué pour évaluer les entrées potentielles de tiers qui pourraient atténuer les effets anticoncurrentiels d'une fusion ou d'un comportement. Dans ce contexte, cela signifie que les contraintes concurrentielles potentielles doivent tout d'abord être susceptibles d'émerger, et aussi d'être notables après avoir émergé. Seuls les entrants potentiels qui atteignent ces deux seuils apporteraient l'assurance qu'une fusion ayant eu pour effet de supprimer une contrainte réelle ne causerait en réalité aucun préjudice.

69. D'autres seuils ont été proposés pour le test appliqué dans le contrôle des fusions, et bon nombre d'entre eux passent par l'utilisation d'un seuil différent pour évaluer les acquisitions de start-ups. Ainsi, (Valletti, 2018<sub>[32]</sub>), (Crémer et al., 2019<sub>[33]</sub>), (Motta et Peitz, 2020<sub>[34]</sub>), (Salop, 2020<sub>[35]</sub>) et (U.S. House of Representatives, 2020<sub>[29]</sub>) estiment qu'il devrait y avoir une présomption irréfragable que les acquisitions effectuées par des plateformes numériques en position dominante sont anticoncurrentielles, à moins que les entreprises ne soient en mesure de prouver le contraire.

70. Il est aussi possible de laisser la charge de la preuve initiale du préjudice anticoncurrentiel reposer sur l'autorité, mais en lui imposant simplement de démontrer qu'il existe une *perspective réaliste* que l'on s'attend à ce qu'une acquisition réduise la concurrence potentielle<sup>19</sup>. Lorsque l'autorité y parvient, cela crée une présomption irréfragable que la fusion porterait préjudice aux consommateurs, que les parties pourraient ensuite chercher à renverser. Cela pourrait s'accompagner d'une évolution vers une évaluation de l'ampleur du préjudice, ainsi que de sa probabilité (comme le recommandent

(Furman Report, 2019<sup>[22]</sup>) et (Caro de Sousa & Pike, 2020<sup>[36]</sup>). La (CMA, 2020<sup>[15]</sup>) a adopté récemment une proposition allant dans ce sens, et recommandé que le Royaume-Uni légifère pour modifier la norme de la preuve en évoluant vers une norme de perspective réaliste du préjudice, du moins pour les acquisitions effectuées par des entreprises qui occupent une position stratégique sur le marché.

#### 4.1.2. Pratiques d'exclusion

71. Les seuils qui sont généralement utilisés dans les fusions peuvent ne pas s'appliquer aux affaires d'exclusion anticoncurrentielle. Aux États-Unis, par exemple, dans l'affaire Microsoft, le tribunal a clairement indiqué qu'il n'était pas nécessaire de montrer que la contrainte concurrentielle potentielle qui a été exclue (Navigator et Java) était *susceptible* de devenir une contrainte concurrentielle. Au lieu de quoi, il a noté qu'« *il serait contraire à l'objet de la loi Sherman de laisser aux entreprises en situation de monopole toute latitude d'écraser comme elles le souhaitent leurs concurrents naissants, quoique non confirmés – notamment dans les secteurs marqués par de rapides progrès technologiques et de fréquents changements de paradigme* »<sup>20</sup>.

72. Cette même approche ressort clairement dans la contestation, par le ministère américain de la Justice, de la fusion Visa/Plaid (voir l'Encadré 2). Cette fusion a été récemment abandonnée par les parties après que le ministère de la Justice a fait valoir que l'acquisition permettrait à Visa de maintenir illégalement son monopole sur le marché du débit en ligne en violation de l'article 2 de la Loi Sherman (et de diminuer la concurrence de façon substantielle, en vertu de l'article 7 de la Loi Clayton).

73. Toutefois, les arguments ne manquent pas pour affirmer que malgré cela, la charge de la preuve reste trop élevée dans les affaires d'exclusion. Ainsi, (Gavil and Salop, 2020<sup>[37]</sup>) considèrent que le fait d'utiliser la théorie de la décision pour déterminer la charge de la preuve conduirait les tribunaux américains à faire peser une charge inférieure sur le demandeur dans les affaires de pratiques d'exclusion lorsque le défendeur possède un pouvoir de marché substantiel. Cela tiendrait au fait que les effets anticoncurrentiels sont davantage susceptibles de se produire lorsque le défendeur détient un pouvoir de marché substantiel, et que des incitations asymétriques à porter l'affaire en justice ont tendance à produire des résultats faussement négatifs.

74. Cette reconnaissance de la nécessité de déplacer la responsabilité de la charge de la preuve pour les entreprises en position dominante est aussi manifeste en Europe. En Allemagne, par exemple, à la suite des modifications apportées au droit de la concurrence, le nouvel article 19a précise que dans le cas des entreprises ayant une importance capitale pour la concurrence sur les différents marchés, la charge de la preuve repose désormais, dans les affaires d'abus de position dominante, sur les entreprises et non sur le *Bundeskartellamt*. De même, la Loi de l'UE sur les marchés numériques mentionne, dans ses articles 5 et 6, une série d'obligations qui prévaudront sur la nécessité de déterminer si le comportement des contrôleurs d'accès numériques correspond à une exclusion ou à une exploitation.

#### 4.1.3. Accords anticoncurrentiels

75. Quelles devraient être la probabilité et la hauteur des seuils fixés pour la contrainte potentielle dans les affaires de collusion ? La question de la concurrence potentielle a été pertinente pour évaluer les pratiques collusoires, par exemple, dans l'industrie pharmaceutique. Dans certaines de ces affaires, l'entrée sur le marché ne s'est pas encore matérialisée, notamment lorsque les entreprises en place consentent à des accords de type « pay-for-delay » (report contre rémunération) et que les fabricants de génériques

n'exercent pas, au moment de la conclusion de l'accord, une contrainte concurrentielle réelle sur le détenteur du brevet (Colino et al., 2017<sup>[9]</sup>). Dans d'autres affaires, l'entrée sur le marché s'est concrétisée, puis a été suspendue en raison d'un accord de règlement amiable des litiges concernant le brevet (voir l'Encadré 5 sur l'affaire GSK/Dong-A en Corée).

76. Lorsque l'entrée sur le marché s'est déjà produite, l'ampleur de la contrainte potentielle est claire, mais sa probabilité demeure incertaine tant que dure le litige relatif au brevet. Lorsqu'elle ne s'est pas encore produite, il peut y avoir une incertitude supplémentaire sur la force de la contrainte. Cependant, la contrainte potentielle peut être manifeste et les tribunaux américains ont clairement indiqué qu'il était inutile d'arguer qu'en l'absence de contrainte concurrentielle actuelle, il ne pouvait pas y avoir d'accord anticoncurrentiel (voir FTC contre Actavis, 2013)<sup>21</sup>.

77. En Europe, la Cour européenne de justice a laissé entendre qu'il était nécessaire de montrer qu'il existait des « possibilités réelles, concrètes » que l'entrée sur le marché se produise<sup>22</sup>. Selon (Colomo, 2020<sup>[38]</sup>), cela impliquerait de montrer que l'entrée a « plus de chances de se produire que de ne pas se produire », tandis que Dunne est d'avis, dans (Colino et al., 2017<sup>[9]</sup>), que « *pour apporter la preuve de ces « possibilités réelles, concrètes », la probabilité d'une concurrence prospective doit être plus que « purement théorique » et pas « irréaliste ». L'entrée sur le marché doit donc représenter une « stratégie économiquement viable » pour le concurrent éventuel.* »

78. Les arrêts récents de la Cour européenne de justice (CJUE) ont confirmé qu'« *afin d'apprécier si une entreprise absente d'un marché se trouve dans un rapport de concurrence potentielle avec une ou plusieurs autres entreprises déjà présentes sur ce marché, il convient de déterminer s'il existe des possibilités réelles et concrètes que cette première intègre ledit marché et concurrence la ou les secondes* » (c'est nous qui mettons en gras)<sup>23</sup>. La CJUE a aussi clairement indiqué que, dans le contexte d'un accord de type « pay-for-delay » (report contre rémunération) entre un fabricant de médicaments princeps et des fabricants de médicaments génériques, un fabricant de génériques se trouve dans un rapport de concurrence potentielle s'il a « *la détermination ferme ainsi que la capacité propre d'entrer sur le marché* » et si « *celui-ci ne se heurte pas à des barrières à l'entrée présentant un caractère insurmontable* »<sup>24</sup>. Dans la pratique, « *la détermination ferme ainsi que la capacité propre d'entrer sur le marché* » peuvent être appréciées en déterminant « *si à la date de conclusion de* » ces accords, ce fabricant « *avait effectué des démarches préparatoires suffisantes lui permettant d'accéder au marché concerné dans un délai à même de faire peser une pression concurrentielle sur le fabricant de médicaments princeps* »<sup>25</sup>.

#### Encadré 5. Affaire sur l'accord de règlement amiable des litiges concernant les brevets GSK en Corée

En 2011, la *Korea Fair Trade Commission* (KFTC) a constaté que l'accord de règlement amiable des litiges concernant les brevets signés par GSK et un groupe pharmaceutique national fabriquant des génériques Dong-A violait le droit de la concurrence coréen. La KFTC a imposé une amende de 5.34 milliards KRW (soit environ 4.5 millions USD).

Cet accord trouvait son origine dans des litiges nés au sujet de brevets entre GSK et Dong-A. GSK détenait un brevet pour Ondansetron (un agent antinauséux indiqué dans le traitement des nausées et des vomissements) utilisé pour son produit Zofran. Dong-A a lancé par la suite un produit, Ondaron, basé sur une version générique d'Ondansetron

à des prix représentant 90 % de celui de Zofran. GSK a intenté un procès contre Dong-A pour contrefaçon de brevet.

Ces litiges ont pris fin avec la conclusion d'un accord entre les parties imposant : (i) à Dong-A de retirer son produit Ondaron du marché et de s'abstenir de mettre au point, de fabriquer ou de vendre des produits pouvant concurrencer le Zofran et le Valtrex (un agent antiviral) et (ii) à GSK de procurer des avantages économiques à Dong-A, comme la distribution du Zofran aux hôpitaux nationaux en Corée et la distribution exclusive du Valtrex.

La KFTC a conclu que cet accord violait le droit de la concurrence coréen car : a) l'accord avait été conclu avec la volonté de partager les bénéfices ou les avantages tirés d'une élimination de la concurrence, b) l'accord limitait la concurrence en retirant Ondaron du marché et empêchait que de futurs produits compétitifs soient lancés par Dong-A. Par conséquent, les consommateurs n'avaient d'autre choix que d'acheter des médicaments plus chers, au lieu des génériques et c) l'accord dépassait le simple exercice par GSK de ses droits de brevet.

Source : Décision de la KFTC n° 2011-300 du 23 décembre 2011, OCDE (2011), Annual Report on Competition Policy Developments In Korea

## 4.2. Comment évaluer la probabilité et la force d'une contrainte potentielle ?

79. Que l'évaluation des contraintes concurrentielles potentielles requière ou non des seuils différents, les difficultés tenant à l'appréciation de la probabilité et de la force de ces contraintes et à leur comparaison au seuil choisi demeurent.

80. Toutefois, pour chercher des preuves de la substituabilité entre des produits futurs ou de nouveaux produits en rapide développement, il est impossible de recourir à une analyse des données historiques, car ces données n'existent pas ou risquent de fournir une indication peu fiable de la substituabilité future. Heureusement, un certain nombre d'outils peuvent faciliter, dans la pratique, l'évaluation de ces contraintes et, partant, des préoccupations relatives aux fusions horizontales (OCDE, 2020<sub>[39]</sub>), aux fusions verticales (OCDE, 2019<sub>[40]</sub>), aux conglomérats (OCDE, 2020<sub>[41]</sub>), aux accords anticoncurrentiels ou aux pratiques d'exclusion (OCDE, 2020<sub>[42]</sub>). Ils ne sont toutefois pas disponibles sur tous les marchés. Ils sont analysés ci-dessous.

