

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

Forum mondial sur la concurrence

**ANALYSE ÉCONOMIQUE ET ÉLÉMENTS PROBANTS DANS LES AFFAIRES D'ABUS DE
POSITION DOMINANTE – Note d'information**

Simon Roberts -

7 décembre 2021

Cette note d'information a été préparée par Simon Roberts (Professeur, Centre for Competition, Regulation and Economic Development, Université de Johannesburg) pour la Session II du 20^e Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, du 6 au 8 décembre 2021.

Les opinions exprimées et les arguments employés dans ce document ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur : oe.cd/eac.

Pour toute question concernant ce document, merci de contacter James Mancini [James.MANCINI@oecd.org].

JT03487744

Analyse économique et éléments probants dans les affaires d'abus de position dominante – Note d'information

Ce document d'information examine le rôle de la science économique dans les affaires d'abus de position dominante. L'analyse et les données économiques revêtent une importance grandissante dans le cadre des approches fondées sur les effets de l'instruction des affaires d'abus de position dominante. Ce document présente le cadre économique de base pour l'examen des abus de position dominante, notamment la recherche de l'équilibre entre une sous-application et une surapplication du droit ainsi que la pertinence des caractéristiques des marchés et des économies en question. Il commente en particulier les défis auxquels les autorités sont confrontées dans les pays en développement et à revenu intermédiaire au vu de la rapide expansion du droit de la concurrence dans ces pays. Les tests économiques réalisés dans différents types d'abus de position dominante par éviction et par exploitation sont examinés ainsi que les difficultés pratiques auxquelles se heurtent la collecte des éléments probants et la réalisation des analyses appropriées. Enfin, le rôle des économistes dans ces affaires est examiné, notamment lorsqu'ils déposent en qualité d'experts pour des parties privées.

Table des matières

Analyse économique et éléments probants dans les affaires d’abus de position dominante – Note d’information.....	2
1. Introduction.....	5
1.1. Contexte : concentration, position dominante et abus éventuel.....	5
1.1.1. Contexte	5
1.1.2. Principaux domaines d’analyse de ce document	6
1.2. Analyse des erreurs de type I et de type II	7
1.2.1. Remarques sur les difficultés qui se posent dans les pays à revenu intermédiaire et les pays en développement	7
1.3. Rôle de l’économie.....	9
1.3.1. Problème fondamental posé par un fort pouvoir de marché et son exercice	9
1.3.2. Atteinte à la concurrence et préjudice aux consommateurs résultant d’un comportement abusif	10
2. Cadre économique.....	11
2.1. Définition de la domination.....	11
2.2. Facteurs contribuant au risque de comportement abusif	12
2.3. Abus d’éviction	13
2.3.1. Théories du préjudice : capacité, incitation et effets	13
2.3.2. Abus d’éviction commis par des entreprises verticalement intégrées	15
2.3.3. Éviction par une entreprise dominante non intégrée	16
2.3.4. Évaluation – analyse économique	17
2.4. Abus d’exploitation : prix excessifs	19
2.4.1. Prix excessifs dans des circonstances exceptionnelles – gonflement des prix dans le contexte de la Covid-19.....	21
3. Analyse économique et éléments probants dans les affaires d’abus d’éviction	23
3.1. Raisonnement et méthodologie	23
3.2. Éléments probants	24
3.2.1. Éléments quantitatifs	25
3.2.2. Éléments qualitatifs	40
3.2.3. Triangulation et robustesse.....	41
4. Rôle des économistes	46
4.1. Intégration de l’analyse économique au sein des équipes chargées des affaires	46
4.2. Incitations et experts économistes	47
4.2.1. Faut-il adopter des approches différentes de l’analyse économique dans différents régimes ?.....	47
4.2.2. Les experts économistes sont-ils indépendants ?.....	48
4.3. Évaluation et rôle des analyses économiques dans les décisions	49
5. Conclusions	51
Notes de fin	52
Références	55

Graphiques

No table of figures entries found.

Encadré

No table of figures entries found.

1. Introduction

1.1. Contexte : concentration, position dominante et abus éventuel

1.1.1. Contexte

1. L'abus de position dominante désigne la situation dans laquelle des entreprises sont en mesure d'avoir un comportement unilatéral qui profite d'un important pouvoir de marché pour évincer leurs concurrents ou exploiter les clients afin de dégager des profits qui ne seraient pas normalement réalisés dans des conditions de concurrence effective. C'est le domaine du droit de la concurrence qui se caractérise par les plus grandes différences d'approches entre les économies de marché et dans le temps. Dans la plupart des pays du monde, les entreprises dominantes ont l'obligation de ne pas abuser de leur position. Au fil du temps, l'examen des comportements, qui privilégiait auparavant la forme, s'est davantage orienté sur les effets économiques. Compte tenu des préoccupations relatives à la concentration et au pouvoir de marché, l'instauration d'un régime basé sur les effets pour l'instruction des affaires d'abus de position dominante est un des défis majeurs des autorités de la concurrence aujourd'hui.

2. Un nombre croissant de travaux concluent à l'expansion du pouvoir de marché des entreprises, aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale (voir, par exemple, Bajgar *et al.* (2019_[1]) et OCDE (2018_[2])). Ces constats ont amené à se demander si l'équilibre approprié a été trouvé dans la répression des abus de position dominante et, par implication, dans la manière dont la science économique a été traduite en tests et en règles pour les décisions des autorités. Bien que certains auteurs aient fait valoir que le pouvoir de marché reflète l'ascension d'« entreprises superstars » (y compris les plateformes numériques), dont les fortes marges rémunèrent tout simplement l'innovation, des données montrent que le pouvoir de marché ne se cantonne pas aux secteurs dynamiques de l'économie et que des profits élevés peuvent aussi résulter d'entraves à l'innovation – plutôt que de l'encouragement à celle-ci. Des travaux de plus en plus nombreux constatent une concentration croissante dans de nombreux pays, des niveaux élevés de profits et des liens avec le creusement des inégalités, et recommandent une application plus stricte des règles de concurrence¹.

3. La concentration peut tenir à des caractéristiques propres aux secteurs d'activité, telles que les économies d'échelle et de gamme, les effets de réseau, le coût des transactions et le montant des dépenses de recherche-développement nécessaires. Les gains liés à ces caractéristiques ne sont accessibles qu'aux grandes entreprises (Roberts, 2020_[3]). Ce qui importe, ce n'est pas la taille ou la concentration en tant que telles, mais ce qui constitue un abus de position dominante par l'exercice du pouvoir de marché.

4. La concurrence doit toujours être envisagée en termes dynamiques comme un processus de rivalité qui récompense les efforts, les investissements et la créativité. Dans ces termes, nous pouvons examiner qui sont les participants et comment ils commercialisent leurs produits et services. Amartya Sen a défendu l'idée que le mécanisme du marché concurrentiel doit être évalué du point de vue de ses résultats en termes de promotion des libertés individuelles (de produire, de développer des capacités productives et de faire des choix autonomes), par opposition au cadre conventionnel du bien-être (Sen, 1993_[4]). Le développement de capacités productives peut être aussi une activité collective plutôt qu'individuelle. Sen a distingué l'« aspect opportunité », lié à l'éventail des choix, et l'« aspects processus », qui comprend l'autonomie de décision non restreinte par des ingérences extérieures (Sen, 1993_[4]).

5. C'est particulièrement important pour traiter les abus de position dominante. L'atteinte à la concurrence résultant de certains comportements pourrait bien prendre la forme d'un blocage de concurrents potentiellement efficaces ayant un modèle économique différent et innovant. Les travaux sur les plateformes numériques ont apporté d'importants éclairages sur l'influence que le comportement d'entreprises dominantes peut exercer sur les marchés et sur les préjudices qu'il peut ainsi causer aux concurrents potentiels (voir, par exemple, OCDE (2020^[5]) et OCDE (2018^[6])). Comme pour la prise en compte des effets des fusions sur des rivaux présents sur des marchés adjacents, qui peuvent être d'importantes sources de concurrence potentielle, en matière d'abus de position dominante aussi, il importe de comprendre l'influence des accords sur l'évolution de la rivalité de marché.

6. Les entreprises en place qui disposent d'un important pouvoir de marché peuvent également poursuivre des stratégies commerciales multiples et évolutives afin de protéger leur position et les profits qu'elles en tirent. Il serait d'ailleurs très étonnant qu'elles ne revoient pas constamment leurs stratégies. Dès lors, exiger une évaluation d'un comportement discret et séparé et de ses effets sans considérer l'effet global de telles stratégies est une erreur pour l'application du droit de la concurrence. Nous devons considérer le pouvoir de marché comme un pouvoir pluridimensionnel, comprenant le pouvoir de gouverner les chaînes de valeur, de fixer les normes, de contrôler l'accès et d'allouer des rentes (voir Dallas *et al.* (2019^[7]), Mondliwa (2021^[8]), et Roberts (2020^[3])).

7. L'analyse économique est fondamentale pour comprendre le fonctionnement concret des marchés, et notamment pour déterminer si la concurrence garantit une rémunération « efficace » de l'investissement, de l'innovation et du développement de nouveaux produits.

1.1.2. Principaux domaines d'analyse de ce document

8. Dans la plupart des États, l'économie joue aujourd'hui un rôle important dans l'examen de possibles cas d'abus de position dominante, car il est admis que les effets des accords dépendent du pouvoir de marché et des conséquences indues qu'ont éventuellement ses modalités d'exercice – distorsions, atteinte à la concurrence et exploitation de la position des entreprises en place. Cette évolution fait suite à la critique adressée par l'École de Chicago aux approches fondées sur la forme. De ce fait, les économistes ont vu grandir leur influence dans les affaires.

9. Il faut néanmoins souligner que l'analyse économique peut étayer des présomptions relatives à la forme des accords lorsque d'autres conditions sont également présentes. De fait, le défi de John Vickers est plus pertinent que jamais : il ne s'agit pas d'une opposition entre l'économie et les normes juridiques mais de la qualité de l'ancrage des règles dans la science économique (Vickers, 2005^[9])².

10. Ce document présente le cadre économique de base pour l'examen des abus de position dominante, y compris la recherche de l'équilibre entre une sous-application et une surapplication du droit ainsi que la pertinence des caractéristiques des marchés et des économies concernés. Il commente en particulier les défis posés par la rapide expansion du droit de la concurrence dans les pays en développement et à revenu intermédiaire aux autorités de la concurrence de ces pays. Il n'a pas pour ambition de résumer les excellents manuels consacrés à l'économie de l'abus de position dominante, et il s'attache plutôt à une mise en pratique de l'économie³. Le lecteur est également orienté vers l'abondante documentation produite par le Réseau international de la concurrence (RIC) et l'OCDE. La section 2 considère les tests économiques dans différents types de pratiques abusives d'éviction et d'exploitation. La section 3 examine les difficultés pratiques auxquelles se heurtent la collecte des éléments probants et la réalisation des analyses appropriées. La

section 4 aborde ensuite le rôle des économistes dans les affaires, tandis que la section 5 présente la conclusion.

1.2. Analyse des erreurs de type I et de type II

11. Les seuils appropriés pour apprécier les différents facteurs dans l'examen d'un possible abus de position dominante dépendent de l'équilibre entre les dangers d'une surapplication (probabilité et coûts des erreurs de type I, consistant à conclure qu'un comportement est anticoncurrentiel alors qu'il ne l'est pas) et ceux d'une sous-application (probabilité et coûts des erreurs de type II, c'est-à-dire des faux négatifs – qui consistent à ne pas repérer des abus effectifs). La sous-application des règles de concurrence permet aux entreprises dominantes de maintenir leur position face aux concurrents et entrants efficaces et potentiellement efficaces. Les conséquences d'une sous-application du droit de la concurrence dépendent de la mesure dans laquelle le dynamisme et la participation économique croissante des concurrents de taille plus modeste ont été étouffés. Quant aux coûts de la surapplication des règles de concurrence, ils dépendent de l'ampleur de son effet dissuasif sur les grandes entreprises en place et leurs investissements.

12. La mise en balance de la probabilité et des dommages d'une surapplication et d'une sous-application repose sur une analyse économique. Les résultats de cette analyse varient selon les pays et, de fait, les pays n'adoptent pas nécessairement les mêmes règles en matière économique (Evans, 2009^[10] ; Christiansen et Kerber, 2006^[11]). Lorsque la balance penche vers un probable abus de position dominante et que la durée et l'ampleur du préjudice seront plus significatives, ce document fait valoir que des règles simples facilitant les poursuites contre ce type de comportement se justifient *pour des motifs économiques*. C'est le cas dans de nombreux pays en développement (Cheng, 2020^[12]). D'ailleurs, le corpus grandissant de travaux de recherche pose également des questions relatives à l'équilibre entre surapplication et sous-application dans les pays avancés (Eeckhout, 2021^[13] ; Wu, 2018^[14] ; Philippon, 2019^[15] ; Baker, 2019^[16]).

1.2.1. Remarques sur les difficultés qui se posent dans les pays à revenu intermédiaire et les pays en développement

13. Plusieurs raisons expliquent que les pays en développement et les pays à revenu intermédiaire sont objectivement plus exposés aux abus de position dominante que les pays à revenu élevé (Roberts, 2012^[17] ; Brusick et Evenett, 2008^[18] ; Evans, 2009^[10] ; Hur, 2004^[19]). Bien que ces pays soient très différents les uns des autres, nous relevons simplement ici certaines caractéristiques clés concernant l'application pratique de tests de concurrence ainsi que la probabilité et les coûts d'une sous-application ou d'une surapplication afin de souligner ce qui les différencie nettement de systèmes juridiques tels que l'Union européenne (UE) et les États-Unis.

14. De nombreux pays en développement (mais évidemment pas tous) se caractérisent par des marchés assez petits et des niveaux de concentration plus élevés, en raison des économies d'échelle. Dans les très grandes économies comme les États-Unis et l'UE (qui sont en fait des exceptions), la présence d'entreprises dominantes dans les secteurs matures est bien moins probable car, du fait des économies d'échelle, il y aura sans doute au moins quelques concurrents. Dans des pays plus petits, la présence d'une entreprise dominante unique est plus probable dans des secteurs comme la chimie de base ou une partie de l'agroalimentaire (par exemple le broyage du blé et du sucre) qui requièrent d'importants investissements en capital et où les échelles industrielles efficaces minimales sont proches de la demande nationale totale (Tapia et Roberts, 2015^[20]). En raison de l'insuffisance des

infrastructures de transport, les marchés peuvent être localisés, même dans de nombreux pays en développement figurant parmi les plus étendus (Evenett, 2015^[21]).

15. Le soutien historique de l'État et l'accès au gouvernement ont couramment permis à de nombreuses entreprises dominantes de consolider leurs positions grâce à un traitement de faveur, notamment sous forme de licences, de réglementation et d'énergie et d'infrastructure de transport à prix préférentiel. Il arrive souvent que ces entreprises se trouvent aujourd'hui entre les mains de multinationales (Brusick et Evenett, 2008^[18]). Les effets du lobbying et du favoritisme, liant souvent les élites locales et les multinationales, sont très différents du fonctionnement d'une politique industrielle cohérente, qui cherche à apporter un appui temporaire pour développer les capacités et n'est pas contraire à la concurrence. En Chine et en Corée du Sud, les rivalités entre concurrents ont joué un rôle central dans l'attribution des aides au titre de la politique industrielle, ainsi que dans le maintien de la rivalité entre les grandes entreprises afin de promouvoir une discipline concurrentielle (Aghion et al., 2015^[22]).

16. Dans les grands marchés dotés d'institutions et d'infrastructures logistiques fonctionnelles, la domination a ainsi plus de chances de résulter de l'innovation que d'autres facteurs (comparativement aux pays en développement de taille plus modeste) et il n'est pas surprenant que de nombreux problèmes d'abus de position dominante survenus depuis une dizaine d'années dans les pays avancés aient concerné les plateformes numériques et des secteurs comme la pharmacie. S'agissant des plateformes numériques, les avantages conférés au premier entrant ont été renforcés par des effets de réseau et des centaines d'acquisitions réalisées par les principales entreprises mondiales (OCDE, 2020^[5]). Pourtant, les préoccupations relatives aux abus sont bien plus répandues dans d'autres pays et dépassent largement les secteurs innovants. Les questions de domination enracinée et de pouvoir de marché soulevées par les plateformes numériques s'appliquent bien plus largement dans les économies de nombreux pays à revenu intermédiaire et en développement.

17. Dans nombre de ces pays, les défaillances des marchés financiers, le coût plus élevé des transports et les barrières tarifaires et non tarifaires impliquent en outre que les marchés sont moins contestables. Il est plus difficile d'attaquer les grandes entreprises en place et les rentes qu'elles peuvent tirer de leur position sont plus élevées. Les décisions des autorités de régulation sont sans doute aussi moins transparentes, ce qui peut être exploité par les grandes entreprises ayant des connexions politiques (Vilakazi et Roberts, 2019^[23]).

18. Autrement dit, il est probable que le droit de la concurrence et les politiques en la matière aient *davantage* d'importance dans ces pays, où les autorités de la concurrence sont plus récentes et ont moins de ressources. Cependant, il est très difficile d'engager des poursuites et, dans la plupart des pays, très peu d'affaires ont été portées devant les autorités. De manière générale, les affaires d'abus de position dominante sont très contestées, demandent du temps et sont coûteuses, la décision finale intervenant souvent une dizaine d'années après le comportement en cause. C'est dans ce contexte que nous devons considérer les importants débats sur le rôle de l'analyse économique dans les affaires d'abus de position dominante (voir aussi Gerber ^[24], sur les difficultés propres aux pays en développement).

1.3. Rôle de l'économie

1.3.1. Problème fondamental posé par un fort pouvoir de marché et son exercice

19. Le pouvoir de marché imprègne toutes les transactions de marché en raison de caractéristiques intrinsèques, notamment les imperfections de l'information, les économies d'échelle et de gamme et les effets de réseau. Les vendeurs peuvent exploiter de maintes façons la plus grande disposition de certains consommateurs à payer et leur réticence à changer de fournisseur. En général, les marges qui en résultent sont faibles et ne sont pas nécessairement durables.

20. C'est la raison pour laquelle nous nous intéressons à l'exercice d'un pouvoir de marché substantiel et à la manière dont la *rivalité concurrentielle* réfrène ou ne réfrène pas cet exercice. Il est essentiellement question de raisonnement économique, et en particulier du domaine de l'organisation industrielle⁴. Les spécificités des secteurs d'activité et des marchés sont importantes, ce qui a amené des économistes à plaider pour une analyse au cas par cas dans l'application du droit de la concurrence et à recommander d'éviter les analyses uniquement fondées sur les parts de marché et le comportement.

