

Non classifié

Français - Or. Anglais

27 juin 2023

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Annule & remplace le même document du 9 mai 2023****Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques – Note de référence****- rédigé par le Secrétariat -**

16 juin 2023

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de la 140<sup>e</sup> réunion du Comité de la concurrence qui aura lieu du 14 au 16 juin 2023.

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 relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :  
<https://www.oecd.org/competition/theories-of-harm-for-digital-mergers.htm>

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

**JT03522685**

# Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques\*

---

*Le contrôle des fusions numériques, perçu comme insuffisant, a donné lieu à des débats animés. Les dernières décennies ont été marquées par un volume significatif d'acquisitions réalisées par les plus grandes plateformes numériques, et un très petit nombre d'entre elles ont donné lieu à une intervention des autorités de la concurrence. Cette situation a contribué à l'augmentation et à l'expansion de grands écosystèmes numériques, grâce auxquels les plateformes ont étendu leur rayonnement et leur influence à des marchés très éloignés de leurs services de base. Cette note de référence se concentre sur un aspect important de la discussion, à savoir l'élaboration de scénarios anticoncurrentiels pour des fusions potentiellement anticoncurrentielles. En cartographiant les scénarios anticoncurrentiels qui ont été appliqués dans des affaires récentes de fusions numériques, et en examinant les analyses qui ont déjà été réalisées, elle explore la question de savoir si les scénarios anticoncurrentiels existants sont bien adaptés ou doivent être révisés afin d'appréhender complètement les dommages à la concurrence découlant de fusions intervenant dans ces marchés. Ou, alternativement, si de nouveaux scénarios anticoncurrentiels sont nécessaires et, dans l'affirmative, à quoi ils pourraient ressembler. Cette note de référence conclut que les autorités de la concurrence pourraient adapter encore les scénarios anticoncurrentiels existants afin de mieux prendre en compte les caractéristiques uniques des marchés numériques dans le cadre des systèmes législatifs existants, tout en explorant également des scénarios nouveaux ou plus innovants.*

---

---

\* Cette note de référence a été rédigée par Carolina Abate et Zoe Lyon de la Division de la concurrence de l'OCDE ; Zoe Lyon est détachée auprès de l'OCDE par l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). Cette note a bénéficié des commentaires d'Ori Schwartz et d'Antonio Capobianco, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle servira de référence pour les discussions que le Comité de la concurrence de l'OCDE consacrera aux scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. 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.

# Table des matières

Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques	2
1. Introduction	4
2. La nature des fusions numériques	6
2.1. Caractéristiques des marchés numériques	6
2.2. Le rôle des écosystèmes	8
2.3. Implications pour l'évaluation des effets concurrentiels	8
3. Scénarios anticoncurrentiels traditionnels dans les fusions numériques	11
3.1. Scénarios anticoncurrentiels horizontaux	11
3.1.1. Perte de concurrence réelle	12
3.1.2. Perte de concurrence potentielle	13
3.2. Scénarios anticoncurrentiels non horizontaux	17
3.2.1. Éviction du fait de la dégradation de l'accès	18
3.2.2. Scénarios anticoncurrentiels pour exploitation abusive	20
3.3. Scénarios anticoncurrentiels liés aux données	22
3.3.1. Accès à des informations commercialement sensibles	26
3.4. Quelques remarques pour conclure	26
4. Les nouveaux scénarios anticoncurrentiels	29
4.1. Scénarios basés sur l'écosystème	29
4.2. Scénarios axés sur le respect de la vie privée	33
4.3. Scénarios incorporant des effets à plus long terme	33
4.4. Scénarios axés sur l'innovation	34
4.5. Quelques remarques pour conclure	37
5. L'évolution future	38
5.1. Le rôle des tribunaux	43
6. Conclusion	45
Notes de fin de document	47
Bibliographie	51

# 1. Introduction

1. Les fusions sur les marchés numériques ont fait l'objet d'un débat intense ces dernières années, à la suite des préoccupations croissantes inspirées par les stratégies d'acquisition des grandes plateformes numériques et l'évolution du rôle des écosystèmes numériques. Au sens de la présente note, les fusions numériques impliquent des secteurs et entreprises ayant pour activités principales « le développement et le déploiement de technologies numériques sur les marchés B-2-B et B-2-C, par opposition avec des entreprises qui vendent principalement d'autres services et ne font que s'appuyer sur des technologies numériques » (Klotz, 2020<sup>[1]</sup>), tandis que les écosystèmes numériques sont définis comme des « lignes de produits et de services liées par des fonctionnalités partagées, qui procurent des avantages aux consommateurs lorsqu'elles sont utilisées ensemble » (OCDE, 2020<sup>[2]</sup>), qui sont généralement la propriété de grandes plateformes numériques.

2. Estimer le nombre exact des fusions numériques qui ont eu lieu à ce jour n'est pas une tâche facile. Certains ont estimé qu'entre 1987 et 2020, les GAFAM<sup>1</sup> ont procédé à 825 acquisitions (Parker, Petropoulos et Van Alstyne, 2021<sup>[3]</sup>). Le nombre d'opérations a augmenté depuis 2020 ; Alphabet, Microsoft et Amazon ont procédé à un plus grand nombre d'acquisitions en 2021 qu'au cours de n'importe quelle autre année<sup>2</sup>. Fait notable, (Kwoka et Valletti, 2020<sup>[4]</sup>) rapportent qu'environ 97% de ces fusions et acquisitions n'ont été examinées par aucune autorité de la concurrence dans le monde. En outre, la quasi-totalité des fusions qui ont fait l'objet d'un contrôle ont été autorisées, avec ou sans mesures correctives (à ce jour, seules deux fusions de GAFAM ont été bloquées, voir également (Thun, 2023<sup>[5]</sup>)). Certains experts suggèrent que, rétrospectivement, certaines opérations auraient dû être bloquées.

3. Ces chiffres, ainsi que les préoccupations suscitées par le pouvoir de marché croissant des grandes plateformes, ont conduit à un débat nourri sur les questions suivantes : le sentiment que le contrôle des fusions est insuffisant, les raisons de cet état de fait et, par voie de conséquence, la nécessité de s'attaquer au problème. La première question, - que plusieurs juridictions ont essayé de régler -, concerne les limitations liées aux seuils de notification, étant donné que de nombreuses fusions numériques sont tombées sous les seuils et ont donc échappé au contrôle des autorités.

4. Une seconde question doit être examinée : l'évaluation de fond des opérations examinées sous les régimes de notification, afin de comprendre si le taux élevé d'autorisation des fusions numériques, s'accompagnant d'augmentations importantes du pouvoir de marché, reflète effectivement le fait que ces opérations ne posent pas de problèmes en termes de concurrence, ou traduit au contraire des problèmes dans l'évaluation de ces opérations. Trois aspects essentiels sont importants en l'occurrence : l'évolution du scénario anticoncurrentiel, le critère légal de fond et la norme de preuve. Un autre facteur entre en jeu, à savoir les mesures correctives et la question de savoir si celles qui ont été mises en œuvre jusqu'à présent dans des fusions numériques ont été efficaces pour répondre à des problèmes identifiés en matière de concurrence.

5. Cette note se concentre sur l'analyse des scénarios anticoncurrentiels utilisés à ce jour dans l'évaluation de fond des fusions numériques, au moyen d'un exercice de cartographie. Elle examine, en particulier, les scénarios anticoncurrentiels basés sur les effets non coordonnés, qui sont les plus couramment examinés dans ces fusions<sup>3</sup>, afin de comprendre comment des caractéristiques et dynamiques nouvelles des marchés numériques ont été prises en compte. Cette cartographie inclut à la

fois des scénarios traditionnels et des scénarios plus nouveaux, notamment des scénarios spécifiques aux écosystèmes ou des scénarios liés aux données, qui ne peuvent pas correspondre exactement à la classification standard des scénarios anticoncurrentiels en raison de leurs effets horizontaux, verticaux et congloméraux.

6. Pour le surplus, cette note est structurée de la manière suivante : la section 3. commence par donner un bref aperçu des caractéristiques et dynamiques principales des marchés numériques et de la manière dont elles peuvent affecter l'évaluation des fusions. La section 3. recense les scénarios anticoncurrentiels traditionnels qui sont appliqués dans les fusions numériques, illustrés par des affaires récentes<sup>4</sup>, tandis que la section 4. analyse les scénarios plus nouveaux proposés dans la doctrine et leurs premières applications pratiques. La Section 5. discute du caractère approprié des scénarios actuels et de la nécessité potentielle d'en appliquer de nouveaux, pour pouvoir appréhender des opérations anticoncurrentielles en vertu des systèmes existants de contrôle des fusions. La section 6. conclut en mettant en lumière les domaines sur lesquels pourraient porter des travaux futurs.

7. Cette note relève que les autorités de la concurrence se sont largement fondées sur des scénarios anticoncurrentiels traditionnels pour évaluer des fusions numériques, qu'elles ont adaptées à des degrés divers afin de tenir compte des caractéristiques uniques des marchés numériques. Certains scénarios plus récents ont commencé à faire leur chemin dans la pratique de contrôle des fusions, mais il reste à voir si cela conduira à une intervention accrue des autorités. Cette note reconnaît qu'il existe d'autres contraintes pesant sur les autorités qui adoptent une approche plus interventionniste, notamment une difficulté accrue à respecter les seuils légaux en raison de l'incertitude inhérente à ces marchés. Toutefois, elle conclut qu'il est à la fois possible et utile que les autorités de la concurrence aillent plus loin dans l'adaptation des scénarios anticoncurrentiels aux évaluations des fusions numériques, et explorent des scénarios plus nouveaux, qui peuvent exiger qu'elles testent les limites des systèmes légaux existants.

## 2. La nature des fusions numériques

8. Au cours de la décennie écoulée, plusieurs plateformes et leurs écosystèmes numériques ont acquis une position dominante accrue sur le marché au niveau mondial sur différents marchés, suscitant ainsi une attention toute particulière à la fois des autorités réglementaires et des milieux universitaires. En particulier, les opérations de fusion conclues par des entreprises de la Big Tech a lancé le débat sur le préjudice potentiel pouvant découler de ces opérations, et sur la nécessité éventuelle de repenser certains éléments de la politique en matière de fusions pour les marchés numériques.

### 2.1. Caractéristiques des marchés numériques

9. Certaines caractéristiques clés des industries numériques, analysées de manière approfondie dans la littérature, affectent dans une mesure significative la dynamique de ces marchés et la manière dont les entreprises se font concurrence. Ces caractéristiques peuvent notamment faciliter l'émergence et le renforcement d'écosystèmes et l'évolution souvent imprévisible de nouveaux modèles d'affaires. Il est donc important de comprendre ces caractéristiques, afin de procéder à une évaluation complète des fusions numériques et de leurs résultats potentiels.

10. Les marchés numériques sont souvent multifaces et présentent des effets de réseau, généralement définis comme « les gains dont bénéficient les consommateurs d'un produit lorsqu'un plus grand nombre de consommateurs utilisent ce produit » (OCDE, 2022<sup>[6]</sup>). En regroupant différents groupes de consommateurs via une plateforme, la dynamique multifaces spécifique de ces marchés repose souvent sur l'interaction entre deux faces différentes ou plus du marché et leurs utilisateurs, par exemple les utilisateurs d'une plateforme et les annonceurs (voir également (OCDE, 2018<sup>[7]</sup>)).

11. L'interaction entre différentes faces du marché est au cœur de la création de valeur des plateformes, et est encore améliorée par des effets de réseau à la fois directs et indirects. En effet, non seulement une face du marché tire de la valeur ajoutée de son interaction avec l'autre face, mais cette valeur est également augmentée par la participation d'autres utilisateurs de la plateforme (OCDE, 2020<sup>[8]</sup>). Les plateformes peuvent renforcer leur pouvoir de marché et créer des barrières à l'entrée en renforçant et élargissant ces effets de réseau.

12. L'importance de la dynamique des effets de réseau est encore accrue par les « données massives », communément comprises comme l'utilisation d'une puissance informatique à large échelle et de logiciels technologiquement avancés, afin de collecter, traiter et analyser des données caractérisées par un grand volume et par une rapidité, une variété et une valeur importantes (OCDE, 2022<sup>[6]</sup>). Dans les marchés numériques, les données jouent un rôle clé, à la fois en tant qu'actif et comme intrant des systèmes algorithmiques des plateformes, créant de la valeur pour la plateforme et devenant une source critique de pouvoir de marché (voir également (OCDE, 2016<sup>[9]</sup>)). Deux mécanismes sont particulièrement importants.

13. En premier lieu, les boucles de rétroaction des données, permises par les technologies de l'intelligence artificielle (IA) et l'apprentissage automatique, renforcent la valeur que les plateformes peuvent créer grâce à leurs données. Les très grands volumes de données des plateformes numériques leur confèrent un avantage significatif en matière d'information, permettant aux plateformes d'améliorer

la performance des algorithmes d'IA afin de mieux connaître leur base d'utilisateurs et, ce faisant, d'améliorer à la fois la qualité des services fournis à leurs utilisateurs et la précision de leur publicité ciblée. Cette situation attire à son tour un plus grand nombre d'utilisateurs sur une face du marché, et des recettes publicitaires supplémentaires sur l'autre face du marché.

14. En second lieu, les effets de réseau amplifient les effets positifs de ces boucles de rétroaction. Attirer plus d'utilisateurs sur une face du marché augmente à son tour l'attractivité de la plateforme pour d'autres utilisateurs, sur l'une ou l'autre face du marché, ce qui alimente et renforce la boucle de rétroaction (OCDE, 2020<sup>[8]</sup>). L'ampleur de ces effets dépend également du point de savoir si les utilisateurs sont mono-hébergement ou multi-hébergement, ainsi que du degré de différenciation de la plateforme et du niveau d'interopérabilité entre les services des plateformes (voir également (OCDE, 2020<sup>[10]</sup>)).

15. La collecte et l'agrégation de données peuvent également conduire à des économies de gamme guidées par les données. Les entreprises qui sont capables d'obtenir de grands volumes de données, et d'agréger et d'analyser de multiples bases de données supplémentaires, peuvent générer une valeur économique supérieure à celle qui peut être obtenue en analysant des bases de données séparées, grâce à l'apprentissage automatique qui permet une meilleure compréhension des données, et aux coûts réduits d'analyse d'une base fusionnée de données (voir également (Martens, 2020<sup>[11]</sup>)).

16. Enfin, la nature multifaces des marchés numériques a permis l'émergence de modèles d'affaires centrés sur la fourniture de produits et de services à prix zéro, au moins sur une face du marché (généralement la face destinée au consommateur). Comme expliqué dans (OCDE, 2018<sup>[12]</sup>), les marchés à prix zéro dissimulent souvent un prix de nature non monétaire, qui représente la véritable motivation, par exemple l'acquisition de données, la captation de l'attention des consommateurs à des fins publicitaires, le développement d'une base de consommateurs ou d'autres objectifs à long terme.

17. De nouveaux paramètres sont nécessaires afin de mesurer le pouvoir de marché, étant donné que les parts de marché ne peuvent pas être calculées sur la base du chiffre d'affaires ou de toute autre valeur. En outre, le préjudice pour le consommateur ne peut pas être évalué en termes de hausses des prix sur les marchés à prix zéro. Il devient donc plus important d'identifier les paramètres clés de la concurrence entre les entreprises et d'évaluer le préjudice causé au consommateur en termes de facteurs multiformes, notamment la dégradation de la qualité. Enfin, le rôle des données en tant que nouveau type de « monnaie » sur les marchés où les consommateurs sont souvent vus comme payant au moyen de leurs données, peut générer des difficultés supplémentaires afin de déterminer si et comment le degré de respect de la vie privée accordé par la plateforme doit être pris en compte comme un paramètre de la concurrence (Ocello et Sjodin, 2018<sup>[13]</sup>).

18. La combinaison de ces facteurs, associée à des économies d'échelle substantielles, génère une dynamique de concurrence pour le marché, ce qui rend les marchés dynamiques particulièrement susceptibles de « basculement ». À court terme, cette situation peut donner lieu à une très vive concurrence, puisque les entreprises se battent pour bénéficier d'effets de réseau et d'économies de gamme et d'échelle, ce qui peut conduire à des bénéfices pour les consommateurs. Toutefois, lorsqu'une entreprise émerge en devenant le leader du marché, cette dynamique peut accélérer son ascension vers une position dominante jusqu'au point où le marché bascule, c'est-à-dire le point où les nouvelles entrées deviennent très difficiles et les contraintes concurrentielles futures peuvent être limitées. En présence d'une dynamique où le gagnant prend tout ou presque tout, on peut soutenir que l'autorisation à tort d'une fusion pourrait être plus coûteuse que sur des marchés plus traditionnels.

## 2.2. Le rôle des écosystèmes

19. Les plateformes numériques peuvent offrir des écosystèmes de produits en raison de la combinaison de ces forces clés en jeu dans les marchés numériques, et de la présence de ces plateformes sur de multiples marchés. Ces « jardins clos », permis et renforcés par les caractéristiques décrites dans la section précédente, ont le potentiel d'enfermer les consommateurs en verrouillant le marché et de créer des barrières à l'entrée insurmontables pour des rivaux potentiels, qui ne peuvent pas répliquer les offres de l'écosystème. En effet, les facteurs qui conduisent à la création d'écosystèmes créent un risque de basculement, non seulement au niveau du marché individuel de la plateforme, mais également au niveau d'écosystèmes entiers de marchés, comme l'a noté (OCDE, 2020<sup>[10]</sup>).

20. L'émergence d'écosystèmes et d'une concurrence reposant sur des plateformes signifie que les décisions stratégiques des entreprises sont susceptibles de ne pas être prises au niveau de marchés de produits individuels, mais plutôt en tenant compte d'une constellation de marchés. Il pourrait être difficile, dans ce contexte, de déterminer quelles entreprises sont des concurrents directs (Congressional Research Service, 2021<sup>[14]</sup>).

21. Cela signifie également que les effets d'une fusion peuvent dépasser les marchés spécifiques ciblés par la fusion et se propager à d'autres marchés qui n'ont apparemment que des liens distants avec eux mais qui sont connectés via l'écosystème, ce qui peut affecter la concurrence sur ces autres marchés. Cet effet est encore exacerbé par la nature des marchés numériques, sur lesquels des services complémentaires dépendent souvent de la possibilité d'interopérer avec d'autres services, qui sont souvent détenus et opérés par un concurrent. En outre, le rôle de l'agrégation de données crée un effet supplémentaire inter-écosystème, en vertu duquel l'accumulation de données supplémentaires grâce à une fusion et leur combinaison potentielle avec des ensembles de données existants, pourraient bénéficier à l'entreprise en place à de nombreux endroits de son écosystème (y compris, potentiellement, pour des utilisations non encore découvertes (Hoffmann et Johannsen, 2019<sup>[15]</sup>)), au-delà, ici encore, des marchés ciblés par la fusion.

22. Enfin, comme le soulignent (Jacobides, Cennamo et Gawer, 2018<sup>[16]</sup>), « le comportement dans des écosystèmes et, finalement, son succès, sont affectés par les règles d'engagement et la nature des normes et interfaces ». Le rôle de gouvernance des plateformes numériques au sein de leurs écosystèmes brouille encore davantage les frontières traditionnelles des chaînes de valeur économiques, conduisant à la coexistence et au croisement de considérations liées aux effets verticaux, congloméraux et horizontaux.

## 2.3. Implications pour l'évaluation des effets concurrentiels

23. En termes d'implications pour l'évaluation des effets concurrentiels des opérations intervenant dans des marchés présentant ces caractéristiques, le fait que de nombreux produits et services numériques soient fournis à prix zéro impose d'analyser autrement les paramètres hors prix de la concurrence dans le cadre du contrôle des fusions (voir également (OCDE, 2018<sup>[17]</sup>)), et potentiellement de recourir plus largement à des scénarios anticoncurrentiels centrés sur la qualité. En effet, l'un des scénarios anticoncurrentiels les plus courants et les plus simples appliqués dans l'analyse des fusions, à savoir l'élimination de toute concurrence directe sur les prix entre des concurrents proches, peut ne pas être aussi pertinent sur ces marchés. L'analyse traditionnelle centrée sur les prix peut donc se heurter à des limites et négliger des paramètres hors prix importants, tels le respect de la vie privée, la sécurité des données, l'utilisation et la prévalence de contenus publicitaires, l'innovation, la facilité de changer de fournisseur et le choix du consommateur, autant d'éléments qui peuvent être au cœur du préjudice potentiel pour la concurrence, spécialement sur les marchés numériques (OCDE, 2018<sup>[12]</sup>).



24. En outre, les préoccupations suscitées par le niveau d'agrégation des données et la valeur des grandes bases de données des plateformes sont souvent centrales dans les fusions numériques. En particulier, la nature de ces données, leur variété et le niveau de substituabilité, et éventuellement leur volume, sont autant de considérations essentielles afin de déterminer le préjudice concurrentiel, mais qui peuvent difficilement être prises en compte dans le cadre d'une approche conventionnelle centrée sur les prix. À titre d'exemple, (Stuart, 2021<sup>[18]</sup>) observe que l'acquisition par Google de Nest Labs en 2014 peut sembler proconcurrentielle dans une perspective de prix, mais que « considérée de manière holistique », elle peut avoir permis à Google d'acquérir des données grâce auxquelles il a pu maintenir plus facilement sa domination sur d'autres marchés, par exemple la publicité comportementale ciblée, ou les services de moteur de recherche. Elle pourrait également avoir eu d'autres effets préjudiciables sur le respect de la vie privée des utilisateurs<sup>5</sup>.

25. Bien qu'il puisse être difficile de définir, mesurer et incorporer des dimensions qualitatives dans une analyse basée sur les effets (voir également (OCDE, 2013<sup>[19]</sup>)), la concurrence en termes de qualité est cruciale sur des marchés multifaces axés sur les données. En outre, et particulièrement sur ces marchés, les effets les plus dommageables des fusions peuvent souvent être des effets hors prix, par exemple leur impact sur l'innovation, et être de nature dynamique (Stuart, 2021<sup>[18]</sup>).