### 4.2.1. Définition du marché

81. Lorsqu'il est possible d'avoir une bonne compréhension de la substituabilité entre les produits existant sur le marché, et donc de définir le marché en cause, il est peut-être plus facile de déterminer si l'entrée d'une contrainte concurrentielle potentielle exercerait ou non une forte contrainte (mais pas la probabilité d'entrée).

82. Ainsi, une définition fiable du marché géographique délimiterait l'espace géographique dans lequel une contrainte potentielle représenterait une contrainte forte en cas d'entrée réussie. Cependant, elle pourrait aussi être ambiguë, dans le sens où un lieu situé hors de l'ensemble existant de contraintes présentes sur le marché, mais plus près que celles qui sont extérieures au marché, pourrait constituer une contrainte forte ou non.

83. De même, une définition fiable du marché de produits pourrait utilement indiquer la force probable des contraintes qui seraient susceptibles d'émerger. Là encore, toutefois, cela pourrait s'avérer moins instructif si on s'attend que l'entrée se produise hors des limites

du marché existant. Une contrainte qui fait son entrée à un point extérieur au marché existant, mais plus proche que les autres concurrents situés en dehors du marché, peut *in fine* représenter une contrainte ou non.

84. De plus, l'espace produit est plus complexe que l'espace géographique, car les produits peuvent différer sur d'autres aspects. Cela porte à croire que les entrées potentielles qui s'inscrivent clairement dans l'espace produit sous tous leurs aspects pourraient être moins nombreuses et que celles qui sont dans une situation ambiguë pourraient l'être davantage.

85. Les considérations ci-dessus semblent montrer que l'utilité de la définition du marché pour déterminer la force d'une contrainte pourrait donc être limitée dans de nombreux cas, de sorte que les autorités pourraient ne pas trouver bon d'investir du temps et des ressources dans un exercice de définition du marché qui donne déjà des indications limitées sur une catégorie de marchés qui ne cesse de se développer (OCDE, 2018<sub>[43]</sub>).

#### 4.2.2. *Points de vue et documents internes*

86. Il est donc plus indiqué de commencer par demander aux entreprises, à leurs fournisseurs d'intrants, organismes de réglementation, concurrents et clients ainsi qu'à des analystes du marché indépendants s'il existe des contraintes concurrentielles potentielles, et dans l'affirmative, quelle forme la contrainte pourrait prendre et dans quelle mesure elle serait notable. Dans chaque cas, ces parties peuvent avoir des partis pris, ainsi qu'une perception de certains aspects de la question et une visibilité sur ces aspects qui leur sont propres, sans avoir conscience de l'importance d'autres aspects. Toutefois, une évaluation attentive de ces points de vue, notamment sur des questions étroites sur lesquelles le répondant pourrait être davantage susceptible d'avoir une opinion impartiale, peut être instructive.

87. Les documents sont particulièrement importants lorsqu'ils font la lumière sur les avis des dirigeants et sur leurs inquiétudes concernant le risque de pertes de chiffre d'affaires et sur leur préoccupation quant à la menace que représente un produit spécifique. Il peut s'agir de déclarations ou de présentations aux investisseurs, d'évaluations des risques, de courriels internes, de procès-verbaux du conseil d'administration, de rapports trimestriels ou d'études de cas. On peut utiliser des questionnaires pour recueillir ces preuves. Toutefois, les documents les plus importants sont ceux qui sont contemporains et dont la crédibilité peut être établie. Les éléments étayés par des preuves écrites enregistrées hors du cadre de l'enquête, une correspondance privée contemporaine ou des documents internes rédigés à diverses fins, par exemple, auront beaucoup de poids.

88. Les autorités de la concurrence reconnaîtront toutefois que des acquéreurs prudents peuvent s'abstenir d'exprimer des points de vue importants dans des documents écrits. Il se peut donc que, comme l'indique (LEAR, 2019<sub>[10]</sub>), des perquisitions inopinées et la saisie de contenus de courriels et de messagerie jouent un rôle primordial dans la collecte des preuves sur ces affaires. Ces actions ont toutefois un certain coût. Il convient de les exécuter judicieusement ou au hasard afin de prévenir toute forme de non-divulgence. L'absence de toute évaluation concernant une ligne de produits concurrente peut être révélatrice à elle seule.

89. Pour évaluer ces preuves, il faut se poser la question du type de contrainte potentielle qui est susceptible de se manifester, et donc du type de contrainte potentielle qui a effectivement été perdue. Se pose également la question, qui diffère quelque peu, de la forme et de la force de la contrainte *attendue* par les concurrents. Il ne s'agit pas de savoir si les concurrents anticipent la contrainte et entrent dans un lien de concurrence. Cela correspondrait à une contrainte concurrentielle *réelle*, ce qui pourrait avoir une importance

pour l'affaire, mais ne contribuerait pas à une évaluation de la contrainte concurrentielle *potentielle*. Au lieu de quoi, la forme perçue ou attendue de la contrainte potentielle, qui pourrait bien se révéler erronée, pourrait toutefois faciliter l'identification du comportement anticoncurrentiel afin de prévenir l'émergence d'une contrainte potentielle. Il pourrait ainsi s'agir d'accords de type « pay-for-delay » (report contre rémunération), d'acquisitions prédatrices, de situations de monopole ou d'infractions d'abus de position dominante, comme un comportement unilatéral visant à supprimer l'interopérabilité d'un concurrent naissant.

90. Les autorités accorderont donc à juste titre une importance accrue et nette aux preuves tirées de documents internes contemporains crédibles dans les affaires impliquant une concurrence potentielle. Puisque les entreprises cherchent à anticiper ce type d'enquêtes, il leur faudra aussi probablement creuser davantage pour obtenir de telles preuves, en recourant à des perquisitions inopinées, par exemple (LEAR, 2019<sub>[10]</sub>).

#### **4.2.3. Points de contrôle réglementaires**

91. Une perspective neutre et objective sur la probabilité et la force d'une contrainte potentielle peut, sur certains marchés, être dégagée de la progression d'un nouveau produit à travers les points de contrôle réglementaires (c'est-à-dire les différentes phases des essais cliniques). (Oldale, Sayyed et Sweeting, 2020<sub>[44]</sub>) mettent en avant 82 affaires de fusion aux États-Unis dans lesquelles la vigueur d'une contrainte concurrentielle potentielle a été évaluée. La plupart concernaient des marchés pharmaceutiques ou de dispositifs médicaux. On notera que sur ces marchés, l'innovation est fortement réglementée pour des raisons de sécurité, et la progression d'une innovation à travers les différentes phases de développement peut être aisément évaluée en s'intéressant aux points de contrôle réglementaires.

92. Cette progression peut donc apporter des preuves convaincantes au regard de la probabilité de l'entrée d'un nouveau produit sur le marché. Bien souvent, les processus réglementaires peuvent prévoir une évaluation de la nouveauté thérapeutique, de l'utilisation sous licence ou de l'objet de la licence, ainsi qu'une analyse comparative de l'efficacité, lesquelles font partie des éléments permettant de déterminer si l'entrée d'un produit particulier est probable, et si elle marquera une amélioration par rapport aux produits existant sur le marché, et donc si elle aura un effet proconcurrentiel. Ces informations permettent aux autorités de détecter les produits qui sont susceptibles d'entrer sur le marché et d'être considérés comme un bon substitut par les acheteurs potentiels.

#### **4.2.4. Programmes d'innovation**

93. Cependant, sur les marchés présentant un faible risque dans les domaines de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, le processus d'innovation est rarement réglementé, de sorte que les autorités ne peuvent pas faire de la progression à travers les points de contrôle réglementaires un indicateur de probabilité. Il est aussi possible d'évaluer la probabilité d'entrée en examinant les programmes d'innovation de l'entreprise.

94. Ces programmes ne sont pas soumis aux points de contrôle réglementaires indépendants existant dans les affaires pharmaceutiques. L'évaluation interne peut donc être marquée par un optimisme excessif (de façon naturelle ou stratégique pour attirer les investisseurs) ou par une relativisation stratégique, afin d'apporter de fausses garanties aux autorités de la concurrence.

95. Toutefois, une évaluation indépendante du programme peut procurer une certitude satisfaisante quant aux intentions et aux investissements concurrentiels actuels des entreprises. Les autorités ont ainsi la possibilité de fonder leurs conclusions sur les effets



de la réduction de la concurrence en cas de poursuite des activités de R-D, et non sur l'impact final sur les consommateurs via les prix, la qualité et le choix qui pourraient être observés si l'innovation conduisait à l'entrée sur le marché. L'impact sur ces facteurs prendra néanmoins du temps et sera probablement soumis à une incertitude plus forte que l'impact plus immédiat et tangible sur la concurrence en matière d'innovation.

96. À titre d'exemple, la Commission européenne a analysé les théories du préjudice reposant sur les effets défavorables sur les « espaces d'innovation » qui ne sont pas encore liés à un marché de produits spécifique. Suivant cette approche, la Commission s'est concentrée sur l'élimination des menaces concurrentielles en s'intéressant aux relations concurrentielles existant dans une phase d'innovation précédant la concurrence sur les marchés de produits (c'est-à-dire en repérant les pôles de recherche qui peuvent se faire concurrence, voir l'Encadré 6). En général, dans les secteurs où cette approche a été adoptée – principalement les industries pharmaceutiques et agrochimiques – la R-D prend également la forme d'un processus fortement réglementé distinct, clairement structuré, qui précède la concurrence sur les marchés de produits (Crémer et al., 2019<sup>[45]</sup>). Toutefois, cette attention accordée aux programmes de recherche en concurrence qui peuvent conduire à une concurrence future sur les marchés de produits, et non aux produits potentiels, constitue une approche généralisée qui pourrait être appliquée aux programmes de recherche concernant des innovations qui ne sont pas réglementées ou qui le sont moins.

#### Encadré 6. Fusion Dow/DuPont

Dans sa décision de 2017 concernant la fusion The Dow Chemical Company / E.I. du Pont de Nemours and Company, la Commission européenne a analysé de manière approfondie l'intensité de la rivalité existant, en termes d'innovation, sur les marchés en cause (en particulier ceux des pesticides et des produits pétrochimiques). Elle s'est davantage attachée à cette rivalité qu'aux contraintes concurrentielles potentielles que les entreprises pourraient exercer l'une sur l'autre si l'innovation conduisait à la fabrication de nouveaux produits.

La Commission a analysé l'évolution récente de la recherche-développement menée dans la protection des cultures. Elle a constaté qu'une concentration accrue et un renforcement des obligations réglementations entraînaient une réduction des dépenses de R-D globales en proportion du chiffre d'affaires, ainsi que des résultats d'ensemble de la R-D.

Des préoccupations spécifiques suscitées par l'opération ont été mises au jour par la Commission au regard de la suppression des activités de recherche se chevauchant et d'une diminution de la concurrence globale en matière d'innovation dans un secteur déjà concentré.

Pour évaluer ces préoccupations, la Commission n'a pas procédé à une définition du marché distincte au regard des activités d'innovation, notant que « l'innovation ne doit pas s'entendre comme un marché à part entière, mais comme une activité représentant un intrant tant pour les marchés de technologie, situés en amont, que pour les marchés [de produits] situés en aval » (paragraphe 348).

Les « marchés de technologie » désignent la vente ou la cession sous licence d'une technologie développée par des entreprises menant des travaux de recherche-développement. La Commission a plutôt cherché (1) à comprendre quelles entreprises avaient la capacité de se faire concurrence dans le développement de nouveaux produits et (2) à repérer les « espaces d'innovation » dans le secteur, les

activités de R-D portant de plus en plus sur un sous-ensemble particulier des marchés de produits actuels ou futurs au sein du secteur.