21. L'économie est donc au cœur de la répression des abus de position dominante, mais conclure qu'une évaluation économique complexe passant par l'analyse de vastes corpus de données est indispensable pour statuer sur chaque affaire d'abus potentiel de position dominante serait une erreur. Exiger des analyses aussi complexes et gourmandes en données pourrait aboutir à un système ingérable. Les institutions publiques des pays à revenu intermédiaire et en développement, qui ont moins de moyens, sont nettement désavantagées. C'est l'analyse économique du préjudice causé par l'abus de position dominante qui plaide pour des tests pratiques pour déterminer si les profits sont uniquement dus à l'innovation, à la prise de risques dans les investissements, à la créativité et à l'effort ou, au contraire s'ils résultent d'un comportement qui met à profit la solide position de l'entreprise en place pour nuire à la concurrence et aux consommateurs. L'adoption d'hypothèses et le renversement de la charge de la preuve en fonction des circonstances procèdent de la rationalité économique. Il n'est pas raisonnable d'imposer des tests que les régulateurs ne seront sans doute pas capables de réaliser.

22. L'économie de la concurrence est devenue une « boîte à outils » analytique qui peut être utilisée pour comprendre les résultats de marché et le comportement des entreprises. Cette boîte à outils offre des menus de possibles théories de l'atteinte à la concurrence qu'il est possible de tester par rapport aux éléments dont on dispose, notamment les données obtenues auprès des entreprises concernées et dans leurs documents internes. La science économique est le cadre qui permet d'organiser et d'évaluer ces éléments.

23. En pratique, elle implique une approche itérative de résolution des problèmes, dans laquelle les informations sur le marché suggèrent des théories plausibles qui, à leur tour, peuvent inciter à recueillir des informations pour déterminer si les explications possibles – de logiques d'efficience et d'abus anticoncurrentiels – sont étayées par les faits. L'économie est une focale pour examiner ces problèmes (Tirole, 2017_[25]). Cette approche éclectique est une description plus honnête d'une grande partie des travaux des économistes, et ce d'autant plus lorsqu'on plonge les mains dans le cambouis du monde désordonné des marchés réels et des entreprises dont les stratégies évoluent constamment.

24. Les imperfections de marché telles que les asymétries d'informations et les économies d'échelle et de gamme, ainsi que les effets de réseau (expliqués dans les manuels cités plus haut) sont essentiels pour comprendre ces marchés. Le comportement stratégique des entreprises est analysé par le prisme de la théorie des jeux. Et l'ancrage des

règles de concurrence appropriées dans l'économie, y compris la mise en balance de facteurs importants, suppose de connaître les caractéristiques de l'économie en question.

1.3.2. Atteinte à la concurrence et préjudice aux consommateurs résultant d'un comportement abusif

25. Le préjudice causé aux consommateurs est particulièrement évident dans l'exploitation pure et simple du pouvoir de marché par des prix excessifs. Lorsque cette pratique est celle d'une entreprise en position super dominante ou quasi monopolistique, qui a peu de risques de voir son statut attaqué à court et moyen terme, l'autorité de la concurrence agit en fait comme un régulateur économique en dernier ressort et les techniques appliquées sont proches de celles de la régulation économique – déterminer l'ampleur des marges et des profits dégagés et leurs justifications possibles.

26. Dans ce document, nous nous intéressons davantage aux abus d'éviction, c'est-à-dire aux comportements qui nuisent aux consommateurs par une distorsion du processus de la concurrence. Évidemment, ce comportement permet à l'entreprise dominante de réaliser des bénéfices supraconcurrentiels, mais au lieu de renoncer à la possibilité d'une rivalité concurrentielle effective et de réguler directement les prix (et la qualité), l'autorité de la concurrence est chargée d'appliquer les règles pour une concurrence fonctionnelle en présence d'entreprises possédant un substantiel pouvoir de marché.

27. Le jeu du marché est bien plus complexe que les sports ; les règles ne peuvent donc être édictées qu'en termes très généraux, si bien qu'interpréter les règles en jeu dans l'application du droit de la concurrence peut revenir à établir les règles pour les marchés en question, compte tenu de leurs spécificités et des comportements découverts. Le préjudice pour les consommateurs est la justification ultime de la protection du processus concurrentiel mais il est intrinsèquement difficile, voire impossible, de prédire comment se déroule le processus dynamique de la concurrence. C'est la raison pour laquelle il est important de protéger la concurrence au lieu de fixer une norme qui demande d'anticiper les bénéfices pour les consommateurs en des termes autres que généraux.

28. Le processus concurrentiel encourage les idées nouvelles, les innovations et des modèles économiques inédits lorsque les concurrents s'affrontent. La relation positive entre la concurrence effective et l'innovation, qui est un domaine à part entière, recueille un consensus croissant, même si elle est difficile à évaluer (Aghion, 2021_[26])⁵. La question se pose avec acuité dans les préoccupations relatives à de possibles abus de position dominante par les plateformes numériques et a conduit à réviser les législations et les réglementations, notamment afin de désigner les plateformes comme des acteurs ayant un « statut stratégique sur le marché » (qualification proposée au Royaume-Uni mais non encore inscrite dans la loi) ou « une importance primordiale sur tous les marchés » (en Allemagne).

29. En outre, les bénéfices supraconcurrentiels résultant de l'exercice d'un important pouvoir de marché incitent les entreprises dominantes à protéger leurs positions et les rentes dégagées en exerçant d'autres formes d'influence, par exemple le lobbying et le financement d'organisations politiques, dans le but de fausser le processus démocratique. Inversement, des marchés ouverts et concurrentiels font partie intégrante des économies plus inclusives (North, Wallis et Weingast, 2009_[27] ; Acemoglu et Robinson, 2012_[28]). De nombreux pays en développement ont entrepris de bâtir des institutions publiques en partant d'une situation dans laquelle la richesse était concentrée entre les mains de petites élites au sein de partenariats ayant des intérêts commerciaux transnationaux concentrés. Leur défi est de générer de la concurrence en réduisant les barrières à l'entrée (Budzinski

et Beigi, 2015^[29] ; Vilakazi, Goga et Roberts, 2021^[30]). L'abus de position dominante n'est qu'une pièce du puzzle.

2. Cadre économique

2.1. Définition de la domination

30. On définit généralement la domination comme une forte capacité à agir indépendamment des concurrents, des clients et des fournisseurs. Cette définition n'est pas économique, car le pouvoir de marché implique d'exploiter la dépendance des clients, compte tenu des alternatives qui leur sont offertes. C'est le caractère substantiel de ce pouvoir de marché, dû au manque d'alternatives, qui est essentiel dans l'évaluation de la domination. Celle-ci peut être exprimée comme la capacité à réaliser des bénéfices élevés en pratiquant durablement des prix nettement supérieurs aux coûts, y compris à un rendement du capital raisonnable. Lorsqu'elles examinent une domination, les autorités peuvent axer leur analyse économique sur deux grands facteurs : les limites de la substituabilité et les barrières à l'entrée qui isolent l'entreprise en question des pressions concurrentielles (OCDE, 2020^[5]).

31. Dans la pratique, la définition du marché et la position que l'entreprise y occupe jouent un rôle essentiel dans cette analyse (voir, par exemple, OCDE (2012^[31])). La définition du marché peut être envisagée comme un exercice de cartographie des dimensions de la concurrence et des alternatives dans l'espace géographique et dans celui des produits. C'est donc un cadre permettant d'organiser les informations relatives au marché. Si le marché en question est bien défini, une part très forte et durable de ce marché est un puissant indicateur d'un pouvoir de marché substantiel, surtout si elle s'accompagne de profits supraconcurrentiels. Il faut veiller, dans la définition du marché, à éviter le sophisme du cellophane (« *cellophane fallacy* ») consistant à baser le test du monopole hypothétique (SSNIP) sur des prix dominants atteignant déjà des niveaux monopolistiques⁶. Il y a aussi un risque de circularité dans l'appréciation de la domination dans les affaires d'abus d'éviction en ce sens que si le comportement a pour effet de fortement restreindre la concurrence, il doit y avoir un marché sur lequel l'entreprise a un pouvoir de marché substantiel pour obtenir cet effet.

32. Certains pays ont fixé le seuil d'une part de marché dominante entre 35 % et 50 % dans la loi, tandis que d'autres donnent ces chiffres à titre indicatif (par exemple comme un signal pouvant néanmoins faire l'objet d'une évaluation complémentaire au cas par cas). Ce chiffre semble faible pour une domination unilatérale, car il implique qu'il pourrait aisément y avoir au moins un ou deux autres concurrents importants ayant des parts de marché substantielles, et nous devons nous préoccuper davantage d'un comportement coordonné si des résultats de marché anticoncurrentiels sont suspectés. Il faut d'abord rappeler que la domination n'est pas en elle-même un problème, ce n'est qu'un seuil pour examiner le comportement de l'entreprise et ses possibles effets anticoncurrentiels par rapport aux justifications déclarées. Ensuite, du point de vue économique, il est tout à fait possible que des entreprises aient un pouvoir de marché unilatéral dans des oligopoles étroits où il existe des ententes tacites ou une différenciation des produits, ce qui signifie qu'elles ne sont pas effectivement rivales. Deux ou trois entreprises peuvent avoir indépendamment des autres un comportement visant à évincer des concurrents plus petits et les entrants ainsi qu'à exploiter le pouvoir de marché résultant de l'entente tacite. Un seuil plus bas signifie que les autorités pourront au moins examiner ce comportement. Les parts de marché inférieures aux seuils sont en fait une « zone sûre »⁷. Certains États

considèrent également que des entreprises sont dominantes ensemble si des éléments font apparaître une coordination de leurs comportements.

33. Dans des circonstances normales, une position dominante ne devrait déclencher une enquête que si elle est durable ; si elle ne l'est pas, les profits élevés seront bientôt grignotés par des concurrents plus petits et les nouveaux entrants. Les barrières à l'entrée sont importantes, notamment en raison des accords passés par l'entreprise dominante pour protéger sa position ou élargir encore le « fossé économique » (le « *moat* » dans les termes de Warren Buffett, cité dans Eeckhout (2021^[13])). Celles-ci peuvent inclure entre autres des restrictions réglementaires à l'entrée, des limites posées à la capacité des consommateurs à changer de fournisseur et les effets de réseau (voir OCDE (2020^[5]) et OCDE (2005^[32]) pour une analyse plus détaillée).

34. Lors de la pandémie de Covid-19, plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et l'Afrique du Sud, se sont attaqués au gonflement des prix en tant qu'abus de position dominante alors même que le comportement était de courte durée et que les entreprises n'avaient pas nécessairement de fortes parts de marché (OCDE, 2020^[33]). Là encore, cette attitude puisait dans l'analyse économique plutôt que dans une approche reposant sur la forme (voir section 2.4 ci-dessous).

2.2. Facteurs contribuant au risque de comportement abusif

35. L'approche plus économique a été décrite comme un consensus « post-Chicago » émergent. Elle est fondée sur des modèles économiques démontrant qu'en présence d'information imparfaite ou d'économies d'échelle, des entreprises dominantes peuvent avoir à la fois l'incitation et la capacité à évincer des concurrents aussi efficaces, effectifs ou potentiels. Il est évident que la probabilité d'abus anticoncurrentiels et de plus grands préjudices en résultant est plus forte dans les territoires plus petits que l'Union européenne et les États-Unis, et dans ceux qui comptent des entreprises dominantes plus enracinées en raison de leur histoire économique (Fox, 2003^[34] ; Gal, 2009^[35] ; Fingleton et Nikpay, 2009^[36] ; Evans, 2009^[10]).

36. Outre les quasi-monopoles historiques, de nombreux petits pays en développement et à revenu intermédiaire se caractérisent par de plus fortes barrières à l'entrée – systèmes financiers plus fragiles et moins profonds et autres obstacles aux nouveaux entrants comme les difficultés à établir des réseaux de distribution et à assurer la fourniture des intrants, outre les facteurs déjà pointés tels que la relation entre les économies d'échelle et la taille du marché et un moindre développement de l'infrastructure de transport. Lorsqu'on examine les conditions dans lesquelles un capital risquerait financerait un entrant, les barrières à l'entrée du monde réel ont toutes chances d'être plus fortes qu'il ne paraît à première vue (Stelzer, 2008^[37]). En raison de ces facteurs, la domination est plus généralisée, plus persistante et moins contestable dans de nombreux pays à revenu intermédiaire et en développement. Le risque d'abus de position dominante y est donc plus élevé.

37. On peut penser qu'en pratiquant un prix supraconcurrentiel, l'entreprise dominante a plus de risques d'inciter de nouveaux acteurs à entrer sur le marché. Cependant, un entrant ne considère pas le prix actuel, mais le prix après l'entrée et les obstacles qu'il rencontrera pour établir la production, se constituer une clientèle et atteindre l'échelle et l'efficacité productive (Ezrachi et Gilo, 2009^[38]). L'entrant a sans doute des informations imparfaites sur le coût et l'efficacité de l'entreprise en place, celle-ci ayant une incitation à signaler qu'elle est efficace et que ses coûts sont bas. En outre, l'État peut avoir payé les coûts irrécupérables de l'entreprise en place lorsqu'il en était actionnaire ou avoir fourni une aide publique sous forme d'accès privilégié à l'infrastructure de transport, de fourniture

d'énergie et d'incitations à l'investissement, tandis que l'entrant n'est peut-être pas certain du délai qu'il faudra pour s'installer et des coûts associés.

38. Outre les facteurs affectant la probabilité des abus, et leurs coûts, les capacités et les compétences des institutions nationales doivent être prises en compte. Cela n'implique pas pour autant une approche minimaliste de l'application du droit de la concurrence, mais plutôt une évaluation approfondie pays par pays par rapport à ce qui est nécessaire pour des règles claires et gérables. Utiliser le même cadre d'analyse peut impliquer de pondérer autrement les considérations formant les tests appropriés compte tenu des conditions différentes et d'investir à des niveaux différenciés dans la détection et la répression.

2.3. Abus d'éviction

2.3.1. Théories du préjudice : capacité, incitation et effets

39. Il y a maintes façons par lesquelles une entreprise dominante peut chercher, par un comportement anticoncurrentiel, à saper des rivaux effectifs et potentiels. Elle pourrait par exemple tenter de bloquer l'accès des concurrents aux clients par des accords d'exclusivité ou bien monopoliser les intrants essentiels en intégrant verticalement les sources d'approvisionnement. Différents mécanismes sont possibles à cet effet en fonction de la nature du bien ou du service. Dans les boissons habituellement consommées froides, par exemple, l'exclusivité sur les réfrigérateurs pourrait avoir un effet d'éviction, de même que des rabais de fidélité proposés aux points de vente.

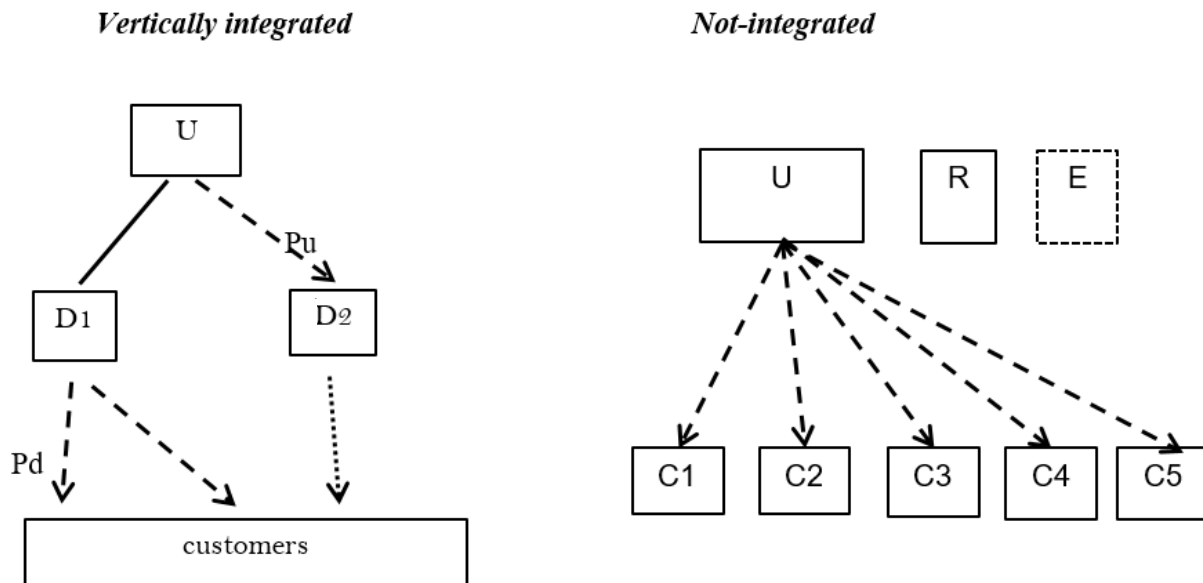
40. L'analyse économique est cruciale pour déterminer si l'entreprise dominante a la *capacité* de nuire à ses concurrents par un comportement anticoncurrentiel et l'*incitation* pour ce faire et s'il en résulte un *effet* anticoncurrentiel substantiel.

41. Un accord dont l'effet d'éviction peut sembler patent, comme le refus de fourniture d'un intrant, représente seulement la *capacité* d'une entreprise à évincer la concurrence en l'absence d'alternatives satisfaisantes. Les acheteurs peuvent menacer de contourner l'entreprise en se tournant vers une alternative telle qu'un produit importé. Mais si cette alternative est inférieure ou bien plus coûteuse pour les acheteurs (en raison des coûts de transport et d'autres inconvénients associés), l'entreprise sait que la menace des acheteurs est vaine et peut maintenir son refus (ou sa stratégie pour augmenter les coûts de ses concurrents).

42. Nous devons également nous demander pourquoi l'entreprise peut refuser de fournir l'intrant alors que ce refus diminue son chiffre d'affaires, c'est-à-dire quelle est l'incitation anticoncurrentielle à se comporter ainsi par rapport à d'autres justifications. Et y a-t-il un *effet* probable important sur la concurrence ?

43. Nous pouvons distinguer les types d'accords selon que l'entreprise dominante est verticalement intégrée ou non. Si elle n'est pas verticalement intégrée, elle peut chercher à barrer l'accès de ses concurrents aux clients ou aux fournisseurs, tandis que si elle est verticalement intégrée, c'est à la fois un fournisseur et un concurrent verticalement intégré de ses concurrents. Ces cas de figure sont représentés sous la forme simplifiée de deux niveaux de marché au graphique 1. Cependant, les chaînes de valeur comportent naturellement de nombreux niveaux avec des degrés variables d'intégration et de pouvoir de marché. Lorsqu'une entreprise dominante non verticalement intégrée cherche à évincer ses concurrents du marché (c'est-à-dire ses concurrents effectifs ou potentiels dans une relation horizontale), elle peut le faire par des accords verticaux comme des accords d'exclusivité avec des clients (ou des fournisseurs) par lesquels elle incite ceux-ci à consentir aux conditions.