26. Des considérations liées à la concurrence dynamique, aux effets et aux efficacités à long terme pourraient être plus importantes pour comprendre la concurrence et le préjudice concurrentiel sur les marchés numériques qu'elles ne l'ont été sur les marchés traditionnels. Comme l'observe (OCDE, 2020<sup>[20]</sup>), « les secteurs dynamiques se caractérisent pas des taux plus élevés d'entrée et de sortie, ainsi que par des processus continus d'innovation qui créent systématiquement une rupture avec les modèles d'affaires existants et créent des marchés entièrement nouveaux ». (Petit et Teece, 2021<sup>[21]</sup>) notent également que, dans les industries numériques, « les produits qui sont des substituts ou des compléments imparfaits se font mutuellement concurrence de manière dynamique pour capter la demande des consommateurs », et que ces contraintes dynamiques risquent d'être oubliées par des méthodes conventionnelles. Cette situation s'accompagne d'un niveau accru d'incertitude à propos des évolutions futures du marché et de la pression concurrentielle réelle et potentielle.

27. Le calendrier actuellement appliqué pour évaluer les évolutions futures du marché dans le cadre du contrôle des fusions pourrait donc avoir un effet limitant (Lear, 2019<sup>[22]</sup>), en ne reflétant pas pleinement les modèles concurrentiels dynamiques et en augmentant le risque d'erreurs à la fois de type I et de type II. Ce risque d'erreurs est peut-être également encore plus aigu sur les marchés numériques, où des facteurs comme les effets de réseau peuvent générer des bénéfices pour les consommateurs, mais œuvrent également à faire rapidement basculer le marché (Edwards-Warren, 2022<sup>[23]</sup>). L'importance de trouver le calendrier d'analyse le plus approprié, capable de saisir les effets dynamiques d'une fusion au-delà du très court terme, est également mise en lumière dans (OCDE, 2020<sup>[20]</sup>). L'OCDE note, toutefois, que la question du calendrier « idéal » est toujours ouverte, dans la mesure où « l'évaluation d'effets étendus dans un avenir lointain fait également courir le risque d'accroître la subjectivité du contrôle des fusions et peut conduire à une plus grande incertitude juridique ».

28. Bien que tous les marchés numériques ne partagent pas toutes les caractéristiques précitées, la prédominance de marchés multifaces en évolution rapide, caractérisés par des effets de réseau et l'accumulation de données, - impliquant la fourniture de produits et de services dont le prix n'est pas de nature monétaire -, où les plateformes ont acquis un pouvoir de marché de plus en plus important et se sont développées en écosystèmes de grande envergure, a remis en question certains aspects du contrôle traditionnel des fusions. Les caractéristiques et la dynamique des marchés numériques ont de fortes incidences sur l'évaluation de fond de ces opérations, et en particulier sur les scénarios anticoncurrentiels auxquels les autorités de la concurrence ont habituellement recours.

29. Sachant que les fusions numériques peuvent être perçues comme posant des difficultés particulières pour des raisons diverses, qui vont des seuils de notification jusqu'aux normes de preuve et

au choix des mesures correctives, le développement de scénarios anticoncurrentiels capables de saisir la complexité de ces marchés revêt une importance primordiale pour l'évaluation de fond des fusions. L'analyse de la conception et de l'utilisation des scénarios anticoncurrentiels qui va suivre, en s'appuyant sur la pratique récente, entend servir de tremplin afin de mieux comprendre les défis du contrôle des fusions dans ce domaine et la voie à suivre.

# **3. Scénarios anticoncurrentiels traditionnels dans les fusions numériques**

30. Ce chapitre fournit une cartographie des scénarios anticoncurrentiels qui ont été le plus couramment utilisés dans les fusions numériques. L'accent est mis sur des scénarios fondés sur des effets non coordonnés, étant donné qu'à ce jour, ils ont été clairement les plus souvent appliqués par les autorités de la concurrence dans leurs évaluations de fusions sur des marchés numériques, évoquées dans l'introduction.

31. Cette section couvre à la fois des scénarios plus traditionnels, qui ont été adaptés aux marchés en question, et des scénarios moins établis, notamment ceux qui se fondent sur les données, qui n'ont peut-être pas été largement appliqués jusqu'à présent, mais gagnent en pertinence pour les marchés numériques.

## **3.1. Scénarios anticoncurrentiels horizontaux**

32. Les fusions horizontales impliquent des fusions entre concurrents directs (OCDE, 1995<sup>[24]</sup>) et ont historiquement suscité les plus vives préoccupations de la part des autorités de réglementation de la concurrence. Les fusions horizontales éliminent la concurrence directe exercée par un rival offrant un produit ou service de substitution, enlevant ainsi une contrainte concurrentielle du marché. La contrainte peut être un concurrent existant ou un concurrent futur potentiel (Autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA), 2021<sup>[25]</sup>). En accroissant le pouvoir de marché de l'entité issue de la fusion, la fusion horizontale peut avoir des effets unilatéraux anticoncurrentiels, qui entraîneront des hausses de prix et/ou des impacts sur d'autres paramètres hors prix de la concurrence, notamment des baisses de qualité.

33. Dans l'espace numérique, certains scénarios anticoncurrentiels horizontaux continuent de se concentrer sur des préoccupations traditionnelles, liées au fait que le préjudice causé à la concurrence réelle risque de provoquer des hausses de prix. Toutefois, étant donné que les marchés numériques évoluent plus rapidement que d'autres industries, il apparaît que les scénarios horizontaux se concentrent plus souvent sur le préjudice causé à la concurrence potentielle ou sur le préjudice découlant de la combinaison de bases de données, qui sont tous deux plus amplement analysés ci-dessous. Dans les cas où une analyse ex post a été effectuée, notamment dans l'UE, il apparaît que les préoccupations horizontales n'ont pas été au premier plan dans les évaluations, qui ont principalement examiné des fusions impliquant des produits et services complémentaires<sup>6</sup>. Lorsque les effets horizontaux ont été examinés, ils l'ont été essentiellement dans des affaires impliquant la combinaison de bases de données (Beaudouin et al., 2022<sup>[26]</sup>).

### **3.1.1. Perte de concurrence réelle**

34. Un élément se trouve au cœur des scénarios anticoncurrentiels horizontaux impliquant des entreprises dont les produits existants se chevauchent, à savoir la capacité de l'entreprise issue de la fusion d'internaliser les effets du choix des clients entre les offres des parties à la fusion, qui auraient autrement agi comme une contrainte concurrentielle. Les autorités de la concurrence doivent donc examiner s'il restera des sources alternatives de concurrence suffisantes sur le marché afin de contrer la perspective que des effets unilatéraux se produisent.

35. Dans certains cas, les autorités de la concurrence ont appliqué des scénarios anticoncurrentiels horizontaux classiques, d'une manière très largement identique à celle dont elles les auraient appliqués sur des marchés traditionnels, sans devoir se livrer à une évaluation approfondie des caractéristiques uniques des marchés numériques (au moins en ce qui concerne les scénarios anticoncurrentiels horizontaux examinés). Tel a été le cas dans des affaires où l'autorité a considéré que le chevauchement direct entre les offres des parties était insignifiant, où lorsque le chevauchement était plus important mais qu'il restait clairement un nombre suffisant de concurrents sur le marché<sup>7</sup>.

36. À titre d'exemple, dans l'acquisition de Skype par Microsoft en 2011, la Commission européenne<sup>8</sup> a déterminé que Skype concurrençait directement le service Windows Live Messenger de Microsoft dans la fourniture de services de communications grand public (messagerie instantanée, vidéo et appels vocaux). Toutefois, elle a estimé que la fusion ne donnait pas lieu à des problèmes de concurrence étant donné que, bien que regroupées, les parties n'auraient pas une position de force au titre de l'un ou l'autre de ces services, en raison des parts de marché actuellement faibles et/ou déclinantes ou de l'existence de concurrents multiples. La Commission a également examiné s'il existait un chevauchement entre le service Skype et le service Lync de Microsoft dans la fourniture de services de communication destinés aux entreprises, mais est parvenue à la conclusion que les produits n'étaient pas en concurrence directe, étant donné que Lync était principalement utilisé par de grandes entreprises<sup>9</sup>.

37. Dans des affaires où la dynamique concurrentielle était moins claire, les caractéristiques des marchés numériques ont joué un rôle plus proéminent dans l'évaluation (voir Encadré 3.1 ci-dessous). Ces caractéristiques ont inclus le rôle des effets de réseau et la manière dont ils peuvent amplifier l'effet de la pression concurrentielle exercée par la cible.

### Encadré 3.1. Prise en considération de caractéristiques des marchés numériques dans des fusions horizontales impliquant une concurrence réelle

Dans l'évaluation de la fusion entre Z Holdings et LINE en 2020<sup>1</sup>, la Japan Fair Trade Commission (JFTC) a examiné dans quelle mesure certaines dynamiques du marché numérique pourraient accroître les effets horizontaux sur le marché des services de paiement à base de codes (c'est-à-dire le marché biface impliquant des consommateurs et des magasins où les paiements sont effectués en scannant un QR code ou un code-barres). En dépit de la part de marché à la fois faible et déclinante du service de paiement de LINE, mesurée en termes de volume de transactions, l'autorité a estimé que cette part de marché ne devait pas être sous-estimée en tant que contrainte concurrentielle pesant sur Z Holdings, en raison notamment de son nombre important et croissant d'utilisateurs sur les deux faces du marché (le marché étant globalement en expansion), dont l'importance était encore amplifiée par des effets de réseau. En outre, l'autorité a considéré qu'étant donné que le marché était encore émergent et que sa dynamique concurrentielle connaissait une progression considérable, elle n'était pas en mesure de prévoir précisément les évolutions futures, mais ne pouvait pas exclure l'hypothèse préoccupante que l'entité fusionnée ait le potentiel de dominer le marché. La JFTC était également préoccupée par l'utilisation de clauses d'exclusivité dans les contrats conclus entre les parties et les magasins adhérents, et elle a donc finalement autorisé la fusion sous réserve de certaines conditions, y compris la suppression de ces clauses.

La Commission européenne (CE) a examiné l'influence des effets de réseau dans son appréciation de la fusion Facebook/WhatsApp en 2013<sup>2</sup>, lorsqu'elle a analysé le chevauchement horizontal existant des applications de communications grand public. Tout en notant que ces services se caractérisent par de puissants effets de réseau, la CE a considéré que ces effets étaient compensés par la preuve d'un multi-hébergement significatif de la part des consommateurs, de faibles coûts de changement de fournisseur et de faibles barrières à l'entrée, sans oublier la forte expansion du marché. La CE a également déterminé que le degré de différenciation entre Facebook Messenger et WhatsApp, y compris l'utilisation d'identifiants d'utilisateur différents, signifiait qu'ils n'étaient pas des concurrents proches. De la même manière, la CE a constaté que les parties n'étaient pas des concurrents proches (réels ou potentiels) dans les services de réseaux sociaux. Ces conclusions qui, analysées rétrospectivement, peuvent avoir sous-estimé la tension concurrentielle entre les deux offres, démontrent la difficulté d'évaluer si des concurrents existants sont des concurrents proches, dans des marchés qui sont émergents et/ou en développement rapide. Cremér, de Montjoye et Schewitzer (2019) citent Facebook/WhatsApp comme un exemple de la manière dont, dans des fusions impliquant un vaste écosystème caractérisé par des services différenciés et ne présentant que des chevauchements partiels avec la cible, la classification de l'opération comme une simple fusion horizontale peut manquer de saisir le cœur de la stratégie sous-jacente à cette opération.

Note :

<sup>1</sup> Décision de la JFTC, Z Holdings/LINE, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/August/200804.html>

<sup>2</sup> Décision de la CE, Facebook/WhatsApp, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf). Cette fusion a également été autorisée par la FTC.

Source : Cremér, J., Y. de Montjoye et H. Schewitzer (2019), Competition Policy for the Digital Era.

#### 3.1.2. Perte de concurrence potentielle

38. Ainsi qu'il a été noté précédemment, les effets unilatéraux horizontaux peuvent également susciter des préoccupations à propos de la concurrence potentielle qui aurait pu naître entre les parties à l'avenir, en l'absence de la fusion. Comme le met en lumière (OCDE, 2021<sup>[27]</sup>), les contraintes

concurrentielles potentielles peuvent « être utilement distinguées de celles exercées par un concurrent ou un entrant potentiel qui pourrait déjà imposer une contrainte concurrentielle existante sur le comportement d'une entreprise, bien qu'il ne soit pas encore un concurrent sur ce marché ».

39. Dans le contexte des plateformes numériques, les autorités de la concurrence ont donc souvent dû faire une projection sur la probabilité qu'en l'absence de la fusion, une entreprise plus petite ou naissante, partie à la fusion, aurait développé son offre de services sur un marché où elle n'est pas actuellement active (ou n'est active que dans une mesure très limitée), de telle sorte qu'elle aurait pu concurrencer l'acquéreur. Cette analyse englobe des scénarios anticoncurrentiels en matière d'acquisitions prédatrices, décrites dans la section suivante, mais également les cas où, bien que le produit acquis ne soit pas supprimé, l'élimination de la contrainte concurrentielle potentielle engendre toujours un risque de diminution de l'innovation, de hausse des prix ou de baisse de la qualité.

40. À titre d'exemple, dans l'acquisition en 2012 d'Instagram par Facebook (sa dénomination de l'époque), l'Office of Fair Trading (OFT) britannique a examiné les scénarios fondés sur les effets unilatéraux horizontaux, à la fois au titre du chevauchement existant entre les deux entreprises pour la fourniture d'applications de partage de photos, et au titre de leur chevauchement potentiel futur pour la fourniture de services de réseaux sociaux et de publicité en ligne, où Facebook détenait déjà une forte position sur le marché. D'après les informations de l'époque, Instagram n'employait que 13 salariés et ne générait aucun chiffre d'affaires.

41. Appliquant les scénarios précités, l'OFT a déterminé que les principales contraintes pesant sur Facebook dans le domaine de la publicité en ligne (qui est généralement orientée vers la publicité de marque, par opposition avec la publicité transactionnelle) étaient les sites collectant des données démographiques ou comportementales sur les utilisateurs, qui pouvaient effectivement être utilisées à cette fin, tels Google, Yahoo et Microsoft. Tout en reconnaissant la croissance rapide de la base d'utilisateurs d'Instagram et en prenant acte des déclarations de tiers indiquant qu'il ne serait ni difficile ni onéreux pour Instagram d'ajouter quelques fonctionnalités similaires à celles de Facebook, l'OFT est parvenu à la conclusion qu'Instagram n'était pas particulièrement bien placé pour concurrencer Facebook à court terme et qu'il existait déjà d'autres marques capables de le faire<sup>10</sup>.

42. La source de la contrainte concurrentielle potentielle peut également venir de l'entreprise en place, plutôt que de la cible. Cette dynamique est au cœur des stratégies d'acquisitions prédatrices inversées, examinées ci-dessous. On peut citer, à titre d'exemple, l'action engagée en 2022 par la Federal Trade Commission (FTC) contre Meta, à propos de son acquisition de Within Unlimited<sup>11</sup>, qui avait développé une application de fitness en réalité virtuelle baptisée Supernatural. En cherchant à bloquer la fusion, la FTC a soutenu que Meta était un entrant potentiel sur le marché des applications de fitness en réalité virtuelle, notamment parce qu'il était déjà un acteur éminent dans le secteur de la réalité virtuelle, avait les ressources et les capacités nécessaires pour lancer une application concurrente et avait déjà envisagé un tel lancement. En outre, la FTC prétendait que la simple menace d'une entrée de Meta avait influencé la concurrence. Toutefois, l'US District Court de la Californie du Nord a rejeté la demande d'injonction préliminaire de la FTC, qui sollicitait que l'opération soit temporairement arrêtée, à la suite de quoi la FTC s'est désistée de sa demande sur le fond.

43. Les fusions entre concurrents potentiels peuvent également causer des préjudices à la concurrence dynamique si elles suppriment les incitations d'une entreprise en place à développer des efforts d'innovation et d'amélioration de son offre concurrentielle<sup>12</sup>. Autrement dit, la concurrence dynamique et les scénarios anticoncurrentiels articulés autour d'elle se concentrent essentiellement sur les capacités et les efforts d'innovation des entreprises (voir par exemple (Sidak et Teece, 2009<sup>[28]</sup>)). La question a été explorée dans l'évaluation par la CMA de l'acquisition déjà réalisée par Facebook de Giphy, décrite dans l'Encadré 3.2 ci-dessous. Sachant l'importance de l'innovation pour les marchés numériques, il ne serait pas surprenant d'assister à une utilisation accrue des scénarios anticoncurrentiels centrés sur les préjudices causés à la concurrence dynamique. Comme l'a souligné la

CMA en reconnaissant les difficultés auxquelles Giphy était confronté dans ses stratégies de monétisation, l'incertitude à propos des évolutions futures du marché n'empêche pas nécessairement de conclure à un préjudice pour la concurrence dynamique, étant donné que le processus dynamique peut avoir dès à présent une valeur.

### Encadré 3.2 Facebook/Giphy – préjudices pour la concurrence dynamique

Dans son évaluation de Facebook/Giphy, finalisée en 2022<sup>1</sup>, la CMA a développé un scénario anticoncurrentiel horizontal centré sur le service de publicité en ligne innovant de Giphy, qui permettait aux entreprises de payer pour de la publicité basée sur des GIF, y compris en alignant des termes populaires de recherche de GIF sur leurs GIF de marque. Giphy fournissait déjà ce service aux États-Unis et il existait des preuves qu'il avait l'intention de l'étendre au Royaume-Uni.

La CMA a déterminé que le service de Giphy était un concurrent potentiel des services d'affichage publicitaire sur Internet de Facebook au Royaume-Uni, et que son arrêt par Facebook après la fusion avait donc entraîné une baisse de la concurrence dynamique.

Pour parvenir à cette conclusion, la CMA a jugé que les efforts de Giphy pour innover et monétiser son service étaient précieux, dans la mesure où ils augmentaient la probabilité que de nouvelles innovations et de nouveaux produits soient réalisés à l'avenir, quand bien même son modèle d'entreprise pouvait ne pas avoir été finalement couronné de succès. Elle a également noté le potentiel que les effets de réseau aident des concurrents de Facebook utilisant le service publicitaire de Giphy, ainsi que les barrières élevées à l'entrée qui deviendraient encore plus rédhitoires si les deux plus grands fournisseurs de GIF étaient la propriété de Facebook et Google (qui détient Tenor).

La CMA a finalement jugé que seule la vente intégrale de Giphy par Facebook pourrait effectivement remédier aux problèmes posés en termes de concurrence (qui incluaient également des préoccupations en termes d'exclusion verticale), et cette décision a été largement confirmée par le tribunal britannique d'appel compétent en matière de concurrence (UK Competition Appeals Tribunal)<sup>2</sup>. Ce résultat contraste avec l'évaluation du tribunal des ententes autrichien qui, saisi d'une demande de l'autorité fédérale de la concurrence autrichienne, a examiné un scénario anticoncurrentiel fondé sur une concurrence horizontale potentielle, mais a conclu à l'absence de problèmes en termes de concurrence. Le tribunal des ententes a toutefois reconnu que la fusion posait également des problèmes verticaux et n'a autorisé la fusion que sous certaines conditions<sup>3</sup>, décision qui a été confirmée par la cour suprême des ententes<sup>4</sup>. Cette affaire et la décision du Competition Appeals Tribunal britannique, sont analysées plus en détail dans la section 5.1.

Note :

<sup>1</sup> Décision de la CMA dans l'affaire Facebook Giphy, <https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry#final-report>. Cette fusion avait également été autorisée par l'autorité fédérale de la concurrence autrichienne, comme évoqué plus loin dans cette note.

<sup>2</sup> Meta a interjeté appel de la décision de la CMA pour 7 motifs, dont 6 ont été rejetés par le Tribunal. L'unique motif invoqué par Meta accueilli par le Tribunal est de nature procédurale, et tient au fait que la CMA a enlevé à tort des informations confidentielles provenant de tiers de ses conclusions provisoires, ce qui a empêché Meta de contester la décision. Cela a conduit à un réexamen de l'affaire par la CMA, y compris des nouvelles conclusions déposées par Meta et Giphy, mais la CMA a néanmoins confirmé sa décision initiale selon laquelle Meta doit se défaire de Giphy.

<sup>3</sup> Communiqué de presse de l'Autorité fédérale de la concurrence autrichienne, 2 mars 2022, [Meta \(Facebook\)/Giphy merger: AFCA appealing against conditional clearance: BWB Bundeswettbewerbsbehörde](#)

<sup>4</sup> Communiqué de presse de l'Autorité fédérale de la concurrence autrichienne, 24 juin 2022, [Meta \(Facebook\)/Giphy merger: Supreme Cartel Court confirms Cartel Court's conditional clearance: BWB Bundeswettbewerbsbehörde](#)

44. Les scénarios anticoncurrentiels sous-jacents, examinés dans des affaires qui se concentrent sur des préoccupations en termes de concurrence potentielle, ne sont pas particulièrement nouveaux.

Toutefois, le processus de formulation de prédictions sur l'état futur des marchés, qui est nécessaire afin d'appliquer ces scénarios, est sans doute plus difficile dans le secteur numérique, où les marchés se développent et changent rapidement, et où les frontières entre produits concurrents et produits complémentaires/sans rapport peuvent être floues. L'exercice est encore compliqué par le fait que de nombreuses plateformes opèrent sur des marchés multifaces, et non pas seulement en lien avec les produits/services fournis sur la face qui s'adresse au consommateur. Ces facteurs peuvent compliquer le processus d'application d'un scénario anticoncurrentiel par ailleurs classique dans le secteur numérique.

45. Dans leur évaluation ex post des décisions des autorités britanniques à propos des fusions Google/Waze Mobile et Facebook/Instagram, (Lear, 2019<sup>[22]</sup>) estiment que pour apprécier si l'entité acquise peut constituer une contrainte concurrentielle à l'avenir, l'OFT a accordé un poids considérable au côté consommateurs des marchés (c'est-à-dire la fonctionnalité des services fournis aux consommateurs), et probablement un poids insuffisant au côté publicité, qui est finalement la face du marché où les services sont monétisés. Dans la fusion Facebook/Giphy, la CMA s'est concentrée sur le potentiel pour Giphy d'exercer une contrainte sur Facebook du côté publicité du marché, mais cet aspect était probablement plus évident sachant que Giphy offrait déjà activement un nouveau service publicitaire aux États-Unis.