La concentration a été analysée dans chaque « espace d'innovation » en fonction de la part des brevets détenus par chaque entreprise, pondérée selon les citations, utilisées en tant que critère de la qualité des brevets (à partir de données communiquées par les parties à la fusion au sujet de leurs brevets et de leur intelligence concurrentielle sur ceux des concurrents, ainsi que de données de tiers sur les citations de brevets). La Commission a constaté qu'il existait un marché de l'innovation concentré, comptant cinq acteurs dans le monde – ce qui correspond à un niveau de concentration plus élevé que sur le marché de produits.

De plus, la Commission a analysé la concurrence en matière d'innovation au regard de son importance en tant que moteur de l'innovation, de l'ampleur des chevauchements existant entre Dow et DuPont et des barrières à l'entrée (en termes de capacités des laboratoires de R-D, par exemple).

En s'appuyant sur ces résultats, la Commission a conclu que les parties à la fusion mettraient probablement fin aux activités d'innovation qui se chevauchent, qu'après l'opération, elles seraient moins incitées à innover, que les activités transversales réduiraient les capacités d'innovation totales et que les concurrents restants ne risquaient guère d'exercer un contrepoids. Des mesures spécifiques de cession d'actifs de R-D ont donc été adoptées.

Source : Décision de la Commission du 27 mars 2017, affaire M.7932, Dow/DuPont.

97. Cette approche d'évaluation des programmes d'innovation constitue un compromis relativement difficile à trouver qui permet aux autorités de contester les fusions qui risquent de réduire la concurrence potentielle, tout en travaillant dans un cadre qui les empêche largement de le faire sur la base des effets sur la concurrence potentielle. Ce compromis est difficile à trouver car, comme le font remarquer (Langus et al., 2020<sup>[46]</sup>), en traitant cette question uniquement sous l'angle d'une concurrence en matière d'innovation *réelle* et non d'une concurrence *potentielle* incertaine, ces affaires ont provoqué d'amples débats sur la question de savoir si la concurrence portant sur l'innovation jouait de façon aussi prévisible que la concurrence concernant les prix et la qualité.

98. Toutefois, il pourrait être extrêmement difficile, dans le cadre actuel, qui concerne essentiellement la probabilité qu'un préjudice soit occasionné quels que soient son ampleur et ses effets potentiels, de fournir des preuves suffisantes que les programmes d'innovation auraient probablement abouti à des produits qui auraient ensuite vraisemblablement exercé une contrainte l'un sur l'autre.

99. Même si l'impact de l'ampleur était identifié, comme le propose la *Furman Review*, qui suggère d'« adopter une approche fondée sur la « balance des préjudices » qui tienne compte de l'échelle ainsi que de la probabilité qu'un préjudice se produise dans les affaires de fusion impliquant une concurrence potentielle et un préjudice porté à l'innovation » (Furman Report, 2019<sup>[22]</sup>), le présent cadre ne permettrait toujours pas, cependant, de faire face à l'incertitude née d'un manque de preuves de la présence probable ou de l'absence probable d'effets anticoncurrentiels. Un cadre imposant de faire ressortir une probabilité (ou une forte probabilité) sera assurément, par essence, incapable de tenir compte des risques anticoncurrentiels incertains dont on peut au mieux démontrer qu'il s'agit de perspectives réalistes.

100. Ce point a son importance, pour deux raisons. Premièrement, lorsqu'on suppose que des fusions seront licites et qu'il incombe à l'autorité de prouver que l'opération devrait être proscrite, cette difficulté à prouver des effets anticoncurrentiels incertains mais potentiellement notables conduira à approuver des fusions qui auraient dû être interdites.

101. Deuxièmement, les autorités de la concurrence peuvent non seulement être dans l'obligation de prouver qu'une fusion devrait être proscrite (selon le critère de la diminution substantielle de la concurrence ou celui de l'entrave significative à une concurrence effective), mais elles peuvent aussi être tenues de fournir des preuves suffisantes que la fusion devrait être autorisée<sup>26</sup>. Compte tenu de la difficulté tenant à la démonstration que l'opération produit des effets anticoncurrentiels ou n'en produit pas, l'autorité pourrait se trouver dans l'impossibilité de statuer. Elle peut, par exemple, disposer de preuves suffisantes pour établir une perspective réaliste que des effets anticoncurrentiels peuvent se produire ou ne pas se produire, mais rester dans l'impossibilité de démontrer la probabilité que les uns ou les autres sont susceptibles de survenir. En pareilles circonstances, les règles à suivre pour résoudre cette incertitude revêtent une importance capitale.

102. Ces conséquences problématiques peuvent se produire dès lors qu'il existe une incertitude quant à une éventuelle appréciation erronée. Elles risquent toutefois davantage d'apparaître lorsqu'on évalue l'impact sur la concurrence potentielle, car cela implique une incertitude inhérente qui se manifestera uniquement sur un horizon plus lointain. Nous intéresserons à cet horizon dans la partie 5.

#### ***4.2.5. Proximité dans l'espace géographique ou produit***

103. La présence de l'entreprise sur des marchés adjacents existants compte parmi les facteurs de nature à faciliter la détermination de la probabilité et de la force d'une contrainte potentielle. Cet exercice est souvent plus intuitif dans l'espace géographique (Encadré 7), où la présence d'une entreprise sur un marché géographique adjacent pourrait indiquer qu'il existe un certain nombre d'effets induits dont elle pourrait tirer parti pour réussir son entrée sur le marché. Ainsi, le coût de sa présence le marché voisin pourrait être relativement faible, occasionnant des coûts fixes ou irrécupérables moins élevés. La proximité géographique pourrait aussi porter à croire qu'elle connaît bien la nature de la demande dans cette région, et que sa marque est y relativement connue.

#### **Encadré 7. Cornershop/Uber – Analyse de la concurrence potentielle par l'autorité de la concurrence chilienne**

Le préjudice causé à la concurrence potentielle a été analysé de près par l'autorité de la concurrence chilienne (FNE) lorsqu'elle a examiné, en 2020, le projet d'Uber de racheter Cornershop, projet qui a fini par être approuvé sans conditions. Les chevauchements horizontaux des parties à la fusion étaient réduits au minimum car, au Chili, Uber propose des services de VTC via Uber Rides et des services de livraison de repas pour des restaurants via Uber eats, tandis que Cornershop est présent sur une plateforme en ligne de livraison de produits d'épicerie provenant de supermarchés. La principale préoccupation de la FNE au regard de la concurrence avait trait à l'élimination d'Uber en tant que concurrent potentiel de Cornershop pour la livraison de ces produits d'épicerie.

Dans sa décision, la FNE a noté qu'Uber avait l'intention arrêtée et une véritable probabilité d'accéder au segment de la livraison de produits d'épicerie en ligne dans un délai limité. Ainsi, Uber avait réalisé un test pilote quelques mois auparavant en

collaboration avec une chaîne de supermarchés, Tottus, dans l'optique de commencer à proposer de tels services, et les documents internes d'Uber ont démontré son intention d'entrer sur ce segment. Néanmoins, la FNE a conclu que l'élimination d'Uber en tant qu'entrant potentiel sur le segment n'aurait pas entraîné une diminution substantielle de la concurrence, sachant que d'autres chaînes de supermarchés développaient également ce type de services et que cette entrée était accélérée par l'épidémie de COVID-19 et devait se matérialiser dans l'année. De plus, d'autres plateformes numériques ayant également le projet d'entrer sur ce segment se situaient à un stade relativement avancé, de sorte qu'elles étaient en mesure d'exercer une pression concurrentielle sur le regroupement Uber/Cornershop.

Source : Résolution de la FNE du 29 mai 2020 concernant l'acquisition de Cornershop par Uber Technologies, Inc.

104. Il convient toutefois de se poser une question importante sur la probabilité d'entrée dans un espace géographique ou produit adjacent : quels changements sont intervenus ou vont intervenir ? Si l'entreprise n'est pas déjà présente sur ce marché adjacent, pourquoi la serait-elle dans un an ou deux ? Pourquoi la situation actuelle correspond-elle à une observation déséquilibrée ?

105. Ce constat peut aussi s'appliquer à l'espace du marché de produits. D'après (Salop et Culley, 2014<sup>[47]</sup>), « *les entreprises établies rivalisant sur des marchés adjacents peuvent être bien placées pour entrer sur le marché en cause, car elles peuvent posséder une expertise utile sur ce marché ou y avoir plus facilement accès* ». Notons que la « proximité dans l'espace produit » est un « concept » très générique qui pourrait indiquer que l'entreprise propose actuellement un produit potentiellement complémentaire, ou situé en amont ou en aval. L'important dans ce cas est qu'il existe un effet induit dont elle puisse tirer parti et qui lui permette de mettre un pied dans la place, auprès de certains consommateurs ou acheteurs.

106. Ainsi, lorsqu'une plateforme numérique annonce son projet d'entrer sur un marché de plateforme numérique différent, certains y voient la preuve d'une toute nouvelle forme de concurrence. Mais on peut aussi interpréter cette entrée, plus simplement, comme la manifestation d'une concurrence potentielle (et de concurrents potentiels). L'apparition d'une concurrence entre plusieurs plateformes démontre aussi que bien souvent, les entrants potentiels ne sont pas des start-ups optimistes, mais des fabricants en place sur d'autres marchés de plateformes quasiment en proie à un monopole, qui sont des substituts pour certains et des compléments pour d'autres. Dans d'autres affaires, l'entrant potentiel fabrique des biens complémentaires qui sont vendus sur la même plateforme.

107. L'existence de ces entrants potentiels expérimentés ne signifie pas que le marché en question est fortement concurrentiel. L'entrée peut rester un processus lent, pénible, extrêmement risqué et si c'est le cas pour les entreprises expérimentées, c'est doublement vrai pour les start-ups et autres outsiders. Lorsqu'un marché a basculé, bien souvent, seule une concurrence résiduelle est possible. Toutefois, il n'en découle pas pour autant que la concurrence (et la concurrence potentielle) n'a pas de valeur. Les menaces concurrentielles potentielles pourraient être incertaines, et limitées à ce stade, mais s'il n'existe guère ou aucune autre menace crédible pour les entreprises en place, même la perte de cette faible contrainte incertaine pourrait être substantielle.

108. Pour ce qui est des marchés plus traditionnels, dans certains cas, les autorités auront l'avantage de disposer de preuves sur les comportements antérieurs. Ainsi, en ce qui concerne les marchés fonctionnant par appel d'offres ou les concessions, il est possible de trouver des indications sur les concurrents potentiels en identifiant les soumissionnaires

pouvant être crédibles dans les procédures de passation des marchés publics potentielles et à venir. À titre d'exemple, on peut attendre d'un vendeur qu'il considère un soumissionnaire concurrent comme un substitut sérieux si :

- il possède une expérience de la commercialisation de produits identiques ou similaires sur différents marchés géographiques,
- il a exploité des services sur une échelle similaire, dans des lieux similaires,
- il a acquis une solide réputation en travaillant sur de précédents projets (il n'a pas manqué à ses engagements),
- il a soumis des projets de qualité à des prix compétitifs pour fournir ou exploiter le service dans des appels d'offres précédents,
- et il offre de solides garanties sur les performances promises.

109. En pareils cas, les autorités peuvent utiliser plusieurs outils quantitatifs pour évaluer la relation de concurrence :

- analyse de la participation, qui examine la fréquence à laquelle les parties à la fusion ont participé aux appels d'offres<sup>27</sup>,
- analyse des appels d'offres remportés et perdus, qui examine la fréquence à laquelle les parties à la fusion ont perdu l'une par rapport à l'autre,
- analyse des adjudicataire et des finalistes, qui examine la fréquence à laquelle les parties à la fusion sont adjudicataire et finaliste,
- l'analyse de la marge, qui examine si les marges d'une partie sont affectées par la participation de l'autre partie à la même procédure,
- l'analyse Probit, qui examine la probabilité que la victoire de l'une des parties à la fusion soit affectée par la participation de l'autre partie au même appel d'offres (après prise en compte des autres facteurs qui influent sur leur probabilité de succès)<sup>28</sup>.