Graphique 2.1. Éviction avec et sans intégration verticale



Traduction du graphique :

Vertically integrated : Verticalement intégrée

Not-integrated : Non intégrée

U : Am

D1 : A_{V1}D2 : A_{V2}P_u : P_{am}P_d : P_{av}

customers : clients

R : R

E : E

C1, C2 etc. : idem

44. Lorsqu'une entreprise détient à la fois l'intrant en amont indispensable (Am) et un vendeur en aval (A_{V1}), elle peut poursuivre plusieurs stratégies pour saper ses concurrents non intégrés. Elle peut refuser de vendre à A_{V2} (ou en quantités limitées, ce qui nuit à l'échelle de A_{V2}), pratiquer un prix élevé P_{am} qui implique que A_{V2} n'est pas rentable compte tenu du prix aval P_{av} (une compression des marges) ou fournir à des conditions moins favorables et à une qualité dégradée (OCDE, 2013^[39]).

45. Notons qu'il existe des situations analogues dans les plateformes numériques où les entrants et les petits rivaux concurrencent l'offre d'une plateforme à un certain niveau (comme fournir un outil d'achat comparatif en ligne) tout en dépendant de la plateforme elle-même, par exemple pour la recherche de clients potentiels directs pour l'offre en ligne (OCDE, 2020^[5]; Furman et al., 2019^[40]; Scott Morton et al., 2019^[41]; Cremer, de Montjoye et Schweitzer, 2019^[42]) (Furman et al., 2019^[40]).

46. Les modèles d'éviction dépendent habituellement d'économies d'échelle ou d'informations imparfaites, les deux étant clairement souvent présentes. Si l'information

est imparfaite, l'entreprise en place est incitée à se forger une réputation par son comportement ou bien elle peut chercher à signaler par celui-ci que ses coûts sont plus bas et qu'elle est plus efficiente qu'elle ne l'est en réalité. Les économies d'échelle impliquent qu'un entrant doit pouvoir se constituer une clientèle suffisante pour être compétitif et que les entreprises en place peuvent avoir la capacité et l'incitation à évincer des concurrents plus modestes avant qu'ils deviennent une menace (Fumagalli, Motta et Calcagno, 2018^[43]). Lorsque l'information est imparfaite et que la stratégie de marque et la réputation sont importantes, les clients peuvent hésiter à changer de fournisseur et les concurrents plus petits auront sans doute des difficultés à lever les fonds nécessaires. En dernier ressort, la pertinence des différents cadres d'analyse dépend des caractéristiques du marché étudié.

47. Lorsque l'entreprise dominante n'est pas intégrée, elle peut employer différents moyens pour empêcher ses rivaux et les entrants (R, E) d'accéder aux clients (C1 ... C5) et réduire la capacité de ses rivaux à atteindre l'échelle nécessaire pour être compétitifs sur les coûts. L'entreprise Am peut adopter diverses stratégies pour dissuader les clients de traiter avec ses concurrents ou restreindre cette possibilité, par exemple en amenant les clients à signer des accords d'exclusivité ou en obtenant un résultat similaire par des rabais de fidélité.

48. Les stratégies d'éviction ciblées sur les entrants et les concurrents peuvent comporter des coûts (ou impliquer une renonciation à des profits) pour l'entreprise en place. C'est particulièrement évident dans les prix d'éviction qui consistent, dans le cas d'école le plus simple, à réduire les prix aujourd'hui pour pouvoir se rattraper demain. On peut se demander si le comportement « n'a aucune justification économique » hormis une logique anticoncurrentielle.

2.3.2. Abus d'éviction commis par des entreprises verticalement intégrées

49. L'intégration verticale des activités en amont (Am) et en aval (Av_i) permet généralement de réaliser des gains d'efficacité en coordonnant les opérations, en réduisant les coûts de transaction et en alignant les incitations⁸. Un certain degré d'intégration verticale favorise l'investissement et la compétitivité de la chaîne dans son ensemble. Elle implique aussi que l'entreprise intégrée a un pouvoir sur ses concurrents non intégrés s'il n'existe pas d'autre source d'intrant satisfaisante (lequel intrant doit lui-même être nécessaire ou indispensable). Autrement dit, une entreprise en amont dominante peut évincer les concurrents de sa filiale en aval du marché où elle n'est peut-être pas dominante. Néanmoins, la logique de ce comportement est probablement de protéger ou d'accroître le pouvoir de marché en amont. L'analyse économique des marchés amont et aval est essentielle pour comprendre où cette situation existe, notamment en fonction des alternatives et de la concentration en amont.

50. L'application des nouveaux développements de l'économie dans les affaires a fait évoluer le traitement de l'éventail d'accords ayant un effet potentiel d'éviction, aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale. La présomption d'efficacité retenue pour les accords conclus par des entreprises dominantes dans certains États comme les États-Unis se fondait sur la reconnaissance des coûts de transaction et des avantages de l'alignement des incitations ; toutefois, elle ne tenait pas correctement compte des incitations à renforcer les barrières à l'entrée ni de l'ampleur de l'atteinte à la concurrence qui pouvait en découler. Elle reposait sur des hypothèses de marchés contestables qui méconnaissaient les imperfections de l'information et leurs implications pour les marchés financiers et le comportement des consommateurs.

51. De même, l'argument selon lequel l'entreprise pourrait réaliser le seul profit de monopole possible (« *one monopoly profit* ») du fait de sa position en amont sans avoir besoin de saper la concurrence en aval ne vaut que dans des situations très précises. À titre

d'exemple, il écarte par hypothèse la négociation dans le contexte d'une information imparfaite. Le monopoliste en amont peut connaître des problèmes d'engagement s'il maintient le prix de monopole lorsque les acheteurs savent qu'il a une incitation à appliquer un rabais sur des ventes supplémentaires, tandis que les acheteurs peuvent menacer de se tourner vers des alternatives imparfaites. Le comportement d'éviction, comme les accords d'exclusivité ou d'autres dispositifs incitatifs, peut renforcer l'engagement du monopoliste et affaiblir la capacité des acheteurs à se tourner vers des alternatives. En outre, il est possible, dans certaines conditions, que l'entreprise ne puisse pas réaliser le seul profit de monopole possible avec des tarifs linéaires en amont en présence d'une concurrence imparfaite en aval (Motta, 2004_[44]). Dans ces circonstances, il n'est pas possible de tirer toutes les rentes sans exercer un pouvoir de marché en aval.

52. Les évolutions de la politique de la concurrence observées à partir du milieu des années 2000 (voir Fumagalli (2018_[43])) reconnaissent que dans le monde réel, il existe une forte possibilité de comportement stratégique par des pratiques d'éviction⁹. Étant donné l'existence des économies d'échelle et de gamme, l'imperfection de l'information et les effets de réseau, de nouveaux modèles macroéconomiques ont décelé des situations dans lesquelles des entreprises dominantes peuvent à la fois être incitées à évincer des concurrents efficaces ou potentiellement efficaces et avoir les moyens de le faire (voir Fumagalli (2018_[43]) et Rey (2007_[45])).

2.3.3. *Éviction par une entreprise dominante non intégrée*

53. Une entreprise dominante non verticalement intégrée peut avoir un effet d'éviction sur ses concurrents si elle peut s'arroger une fraction suffisamment importante du marché aval, caractérisé par de nombreux acheteurs non coordonnés et des frais fixes élevés, pour empêcher ses concurrents d'être compétitifs sur les coûts.

54. Différents moyens permettent d'enfermer les clients et d'empêcher que les concurrents y aient accès. Des **accords d'exclusivité** pourraient être trouvés avec les acheteurs ou un résultat similaire pourrait être obtenu par des dispositifs de rabais, de sorte que les clients sont effectivement prisonniers du fournisseur dominant en amont. Notons que ces accords doivent entraîner une éviction complète de la totalité du marché pour élever les coûts des concurrents et porter atteinte à la concurrence. L'atteinte peut résulter d'accords qui ne garantissent pas une exclusivité pure et simple sur l'ensemble du marché mais peuvent comprendre des conditions d'exclusivité imposées sur l'espace de rayonnement ou le matériel (comme les réfrigérateurs) ou certains points de vente¹⁰, et des prix différenciés pour les achats auprès de l'entreprise dominante par rapport aux concurrents¹¹.

55. Une entreprise dominante peut aussi tenter d'établir des incitations puissantes pour les clients à acheter et promouvoir ses marques et à évincer les concurrents, par exemple par des **rabais de fidélité**. Les effets de cette stratégie dépendent de nombreux facteurs, notamment si l'entreprise en place a des marques « incontournables », s'il existe une base de chiffre d'affaires non contestable et la taille de cette base (O'Donoghue et Padilla, 2020_[46] ; Federico, 2013_[47]). Le vendeur peut donc opérer une discrimination « infra-client », entre différentes unités achetées par le même client. Les autres facteurs sont les caractéristiques des régimes telles que leur individualisation ou absence d'individualisation, leur caractère rétrospectif ou non, et la durée des accords.

56. **La vente liée** ou **groupée** de produits implique qu'un concurrent ne pourra peut-être pas exercer une concurrence en ne fournissant qu'un seul des produits. L'entreprise en place pourra peut-être mettre à profit, dans le produit contestable, sa position dans le produit non contestable, bénéficiant de ses ventes assurées dans le produit ou le segment de marché non contestable pour barrer la route au concurrent là où il peut autrement exercer une concurrence efficace. La vente liée consiste pour le vendeur du produit A (le produit

« liant ») à imposer à certains acheteurs de ce produit ou à tous d'acheter également un produit B séparé (le produit « lié »). Le produit B, qui peut être proposé par le vendeur séparément, est disputé par les rivaux (effectifs ou potentiels). Dans la « vente liée pure », les produits sont exclusivement proposés ensemble par l'entreprise en place et aucun n'est fourni seul, même lorsque les concurrents peuvent proposer un des produits. Dans la vente liée mixte, les produits sont proposés ensemble ou séparément, mais le prix ou d'autres conditions sont nettement plus favorables lorsque l'achat est groupé.

57. Bien entendu, le moyen le plus simple d'enfermer les clients est de leur proposer des prix extrêmement attractifs sur lesquels les concurrents ne peuvent pas s'aligner. Cette stratégie peut évidemment profiter au client ; cependant, si les concurrents sont évincés et que l'entreprise en place peut augmenter ses prix et pratiquer des prix de monopole après leur éviction sans que de nouveaux entrants puissent les modérer, les prix bas à court terme pourraient être une stratégie de **prix d'éviction**. Comme le risque qu'une autorité de la concurrence sanctionne des prix bas, les affaires de prix d'éviction sont rares, car en principe, une entreprise dominante peut poursuivre des stratégies d'éviction bien plus attractives, c'est-à-dire des stratégies qui n'impliquent pas un sacrifice d'une telle ampleur sur les profits à court terme.

58. En général, les entrants et les concurrents de petite taille peuvent exercer une concurrence plus efficace sur un segment de la demande, tandis que le risque qu'une clientèle change de fournisseur est beaucoup plus faible, au moins tant que le concurrent n'est pas mieux établi. L'entrant sera alors plus capable de migrer vers la fourniture de marchés plus larges ou apparentés. Il est bien plus intéressant pour l'entreprise dominante de cibler la fraction contestable de la demande et d'employer aussi plusieurs stratégies se confortant l'une l'autre. En outre, les grandes entreprises en place auront sans doute déjà modelé le ou les marchés de diverses manières afin de le rendre plus difficile pour les petits concurrents, par exemple en faisant de la publicité et en configurant la distribution (Church et Ware, 2000^[48]).

59. Si l'entrée est plus facile sur un segment de clientèle ou de produits, le comportement peut être **ciblé** – en employant une « marque de combat » à prix inférieur, en groupant le produit pour ce segment ou en incitant les consommateurs sur ce segment, par des rabais de fidélité, à ne pas traiter avec les concurrents. Bien que ces stratégies puissent avoir un coût pour l'entreprise dominante (sous forme de sacrifice des profits à court terme), il est bien plus faible lorsqu'elles sont ciblées et que l'entreprise récupère sa mise en continu en protégeant ses profits sur le marché principal. Cela conforte les théories du préjudice dans les affaires Microsoft relatives aux navigateurs et aux serveurs, ainsi que dans les affaires *Intel* et *Cardiff Buses* (voir Encadré 3.4, ci-dessous)¹². Dans chacune de ces affaires, un entrant capable de développer une clientèle pourra contester l'hégémonie de l'entreprise en place sur un domaine plus large, que ce soit dans le système d'exploitation de l'ordinateur, en proposant davantage d'itinéraires d'autobus ou en atteignant l'échelle nécessaire pour exercer une concurrence dans le domaine des puces informatiques.

2.3.4. *Évaluation – analyse économique*

60. Des comportements multiples et diversifiés, en fonction des conditions de marché et des conditions sectorielles, peuvent poursuivre le même objectif. L'abus d'éviction peut impliquer de multiples accords dont certains sont interchangeables et d'autres sont complémentaires et se renforcent mutuellement. Les grandes entreprises rompues à toutes les subtilités font naturellement évoluer leur comportement et leurs stratégies sur de multiples marchés, et sur des produits et des segments de clientèle différenciés.

Interchangeabilité

61. Du point de vue économique, un comportement qui peut apparaître différent à première vue peut être interchangeable et les entreprises peuvent dissimuler leurs agissements effectifs si on ne procède pas à un examen approfondi des mécanismes en jeu. Si l'on s'attache aux comportements classiques correspondant aux cas d'école, on ne détectera sans doute que les comportements adoptés par des entreprises naïves qui auraient pu fixer d'autres conditions, plus subtiles. En fait, si l'on suppose que des entreprises ont un comportement visant réellement à évincer les concurrents et qu'elles voudront dissimuler leurs intentions, il ne faudra sans doute pas s'attacher aux pratiques déclarées mais aux accords conçus pour atteindre les résultats d'éviction¹³, ce que nous pouvons illustrer par deux exemples.

62. Premièrement, un refus de fourniture catégorique peut déclencher des signaux d'alarme lorsqu'une entreprise est le fournisseur quasi monopolistique d'un intrant indispensable. Toutefois, ce même comportement peut consister à fixer des prix ou d'autres conditions tels qu'ils compromettent la viabilité de tout acheteur potentiel (une « compression des marges » – voir OCDE (2009_[49])), ce qui constitue en fait un refus implicite. Les autorités de la concurrence doivent pouvoir démêler rapidement ces situations.

63. Deuxièmement, des exigences d'exclusivité pures et simples de la part de l'entreprise dominante pourraient susciter des questions immédiates et demander une justification. L'intégration, dans les contrats, de rabais payés rétrospectivement à la réalisation de certains seuils fixés pour des clients individuels de sorte que ceux-ci doivent en fait acheter la quasi-totalité de leurs besoins au fournisseur pour atteindre l'objectif peut avoir le même effet que l'exclusivité. En outre, face à l'attention portée par les autorités à ce type de « rabais de fidélité », les entreprises les ont présentés de diverses façons, telles que des « rémunérations de croissance », qui donnent l'impression qu'ils encouragent les efforts alors qu'en réalité ils pourraient être exactement identiques du point de vue de l'exclusivité de fait qui en résulte.

Complémentaires et se renforçant l'une l'autre

64. Les effets du comportement dépendent des conditions de marché, qui ont elles-mêmes été modélées par l'entreprise dominante. Ainsi, par exemple, les préférences des consommateurs et les investissements en publicité requis pour établir la notoriété de la marque résultent des stratégies publicitaires et de marketing des grandes marques. De même, les modèles de distribution et de conditionnement sont fixés par les principales entreprises en place, souvent sur des produits apparentés pour des entreprises multiproduits. Certes, un entrant ou un petit concurrent peut chercher à bousculer les modèles établis, mais lorsque les grossistes et les détaillants ont certaines méthodes de travail et que les consommateurs y sont habitués, il faudra livrer une rude bataille pour se faire une place, surtout sur une seule ligne de produits ou sur un seul segment de marché. Les accords qui érigent des barrières à l'entrée et à l'expansion des concurrents peuvent ne pas paraître excluants de prime abord, mais ils peuvent constituer un investissement rentable pour l'entreprise en place s'ils creusent le fossé économique.

65. L'intégration verticale peut réaliser des gains d'efficacité tout en accroissant les leviers actionnables pour nuire à la concurrence lorsque l'entreprise a un fort pouvoir de marché à un ou plusieurs niveaux du marché. L'une des leçons de l'analyse économique des fusions est l'intérêt de l'acquisition de concurrents potentiels pouvant venir de marchés en amont, en aval ou adjacents. L'intégration verticale peut aussi aider à modérer les

marchés à de multiples niveaux et accroître les risques pour un entrant (et ceux qui le soutiennent financièrement).

66. Pour une entreprise dominante fermement établie, il est judicieux d'évaluer en continu les menaces potentielles des concurrents, les segments de marché où les coûts d'entrée seront les plus bas et l'éventail des mécanismes susceptibles de décourager cette entrée ou de la rendre plus coûteuse. Un ensemble de comportements est sans doute plus efficace et moins coûteux qu'un comportement unique. Une exclusivité limitée, par exemple, peut être plus efficace pour un canal de distribution, tandis que les rabais peuvent être ciblés sur de gros clients qu'il serait important de capter pour la réputation d'un entrant (voir **Error! Reference source not found.** pour un exemple d'accords combinés conclus par Unilever au Chili dans la lessive en poudre qui prévoyaient des conditions d'exclusivité, des rabais, le paiement de l'espace de rayonnage, des frais de publicité et la prolifération des marques). D'autres clients importants pourraient se voir proposer des conditions attractives pour des produits groupés lorsque le concurrent est présent sur un seul produit. Ce type de comportement pourrait bien garantir qu'il faudra beaucoup plus de temps à un entrant pour atteindre l'échelle minimale efficace et que ses coûts moyens seront de ce fait plus élevés. L'influence sur le prix d'intrants essentiels peut ajouter aux coûts variables de l'offre.

67. Parallèlement, l'entreprise en place vise naturellement à réduire ses coûts et à gagner en efficacité, et un comportement d'éviction peut aussi avoir une apparente logique d'efficacité. Ce n'est pas la même chose que le comportement requis pour réaliser un gain d'efficacité – des accords moins restrictifs pourraient sans doute permettre ces gains d'efficacité, mais en l'absence de concurrence effective, il y aura sans doute un préjudice pour les consommateurs, notamment l'absence de réponse à leurs besoins. La boîte à outils de l'économie est essentielle pour démêler ces différents aspects.

68. En dernier ressort, la pertinence des différents cadres d'analyse dépend des faits du marché étudié et d'une analyse rigoureuse du comportement de l'entreprise. Les entreprises en place peuvent étouffer la concurrence et protéger leurs bénéfices à plus long terme par différentes stratégies d'éviction, qui peuvent être substituables dans une certaine mesure ou se conforter mutuellement.

69. Les effets combinés des accords, notamment l'influence historique exercée par les entreprises en place sur la configuration des marchés, sont une des raisons pour lesquelles les autorités de la concurrence considèrent aujourd'hui les enquêtes de marché comme un important domaine. Grâce aux enquêtes, une évaluation plus complète peut être entreprise et des mesures correctives recommandées¹⁴ (et appliquées, en fonction des pouvoirs dans l'État en question – voir OCDE (2006_[50]) pour une analyse des mesures correctives dans les affaires d'abus de position dominante).