#### *Scénario anticoncurrentiel pour acquisition prédatrice*

46. Les acquisitions prédatrices, qui peuvent être vues comme un sous-ensemble d'acquisitions impliquant une concurrence potentielle, ont été définies comme un scénario anticoncurrentiel, en vertu duquel la stratégie de l'entreprise vise uniquement à « stopper les projets d'innovation de la cible et à empêcher une concurrence future » (Cunningham, Ederer et Ma, 2021<sup>[29]</sup>). Cette stratégie pourrait être employée si le produit d'un rival fait peser un risque suffisant sur la gamme de produits existante de l'acquéreur. En effet, il peut être plus profitable pour une entreprise d'acheter et de fermer un rival innovant plutôt que de subir la perte prévisible de chiffre d'affaires lorsque le produit de l'entreprise innovante parviendra à maturité, ou plutôt que d'acquérir et de développer l'innovation elle-même, en raison de la cannibalisation prévisible de ses propres ventes (OCDE, 2020<sup>[30]</sup>) (Cunningham, Ederer et Ma, 2021<sup>[29]</sup>).

47. Une distinction importante doit être faite entre les acquisitions prédatrices et les acquisitions d'entreprises naissantes, qui comprennent une catégorie plus vaste d'acquisitions, portant sur des entreprises naissantes dont le poids concurrentiel futur est encore incertain. Dans certaines acquisitions d'entreprises naissantes, la stratégie peut être non pas de mettre un terme à l'innovation acquise, mais de la développer et de la contrôler. Ce type d'acquisitions peut intervenir si le produit de l'entreprise naissante a le potentiel de croître au point de devenir un rival direct (c'est-à-dire, un scénario anticoncurrentiel fondé sur la concurrence potentielle exercée par l'entreprise naissante). Ces acquisitions peuvent également intervenir si le produit a le potentiel de devenir un intrant important ou un complément de la ligne de produits de l'acquéreur, ce qui peut donner naissance à des effets anticoncurrentiels verticaux ou à des effets congloméraux (OCDE, 2020<sup>[30]</sup>).

48. Ces dernières années, des préoccupations ont été exprimées à propos du risque que des acquisitions prédatrices opérées dans l'espace numérique échappent au contrôle des autorités, étant donné le volume des acquisitions en vertu desquelles de grandes plateformes ont acquis de petites entreprises ou des entreprises naissantes qui tombent en-deçà des seuils de notification. Toutefois, certains experts ont suggéré que plusieurs caractéristiques uniques des marchés numériques rendent les stratégies d'acquisitions prédatrices moins séduisantes que dans d'autres industries comme l'industrie pharmaceutique où les acquisitions prédatrices ont été étudiées de près.

49. À titre d'exemple, (Bourreau et de Streel, 2020<sup>[31]</sup>) soutiennent que, sur les marchés numériques, les entreprises en place peuvent avoir plus d'incitations à développer l'innovation que l'entrant qui l'a



créée, - y compris en raison de la base d'utilisateurs très importante de l'entreprise en place, combinée aux effets de réseau, aux économies de gamme et aux synergies potentielles du côté de la demande -, ce qui pourrait conduire à une adoption de l'innovation à plus large échelle. Dans leur étude de 175 fusions numériques intervenues entre 2015 et 2017 (Gautier et Lamesh, 2020<sup>[32]</sup>) concluent que les acquisitions prédatrices n'ont pas été nombreuses. Ils constatent que bien que la plupart des produits acquis aient été arrêtés après l'acquisition, ces fusions étaient motivées par l'acquisition d'actifs, de technologie et de R&D afin d'améliorer les produits existants de l'acquéreur et de renforcer encore sa position sur le marché. L'Autorité de la concurrence française a fait une observation similaire (Autorité de la concurrence, 2020<sup>[33]</sup>).

50. L'action judiciaire du ministère américain de la Justice (DoJ) en relation avec le projet d'acquisition de Plaid par Visa en 2020<sup>13</sup> est l'un des rares exemples de cas dans lesquels l'autorité de la concurrence a avancé un scénario anticoncurrentiel pour acquisition prédatrice. Le DoJ a allégué que la motivation incitant Visa à acquérir Plaid, qui avait développé une plateforme de paiement innovante, était de l'éliminer en tant que menace concurrentielle pesant sur son activité de débit en ligne, secteur dans lequel Visa détient une position dominante aux États-Unis, avant que Plaid ait une chance de réussir. Cette action judiciaire n'a finalement pas abouti étant donné que les parties ont abandonné leur projet de fusion.

51. D'autres ont soutenu que les « acquisitions prédatrices inversées » peuvent être plus fréquentes que les acquisitions prédatrices (par exemple, (Caffarra, Crawford et Valletti, 2020<sup>[34]</sup>)). Le scénario anticoncurrentiel pour acquisition prédatrice inversée implique une entreprise en place qui, afin de développer un produit/service pour entrer sur un nouveau marché, décide plutôt d'acquérir une entreprise cible qui a déjà développé cette fonctionnalité/capacité, mettant ainsi un terme à ses propres efforts d'innovation (c'est-à-dire « acquérir plutôt que construire » (Caffarra, Crawford et Valletti, 2020<sup>[34]</sup>)). On peut citer, à titre d'exemple de ce scénario, les efforts de l'US Federal Trade Commission pour bloquer l'acquisition par Meta de Within, qui ont été évoqués dans la section 3.1.2.

52. Enfin, alors que le risque théorique d'acquisitions prédatrices est souvent évoqué en relation avec des fusions numériques, ces scénarios anticoncurrentiels ont rarement été examinés par des autorités de la concurrence (voir, par exemple, (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>). Cette situation s'explique en raison de la nature des acquisitions prédatrices et des seuils existants de notification des fusions.

### 3.2. Scénarios anticoncurrentiels non horizontaux

53. Les grandes plateformes atteignent souvent une position leur permettant d'exercer le contrôle de l'accès aux utilisateurs, produits ou services clés, et de gouverner les écosystèmes multi-marchés. Cette position peut être sauvegardée et renforcée grâce à des fusions et acquisitions sur des marchés voisins ou autrement apparentés, qui permettent à ces entreprises d'élargir leur portefeuille de produits et de services. En conséquence, les scénarios anticoncurrentiels non horizontaux, qu'il s'agisse des effets verticaux ou congloméraux, sont au cœur de l'évaluation de la majorité des fusions numériques, dans la mesure où ces effets se chevauchent et s'entrecroisent fréquemment. En effet, il pourrait être impossible d'isoler les effets verticaux et congloméraux, en particulier lorsque des écosystèmes sont impliqués.

54. Les effets verticaux se produisent dans des concentrations impliquant des entreprises qui sont liées verticalement et sont actives à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement. Les effets congloméraux se produisent lorsque les produits des entreprises parties à la fusion n'appartiennent pas au même marché et ne sont pas des intrants ou des extrants les uns des autres (OCDE, 2020<sup>[36]</sup>). Les fusions conglomérales impliquent donc des entreprises qui ne sont pas des concurrents directs mais sont actives sur des marchés liés ou voisins. En tant que telles, elles ne conduisent pas à une perte de concurrence directe.

55. Traditionnellement, les fusions non horizontales ont pour la plupart été présumées proconcurrentielles<sup>14</sup>, étant donné que les efficiences qui peuvent découler de ces opérations, - notamment l'élimination du problème de double marginalisation, la réduction des coûts de l'opération, des économies d'échelle et de gamme, et la création d'incitations à l'investissement et à l'innovation -, sont généralement jugées contrebalancer le préjudice potentiel pour la concurrence. Bien que cela soit considéré comme vrai dans plusieurs industries, des préoccupations à propos d'un contrôle perçu comme insuffisant des fusions sur les marchés numériques ont ranimé le débat ( OCDE, 2019<sup>[37]</sup>), (E.CA Economics, 2022<sup>[38]</sup>)).

56. En raison des caractéristiques et de la dynamique des marchés numériques (voir Section 2. ), les effets non horizontaux des fusions numériques peuvent susciter des préoccupations plus vives que les fusions sur des marchés plus traditionnels. La raison tient particulièrement à la présence d'écosystèmes et de modèles d'affaires multifaces, où des considérations horizontales, verticales et conglomerales sont fréquemment entremêlées.

57. Les scénarios anticoncurrentiels non horizontaux peuvent prendre des formes et avoir des aspects divers dans les fusions numériques, comme le montrent les sections suivantes. Toutefois, comme sur des marchés plus traditionnels, le cœur du scénario repose dans la plupart des cas sur des préoccupations liées au risque d'exclusion du marché. En ce qui concerne les effets verticaux, la crainte sur les marchés numériques est souvent liée au risque d'éviction de l'intrant, par exemple en interdisant l'accès à des produits ou services de l'entreprise cible qui sont des intrants clés pour les produits ou services fondamentaux de l'entité fusionnée (et de ses concurrents). Quant aux effets conglomeraux, les stratégies d'éviction reposent habituellement sur des ventes liées et groupées, qui permettent à une entreprise d'exploiter son pouvoir de marché sur un marché afin de l'exercer, par effet de levier, sur un autre marché.

### **3.2.1. Éviction du fait de la dégradation de l'accès**

58. En raison de la présence de vastes écosystèmes détenus par de grandes plateformes numériques, qui sont souvent des contrôleurs d'accès, il est courant que des entreprises opérant sur des marchés numériques dépendent fortement de l'accès à la technologie, aux systèmes d'exploitation, aux applications de messagerie ou à d'autres intrants « virtuels » de rivaux afin de pouvoir fournir leurs produits ou services. L'exclusion de l'accès aux intrants, sous la forme d'une dégradation de l'accès, est donc une préoccupation majeure dans l'évaluation des fusions numériques. En outre, sachant que les données sont un facteur concurrentiel et un intrant important sur les marchés numériques, les scénarios anticoncurrentiels bâtis autour du risque d'exclusion de l'accès aux données de l'entreprise cible ne sont pas rares. Ils seront plus amplement examinés dans la section 3.3.

59. L'Encadré 3.3 ci-dessous illustre, à l'aide de deux exemples concrets tirés d'affaires présentant des faits similaires, comment les autorités ont examiné les risques de dégradation de l'accès dans leurs scénarios, en particulier en relation avec l'accès à l'interface de programmation d'application (API).

### Encadré 3.3. Accès aux API – quelques exemples concrets

Dans l'affaire Meta/Kustomer de 2022, le principal scénario anticoncurrentiel avancé par la CE<sup>1</sup> était lié au risque qu'après la fusion, Meta puisse refuser, à des fournisseurs concurrents de logiciels de service d'assistance pour la gestion des relations avec la clientèle (GRC)<sup>2</sup>, y compris de nouveaux entrants potentiels, l'accès aux API pour les canaux de messagerie de Meta. Étant donné que les canaux de messagerie de Meta étaient des intrants clés pour les fournisseurs de logiciels de service à la clientèle et de services de GRC, cette stratégie pouvait conduire à un verrouillage à l'égard des concurrents proches de Kustomer et des nouveaux entrants, ce qui réduirait la concurrence sur le marché de la fourniture de logiciels de GRC et le marché de la fourniture de logiciels de services à la clientèle et d'assistance à la GRC.

Un scénario similaire a été examiné par la JFTC en 2021, dans le cadre de la fusion entre Salesforce, qui fournissait des logiciels de service de GRC, et Slack, qui fournissait des services de messagerie instantanée pour les entreprises<sup>3</sup>. Comme la CE, la JFTC a évalué le risque que l'entité issue de la fusion puisse refuser aux fournisseurs concurrents de services de messagerie instantanée pour les entreprises l'accès aux API de Salesforce ou réduire la qualité de cet accès. L'autorité a finalement écarté ce risque, notamment en raison des pressions concurrentielles sur des marchés voisins, des preuves suggérant l'importance limitée pour les entreprises d'intégrer un logiciel de GRC dans les services de messagerie instantanée, et du fait que de nombreuses entreprises pratiquent le multi-hébergement en matière de services de messagerie instantanée.

Note :

<sup>1</sup> Décision de la CE dans l'affaire Meta/Kustomer, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_10262](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10262). Cette fusion a également été autorisée par la FTC, la CMA, le Bundeskartellamt et l'ACCC.

<sup>2</sup> Ces applications logicielles sont utilisées par les entreprises pour dialoguer avec leurs clients dans le but de répondre à leurs questions, de résoudre leurs problèmes et de leur donner des conseils dans le cadre de la relation entreprise-client [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_652](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_652).

<sup>3</sup> Décision de la JFTC dans l'affaire Salesforce/Slack, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/July/21071.html>. Cette fusion a également été autorisée par le DoJ.

60. Les scénarios anticoncurrentiels fondés sur l'éviction peuvent également s'appliquer si les parties ne se trouvent pas dans une relation verticale, comme cela est souvent le cas dans les fusions numériques. En effet, sur les marchés numériques, les produits offerts par les parties à la fusion interagissent fréquemment les uns avec les autres, dans le cadre d'un système plus large dont les différents composants doivent pouvoir s'intégrer et travailler ensemble, et où l'interopérabilité revêt donc une importance primordiale pour le fonctionnement du système. Dans ces cas, la dégradation de l'accès peut résulter de la dégradation de l'interopérabilité, c'est-à-dire d'une « détérioration relative des conditions dans lesquelles des produits de tiers interagissent avec les propres produits de l'entité fusionnée après l'opération (et/ou vice versa) » (Beaudouin et al., 2022<sup>[26]</sup>).

61. Cette stratégie, qui peut impliquer à la fois des effets congloméraux et verticaux, a pour effet d'exclure des rivaux en dégradant soit la fourniture d'actifs (informations, interfaces, prototypes etc.), soit l'assistance technique nécessaire afin d'assurer l'interopérabilité au profit de l'offre de produits combinée de l'entité fusionnée. Cette stratégie peut prendre la forme d'une baisse de la qualité ou de retards dans la fourniture de l'intrant nécessaire, ou encore celle de l'absence de fourniture des améliorations techniques et des mises à jour à des rivaux. En outre, cette dégradation peut être totale ou partielle, et elle peut cibler certains concurrents particuliers ou concerner tous les tiers. (Beaudouin et al., 2022<sup>[26]</sup>) définissent cette pratique comme « une forme de groupage technique entre des produits appartenant à des marchés en cause distincts, qui sont étroitement liés en raison de leur interopérabilité dans un système plus vaste ».

62. Ce scénario anticoncurrentiel a émergé à l'occasion de la fusion Google/Fitbit, qui a été autorisée par la CE en 2020<sup>15</sup> sous réserve de certaines conditions. Il s'agissait d'une affaire extrêmement complexe, impliquant des scénarios reposant sur les effets horizontaux, verticaux et congloméraux sur de nombreux marchés (voir également Encadré 3.7). L'une des préoccupations essentielles de la CE tenait au risque qu'après la fusion, Google exclue du marché les fabricants d'appareils de technologie portable à porter au poignet, concurrents de Fitbit, en dégradant leur interopérabilité avec le système d'exploitation Android, c'est-à-dire en pratiquant une stratégie de couplage technique (voir également section 3.2.2 ci-dessous).

63. La CE a essentiellement considéré le chevauchement significatif entre les utilisateurs d'appareils de technologie portable à porter au poignet et les utilisateurs de smartphones, et en particulier ceux utilisant le système d'exploitation Android de Google, étant donné la position dominante de Google. En conséquence, les clients dépendaient fortement de l'interopérabilité entre le système Android et leurs appareils de technologie portable. Google s'est engagé à continuer de céder gratuitement aux fabricants d'équipements d'origine le droit d'utiliser toutes les API publiques incluant l'ensemble des fonctionnalités essentielles dont les appareils de technologie portable à porter au poignet ont besoin pour interagir avec un smartphone Android, y compris toutes améliorations et mises à jour futures.

64. Dans la fusion Microsoft/Nuance en 2022, la CE et l'ACCC<sup>16</sup> ont examiné si Microsoft aurait la capacité d'exclure/un intérêt à exclure du marché des concurrents de Nuance, une société spécialisée dans les logiciels de transcription fortement axée sur le secteur de la santé et des solutions d'engagement client. Plus précisément, les autorités craignaient que Microsoft ne puisse dégrader l'accès de concurrents à sa gamme de produits de technologie, en raison des liens verticaux et congloméraux entre les deux entreprises. Elles ont jugé que Microsoft n'aurait aucun intérêt à procéder à cette exclusion du marché, étant donné que les concurrents de Nuance pourraient se tourner vers plusieurs fournisseurs de remplacement pour obtenir des services de Microsoft.

### **3.2.2. Scénarios anticoncurrentiels pour exploitation abusive**

65. Lorsque les parties à la fusion opèrent sur des marchés connexes, la fusion pourrait permettre à l'entité fusionnée d'exploiter sa position dominante sur un marché afin de désavantager ou d'exclure des concurrents sur un autre marché plus concurrentiel. Les scénarios anticoncurrentiels dits pour exploitation abusive se concentrent sur les manières dont cette situation pourrait se produire (voir également (OCDE, 2020<sup>[39]</sup>)). Les stratégies d'éviction permises par l'exploitation du pouvoir de marché, au moyen de ventes groupées ou liées, en sont un premier exemple, en raison du fait qu'elles combinent les offres des parties à la fusion qui étaient auparavant séparées. C'est ce qui s'est produit dans les fusions M3/Nihon Ultmarc et Google/DoubleClick, décrites dans l'Encadré 3.4 ci-dessous. Dans les marchés numériques, cette pratique des ventes groupées et liées est également au cœur des stratégies d'« enveloppement de plateforme » (Condorelli et Padilla, 2020<sup>[40]</sup>). Cette question sera examinée dans la section 4.1.

### Encadré 3.4. Exploitation du pouvoir de marché par des ventes groupées et liées

Dans la fusion entre M3 et Nihon Ultmarc en 2019, la JFTC<sup>1</sup> a examiné un scénario anticoncurrentiel classique fondé sur le groupage contractuel. M3 exploitait une plateforme d'information sur les médicaments en ligne (fournissant des informations provenant d'entreprises pharmaceutiques à des médecins), et Nihon Ultmarc était l'unique fournisseur de bases de données médicales à des entités comprenant notamment des entreprises pharmaceutiques. Les bases de données contenaient des informations sur des établissements médicaux et des médecins/pharmaciens travaillant avec eux. La JFTC craignait que l'entité fusionnée puisse subordonner la fourniture des bases de données médicales, qui constituaient des intrants indispensables, à la condition que les entreprises pharmaceutiques n'utilisent pas des plateformes concurrentes d'informations sur les médicaments ou, alternativement, offre les bases de données avec un rabais à condition que les entreprises pharmaceutiques utilisent exclusivement la plateforme des parties fusionnées. En conséquence, la JFTC a autorisé la fusion à condition que l'entité fusionnée ne fournisse pas ses bases de données médicales à des conditions liées soit à l'utilisation d'autres services des parties fusionnées, soit à la non-utilisation de services de concurrents.

L'impact concurrentiel des stratégies de ventes groupées et liées peut être exacerbé sur les marchés numériques en raison des effets de réseau. Cet élément a été pris en compte dans l'examen par la FTC de l'acquisition de DoubleClick par Google en 2007<sup>2</sup>. Dans cette affaire, le scénario anticoncurrentiel reposait sur le fait que Google pourrait exploiter la position de leader de DoubleClick dans le domaine des logiciels de gestion de campagnes de publicité en ligne à son avantage sur le marché de l'intermédiation publicitaire, en liant ou groupant ses propres produits AdSense et Adwords avec des outils de DoubleClick. Dans son appréciation, la FTC a examiné si cela pourrait conduire à un « basculement » du marché de l'intermédiation publicitaire en faveur de Google en raison des effets de réseau. Toutefois, la FTC a conclu que DoubleClick, en dépit de sa part de marché élevée, n'avait pas de pouvoir de marché et qu'une telle stratégie échouerait, étant donné que les clients de DoubleClick qui ne souhaiteraient pas utiliser AdSense pourraient se tourner vers des outils de gestion de campagnes de publicité en ligne proposés par d'autres fournisseurs. En outre, la FTC a considéré que le marché de l'intermédiation publicitaire n'était pas susceptible de basculer étant donné qu'à l'époque, il s'agissait d'un marché concurrentiel et fragmenté comprenant des offres extrêmement différenciées.

Note :

1 Décision de la JFTC dans l'affaire M3/Nihon Ultmarc, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191024.html>

2 Déclaration de la FTC concernant l'affaire Google/DoubleClick, <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-federal-trade-commission-concerning-googledoubleclick>. Cette fusion a également été autorisée par la CE et l'ACCC et peut avoir été examinée par d'autres autorités.

66. Les entreprises numériques peuvent également procéder à un groupage technique en concevant leur plateforme de telle sorte qu'elle intègre un produit ou un service dans un autre produit, ou au moyen de pratiques de pré-installation (Bundeskartellamt, 2022<sup>[41]</sup>), (OCDE, 2020<sup>[39]</sup>). Ces groupages techniques sont généralement jugés plus efficaces que les groupages contractuels car ils sont automatiques, exigent des efforts pour être dénoués et n'imposent pas un contrôle de la conformité (OCDE, 2020<sup>[42]</sup>).

67. Dans la fusion Microsoft/LinkedIn, autorisée par la CE en 2016 sous certaines conditions<sup>17</sup>, l'un des scénarios tournait autour du risque que Microsoft puisse exploiter sa position de force dans les systèmes d'exploitation de PC (Windows) et les logiciels de productivité (Word, Outlook, Excel, PowerPoint) pour renforcer la position de LinkedIn sur le marché des réseaux sociaux professionnels.