110. Le type de procédure d'appel à la concurrence qui est utilisé pour la concession peut notamment avoir un impact sur ceux de ces outils qui sont les plus utiles. Par exemple, dans le cadre d'une enchère par offres décroissantes, l'analyse de l'adjudicataire et du finaliste est particulièrement utile, étant donné que l'impact se réduit, dans ces enchères, à la différence entre les offres 2 et 3 (si les parties à la fusion étaient respectivement l'adjudicataire et le finaliste). Selon (Coublucq et Federico, 2017<sub>[48]</sub>), dans ces cas, les autorités de la concurrence devraient examiner les marges moyennes faites par l'enchérisseur 2 dans d'autres appels d'offres où l'enchérisseur 2 est l'adjudicataire et l'enchérisseur 3 est le finaliste, car elles peuvent remplacer l'analyse des effets sur les prix.

#### **4.2.6. Analyse de l'évaluation**

Dans le contexte d'une fusion, une approche quantitative émergente consiste à analyser les composantes du prix que l'acquéreur propose de payer pour la cible. Dans l'affaire Visa/Palid (voir l'Encadré 2), par exemple, le ministère de la Justice a fait observer que le prix d'acquisition équivalait à plus de 50 fois le chiffre d'affaires annuel de la société cible, et ce « *pour des raisons stratégiques, et non financières* » afin de « *protéger* » le pôle débit de la société de cartes de crédit. Ce type d'analyse n'est pas simple.

111. Les autorités de la concurrence pourraient utiliser cette analyse de l'évaluation pour apprécier les acquisitions naissantes en se focalisant non pas sur les composantes du bénéfice existant, mais sur celles de l'évaluation sur laquelle repose le prix de l'offre. Un

exemple de cette analyse d'évaluation est présenté par la (CRA, 2019<sup>[49]</sup>) dans un mémo décrivant ses travaux sur l'acquisition d'iZettle par Paypal. On lit dans ce mémo que lors de l'évaluation des start-ups, les entreprises utilisent généralement soit une analyse comparative, soit une analyse des flux de trésorerie actualisés (DCF) pour évaluer la rentabilité et donc le prix de l'offre. D'autres méthodes sont utilisées, dont la méthode Berkus (Dave Berkus), l'évaluation par score (Bill Payne), la méthode du capital-risque (vulgarisée par Bill Sahlman), le cumul des facteurs de risque, l'évaluation basée sur les actifs, le coût de duplication, ou une combinaison de tout ou partie de ces méthodes (Richards, 2019<sup>[50]</sup>).

112. Cela pourrait permettre de comprendre si le prix inclut une prime inexplicée pouvant, par exemple, refléter la valeur que représente la diminution de la concurrence future pour l'entreprise en place. De même, l'analyse pourrait révéler quelle valeur a été attribuée à des synergies inexistantes pour dissimuler la valeur correspondant à une diminution de la concurrence future.

113. Une telle analyse est difficile à réaliser, car un acquéreur peut avoir de nombreuses raisons de verser une prime pour la cible, comme celle de dégager de réelles synergies spécifiques à l'acquisition de la cible (et dont ne pourrait pas bénéficier un acquéreur concurrent), ou simplement parce que la cible dispose d'une solide position de négociation (propriété intellectuelle exclusive, financement fiable, par exemple) ou de bonnes capacités de négociation. Dans le même temps, la prime pourrait bien correspondre à la valeur potentielle de la cible qui n'est pas prise en compte dans sa valeur actuelle.

#### 4.2.7. Enquêtes de consommation

114. Les enquêtes de consommation pourraient aussi être utilisées pour comprendre le degré de substituabilité entre des produits qui pourraient n'être encore qu'hypothétiques. Elles permettraient, par exemple, de comprendre le niveau de prix où un produit devrait se situer, ainsi que les aspects qualitatifs qu'il devrait présenter pour exercer une contrainte concurrentielle pertinente. Elles pourraient déjà avoir été entreprises par les parties ou des analystes du marché, mais dans le cas contraire, les autorités elles-mêmes peuvent juger bon d'en commander.

115. Ces informations peuvent alors être utilisées pour limiter la question au fait de savoir si et quand un concurrent potentiel pourrait, de façon réaliste, être en mesure d'atteindre un certain prix ou apporter un certain type de caractéristiques ou de qualité.

#### Encadré 8. Pratiques recommandées pour l'évaluation de la concurrence potentielle

- Accorder une grande importance aux preuves tirées de documents internes contemporains dans les limites du cadre juridique applicable.
- Envisager de recourir aux interrogatoires et aux perquisitions inopinées, si possible, pour creuser davantage et recueillir des points de vue internes contemporains.
- Prendre en considération les théories du préjudice causé à l'innovation, mais sans négliger d'enquêter sur l'impact d'une perte de concurrence potentielle sur la marché des produits finals. Si le cadre juridique existant n'offre pas de

protection contre la perte de concurrence potentielle, plaider en faveur de sa modification.

- Envisager les possibilités que des entreprises présentes sur des marchés adjacents bénéficient d'avantages pour entrer sur le marché et exercent ainsi une contrainte potentielle.
- Analyser et comprendre les modèles économiques pertinents et comment ils peuvent évoluer et générer des gains à l'avenir, mais mettre à profit ces connaissances pour déterminer, pour chaque produit, les liens de complémentarité, de substituabilité et de substituabilité potentielle. Ne pas se laisser distraire par la terminologie.
- Prendre en considération les indications résultant de l'analyse de l'évaluation et des enquêtes de consommation. Si elles risquent de ne pas procurer toutes les réponses souhaitées, chacune d'elles offre une piste utile qui permet de se concentrer sur les questions primordiales (comme la substituabilité) et d'actualiser, éclairer et nuancer les présomptions par défaut des décideurs. Elles peuvent ainsi venir corroborer d'autres sources de preuve.

### 4.3. Évaluation *ex post* de la concurrence potentielle

116. L'évaluation *ex post* des affaires impliquant une concurrence potentielle reste rare, ce qui n'a peut-être rien de surprenant eu égard à l'absence de succès enregistré dans les affaires de fusion. (Werden & Limarzi, 2010<sup>[7]</sup>), par exemple, ont noté que « *la dernière contestation réussie d'une fusion par le ministère de la Justice reposant sur une théorie du préjudice causé par l'élimination de la concurrence « potentielle » remonte à 1973. La dernière contestation de ce type par la FTC est venue plus tard (en 1981), mais cela fait aujourd'hui 30 ans qu'une cour fédérale a jugé une fusion illicite au motif qu'elle éliminait une concurrence « potentielle ».* Comme ils l'ont très justement indiqué, « *l'une des raisons en est que les tribunaux ont fixé un seuil plus élevé en appliquant le critère de la « probabilité raisonnable » aux plaintes selon lesquelles une fusion entraînerait une diminution substantielle de la concurrence ».*

117. Dans ce contexte, les auteurs ont pu se féliciter que les nouvelles Lignes directrices des États-Unis sur les fusions horizontales, bien que s'appliquant aux fusions qui éliminent la concurrence potentielle ainsi que la concurrence réelle, ne définissent pas d'analyse ou de critères distincts pour celles qui éliminent la concurrence potentielle. D'un autre côté, (Wong-Ervin et Moore, 2020<sup>[51]</sup>) notent que la Cour suprême a par deux fois réservé sa décision sur la question de savoir si la notion de concurrence potentielle est couverte par l'article 7 de la loi Clayton. Ces éléments, pris dans leur ensemble, mettent en relief la nature incertaine et superficielle de la reconnaissance du concept de concurrence potentielle, et la nécessité, mise en lumière par (Baker et al., 2020<sup>[1]</sup>), de préciser que le droit de la concurrence américain protège cette concurrence potentielle.

118. Plus récemment, toutefois, la FTC (Oldale, Sayyed et Sweeting, 2020<sup>[44]</sup>) a invoqué, de 1995 à 2020, dans 82 opérations de fusion, un risque de préjudice causé à la concurrence potentielle (dont 41 avant 2010). Si (Werden & Limarzi, 2010<sup>[7]</sup>) ont raison (à l'instar de (Wong-Ervin et Moore, 2020<sup>[51]</sup>), qui ont fait également fait remarquer que le concept de concurrence potentielle réelle a rarement été retenu par les tribunaux), et que l'expérience qu'a la FTC de son traitement administratif est similaire à celle du ministère de la Justice, on pourrait en conclure qu'un grand nombre, sinon la totalité de ces contestations ont été rejetées, peut-être parce que les tribunaux ont fixé un seuil plus élevé en appliquant le

critère de la « probabilité raisonnable » décrit par (Werden & Limarzi, 2010<sup>[71]</sup>). Dans tous les cas, les travaux de la FTC indiquent que le nombre de ces contestations a fortement augmenté entre 2012 et 2016 et, après une accalmie, ce niveau élevé a de nouveau été observé en 2020.

119. Dans l'intervalle, au Royaume-Uni, la CMA a commandé ces dernières années deux importantes évaluations *ex post* sur la concurrence potentielle. La première, (KPMG, 2017<sup>[52]</sup>) a montré, grâce à une analyse *ex post*, que dans la moitié des huit affaires examinées, l'entrée sur le marché qui avait justifié l'autorisation de la fusion ne s'était pas produite comme prévu<sup>29</sup>. Comme l'a fait remarquer la CMA, cela dénote un certain biais optimiste à l'égard des perspectives des entrants. Ces entrants ne participant pas à la fusion, cela a conduit à une application insuffisante du droit de la concurrence.

120. La deuxième évaluation *ex post*, (LEAR, 2019<sup>[10]</sup>), a porté sur l'absence d'objections suscitées par l'acquisition de concurrents potentiels par de grandes plateformes numériques, et l'autorisation rapide de celles qui sont examinées. Cette situation avait déjà été signalée par la *Furman Review* comme étant une source de préoccupations, et LEAR a constaté que « *dans l'évaluation de la concurrence potentielle et tout particulièrement dans les affaires Facebook/Instagram et Google/Waze, les autorités ont identifié les preuves qui convenaient et constaté qu'Instagram et Waze avaient enregistré une croissance constante et soutenue dans les années précédant la fusion et avaient des modèles d'entreprise et des projets de développement prometteurs qui auraient pu leur donner une position plus forte sur les marchés où les acquéreurs étaient présents. Elles ont cependant écarté ces preuves, essentiellement en raison de l'incertitude entourant la question de savoir si le potentiel d'Instagram et de Waze aurait été réalisé. Les autorités trouvent rarement, voire jamais, des preuves probantes de la croissance future : les théories du préjudice causé à la concurrence potentielle seront toujours porteuses d'une certaine incertitude. Si elles souhaitent faire valoir ce type de théories à l'avenir, les autorités devraient être prêtes à accepter une plus grande incertitude dans leurs évaluations.* »

121. Ces arguments ont sans doute éclairé les propositions de la CMA d'abaisser le seuil de preuve applicable aux acquisitions de concurrents potentiels, du moins dans le cas des grandes plateformes numériques, mais curieusement pas dans celui des entreprises en situation de monopole sur d'autres marchés.

#### 4.4. Analyse contrefactuelle dans les affaires de concurrence potentielle

122. Les outils présentés ci-dessus, dans la partie 4.2, peuvent faciliter l'évaluation de la probabilité et de la force d'une contrainte potentielle émergente donnée. Ils constituent donc, pour les autorités, des outils d'évaluation de la probabilité de différents scénarios contrefactuels, lesquels produisent des effets concurrentiels qui leur sont propres. Ils peuvent ainsi conduire une autorité à considérer qu'il existe une perspective réaliste que trois scénarios contrefactuels possibles se concrétisent, produisant chacun des effets concurrentiels d'une ampleur variable.