2.4. Abus d'exploitation : prix excessifs

70. Les autorités de la concurrence ont été prudentes face aux affaires de prix excessifs, car elles impliquent en fait que leur rôle devient celui d'un « régulateur en dernier ressort » pour réfréner directement l'exploitation d'un pouvoir de marché en l'absence de concurrence effective au lieu de protéger la concurrence (voir, par exemple, OCDE (2011_[51])). Cependant, depuis la crise financière, l'autocorrection des marchés suscite davantage de scepticisme (Davis et Mani, 2018_[52]). Les prix des produits pharmaceutiques ont été à l'origine d'affaires retentissantes en Europe. Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, plusieurs autorités de la concurrence se sont attaquées au gonflement des prix en tant qu'exploitation abusive d'une position dominante ; les prix excessifs ont donc pris une position plus centrale ces dernières années. Certains pays en développement,

notamment l’Afrique du Sud, ont connu plusieurs grandes affaires de prix excessifs et de gonflement des prix pendant la Covid-19. Nous en présentons un panorama synthétique ici¹⁵.

71. Une grande partie des ouvrages et de la jurisprudence sur les prix excessifs part de l’affaire *United Brands*, dans laquelle la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) a établi un test à deux branches pour apprécier si « le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu’il n’aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace »¹⁶. La CJUE a relevé que les économistes pourraient bien proposer d’autres tests pour établir l’existence de prix injustement élevés (voir aussi Jenny, (2018_[53])). Les deux branches du test sont les suivantes :

1. L’écart entre le prix effectivement pratiqué et le coût effectivement supporté est-il excessif ? Dans l’affirmative :
2. Un prix a-t-il été imposé qui est : i. inéquitable au niveau absolu ? Ou ii. inéquitable par comparaison aux produits concurrents ?

72. Le caractère excessif implique d’évaluer ce qui serait attendu dans des conditions de concurrence effective et donc de considérer des contrefactuels appropriés. Ce test d’hypothèse aide à examiner l’écart entre la marge et le coût, il est aussi au cœur des actions menées en matière de prix d’exploitation à court terme pendant la Covid-19. Il implique une analyse économique du ou des marchés considérés. Une rémunération du capital investi est normalement incluse dans l’évaluation des coûts, mais quelle rémunération supérieure à celle-ci considère-t-on comme excessive ? Cela demande un jugement de valeur dans lequel l’analyse économique est un intrant.

73. Les comparateurs peuvent jouer un rôle important dans l’examen des contrefactuels appropriés. Il faut toutefois qu’il existe des comparateurs appropriés, où les coûts sont similaires et les marchés peuvent être jugés effectivement concurrentiels. Ces comparateurs peuvent être (voir (Motta et de Streel, 2006_[54])) :

- Les prix de la même entreprise pour un produit essentiellement identique sur des marchés différents (après correction au titre des coûts du transport et des coûts associés dans le cas de marchés géographiques différents), à différents moments ou pour des clients différents du même marché. Il faut y inclure les prix du produit vendu sur les marchés à l’exportation.
- Les prix de produits identiques ou similaires sur des marchés concurrentiels, vendus par différentes entreprises, comme les comparateurs internationaux.

74. Les affaires concernant des produits pharmaceutiques se caractérisent généralement par des barrières à l’entrée et des marges fortes. Les produits pharmaceutiques résultent d’investissements en recherche-développement dont la rentabilité est très incertaine et où il n’est pas possible d’affecter les investissements à des produits spécifiques. Ces difficultés sont illustrées dans l’affaire *Phenytoin* ouverte par l’autorité de la concurrence britannique, la Competition and Markets Authority (CMA), contre Pfizer et Flynn Pharmaceuticals. La CMA s’est penchée sur des hausses apparemment abusives du prix d’un médicament dont le brevet avait expiré ; le prix n’était plus réglementé, bien que le médicament ait été classé comme générique lorsqu’il était fourni par Pfizer pour distribution exclusive au Royaume-Uni par Flynn. Le prix est passé de 2.83 GBP à 67.50 GBP en 2012, pour revenir à 54.00 GBP en 2014. Les indications cliniques étaient qu’il ne fallait pas modifier le traitement des patients atteints d’épilepsie qui prenaient ce médicament. La CMA s’est principalement basée sur l’évaluation du prix de revient majoré avec une marge bénéficiaire en pourcentage. L’affaire est en cours et le

CAT, le tribunal d'appel en matière de concurrence, l'a renvoyée devant la CMA pour une évaluation du contexte plus général du marché, des comparateurs et de la valeur économique (voir Davis et Mani, 2018). Étant donné la nature du secteur, les vides juridiques qui avaient permis ce comportement, certains auteurs se sont demandé si une enquête de marché n'aurait pas été plus appropriée. Toutefois, la CMA ouvre de nouvelles affaires dans le domaine. On trouvera d'autres détails sur les affaires de prix excessifs sur les marchés des produits pharmaceutiques et sur leurs difficultés dans OCDE (2018_[55]).

75. En Afrique du Sud, plusieurs affaires de prix excessifs ont été ouvertes, concernant des secteurs matures largement dominés par une seule entreprise en raison des économies d'échelle, des barrières à l'entrée et des coûts de transport. La position de ces entreprises n'était pas le fruit d'innovations et de prises de risques, elle était héritée de leur ancien statut d'entreprise publique et du soutien que l'État leur avait alors apporté. De nombreux éléments économiques et financiers ont été produits dans les affaires Mittal et SCI concernant les contrefactuels appropriés à considérer, les comparateurs et les évaluations de coûts (Mncube & Ngobese, 2019 ; Mondliwa & Roberts, 2019).

2.4.1. Prix excessifs dans des circonstances exceptionnelles – gonflement des prix dans le contexte de la Covid-19

76. Début 2020, au début de la pandémie, la demande de produits essentiels a bondi tout autour du monde et les prix se sont envolés.

77. La pandémie et les directives publiques de distanciation sociale qui l'ont accompagnée ont modifié le comportement des consommateurs, qui ont fait leurs courses plus près de chez eux, ont moins pris les transports en commun (ce qui a eu un impact sur ceux qui n'ont pas de voiture) et ont réduit le nombre de points de vente qu'ils fréquentaient, car les règles de distanciation sociale imposaient aux distributeurs de limiter l'accès de la clientèle et créaient de longues queues à l'extérieur des magasins. Les incertitudes générées par la rareté effective ou perçue de biens essentiels ont pu accroître la disposition des consommateurs à payer et ont amené ceux dont le revenu disponible était plus élevé à acheter plus que ce dont ils avaient besoin pour couvrir leurs besoins réguliers, ce comportement de stockage accentuant la rareté.

78. Cette situation a réduit la concurrence au niveau des commerces locaux et certains distributeurs ont pu avoir un pouvoir de marché substantiel, quoique passager. Si des prix élevés incitent les fournisseurs à se développer rapidement, il n'y a sans doute guère de raison de s'inquiéter car les corrections du marché impliquent que le préjudice subi par le consommateur est de courte durée. Une intervention visant à freiner les hausses de prix peut décourager l'adaptation de l'offre. Cependant, en privant potentiellement les consommateurs vulnérables d'accès à des produits essentiels, le préjudice causé par le gonflement des prix peut être considérable même si les prix élevés n'ont duré que quelques semaines (Jenny, 2020_[56]).

79. Les autorités de la concurrence sont intervenues dans certains pays comme le Kenya, l'Afrique du Sud et le Royaume-Uni, mais pas dans d'autres. En Afrique du Sud et au Royaume-Uni, des enquêtes ont été ouvertes au titre des dispositions relatives à l'abus de position dominante tandis qu'au Kenya, la loi protégeant les consommateurs a été invoquée. On a reproché à cette action de décourager l'adaptation de l'offre et de mal interpréter le rôle des signaux de marché. Un grand nombre d'affaires ont été ouvertes en Afrique du Sud tandis qu'au Royaume-Uni, la CMA a suivi les évolutions du marché et clos les enquêtes à la suite de baisses des prix appropriées.

80. Dans chaque pays, les affaires concernaient principalement les tarifs de détail, dont l'augmentation était nettement supérieure à celle des prix de gros (voir Fung (2021) pour

le Royaume-Uni et Boshoff (2021) pour l'Afrique du Sud). Les problèmes d'approvisionnement et de pénurie n'étaient pas contestables, mais les hausses de prix en cause, supérieures à l'augmentation des coûts des intrants, montraient que les détaillants locaux exploitaient la situation. Une intervention contre des marges de détail excessives, et non contre des hausses de prix consécutives à l'augmentation des coûts de production ou d'importation, a peu de chances de réduire les incitations des producteurs à se développer. En outre, l'adaptation des fournisseurs n'est pas basée sur des hausses de courte durée des prix locaux mais sur les prix de gros qu'ils anticipent au moment où ils pourront commercialiser leurs produits. En termes économiques, les coûts (coûts de gros effectifs), les comparaisons (autres marchés locaux avec davantage de concurrence) et les impacts sur l'offre ont tous été examinés.

3. Analyse économique et éléments probants dans les affaires d'abus d'éviction

81. Chaque affaire d'abus de position dominante est différente et il est indispensable d'effectuer une analyse au cas par cas. Les types d'analyse quantitative et qualitative qui seront pertinents pour une affaire dépendront des caractéristiques du marché et des comportements examinés. Ils dépendront aussi des données disponibles, notamment des éléments recueillis auprès des entreprises. Les économistes jouent un rôle essentiel dans le cadrage des analyses et la détermination des données nécessaires à exiger. Nous nous intéressons, dans cette partie de la note d'information, aux difficultés pratiques posées par les abus d'éviction, car ils tiennent une place centrale dans le mandat des autorités de la concurrence (et sachant, d'autre part, que le contrôle des prix excessifs représente un rôle quasi réglementaire qui ne s'applique pas dans tous les pays).

3.1. Raisonnement et méthodologie

82. L'enjeu central est de distinguer le comportement caractéristique d'une concurrence sur le fond de celui qui constitue un abus de position dominante anticoncurrentiel (normalement défini comme un comportement qui porte potentiellement atteinte à la concurrence). Et, s'il est démontré que le comportement peut porter atteinte à la concurrence, de déterminer s'il pourrait être justifié par des logiques d'efficacité lorsque les gains d'efficacité ne pourraient pas être réalisés de manière moins anticoncurrentielle. Nous supposons que l'entreprise a été jugée dominante, notant ici l'élément de circularité : si l'entreprise est capable d'avoir un important effet anticoncurrentiel par un comportement unilatéral, alors elle doit avoir le pouvoir de marché pour ce faire. Inversement, si le préjudice potentiel pour la concurrence est assez faible, c'est peut-être parce qu'en fait, l'entreprise n'a pas le pouvoir de marché substantiel qu'elle semblait avoir dans l'analyse initiale.

83. Par nature, une enquête sur une allégation d'abus de position dominante part normalement d'une plainte exposant en quoi le plaignant pense avoir subi un préjudice et qui, selon lui, en est à l'origine. Cette plainte ne présentera sans doute pas une théorie claire du préjudice en économie de la concurrence et, en tout état de cause, elle ne présente qu'une situation perçue par le plaignant. En général, celui-ci ne sait pas comment l'entreprise traite les autres parties et il ne connaît donc pas l'ampleur de l'atteinte à la concurrence, par opposition au préjudice subi par un concurrent individuel. Plus fondamentalement, la plainte peut se tromper de cible. L'accord pourrait favoriser certaines entreprises en aval par rapport à d'autres (comme le plaignant), mais la justification anticoncurrentielle fondamentale est en fait de saper la concurrence horizontale en aval sur le marché sur lequel l'entreprise fournisseur a une part majoritaire. La plainte relative à un traitement différencié peut faire une présentation inexacte de la nature de l'atteinte à la concurrence si elle voit l'impact collatéral en aval comme le préjudice central (qui est en fait en amont).

84. Il est possible également qu'un plaignant porte une accusation d'abus unilatéral de position dominante (par exemple, pour une compression des marges) alors qu'en fait l'atteinte à la concurrence résulte d'une collusion. La raison pour laquelle un seul fournisseur peut être disposé à établir un devis (par exemple pour une certaine qualité ou pour une région géographique) peut être une entente visant à partager le marché. Des questions relatives à une domination unilatérale peuvent se poser lors de l'analyse des marchés mais cela ne veut pas dire que le comportement d'éviction est absent.

85. Les autorités peuvent souhaiter ouvrir une enquête pour abus de position dominante même si elles n'ont pas reçu de plainte. Ainsi, par exemple, les entreprises qui dépendent d'une entreprise dominante pour des intrants essentiels peuvent hésiter à porter plainte par

crainte de représailles. Le risque de représailles peut être particulièrement élevé si les entreprises lésées ont des contacts avec l'entreprise dominante sur plusieurs marchés.

86. Il est donc important de prendre du recul, d'analyser les faits relatifs aux marchés et de se demander à quels niveaux et sur quels marchés le pouvoir de marché se situe (et serait protégé). C'est indispensable pour déterminer comment établir la sélection initiale des théories du préjudice et le plan d'analyse économique, y compris les données à collectées. Les données complémentaires recueillies permettront de mieux comprendre les mécanismes du marché et les méthodes de commercialisation des produits en question employées par l'entreprise dominante pour différents segments de clientèle. Il faudra peut-être compléter les théories du préjudice et affiner le champ des investigations. L'adoption rigide d'une approche linéaire n'est possible qu'en écartant par hypothèse la complexité et le désordre des marchés du monde réel et les incitations qu'ont les entreprises à adopter des formes de comportement multiples et évolutives.

87. L'appréciation de la capacité d'éviction, la modélisation des incitations et l'analyse des effets puisent donc, dans un environnement stratégique et dynamique, dans la théorie des jeux pour assembler et tester les éléments probants.

3.2. Éléments probants

88. Il est évident qu'une concurrence vigoureuse peut nuire aux concurrents – si de meilleurs produits à des prix plus bas sont proposés, les consommateurs changeront de fournisseur. Un comportement n'est anticoncurrentiel que s'il nuit aux capacités des concurrents potentiels à exercer une concurrence par des méthodes différentes de la concurrence normale « au mérite ». Autrement dit, le comportement n'est économiquement justifié que parce qu'il tend à réduire, à prévenir ou à fausser la concurrence (test de l'« absence de justification économique ») au lieu de simplement fournir de meilleurs produits et services aux clients.

89. Si le comportement a une capacité d'éviction, on pourra en déduire un effet anticoncurrentiel. Il est possible que l'influence ait été telle qu'elle a découragé les concurrents et que leur éviction n'est pas directement observable. Le périmètre du marché dont les concurrents sont pratiquement évincés du fait du comportement est un important critère ici, surtout lorsque les conditions requises pour être compétitif sont prises en compte.

90. Les tests et les éléments probants nécessaires dépendent de la nature du comportement unilatéral. Il est possible aussi que le même comportement ait tout à la fois des effets positifs et négatifs, qu'il faudra démêler et évaluer. Nous présentons des tests pour les principaux types de comportement, notant qu'en général, les éléments probants doivent être considérés en détail, avec des données quantitatives et qualitatives, provenant par exemple de documents internes.

91. Les éléments quantitatifs sont constitués d'éléments descriptifs des entreprises et des marchés ainsi que de techniques quantitatives, dont une analyse économétrique. Pour déterminer s'il y a abus, il est très important de recueillir et d'analyser des données sur les entreprises et les marchés, notamment sur les prix, les coûts, les parts de marché, le comportement des consommateurs, la durée et la couverture des accords, ainsi que les économies d'échelle et les effets de réseau. Ce n'est pas la même chose qu'employer des techniques quantitatives comme l'économétrie. D'ailleurs, comme le montrent les encadrés ci-dessous (et voir aussi Davis (2010_[57])), la résolution des affaires d'abus de position dominante a rarement reposé sur une analyse employant des techniques quantitatives sophistiquées. Certes, les techniques quantitatives ont permis des avancées majeures dans l'analyse des fusions horizontales, mais il est bien plus difficile de les employer dans les

affaires d'abus de position dominante, et ce pour plusieurs raisons. L'abus de position dominante par éviction nécessite d'analyser les marchés en amont et en aval ainsi que leurs interactions. D'autre part, une suite de modèles différents doit être considérée pour déterminer si le comportement stratégique correspond à une atteinte à la concurrence. Les hypothèses requises pour l'application de techniques quantitatives impliquent généralement qu'on ne peut considérer les aspects ancrés dans la théorie des jeux qui sont appropriés pour l'évaluation d'un abus possible de position dominante. Cela ne veut pas dire que l'analyse est exclusivement basée sur des données qualitatives¹⁷.

3.2.1. *Éléments quantitatifs*

92. Les données sont clairement une contrainte pour l'analyse quantitative qui peut être réalisée, mais il ne s'ensuit pas pour autant qu'on doive se contenter d'étudier les données disponibles sans analyse critique de leur valeur déterminante (auquel cas, cela reviendrait à chercher ses clés sous le lampadaire). Ces données pourraient bien être fournies par l'entreprise visée par l'enquête (peut-être avec une analyse économique qu'elle a demandée). Il est très important de comprendre de quelle nature sont les données et de ne pas tirer de conclusions hâtives. Le point de départ doit être la question essentielle à laquelle il faut répondre. À titre d'exemple, les données fournies par les parties peuvent initialement provenir de tarifs moyens et, au lieu d'en tirer des conclusions, il sera sans doute important d'obtenir des données désagrégées par segment de clientèle et zone géographique, nettes des rabais et remises¹⁸. Un tableau très différent pourrait alors se dégager si les rabais et remises consentis à certains segments de clientèle ou proposés par certains fournisseurs sont très élevés. Les données relatives aux coûts provenant de l'entreprise dominante sont clairement importantes pour les comparaisons prix-coûts et les tests du concurrent aussi efficient.

93. Les parties pourraient bien être réticentes à fournir des données granulaires, car celles-ci sont coûteuses. Tout d'abord, il est important d'avoir de l'assurance quant à aux données pertinentes pour une évaluation efficace. Deuxièmement, les données qui seront probablement requises, par exemple sur les tarifs et sur les coûts, sont sans doute suivies de près par l'entreprise elle-même si elles sont importantes pour ses décisions. Les documents internes ordinairement établis par l'entreprise, comme les rapports marketing internes et les tableaux de bord des performances des divisions, indiqueront rapidement les données auxquelles l'entreprise attache de l'importance et qu'elle peut fournir aisément. Ces données doivent être obtenues au début de l'enquête.

Accords d'exclusivité et rabais de fidélité

94. Quand on examine des accords d'exclusivité, il est utile de considérer d'abord la proportion du marché à laquelle ils s'appliquent et leur durée, puis des données complémentaires sur leurs effets anticoncurrentiels. Les informations émanant des parties, des clients et des concurrents peuvent être utilisées pour établir la nature et la portée des accords. On peut ainsi évaluer le périmètre du marché dont les concurrents sont évincés. En principe, pour qu'il y ait un abus de position dominante, l'éviction doit porter sur une fraction substantielle du marché considéré.