Cette exploitation pourrait consister par exemple à exiger la pré-installation de LinkedIn sur tous les PC fonctionnant sous Windows et à intégrer LinkedIn dans Microsoft Office. La CE a également considéré que des effets congloméraux pourraient se produire si Microsoft restreignait ou refusait l'accès des concurrents de LinkedIn aux API de Microsoft, indispensables pour interopérer avec les produits Microsoft, ainsi que l'accès aux données d'utilisateurs stockées dans Microsoft cloud (la dégradation de l'accès a été analysée à la section 3.2.1 ci-dessus), conduisant ce faisant à l'éviction du marché.

68. En plus des stratégies plus courantes de vente groupée et liée, les grandes plateformes peuvent, dans certaines circonstances, adopter d'autres stratégies afin d'exploiter leur pouvoir de marché, qui peuvent être permises ou facilitées par une fusion. L'Encadré 3.5 présente deux affaires dans lesquelles les autorités de la concurrence ont examiné ce risque dans leurs scénarios anticoncurrentiels.

### Encadré 3.5. Stratégies alternatives d'exploitation du pouvoir de marché

Les grandes plateformes peuvent également exploiter leur pouvoir de marché et éliminer des rivaux en appliquant des stratégies d'auto-référencement à la suite d'une fusion. À titre d'exemple, comme le décrit Robertson (2022), dans la fusion entre Sully System, distributeur de produits de consommation non alimentaires en ligne, et CENEJE, moteur de recherche et site de comparaison des prix en ligne, également actif dans la publicité en ligne, l'autorité de la concurrence slovène a élaboré un scénario anticoncurrentiel autour du risque que l'entité fusionnée puisse faire une discrimination entre les offres des distributeurs en ligne, et utiliser des algorithmes non objectifs de recherche et de classement afin de privilégier ses propres services, en excluant ainsi du marché des distributeurs en ligne concurrents. La fusion a été autorisée sous certaines conditions<sup>1</sup>.

Plus récemment, un scénario anticoncurrentiel potentiel, découlant de l'exploitation du pouvoir de marché par la pratique de prix prédateurs, a émergé dans le cadre de la fusion Amazon/iRobot annoncée en 2022, qui est actuellement examinée par la FTC<sup>2</sup>. Dans cette enquête, toujours en cours, des tiers ont développé devant la FTC le scénario selon lequel Amazon pourrait vendre les robots aspirateurs Roomba de iRobot à perte ou pratiquement à perte, y compris au moyen du service d'abonnement Prime d'Amazon, ce qui lui permettrait d'exclure du marché d'autres fabricants de robots aspirateurs et de renforcer sa position sur le marché des services de domotique<sup>3</sup>.

Note :

<sup>1</sup> Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Sully System/CENEJE (3061-27/2017-71, 12 April 2018) <http://www.varstvo-konkurence.si/ostali-dokumenti/arhiv-odlocb/odlocba411/>

<sup>2</sup> <https://edition.cnn.com/2022/09/20/tech/roomba-amazon-ftc-investigation/index.html> ; <https://content.mlex.com/#/content/1404526>. This merger is also reportedly being considered by the EC; see <https://www.ft.com/content/b05a1260-ee5a-4ac8-9a34-31cdb8104cf1>, and the CMA; see <https://www.theguardian.com/technology/2023/apr/06/cma-to-investigate-amazon-17bn-takeover-of-roomba-irobot> <https://edition.cnn.com/2022/09/20/tech/roomba-amazon-ftc-investigation/index.html> ; <https://content.mlex.com/#/content/1404526>. This merger is also reportedly being considered by the EC; see <https://www.ft.com/content/b05a1260-ee5a-4ac8-9a34-31cdb8104cf1>.

<sup>3</sup> <https://www.fightforthefuture.org/news/2022-09-09-letter-to-the-ftc-challenge-amazon-irobot-deal>

Source : Robertson, V. (2022), Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from National Case Law

### 3.3. Scénarios anticoncurrentiels liés aux données

69. Les données jouent un rôle primordial dans les scénarios anticoncurrentiels horizontaux et non horizontaux appliqués en matière de fusions numériques. La manière dont les scénarios anticoncurrentiels liés aux données sont élaborés peut dépendre en partie de la nature des données en question. L'acquisition de données qui sont spécifiques et uniques (c'est-à-dire des informations

exclusives pour lesquelles il n'existe aucun substitut) pourrait susciter les préoccupations habituelles liées à l'éviction verticale si elle constitue un intrant important pour des rivaux sur un marché en aval. Ces préoccupations ont trait à la capacité de l'entité fusionnée à refuser ou limiter l'accès à une source de données essentielles et à ses incitations à ce faire.

70. Ce scénario anticoncurrentiel a été utilisé par la CE dans son appréciation de la fusion Microsoft/LinkedIn. La Commission a examiné si, après la fusion, Microsoft pourrait restreindre l'accès à l'intégralité de la base de données LinkedIn, qui pourrait potentiellement servir à des fournisseurs de logiciels de gestion de la relation client (GRC) fondés sur l'apprentissage automatique. À l'époque de la fusion, LinkedIn ne fournissait pas encore cet accès, de telle sorte que la Commission a dû examiner si, en l'absence de la fusion, LinkedIn aurait commencé à fournir un accès à l'intégralité de sa base de données en tant que stratégie de monétisation, de telle sorte que cet accès serait devenu un intrant important pour les concurrents.

71. La Commission a rejeté ce scénario anticoncurrentiel pour différentes raisons, y compris au motif qu'il n'existait aucune preuve que LinkedIn projetait de licencier l'intégralité de sa base de données à l'avenir, qu'il existait des obstacles tenant à la réglementation et au respect de la vie privée, et que les données de LinkedIn n'étaient pas susceptibles de devenir un intrant important pour des fournisseurs concurrents au cours des deux-trois années suivantes. La Commission a noté que des fournisseurs concurrents de logiciels de GRC développaient déjà des fonctionnalités avancées sans avoir accès aux données de LinkedIn. En outre, les données de LinkedIn ne constitueraient que l'un des nombreux types de données qui sont nécessaires à des fins d'apprentissage automatique, et il existait des sources alternatives de données similaires à celles de LinkedIn qui étaient disponibles (de telle sorte que les données de LinkedIn n'étaient ni essentielles ni uniques).

72. Toutefois, comme le soulignent (Hoffmann et Johannsen, 2019<sup>[15]</sup>), même l'acquisition de données considérées comme plus omniprésentes et non rivales peut soulever des préoccupations concurrentielles si l'acquéreur est dominant sur un marché qui dépend de données massives (« Big Data »). Dans cette circonstance, ce n'est pas tant la qualité exclusive des données nouvellement acquises qui est préoccupante, mais la capacité de l'acquéreur à les combiner avec ses bases de données existantes (c'est-à-dire, en développant sa boutique de données massives), et de les exploiter pour en extraire des informations de valeur<sup>18</sup>. Cela pourrait renforcer encore la position existante de l'acquéreur sur un marché dépendant des données massives, tel celui de la publicité en ligne, en rendant l'entrée ou l'expansion sur ce marché plus difficile et en suscitant ainsi des préoccupations horizontales.

73. La catégorisation des scénarios anticoncurrentiels reflétant des préoccupations à propos de l'accumulation et de la combinaison de données par les grandes plateformes n'est pas toujours claire, et ces scénarios ont été articulés à la fois comme horizontaux et non horizontaux à différentes époques par les autorités réglementaires. Par exemple, dans son appréciation de Google/DoubleClick, la CE a examiné la combinaison de données en tant que scénario anticoncurrentiel horizontal. L'Encadré 3.6 donne un aperçu de trois affaires récentes dans lesquelles les risques potentiels liés à l'accumulation et à la combinaison de données ont été pris en compte dans l'élaboration des scénarios anticoncurrentiels.



### Encadré 3.6. Prise en considération des données par la CE

L'acquisition par Google de DoubleClick en 2008 est un exemple précoce d'examen du potentiel pour une plateforme numérique d'obtenir un avantage concurrentiel grâce à l'accumulation et à la combinaison de données. En l'occurrence, parmi de nombreux scénarios anticoncurrentiels, la CE<sup>1</sup> et la FTC ont évalué si la combinaison des bases de données de Google et de DoubleClick conférerait à Google un avantage dans l'intermédiation d'annonces publicitaires, qui ne pourrait pas être répliqué même par d'autres concurrents intégrés tels que Microsoft et Yahoo.

À l'époque, DoubleClick avait mis en place des restrictions contractuelles avec ses clients, qui empêchaient de combiner des données de DoubleClick avec celles de Google et servaient à la publicité ciblée, mais les autorités de régulation reconnaissaient que ces contrats pouvaient expirer, être modifiés ou être rompus. La CE, qui a articulé cette question comme un scénario anticoncurrentiel vertical, a considéré que les clients de DoubleClick n'auraient aucune incitation à permettre que leurs données soient utilisées de cette manière et que Google ne serait pas en mesure d'exiger cela de leur part, étant donné que DoubleClick ne détenait pas de pouvoir de marché sur le marché des outils de gestion de campagnes de publicité en ligne. Les deux autorités se sont également concentrées sur les caractéristiques et la nature non exclusive des données de DoubleClick, et ont constaté qu'à supposer même que les sources de données puissent être combinées, les données de DoubleClick n'étaient pas d'un type qui conférerait un avantage significatif à Google sur d'autres services d'intermédiation d'annonces publicitaires. Il a également été noté que d'autres fournisseurs intégrés comme Microsoft et Yahoo avaient déjà accès à des bases de données similaires.

La CE a de nouveau examiné un scénario similaire en 2013, dans son appréciation de l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Elle a en particulier examiné si Facebook pouvait commencer à collecter et à utiliser des données de WhatsApp dans la fourniture de publicités sur les réseaux sociaux et, ce faisant, renforcer sa position sur ce marché. La CE a noté que des obstacles à la fois techniques et liés à la politique en matière de respect de la vie privée l'en empêcheraient, mais estimé qu'à supposer même que ces obstacles puissent être surmontés, il resterait un nombre suffisant de fournisseurs alternatifs de publicité en ligne, y compris Google, qui exerceraient une pression concurrentielle sur l'entité fusionnée et qui collectent également des données d'utilisateurs. La FTC a examiné un scénario anticoncurrentiel similaire et a finalement imposé des conditions empêchant Facebook d'utiliser des données de WhatsApp pour faire de la publicité ciblée<sup>2</sup>.

Plus récemment, un scénario anticoncurrentiel horizontal fondé sur la combinaison des données a été développé dans l'appréciation par la CE de l'acquisition de Fitbit par Google. La CE a examiné en particulier si Google pouvait potentiellement utiliser et combiner des données d'utilisateurs acquises grâce à Fitbit pour renforcer sa position sur plusieurs marchés de la publicité en ligne. La conclusion finale de la CE, qui l'a conduite à imposer certains engagements, a été dictée par un élément central, à savoir le fait que les données de Fitbit sont particulièrement importantes et précieuses pour la publicité en ligne et qu'aucun des rivaux de Google sur le marché de la publicité en ligne ne détenait, ou n'était susceptible d'obtenir, des données similaires ou des capacités de collecte de données similaires à celles de Fitbit.

Note :

<sup>1</sup> Décision de la CE dans l'affaire Google/DoubleClick, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_08\\_426](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_426).

<sup>2</sup> <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp-idUSBREA391VA20140410>



74. Examinant les scénarios anticoncurrentiels basés sur les données, qu'ils soient articulés comme des effets horizontaux ou non horizontaux, (Hoffmann et Johannsen, 2019<sup>[15]</sup>) notent que l'accent a été largement mis, à tout le moins par la CE, sur les caractéristiques de la nouvelle source de données, examinée sous l'angle de son exclusivité et de sa valeur spécifique en tant qu'intrant. Ils appellent les autorités à se concentrer plus sur l'avantage global acquis par l'acquéreur grâce au magasin combiné de données massives résultant de la fusion, qui peut se matérialiser même si les données nouvellement acquises sont omniprésentes et non concurrentes, étant donné que sa valeur découle de la capacité à combiner des sources de données multiples et variées, qui peuvent être exploitées afin d'en extraire des informations de grande valeur.

75. Les auteurs soutiennent qu'étant donné que l'acquéreur peut exploiter des données massives pour renforcer sa position, non seulement sur les marchés de base, mais également, potentiellement, sur des marchés nouveaux ou non encore découverts, l'analyse doit donc également regarder au-delà des marchés de produits spécifiques ciblés par la fusion. Bien que l'acquisition de données omniprésentes et non concurrentes supplémentaires grâce à la fusion ne soit pas susceptible de conduire à une éviction absolue sur un marché de produit particulier, puisque les rivaux ont toujours la possibilité d'accéder à des données identiques ou comparables, elle peut néanmoins conduire à une « éviction relative ». La raison tient au fait qu'il peut être difficile de surmonter l'écart entre la capacité de l'acquéreur à exploiter ces données (y compris en les combinant à ses bases de données préexistantes), comparée à celle de ses concurrents, en raison de facteurs comme les effets de réseau, et les économies d'échelle et de gamme.

76. Les auteurs avancent donc un « scénario anticoncurrentiel fondé sur l'éviction relative » impliquant les données, et suggèrent que le scénario anticoncurrentiel existant, lié aux effets sur le portefeuille, pourrait utilement servir de cadre pour son application, étant donné que ce scénario reflète déjà l'avantage concurrentiel pouvant être obtenu par une entité ayant une présence sur de multiples marchés complémentaires, qui excède et dépasse son pouvoir sur chacun de ces marchés considérés individuellement. Dans le cas des données massives, l'avantage découle de la présence des plateformes sur un spectre de plus en plus large d'activités permettant d'extraire des données supplémentaires.

77. La possibilité que des données non uniques avantagent néanmoins une entité fusionnée a été examinée par la JFTC dans son appréciation de la fusion Z Holdings/LINE (évoquée dans l'Encadré 3.1). Plus précisément, afin d'évaluer le chevauchement horizontal des parties dans le domaine de la diffusion d'informations en ligne, de la publicité numérique et de l'intermédiation publicitaire, et dans celui des services de paiements en ligne sécurisés, la JFTC a examiné la capacité de l'entité fusionnée à utiliser des données obtenues grâce à l'ensemble de sa gamme d'activités afin de renforcer sa position sur ces marchés. En ce qui concerne la diffusion d'informations et la publicité numérique, l'autorité a déterminé que la nature et le volume des données de l'entité fusionnée, comparés à ceux de ses concurrents, ne lui conféreraient pas un avantage substantiel. En revanche, elle est parvenue à une conclusion différente en ce qui concerne le marché émergent des services de paiements en ligne sécurisés, en constatant que bien que les données de l'entité fusionnée ne revêtent pas un caractère unique, sa position comparative en termes de volume, de gamme et de fréquence de collecte des données lui conférerait un avantage sur ses concurrents, qui serait susceptible d'avoir un impact sur la concurrence. C'est pourquoi l'une des conditions de l'autorisation de la fusion a été d'imposer à la partie fusionnée de rendre compte annuellement de certains aspects concernant l'utilisation de ses données.

78. Enfin, les données jouent également un rôle central dans les scénarios anticoncurrentiels basés sur l'écosystème (analysés dans la Section 4), en raison de leur capacité à être combinés et exploités par des conglomérats numériques, à de nombreux endroits de leurs écosystèmes. Plusieurs commentateurs considèrent par conséquent que les scénarios anticoncurrentiels doivent mieux refléter le potentiel pour les opérateurs d'écosystème d'exploiter un avantage en termes de données, obtenu

grâce à une fusion, y compris sur des marchés qui ne sont que lointainement apparentés (voir par exemple (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>)).

### 3.3.1. Accès à des informations commercialement sensibles

79. Les autorités de la concurrence ont également examiné des scénarios anticoncurrentiels basés sur l'accès de l'acquéreur à des informations commercialement sensibles, ce qui peut lui donner un avantage unique sur ses concurrents. Théoriquement, comme les scénarios anticoncurrentiels basés sur les données, les scénarios fondés sur l'accès à des informations commercialement sensibles pourraient être de nature horizontale ou non horizontale.

80. À titre d'exemple, dans son appréciation de l'acquisition de Shazam par Apple en 2018, la CE<sup>19</sup> s'est inquiétée du fait qu'Apple pourrait avoir accès à des données commercialement sensibles sur des utilisateurs d'applications concurrentes de diffusion numérique de musique en continu. La Commission s'est demandé si cela permettrait à Apple de cibler plus facilement ces utilisateurs et de les encourager à opter pour le propre service de diffusion numérique de musique en continu, Apple Music, en évinçant ainsi potentiellement des services rivaux. La CE est finalement parvenue à la conclusion qu'à supposer même qu'Apple ait la capacité d'utiliser les données sur les utilisateurs de Shazam pour désavantager des fournisseurs de streaming concurrents et y était encouragée (ce qui n'était pas clair), Apple n'en tirerait pas un avantage concurrentiel important étant donné que d'autres applications (y compris des services de diffusion numérique de musique en continu) pourraient également avoir accès au moins à certaines des mêmes données et qu'il existait d'autres services disponibles offrant la capacité de cibler des utilisateurs de diffusion numérique de musique en continu<sup>20</sup>.

81. Des considérations similaires ont été évoquées pendant l'appréciation par l'Office tchèque pour la protection de la concurrence (OPC) de l'acquisition par le groupe de capital-investissement Rockaway Capital, du site de comparaison de prix en ligne Heureka. Comme le résume (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>), l'OPC craignait que Rockaway puisse exiger de Heureka qu'il collecte des volumes excessifs de données sur les consommateurs, qu'il pourrait ensuite utiliser à son avantage dans ses autres activités. La fusion a été autorisée sous réserve d'engagements destinés à régler cette préoccupation.

82. Bien que ces scénarios se concentrent strictement sur les dommages concurrentiels potentiels découlant de l'accès à des informations commercialement sensibles (par contraste avec d'autres considérations, tel le respect de la vie privée), ils pourront être appelés à s'appliquer plus fréquemment à l'avenir, en raison des préoccupations sans cesse croissantes, à la fois sociales et réglementaires, inspirées par la collecte excessive de données sur les consommateurs. (Zingales et Renzetti, 2022<sup>[43]</sup>) notent qu'en théorie, les règles sur la protection des données peuvent imposer des contraintes à l'utilisation par une entité de données commercialement sensibles, mais qu'elles posent également la question plus épineuse de savoir si l'existence de ces règles doit être considérée comme suffisamment dissuasive afin que les entreprises n'utilisent pas leur capacité de tirer avantage de ces informations et n'y soient pas encouragées, ou si l'historique de l'entreprise en termes de respect de ces règles doit également être pris en compte.

## 3.4. Quelques remarques pour conclure

83. L'exercice de cartographie mené dans ce chapitre donne un aperçu de la manière dont les autorités de la concurrence ont élaboré leurs scénarios anticoncurrentiels afin d'appréhender des problèmes de concurrence posés par les fusions numériques. Il en ressort plusieurs points importants.

84. Il convient tout d'abord de souligner que les autorités ont examiné des scénarios anticoncurrentiels horizontaux, liés à la fois à la concurrence réelle et potentielle, ce qui a généralement conduit, dans le cas de la concurrence potentielle à des appréciations plus complexes. D'autres

concepts, qui sont souvent évoqués dans le cadre des fusions numériques, notamment les acquisitions prédatrices, les écosystèmes et l'innovation, n'ont que rarement été intégrés en pratique dans les scénarios anticoncurrentiels horizontaux appliqués par les autorités de contrôle des fusions à ce jour. La réflexion plus récente autour des scénarios anticoncurrentiels fondés sur les écosystèmes et l'innovation sera abordée dans la section 4.

85. Toutefois, il apparaît que les autorités de la concurrence appliquent essentiellement des scénarios anticoncurrentiels non horizontaux, où des effets verticaux et congloméraux coexistent ou se chevauchent fréquemment. Globalement, la distinction entre produits substituables, verticalement liés et complémentaires est souvent floue dans les marchés numériques, ce qui signifie que la différenciation traditionnelle entre les scénarios horizontaux, verticaux et congloméraux pourrait être moins pertinente que sur d'autres marchés. C'est ce qui ressort nettement des scénarios anticoncurrentiels bâtis autour des risques d'accumulation de données, qui ont été articulés à la fois comme horizontaux et non horizontaux.

86. Pratiquement tous les scénarios appliqués jusqu'à présent sont des scénarios traditionnels, souvent axés sur les risques d'éviction, qui ont été adaptés à des degrés divers afin de refléter les caractéristiques clés des marchés numériques et leur rôle dans la dynamique concurrentielle. À titre d'exemple, les scénarios classiques fondés sur l'éviction d'un intrant, ont été utilisés pour évaluer des intrants virtuels, tels les API, les systèmes d'exploitation ou les données, qui jouent un rôle éminent dans ces fusions. En outre, sachant à quel point il est important que des produits et des services puissent interagir les uns avec les autres sur ces marchés, l'éviction par la dégradation de l'interopérabilité a été l'un des sujets de préoccupation dans plusieurs affaires. De la même manière, des stratégies classiques d'éviction concernant l'exploitation du pouvoir de marché par des ventes groupées et liées ont été mises en cause dans plusieurs cas, en visant tout particulièrement les pratiques de pré-installation et d'intégration, ou le couplage technique.

87. Bien que les scénarios traditionnels aient été largement appliqués sur les marchés numériques, on peut soutenir qu'ils ne reflètent pas toujours correctement l'interrelation entre les différentes faces d'un marché multifaces, ou l'impact potentiel d'une fusion sur l'écosystème plus largement, ce qui pose la question de savoir s'ils sont capables de saisir l'étendue du préjudice concurrentiel sur les marchés numériques, en particulier si des écosystèmes sont impliqués.

88. En particulier, les effets d'une fusion peuvent être ressentis de manière plus aiguë sur la face non-consommateur d'un marché multifaces, ou sur des marchés autres que ceux qui sont la cible de la fusion. En outre, le préjudice concurrentiel ne pourrait être pleinement compris qu'à condition d'examiner l'effet combiné de l'opération sur plusieurs marchés liés. Si tel est le cas, ou lorsque de multiples scénarios sont pertinents dans la même affaire et fortement interdépendants, une segmentation des scénarios anticoncurrentiels selon la classification traditionnelle des effets horizontaux/verticaux/congloméraux pourrait ne pas refléter fidèlement la situation. La fusion Google/Fitbit (décrite plus en détail dans l'Encadré 3.7) illustre bien les complexités des fusions impliquant des écosystèmes numériques, où les effets sur la concurrence se produisent en empruntant des voies multiples et interconnectées.