123. Suivant un scénario fréquent, la contrainte potentielle qui fait prétendument l'objet d'une exclusion, d'une acquisition ou d'une collusion aurait, dans d'autres circonstances, émergé via une acquisition réalisée par un tiers. Comme indiqué dans (OCDE, 2020<sup>[39]</sup>), il importe de se rappeler que la question pertinente, pour analyser les effets du comportement, de la fusion ou de l'accord sur la concurrence est celle de la force de la menace concurrentielle que le concurrent naissant aurait exercée. Il ne s'agit donc pas de savoir si le concurrent aurait enregistré une croissance plus rapide ou moins soutenue<sup>30</sup>.



124. Du point de vue analytique, la question du scénario contrefactuel pertinent diffère de la question, plus couramment analysée, de l'identification des *effets* présumés (même si la première aura nécessairement une influence sur la seconde). La détermination de l'*effet* présumé d'une affaire implique de recourir à une théorie de la décision pour trouver le juste milieu entre une application insuffisante ou une application excessive du droit de la concurrence. Pour ce faire, nous devons de préférence partir de ce que nous savons de la probabilité générale des effets du comportement spécifique (voir (Salop et al., 2020<sup>[53]</sup>) et (Salop, 2015<sup>[54]</sup>), qui expliquent en quoi cela diffère du cadre traditionnel du coût de l'erreur de l'école de Chicago). En revanche, la prise en compte de la présomption dans le scénario contrefactuel est une question de portée plus étroite.

### Encadré 9. Pratiques recommandées pour l'analyse contrefactuelle dans les affaires de concurrence potentielle

- Analyser activement les autres scénarios contrefactuels, comme les autres acquéreurs, et expliquer clairement comment la prise de décision tient compte des scénarios contrefactuels qui sont peu probables au final, mais pour lesquels il existe une perspective réaliste.
- Ne pas s'enliser dans l'ampleur du succès que pourrait connaître un concurrent potentiel, se concentrer sur la question binaire consistant à savoir si on peut s'attendre ou non, dans l'avenir, qu'il exerce une contrainte concurrentielle qui soit importante dans le cadre du marché en question (en tant qu'entité indépendante ou après acquisition par une entreprise portant moins atteinte à la concurrence).

## 5. Évaluation du délai dans lequel une concurrence potentielle émergera

125. Mis à part les difficultés tenant à l'évaluation de la probabilité et de l'ampleur de l'entrée sur le marché se pose la question de savoir quand une contrainte concurrentielle potentielle doit se manifester pour être pertinente pour une décision prise aujourd'hui<sup>31</sup>.

126. En principe, la période d'évaluation devrait découler du délai attendu dans lequel la décision aurait un effet. Ainsi, l'analyse coûts-avantages de la construction d'un réacteur nucléaire n'est pas limitée à la période durant laquelle nous pouvons être confiants dans notre capacité à en prévoir les effets, mais à la durée de vie attendue de ce réacteur et aux délais applicables aux déchets. Un coefficient d'actualisation serait donc appliqué pour tenir compte de la diminution de l'importance des résultats à un horizon de 100 ans. L'analyse tiendrait alors compte de la distribution des coûts et des avantages pour les différents groupes sur cette période. Elle pourrait aussi s'intéresser aux mécanismes de compensation pouvant être utilisés pour les contrebalancer et faire en sorte que lorsqu'il existe un effet positif net, le feu vert est accordé au projet, même si la distribution des coûts et des avantages est probablement inégalement répartie entre les différents groupes et dans le temps.

127. Il est naturellement difficile de suivre ce type d'approche dans le cadre d'une analyse concurrentielle, et la plupart des autorités de la concurrence se contentent d'examiner les effets prévisibles<sup>32</sup>.

128. De fait, si en théorie, les autorités de la concurrence ne doivent pas limiter la période sur laquelle elles évaluent l'entrée sur le marché, dans la pratique, l'analyse porte

généralement sur une période de tout juste deux ou trois ans. Dans leurs lignes directrices, par exemple, la Commission européenne et les autorités de la concurrence britanniques expliquent que lorsqu'elles cherchent à déterminer si l'entrée serait suffisamment rapide et durable pour décourager ou empêcher l'exercice du pouvoir de marché, l'entrée est généralement considérée comme opportune uniquement lorsqu'elle intervient dans les deux ans<sup>33</sup>. Les lignes directrices ménagent toutefois aux autorités la possibilité d'allonger ce délai lorsqu'elles ont davantage confiance dans leur capacité de prévision.

129. D'une part, une période d'évaluation condensée aide les autorités à instaurer la confiance en interne et en externe (devant les tribunaux et les pouvoirs publics) dans la capacité de leurs experts de prévoir les effets futurs. Il leur permet aussi de dégager un consensus, car si les divergences entre les points de vue peuvent s'accroître à mesure que l'incertitude augmente, il est plus facile de s'accorder sur les effets dans un laps de temps plus limité. De plus, le fait que les effets défavorables sur les prix doivent se manifester quasi immédiatement sur la plupart des marchés où les prix peuvent être ajustés rapidement, alors que les gains d'efficacité rendus possibles par la fusion peuvent mettre plus de temps à se débloquer, montre que l'adoption d'un délai plus court pour l'analyse permet souvent de justifier plus facilement les décisions de mise en œuvre du droit de la concurrence.

130. Un autre argument de poids – même s'il semble être interprété de manière erronée – milite en faveur d'une période d'évaluation moins longue : pour déterminer si une fusion risque de produire des effets anticoncurrentiels, on suppose volontiers qu'avec le temps, ces effets devraient être atténués par une entrée sur le marché déclenchée par la fusion. Les tenants de cette idée estiment donc que les effets négatifs devraient apparaître rapidement ou qu'ils seront corrigés par le marché (hypothèse de l'infailibilité du marché).

### 5.1. Problèmes liés à une courte période d'évaluation

131. L'argument le plus convaincant en faveur d'un délai aussi bref se résume donc à la prudence et au respect du cadre juridique applicable. Toutefois, cette prudence a un prix, car l'adoption d'une courte période d'évaluation consolide un biais qui nous éloigne d'une approche permettant de prendre des décisions de nature à améliorer le bien-être des consommateurs attendus.

132. Ainsi, le terme *prévisible* lui-même limite explicitement notre examen aux effets se situant dans le laps de temps dans lequel nous avons confiance en notre capacité d'établir des prévisions, et non dans celui dans lequel les effets vont réellement se produire. En fondant la définition de la période d'évaluation sur la prévisibilité, les autorités de la concurrence risquent donc de répondre davantage à la question à laquelle elles peuvent répondre en toute confiance qu'à celle qui leur a véritablement été posée.

133. Vu sous cet angle, le critère de prévisibilité soumet l'évaluation des fusions à des contraintes qui posent problème. Notons, tout particulièrement, qu'une évaluation qui se limite à l'avenir prévisible ignorera – à dessein – les effets potentiels que nous ne sommes pas encore suffisamment certains de pouvoir prévoir, même s'il est possible d'en discerner les contours incertains.

134. En revanche, l'adoption d'une période d'évaluation plus longue nous imposant d'aller au-delà de l'avenir strictement prévisible, quelque incommode que ce soit, en nous intéressant à un horizon plus lointain, donnerait suffisamment de temps à des préjudices et à des gains d'efficacité – dont, faute de quoi, on n'aurait pas pris conscience – pour se manifester. Des préjudices et des gains d'efficacité plus immédiats pourraient aussi s'accumuler dans le temps, et l'entrée d'un tiers serait davantage susceptible d'intervenir pour atténuer quelque peu une perte de concurrence à court terme (voir l'analyse ci-dessus, paragraphe 129).

135. Dans tous les cas, pour remédier au problème résultant, au regard de l'analyse, d'un laps de temps excessivement court, il faudrait à l'évidence adopter une période d'évaluation plus longue. Le délai supplémentaire requis dépendra du produit, dont le développement ou le délai de production peut varier sensiblement de l'un à l'autre. Toutefois, la règle empirique à observer voudrait que la période actuelle de 2 à 3 ans, qui a été utilisée dans les affaires où une contrainte *réelle et arrivée à maturité* est perdue, devrait courir uniquement à partir de *l'entrée et de l'arrivée à maturité* attendue pour la contrainte potentielle. Si, par exemple, une entreprise est naissante, car déjà entrée et présente sur le marché, mais qu'elle n'est pas encore arrivée à maturité, il est possible d'ajouter le délai de 2 à 3 ans correspondant à cette contrainte de maturité à une période de 2 ans, peut-être, pour que cette croissance puisse se produire. Traditionnellement, une start-up est supposée atteindre son seuil de rentabilité la deuxième année, même si on retiendra naturellement que sur certains marchés, ce seuil sera atteint dans un délai qui ne sera pas beaucoup plus long. En revanche, si l'entrée sur le marché est attendue dans les 3 ans, et que l'on applique ce même délai de 2 ans pour la croissance, alors la période de 2 à 3 ans fixée pour une contrainte arrivée à maturité débiterait à la 5<sup>ème</sup> année, et courrait ainsi jusqu'à la 7<sup>ème</sup> ou 8<sup>ème</sup> année.

136. Pour certains produits, l'existence d'un délai de production plus long peut indiquer que la contrainte est arrivée à maturité lors de son entrée sur le marché (moment où un nouveau téléphone ou un film, par exemple, peut être à son apogée, sa nouveauté ne s'étant pas encore estompée). Cette approche flexible présenterait alors l'avantage suivant : si on présume qu'un produit comme une ligne de chemin de fer, un oléoduc, un véhicule autonome ou une navette spatiale entrera sur le marché dans les 5 à 10 ans et que la contrainte sera arrivée à maturité à ce moment-là, l'estimation de la contrainte potentielle débitera à la date de lancement estimée. Cela implique également, bien sûr, que toute entrée supposée intervenir dans les 2 ou 3 ans suivant la date d'entrée estimée serait elle aussi potentiellement pertinente et devrait être évaluée.

137. Une autre approche est également envisageable, en fixant le délai à 6 ans, ce qui correspond à la limite supérieure de la durée des effets qui a été proposée par le professeur Steve Davies dans sa note à l'OCDE sur l'évaluation de l'impact dans les affaires de concurrence (Davies, 2013<sub>[55]</sub>). Son raisonnement est que la limite supérieure rendrait davantage compte de la perte des contraintes naissantes prises en considération dans les affaires sur lesquelles les autorités ont fondé les hypothèses qui étayaient la proposition formulée. À l'inverse, la limite inférieure correspond sans doute aux affaires de perte d'une contrainte réelle.

138. Il convient également de se demander si le délai fixé pour évaluer l'impact d'une contrainte perdue devrait aussi s'appliquer à l'appréciation des perspectives d'entrée d'un tiers qui pourrait atténuer la perte d'une contrainte. La logique veut que la période d'évaluation définie pour une affaire devrait être déterminée par la contrainte qui est perdue. Par conséquent, si la contrainte qui peut être perdue est réelle et arrivée à maturité, et donc généralement assortie d'un délai de 2 à 3 ans, une entrée susceptible d'atténuer la perte dans les 5 ans ne serait pas pertinente. Néanmoins, si la contrainte qui peut être perdue est potentielle, et assortie d'une période de 5 à 6 ans, une entrée susceptible d'atténuer la perte dans les 5 ans serait tout à fait pertinente.

139. Néanmoins, quel que soit le délai supplémentaire choisi, une incertitude et un risque accrus pèseront à la fois sur les probabilités et sur l'ampleur du résultat. Comme indiqué dans la partie 4, une période d'évaluation plus longue imposerait donc au droit de la concurrence et à l'économie d'accepter l'incertitude, sans que celle-ci se révèle simplement un prétexte utile pour adopter une politique d'inaction par précaution.