95. Plus la fraction du marché dont les concurrents sont évincés est importante, plus l'accord risque de produire des effets anticoncurrentiels, compte tenu des économies d'échelle et des avantages de l'entreprise en place qui peuvent être pris en compte (voir Encadré 3.1). Les accords d'exclusivité peuvent être appliqués aux canaux de distribution ou sources d'approvisionnement particulièrement déterminants pour l'entrée potentielle de nouveaux concurrents ou l'expansion des concurrents existants. Plus la durée des accords est longue, plus ils risquent d'avoir un effet d'éviction. Si les acheteurs ne sont pas

coordonnés et sont dispersés, et si les contrats sont échelonnés, un entrant aura également plus de difficultés à les attirer. Les acheteurs individuels ne changeront probablement pas de fournisseur pour faire affaire avec l'entrant compte tenu de l'absence d'historique et de clientèle.

96. Dans ces circonstances, l'entreprise en place n'aura qu'un modeste sacrifice de profits à faire, voire aucun, pour inciter les acheteurs à accepter les contrats d'exclusivité, surtout si elle a l'avantage du pionnier, a fortiori si d'autres incitations sont incluses (comme la stratégie de marque et le marketing). Lorsque des acheteurs clés pourraient parrainer l'entrée, il faudrait les récompenser par des conditions plus favorables et sacrifier des bénéfices pour les inciter à signer des contrats d'exclusivité.

97. Les effets probables peuvent être déduits de la couverture de l'exclusivité et des caractéristiques du marché comme les économies d'échelle. Lorsque des accords sont détectés, on peut analyser leurs effets sur la capacité des concurrents à attirer des clients et à exercer une concurrence effective. Cela implique de considérer la croissance des concurrents par rapport à un contrefactuel afin de déterminer si elle a été freinée ou même inversée.

98. Il faut procéder à une analyse quantitative des caractéristiques du marché ainsi qu'à une analyse des éléments qualitatifs. Il est important d'estimer l'ampleur et la durabilité de la domination et du pouvoir de marché, les barrières à l'entrée, les économies d'échelle et la fraction contestable du marché pour apprécier l'ampleur de l'exclusion des concurrents et l'atteinte probable à la concurrence. Les éléments doivent cadrer avec une théorie du préjudice énoncée dans un modèle économique d'éviction solidement fondé. L'importance de la prise en compte des éléments quantitatifs aussi bien que qualitatifs, dans tous les détails, est bien illustrée dans les affaires concernant des produits de consommation comme les boissons et les glaces (voir Encadré 3.6 ci-dessous).

99. Lorsqu'un probable effet anticoncurrentiel est trouvé, l'entreprise en place doit justifier les logiques d'efficacité, et notamment expliquer les investissements spécifiques à la relation qui exigent l'exclusivité. Lorsque des gains d'efficacité existent bel et bien, l'exercice de mise en balance peut être difficile et doit déterminer s'ils sont conditionnés à l'ampleur et à la durée de l'exclusivité (comme analysé ci-dessous).

Encadré 3.1. Accords d'exclusivité dans le secteur de la billetterie à Singapour

En juin 2010, la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) a constaté que l'entreprise de billetterie SISTIC.com avait abusé de sa position dominante en exigeant que les exploitants de lieux événementiels et les promoteurs d'événements recourent exclusivement à ses services. Outre le retrait de l'obligation d'exclusivité, une sanction a été prononcée. La Commission d'appel de la concurrence de Singapour a confirmé cette décision en mai 2012 après avoir entendu les experts en économie pour CCS et SISTIC.com.

L'enquête de la CCS a conclu que SISTIC était le prestataire de services de billetterie dominant à Singapour et que sa part de marché se situait entre 85 % et 95 %. Ses accords exclusifs avec les lieux événementiels, y compris les grands lieux de spectacle de sport et de divertissement, avaient évincé des concurrents et maintenu sa domination, et elle avait ainsi pu augmenter les frais de réservation facturés aux acheteurs de billets.

L'analyse de la CCS et l'appel ont considéré des éléments quantitatifs sur le pouvoir de marché reflété dans les prix et les parts de marché, ainsi que les barrières à l'entrée, les effets de réseau et le pouvoir compensateur. Pour déterminer s'il y avait une concurrence pour le marché ou sur le marché, la CCS a examiné les négociations relatives à l'exclusivité et a conclu, en procédant à des comparaisons avec le secteur de la billetterie d'autres pays, que SISTIC.com exigeait l'exclusivité et imposait des conditions qui étaient négociées individuellement avec les prestataires d'événements et ne reposaient pas sur des critères transparents et standards. Hormis deux grands lieux événementiels (dont l'un était en partie détenu par SISTIC), les acheteurs étaient petits et très nombreux.

Les experts économiques, se référant à l'approche retenue au Royaume-Uni et dans l'Union européenne, divergeaient sur la question de savoir si les tests basés sur les effets devaient démontrer une atteinte probable au processus concurrentiel ou s'il fallait démontrer l'atteinte au bien-être économique en termes de prix et de production par rapport à un contrefactuel approprié. La Commission d'appel de la concurrence s'est rangée à l'avis de la CCS, qui estimait qu'il convenait de démontrer les effets négatifs probables sur la concurrence. Les éléments recueillis sur la nature des contrats, l'ampleur de l'éviction et la durée des contrats étayaient la conclusion selon laquelle les contrats d'exclusivité n'avaient pas de justification économique en l'absence d'objectif d'éviction, et constituaient un abus de position dominante.

Les décisions de la CCS sont prises par ses membres, majoritairement des hauts fonctionnaires et des professeurs de droit ou d'économie. Les appels des décisions de la CCS sont ensuite entendus par une commission d'appel spécialiste de la concurrence, dont les membres ont une expertise en droit, en économie, en finance et en gestion d'entreprise ; elle est donc bien armée pour examiner les éléments économiques. Notons que les accords d'exclusivité dans le domaine de la billetterie externalisée ont donné lieu à des affaires dans plusieurs autres pays, dont l'Irlande et l'Afrique du Sud.

Source :

Abuse of a Dominant Position by SISTIC.com. Decision CCS/600/008/07 of the Competition Commission of Singapore, 4 juin 2010.

In the matter of: Notice of the infringement Decision Issued by Competition Commission of Singapore, Abuse of a Dominant Position by SISTIC.com Appeal No.1 of 2010, Decision of Competition Appeal Board of Singapore, 28 mai 2012, <https://www.ccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/ccs-fines-sisticompte-ltd-for-abusing-its-dominant-position>

100. Les *rabais* ont un effet d'éviction moins patent que les accords d'exclusivité, et leur examen requiert davantage d'informations. S'ils sont individualisés et rétroactifs, ils peuvent fidéliser les acheteurs en les incitant fortement à acheter à un vendeur dominant. Ils peuvent fonctionner de différentes manières, notamment par des objectifs fixés en termes de niveau, de croissance ou de part des achats. Si leur mécanisme engendre des achats proches des besoins prévisionnels totaux de chaque client, ils peuvent être équivalents à un accord d'exclusivité. La caractéristique déterminante de leur effet probable est qu'ils peuvent être ciblés sur la fraction contestable de la demande, tout en s'appliquant à toutes les ventes, y compris à une fraction substantielle de la demande qui n'est pas contestable par le ou les concurrents. En fait, le vendeur dominant offre un prix plus bas pour la vente monopolisée à condition que le client achète aussi des articles sur lesquels s'exerce une concurrence.

101. En présence d'une importante fraction non contestable, le rabais peut être structuré de façon qu'un concurrent, pour attirer des clients dans la fraction contestable, doive pratiquer un prix très bas, voire inférieur aux coûts (et même négatif). Cela parce que le concurrent doit effectivement indemniser le client de la perte du rabais sur la fraction non contestable qu'il continuera d'acheter à l'entreprise dominante. Le test économique approprié pour déterminer si un rabais a un effet d'éviction consiste à évaluer la forme du régime de rabais et les données économiques afin de déterminer si des concurrents de l'entreprise dominante aussi efficaces peuvent s'aligner sur le prix remisé. Cela implique un test prix-coût. S'il est important de déterminer le coût de référence pertinent – coût évitable moyen ou coût marginal moyen à long terme (voir Encadré 3.3)¹⁹ – le prix effectif est très sensible à la part contestable du marché, ce qui requiert une analyse économique du marché comprenant idéalement les concurrents qui ont tenté d'exercer une concurrence en offrant des remises et d'autres conditions (voir Encadré 3.2). La sensibilité du résultat à différentes estimations de la fraction contestable peut être calculée.

102. Les éléments permettant de déterminer les parts contestables et non contestables dépendront de la nature du bien ou du service. Les éléments provenant de clients sont importants ici pour établir la nature de la demande et les préférences des consommateurs finaux, ainsi que la réaction concrète des clients aux rabais. Il peut s'agir par exemple d'une marque iconique bénéficiant d'une importante clientèle fidèle que les détaillants doivent absolument avoir en rayon. Il peut y avoir des considérations relatives à la qualité ou à la fiabilité, qui n'apparaissent pas immédiatement à de nombreux consommateurs finaux, qui hésitent à changer de fournisseur, ce qui a des effets sur les acheteurs intermédiaires (comme pour les microprocesseurs informatiques). Comme dans l'Encadré 3.2, il est possible qu'une forte proportion de consommateurs s'en tiennent à ce qu'ils connaissent par commodité et que ce soit leur entreprise et non eux qui paie le service. L'horizon temporel de cette analyse dépendra des caractéristiques du marché, un horizon plus long impliquant probablement une part contestable plus élevée. Les données marketing dans le temps, les modifications de l'offre de produits et des prix et toute expérience naturelle qui s'est produite seront utiles. Les données peuvent être obtenues auprès de clients clés, notamment par des entretiens et des demandes de documents. Des enquêtes auprès des consommateurs pourraient être réalisées, mais il est probable que les entreprises présentes sur le marché auront effectué leurs propres études de marché, qui seront utiles. S'il faut déduire une mesure quantitative de la part contestable du marché pour calculer le prix effectif, les informations qualitatives seront également utiles, comme celles qui émanent des organismes sectoriels et des documents internes.

103. Une théorie cohérente du préjudice porté aux consommateurs sera élaborée et testée par rapport aux caractéristiques du marché. Si, par exemple, la théorie implique une forme d'accord d'exclusivité de fait, il faudra comprendre la nature de la domination – forte part de marché et absence de coordination des acheteurs ou bien gros clients pour lesquels les

rivaux pourraient exercer une concurrence (voir OCDE (2016_[58]) pour un complément d'analyse). Il est possible aussi que les rabais de fidélité puissent être considérés comme une forme de prédation dynamique, des prix plus élevés suivant l'éviction et la dissuasion des concurrents (voir Federico (2011_[59])).

104. La longue affaire *Intel* ouverte par la Commission européenne a donné lieu à des décisions de la Commission, du Tribunal de l'Union européenne en 2014, de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en 2017 ainsi qu'à des conclusions de l'avocat général Wahl, et à un renvoi devant le Tribunal en 2020 (décision en attente), qui ont interrogé la manière dont il convient d'évaluer les rabais. La thèse de la Commission était un comportement sous forme de rabais conditionnels aux quatre principaux constructeurs informatiques d'ordinateurs individuels et de « restrictions patentes » prenant la forme d'un paiement par Intel aux constructeurs informatiques afin qu'ils n'utilisent pas les produits du concurrent (AMD). La Commission a calculé la part contestable comme étant la fraction des besoins des constructeurs pour laquelle ceux-ci pourraient changer de fournisseur, en utilisant l'horizon temporel pertinent d'un an au plus. Le prix effectif a été comparé au coût évitable moyen d'Intel dans le cadre d'un test sur les concurrents aussi efficaces, qui a démontré un abus de position dominante avec effet d'éviction. Un contrefactuel a été établi du point de vue de l'effet probable qu'avait le comportement sur les parts de marché d'AMD, et donc indirectement sur les consommateurs.

105. Le Tribunal a donné raison à la Commission tout en jugeant que le test du concurrent aussi efficace et l'analyse économique associée n'étaient pas nécessaires pour un comportement sous forme de « rabais d'exclusivité », car ils ne sont consentis que si le client s'approvisionne auprès de l'entreprise dominante pour la totalité ou une fraction importante de ses besoins²⁰. La CJUE, suivant les conclusions de l'avocat général Wahl, a jugé au contraire qu'une analyse des effets économiques était nécessaire et a renvoyé l'affaire devant le Tribunal²¹. La CJUE a jugé que le Tribunal n'avait pas considéré tous les arguments d'Intel relatifs aux effets économiques et qu'il devait le faire pour rendre une décision. Intel contestait notamment le test AEC réalisé par la Commission, l'ampleur de la domination exercée, la part de marché couverte par la pratique en cause, les conditions et la durée des accords, et faisait valoir que les résultats de marché observés étaient imputables à la concurrence au mérite. Il était possible que la qualification des rabais de fidélisation puisse entraîner une présomption d'illégalité, mais l'analyse et les données produites par la défenderesse pour le réfuter devaient être prises en compte.

Encadré 3.2. Rabais de fidélité dans le ciel : South African Airways I et II

South African Airways (SAA), qui revendiquait entre 65 et 70 % du marché aérien sud-africain, a instauré, vers 1999, un ensemble d'incitations et de commissions à l'intention des agences de voyage, qui étaient appliquées rétroactivement lorsqu'un objectif individualisé était atteint. En outre, les employés des agences de voyage étaient eux-mêmes incités à travers le programme « Explorer ». Environ 85 % des billets de SAA à l'époque étaient vendus par des agences de voyage (la compagnie aérienne vendait des billets en direct, mais il n'y avait pas de vente en ligne). Une plainte a été déposée en 2001 et le tribunal a condamné SAA en 2005 (SAA I), soulignant la nature de marge arrière du programme (« au premier rand »), qui accordait le rabais sur la totalité des ventes réalisées lorsque l'objectif était atteint. SAA a mis un terme au programme Explorer mais elle a maintenu des dispositifs d'incitations pour toutes les grandes agences de voyage, notamment des accords baptisés « TRUST », consistant en paiements forfaitaires aux agences de voyage à condition que celles-ci atteignent des objectifs de ventes ou de parts de marché. Le tribunal a rendu un second jugement couvrant la période 2001 à 2005 en 2010 (SAA II).

Entre-temps, une compagnie aérienne à bas coût était entrée sur le marché et les ventes en ligne progressaient. De substantiels éléments économiques ont été produits sur la segmentation du marché, notamment sur les ventes en ligne et les ventes des agences de voyage, les voyageurs sensibles et non sensibles aux horaires, le fonctionnement des rabais, les effets sur les concurrents et sur les agences de voyage, qui ont permis de déduire un préjudice pour les consommateurs. Les agences de voyage ont déclaré qu'atteindre les rabais sur une base annuelle était essentiel pour leurs marges, qu'elles pouvaient influencer et influençaient effectivement le choix des clients et que SAA, en tant que compagnie aérienne à service complet offrant la plus large couverture et la plupart des vols, avait une part de marché non contestable (sa part des ventes de vols intérieurs des agences de voyage était de 74 % à 79 %). Le tribunal a également examiné la croissance des concurrents, qui était en pratique étouffée en dépit de prix plus bas proposés, et a conclu à un préjudice aux consommateurs.

Le tribunal a énoncé les critères pour apprécier si un acte d'éviction avait un effet anticoncurrentiel (comme l'exige le droit sud-africain). Dans cette affaire, qu'il a confirmée dans ses décisions ultérieures, il a jugé qu'un effet est établi si i) des données attestent une atteinte effective au bien-être des consommateurs ou ii) si l'acte d'éviction est substantiel ou important du point de vue de son effet d'éviction des concurrents. Tout en permettant des déductions raisonnables à partir de faits établis, le tribunal a indiqué que les tests des effets apporteront des éléments d'ordre quantitatif qui peuvent être mis en balance avec les gains d'efficacité ou les gains pro-concurrentiels du comportement qui sont allégués. Le tribunal a jugé que les prix auraient été plus bas si SAA n'avait pas nui à ses concurrents.

Sources : Federico 2013 ; Fumagalli et al (2018:231-235).

106. L'éviction d'un concurrent moins efficace peut, dans certaines circonstances, avoir un effet anticoncurrentiel lorsque ce concurrent est potentiellement efficace mais que le comportement de l'entreprise dominante l'empêche de réaliser les économies d'échelle ou les effets de réseau (OCDE, 2018^[6]). Ce comportement peut inclure des agissements qui s'ajoutent aux rabais et qui nuisent à la capacité du concurrent à toucher une clientèle plus large.

107. Les éléments qualitatifs, notamment sur la raison pour laquelle les rabais ont été fixés sur une base individualisée et rétroactive, seront sans doute importants eux aussi. On trouvera d'autres détails sur les rabais de fidélité dans OCDE (2016_[58]).

Encadré 3.3. Test du concurrent aussi efficient et coûts de référence appropriés

Le test du concurrent aussi efficient (*as-efficient competitor*, test AEC) examine si le comportement est capable ou risque de restreindre la concurrence du point de vue de ses effets sur un concurrent aussi efficient que l'entreprise dominante (c'est-à-dire compte tenu des coûts de l'entreprise dominante). Le système de droit de l'État considéré détermine si un test AEC est requis ou non. Ce test peut être un élément important de l'analyse économique d'un comportement d'éviction basé sur les prix. Et lorsque l'entreprise dominante a produit des éléments attestant que le comportement reflète une concurrence vigoureuse fondée sur le mérite qui n'évincerait pas un concurrent efficient, il faudra les examiner.

Les principales composantes du test AEC sont le prix effectif qu'un concurrent doit facturer pour concurrencer l'entreprise dominante et les coûts de référence pertinents. Un prix effectif inférieur au coût de référence implique qu'un concurrent aussi efficient serait évincé. Le prix effectif résulte de l'analyse de la nature du comportement en matière de prix, comme les rabais et la part du marché contestable, ou d'un prix d'éviction allégué y compris sous forme de marques de combat.

On considère normalement que les coûts de référence sont le coût évitable moyen (CEM) et le coût marginal moyen à long terme (CMMLT). Ce sont les coûts qui seraient économisés en l'absence de la production marginale de l'entreprise dominante associée à l'éviction alléguée, exprimés en valeur moyenne par unité de production. Cela signifie qu'un concurrent aussi efficient ne peut pas exercer une concurrence pour fournir les clients ciblés sans enregistrer une perte. Le CEM et le CMMLT peuvent différer, car le CMMLT comprend les coûts fixes spécifiques aux produits qui peuvent avoir été exposés par l'entreprise dominante pour développer sa production avant le comportement en question. Le coût total moyen (CTM) peut être également pertinent lorsque d'autres éléments qualitatifs, comme l'intention – éléments montrant clairement une stratégie d'éviction de la part de l'entreprise dominante – sont découverts. Pour une entreprise monoproduit, le CMMLT et le CTM peuvent être pratiquement identiques.

Dans les affaires de compression des marges, dans lesquelles l'entreprise dominante est verticalement intégrée et fournit à sa filiale un produit ou service constituant un entrant indispensable pour les concurrents effectifs ou potentiels, on peut juger que le prix fixé pour cet intrant est capable d'évincer les concurrents efficients si la marge qui peut être réalisée ne couvre pas les coûts. Le coût de référence est ici le CMMLT de la filiale de l'entreprise dominante. Autrement dit, le prix de l'intrant facturé aux tiers est appliqué à la filiale et s'il ne couvre pas les coûts de la filiale pour la production marginale, elle ne serait pas commercialement viable isolément.