89. Dans ces conditions, bien que les scénarios anticoncurrentiels traditionnels aient été adaptés dans une certaine mesure afin de tenir compte des spécificités des marchés numériques, il est important, afin de réduire le risque d'erreurs de type II<sup>21</sup>, de comprendre s'ils peuvent faire l'objet d'autres adaptations afin de refléter plus complètement les sources potentielles de préjudice concurrentiel, ou s'il est nécessaire d'élaborer des scénarios totalement nouveaux.

### Encadré 3.7. Google/Fitbit

L'appréciation par la CE de la fusion Google/Fitbit illustre bien la complexité potentielle de l'évaluation des fusions impliquant des écosystèmes numériques qui, dans le cadre traditionnel du contrôle des fusions, exigera souvent d'élaborer (et de prouver) un mélange de scénarios anticoncurrentiels verticaux et non verticaux interconnectés. En l'occurrence, l'appréciation comprenait des scénarios horizontaux issus de la combinaison des données (voir Encadré 3.6), des scénarios non horizontaux concernant la dégradation de l'interopérabilité et l'éviction de l'accès (voir section 3.2.1), ainsi qu'un scénario lié à l'acquisition d'informations commercialement sensibles. Ce dernier scénario, qui a été écarté, examinait si Google obtiendrait l'accès à ces données, par exemple au moyen d'applications tierces interagissant avec les appareils de Fitbit, et si cela soulèverait des préoccupations horizontales ou non horizontales.

Cette affaire démontre à quel point il est difficile d'essayer d'anticiper les effets d'une fusion lorsque l'acquéreur opère sur de nombreux marchés, et d'identifier les sources de préjudice potentiel pour la concurrence. Par exemple, l'acquisition des données de Fitbit a été vue à la fois comme un mécanisme permettant potentiellement à Google de renforcer encore sa position dominante existante sur plusieurs marchés de la publicité en ligne bien établis (en combinant les données de Fitbit avec ses propres bases de données existantes, extrêmement importantes), mais également comme un actif que Google pourrait potentiellement utiliser pour évincer des concurrents sur le marché naissant des technologies de santé numériques. En outre, afin d'évaluer la possibilité pour Google d'évincer des fournisseurs concurrents d'appareils de technologie portable à porter au poignet, la CE a considéré non seulement si Google avait le potentiel de dégrader l'interopérabilité au titre de son système d'exploitation portable, mais également son potentiel de le faire en dégradant l'accès à chacune des nombreuses applications de Google, y compris Google Search, Google Fit, Google Pay, Google Maps, Google Play Music, Google Assistant et Google Translate. La CE a donc dû évaluer l'importance de chacune.

Finalement, l'application des scénarios anticoncurrentiels a conduit la CE à confirmer les préoccupations à propos de l'impact préjudiciable de l'opération sur trois marchés différents au moins, et à écarter les préoccupations suscitées par huit autres marchés. La complexité de cette appréciation démontre les difficultés auxquelles les autorités sont confrontées lorsqu'elles essaient de saisir l'étendue intégrale de l'effet papillon résultant de fusions impliquant de vastes écosystèmes numériques.

# 4. Les nouveaux scénarios anticoncurrentiels

90. Outre les scénarios plus traditionnels explorés dans la section 3. , les autorités de la concurrence ont commencé à envisager des scénarios plus nouveaux, qui tiennent compte d'éléments clés des marchés numériques, notamment le rôle des écosystèmes et de l'innovation. En outre, plusieurs experts et universitaires ont directement ou indirectement proposé de nouveaux scénarios anticoncurrentiels, afin de combler les lacunes perçues des scénarios plus traditionnels qui ont été appliqués jusqu'à ce jour pour apprécier les fusions numériques.

91. La mesure dans laquelle ces scénarios représentent des scénarios totalement nouveaux plutôt que des ajustements des scénarios existants varie et pourrait donner lieu à un débat, mais la question est instructive car elle illustre le courant de pensée qui a conduit à trouver des moyens de mieux refléter les caractéristiques distinctives des marchés numériques, et de déterminer le préjudice concurrentiel qu'elles peuvent causer, dans le cadre de l'appréciation d'une fusion. Les sections suivantes donnent un aperçu des évolutions les plus récentes, que ce soit sous la forme de propositions faites par des experts et des universitaires, ou de premières tentatives des autorités de la concurrence pour repousser les frontières des scénarios traditionnels.

## 4.1. Scénarios basés sur l'écosystème

92. Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, le secteur numérique est de plus en plus dominé par un petit nombre d'écosystèmes numériques sophistiqués. Il en découle que les effets d'une fusion peuvent être ressentis à de nombreux endroits de l'écosystème, potentiellement très éloignés des marchés spécifiques qui sont la cible de la fusion. Dans ces conditions, les autorités de la concurrence et d'autres commentateurs ont exploré les moyens dont les scénarios anticoncurrentiels pourraient tenir compte des impacts potentiels d'une fusion sur un écosystème plus largement. Cela pose des difficultés évidentes, notamment la nécessité potentielle de considérer des hypothèses contrefactuelles multiples et moins certaines qui couvrent de nombreux marchés.

93. Les scénarios anticoncurrentiels basés sur l'écosystème ne relèvent pas exactement de la catégorisation traditionnelle des scénarios appliqués en matière de fusion, et peuvent s'appliquer indépendamment du point de savoir si les produits ou services fournis par les entités parties à la fusion sont des compléments, des substituts ou des produits ou services indépendants (voir également (OCDE, 2020<sup>[36]</sup>)) ou une combinaison de ceux-ci. Toutefois, ils s'appuient tous sur la notion que les fusions impliquant des écosystèmes peuvent avoir un impact plus large, en termes de renforcement de la position et d'accroissement de la puissance de l'écosystème dans son ensemble. Le rôle de contrôleur d'accès joué par les écosystèmes, combiné à leur avantage significatif en termes d'informations, rend très difficile l'entrée d'une nouvelle entreprise sur l'un ou l'autre des marchés où l'écosystème opère. Il peut également permettre à l'entité issue de la fusion d'exploiter directement son écosystème, par effet de levier, afin de nuire à la concurrence sur un marché spécifique.

94. Dans une revue de 69 affaires de fusions numériques et technologiques examinées par des autorités de la concurrence sélectionnées de l'UE et du Royaume-Uni, (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>) conclut que les fusions numériques ont habituellement été appréciées à l'aune de scénarios anticoncurrentiels traditionnels, et que les scénarios fondés sur la construction et le renforcement d'écosystèmes numériques ont été « largement absents » de la jurisprudence en la matière. À titre d'exemple, réfléchissant sur la décision de la CE dans la fusion Apple/Shazam, l'auteur suggère que les scénarios de l'éviction individuelle examinés isolément peuvent conduire à conclure qu'une fusion n'impactera pas la concurrence, alors qu'un examen plus large des stratégies combinées, et de leur potentiel de renforcer un écosystème numérique dans son ensemble, aurait pu conduire à une conclusion différente. Robertson considère que bien que les lignes directrices en matière de contrôle des fusions n'envisagent pas actuellement des scénarios impliquant le renforcement d'un écosystème plus large, elles n'empêchent pas nécessairement cette approche, et, sachant que les plateformes poursuivent effectivement des stratégies de renforcement de l'écosystème, ces scénarios ne devraient pas être négligés. De la même manière, (Zingales et Renzetti, 2022<sup>[43]</sup>) notent que le modèle d'affaires de plus en plus répandu des écosystèmes, et le pouvoir des écosystèmes en particulier, qui peut être renforcé par des fusions conglomerales, n'ont pas reçu une attention adéquate de la part des autorités de la concurrence. Ils insistent en particulier sur le fait qu'il « est de la plus haute importance de comprendre la concurrence au niveau d'un système, plutôt que de se concentrer sur un marché en cause défini de manière étroite ».

95. Même s'ils n'ont pas encore été utilisés dans des appréciations qui ont conduit à une décision finale, les scénarios basés sur le renforcement d'un écosystème commencent à émerger lentement dans la pratique. On peut citer, à titre d'exemple, le scénario avorté du Bundeskartellamt allemand à propos de la fusion Meta/Kustomer. En outre, bien qu'il n'ait pas été explicitement catégorisé comme tel par la CMA, on peut soutenir que son scénario anticoncurrentiel au titre des jeux à la demande (ou jeux en nuage) évoqué dans son évaluation de l'acquisition d'Activision Blizzard par Microsoft, qui a finalement conduit à sa décision de bloquer l'opération, contient également des éléments d'un scénario fondé sur le concept d'écosystème (voir Encadré 4.1).

#### Encadré 4.1. Scénarios anticoncurrentiels basés sur l'écosystème – premières applications

Dans l'affaire Meta/Kustomer, le Bundeskartellamt<sup>1</sup> a estimé nécessaire d'évaluer non seulement le risque potentiel que la fusion impacte la concurrence entre des services cloud concurrents de gestion des relations avec la clientèle, marché sur lequel Kustomer était actif, mais également le « contexte plus large de l'écosystème de Meta », qui incluait la plateforme Facebook, WhatsApp, Instagram, et sa monétisation grâce à la publicité en ligne. Le scénario anticoncurrentiel appliqué par le Bundeskartellamt envisageait donc le risque que la fusion étende davantage, protège ou renforce l'écosystème de Meta, ce qui pouvait indirectement conduire à des effets sur des marchés individuels spécifiques.

Le Bundeskartellamt s'est notamment concentré sur l'avantage que Meta pourrait obtenir grâce à l'accumulation de données supplémentaires sur les entreprises clientes de Kustomer et leurs propres clients finaux, qui pourraient être utilisées à différents endroits de l'écosystème de Meta, et en particulier pour les besoins de la publicité en ligne. L'autorité a également examiné si Meta pourrait renforcer encore son pouvoir de marché en utilisant des technologies acquises auprès de Kustomer, afin de développer ses propres services, existants et nouveaux. Ces services complèteraient les offres de Kustomer et permettraient à l'entité fusionnée d'offrir aux clients une vaste gamme de services connexes.

Le Bundeskartellamt a estimé que cet avantage en termes de données, joint à la capacité de Meta à développer des services complémentaires, pourrait affecter l'écosystème dans son ensemble et pourrait avoir un effet indirect sur la concurrence, dans les marchés où Meta détenait déjà une position de force, en particulier sur le marché de la publicité en ligne. Toutefois, il n'a pas finalement enquêté sur ces risques, en raison de problèmes tenant à la norme de preuve, car il a estimé qu'il « n'était pas possible d'établir avec le niveau de probabilité nécessaire que les services et les capacités associés à Kustomer étaient suffisamment importants pour que l'écosystème se développe d'une manière justifiant un examen plus détaillé de la fusion ».

En dépit du fait que ce scénario a été finalement écarté, l'accent mis sur l'écosystème dans son ensemble et la reconnaissance du fait que les effets anticoncurrentiels possibles d'une fusion peuvent se manifester sous la forme d'un renforcement du pouvoir de marché au niveau de l'écosystème, par opposition avec un marché unique, représentent une évolution nouvelle et significative. Cette évolution traduit une compréhension plus profonde de la dynamique clé des marchés de plateformes et, plus important encore, de l'importance des écosystèmes pour le pouvoir de marché des grandes plateformes et, plus largement, pour la concurrence dans ce secteur. Le Bundeskartellamt n'est pas la seule autorité à avoir commencé d'aller dans cette direction.

Dans son appréciation de l'acquisition par Microsoft d'Activision Blizzard, éditeur de jeux numériques haut de gamme, la CMA a examiné un scénario anticoncurrentiel selon lequel Microsoft pourrait exploiter son écosystème multi-produits existant, ensemble avec le catalogue de jeux d'Activision, pour renforcer des effets de réseau, élever des barrières à l'entrée et finalement évincer des rivaux dans le secteur des services de jeux en ligne à la demande. Un élément a été déterminant dans sa décision de bloquer la fusion : le constat que Microsoft avait déjà une position forte sur plusieurs marchés de produits clés qui sont des intrants importants des jeux à la demande (notamment, les systèmes d'exploitation des PC, les capacités de l'infrastructure en nuage et les contenus existants en provenance du premier cercle), que la fusion renforcerait encore, de telle sorte qu'il serait difficile pour des rivaux de faire concurrence à cette offre intégrée. Bien que la CMA ait caractérisé ce scénario comme un scénario vertical, on peut soutenir qu'il contient également des éléments d'un scénario plus vaste fondé sur le concept d'écosystème, puisque la crainte exprimée par la CMA était



précisément centrée sur le potentiel pour la fusion de renforcer l'écosystème existant de Microsoft, entraînant un préjudice sur un marché naissant mais en développement rapide. Comme la CMA l'a clairement indiqué : « Nous estimons que les forces de Microsoft dans le secteur des jeux en ligne à la demande ne doivent pas être évaluées isolément. Les preuves suggèrent que l'écosystème de Microsoft qui combine de multiples produits, lui confère une position plus forte dans le secteur des jeux en ligne à la demande que celle que suggérerait l'appréciation de chacun de ses produits et services individuellement ».

Note :

1 Décision du Bundeskartellamt Meta/Kustomer, [Bundeskartellamt - News - B6-21/22](#)

2 Enquête de la CMA, Microsoft/Activision Blizzard, <https://www.gov.uk/cma-cases/microsoft-slash-activision-blizzard-merger-inquiry>. Cette fusion a déjà été autorisée par des autorités de la concurrence au Japon, au Chili, au Brésil, en Afrique du Sud et en Arabie Saoudite. Elle est également en cours d'examen par la CE, l'ACCC, et la New Zealand Commerce Commission et la FTC cherche actuellement à la bloquer.

96. Dans la ligne de (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>) et (Zingales et Renzetti, 2022<sup>[43]</sup>), (Cremér, de Montjoye et Schewitzer, 2019<sup>[44]</sup>) considèrent qu'il existe un « vide dans l'application de la loi » lorsqu'il s'agit d'apprécier des fusions conglomerales où le risque pour la concurrence peut inclure le renforcement accru d'un écosystème numérique. Ils suggèrent une approche spécifique de l'appréciation des fusions dans des scénarios où l'opérateur d'un écosystème numérique acquiert une entreprise sur un marché séparé mais lié, mais qui peut avoir le potentiel de devenir une menace concurrentielle au-delà de ce marché. Plus précisément, ils proposent que les autorités de la concurrence déterminent d'abord si les parties opèrent dans le même « espace technologique » ou « espace d'utilisateurs », qui peut englober un vaste éventail de besoins des utilisateurs et, dans l'affirmative, qu'elles apprécient la fusion en l'analysant selon un scénario anticoncurrentiel horizontal, même si les parties n'ont pas de produits qui se chevauchent au sens traditionnel du terme. Ou, pour reprendre leurs mots, « injecter certains éléments horizontaux dans les scénarios anticoncurrentiels 'congloméraux' ». L'appréciation se concentre ensuite sur la menace concurrentielle que la cible représente pour l'écosystème plus large de l'acquéreur et sa base d'utilisateurs existante, plutôt que sur son potentiel de faire concurrence sur un marché de produit spécifique. En vertu de cette analyse horizontale, ils soutiennent qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question – pleine d'incertitudes - de savoir si la cible pourrait potentiellement devenir un concurrent sur le marché de produit existant de l'acquéreur, puisque la concurrence existe déjà entre les espaces d'utilisateurs.

97. Les scénarios anticoncurrentiels fondés sur le concept d'écosystème peuvent également englober le concept d'enveloppement de plateforme, qui a été défini comme la capacité d'une plateforme dominante sur un marché à pénétrer sur le marché d'une autre plateforme (que les produits des plateformes soient des compléments, des substituts ou soient indépendants), en groupant ou liant les produits des deux plateformes (OCDE, 2020<sup>[36]</sup>). Les stratégies d'enveloppement peuvent conduire à une éviction sur le second marché, étant donné « qu'en conséquence des effets de réseau (grâce à la base d'utilisateurs existante de la plateforme dominante) et des économies de gamme (grâce au partage de la technologie et des données), les plateformes concurrentes sur le second marché ne seraient pas en mesure de faire concurrence » à l'entité issue de la fusion (OCDE, 2020<sup>[36]</sup>). La stratégie d'enveloppement de plateforme peut être facilitée par des fusions conglomerales et a été décrite comme un moyen permettant à une plateforme d'étendre encore son écosystème sans avoir à offrir « une fonctionnalité révolutionnaire afin de gagner une part de marché substantielle » (Robertson, 2022<sup>[35]</sup> ; Eisenmann, Parker et Van Alstyne, 2011<sup>[45]</sup>). L'acquisition de DoubleClick par Google est un exemple d'enveloppement de plateforme exécuté au moyen d'une fusion.



## 4.2. Scénarios axés sur le respect de la vie privée

98. (Esayas, 2018<sup>[46]</sup>) propose plusieurs approches pour incorporer le respect de la vie privée comme un paramètre hors prix de la concurrence dans l'appréciation des fusions numériques, en notant que plusieurs autorités de la concurrence et auteurs de doctrine ont reconnu que c'était possible, au moins conceptuellement<sup>22</sup>.

99. La première approche proposée est « le respect de la vie privée, conçu comme un scénario anticoncurrentiel fondé sur le concept de qualité », en vertu de laquelle les préjudices causés à la vie privée sont assimilés à des dégradations de la qualité. Dans le cadre de ce scénario, l'auteur cherche à définir plus concrètement les dimensions pertinentes de la concurrence en termes de respect de la vie privée, afin de déterminer ce qui constitue une réduction de la protection de la vie privée, à partir du Règlement général sur la protection des données de l'UE (RGPD) et des affaires qui ont examiné cette question jusqu'à présent.

100. Notant que les consommateurs ont des préférences différentes en ce qui concerne la collecte et l'utilisation des données (ainsi, certains consommateurs apprécient que leurs données servent à leur adresser des publicités personnalisées et peuvent donc préférer fournir plus de données), l'auteur propose de donner au respect de la vie privée des dimensions qui vont au-delà du volume de données collectées, y compris celles qui concernent la capacité des consommateurs à contrôler leurs données et/ou à prendre des décisions éclairées à propos de celles-ci. Dès lors, les réductions de la protection de la vie privée peuvent résulter de l'augmentation du volume de données personnelles demandé ou de l'extension de l'utilisation des données existantes, mais également de l'abandon du chiffrement de bout-en-bout et de conduites qui affectent négativement la capacité des utilisateurs à contrôler leurs données et à prendre des décisions éclairées.

101. Une autre approche suggérée consiste à incorporer des considérations liées au respect de la vie privée dans le scénario anticoncurrentiel reposant sur le concept d' « entreprise franc-tireur », qui est un concept existant envisagé dans les lignes directrices sur les fusions à la fois de l'Union européenne et des États-Unis<sup>23</sup>. Ce scénario reconnaît le potentiel de préjudice pour la concurrence pouvant résulter de l'acquisition d'entreprises qui sont des francs-tireurs disruptifs « bas de gamme », même si l'acquisition ne conduit pas à un accroissement significatif du pouvoir de marché. Ces entreprises ont été définies comme des petites sociétés ayant peu de ressources, capables de rivaliser avec des entreprises en place en « ciblant avec succès des segments négligés, et qui parviennent à s'implanter en fournissant une fonctionnalité plus appropriée, souvent à un prix inférieur » (Christensen, Raynor et McDonald, 2015<sup>[47]</sup>). Dans l'économie numérique, une entreprise offrant un service de moindre qualité ou plus lent mais assurant une meilleure protection de la vie privée, qui aura la faveur des consommateurs particulièrement soucieux du respect de la vie privée, pourrait être considérée comme un franc-tireur bas de gamme, et l'acquisition de cette entreprise pourrait être vue sous cet angle.

## 4.3. Scénarios incorporant des effets à plus long terme

102. Plusieurs auteurs soutiennent que les délais actuels d'évaluation de l'impact d'une fusion (généralement de deux à trois ans) peuvent être trop courts pour saisir pleinement l'impact des fusions numériques sur la concurrence. L'une des recommandations de (Lear, 2019<sup>[22]</sup>), à la suite de sa revue de fusions numériques contrôlées par les autorités de la concurrence du Royaume-Uni sur une période de 10 ans, est que ce délai pourrait être étendu.

103. (Boom et Samranhit, 2021<sup>[48]</sup>) proposent un scénario anticoncurrentiel qui cherche précisément à incorporer les effets à plus long terme des fusions numériques. Ce scénario repose sur le postulat que l'acquisition d'un nouveau produit ou service par une plateforme peut créer des efficiences à court terme,

mais que ces acquisitions peuvent éliminer la concurrence à long terme, en rendant moins rentable l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents et, dès lors, en élevant des barrières à l'entrée.

104. Ils considèrent que le risque de préjudice concurrentiel à long terme est accru lorsqu'il existe d'importantes économies de gamme entre les produits/services des deux entreprises et lorsque la complémentarité est élevée (ce qui est souvent le cas sur les marchés numériques), étant donné que l'entité issue de la fusion sera en mesure de fournir les produits à moindre prix et de manière plus efficiente, de telle sorte que l'entrée de nouveaux acteurs sera moins profitable. L'existence d'un écosystème peut encore amplifier ces effets, car « les impacts de l'acquisition d'un seul service peuvent se propager dans tout l'écosystème, conduisant à des effets et des efficiences qui sont difficiles à déterminer a priori ». Dans ces conditions, les auteurs estiment que les préjudices potentiels à long terme sont écartés trop facilement en faveur des efficiences à court terme dans les fusions impliquant des écosystèmes numériques.

105. En ce qui concerne l'appréciation des fusions, les auteurs proposent une approche dans laquelle l'autorité commence par déterminer si la fusion pose un risque d'effets concurrentiels à long terme, auquel cas la charge de la preuve sera renversée et il incombera aux parties de démontrer (y compris en prenant des engagements) que le risque ne se matérialisera pas ou sera compensé par des bénéfices en termes d'efficience.