## 5.2. Comment évaluer le délai d'entrée ?

140. Quel que soit le délai fixé en fin de compte pour l'analyse, les autorités devront évaluer le timing de l'émergence d'une contrainte potentielle à la lumière des preuves disponibles. Celui-ci pourrait alors, comme indiqué précédemment, déterminer le choix du délai pour l'analyse, ou être comparé par rapport à un délai établi. Dans un cas comme dans l'autre, une évaluation est requise.

141. À l'instar de l'évaluation de la probabilité et de la force de l'entrée, il faut à l'évidence commencer, pour apprécier le timing de l'entrée, par demander aux entreprises, à leurs fournisseurs d'intrants, autorités de tutelle, concurrents et clients, ainsi qu'à des analyses du marché indépendants quand l'entrée devrait se produire selon eux. Là encore, ces éléments auront davantage de poids s'ils sont étayés par des preuves écrites enregistrées hors du cadre de l'enquête, comme une correspondance privée contemporaine ou des documents internes rédigés à diverses fins.

142. Pour évaluer le timing d'une arrivée d'une contrainte concurrentielle potentielle sur le marché, il convient de se garder de tout biais d'optimisme<sup>34</sup>. Ainsi, le rapport commandé par la CMA à KPMG a montré, en procédant à un examen *ex post*, que dans quatre des huit affaires examinées, l'entrée sur le marché qui avait justifié l'autorisation de la fusion ne s'était pas produite comme prévu<sup>35</sup>. Le rapport a suggéré de se concentrer sur :

- les coûts d'entrée imposés aux entreprises présentes sur des marchés étroitement liés (comme les entreprises ayant déjà développé une technologie pertinente, susceptible de requérir des modifications minimales pour être adaptée au marché spécifique en question),
- les préférences des consommateurs et les schémas de la demande pouvant favoriser l'entrée d'entreprises présentes sur des marchés étroitement liés,
- les preuves que les concurrents présents sur des marchés étroitement liés ont déjà manifesté une certaine volonté d'accéder au marché ou de repositionner leur offre ;
- les preuves que les concurrents réels suivent déjà activement la menace provenant des fournisseurs existant sur des marchés étroitement liés,
- les preuves sur les facteurs comme les schémas d'innovation et le taux d'utilisation des produits innovants sur d'autres marchés géographiques.

143. L'affaire Siemens/Alstom présente aussi un certain nombre de facteurs qui ont été utilisés pour évaluer le timing d'une contrainte concurrentielle potentielle se produisant sous la forme de CRRC, le fabricant chinois de matériel roulant<sup>36</sup>. On notera en particulier que la Commission a pu conclure que même si un délai de 10 ans était envisagé, la probabilité que de nouveaux concurrents fassent leur entrée sur le marché n'était pas suffisante pour exercer une contrainte concurrentielle notable sur la société issue de la fusion (voir l'Encadré 10, ainsi que l'Encadré 11, consacré à l'affaire TPG/Vodafone dans laquelle la Cour fédérale a envisagé d'adopter un délai de 5 ans (ou plus)). La fusion a fini par être bloquée, mais le souhait des dirigeants européens de mettre en place une politique industrielle pour faire face à la menace perçue que constituent ces concurrents potentiels pour les emplois européens est clair (Reuters, 2019<sub>[56]</sub>). Dans ce contexte, la Commissaire Vestager a annoncé son intention d'examiner et de modifier l'avis sur la définition du marché en cause.

### Encadré 10. Analyse de la concurrence potentielle dans l'affaire Siemens/Alstom

Dans l'opération Siemens/Alstom qui a été bloquée par la Commission européenne (2019), cette dernière a conclu que les fournisseurs asiatiques CRRC (China Railway Rolling Stock Corporation), Hyundai-Rotem et Kawasaki ne pouvaient pas être considérés comme des concurrents potentiels de Siemens/Alstom sur les marchés EEE de matériel roulant à grande et très grande vitesse, qui sont caractérisés par des barrières à l'entrée élevées. Si elle n'a pas validé le délai de 5 à 10 ans proposé par Siemens/Alstom pour l'évaluation de la concurrence potentielle, la Commission européenne a jugé, toutefois, que même si un délai de 10 ans était envisagé, la probabilité que de nouveaux concurrents fassent leur entrée sur le marché n'était pas suffisante pour exercer une contrainte concurrentielle notable sur la société issue de la fusion.

Pour ce qui est du fabricant chinois CRRC, l'évaluation de la Commission européenne reposait principalement sur les éléments suivants :

- les parties prétendaient que l'entrée sur le marché était imminente depuis près de 10 ans déjà sans qu'aucun élément n'aille en ce sens. La crédibilité de leur point de vue était donc amoindrie,
- CRRC n'avait pas encore demandé la certification de ses produits qui aurait été requise pour lui permettre d'entrer sur le marché (point de contrôle réglementaire),
- aucun train à grande vitesse de CRRC n'était en service hors de Chine,
- les fabricants de matériel roulant, dont CRRC, estiment à l'unanimité qu'il faudra à CRRC plus de 5 ans pour devenir un soumissionnaire crédible dans l'EEE. L'obtention de la certification constitue à elle seule un processus assez long, courant sur plusieurs années,
- les clients ont confirmé qu'au cours des 10 dernières années, aucun d'eux n'avait ne serait-ce qu'entamé des discussions avec CRRC au sujet de la fourniture de trains à grande ou à très grande vitesse, et encore moins présélectionné l'entreprise pour qu'elle puisse présenter une offre,
- et les clients ont aussi expliqué qu'ils ne tenaient pas compte des ventes réalisées hors de l'EEE pour évaluer la crédibilité d'un soumissionnaire potentiel dans un appel d'offres concernant du matériel roulant à grande ou à très grande vitesse.

Il en ressort que les preuves liées aux progrès réalisés par rapport aux postes de contrôle réglementaires, au point de vue des concurrents et des clients, ainsi qu'à l'entrée sur des marchés géographiques adjacents ont toutes été prises en compte pour fournir un éclairage utile, tandis que le point de vue des parties et des hommes politiques qu'elles ont sollicités pour obtenir leur soutien manquait de crédibilité.

Source : Décision de la Commission du 6 février 2019, affaire COMP/M.8677, Siemens/Alstom.

### Encadré 11. TPG/Vodafone – Analyse de la concurrence potentielle en Australie

Une proposition de fusion entre TPG (l'un des principaux concurrents sur le marché du haut débit fixe en Australie) et Vodafone (l'un des 3 principaux concurrents sur le marché des services mobiles en Australie) s'est heurtée à l'opposition de l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) au motif qu'en l'absence de fusion, TPG était susceptible d'entrer sur le marché et de devenir un concurrent sérieux et innovant de Vodafone, Telstra et Optus sur le segment des services mobiles.

La décision de l'ACCC a tenu compte du fait qu'avant l'annonce par TPG et Vodafone de leur projet de fusion, TPG avait fait part de son intention de devenir un opérateur de réseau mobile en Australie, et d'investir 600 millions AUD (soit environ 439 millions USD) pour déployer ses équipements. TPG a en effet soumissionné avec succès à l'appel d'offres d'attribution du spectre nécessaire pour devenir un opérateur de réseau mobile et il a commencé à lancer un réseau 4G en utilisant l'équipement de Huawei, avec pour objectif de passer à la 5G ultérieurement. TPG a également annoncé qu'il proposerait des formules mobiles très compétitives une fois que son réseau mobile serait opérationnel. Néanmoins, TPG a mis un terme au lancement programmé de son réseau mobile, en faisant référence à l'impact des lignes directrices du gouvernement australien sur la sécurité du déploiement de la 5G qui interdisent à Huawei de fournir de la technologie de réseau 5G en Australie.

L'ACCC a néanmoins considéré que « TPG était apte et incité, d'un point de vue commercial, à résoudre les difficultés techniques et commerciales auxquelles il est confronté, comme il l'a déjà fait sur d'autres marchés. TPG a déjà le spectre mobile, un vaste réseau de transmission par fibre optique qui est essentiel pour un réseau mobile, une large clientèle et des marques bien établies dans les télécommunications ». La décision de l'ACCC a été rejetée par la Cour fédérale, qui a considéré qu'il était extrêmement peu probable et qu'il n'y avait aucune chance réelle que TPG lance un réseau mobile ou devienne véritablement un opérateur de réseau mobile compétitif au cours des cinq prochaines années (ou au-delà). La Cour a estimé que si, avant l'annonce de la fusion, TPG avait eu à un certain moment la possibilité commerciale de lancer un service mobile de détail, « ce moment est désormais passé ».

À l'issue de la fusion, Telstra, l'un des deux leaders sur le marché a réagi en relevant ses prix (voir la page 7 de [https://www.accc.gov.au/system/files/20-47RPT\\_Communications\\_Market\\_Report\\_FA.pdf](https://www.accc.gov.au/system/files/20-47RPT_Communications_Market_Report_FA.pdf)).

Sources :

1 Communiqué de presse de l'ACCC daté du 8 mai 2019, "ACCC opposes TPG-Vodafone merger", accessible à l'adresse suivante : <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-opposes-tpg-vodafone-merger>.

2 Arrêt de la Cour fédérale de l'Australie daté du 13 février 2020, Vodafone Hutchison Australia Pty Limited contre *Australian Competition and Consumer Commission* [2020], affaire NSD818/2019.

## 6. Conclusion

144. La concurrence potentiel est un concept clé de la panoplie du droit de la concurrence. Si les barrières à l'entrée influent sans nul doute sur la vigueur de la concurrence potentielle, elles peuvent le faire de manière complexe et les autorités de la concurrence pourraient donc envisager de ne pas consacrer trop de temps et d'énergie aux

efforts de quantification de la hauteur des barrières à l'entrée générales, pour se concentrer sur la probabilité d'entrée d'entreprises spécifiques.

145. La probabilité de la concurrence potentielle a été, par le passé, masquée par une terminologie erronée et a moins attiré l'attention que la concurrence réelle. Ces dernières années, les acquisitions prédatrices ont montré qu'il fallait mieux protéger la concurrence potentielle et que dans ce domaine, les entreprises ont peut-être eu la possibilité de restreindre la concurrence sans risquer une intervention des autorités de la concurrence. Sur cette période, celles-ci se sont donc de plus en plus attachées à détecter les effets produits sur la concurrence potentielle et à proposer de nouvelles règles et procédures pour y remédier.

146. Il serait, semble-t-il, judicieux d'apporter des précisions sur le traitement de la concurrence potentielle, sur la période qui est optimale pour procéder à son évaluation et sur les nouveaux outils disponibles à cet effet, outils qui, selon nous, peuvent être utilement présentés dans un cadre spécifique afin que cet exercice puisse être réalisé en tenant compte de l'incertitude différente et plus forte qui entoure les contraintes concurrentielles potentielles. Il est ainsi possible de préciser que la concurrence potentielle devrait pouvoir bénéficier de la même considération que la concurrence réelle en le mentionnant dans la législation et dans des lignes directrices (voir, par exemple, (ACCC, 2019<sub>[57]</sub>)) et en créant des précédents au regard des méthodes d'analyse de ces dossiers.

147. Il pourrait être tout aussi utile d'allonger la période d'évaluation, car un tel changement serait une source de flexibilité accrue. En particulier, la période actuelle de 2 à 3 ans, qui a été utilisée dans les affaires où une contrainte *réelle et arrivée à maturité* est perdue, devrait courir uniquement à partir de *l'entrée et de l'arrivée à maturité* attendue pour la contrainte potentielle. Dans certains cas, le délai pourrait être porté à 8 ans.