Le calcul du coût de référence approprié suppose d'obtenir des données détaillées sur les coûts auprès de l'entreprise dominante, voire auprès d'autres sources comme des experts du secteur et d'autres entreprises. Les données relatives aux coûts sont incluses dans les comptes financiers, mais peut-être pas sous la forme requise pour l'analyse économique, et il faudra peut-être estimer des données relatives aux coûts plus précises au niveau de la ligne de produits. Les coûts communs devront être isolés, en veillant à ne pas retirer des coûts qui seraient évités en l'absence de production marginale (auquel cas une répartition des coûts communs est nécessaire pour déterminer ceux qui sont réellement communs). Cela demandera probablement d'exercer un jugement et signifie que l'analyse économique ne produira pas nécessairement une réponse définitive. Les

tests prix-coûts sont en fait une partie importante de l'analyse de l'effet anticoncurrentiel probable.

Prix d'éviction

108. Une grande attention a été portée aux tests sur les coûts appropriés pour la prédation « simple », à savoir des prix inférieurs aux coûts pratiqués par une entreprise monoproduit, mais c'est une stratégie qui a très peu de chances d'être poursuivie par une entreprise en place. Une prédation aussi patente est une curiosité car dans la plupart des cas, une stratégie d'éviction bien plus attractive pourrait être adoptée. Le mécanisme pour amener des clients à ne pas traiter avec des rivaux ou des entrants pourrait être ciblé sur le segment de marché ou sur les caractéristiques des produits où les entrants sont les mieux à même de convaincre les clients de changer de fournisseur. En outre, le comportement peut être conjugué à d'autres accords qui mettent à profit la position de l'entreprise en place, avec sa forte part de marché et peut-être ses marques bien établies, lorsque ce sont des biens de consommation.

109. La prédation peut également prendre la forme d'une « marque de combat » (comme dans l'affaire Cardiff Bus, Encadré 3.4) où l'entreprise en place peut cibler un prix inférieur aux coûts juste au point où les concurrents sont les mieux à même d'exercer une concurrence. La logique économique de la prédation est que par un effet ou une combinaison d'effets de réputation, de signaux, d'exploitation des imperfections du marché financier lorsque le concurrent n'a pas de gros moyens ainsi que d'économies d'échelle et d'effets d'apprentissage, l'entreprise en place peut sacrifier des profits à court terme pour conforter sa position à plus long terme et les profits qu'elle peut en dégager.

110. Le test crucial pour déterminer si le prix répond simplement à la concurrence ou procède d'une logique d'éviction consiste à déterminer si le prix facturé est inférieur au coût de référence pertinent. Le coût de référence dépend de la nature du marché et d'informations qualitatives, notamment sur la stratégie et l'intention de l'entreprise en place. Il est possible qu'au-dessous du coût total moyen, le prix soit anticoncurrentiel s'il procède d'une intention exprimée pouvant comprendre d'autres stratégies pour renforcer l'impact du prix inférieur au coût ciblé. Cependant, en principe, les tests prix-coûts portent sur des prix inférieurs aux coûts moyens qui seraient évités si le chiffre d'affaires marginal n'avait pas été réalisé. Ces coûts comprendraient les coûts fixes pour cibler le segment de marché ou de clientèle, par exemple la publicité visant ce groupe ou les coûts de distribution marginaux.

Encadré 3.4. Prédation par le biais d'une « marque de combat » dans l'affaire Cardiff Bus

En 2008, l'Office of Fair Trading (« OFT ») britannique a jugé que Cardiff City Transport Services (« Cardiff Bus ») avait abusé de sa position dominante sur le marché des services d'autobus urbains à Cardiff. L'OFT a jugé en particulier que la réaction de Cardiff Bus à l'entrée d'un concurrent offrant un service de base, 2 Travel Group (« 2 Travel »), avait été prédatrice. Cardiff Bus avait ouvert son propre service de base le jour où 2 Travel avait commencé à travailler. Le service de base de Cardiff Bus avait les mêmes horaires et les mêmes itinéraires que 2 Travel et ce service avait été interrompu après que le Groupe 2 Travel avait quitté les marchés en question.

L'OFT a analysé un ensemble de facteurs pour conclure que Cardiff Bus détenait une position dominante tant au niveau des itinéraires qu'au niveau du réseau. Il a jugé que Cardiff Bus affrontait une concurrence réelle limitée de la part de quelques petits concurrents et qu'il y avait de nombreuses restrictions à l'entrée sur les marchés considérés (par exemple en raison des contraintes de capacité des dépôts de bus).

Dans son analyse, l'OFT a cherché à déterminer si le lancement d'un service concurrent par Cardiff Bus constituait une stratégie d'éviction ou s'il correspondait à un comportement commercial normal. Cardiff Bus a indiqué à l'OFT qu'elle avait lancé son service de base à titre expérimental afin de tester le marché et qu'elle l'avait supprimé lorsqu'il s'était avéré qu'il avait peu de succès. L'analyse de l'OFT comprenait :

- Une analyse qualitative : les documents internes ont été examinés pour déterminer la stratégie commerciale en question et pour vérifier les déclarations faites par Cardiff Bus à l'OFT au cours de l'enquête. Cet examen a trouvé peu d'éléments contemporains étayant l'explication donnée par Cardiff Bus à sa stratégie de lancement, mais il a trouvé la preuve que le service avait été lancé expressément pour empêcher 2 Travel d'atteindre l'échelle efficiente. En outre, des éléments indiquaient que les performances du service de base de Cardiff Bus étaient mesurées par rapport à son impact sur 2 Travel et que la suppression de ces services était due à la sortie du marché de 2 Travel.
- Une analyse des prix : les prix facturés par le service de base de Cardiff Bus ont été comparés à ceux de 2 Travel – les prix de Cardiff Bus étaient plus bas sur trois des quatre zones comparées. En outre, les prix du service de base de Cardiff Bus étaient nettement inférieurs à ceux de ses services réguliers.
- Une analyse prix-coût : les performances du service de base de Cardiff Bus ont été évaluées. Cette analyse a conclu que le chiffre d'affaires du service de base de Cardiff Bus était insuffisant pour couvrir les coûts du service. L'OFT a considéré le coût évitable moyen, sachant que celui-ci incorpore des investissements tels que des augmentations de capacités à des fins prédatrices. Il a relevé qu'une tarification inférieure au coût évitable moyen à moyen terme n'est pas une stratégie économiquement justifiable, car l'arrêt des opérations permettrait des économies de coûts supérieures au chiffre d'affaires perdu. Une tarification inférieure au coût peut se justifier si elle peut refléter un service qui est encore en maturation et qui se constitue une clientèle ou simplement une stratégie commerciale manquée. Cependant, l'OFT n'a trouvé aucun plan d'affaires ni documents contemporains indiquant que Cardiff Bus ait à aucun moment cherché à dégager un bénéfice sur son service de base (par exemple,

une tentative pour s'assurer que les prix couvriraient les coûts à un niveau de fréquentation estimé).

Compte tenu de cette analyse, l'OFT a jugé que le lancement du service de base de Cardiff Bus constituait une stratégie d'éviction. En outre, l'OFT n'a trouvé aucune indication d'un plan d'affaires ou d'une stratégie tarifaire visant à rentabiliser le service de base

Source : Office of Fair Trading (2008), Abuse of a dominance position by Cardiff Bus, Decision No. CA98/01/2008, 18 novembre 2008 (affaire CE/5281/04), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4cbcd915d7ae5000178/cardiffbus.pdf>.

Ventes liées et ventes groupées

111. L'analyse visant à déterminer si la pratique consistant à lier ou à grouper les ventes évince les concurrents est une analyse des faits qui demande de comprendre les alternatives offertes aux concurrents, les incitations proconcurrentielles et anticoncurrentielles à vendre les produits ensemble et les effets sur les concurrents. Lorsque la logique qui préside à la vente liée de certains produits est légitime, elle a toutes chances d'être pratiquée par d'autres concurrents importants, mais pas forcément de grande taille, et une concurrence peut s'exercer entre des « systèmes » de produits étroitement liés, chaque concurrent offrant aux clients un système constitué de plusieurs produits distincts utilisés ensemble (voir, par exemple, Bourreau (2020_[60])).

112. Il est important d'examiner s'il existe une demande indépendante substantielle de la part de clients qui achèteraient probablement le produit lié à un autre fournisseur que l'entreprise dominante s'ils en avaient la possibilité. La demande doit être suffisante pour que la fourniture indépendante du produit lié soit rentable. Lorsque les produits sont consommés en proportions fixes, la probabilité d'une demande indépendante est plus faible et leur fourniture groupée peut aussi s'accompagner de gains d'efficience.

113. L'analyse économique dépend de la théorie du préjudice qui est testée. Ainsi qu'il ressort des deux affaires Microsoft ci-dessous, il y a une importante distinction entre la protection de la position de l'entreprise dominante sur le marché principal contre les menaces potentielles d'un concurrent construisant une forte position sur un marché adjacent et les motifs qui président aux ventes liées et groupées reposant sur les incitations à accroître le pouvoir de marché sur le marché adjacent en raison des caractéristiques de celui-ci.

114. Les incitations et les effets dépendent des motifs pour lesquels l'entreprise en place voudrait profiter de son pouvoir sur le marché associé (marché lié) alors qu'elle peut de toute façon réaliser les profits de monopole sur le marché non contesté (le marché liant). Le marché lié peut présenter des caractéristiques impliquant qu'elle peut tirer des profits supplémentaires, mais il faut aussi garder à l'esprit que sa position sur le marché liant peut être ultérieurement menacée par des concurrents qui évoluent après s'être d'abord développés sur le marché contestable qui peut être bloqué.

115. Un examen attentif des conditions de marché sur les deux marchés est essentiel. Les effets probables dépendent de la fraction du marché lié dont les concurrents sont évincés et des économies d'échelle sur ce marché, ce qui signifie (potentiellement) que la capacité d'un concurrent aussi efficace à exercer une concurrence peut être pénalisée. Si des investissements initiaux non récupérables sont nécessaires, la pratique de ventes liées par l'entreprise dominante peut accroître les risques financiers associés à l'entrée sur les marchés liés ou liants. Un lien peut agir comme une barrière à l'entrée s'il implique que

pour réussir l'entrée sur le marché lié il faut entrer simultanément sur les deux marchés. Sur les marchés en évolution caractérisés par des effets de réseau, une entreprise dominante sur un marché peut avoir l'incitation et la capacité à étendre son pouvoir de marché sur un marché émergent en liant les ventes. Lorsque le marché lié peut développer de nouveaux modèles économiques menaçant la position de l'entreprise en place sur le marché liant, il y a des incitations supplémentaires à s'assurer que les concurrents potentiels sont bloqués dès le départ (voir Carlton et Waldman, (2002_[61])).

116. Les affaires de ventes liées d'Internet Explorer et de Windows Media Player par Microsoft aux États-Unis et dans l'Union européenne ont fait appel à une analyse détaillée des modèles et évaluations économiques pertinents dans ce type d'affaires²². L'affaire Internet Explorer peut illustrer la théorie du préjudice lorsque la pratique consistant à lier les ventes ne vise pas à se développer sur le marché adjacent (des navigateurs), mais à se protéger de la menace que pourrait exercer le navigateur concurrent, Netscape, sur la position du système d'exploitation Windows du fait du rôle de Netscape dans la promotion de l'adoption du langage Java. Microsoft a affirmé que la fourniture groupée de Windows et d'Internet Explorer avait permis de réduire les coûts de distribution et de transaction et qu'elle avait généré une meilleure expérience utilisateur. En revanche, dans l'affaire Windows Media Player en Europe, il ne s'agissait pas de protéger le pouvoir de marché de Microsoft dans les systèmes d'exploitation mais de grouper le système d'exploitation dominant pour modérer la concurrence future sur les marchés adjacents en faisant basculer le marché des lecteurs multimédias en sa faveur. Alors que Microsoft soutenait que le lecteur multimédias fait partie intégrante du système d'exploitation, la Commission a jugé qu'il existait une demande pour des lecteurs multimédias indépendants, distincts du système d'exploitation.

117. Les effets anticoncurrentiels doivent être comparés aux gains d'efficacité découlant de la vente liée (voir plus loin une analyse de ces gains d'efficacité).

Refus de fourniture et compression des marges opérés par des entreprises verticalement intégrées

118. L'analyse économique de l'abus d'éviction commis par des entreprises verticalement intégrées sous forme de refus de fourniture pur et simple ou de compression des marges est similaire à celle de la stratégie consistant à lier et grouper des produits sur des marchés adjacents. Une entreprise fournissant un intrant indispensable peut profiter de sa position pour entrer sur le marché aval, potentiellement concurrentiel, mais on ne voit pas bien ce qui l'inciterait à le faire. Pourquoi refuser de fournir des clients rentables pour réaliser le profit de monopole en amont en présence d'une concurrence vigoureuse en aval qui accroîtra la demande pour le produit de monopole ?

119. Diverses raisons peuvent expliquer que le profit ne soit pas réalisé en aval sans une certaine éviction et, qui plus est, que l'entreprise puisse être incitée à évincer les concurrents en aval afin de protéger le pouvoir de marché en amont. Premièrement, l'exercice du pouvoir de marché en amont peut se heurter à des contraintes, dues a) à la réglementation en amont, b) à la concurrence imparfaite ou c) à des problèmes d'engagement de la part du détenteur de monopole, car les clients savent que celui-ci a une incitation à vendre des volumes supplémentaires à un prix inférieur au prix de monopole. L'éviction verticale peut faciliter l'exercice d'un important pouvoir de marché pour réaliser les profits supraconcurrentiels liés à la position en amont, y compris par une coordination en amont lorsque la concurrence est imparfaite. La probabilité de ces circonstances requiert une analyse économique des marchés (décrite dans OCDE (2019_[62])).

120. Deuxièmement, il y a aussi une préoccupation d'éviction dynamique, où l'entrée en amont pour contester l'hégémonie de l'entreprise dominante sera plus probable s'il existe des entreprises indépendantes en aval. Ces concurrents en aval peuvent eux-mêmes s'intégrer verticalement en amont ou peuvent parrainer un entrant. En tout état de cause, un entrant en amont est plus probable s'il existe une clientèle qu'il pourra desservir. L'éviction en aval peut donc procéder d'une volonté de protéger un quasi-monopole en amont (Fumagalli et Motta, 2020^[63]). De ce fait, l'entrée sera nécessaire simultanément aux deux niveaux.

121. Les coûts de l'éviction dépendent de l'« arithmétique verticale » par laquelle les profits auxquels l'entreprise renonce (en tenant compte des coûts) peuvent être évalués à partir de la perte des ventes en amont et du remplacement probablement opéré par les clients en aval des entreprises indépendantes par la filiale de l'entreprise dominante. Le calcul doit aussi considérer si la filiale aval de l'entreprise dominante a des coûts similaires à ceux des entreprises indépendantes.

122. Comme pour les ventes liées et groupées, l'examen d'un refus de fourniture pur et simple demande d'analyser la faisabilité de la fourniture de volumes indépendants et l'ampleur de l'atteinte à la concurrence. L'obligation qu'a une entreprise dominante de ne pas diminuer, empêcher ou fausser la concurrence implique que lorsqu'elle fournit un intrant indispensable, elle a une « obligation de vendre », si possible (c'est-à-dire en l'absence de justification objective). Les éléments probants pourraient être que l'entreprise a historiquement fourni des clients indépendants par le passé, sur le secteur dans d'autres pays, et l'existence ou l'absence de coûts de fourniture marginaux (qui, de toute façon, ne justifieraient pas un refus pur et simple).

123. Un refus de fourniture implicite peut être assuré par une compression des marges par le biais des prix et des autres conditions de fourniture. Le test du concurrent aussi efficient est appliqué pour déterminer quantitativement si l'entreprise indépendante en aval est viable aux prix facturés en amont et en aval par les activités de l'entreprise dominante en tenant compte des coûts de référence appropriés (voir Encadré 3.3). Les données de coûts sont normalement celles de l'entreprise dominante, de sorte que les concurrents soient aussi efficientes qu'elle l'est.

124. Il y a eu de nombreuses affaires de compression des marges dans les secteurs de réseau dans le monde, qui reflètent l'héritage des anciens opérateurs publics de téléphonie fixe et la rapide croissance des marchés de services utilisant le réseau. Beaucoup ont porté en particulier sur les télécommunications fixes en Europe au moment de l'ouverture des marchés à la concurrence (Fumagalli, Motta et Calcagno, 2018, pp. 577-80, 589-96^[43] ; Baker et Salop, 2015^[64] ; Evenett, 2015^[65]). Le Kenya a connu une affaire intéressante concernant les services d'argent mobile, où l'opérateur dominant du réseau mobile fixe le prix des moyens par lesquels les titulaires de comptes peuvent envoyer des instructions à leur banque pour utiliser le système des paiements comme alternative au transfert d'argent mobile (Encadré 3.5).

Encadré 3.5. Compression des marges dans l'argent mobile via USSD au Kenya

L'argent mobile désigne les transactions et services financiers accessibles au moyen d'un téléphone mobile. Un utilisateur enregistré peut déposer des espèces auprès d'un agent en contrepartie d'argent électronique, qui peut alors être viré à un autre utilisateur, utilisé pour régler des factures et des commerçants ou accéder à des services d'épargne, de crédit et d'assurance à l'aide d'un téléphone mobile. Les utilisateurs n'ont pas besoin d'être titulaires d'un compte dans un établissement financier, mais seulement de s'inscrire au service auprès de leur prestataire de téléphonie mobile en utilisant une forme d'identification. La multiplication des téléphones mobiles à bas prix en Afrique subsaharienne et la couverture des réseaux mobiles ont permis une croissance rapide de la téléphonie mobile ainsi qu'une amélioration considérable de l'inclusion financière. Le Kenya se classe parmi les premiers pays du monde par la pénétration, la quasi-totalité de la population adulte étant abonnée à des services d'argent mobile.

De solides avantages de pionnier et de puissants effets de réseau sont associés à la nature multifacettes de la fourniture d'argent mobile, qui réunit des abonnés, des agents et des commerçants. Au Kenya, le numéro un du marché, Safaricom, avec ses services d'argent mobile baptisés M-Pesa, conserve une position dominante par le nombre d'abonnés actifs et le taux d'utilisation (avec une part maintenue au-dessus de 70 % pendant une dizaine d'années).

Avec l'expansion progressive des services d'argent mobile des individus sans compte bancaire à l'ensemble de la population, les banques ont commencé à proposer des services bancaires sans agence à leurs clients. Il est possible d'utiliser un téléphone portable pour envoyer des instructions à sa banque, par exemple effectuer un virement, au lieu d'utiliser les services d'argent mobile. Pour cela avec les téléphones VoIP (pas de smart phones avec la banque sur Internet), les individus utilisent la fonctionnalité USSD (Unstructured Supplementary Service Data), un protocole utilisé par les téléphones cellulaires GSM pour communiquer par texto avec les ordinateurs des prestataires de services. Les opérateurs de téléphonie mobile fixent les conditions et le tarif des sessions USSD.