106. La proposition d'inclure les effets à long terme dans l'appréciation des fusions numériques n'est pas soutenue par tous. (Cabral, 2021<sup>[49]</sup>) considère que les marchés numériques se prêtent particulièrement mal à des prévisions à long terme, en raison de leur rythme rapide d'innovation, du fait que leurs modèles d'affaires sont moins bien définis et que leurs positions sur le marché sont plus difficiles à prédire que dans des industries plus traditionnelles. Dans ces conditions, cet auteur estime qu'une application renforcée de la loi sur les marchés numériques devrait principalement prendre la forme d'une réglementation directe des entreprises dominantes et de mesures correctives ex-post, plutôt que celle d'une réforme du contrôle des fusions.

#### 4.4. Scénarios axés sur l'innovation

107. L'appréciation des fusions horizontales ne se limite pas, dans certains cas, à l'effet de la fusion sur les prix. Les scénarios anticoncurrentiels peuvent tenir compte, s'il y a lieu, de l'impact potentiel de la fusion sur les paramètres hors prix de la concurrence, y compris l'innovation<sup>24</sup>. Bien qu'ils ne soient pas nouveaux, les scénarios axés sur l'innovation ont été inclus dans cette section car ils n'ont pas été souvent appliqués dans l'appréciation des fusions numériques (Argentesi et al., 2021<sup>[50]</sup>) et il reste à voir si et comment ils le seront à l'avenir. En effet, une revue de la littérature analysant l'innovation dans le contexte des fusions plus généralement, y compris les fusions dans d'autres industries où l'innovation a été plus fréquemment prise en compte dans l'appréciation, fait clairement apparaître qu'il n'existe aucun consensus à propos de la manière dont les impacts sur l'innovation peuvent et devraient être incorporés dans les scénarios anticoncurrentiels en matière de fusion.

108. Dans les marchés numériques, caractérisés par une évolution rapide, où les plateformes multifaces offrent fréquemment des services à une face du marché à prix zéro et où les entreprises peuvent, lors de leurs stades précoces de développement, appliquer une stratégie priorisant la croissance aux dépens des recettes (Gawer, 2021<sup>[51]</sup>), l'impact d'une fusion sur l'innovation, présent et futur, peut être une considération plus importante que l'impact sur le prix. Toutefois, il se pose alors la question plus controversée de savoir quels scénarios particuliers peuvent et/ou doivent être appliqués pour évaluer l'impact potentiel des fusions sur l'innovation, y compris si ces scénarios doivent être strictement liés à des marchés de produits spécifiques ou s'ils peuvent légitimement examiner l'impact

plus large sur les incitations à l'innovation et les capacités d'innovation plus généralement. La question a fait l'objet d'un débat considérable au-delà même de la sphère des fusions numériques.

109. L'un des rares exemples d'un scénario anticoncurrentiel axé sur l'innovation qui ait été spécifiquement considéré dans une fusion numérique est l'appréciation par l'OFT de l'acquisition de Waze par Google en 2013<sup>25</sup>. Dans son appréciation, l'OFT a élaboré un scénario anticoncurrentiel selon lequel la fusion pouvait réduire les incitations de Google à innover et à améliorer la qualité en conséquence de la perte d'un rival disruptif<sup>26</sup>. L'OFT a reconnu la croissance rapide et forte de Waze et le potentiel d'accélération de sa croissance future grâce aux effets de réseau, au motif qu'il était le « premier arrivé » avec son modèle de production participative pour des services de navigation pas-à-pas. Toutefois, l'OFT n'a pas considéré finalement que Waze avait atteint une échelle suffisante au Royaume-Uni au point de bénéficier d'effets de réseau « indépensables » ou qu'il existait des preuves « déterminantes » qu'il devienne un concurrent important au Royaume-Uni ou une force disruptive sur le marché. Dans sa revue ex-post de l'appréciation de cette fusion, (Lear, 2019<sup>[22]</sup>) a considéré que l'OFT peut avoir adopté une approche trop prudente, en raison de l'incertitude à propos des évolutions futures du marché.

110. Pour déterminer comment les effets sur l'innovation pourraient être incorporés dans des scénarios anticoncurrentiels lors de l'appréciation de futures fusions numériques, il est instructif d'examiner comment ces effets ont été pris en considération dans des fusions concernant d'autres industries. Globalement, deux approches ont été adoptées, qui se différencient par la manière dont ces effets sont évalués. Comme l'expose (Solidoro, 2019<sup>[52]</sup>), la première approche, qui est celle qui a été le plus largement adoptée à la fois en Europe et aux États-Unis, implique habituellement une entreprise ayant un pipeline de produits ancien, fusionnant avec une entreprise ayant un pipeline de produits se chevauchant avec ce dernier, et l'analyse est liée au marché spécifique des produits concernés. Cette approche peut être étendue aux acquisitions de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché de produits concernés, mais également aux situations dans lesquelles les deux entreprises sont censées lancer un nouveau produit (ou un futur produit). L'impact sur l'innovation est ensuite pris en considération indirectement dans le cadre de l'appréciation concurrentielle, en tant que conséquence potentielle de la rivalité perdue sur le marché.

111. La seconde approche consiste à considérer l'innovation plus directement au stade de la définition du marché. Comme l'exposent (Kerber et Kern, 2014<sup>[53]</sup>), cette démarche s'est inspirée aux États-Unis de l'approche des « marchés de l'innovation » proposée pour la première fois par (Gilbert et Sunshine, 1995<sup>[54]</sup>). Elle implique l'identification de « marchés de l'innovation » – c'est-à-dire, d'entreprises ayant des activités de R&D se chevauchant et détenant les actifs spécialisés nécessaires pour se livrer à ces activités de R&D (les barrières à l'entrée) – et une évaluation de l'impact probable de la fusion sur ces activités. L'approche fondée sur les marchés de l'innovation implique encore un lien avec les produits futurs ou au moins avec les catégories futures de produits (Solidoro, 2019<sup>[52]</sup>).

112. Plus récemment, la CE a adopté une approche se concentrant davantage sur les futurs efforts de R&D à des stades précoces et les incitations à innover plus généralement, en raison du risque potentiel que les efforts d'innovation concurrents des deux entreprises se cannibalisent mutuellement après la fusion. Cette approche s'étend essentiellement au cadre classique des effets unilatéraux servant à évaluer les effets de l'innovation sur le prix, et ne se concentre pas sur des marchés de produits spécifiques, étant donné que la R&D en est encore à un stade trop précoce pour que les marchés de produits soient identifiables.

113. L'application la plus large de cette dernière approche a été faite dans l'appréciation par la CE de la fusion Dow/Dupont en 2017<sup>27</sup>, lors de laquelle la CE a explicitement appliqué le scénario des effets unilatéraux sur l'innovation afin de déterminer l'impact de la fusion sur les phases précoces de la recherche et le réservoir de produits, qu'elle a définis comme des « gisements d'innovation ». La

Commission a estimé que la fusion était susceptible d'avoir un impact immédiat sur les efforts d'innovation existants des parties, et un impact à plus long terme sur les incitations de l'entreprise issue de la fusion à développer de nouveaux produits, mais qu'elle conduirait également à une perte significative de concurrence effective en matière d'innovation dans l'industrie dans son ensemble. Ici encore, bien que cette approche n'ait pas encore été appliquée dans le contexte numérique, cette affaire peut être le signal de l'approche que la Commission adoptera dans des fusions numériques.

114. L'approche ainsi adoptée par la CE n'échappe pas à la controverse, et la question de savoir si le cadre des effets unilatéraux peut être aisément transposé à l'innovation fait l'objet d'un débat considérable dans la littérature. (Petit, 2019<sup>[55]</sup>) note que les coûts de l'innovation sont « forfaitaires », en ce sens qu'ils ne peuvent pas être augmentés ou réduits aussi facilement ou commodément à court terme que des variables marginales de ces prix ou des produits de cette innovation. Il note que dans la pratique, la baisse de l'innovation peut impliquer un désinvestissement de capital et/ou la réorientation ou le licenciement du personnel de R&D, ce qui prend du temps, et il se demande donc si le critère des effets unilatéraux est bien adapté pour évaluer les impacts sur l'innovation. L'auteur et (Jung et Sinclair, 2019<sup>[56]</sup>) questionnent également l'hypothèse sous-jacente au critère des effets unilatéraux, telle qu'appliquée à l'innovation, selon laquelle une réduction de la quantité de l'innovation (mesurée d'après des variables comme les dépenses de R&D, l'effectif de personnel affecté à la R&D et les brevets issus de la R&D) doit produire un résultat négatif. En effet, la fusion peut générer des efficiences en raison de l'élimination d'efforts de R&D faisant double emploi.

115. L'application du critère des effets unilatéraux est encore compliquée par la nature qualitative de l'innovation, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être mesurée aussi précisément que le prix. À titre d'exemple, (Jung et Sinclair, 2019<sup>[56]</sup>) opposent l'« innovation capitale », par exemple la création d'un nouveau produit ou service, à l'« innovation incrémentielle », par exemple la rationalisation d'un processus, cette dernière étant plus facile à détecter et mesurer.

116. D'autres experts sont plus optimistes à propos de l'utilisation des scénarios anticoncurrentiels fondés sur le concept d'innovation dans les marchés numériques, y compris le bien-fondé de l'approche Dow/Dupont. (Bourreau et de Steel, 2019<sup>[57]</sup>) notent qu'en raison de l'importance de l'innovation dans le secteur numérique, les autorités de la concurrence devraient considérer l'impact sur l'innovation directement et qu'elles ont des outils et des scénarios suffisamment robustes à leur disposition pour ce faire, y compris l'approche fondée sur les marchés de l'innovation. Tout en observant que cet exercice peut être plus difficile dans le secteur numérique que dans d'autres secteurs comme l'industrie pharmaceutique, où l'innovation est plus structurée, ils considèrent que les autorités pourraient définir les marchés de l'innovation par référence à des intrants et des capacités comme les données, certains types de compétences en matière d'ingénierie, une puissance élevée de calcul et un capital-risque très important, et notent que dans des secteurs extrêmement dynamiques, les capacités sont plus stables que les produits (citant (Teece, 2009<sup>[58]</sup>)). De la même manière, en décembre 2022, le Chef économiste de la CMA britannique a déclaré qu'il considère que les autorités de la concurrence n'ont pas pris au sérieux les scénarios anticoncurrentiels fondés sur le concept d'innovation et ont « grandement sous-évalué » l'innovation dans leur appréciation des fusions, en raison de l'incertitude qui lui est inhérente<sup>28</sup>.

117. Sans donner une vue définitive sur la question, il est important de noter que le fait de limiter les considérations liées à l'innovation à certains marchés de produits définis comporte des lacunes potentielles. Comme le décrivent (Kerber et Kern, 2014<sup>[53]</sup>), les entreprises qui se font concurrence sur des marchés de produits peuvent ne pas être les mêmes que celles qui se font concurrence sur l'innovation – certaines entreprises se concurrençant sur le marché de produits peuvent ne pas investir dans la R&D et certaines entreprises opérant en dehors du marché de produits peuvent faire concurrence aux efforts d'innovation de l'entreprise en place. Il est donc possible qu'une approche fondée sur les marchés de produits puisse ne pas appréhender pleinement ou précisément les entreprises pertinentes qui se font concurrence pour l'innovation. Cette préoccupation n'est pas

nécessairement réglée en élargissant le champ de vision pour y inclure des concurrents potentiels sur des marchés de produits existants ou des concurrents sur de futurs marchés de produits. À supposer que les autorités se préoccupent de l'impact sur la concurrence pour l'innovation sur ces marchés (par opposition avec la concurrence sur les prix futurs), il faudra encore qu'elles évaluent les capacités d'innovation des entreprises, c'est-à-dire ce qui est proposé en première instance par des approches plus directes.

118. Il reste à voir si et comment les scénarios anticoncurrentiels fondés sur le concept d'innovation seront appliqués avec succès dans des affaires de fusions numériques, mais il est probable que la question continue de faire l'objet de débats à l'avenir. La décision Dow/Dupont suggère que la CE, au moins, peut adopter une approche plus large, dépassant très largement l'examen de l'impact immédiat sur des marchés de produits spécifiques pour examiner des effets plus larges sur l'industrie.

#### 4.5. Quelques remarques pour conclure

119. Deux thèmes émergent des nouveaux scénarios anticoncurrentiels proposés dans la littérature qui, ainsi qu'il a été mentionné précédemment, pourraient généralement être vus comme des adaptations ou des expansions de scénarios existants visant à refléter des caractéristiques des marchés numériques.

120. Le premier est le désir des autorités de regarder au-delà des marchés de produits pertinents directement concernés par la fusion, afin d'examiner l'impact plus large qu'elle produit sur l'écosystème de l'acquéreur et les effets qui en découlent sur d'autres marchés de produits, y compris du fait de l'accumulation de données. Les autorités reconnaissent que les délais actuellement consacrés à l'examen des impacts des fusions peuvent ne pas être suffisants pour évaluer correctement des impacts plus étendus, mais elles ne s'accordent pas toutes à considérer qu'il serait approprié ou réaliste de chercher à prédire les conséquences de la fusion en y consacrant des délais plus longs. En ce qui concerne la question de savoir si cette approche est nouvelle, les scénarios anticoncurrentiels fondés sur le concept d'écosystème pourraient être vus comme des adaptations des scénarios anticoncurrentiels examinant les effets sur le portefeuille (visées au paragraphe 76). Ces derniers ont déjà été appliqués par la CE pour apprécier des fusions dans des industries plus traditionnelles, et la FTC a indiqué qu'ils sont susceptibles de jouer un rôle dans ses futures appréciations (McHugh, Marquardt et Thompson, 2022<sup>[59]</sup>). Dans le contexte numérique, les préjudices potentiels estimés selon ces scénarios sont susceptibles d'être amplifiés en raison des caractéristiques des marchés numériques précédemment décrites.

121. Le second est la tendance à se concentrer davantage sur des paramètres hors prix de la concurrence, y compris le respect de la vie privée et l'innovation. Ces paramètres peuvent en effet être plus importants dans le contexte numérique, qui implique souvent la fourniture de produits et de services (innovants) à prix zéro aux consommateurs. Il est admis que l'appréciation d'une fusion peut et devrait tenir compte de ces paramètres hors prix lorsqu'ils sont pertinents, mais les fusions numériques ont toutefois soulevé des questions à propos de la mesure dans laquelle ces considérations devraient prendre le pas sur le prix et des notions plus traditionnelles de qualité. Plus généralement, le mécanisme approprié permettant d'incorporer l'innovation dans l'appréciation d'une fusion suscite encore d'importants débats, particulièrement à la suite de l'approche plus novatrice adoptée par la CE dans la fusion Dow/Dupont.

## 5. L'évolution future

122. Confrontées aux défis uniques posés par les fusions numériques, les autorités de la concurrence du monde entier sont susceptibles de devoir faire un compromis entre les avantages potentiels du recours à de « nouveaux » scénarios et le risque de trop s'écarter des sentiers battus et d'être désavouées par les tribunaux. En outre, elles pourraient encourir la critique (justifiée ou non) de ne pas garantir une sécurité juridique suffisante aux entreprises. Comme l'ont montré les chapitres précédents, les autorités chargées d'apprécier des fusions sur de nouveaux marchés innovants peuvent devoir appliquer des scénarios plus complexes et/ou spéculatifs, incorporer des éléments supplémentaires d'incertitude dans des scénarios existants, et/ou envisager simultanément un nombre potentiellement important de scénarios différents mais interdépendants, afin de refléter les sources réelles du préjudice pour la concurrence. Toutefois, l'élaboration du scénario anticoncurrentiel n'est qu'une étape, certes critique, de la procédure de contrôle des fusions.

123. Le caractère approprié d'un scénario anticoncurrentiel et son succès dépendent finalement de sa capacité à remplir le critère légal de fond, qui varie selon les juridictions, mais qui exige de toutes les autorités de la concurrence de prouver que l'opération « entraverait de manière significative une concurrence effective »<sup>29</sup> ou conduirait (ou sera susceptible de conduire ou dont on peut s'attendre à ce qu'elle conduise) à une « diminution substantielle de la concurrence »<sup>30</sup>. Les critères de fond tiennent généralement compte d'éléments liés à la capacité, la probabilité et la certitude, afin de répondre à la question suivante : « quel est le degré de préjudice requis pour qu'une conduite soit jugée illégale ? ». La norme de preuve est tout aussi importante en matière de contrôle des fusions. Elle traite la question suivante : « quel est le degré de preuve suffisant pour qu'une allégation soit acceptée comme vraie aux yeux de la loi ? » (Kalintiri, 2020<sub>[60]</sub>). À titre d'exemple, certaines autorités doivent rapporter la preuve qui leur incombe selon la « balance des probabilités »<sup>31</sup> (c'est-à-dire plus probable qu'improbable). C'est pourquoi les autorités de la concurrence sont soumises à une forte contrainte lorsqu'il s'agit d'élaborer des scénarios anticoncurrentiels nouveaux et même plus spéculatifs, car elles doivent s'assurer que le scénario anticoncurrentiel adopté, et les preuves servant à la soutenir, leur permettent d'atteindre ces seuils et de prendre des décisions conformes à la loi. Ainsi qu'il a été noté dans la section 3. , le Bundeskartallamt semble avoir considéré que la charge de la preuve constituait un obstacle insurmontable l'empêchant de poursuivre son scénario anticoncurrentiel fondé sur le concept d'écosystème dans son contrôle de la fusion Meta/Kustomer.

124. Différentes propositions ont été faites en vue de modifier les critères et les normes de preuve en matière de contrôle des fusions. Aux États-Unis, (Stigler Centre for the Study of the Economy and the State, 2019<sub>[61]</sub>) a proposé un renversement de la charge de la preuve pour les fusions entre des entreprises dominantes et « des concurrents importants ou des concurrents futurs uniquement probables », mais la recommandation n'a pas eu de suite. Au Royaume-Uni, le panel d'experts sur la concurrence numérique a recommandé de modifier le critère de fond afin de permettre à la CMA d'apprécier les fusions numériques selon une approche dite de la « balance des préjudices », plutôt que de devoir démontrer une diminution substantielle de la concurrence selon la balance des probabilités (Digital Competition Expert Panel, 2019<sub>[62]</sub>). La CMA n'a pas soutenu cette proposition et a plutôt recommandé de modifier la norme de preuve exigée pour que la CMA procède à l'examen approfondi de Phase 2, en passant de l'actuelle « balance des probabilités » à un seuil de « perspective réaliste », tout en conservant le critère fondamental de la « diminution substantielle de la concurrence » (CMA Digital

Markets Taskforce, 2020<sup>[63]</sup>). En dernier ressort, il apparaît qu'aucune de ces propositions ne donnera lieu au dépôt d'un projet de réforme de la loi<sup>32</sup>.

125. Ces propositions suscitent bien entendu une opposition. (Cabral, 2021<sup>[49]</sup>) considère que le renversement de la charge de la preuve entraînerait certes l'annulation de certaines fusions anticoncurrentielles, mais qu'il coûterait cher en termes d'innovation et de gains d'efficacité. Des arguments similaires sont avancés par (Jung et Sinclair, 2019<sup>[56]</sup>), qui approuvent également les raisons invoquées par la CMA pour s'opposer au changement de son critère de fond.

126. En raison du jeu de tous ces facteurs, et faute d'évaluations ex post solides et cohérentes, il est impossible de déterminer si la raison pour laquelle un si grand nombre de fusions ont été autorisées reflète le fait que ces fusions n'étaient réellement pas anticoncurrentielles, ou le fait que les scénarios appliqués n'ont pas été en mesure d'appréhender pleinement le préjudice concurrentiel sur des marchés numériques complexes, ou encore le fait que, si bien élaboré un scénario anticoncurrentiel soit-il, les critères actuels d'évaluation de la concurrence et/ou les normes de preuve actuelles ne sont pas adaptés à l'ère numérique. Deux études récentes ont procédé respectivement à une évaluation ex post (Lear, 2019<sup>[22]</sup>), ou à une analyse très complète des scénarios anticoncurrentiels appliqués (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>), et sont toutes deux parvenues à la conclusion que l'élaboration et l'application des scénarios anticoncurrentiels en matière de fusions numériques peuvent être améliorées, dans le cadre du système existant de contrôle des fusions.

127. (Lear, 2019<sup>[22]</sup>) a déterminé qu'il y avait des lacunes dans l'analyse des fusions numériques par les autorités de la concurrence britanniques, mais n'en a pas conclu qu'elles avaient nécessairement conduit à un préjudice concurrentiel dans tous les cas. Il a constaté que les autorités britanniques ne s'étaient pas suffisamment intéressées à la face non-consommateur des marchés bifaces, en soulignant que « toutes les faces d'un marché doivent être examinées conjointement, puisque les choix que la plateforme fait à leur propos sont interdépendants », et a ajouté que les futurs scénarios anticoncurrentiels devraient être élaborés sur la base d'une compréhension plus profonde et d'une plus grande prise en considération des stratégies de monétisation de la plateforme. En particulier, il suggère que les autorités développent une meilleure compréhension des marchés de la publicité en ligne, étant donné qu'ils sont souvent, et de manière cruciale, le moyen permettant de monétiser les services numériques. Il reconnaît également les contraintes posées par les seuils de notification et les normes de preuve actuelles, mais considère que les autorités devraient être disposées à avancer des arguments plus spéculatifs, y compris des hypothèses contrefactuelles moins certaines, afin de tester les limites des critères légaux.