148. Des outils d'analyses différents s'imposent également, et il pourrait être bénéfique de les présenter dans un cadre spécifiquement conçu pour analyser la concurrence potentielle sans pour autant s'éloigner du cadre d'évaluation classique utilisé pour la concurrence réelle – tout comme il existe, par exemple, des lignes directrices distinctes pour les fusions horizontales et pour les fusions verticales, ou un cadre légèrement différent pour les marchés qui fonctionnent par appel d'offres (ce qui n'a peut-être rien de surprenant, les préoccupations relatives à la concurrence potentielle dominant souvent sur ces marchés). Ce cadre spécifique pourrait, d'emblée, reconnaître que l'incertitude est intrinsèque et inéluctable, et qu'il convient de la gérer, et qu'il importe moins à cet égard de savoir si nous sommes capables d'évaluer avec précision les liens de concurrence réelle. Il pourrait également expliciter les arguments qui militent en faveur d'une modification du cadre décisionnel.

149. Dans ce document, nous avons aussi examiné les outils d'analyse qui pourraient figurer dans une panoplie destinée à la concurrence potentielle. Un grand nombre d'entre eux sont déjà largement utilisés, comme l'importance accrue accordée à des documents internes contemporains crédibles, à la progression à travers des points de contrôle réglementaires, et à la connaissance des modèles économiques et de la concurrence pour innover. De même, en ce qui concerne le scénario contrefactuel, nous suggérons de suivre les pratiques exemplaires existantes, par exemple en envisageant proactivement d'autres scénarios. Nous proposons également d'utiliser ce qui pourrait constituer des outils plus nouveaux dans d'autres pays – analyse de l'évaluation, enquêtes de consommation prospectives, analyse des effets induits des produits ne se chevauchant pas qui sont présents sur des marchés adjacents – et le développement d'une expertise spécialisée dans l'amélioration de l'accès au marché.

150. Si le cadre décisionnel existant n'offre pas de protection efficace contre la perte de concurrence potentielle, il pourrait être envisagé de le réformer à cet effet. Ce document a mis en lumière la tendance qu'ont actuellement les autorités de la concurrence de plaider en faveur d'une modification des cadres décisionnels en place afin de procurer une protection efficace contre cette perte de concurrence potentielle. Il pourrait ainsi être justifié d'utiliser, pour la concurrence potentielle, des seuils différents de ceux qui sont fixés lorsque les préoccupations concernent un risque de perte d'une contrainte réelle.



## *Références*

- ACCC (2019), *Digital platforms inquiry - final report*, [57]  
<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>.
- Bain, J. (1956), *Barriers to New Competition*, <http://dx.doi.org/10.4159/harvard.9780674188037>. [18]
- Baker et al. (2020), *Joint Response to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets*, [1]  
[https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3632532](https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3632532).
- Barnett et al. (2020), *Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars, and Practitioners to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets*, [2]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3604374](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3604374).
- Bryan, K. (2020), *Antitrust Limits on Startup Acquisitions*, [64]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3350064](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350064).
- Carlton, D. et J. Perloff (2005), *Modern industrial organization*. [21]
- Caro de Sousa & Pike (2020), *How Soon Is Now?*, [36]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3706772](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3706772).
- CMA (2020), *A new pro-competition regime for digital markets - Advice of the Digital Markets Taskforce*, [15]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital\\_Taskforce\\_-\\_Advice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf).
- CMA (2019), *Call for information - Digital mergers*, [6]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/805962/CMA\\_call\\_for\\_information\\_on\\_digital\\_mergers.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/805962/CMA_call_for_information_on_digital_mergers.pdf).
- CMA (2019), *Summary of provisional findings*, [65]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5db1685940f0b609bdf449fc/Summary\\_of\\_the\\_provisional\\_findings.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5db1685940f0b609bdf449fc/Summary_of_the_provisional_findings.pdf).
- CMA (2017), *Online search behaviour: literature review*, [23]  
<https://www.gov.uk/government/publications/online-search-behaviour-literature-review>.
- Colino et al. (2017), *The Lundbeck Case and the Concept of Potential Competition*, [9]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2931411](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931411).

- Colomo, P. (2020), *Pay-For-Delay and the Structure of Article 101(1) TFEU: Points of Law Raised in Lundbeck and Paroxetine*, <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/10/10/591/5734959?redirectedFrom=fulltext>. [38]
- Commission européenne (2020), *Public consultations - Impact Assessment for a possible New Competition Tool*, [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_new\\_comp\\_tool/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html). [66]
- Coublucq, D. et G. Federico (2017), *Bidding studies in mergercontrol: insights from recent EC experience*, <http://www.antitrustitalia.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Consolidated-Coublucq-Federico-Bidding-A-Italia-April-2017-Final.pdf>. [48]
- CRA (2019), *Acquisitions of Potential Rivals in Digital/Tech: Valuation Analysis as Key Economic Tool – PayPal/iZettle*, <https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2019/06/Use-of-valuation-analysis-in-merger-assessment.pdf>. [49]
- Crémer et al. (2019), *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. [33]
- Crémer et al. (2019), *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. [45]
- Cunningham, C., F. Ederer et M. Song (2018), *Killer Acquisitions*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707). [8]
- Davies, S. (2013), *Assessment of the impact of competition authorities' activities - Note by Prof. Stephen Davies*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2013\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2013)1&docLanguage=En). [55]
- de la Mano, M. (2006), *Entry Barriers*, <https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/delamano3.pdf>. [63]
- Demsetz, H. (1982), *Barriers to Entry*, <https://www.jstor.org/stable/1808574>. [62]
- DOJ (2020), *Venture Capital and Antitrust - Transcript of Proceedings at the Public Workshop Held by the Antitrust Division of the United States Department of Justice*, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1255851/download>. [61]
- Furman Report (2019), *Report of the Digital Competition Expert Panel - Unlocking digital competition*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf). [22]
- Gavil and Salop (2020), *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*, <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3236&context=facpub>. [37]
- GCR (2020), *Simons: Scale of potential harm should not be overlooked in merger review*, <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/federal-trade-commission/simons-scale-of-potential-harm-should-not-be-overlooked-in-merger-reviews>. [60]

- JFTC (2019), *Amendments to Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination and to Policies concerning Procedures of Review of Business Combination*, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/1912172Summary.pdf>. [3]
- Kamepalli, S., R. Rajan et L. Zingales (2020), *Kill Zone*, [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w27146/w27146.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w27146/w27146.pdf). [13]
- Knight, F. (1921), *Risk, Uncertainty, and Profit*. [31]
- KPMG (2017), *Entry and expansion in UK merger cases - An ex-post evaluation*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/606693/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/606693/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf). [52]
- Langus et al. (2020), *Innovation as a standalone concern in horizontal mergers*, <https://www.e-ca.com/publication/innovations-as-a-standalone-concern-in-horizontal-mergers/>. [46]
- LEAR (2019), *Ex-post Assessment of Merger Control Decision in Digital Markets*, [https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA\\_past\\_digital\\_mergers\\_GOV.UK\\_version-1.pdf](https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf). [10]
- McAfee, R., H. Mialon et E. Williams (2004), *What Is a Barrier to Entry?*, <https://www.jstor.org/stable/3592928>. [20]
- Motta, M. et M. Peitz (2020), *How to deal with Big Tech mergers*, <https://voxeu.org/article/how-deal-big-tech-mergers>. [34]
- Nazzini et al. (2020), *Addressing the 'kill zone' of antitrust enforcement without killing legal certainty*, <https://buscaintegrada.ufrj.br/EDS/Search?lookfor=Antitrust+law&type=SU>. [68]
- OCDE (2021), *Data portability, interoperability and competition*, <https://www.oecd.org/daf/competition/data-portability-interoperability-and-competition.htm>. [26]
- OCDE (2020), *Abuse of Dominance in Digital Markets*, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. [42]
- OCDE (2020), *Les restrictions applicables aux branches d'activité – Note de référence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2020\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2020)1/fr/pdf). [27]
- OCDE (2020), *Start-ups, acquisitions anticoncurrentielles et seuils de contrôle des fusions*, <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/start-ups-acquisitions-anticoncurrentielles-et-seuils-de-controle-des-fusions.htm>. [4]
- OCDE (2020), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, <http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>. [39]
- OCDE (2020), *Table ronde sur les effets congloméraux des fusions - Note de référence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/fr/pdf). [41]
- OCDE (2019), *Competition Assessment Toolkit*, <https://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>. [12]

- OCDE (2019), *La concurrence pour le marché - Note de référence du Secrétariat*, [11]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/fr/pdf).
- OCDE (2019), *Les barrières à la sortie - Note de réflexion*, [28]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)15/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)15/fr/pdf).
- OCDE (2019), *Merger Control in Dynamic Markets*, [59]  
<http://www.oecd.org/daf/competition/merger-control-in-dynamic-markets-2020.pdf>.
- OCDE (2019), *Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector*, [40]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)5/fr/pdf).
- OCDE (2018), *Consumer-facing remedies*, [24]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)2/en/pdf).
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms 2018*, [43]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.
- OCDE (2018), *Summary of Discussion of the hearing on Market Concentration*, [58]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2018\)1/ANN6/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2018)1/ANN6/FINAL/fr/pdf).
- OCDE (2005), *Barriers to Entry*, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/36344429.pdf>. [17]
- Oldale, A., B. Sayyed et A. Sweeting (2020), *A review of cases involving the loss of potential and nascent competition at the FTC*, with,  
[http://econweb.umd.edu/~sweeting/SWEETING\\_nascent.pdf](http://econweb.umd.edu/~sweeting/SWEETING_nascent.pdf). [44]
- Reuters (2019), *Germany, France agree industrial policy plan for Europe*, [56]  
<https://www.reuters.com/article/us-germany-france-industrial-policy-idUSKCN1Q81IO>.
- Richards, R. (2019), *How to Value a Startup Company With No Revenue*, [50]  
<https://masschallenge.org/article/how-to-value-a-startup-company-with-no-revenue>.
- Salop et al. (2020), *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*, [53]  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3236&context=facpub>.
- Salop, S. (2020), *The 2010 HMGs T The 2010 HMGs Ten Years Later: Wher ears Later: Where Do We Go From Here?*, [35]  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3303&context=facpub>.
- Salop, S. (2015), *The Evolution and Vitality of Merger Presumptions: A Decision-Theoretic Approach*, [54]  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=facpub>.
- Salop, S. et D. Culley (2014), *Potential Competitive Effects of Vertical Mergers: A How-To Guide for Practitioners*, <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1392/>. [47]
- Selten, R. (1978), *The chain store paradox*, [30]  
<https://link.springer.com/article/10.1007/BF00131770>.

- Stigler (2019), *Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report*, [14]  
<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.
- Stigler, G. (1968), *The organization of industry*. [19]
- The Verge (2018), *Mark Zuckerberg personally approved cutting off Vine's friend-finding feature*, <https://www.theverge.com/2018/12/5/18127202/mark-zuckerberg-facebook-vine-friends-api-block-parliament-documents>. [25]
- U.S. House of Representatives (2020), *Investigation of Competition in Digital Markets - Majority Staff Report and Recommendations*, [29]  
[https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519).
- Valletti, T. (2018), *Après moi, le déluge! Tech giants in the digital age*, <https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2018/12/Tommaso-Valletti-2018.pdf>. [32]
- Walker, M. (2020), *Competition policy and digital platforms: six uncontroversial propositions*, [5]  
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2020.1730063>.
- Werden & Limarzi (2010), *Forward-Looking Merger Analysis and the Superfluous Potential Competition Doctrine*, <https://www.jstor.org/stable/23075590>. [7]
- Wheeler et al. (2020), *New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U.S.*, [16]  
[https://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2020/08/New-Digital-Realities\\_August-2020.pdf](https://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2020/08/New-Digital-Realities_August-2020.pdf).
- Wong-Ervin, K. et J. Moore (2020), *Acquisitions of Potential Competitors: The U.S. Approach and Calls for Reform (document de travail)*, [51]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3677443](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3677443).
- Wu et al. (2020), *Nascent Competitors*, [67]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3624058](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3624058).