Au Kenya, il a été constaté que Safaricom facturait jusqu'à 10 shillings kenyans (KES) (environ 0.11 USD) par session allant jusqu'à 180 secondes en août 2014, en sus de coûts d'installation et de frais fixes mensuels élevés. Une enquête de marché conduite en 2016 par la Competition Authority of Kenya (CAK), l'Autorité de la concurrence kenyane, a constaté que Safaricom facturait jusqu'à 5 KES par session. Au cours de cette enquête, les parts de marché, la domination et le pouvoir de marché ont été examinés. La CAK a ensuite analysé diverses mesures de coûts de Safaricom et constaté que les prestataires tiers de services de transfert (comme des banques à travers le système de paiements auquel USSD permet d'accéder) subissaient une compression des marges, en particulier dans les transactions de faible montant – c'est-à-dire que si les opérations d'argent mobile de Safaricom avaient supporté les prix que l'opérateur facturait aux tiers, les marges sur les transferts d'argent n'auraient pas été commercialement viables. En mars 2017, la CAK a trouvé un accord avec Safaricom en vertu duquel celle-ci s'engageait à ramener le prix de l'USSD à tout juste 1 KES (environ 0.01 USD), un montant similaire aux niveaux pratiqués dans plusieurs autres pays. La CAK a également conclu que les coûts de fourniture de l'USSD étaient probablement très inférieurs à 1 KES par session.

Notons qu'auparavant, Safaricom avait également imposé l'exclusivité aux agents et qu'elle l'avait ensuite supprimée en vertu d'un règlement avec la CAK en 2014, après évaluation des effets anticoncurrentiels et des justifications d'efficience possibles.

Sources : Paelo et Roberts (2022^[66]) ; Roberts (2019^[67]) ; Mazer et Rowan (2016^[68]) ; Competition Authority of Kenya (2016^[69]).

Analyse des logiques d'efficience

125. Lorsqu'il apparaît qu'une entreprise dominante a eu un comportement d'éviction, celle-ci peut affirmer que ce comportement est nécessaire pour réaliser des gains d'efficience et que ceux-ci l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. Il faut alors effectuer une analyse quantitative des gains d'efficience à mettre en balance avec les effets anticoncurrentiels. Soulignons que le comportement doit être nécessaire pour réaliser les gains d'efficience, que ceux-ci ne pourraient pas être obtenus par des accords dont l'effet d'éviction serait moindre et qu'il incombe à l'entreprise de produire tous les éléments nécessaires pour évaluer les gains d'efficience revendiqués.

126. La nature des gains d'efficience économiques dépend des caractéristiques du marché. Les accords exclusifs, par exemple, peuvent être justifiés pour protéger les investissements spécifiques à la relation contre un comportement opportuniste, des problèmes de hold-up et le parasitisme (« *free riding* »). Un fabricant peut souhaiter investir dans la capacité d'un distributeur à promouvoir ses produits en formant le personnel de vente et en améliorant la présentation des produits et la publicité, mais les marques d'autres fabricants qui sont référencées par le distributeur pourraient profiter de cet investissement. Ou bien un fabricant de composants peut réaliser des investissements pour un produit précis. Si l'assembleur sait que le fabricant de composants a déjà réalisé les investissements irrécupérables, il peut de manière opportuniste proposer un prix plus bas pour le composant sachant que le fabricant sera encore disposé à le fournir. Ces effets impliquent que les entreprises peuvent sous-investir. Les accords exclusifs peuvent parer à ces défaillances du marché. Cependant, s'il était possible de rédiger des contrats systématiquement opposables, l'exclusivité ne serait pas nécessaire.

127. Lorsqu'on examine un refus de fourniture, une compression des marges et des ventes liées et groupées, les gains d'efficience peuvent résulter de l'intégration de la production et de la fourniture de biens et de services complémentaires. Une obligation de fournir séparément peut comporter des coûts ou réduire la rentabilité d'innovations liées dans des biens et services complémentaires.

128. Ces motifs d'efficience doivent être mis en balance avec l'importance d'une concurrence effective pour la réalisation de gains d'efficience économique, notamment les gains d'efficience dynamiques résultant du développement de produits, de modèles économiques nouveaux et améliorés et d'autres innovations. Il est donc très important de savoir si le comportement qui restreint la concurrence intervient là où il maintient ou renforce une position super dominante qui pourrait persister et entraîner une atteinte durable au bien-être²³.

129. Il est difficile, voire impossible, de quantifier les effets à mettre en balance. Le rôle de l'analyse économique est d'établir un cadre cohérent pour évaluer les ordres de grandeur probables, pour garantir que tout gain d'efficacité revendiqué est étayé et qu'un poids approprié est attribué aux considérations relatives à la concurrence. En outre, il faut

également tenir compte des autres moyens permettant de réaliser des gains d'efficience sans restreindre la concurrence.

3.2.2. *Éléments qualitatifs*

130. Les éléments qualitatifs jouent un rôle très important, car ils apportent des informations sur les conditions de production, les mécanismes de marché, le comportement des consommateurs, la segmentation de la demande et les modalités de commercialisation des produits. Comme pour les éléments quantitatifs, les éléments utiles sont fonction des théories du préjudice qu'on examine. Ils peuvent être obtenus auprès d'experts du secteur et des acteurs du marché. Les grandes entreprises ont besoin de systèmes pour la stratégie, le marketing et la prise de décisions sur l'ensemble des variables de la concurrence. Les documents internes qui résultent de ces évaluations et délibérations permettent de dresser un tableau très riche. Ils seront commercialement sensibles et confidentiels pour l'entreprise, et devront donc être demandés en vertu des pouvoirs d'enquête, qui sont justifiés étant donné le caractère généralement très pertinent de ces documents.

131. Les éléments relatifs à la stratégie des entreprises et à son influence sur les marchés qui ressortent des documents de marketing et de stratégie peuvent comprendre des documents concernant l'intention d'un accord. L'intention peut être une circonstance additionnelle, conformément au critère de prédation établi par la Commission européenne dans l'affaire *AKZO*, où des prix inférieurs au coût total moyen peuvent être considérés comme des prix d'éviction s'ils s'accompagnent d'éléments intentionnels. Cependant, et surtout lorsqu'une entreprise a sérieusement réfléchi à la possibilité de plaintes en matière de concurrence, les documents internes peuvent être édulcorés en prévision de cette éventualité. Et il faut toujours garder à l'esprit qu'une concurrence vigoureuse suppose une intention de nuire aux concurrents en attirant des clients par des conditions plus avantageuses.

132. Au lieu de rechercher une preuve irréfutable de l'intention dans les documents, les documents de stratégie et de marketing seront probablement des éléments probants utiles, lorsqu'ils présentent des caractéristiques clés d'une stratégie d'éviction qui peut être appréciée par rapport au comportement observé et aux résultats de marché. Les documents marketing peuvent contenir des informations sur les caractéristiques des marchés et peuvent être triangulés avec les données quantitatives. À titre d'exemple, ces documents présenteront sans doute les segments de marché, les caractéristiques de la demande, les circuits de vente et les préférences des consommateurs, les clients clés, le rendement de la publicité et de la stratégie de marque ainsi que l'importance de la différenciation des produits. Ce sont des caractéristiques clés qui sont nécessaires à l'interprétation des tendances du marché.

133. Les communications sous forme de courriels et d'autres moyens électroniques sont également très utiles pour évaluer les stratégies d'une entreprise, notamment en ce qui concerne les réactions à l'évolution du marché. Des ressources seront nécessaires pour évaluer les nombreuses informations qui peuvent être fournies à la suite de telles demandes d'informations.

134. L'expansion des communications électroniques et de la numérisation des informations sur la production et le marché implique que l'entreprise possède une mine d'informations enregistrées. Les coûts de fourniture des données sont également bien plus bas que lorsqu'il fallait faire des photocopies. Cependant, le revers de la médaille est le risque d'être débordé sous la masse des informations communiquées et de ne pas pouvoir les traiter. Les outils de recherche dans les bases de données numériques comme les courriels, et les compétences pour ce faire, sont essentiels. C'est un domaine critique dans

lequel les autorités de la concurrence ont besoin d'investir dans le cadre du renforcement des capacités de collecte, de traitement et d'analyse des données.

135. La nature des accords et l'influence effective qu'ils ont eue sur le comportement des clients doivent être également évaluées auprès des clients eux-mêmes. Ces informations peuvent pointer d'autres facteurs susceptibles d'atténuer ou d'aggraver les effets, ainsi que les options extérieures (alternatives) que les clients ont effectivement jugées dignes d'être envisagées. Les caractéristiques du marché et les réactions des entreprises sont aussi directement pertinentes pour les théories du préjudice à tester et peuvent amener à modifier le plan d'enquête, et même à définir de nouvelles catégories de données à obtenir.

3.2.3. *Triangulation et robustesse*

136. Comme pour l'analyse économique dans les enquêtes sur les fusions (OCDE, 2020₍₇₀₎), il est très important d'examiner comment les éléments s'assemblent, l'économie constituant un cadre d'organisation. La triangulation renvoie à l'utilisation de multiples sources de données et de différents types d'informations en rapport avec les questions centrales auxquelles on cherche à répondre. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il vaut mieux avoir plus d'informations que moins. Les données non fiables et non pertinentes sont inutiles et peuvent être carrément trompeuses (par exemple confondre des tarifs moyens avec des prix de transaction réels). Il est particulièrement important de ne pas miser sur des analyses économétriques sophistiquées lorsque les données sous-jacentes sont douteuses. Il est nettement préférable de combiner des données quantitatives et qualitatives fiables ayant un rapport direct avec les questions. Les informations doivent être crédibles et pertinentes. Les différences et les divergences entre les informations émanant de différentes sources apparemment fiables ne signifient pas qu'il faut ignorer les informations mais au contraire qu'elles peuvent pointer des questions importantes dont il convient d'approfondir l'analyse.

137. L'assemblage de différentes sources de données qualitatives, avec des données quantitatives limitées sur l'ampleur de la domination et sur l'étendue et la durée du comportement, est évident dans un ensemble d'affaires ayant trait à l'exclusivité sous différentes formes en Amérique latine et en Asie (Encadré 3.6 à Encadré 3.9). Dans certains cas, le comportement comprenait aussi une combinaison d'accords, de remises et de rabais, ainsi que des paiements pour l'espace de rayonnage, qui semblaient avoir un effet combiné. Une combinaison de données quantitatives et qualitatives indiquait l'absence d'effet anticoncurrentiel (Encadré 3.9).

Encadré 3.6. Conditions d'exclusivité et rabais de fidélité pour des produits de consommation en Amérique latine

Plusieurs autorités de la concurrence en Amérique latine ont examiné les pratiques relatives à la distribution ou à la présentation exclusives de produits de consommation. Alors que certaines affaires concernaient des clauses d'exclusivité simples (fourniture d'un produit par une entreprise dominante conditionnée à l'exclusivité), de nombreuses autres présentaient des risques d'atteinte à la concurrence plus nuancés. Plusieurs autorités ont examiné, par exemple, les conditions imposées pour l'occupation d'espace dans les réfrigérateurs et les congélateurs pour les produits alimentaires et les boissons, y compris des équipements fournis par les marques aux distributeurs. Dans ces affaires, les autorités ont généralement examiné les justifications de ces conditions (par exemple, du point de vue de la protection de l'incitation à investir dans la fourniture de congélateurs) et les effets d'éviction potentiels (qui peuvent être aggravés dans des situations telles qu'une place limitée pour les congélateurs accueillant des marques multiples). Une sélection de ces affaires est résumée ci-dessous.

Affaire Unilever au Brésil

En 2018, l'autorité de la concurrence brésilienne (le CADE) a rendu une décision et infligé une amende à Unilever au titre des conditions que l'entreprise imposait aux distributeurs. Ces conditions comprenaient des ventes exclusives, une présentation préférentielle des produits et l'accès exclusif de la marque de crèmes glacées Kibon aux congélateurs.

Le CADE a conclu que les remises de fidélité dans cette affaire étaient suffisamment élevées pour évincer les nouveaux producteurs de crèmes glacées du marché et créer des barrières à l'entrée de ces concurrents. Cependant, il n'a pas jugé que les conditions d'accès exclusif aux congélateurs posaient des problèmes de concurrence, car ces congélateurs étaient fournis et entretenus par Unilever, de sorte que l'exclusivité était un mécanisme de protection des incitations à l'investissement. En outre, il a indiqué que ces conditions ne feraient pas obstacle à l'entrée de concurrents.

Source : CADE (2018), Procédure administrative n° 08012.007423/2006-27, 16 octobre 2018, <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/unilever-e-condenada-por-criar-barreiras-a-concorrentes-no-mercado-de-sorvetes>

Affaire Unilever au Chili

En 2013, la Fiscalía Nacional Económica, le parquet national économique du Chili, a jugé qu'Unilever avait abusé de sa position dominante par un système de remises de fidélité et de rabais rétroactifs accordés aux distributeurs de détergents textiles.

La Fiscalía a jugé qu'Unilever détenait une position dominante dans les détergents textiles au Chili en raison de l'éventail des marques qu'elle contrôlait. Elle a en particulier relevé la part de marché élevée (plus de 70 %) d'Unilever ainsi que les fortes barrières à l'entrée (notamment les conditions d'exclusivité et d'autres conditions comme les dépenses de publicité et la prolifération des marques).

Dans son analyse des effets du comportement en question sur la concurrence, la Fiscalía a relevé la forte proportion de ventes d'Unilever couvertes par des accords d'exclusivité aussi bien sur le segment des commerces traditionnels que sur celui des supermarchés, ainsi que la proportion élevée de distributeurs couverts. Elle a également noté l'effet

des objectifs de vente couvrant une large fraction des ventes des détaillants sur la capacité des concurrents d'Unilever à exercer une concurrence.

Unilever a réglé l'affaire avec la Fiscalía en acceptant de supprimer les accords d'exclusivité, de s'abstenir de proposer des remises d'exclusivité ou des objectifs de ventes et de ne pas payer les supermarchés pour l'espace de rayonnage pendant trois à cinq ans.

Source : Fiscalía Nacional Económica (2013), Décision : Unilever, 3 avril 2013, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/requ_xx_2013.pdf ; Présentation du Chili à la table ronde du Forum latino-américain sur la concurrence sur les questions de concurrence dans le secteur de l'épicerie(2015), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2015\)18&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2015)18&docLanguage=En).

Affaire Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma et Grupo Modelo au Mexique

En 2010, la Commission fédérale mexicaine de la concurrence a ouvert une enquête sur les pratiques de Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma et Grupo Modelo, qui revendiquaient ensemble approximativement 95 % du marché de la bière au Mexique. Cette enquête faisait suite aux allégations d'un producteur de bière concurrent concernant les incitations à la fidélité consenties en numéraire et en nature par ces entreprises aux distributeurs, aux bars, aux tavernes et aux restaurants. Cette affaire est unique en son genre car elle ne concernait pas une seule entreprise dominante, mais deux entreprises concurrentes.

Si la Commission a reconnu que les accords d'exclusivité peuvent se justifier dans certaines circonstances, par exemple lorsque les fournisseurs financent des améliorations ou l'expansion des points de vente, ils peuvent aussi porter atteinte à la concurrence lorsqu'ils sont imposés par des entreprises possédant un pouvoir de marché et qu'ils font indûment obstacle à l'accès des concurrents au marché.

L'affaire a été close après que les entreprises visées par l'enquête ont pris un ensemble d'engagements, notamment de laisser aux bières artisanales un accès ouvert et illimité au marché, de restreindre la part des clients soumis à des accords d'exclusivité et de veiller à ce que tous les contrats d'exclusivité soient écrits, transparents et de durée limitée.

Source : Présentation du Mexique à la table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE sur les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence (2016), https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/2016_compromisos-en-casos-antimonopolio.pdf; Competition Policy International (2013), "Mexico: CFC cracks open beer market for craft brewers, limits exclusivity agreements", 11 July 2013, <https://www.competitionpolicyinternational.com/mexico-cfc-cracks-open-beer-market-for-craft-brewers-limits-exclusivity-agreements/>.

Affaire Fábricas Nacionales de Cerveza au Paraguay

En 2013, la Commission du Paraguay pour la promotion et la défense de la concurrence a rendu une décision concernant plusieurs conditions imposées par Fábricas Nacionales de Cerveza aux détaillants de bière. Fábricas produisait la quasi-totalité de la bière au Paraguay. Les conditions qu'elle imposait consistaient entre autres à limiter la surface de rayonnage laissée aux concurrents dans les supermarchés, à exclure les produits concurrents des espaces réfrigérés et à offrir des remises aux détaillants lorsqu'ils limitaient les ventes des produits concurrents.

La Commission a analysé les accords commerciaux en question et conclu que l'attribution d'espace promotionnel de rayonnage ou de réfrigérateur ne portait aucune

atteinte à la concurrence. Elle a jugé en particulier que ces espaces ne sont pas indispensables pour la vente de bière (car, contrairement aux crèmes glacées, d'autres espaces non réfrigérés étaient disponibles pour les produits concurrents) et qu'ils étaient attribués sur un marché pour lequel un paiement était versé en contrepartie des espaces.

La Commission a toutefois jugé que des remises visant expressément à limiter la vente de produits concurrents porteraient atteinte à la concurrence en limitant l'accès au marché et qu'elles n'étaient pas justifiées par des considérations d'efficacité.

Source : Commission pour la promotion et la défense de la concurrence (2013), Décision No. 51/103, 10 avril 2013, https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/2020-10/20130411_resolucion_013_51_osanil_fnc.pdf? x tr sl=auto& x tr tl=en& x tr hl=en-US& x tr pto=nui.

Encadré 3.7. Affaire de l'exclusivité de la bière pression à Singapour

En 2015, Asia Pacific Breweries (Singapore) Pte. Ltd a mis fin à ses accords d'exclusivité sur la bière pression avec les points de vente sur site à la suite d'une enquête menée par la Commission de la concurrence de Singapour (CCS). Il ressortait de cette enquête que l'exclusivité sur les bières pression avait restreint les choix des distributeurs et des consommateurs, en particulier concernant les microbrasseries et les bières artisanales. La CCS a examiné les informations émanant de différents acteurs du marché et mandaté une enquête de marché sur les pratiques de marché, collectant des données quantitatives et qualitatives.

Source : *Competition and Consumer Commission of Singapore (2015)*. <https://www.ccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/asia-pacific-breweries-singapore-ends-exclusive-business-practices-following-ccs-investigation>

Encadré 3.8. Accords d'exclusivité dans l'affaire Urban Deca Homes aux Philippines

En 2019, la Commission de la concurrence des Philippines a prononcé une amende et ordonné le retrait des accords d'exclusivité dans une affaire concernant un promoteur immobilier et sa branche de gestion immobilière. Urban Deca Homes Manila Condominium Corporation, le gérant d'une tour d'habitation, avait noué un partenariat exclusif avec un fournisseur d'accès Internet aux fins de la fourniture de connexions Internet aux résidents de la tour.