128. De la même manière, (Robertson, 2022<sup>[35]</sup>) conclut qu'en collant largement à des scénarios anticoncurrentiels traditionnels, les autorités ont pris le risque de négliger ou de sous-estimer des préoccupations concurrentielles sur des marchés dynamiques. L'auteur recommande que les scénarios anticoncurrentiels soient formulés de manière à mieux incorporer les effets sur l'écosystème, et que les autorités développent une approche plus cohérente afin d'évaluer le rôle des données dans les fusions numériques, en consolidant les différentes approches qui ont été adoptées à ce jour. Bien qu'il ne traite pas des améliorations qui pourraient être apportées à d'autres aspects du contrôle des fusions, l'auteur note que « beaucoup peut être fait » dans le cadre des lois européennes sur les fusions. Les revues et analyses ex post réalisées à ce jour indiquent donc que les autorités peuvent adapter davantage - et devraient s'y efforcer - les scénarios anticoncurrentiels afin de mieux refléter la dynamique du marché numérique, en dépit de l'existence d'autres contraintes et du fait que leurs appréciations peuvent finalement faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

129. Certaines autorités ont déjà évolué leurs pratiques dans ce sens. À titre d'exemple, les lignes directrices révisées de la CMA sur l'appréciation des fusions, publiées en 2021, anticipent que la CMA tolère un seuil d'incertitude plus élevé dans son appréciation des fusions impliquant des plateformes numériques, en se concentrant davantage sur la concurrence potentielle et dynamique, et sur les fusions

conglomérales plus généralement (voir Encadré 5.1). On peut soutenir que cette approche a déjà été adoptée dans sa décision d'interdire la fusion Meta/Giphy (voir Encadré 3.2).



### Encadré 5.1 Version mise à jour des Lignes directrices de la CMA sur l'appréciation des fusions

En mars 2021, la CMA a publié une version mise à jour de ses lignes directrices sur l'appréciation des fusions, élaborée afin d'améliorer l'approche d'évaluation des fusions numériques par la CMA. Comme le notent Olsen and Schwarz (2022), les modifications semblent conçues pour donner plus de souplesse à la CMA dans ses évaluations de fusions.

À titre d'exemple, pour situer le contexte dans lequel s'inscrira une diminution substantielle de la concurrence, les lignes directrices précisent que la CMA n'appliquera pas des seuils numériques afin de déterminer si une perte de concurrence est substantielle (la référence antérieure à des seuils numériques spécifiques comme ceux de l'Indice Herfindahl-Hirschman a été supprimée). Elles indiquent également clairement que les aspects prix et hors prix de la concurrence sont tous deux importants et que, dans certaines circonstances, la concurrence hors prix peut être le point focal essentiel, y compris si les consommateurs ne paient pas un prix monétaire pour obtenir des services numériques. Notant que la « qualité » doit être interprétée au sens large, ils donnent une liste non exhaustive des aspects hors prix, qui inclut à juste titre le niveau de protection de la vie privée offert à des utilisateurs de services numériques et la capacité à profiter de contenus sans recevoir des annonces publicitaires. Ils indiquent également que l'innovation jouera un rôle clé dans certaines enquêtes.

Les lignes directrices explicitent le fait que l'incertitude à propos de la manière dont un marché se développera ne réduit pas, en soi, la probabilité qu'une fusion puisse donner naissance à des préoccupations concurrentielles. Ce point est de nouveau souligné à propos de l'élaboration d'hypothèses contrefactuelles, en clarifiant le fait que l'incertitude quant à l'avenir ne conduira pas, en soi, la CMA à supposer que la situation avant la fusion est l'hypothèse contrefactuelle appropriée. Simultanément, le rôle de la définition du marché a été réduit, la CMA prévoyant d'accorder plus de poids à l'appréciation des effets sur la concurrence qu'à une définition statique du marché et n'ayant pas besoin de définir précisément les limites du marché dans le cadre de son appréciation.

Olsen and Schwarz (2022) notent que les lignes directrices semblent fixer un seuil de preuve à un niveau bas pour permettre à la CMA de déterminer si une entreprise est un concurrent potentiel ou dynamique. À titre d'exemple, dans une fusion impliquant une entreprise en place détenant une position forte sur le marché et un petit nombre de concurrents, la CMA peut être préoccupée par l'acquisition d'un entrant potentiel, même de petite taille, conduisant uniquement à un accroissement supplémentaire du pouvoir de marché. En cas d'acquisition d'un concurrent dynamique, la CMA peut être préoccupée même si l'entrée est improbable et peut finalement échouer, étant donné que même l'élimination de la menace d'entrée peut avoir un impact significatif sur les efforts d'innovation d'autres entreprises.

Les lignes directrices consacrent des dispositions à certaines caractéristiques du marché qui peuvent affecter l'approche de la CMA et sont susceptibles de concerner des fusions numériques. En ce qui concerne les fusions impliquant des plateformes bifaces, par exemple, les lignes directrices soulignent le potentiel accru de préoccupations concurrentielles s'il existe des effets de réseau. Quant aux effets verticaux, les lignes directrices font référence à diverses formes potentielles d'éviction des intrants sur les marchés numériques, y compris la dégradation de l'interopérabilité, la privation de l'accès à des API et la limitation de l'accès aux données. À propos des effets congloméraux, les lignes directrices indiquent explicitement que ces préoccupations « peuvent être les plus fortes sur les marchés naissants et numériques, étant donné que les nouveaux clients peuvent être plus facilement détournés entre les entreprises, que l'extensibilité est particulièrement critique, que les concurrents sont plus facilement marginalisés et que les bénéfices futurs tirés du contrôle de ces marchés sont

particulièrement importants ».

Globalement, les lignes directrices anticipent que la CMA tolérera un seuil d'incertitude plus élevé dans ses appréciations des fusions numériques. Elles mettent la CMA en mesure de prendre une part plus active dans l'appréciation de fusions impliquant des concurrents potentiels ou dynamiques, et plus généralement des fusions conglomerales, et d'examiner leurs impacts à plus long terme. Il apparaît que la CMA continuera de mettre moins l'accent sur la définition du marché dans les fusions numériques, où les frontières du marché sont souvent dynamiques et moins clairement délimitées.

Note : \*CMA Merger Assessment Guidelines, 18 mars 2021, [Updated CMA Merger Assessment Guidelines published - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/92424/Updated_CMA_Merger_Assessment_Guidelines_published_-_GOV.UK.pdf)

Source : Olsen, G. and D. Schwarz (2022), "The CMA's Revised Merger Assessment Guidelines - Interesting Times and Creative Energy", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13/1, <https://academic.oup.com/jeclap/article/13/1/35/6380448>.

130. La FTC et le DoJ recalibrent également leur approche à l'heure actuelle. En septembre 2021, la FTC a retiré ses lignes directrices pour l'appréciation des fusions verticales<sup>33</sup>, qui venaient d'être publiées l'année précédente, et a lancé, ensemble avec le DoJ, une enquête publique sur les lignes directrices en matière de fusions visant à « renforcer la répression des fusions illégales »<sup>34</sup>. Cette enquête avait pour but de recueillir des commentaires publics dans plusieurs domaines spécifiques, y compris sur la question de savoir « si les distinctions entre les opérations horizontales et verticales reflétées dans les lignes directrices doivent être revisitées à la lumière des tendances de l'économie moderne », et sur les menaces pour la concurrence potentielle et naissante, ainsi que des informations sur la manière de tenir compte des caractéristiques uniques des marchés numériques qui ne sont pas encore abordées dans les lignes directrices sur les fusions. Plus récemment, à l'occasion du sommet de printemps des représentants des autorités répressives de 2023, organisé conjointement par le DoJ et la FTC, le Procureur général adjoint du DoJ, Jonathan Kanter, a « évoqué la nécessité pour les autorités antitrust de tenir compte de relations concurrentielles qui ne relèvent pas nettement d'une catégorie verticale ou horizontale », en notant l'existence de « plateformes qui sont multidimensionnelles », et en soulignant le risque lié au « pouvoir du contrôleur d'accès » (Fortes et Kowarski, 2023<sup>[64]</sup>), (voir également (Kowarski, 2023<sup>[65]</sup>)).

131. L'ACCC, le Bundeskartellamt et la CMA ont publié une déclaration commune en 2021, qui présageait de la plus grande volonté de ces autorités d'intégrer l'incertitude à propos des évolutions futures du marché dans leurs appréciations des fusions, en se référant spécifiquement au potentiel élevé de préjudice concurrentiel sur les marchés de la technologie. Cette déclaration indique ce qui suit : « l'incertitude à propos de l'avenir ne signifie pas nécessairement que des fusions potentiellement anticoncurrentielles sont autorisées en raison de cette incertitude : une opération apparemment de petite envergure peut faire basculer un marché concurrentiel dans une direction anticoncurrentielle. Par exemple, l'acquisition d'une petite start-up pourrait en réalité être l'acquisition de ce qui serait devenu une menace concurrentielle majeure pour l'acquéreur à plus long terme. » En outre, dans le cadre de ses propositions visant à apporter un vaste ensemble de réformes à son régime actuel de contrôle des fusions, l'ACCC pousse à l'inclusion de facteurs nouveaux devant être pris en compte pour examiner si l'opération est susceptible de diminuer substantiellement la concurrence, qui seront importants pour son appréciation des fusions numériques. Ces facteurs incluent la question de savoir si la fusion conduira à une perte de rivalité concurrentielle réelle ou potentielle, et/ou à un « accès accru à des données, une technologie ou d'autres actifs importants, ou un contrôle accru de ceux-ci »<sup>35</sup>. Bien qu'elle ne porte pas spécifiquement sur les fusions, l'ACCC entreprend également une enquête sur les écosystèmes numériques en pleine expansion, dans le cadre de son enquête quinquennale sur les services des plateformes numériques<sup>36</sup>. L'enquête note le nombre significatif d'acquisitions qui ont contribué à l'expansion des écosystèmes et explorera l'ampleur de toute conduite anticoncurrentielle en découlant.

132. Si les autorités avancent effectivement de nouveaux scénarios anticoncurrentiels et/ou des scénarios incorporant un plus haut degré d'incertitude, et si un plus grand nombre d'opérations sont bloquées de ce fait, les tribunaux deviendront probablement les arbitres définitifs d'un plus grand nombre de différends concernant des fusions numériques, comme l'expose la section suivante.

## 5.1. Le rôle des tribunaux

133. Jusqu'à ce jour, les tribunaux ont très peu pesé sur l'élaboration des scénarios anticoncurrentiels appliqués aux fusions numériques, étant donné que les appréciations des autorités en la matière ont très rarement donné lieu à une décision d'interdiction. Toutefois, quelques rares affaires donnent une idée de ce que pourrait être le rôle des tribunaux dans l'évolution de la pratique de contrôle des fusions numériques à l'avenir. En effet, l'approche des tribunaux, s'ils jouent un rôle plus important, et leurs décisions en cas de différends sur l'appréciation d'une fusion par les autorités, pourront éclairer les juridictions dans leur réflexion sur leurs régimes actuels de contrôle des fusions, et les aider à déterminer si ces régimes sont adaptés à l'appréciation des fusions numériques ou si certaines réformes ou des réformes supplémentaires doivent leur être apportées.

134. En raison de l'envergure mondiale des grands écosystèmes numériques, il peut devenir de plus en plus fréquent que plusieurs juridictions parviennent à des conclusions différentes dans l'appréciation d'une fusion. Ces divergences pourront résulter du fait que les cours et les tribunaux de juridictions différentes apprécient différemment des scénarios anticoncurrentiels et des faits similaires, ou du fait qu'une fusion a des impacts différents en raison de la disparité des conditions et de la dynamique du marché local. À titre d'exemple, les tribunaux du Royaume-Uni et de l'Autriche sont parvenus à des conclusions différentes à propos de scénarios anticoncurrentiels similaires appliqués par les autorités de la concurrence dans leur appréciation de la fusion Meta/Giphy.

135. Au Royaume-Uni, la décision du Tribunal d'appel compétent en matière de concurrence, confirmant sur le fond la décision de la CMA d'exiger de Meta qu'il cède Giphy, a représenté une décision de principe pour le régulateur. Elle a indubitablement donné à la CMA une confiance accrue dans ses lignes directrices révisées sur les fusions, qui venaient d'être publiées à l'époque de son enquête de Phase 2, et a constitué une première mondiale, en exigeant d'une *Big Tech* qu'elle dénoue une opération de fusion.

136. Ainsi qu'il a été observé au Chapitre 3, la CMA a appliqué un scénario anticoncurrentiel horizontal pour déterminer si un service innovant de publicité en ligne, déjà fourni par Giphy aux États-Unis, avait le potentiel de concurrencer effectivement les services d'affichage publicitaire de Facebook au Royaume-Uni. Élément important pour la CMA, le Tribunal a confirmé la conclusion de la CMA selon laquelle la fusion était illégale car elle éliminait une forme importante de concurrence dynamique. Meta, tout en admettant conceptuellement que l'affaiblissement de la concurrence dynamique pourrait équivaloir à une diminution substantielle de la concurrence, a soutenu que la CMA avait fondamentalement ignoré le critère légal et fondé sa décision sur la seule base de l'existence d'une concurrence dynamique sur le marché.

137. Dans son jugement, le Tribunal note que le concept de concurrence dynamique est « fuyant » et « qu'il n'existe aucun cadre établi permettant d'évaluer une atteinte à la concurrence dynamique ». Il a donc défini ce qu'il considérerait comme les facteurs pertinents pour déterminer s'il y avait eu une atteinte suffisamment importante à la concurrence dynamique et les a comparés avec ceux qui avaient été retenus par la CMA dans sa décision<sup>37</sup>. Finalement, le Tribunal a félicité la CMA pour son approche, et conclu résolument que la décision de la CMA était légale<sup>38</sup>. Toutefois, il a également fourni des orientations supplémentaires, dont il est probable qu'elles se refléteront dans les futures décisions de la CMA. Ces orientations contiennent un élément lié à la dynamique concurrentielle, mais appellent la CMA à considérer activement non seulement les « désavantages » de la fusion, mais également ce que

seraient les « désavantages de l'intervention » dans des circonstances où la CMA fait une mauvaise appréciation de l'atteinte à la concurrence dynamique.

138. En revanche, le Tribunal des ententes autrichien, faisant suite à une requête de l'autorité fédérale de la concurrence autrichienne, a également considéré un scénario anticoncurrentiel horizontal, lié au potentiel de Giphy d'exercer une concurrence en tant que fournisseur de services d'affichage publicitaire, mais est parvenu à la conclusion que cela ne posait pas de problèmes.

139. Dans d'autres affaires de fusion jugées par une seule juridiction, il est possible que les tribunaux soient moins enclins à accepter des scénarios anticoncurrentiels plus nouveaux et/ou qu'ils adopteront autrement une approche plus stricte que l'autorité de la concurrence. À titre d'exemple, en février 2023, la Cour suprême norvégienne<sup>39</sup> a cassé une décision de l'autorité de la concurrence norvégienne interdisant l'acquisition par Schibsted, qui opère une plateforme de vente en ligne d'annonces traditionnelles classées dénommée Finn.oo, de Nettbil, nouvel entrant innovant sur le marché des ventes de véhicules en ligne, qui offre une gamme complète de services en ligne afin de faciliter la vente de voitures par les consommateurs à des concessionnaires automobiles et assume le risque de ces ventes. L'acquisition n'a pas été notifiée avant sa réalisation car elle n'atteignait pas les seuils de notification fixés en Norvège, mais elle a été contrôlée après coup par l'autorité de la concurrence. L'autorité a déterminé que la fusion accroîtrait encore le pouvoir de marché de Schibsted, conduisant à une hausse des prix et à une baisse de l'innovation, et qu'en l'absence de la fusion, Nettbill aurait continué de croître et d'exposer Finn.oo à une pression concurrentielle grandissante<sup>40</sup>. La décision de l'autorité a été confirmée par la Commission d'appel compétente en matière de concurrence, mais a été ensuite infirmée par la Cour d'Appel de Gulating, dont la décision a finalement été suivie par la Cour suprême. C'est la première fois qu'une décision en matière de fusion a été révisée par des tribunaux norvégiens et ce fait a des implications importantes.

140. Comme le soulignent (Jorkjend et Vesterkjaer, 2023<sup>[66]</sup>), la Cour suprême a constaté que ni l'autorité ni la Commission d'appel n'avaient établi que les services des entreprises en cause se trouvent sur le même marché de produits. Par ailleurs, bien qu'il n'ait finalement pas été nécessaire de le déterminer, la Cour a confirmé que le seuil au-delà duquel il existe une entrave significative à la concurrence est élevé, rejetant ainsi l'avis de l'autorité selon lequel il suffisait que cette entrave soit « suffisamment importante » pour affecter la concurrence (c'est-à-dire, ne soit pas insignifiante ou « de minimis »). La Cour a également rejeté la conclusion de l'autorité selon laquelle la fusion nuirait à l'innovation, estimant qu'il n'existait aucune preuve qu'en l'absence de la fusion, l'une ou l'autre des parties aurait développé un service concurrençant plus directement celui de l'autre. Bien que cette affaire n'ait pas impliqué des scénarios anticoncurrentiels particulièrement nouveaux, dans le contexte des fusions numériques, elle suggère que la Cour adoptera une approche stricte pour évaluer la définition du marché et du caractère substituable des produits, ce qui exigera un haut degré de certitude pour constater qu'une fusion entrave la concurrence de manière significative.

## 6. Conclusion

141. Il semble improbable qu'une seule cause explique le sentiment que la loi sur le contrôle des fusions est insuffisamment appliquée aux fusions numériques. Les limitations bien connues tenant aux seuils de notification signifient que de nombreuses fusions numériques ont échappé à tout contrôle, et, en raison de la nature dynamique des marchés numériques, caractérisés par une évolution rapide, il peut être difficile pour les autorités de la concurrence de prédire des situations futures résultant de cette évolution avec le niveau requis de certitude pour remplir les critères légaux.

142. Cela étant dit, il apparaît que jusqu'à ce jour les autorités de la concurrence se sont essentiellement fondées sur des scénarios anticoncurrentiels traditionnels dans leur appréciation des fusions numériques, bien qu'elles les aient adaptés à des degrés divers pour tenir compte des caractéristiques particulières des marchés numériques. La question est de savoir si cela a été suffisant afin d'appréhender toutes les formes de dommages pour la concurrence pouvant découler des fusions numériques. Les analyses ex post réalisées à ce jour suggèrent que tel n'est pas le cas, et qu'il y a lieu d'adapter davantage les scénarios existants et d'adopter des scénarios « nouveaux » ou à tout le moins plus modernes.

143. S'appuyant sur ces analyses et les propositions formulées dans la littérature, les autorités pourraient chercher à élaborer plus régulièrement des scénarios tenant compte de l'impact d'une fusion sur l'écosystème plus vaste de produits/services de l'acquéreur, élargissant ainsi le champ de leur appréciation au-delà des marchés de produits spécifiques ciblés par la fusion. Cette évolution pourrait également s'accompagner d'un examen plus approfondi des différentes manières dont les données peuvent être employées, à la fois comme intrant de produits et services spécifiques, mais également comme une source supplémentaire venant alimenter un magasin existant de données massives (« Big data »), pouvant être exploité à différents points de l'écosystème, particulièrement la publicité en ligne.

144. En outre, dans l'élaboration de scénarios, il pourrait être approprié que les autorités mettent moins l'accent sur les démarcations entre les effets horizontaux, congloméraux et verticaux, étant donné que les distinctions entre produits complémentaires et substituables ne sont pas toujours très nettes sur les marchés numériques et, en tout cas, qu'elles peuvent changer rapidement. Tel sera particulièrement le cas si les autorités déplacent leur attention, la détournant de la concurrence existante pour la diriger sur la concurrence potentielle. Par ailleurs, même si des produits ne semblent pas directement concurrents dans l'optique des consommateurs, ils pourront l'être plus clairement si l'on considère leurs stratégies de monétisation. Dans ces cas, l'exclusion des considérations horizontales de l'appréciation d'une fusion entraîne le risque de négliger ou de sous-estimer le dommage potentiel pour la concurrence.

145. Les autorités peuvent également continuer de se concentrer davantage sur les paramètres hors prix de la concurrence, et adopter une vision plus large des notions de qualité. À titre d'exemple, et ainsi qu'il a été noté dans la section 3. , il est possible d'incorporer les préjudices découlant du non-respect de la vie privée dans l'appréciation d'une fusion, en tenant compte des valeurs différentes que les consommateurs attachent à ce respect. Les lignes directrices révisées de la CMA sur l'appréciation des fusions envisagent également des formes de dégradation de la qualité plus spécifiques au monde numérique, notamment en ce qui concerne la capacité à profiter de contenus sans recevoir des annonces publicitaires.

146. En ce qui concerne l'innovation, et bien qu'il soit incontestable qu'elle puisse être un facteur à prendre en compte dans l'appréciation des fusions numériques, la manière dont elle devrait être intégrée dans cette appréciation suscite encore un débat considérable, y compris sur la question de savoir si l'appréciation doit être liée à des marchés de produits spécifiques.

147. Cette note conclut qu'il serait à la fois approprié et utile que les autorités de la concurrence travaillent à adapter davantage les scénarios anticoncurrentiels dans l'appréciation des fusions numériques, et à explorer des scénarios plus innovants, tels ceux qui ont été brièvement exposés dans cette note, afin d'appréhender plus complètement des dommages causés à la concurrence sur ces marchés à caractère unique.

148. Cette approche exigera inévitablement des autorités de la concurrence qu'elles intègrent un degré supérieur d'incertitude dans leurs appréciations. Ainsi qu'il a été noté précédemment, (Cabral, 2021<sup>[49]</sup>) soutient que le contrôle des fusions est un mécanisme inefficace pour réfréner le pouvoir des grandes plateformes numériques, notamment parce qu'il n'est pas possible de faire des prévisions précises à long terme à propos des industries numériques, en raison de leur rythme rapide d'innovation. Il considère en conséquence que des mesures correctives ex post devraient être le principal moyen de traiter les dommages pour la concurrence sur les marchés numériques. Toutefois, les interventions ex post ont lieu soit après que le dommage s'est produit, soit au moins après que le processus a été mis en marche, de telle sorte que des mesures correctives peuvent prendre longtemps avant de porter leurs fruits. Cet élément est particulièrement important dans le contexte des marchés numériques en évolution rapide et enclins au basculement. La question de savoir si des mesures correctives ex post peuvent être efficaces pour réparer ou prévenir un dommage pour la concurrence dans ces secteurs est donc discutable. Dans ces conditions, étant donné qu'elles n'interviennent pratiquement jamais dans des fusions numériques, il apparaît que les autorités de la concurrence vont devoir adapter leur approche pour tenir compte des incertitudes inhérentes à ces marchés.