## Notes de fin

<sup>1</sup> Ce n'est certainement pas le premier appel en faveur d'une réforme du droit de la concurrence aux États-Unis, ou dans d'autres pays de l'OCDE. Le mouvement favorable à une approche économique du droit de la concurrence s'oppose à un mouvement antitrust néobrandésien structuraliste. Ces dernières années, ce deuxième mouvement a conduit à une vague de vives critiques du droit de la concurrence largement concentrées sur son objectif de bien-être du consommateur et a fréquemment mis en avant une dépendance excessive du droit de la concurrence vis-à-vis de l'économie (plutôt qu'une contradiction entre l'un et l'autre), arguant qu'une simplification des règles structurelles serait plus efficace pour protéger la concurrence.

<sup>2</sup> Paul Denis, devant la FTC, voir la retranscription : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_events/1413712/ftc\\_hearings\\_session\\_3\\_transcript\\_dav\\_3\\_10-17-18fullupdated.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/1413712/ftc_hearings_session_3_transcript_dav_3_10-17-18fullupdated.pdf)

<sup>3</sup> Si l'analyse verticale permet d'estimer qu'une telle opération serait rentable, et si le modèle de négociation porte à croire que l'entité issue de la fusion en serait capable.

<sup>4</sup> Notons toutefois que le modèle figurant dans (Kamepalli, Rajan et Zingales, 2020<sup>[13]</sup>) repose sur le risque que l'entrée de l'entreprise en place réduise les incitations, pour les primo-adoptants, d'adopter de nouvelles innovations et donc les incitations, pour les start-ups, de les développer.

<sup>5</sup> Notons toutefois que le fait de permettre aux start-ups de fixer les prix créerait une incitation similaire à innover.

<sup>6</sup> L'appropriabilité d'une innovation désigne la capacité d'un innovateur de toucher les rentes provenant de son innovation. En général, l'appropriabilité d'une innovation est déterminée par la facilité et par la rapidité avec lesquelles les entreprises peuvent imiter l'innovation.

<sup>7</sup> Ce préjudice peut en fait être facilité par le pouvoir de marché que l'entreprise imitatrice détient par ailleurs. Une plateforme qui contrôle l'accès aux utilisateurs pourrait, par exemple, exploiter ce goulot pour fixer des conditions lui permettant d'obtenir d'entreprises naissantes des données sensibles au regard de la concurrence qui les aident à repérer les opportunités et les faiblesses.

<sup>8</sup> Voir aussi Hathaway, 'Platform Giants And Venture-Backed Start-ups' (2018) <http://www.ianhathaway.org/blog/2018/10/12/platform-giants-and-venture-backed-startups>

<sup>9</sup> Voir Albert Wenger cité dans (Kamepalli, Rajan et Zingales, 2020<sup>[13]</sup>) et Paul Arnold dans (DOJ, 2020<sup>[61]</sup>)

<sup>10</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne daté du 16 juin 2020, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre des enquêtes sur les règles de l'App Store d'Apple », consultable à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_1073](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1073).

<sup>11</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne daté du 10 novembre 2020, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique », consultable à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2077).

<sup>12</sup> Actavis, Inc., 570 U.S. 136 (2013).

<sup>13</sup> Décision de la Commission européenne du 19 juin 2013 dans l'affaire AT.39226 – Lundbeck. Arrêts rendus dans les affaires C-586/16 P Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (R.-U.) contre Commission, C-588/16 P Generics (R.-U.) contre Commission, C-591/16 P Lundbeck contre Commission, C-601/16 P

Arrow Group et Arrow Generics contre Commission, C-611/16 P Xellia Pharmaceuticals et Alpharma contre Commission, et C-614/16 P Merck contre Commission.

<sup>14</sup> De même une barrière physique à l'entrée sur un marché réel (un pays ou un marché de fruits, par exemple) ne constituerait pas une barrière à l'entrée suivant cette définition si les entreprises en place avaient été confrontées par le passé à la même barrière et avaient dû, par exemple acquitter un droit d'entrée (voir (Demsetz, 1982<sub>[62]</sub>) au sujet des licences de taxi). Au sens strict, toutefois, la définition de Stigler compare les barrières réelles existant lors de l'entrée de l'entreprise en place aux barrières réelles observées aujourd'hui (et que mesure la définition de Bain. De fait, Bain compare les coûts que supporte aujourd'hui l'entreprise en place (qui servent de référence, aucun d'eux n'étant lié à l'entrée puisque « l'entrée » de l'entreprise en place a déjà eu lieu) à ceux que supporte un entrant actuel/potentiel, afin d'en déduire ses coûts d'exploitation probables et obtenir un coût correspondant à son coût d'entrée). Il ne s'agit donc pas de la définition d'une barrière à l'entrée réelle, mais plutôt de celle d'une barrière à l'entrée relative. À ce titre, cette définition ne remet pas sérieusement en question celle d'une barrière réelle établie par Stigler, mais cherche plutôt à adopter un autre angle de réflexion, et à démontrer que le concept de barrière à l'entrée relative est en réalité plus important pour l'analyse de la concurrence que la hauteur des barrières réelles auxquelles se heurtent les nouveaux entrants.

<sup>15</sup> (Carlton et Perloff, 2005<sub>[21]</sub>) ont également défini une barrière à l'entrée à long terme comme représentant un coût pesant sur les entrants, mais que les entreprises en place n'encourent pas ou n'ont pas dû supporter. Cette définition présente le même problème que celle de Stigler. En outre, comme l'a reconnu Carlton — d'un point de vue pratique, le long terme peut ne présenter aucun intérêt. Cet horizon peut être si éloigné que la persistance de bénéfices supraconcurrentiels jusque-là apparaît comme le point qui est important sur le plan pratique, et pas la question de savoir si ces bénéfices excessifs disparaissent dans un futur très éloigné.

<sup>16</sup> Voir la contribution de la Commission européenne dans (OCDE, 2005<sub>[17]</sub>).

<sup>17</sup> Ce test économique a été critiqué par (Nazzini et al., 2020<sub>[68]</sub>) car il est susceptible de créer une forte incertitude.

<sup>18</sup> Tim Wu, C. Scott Hemphill 'Nascent Competitors' University of Pennsylvania Law Review (à paraître), page 18, en s'appuyant sur *FTC contre Steris Corp.*, 133 F. Supp. 3d 962, 966 (N.D. Ohio 2015) (citant le point de vue de la FTC sur sa charge) ; voir aussi id., 978 (acceptant ce point de vue).

<sup>19</sup> Notons l'utilisation du terme *attente* au lieu de celui de *probabilité*, conformément à la recommandation de *Furman Review* d'utiliser un test de la « balance des préjudices » (valeur attendue) au lieu d'un test de la « balance des probabilités ».

<sup>20</sup> États-Unis contre Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 79 (D.C. Cir. 2001) (en banc) (per curiam).

<sup>21</sup> Actavis, Inc., 570 U.S. 136 (2013).

<sup>22</sup> Voir, par exemple, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *European Night Services et autres contre Commission*, EU:T:1998:198, paragraphe 137.

<sup>23</sup> Arrêts rendus dans les affaires C-586/16 P Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (R.-U.) contre Commission, C-588/16 P Generics (R.-U.) contre Commission, C-591/16 P Lundbeck contre Commission, C-601/16 P Arrow Group et Arrow Generics contre Commission, C-611/16 P Xellia Pharmaceuticals et Alpharma contre Commission, et C-614/16 P Merck contre Commission.

<sup>24</sup> Arrêts rendus dans les affaires C-586/16 P Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (R.-U.) contre Commission, C-588/16 P Generics (R.-U.) contre Commission, C-591/16 P Lundbeck contre Commission, C-601/16 P Arrow Group et Arrow Generics contre Commission, C-611/16 P Xellia Pharmaceuticals et Alpharma contre Commission, et C-614/16 P Merck contre Commission.

<sup>25</sup> Arrêts rendus dans les affaires C-586/16 P Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (R.-U.) contre Commission, C-588/16 P Generics (R.-U.) contre Commission, C-591/16 P Lundbeck contre Commission, C-601/16 P Arrow Group et Arrow Generics contre Commission, C-611/16 P Xellia Pharmaceuticals et Alpharma contre Commission, et C-614/16 P Merck contre Commission.

<sup>26</sup> Voir l'affaire C-413/06 P Sony Impala ECLI:EU:C:2008:392, paragraphes 44 à 55, dans laquelle il est indiqué qu'« il n'y a pas de présomption générale de compatibilité ou d'incompatibilité avec le marché

commun d'une opération de concentration notifiée » et que « la Commission n'est pas tenue de se conformer à des exigences de preuve plus élevées en matière de décisions interdisant des opérations de concentration qu'en matière de décisions autorisant de telles opérations ».

<sup>27</sup> Voir la Décision de la Commission européenne dans l'affaire M.8536 - Atlantia / Abertis Infraestructuras et dans l'affaire M.7555 - Staples / Office Depot.

<sup>28</sup> Voir, par exemple, la Décision de la Commission européenne dans l'affaire M.1404 - GE / Alstom.

<sup>29</sup> (OCDE, 2018<sub>[58]</sub>). La CMA a sélectionné huit fusions qu'elle avait approuvées au cours des dix dernières années, en retenant l'hypothèse d'une possibilité d'entrée et de développement des activités de concurrents. Elle a examiné les facteurs clés qui ont conduit à ses décisions d'approbation, et examiné rétrospectivement les données publiques et privées afin de déterminer s'il y avait eu ou non une entrée et un développement des activités après la fusion. L'analyse ex post a montré que dans quatre des huit fusions, la CMA a probablement pris la mauvaise décision, ce qui témoigne d'une tendance à un optimisme excessif quant à la probabilité d'entrée et de développement des activités. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/606693/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/606693/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf), pages 80 à 82.

<sup>30</sup> Par exemple, si une autorité de la concurrence devait considérer qu'un concurrent émergent, en tant qu'entreprise indépendante, aurait réussi à fabriquer un produit hautement substituable, la contrainte potentielle serait alors considérable. Toutefois, les autorités de la concurrence reconnaîtront également que des entreprises innovantes qui sont des « francs-tireurs » peuvent avoir un impact concurrentiel similaire, voire supérieur. En tout état de cause, il importe peu, pour évaluer les effets sur la concurrence, que l'autorité de la concurrence estime que le succès d'une entreprise naissante aurait été supérieur ou inférieur au succès que l'entreprise aurait remporté en conséquence de la fusion. La raison en est que même une grande subdivision réussie de la même entreprise n'entraînerait aucune contrainte concurrentielle, contrairement à celle d'une entreprise rivale indépendante ou tierce plus petite. Néanmoins, une amélioration des perspectives de croissance de la cible pourrait parfois indiquer l'existence de gains d'efficacité proconcurrentiels.

<sup>31</sup> (OCDE, 2019<sub>[59]</sub>) analyse le contrôle des fusions sur les marchés dynamiques et se concentre non sur le délai approprié, mais sur les difficultés liées à l'utilisation des outils existants pour détecter les contraintes concurrentielles exercées sur les marchés de produits qui sont dynamiques en ce sens que les produits peuvent évoluer rapidement. Malheureusement, la concurrence sur ces marchés est souvent moins dynamique, comme en témoigne la persistance de la position dominante des entreprises en place au cours des 15 dernières années.

<sup>32</sup> Voir, par exemple, les « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » de la Commission européenne, paragraphe 9, les Lignes directrices du Royaume-Uni sur l'évaluation des fusions, article 4.3 ou les Lignes directrices des États-Unis sur les fusions horizontales.

<sup>33</sup> Voir les « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » de la Commission européenne, paragraphe 74, ou les Lignes directrices du Royaume-Uni sur l'évaluation des fusions, paragraphe 5.8.11.

<sup>34</sup> Voir (OCDE, 2018<sub>[58]</sub>), page 10.

<sup>35</sup> (KPMG, 2017<sub>[52]</sub>), pages 80 à 82.

<sup>36</sup> Décision de la Commission européenne dans l'affaire M.8677 - Siemens / Alstom, paragraphe 488.