149. En ce qui concerne la probabilité qu'une approche plus interventionniste à l'égard des fusions numériques résiste à un contrôle judiciaire, la jurisprudence est manifestement trop limitée à ce jour pour tenter de discerner des tendances claires. Toutefois, il existe déjà des indices que certaines juridictions pourraient rencontrer des difficultés. Ces difficultés pourraient être liées non seulement à l'utilisation de scénarios anticoncurrentiels moins conventionnels, mais également à la capacité à atteindre les seuils légaux si des éléments supplémentaires d'incertitude sont incorporés dans des scénarios anticoncurrentiels plus traditionnels.

150. Dans ces conditions, les recherches futures pourraient porter sur l'interaction entre l'élaboration et l'application de scénarios anticoncurrentiels « numériques », y compris l'utilisation d'hypothèses contrefactuelles potentiellement moins certaines, sans oublier les normes de preuve et les critères de fond. Les recherches pourraient également étudier de plus près les propositions alternatives qui ont été avancées, notamment le critère de la « balance des préjudices », des normes de preuve moins rigoureuses et même le renversement de la charge de la preuve dans certaines circonstances.

151. En outre, des évaluations ex post plus poussées des appréciations antérieures de fusions numériques seraient indubitablement précieuses, y compris une évaluation de l'efficacité des mesures correctives mises en place à ce jour. L'utilité de cet exercice a été démontrée au Royaume-Uni, où les recommandations proposées par (Lear, 2019<sup>[22]</sup>) ont été citées comme l'une des bases des lignes directrices révisées de la CMA sur les fusions, et semblent se refléter dans l'utilisation par la CMA de scénarios anticoncurrentiels plus innovants, centrés sur les marchés numériques, dans ses décisions sur les fusions Meta/Giphy et Microsoft/Activision, étant précisé que l'on peut soutenir que cette dernière peut être caractérisée comme un scénario anticoncurrentiel fondé sur le concept d'écosystème.

# Notes de fin de document

<sup>1</sup> Google (Alphabet), Apple, Facebook (Meta Platforms), Amazon et Microsoft.

<sup>2</sup> <https://www.cnn.com/2022/01/22/amazon-microsoft-alphabet-set-more-deals-in-2021-than-last-10-years.html>

<sup>3</sup> Certaines caractéristiques des marchés numériques, telles l'utilisation d'une infrastructure commune dans des écosystèmes et l'existence de liens structurels entre les acteurs des écosystèmes, pourraient faciliter la coordination (voir également (Zingales et Renzetti, 2022<sub>[43]</sub>)). Toutefois, les th scénarios anticoncurrentiels fondés sur les effets coordonnés n'ont pas été fréquemment pris en considération à ce jour.

<sup>4</sup> Cette note de référence donne quelques exemples particuliers de scénarios anticoncurrentiels examinés par certaines autorités. Ces affaires peuvent également avoir été examinées par d'autres autorités, mais le raisonnement sous-jacent aux scénarios anticoncurrentiels était alors soit dénué de pertinence en l'occurrence soit non accessible.

<sup>5</sup> <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20191018/110098/HHRG-116-JU05-20191018-SD007.pdf>

<sup>6</sup> Dans sa revue ex-post de 69 fusions numériques et technologiques examinées par certains membres sélectionnés de l'Union européenne et par le Royaume-Uni, (Robertson, 2022<sub>[35]</sub>) a constaté que 30 affaires ont exclusivement examiné les effets horizontaux et 26 autres ont examiné les effets horizontaux et verticaux ou les effets congloméraux. Toutefois, la majorité des affaires évaluées portaient sur des fusions technologiques plutôt que sur des fusions numériques, telles que définies pour les besoins de cette note.

<sup>7</sup> Par exemple, l'évaluation par la CE de la fusion Microsoft/LinkedIn, qui a examiné le scénario anticoncurrentiel horizontal à propos du chevauchement existant des parties dans l'offre de publicité en ligne. La CE a écarté cette préoccupation relativement rapidement, en raison des très faibles parts de marché des parties.

<sup>8</sup> Décision de la CE, fusion Microsoft/Skype, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_6281](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6281). Cette fusion a également été autorisée par le ministère américain de la Justice et l'Australian Competition and Consumer Commission.

<sup>9</sup> Voir également la décision de l'ACCC dans l'affaire Google/Madient en 2022, <https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/google-llc->



[mandiant-inc.](#) L'ACCC a évalué le chevauchement existant des parties dans la fourniture de divers services de cybersécurité, mais a déterminé qu'ils n'étaient pas des concurrents proches étant donné que le principal service offert par Mandiant, à savoir des services de réponse à incident, n'était pas offert par Google.

<sup>10</sup> Décision de l'OFT, Facebook/Instagram, <https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-instagram-inc>. Cette fusion a également été autorisée par la FTC.

<sup>11</sup> Federal Trade Commission, résumé de l'affaire Meta Platforms/Within Unlimited, <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/221-0040-meta-platforms-incmark-zuckerbergwithin-unlimited-ftc-v>

<sup>12</sup> Voir par exemple les [CMA Merger Assessment Guidelines](#), paragraphes 5.1-5.6.

<sup>13</sup> Communiqué de presse du DoJ, [Visa and Plaid Abandon Merger after Antitrust Division's Suit to Block](#), 12 janvier 2021

<sup>14</sup> Voir par exemple les paragraphes 10-14 des Lignes directrices de la CE sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC1018%2803%29&qid=1675871571943>

<sup>15</sup> Décision de la CE dans l'affaire Google/Fitbit, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_9660](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9660). Cette fusion a également été autorisée par le DoJ et la JFTC et a été examinée par l'ACCC.

<sup>16</sup> Décision de la CE dans l'affaire Microsoft/Nuance, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_10290](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10290). Décision de l'ACCC dans l'affaire Microsoft/Nuance, <https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/microsoft-corporation-nuance-communications-inc>. Cette fusion a également été autorisée par le DoJ.

<sup>17</sup> Décision de la CE dans l'affaire Microsoft/LinkedIn, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_8124](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8124). Cette fusion a également été autorisée par la FTC..

<sup>18</sup> (Martens, 2020<sub>[71]</sub>) soutient que l'agrégation des données est une source d'économies de gamme, étant donné que la fusion de deux ensembles de données complémentaires peut générer plus d'informations et de valeur économique, par comparaison avec leur maintien dans des silos séparés.

<sup>19</sup> Décision de la CE dans l'affaire Apple/Shazam, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_8788](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8788). [Other authorities may have also considered this merger.](#)

<sup>20</sup> L'évaluation par la JFTC de la fusion Salesforce/Slack est un autre exemple d'affaire où l'accès à des informations de confirmation a été pris en considération.

<sup>21</sup> Considérant que la grande majorité des fusions numériques ont été autorisées à ce jour, les erreurs de type II (autoriser une fusion qui est anticoncurrentielle) semblent être plus préoccupantes que les erreurs de type I (interdire une fusion qui est proconcurrentielle).



<sup>22</sup> L'auteur pointe la décision de la FTC dans la fusion Google/DoubleClick, et les décisions de la CE dans les fusions Facebook/WhatsApp et Microsoft/LinkedIn.

<sup>23</sup> Voir la section 42 des Lignes directrices de la CE sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (Lignes directrices de la CE sur les concentrations horizontales) et la sous-section 2.12 des Lignes directrices sur les concentrations horizontales de l'US Department of Justice et de la Federal Trade Commission (Lignes directrices DoJ/FTC sur les concentrations horizontales).

<sup>24</sup> Voir, par exemple : les lignes directrices sur l'appréciation des fusions de la CMA, au paragraphe 4.1, « *des effets unilatéraux peuvent se produire dans une fusion horizontale où une entreprise fusionne avec un concurrent qui exerçait auparavant une pression concurrentielle, permettant à l'entité issue de la fusion de, profitablement, augmenter les prix ou dégrader des aspects hors prix de son offre concurrentielle à son profit (par exemple, la qualité, la gamme, le service et l'innovation) de sa propre initiative et sans devoir se coordonner avec ses rivaux.* Lignes directrices de l'UE sur l'appréciation des concentrations horizontales, paragraphe 8. *Grâce au contrôle qu'elle exerce sur les opérations de concentration, la Commission empêche la réalisation des opérations qui priveraient les clients de ces avantages en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises. Par « augmentation du pouvoir de marché », il faut entendre la capacité d'une ou plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence. Dans la présente communication, l'expression « augmentation des prix » est souvent employée comme raccourci pour désigner les différentes manières dont une opération de concentration peut causer des dommages à la concurrence.*

<sup>25</sup> Décision de l'OFT. Motorola Mobility Holding/Waze, <https://www.gov.uk/cma-cases/motorola-mobility-holding-waze-mobile-ltd>

<sup>26</sup> Décision de l'OFT, Motorola Mobility Holding/Waze, <https://www.gov.uk/cma-cases/motorola-mobility-holding-waze-mobile-ltd>

<sup>27</sup> Décision de la CE, Dow/Dupont, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_7932](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7932)

<sup>28</sup> Les autorités répressives ont sous-évalué l'innovation, déclaration du chef économiste de la CMA du 5 décembre 2022, <https://globalcompetitionreview.com/article/enforcers-have-undervalued-innovation-cma-chief-economist-says>

<sup>29</sup> Voir, par exemple, l'article 2 du règlement du Conseil (CE) n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>30</sup> Voir, par exemple, la section 50 du Competition and Consumer Act 2010 en Australie ; la section 7 du Clayton Act aux États-Unis ; et les sections 22 et 33 de l'Enterprise Act 2002 au Royaume-Uni.

<sup>31</sup> Par exemple, section 2.35 des Lignes directrices sur l'appréciation des fusions de la CMA ; voir également <https://www.whitecase.com/insight-alert/ecj-advocate-general-recommends-setting-aside-ck-telecoms-judgment-and-endorsing> en ce qui concerne la pratique dans l'UE.

<sup>32</sup> [A new pro-competition regime for digital markets - government response to consultation - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets)

<sup>33</sup> [Federal Trade Commission Withdraws Vertical Merger Guidelines and Commentary | Federal Trade Commission \(ftc.gov\)](https://www.ftc.gov/press-release/federal-trade-commission-withdraws-vertical-merger-guidelines)

<sup>34</sup> [Federal Trade Commission and Justice Department Seek to Strengthen Enforcement Against Illegal Mergers | Federal Trade Commission \(ftc.gov\)](https://www.ftc.gov/press-release/federal-trade-commission-justice-department-seek-strengthen-enforcement-illegal-mergers)

<sup>35</sup> <https://www.accc.gov.au/about-us/media/speeches/the-role-of-the-accc-and-competition-in-a-transitioning-economy-address-to-the-national-press-club-2023>

<sup>36</sup> <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platform-services-inquiry-2020-25/september-2023-interim-report>

<sup>37</sup> Ces facteurs incluaient l'état de la concurrence statique et potentielle, et la probabilité que l'élément dynamique identifié se manifeste, par référence aux motivations des parties, à la valeur de marché de l'élément dynamique, à la contestabilité du marché et au potentiel de monétisation

<sup>38</sup> Étant donné qu'il s'agissait d'un contrôle judiciaire de la légalité, la décision n'a pas été examinée sur le fond

<sup>39</sup> <https://www.domstol.no/en/supremecourt/rulings/rulings-20232/supreme-court---civil-cases/HR-2023-299-A/>

<sup>40</sup> Décision de l'autorité de la concurrence norvégienne, Schibsted AS/Nettbil AS, <https://konkurransetilsynet.no/decisions/vedtak-v2020-31-schibsted-asa-nettbil-as-konkurranseloven-%c2%a7-16-jf-%c2%a7-20-inngrep-mot-foretakssammenslutning/>

# Bibliographie

- ACCC (2019), *Digital Platforms Inquiry Final Report*. [77]
- Argentesi et al. (2021), « Merger policy in digital markets: an ex post assessment », *Journal of Competition Law & Economics*, [50]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3504595](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3504595).
- Autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) (2021), *Merger Assessment Guidelines*, <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessment-guidelines>. [25]
- Autorité de la concurrence (2020), *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, [33]  
[https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28\\_contribution\\_adlc\\_enjeux\\_num.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf).
- Beaudouin, Y. et al. (2022), « Merger Enforcement in Digital and Tech Markets: an Overview of the European Commission's Practice », *Competition Policy Brief*, [26]  
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e3e58b6d-7b68-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-277442708>.
- Boom, J. et P. Samranchit (2021), « Digital Ecosystem Mergers in Big Tech: A Theory of Long-Run Harm with Applications », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 13/5, pp. 365-371, <https://academic.oup.com/jeclap/article/13/5/365/6470960>. [48]
- Bourreau, M. et A. de Steel (2019), *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, [57]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3350512](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512).
- Bourreau, M. et A. de Steel (2020), « Big Tech Acquisitions - Competition & Innovation Effects and EU Merger Control », *Centre of Regulation in Europe - Issue Paper*, [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/cerre\\_big\\_tech\\_acquisitions\\_2020.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/cerre_big_tech_acquisitions_2020.pdf). [31]
- Bundeskartellamt (2022), *Merger control in the digital age - Challenges and development perspectives*. [41]
- Cabral, L. (2021), « Merger Policy in Digital Industries », *Information Economics and Policy*, vol. 54, <http://luiscabral.net/economics/publications/IEP%202021.pdf>. [49]
- Caffarra, C., G. Crawford et T. Valletti (2020), *How Tech Rolls: Potential competition and « reverse » killer acquisitions*, <https://oecdonthellevel.com/2020/11/27/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions/>. [34]

- Christensen, C., M. Raynor et R. McDonald (2015), « What is Disruptive Innovation? », *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. [47]
- CMA Digital Markets Taskforce (2020), *A new pro-competition regime for digital markets*. [63]
- Colomo, P. (2016), « Restrictions on Innovation in EU Competition Law », *European Law Review*, vol. 41/2, pp. 201-219, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2699395](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699395). [74]
- Condorelli, D. et J. Padilla (2020), « Harnessing Platform Envelopment in the Digital World », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16/2, <https://academic.oup.com/jcle/article/16/2/143/5821457>. [73]
- Condorelli et Padilla (2020), « Harnessing Platform Envelopment in the Digital World », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16/2, <https://academic.oup.com/jcle/article/16/2/143/5821457>. [40]
- Congressional Research Service (2021), *Mergers and Acquisitions in Digital Markets*. [14]
- Cremér, J., Y. de Montjoye et H. Schewitzer (2019), *Competition Policy for the Digital Era*. [44]
- Cunningham, C., F. Ederer et S. Ma (2021), « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, vol. 129/3, <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/712506>. [29]
- Digital Competition Expert Panel (2019), *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. [62]
- E.CA Economics (2022), *Ex-post Evaluation of Vertical Mergers*. [38]
- Edwards-Warren, K. (2022), *Compass Lexecon*. [23]
- Eisenmann, T., G. Parker et M. Van Alstyne (2011), « Platform Envelopment », *Strategic Management Journal*, vol. 32. [45]
- Esayas, S. (2018), *Privacy as a Non-Price Competition Parametre: Theories of Harm in Digital Mergers*, University of Oslo Faculty of Law, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3232701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232701). [46]
- Fortes et Kowarski (2023), « US merger guidelines not expected for several weeks », *Mlex*, [https://content.mlex.com/#/content/1459794?referrer=portfolio\\_openrelatedcontent](https://content.mlex.com/#/content/1459794?referrer=portfolio_openrelatedcontent) (consulté le 6 avril 2023). [64]
- Gautier, A. et J. Lamesh (2020), « Mergers in the Digital Economy », *cesifo Working Papers*, [https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1\\_wp8056.pdf](https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp8056.pdf). [32]
- Gawer, A. (2021), « Digital Platforms' boundaries: The interplay of firm scope, platform sides, and digital interfaces », *Long Range Planning*, vol. 54/5, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0024630120302442>. [51]
- Gilbert, R. et S. Sunshine (1995), « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63/2, pp. 569-601, <https://www.jstor.org/stable/40843292>. [54]
- Hoffmann, J. et G. Johannsen (2019), *EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3364792](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792). [15]

- Jacobides, Cennamo et Gawer (2018), « Towards a theory of ecosystems », *Strategic Management Journal*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/smj.2904>. [16]
- Jorkjend, H. et E. Vesterkjaer (2023), « The Norwegian Competition Authority's Prohibition Decision in a Below Threshold Transaction in the Digital Sector (Schibsted/Nettbil) Quashed by the Supreme Court », *Kluwer Competition Law Blog*, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/02/the-norwegian-competition-authoritys-prohibition-decision-in-a-below-threshold-transaction-in-the-digital-sector-schibsted-nettbil-quashed-by-the-supreme-court/#:~:text=In%20its%20judgement%20>. [66]
- Jung et Sinclair (2019), « Innovation theories of harm in merger control », *European Competition Law Review*, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/eclr-article-on-innovation-theories-of-harm-in.pdf>. [56]
- Kalintiri (2020), *Substantive Legal Tests and Standard of Proof: Rules Lost in Translation?*. [60]
- Kerber, W. et B. Kern (2014), « Assessing Innovation Effects in US Merger Policy: Theory, Practice, Recent Discussions, and Perspectives », SSRN, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2983098](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983098). [53]
- Klotz (2020), *How to Best Handle 'Digital Mergers'?*, <https://core.lexxion.eu/article/core/2020/1/16>. [1]
- Kowarski (2023), « Mergers, digital revolution having real-world impact, FTC's Khan and DOJ's Kanter warn », *Mlex*, [https://content.mlex.com/#/content/1459238%20?referrer=content\\_seehereview](https://content.mlex.com/#/content/1459238%20?referrer=content_seehereview) (consulté le 6 avril 2023). [65]
- Kwoka, J. et T. Valletti (2020), « Scrambled Eggs and Paralyzed Policy: Breaking up Consummated Mergers and Dominant Firms », SSRN, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3736613](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736613). [4]
- Lear (2019), *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*. [22]
- Mandrescu (2021), « Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices », *Computer Law Security Review*, vol. 40, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364920301047>. [72]
- Martens (2020), « Data Access, Consumer Interests and Social Welfare: An Economic Perspective », [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3605383](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605383). [11]
- Martens, B. (2020), *Data access, consumer interests and social welfare - an economic perspective of data*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3605383](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605383). [71]
- McHugh, N., D. Marquardt et E. Thompson (2022), *Revisiting the Role of Portfolio Effects in Merger Review*, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-au/knowledge/publications/ea5f8dbf/revisiting-the-role-of-portfolio-effects-in-merger-review>. [59]
- OCDE (2022), *OECD Handbook on competition policy in the digital age*, <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-handbook-on-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. [76]

- OCDE (2022), *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, [6]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-handbook-on-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.
- OCDE (2021), *The concept of potential competition*. [27]
- OCDE (2020), *Abus de position dominante sur les marchés numériques*. [39]
- OCDE (2020), *Competition Economics of Digital Ecosystems - Note by Georgios Petropoulos*. [8]
- OCDE (2020), *Digital competition policy: Are ecosystems different? – Note by Amelia Fletcher*. [10]
- OCDE (2020), « Effets congloméraux des fusions ». [36]
- OCDE (2020), *Executive Summary of the hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*. [70]
- OCDE (2020), *Merger control in dynamic markets*. [20]
- OCDE (2020), *Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau*. [2]
- OCDE (2020), « Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions ». [30]
- OCDE (2020), *Table ronde sur les effets congloméraux des fusions - Note de référence*. [42]
- OCDE (2019), *Vertical mergers in the technology, media and telecom sector*. [37]
- OCDE (2018), *L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations*. [17]
- OCDE (2018), *Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière*. [12]
- OCDE (2018), « Quality considerations in zero price markets ». [75]
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, [7]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.
- OCDE (2016), *Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique*. [9]
- OCDE (2013), *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*. [19]
- OCDE (1995), *Glossary of Organisation Economics and Competition Law*. [24]
- Ocello et Sjodin (2018), « Digital markets in EU merger control: key features and implications », [13]  
*CPI Antitrust Chronicle*.
- Olsen, G. et D. Schwarz (2022), « The CMA's Revised Merger Assessment Guidelines - Interesting Times and Creative Energy », *Journal of European Competition Law & Practice*, [69]  
 vol. 13/1, <https://academic.oup.com/jeclap/article/13/1/35/6380448>.
- Parker, G., G. Petropoulos et M. Van Alstyne (2021), « Platform Mergers and Antitrust », [3]  
*Industrial and Corporate Change*, vol. 30/5, pp. 1307-1336,  
<https://academic.oup.com/icc/article/30/5/1307/6365871#325399695>.
- Petit, N. (2019), « Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy », *Antitrust L.J.*, [55]  
 vol. 82, pp. 873-919, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3113077](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113077).

- Petit et Teece (2021), « Innovating Big tech firms and competition policy: favoring dynamic over static competition », *Industrial and Corporate Change*. [21]
- Rafferty, O. (2022), « Enforcers have undervalued innovation, CMA chief economist says », *Global Competition Review (GCR)*, <https://globalcompetitionreview.com/article/enforcers-have-undervalued-innovation-cma-chief-economist-says>. [68]
- Robertson, V. (2022), *Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from National Case Law*. [35]
- Sidak, G. et D. Teece (2009), « Dynamic Competition in Antitrust Law », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 5/4, pp. 581-631, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1479874](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1479874). [28]
- Solidoro (2019), « Assessing Innovation Theories of Harm in EU Merger Control », [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/64768/PB\\_2019\\_18.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/64768/PB_2019_18.pdf?sequence=1&isAllowed=y). [52]
- Stigler Centre for the Study of the Economy and the State (2019), *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*. [61]
- Stuart (2021), « Too little too late? », *European Competition Journal*, pp. 407-436, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2021.1909234>. [18]
- Teece, D. (2009), *Dynamic Capabilities & Strategic Management - Organising for Innovation and Growth*, Oxford University Press. [58]
- Thun, V. (2023), *After Years of Leading the Charge Against Big Tech Dominance, is the EU Falling Behind?*. [5]
- UE (2004), *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*. [67]
- Zingales, N. et B. Renzetti (2022), « Digital Platform Ecosystems and Conglomerate Mergers: A review of the Brazilian Experience », *World Competition*, vol. 45/4, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4264806](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4264806). [43]