Du fait de cet accord, les gérants de l'immeuble empêchaient les fournisseurs d'accès concurrents d'accéder à la tour, d'installer des boîtiers Internet ou de commercialiser leurs services auprès des résidents. Les résidents, qui n'étaient pas parties à l'accord, n'avaient donc pas le choix du fournisseur d'accès. La Commission a relevé que cette pratique avait eu pour effet de gonfler les prix des services Internet ; un abonnement pour 5 Mbps, par exemple, coûtait 2 599 PHP dans la tour contre 1 299 sur d'autres réseaux.

La Commission a jugé qu'Urban Deca avait abusé de sa position dominante dans la gestion immobilière en empêchant les autres fournisseurs d'accès de desservir les résidents de la tour. Urban Deca a proposé un règlement, retirant les accords d'exclusivité de la tour en question et de huit autres.

Source : *Philippine Competition Commission, « Press Release: PCC investigation: Condo developer charged for abuse of dominance over exclusive internet setup », 6 avril 2019 ; Philippine Competition Commission, Decision No. 01-E-001/2019, Competition Enforcement Office of the Philippine Competition Commission vs. Urban Deca Homes Manila Condominium Corporation and 8990 Holdings Inc., 30 septembre 2019.*

Encadré 3.9. Allégations de vente liée dans l'affaire Ajay Devgn Films en Inde

En 2012, la Commission de la concurrence indienne a rendu une ordonnance à la suite d'une plainte déposée par Ajay Devgn Films, une société de productions de films de Bollywood, contre la société de production et de distribution de films Yash Raj Films. La plainte d'Ajay concernait la distribution par Yash Raj des films pour la fête de Divali. Yash Raj exigeait que les cinémas monosalles qui souhaitaient programmer un de ses blockbusters acceptent également de programmer un autre de ses films – ce qui liait l'achat du blockbuster par les cinémas à l'achat de l'autre film.

La Commission a rejeté la plainte et jugé qu'il n'y avait pas eu d'abus de position dominante. Elle n'a trouvé, en particulier, aucun élément attestant que Yash Raj était un producteur et distributeur dominant. Elle a relevé par exemple que Yash Raj ne produisait que deux à quatre films par an sur un total de plus de 95 à 107 films produits à Bollywood pendant la période considérée. Elle s'est également demandé si les films indiens constituaient un marché à part (sans toutefois statuer précisément sur ce point).

Outre l'absence d'éléments pointant une situation dominante, la Commission a relevé plusieurs éléments montrant qu'il n'y aurait pas d'atteinte appréciable due au comportement ; il n'était appliqué qu'aux cinémas monosalles (et non aux cinémas multisalles qui représentaient environ deux tiers du chiffre d'affaires des cinémas) ; il n'était pas accepté par tous les cinémas monosalles, indiquant que le blockbuster n'était pas un film à programmer absolument et il ne s'est appliqué que pendant une durée limitée.

Source : *Competition Commission of India (2012), Order in Ajay Devgn Films vs. Yash Raj Films Private Limited & others, Case No. 66/2012, 5 novembre 2012, https://www.cci.gov.in/sites/default/files/662012_0.pdf*

4. Rôle des économistes

4.1. Intégration de l'analyse économique au sein des équipes chargées des affaires

138. Les autorités de la concurrence ont presque toutes des groupes de chefs économistes, des bureaux de recherche en économie ou des départements recherche. Il existe deux modèles d'intervention des économistes dans les affaires. Dans le premier, les économistes peuvent former un groupe d'expertise au sein de l'organisation et être affectés aux équipes sur les affaires complexes nécessitant une analyse des effets sur la concurrence, notamment en matière d'abus de position dominante. L'analyse économique fait partie intégrante de l'enquête et n'est pas un travail à part. Dans le second modèle, l'équipe de l'économiste en chef joue un rôle de contrôle, elle émet un avis sur les investigations et conseille au niveau de la prise de décisions. Dans les deux situations, les économistes sont en outre généralement employés au sein des principales divisions gérant les fusions et les comportements anticoncurrentiels.

139. La pensée économique sera plus intégrée dans le premier modèle, tandis que le second assure un contrepoids aux équipes chargées de l'enquête. Le premier modèle peut être également préférable pour constituer une expertise en économie de la concurrence dans l'ensemble de l'organisation, tandis que le second peut être préféré si l'on souhaite que les économistes soient considérés comme une profession d'expert à part au sein de l'autorité, ce qui peut avoir des avantages pour attirer et retenir les économistes. Toutefois, si

l'analyse économique est considérée comme une partie du processus de résolution du problème de l'enquête (comme je l'ai fait valoir), une intégration renforcée serait préférée. Le second modèle présente également des dangers au sens où la nature des affaires implique généralement que de multiples pistes sont possibles et il n'est peut-être pas opportun, lorsque les compétences et les ressources sont limitées, d'instaurer un processus visant à mettre en évidence tous les domaines possibles au lieu d'optimiser les ressources allouées aux pistes les plus importantes. Bien entendu, des contrôles appropriés sont nécessaires mais il n'est peut-être pas indispensable de confier un de ces contrôles à une équipe d'économistes à part. Comme il est exposé ci-dessus, le processus itératif consistant à utiliser la boîte à outils de la théorie économique pour comprendre les résultats de marché et les accords observés implique qu'il est préférable de déployer les économistes au cœur des équipes chargées des affaires. Pour un complément d'analyse sur ces considérations et sur d'autres aspects de la conception institutionnelle des autorités de la concurrence, voir OCDE, (2015^[71]), et OCDE (2020^[72]) sur le rôle de l'analyse économique dans les enquêtes sur les fusions.

4.2. Incitations et experts économistes

140. Le développement de l'analyse fondée sur les effets dans les régimes de concurrence et l'expansion mondiale du droit de la concurrence ont entraîné partout au monde un formidable essor des cabinets de conseil en économie de la concurrence. Ce phénomène s'est accompagné d'une multiplication de conférences, de blogs et d'événements consacrés à l'analyse économique appropriée dans les affaires de concurrence. Il est évident que les économistes ont personnellement intérêt à mettre en avant l'importance de l'analyse économique et des techniques complexes. Cependant, il convient de résister aux techniques trop complexes et de ne pas méconnaître l'importance des notions et de l'analyse économiques fondamentales.

141. Il n'est pas rare aujourd'hui que des experts économistes internationaux issus de cabinets de conseil travaillent pour des parties privées dans les pays à revenu intermédiaire et en développement, où ils ont un net avantage en termes de formation et de ressources à leur disposition sur les économistes qui travaillent pour les autorités. Les consultants souhaitent naturellement orienter les tests vers les plus sophistiqués, tant au plan de la théorie que de l'analyse statistique et discréditer la solide analyse économique des autorités reposant sur des informations fiables relatives aux caractéristiques du marché, combinant des données quantitatives et qualitatives. En outre, les consultants feront probablement des démarches pour recruter les meilleurs économistes des autorités, ce qui accentue la disparité. L'écart de capacités entre les consultants qui travaillent pour les parties et les économistes de l'autorité de la concurrence est donc une réalité dans de nombreux pays, hormis les pays à revenu élevé dotés de régimes solides. Cette situation appelle deux questions.

4.2.1. Faut-il adopter des approches différentes de l'analyse économique dans différents régimes ?

142. Les régimes doivent pouvoir déceler et sanctionner les abus de position dominante, en particulier dans les pays à revenu intermédiaire et en développement, où les caractéristiques de l'économie impliquent que ces abus sont plus probables que dans les pays à revenu élevé. Parallèlement, on peut dire sans craindre d'exagérer que l'équipe allouée à une seule affaire au sein d'une autorité comme celle du Royaume-Uni est probablement plus étoffée que l'ensemble des divisions chargées de la répression des autorités de nombreux pays en développement. Les autorités peuvent enquêter sur la même

multinationale pour le même comportement, mais les barrières à l'entrée et les niveaux de concentration seront sans doute plus élevés dans le pays en développement.

143. Compte tenu de ce qui précède, soit nous admettons que les autorités de la concurrence peineront à réprimer les abus de position dominante dans les pays en développement, et il est bien possible que d'autres mesures soient réclamées, soit nous adoptons une approche au cas par cas. Qu'impliquerait cette seconde solution tout en garantissant que le cœur de l'évaluation repose sur une solide analyse économique ? Heureusement, les difficultés posées par les plateformes numériques aux régimes de concurrence établis de longue date pointent un ensemble d'options qui peuvent être appliquées dans les pays à revenu intermédiaire et en développement pour les affaires d'abus de position dominante qui risquent d'être parmi leurs premières priorités (OCDE, 2020^[5]). Tout d'abord, la preuve qu'un comportement a priori anticoncurrentiel est justifié pourrait être mise à la charge des entreprises dominantes. D'ailleurs, c'est sans doute déjà le cas dans certains pays²⁴. Ensuite, l'influence des entreprises dominantes sur les marchés liés et le long des chaînes de valeur pourrait être reconnue conformément à la définition du contrôleur d'accès proposée par la Commission européenne ou à « l'importance primordiale sur tous les marchés » dans la modification du droit de la concurrence allemand. Les niveaux de concentration au sein des chaînes de valeur et les barrières à l'entrée sans doute plus élevées dans les pays à revenu intermédiaire et en développement, comme on l'a vu plus haut, laissent à penser que ces cadrages peuvent trouver une application plus large dans ces pays lorsqu'on considère l'étendue et la durabilité de la position des entreprises dominantes. Il faut rappeler que ces dispositions s'appliquent seulement aux entreprises dominantes et sans doute à celles qui sont en position solidement établie et super dominantes, et que cela garantit qu'une évaluation fondée sur les effets est possible. Autrement dit, c'est lorsqu'il y a de bonnes raisons de croire que la balance penche probablement vers les erreurs de type II qu'il faut renforcer les pouvoirs des autorités dans les pays à revenu intermédiaire et en développement.

144. Les développements intervenus dans les plateformes numériques soulignent le caractère pluridimensionnel du pouvoir de marché. Plusieurs des affaires citées en exemple montrent également, à l'égard de marchés relativement plus matures, que les effets d'éviction peuvent résulter d'une combinaison de comportements. Il est donc important que les causes des résultats de marché puissent être appréciées au-delà d'un comportement isolé détecté et que les autorités de la concurrence soient habilitées à cet effet, surtout lorsque, comme dans de nombreux pays à revenu intermédiaire et en développement, elles sont déjà en position défavorable en termes d'informations et de ressources. Les enquêtes (ou études) de marché sont un important moyen alternatif pour apprécier les résultats de marché en soulignant toutefois que les autorités qui mènent l'enquête doivent avoir le pouvoir d'imposer aux entreprises de produire les informations pertinentes et de prendre des mesures correctives et de les faire appliquer. Il faut de fortes sanctions pour les entreprises qui ne se conforment pas totalement aux demandes d'informations.

4.2.2. Les experts économistes sont-ils indépendants ?

145. Les experts économistes ne sont pas indépendants au sens des experts en médecine ou en ingénierie qui pourraient déposer devant la justice. L'idée n'est pas de dénigrer les économistes mais cela tient à la nature de la discipline : l'économie n'est pas une science naturelle, c'est une science sociale, et cela implique qu'il est possible de sélectionner différentes hypothèses raisonnables et de parvenir à des explications très différentes des résultats de marché observés²⁵.

146. Il est impossible de prendre en compte toutes les variables à l'œuvre, et quel que soit le modèle, des hypothèses relatives au comportement des consommateurs et des

entreprises doivent être posées. Il s'ensuit que dans les affaires les plus complexes, des arguments peuvent être raisonnablement avancés pour étayer des positions contraires. En un sens, les économistes peuvent jouer le rôle d'avocats experts pour contester les interprétations. Cela peut aider à cibler l'enquête du panel décisionnaire sur les principaux litiges factuels et conceptuels (voir OCDE (2008_[73]) pour une analyse de la présentation des théories économiques complexes aux juges). Mais trop souvent, cela peut conduire à une analyse longue et très complexe qui embrouille plus qu'elle ne clarifie. Il peut donc être important de mettre la tâche à la charge de l'entreprise dominante, si c'est approprié compte tenu des caractéristiques essentielles du marché et de l'analyse descriptive des résultats de marché.

4.3. Évaluation et rôle des analyses économiques dans les décisions

147. Plusieurs États ont établi des meilleures pratiques pour les avis d'économistes experts (pour un panorama, voir Christiansen et Ewald, (2014_[74])). Les deux principes de base sont la pertinence (ce qui va de soi) et la fiabilité ou robustesse. L'analyse doit être robuste au sens où elle n'est pas très sensible à des modifications mineures des données ou des variables ni à des modifications mineures des hypothèses sous-jacentes. Elle doit être reproductible, avec toutes les étapes exposées, et elle doit être expliquée de manière à être intelligible aux non-experts.

148. La contribution des données économiques aux décisions dépend du régime. Dans de nombreux régimes, les analyses effectuées par des experts pour les parties à une fusion peuvent être soumises à l'autorité, et les économistes de l'autorité de la concurrence peuvent les examiner dans le cadre de l'analyse qui peut conduire à une conclusion provisoire. Une approche similaire peut être adoptée pour les affaires d'abus de position dominante sous réserve que l'autorité énonce les théories du préjudice à examiner à un stade précoce. Cependant, dans les fusions, les parties se préparent avant le dépôt du projet de fusion tandis que dans les affaires d'abus de position dominante, elles répondent à l'analyse de l'autorité et voudront naturellement examiner également les conclusions provisoires avant de répondre. En général, les conseils de commissaires, les panels ou les tribunaux prennent des décisions fondées sur l'analyse des autorités, y compris l'appréciation des éléments produits par les parties. Ces décisions sont susceptibles de recours devant les tribunaux. Des rapports d'expert seront aussi probablement déposés à ce stade.

149. Cependant, les modalités de présentation et d'examen des données économiques en audience sont très variées. Dans quelques pays, minoritaires, les experts économistes qui déposent peuvent être interrogés et contre-interrogés dans le cadre d'audiences formelles devant l'organisme appelé à statuer (un tribunal spécialisé dans des pays comme le Chili et l'Afrique du Sud). L'expérience sud-africaine se situe à l'un des extrêmes, avec des audiences très longues au cours desquelles l'avocat principal interroge et contre-interroge les économistes en tant que témoins experts. Cela a conduit à de volumineux rapports d'experts, comportant souvent des milliers de pages, et à des dépositions et contre-interrogatoires durant plusieurs jours (souvent prévus sur des périodes d'un an ou plus). Cela demande des ressources très substantielles et des procédures et décisions longues dans ce qui sont des procédures contradictoires (bien qu'elles soient censées être inquisitoires) qui n'ont pas toujours produit plus de clarté par opposition à une multiplication de rapports (Roberts, 2019_[67]). Alors que dans les fusions, les parties ont une incitation à expédier l'audience, c'est le contraire dans les affaires d'abus de position dominante ; il est donc important, pour la formation qui statue, de prendre des décisions sur les questions clés autour desquelles elles pensent que l'affaire tournera. Les procédures qui incorporent

l'examen des dépositions d'experts dans le cadre des enquêtes de l'autorité sont sans doute plus pratiques pour les autorités dont les ressources sont limitées

5. Conclusions

150. Les données économiques sont essentielles dans l'examen d'un comportement en droit de la concurrence, en particulier en matière d'abus de position dominante. Cependant, le bilan de l'application des règles de concurrence dans ce domaine a fait l'objet d'un examen minutieux, à juste titre au vu des préoccupations suscitées par les conséquences d'un pouvoir de marché croissant. L'essor des plateformes numériques a posé des difficultés particulières aux autorités de la concurrence (décrites en détail dans OCDE (2020^[51])), mais le défi des règles efficaces et de leur application au comportement unilatéral d'entreprises ayant un fort pouvoir de marché est bien plus général.

151. Les pays à revenu intermédiaire et en développement, dont la plupart se sont doté d'un droit de la concurrence et ont créé des institutions au cours des dernières décennies, sont soumis à une pression particulière pour garantir, en matière d'abus de position dominante, des régimes efficaces et gérables trouvant un équilibre entre les erreurs de type I et de type II. Cet équilibre dépend des caractéristiques des économies concernées, tandis que le régime approprié dépend d'une évaluation réaliste de la capacité institutionnelle. Ce document souligne l'importance des cadres économiques de base pour l'examen de possibles abus de position dominante et celle des données économiques. Toutefois, il pointe aussi les dangers d'une complexité et d'une technicité excessives ainsi que la nécessité de reconnaître les raisons pour lesquelles les économistes peuvent raisonnablement être en désaccord (et le seront probablement, compte tenu des incitations en jeu). De nombreux régimes s'étant orientés vers des évaluations plus fondées sur les effets, les difficultés de l'analyse économique ne doivent pas entraîner un retour en arrière en privilégiant la forme sur les effets, car cela impliquerait de contourner l'analyse économique, qui est l'élément central du questionnement sur le comportement. Une piste possible est proposée, qui puise dans les développements concernant les plateformes numériques, à savoir, faire peser une plus grande charge sur les entreprises (super) dominantes bien établies pour qu'elles justifient leur comportement, tout en donnant aux autorités les moyens de recueillir et d'analyser efficacement les informations dont elles ont besoin pour prendre des décisions fondées sur des principes économiques sains et déterminer les mesures correctives nécessaires.

Notes de fin

¹ Voir : Akcigit *et al.* (2021_[91]) ; Eeckhout (2021_[13]) ; De Loecker et Eeckhout (2020_[88]) ; Ennis, Gonzaga et Pike (2019_[87]) ; Philippon (2019_[15]) ; Syverson (2019_[78]) ; Bajgar *et al.* (2019_[1]) ; Wu (2018_[14]) ; Baker et Salop (2015_[64]) ; Lamoreaux (2019_[85]).

² « Dire que la loi sur l’abus de position dominante devrait développer un fondement économique plus solide n’est pas dire que les règles de droit doivent être remplacées par un système discrétionnaire de décision basé sur ce que l’on estime souhaitable en termes économiques au cas par cas. Il doit y avoir des règles de droit dans ce domaine de la politique de concurrence, notamment pour des raisons de prévisibilité et de responsabilité. Il ne s’agit donc pas d’opposer les règles au pouvoir discrétionnaire, mais de savoir dans quelle mesure les règles sont ancrées dans l’économie. » (Vickers, 2005_[9])

³ Notamment Fumagalli, Motta et Calcagno (2018_[43]), Viscusi, Harrington et Sappington (2018_[76]), O’Donoghue et Padilla (2020_[46]), Niels, G., H. Jenkins, J. Kavanagh (2016_[81]), Bishop et Walker (2010_[90]), Whinston (2006_[75]), Motta (2004_[44]). Je puise aussi dans mon expérience d’économiste travaillant pour des autorités de la concurrence en Afrique du Sud et au Royaume-Uni, intervenant aussi en qualité de conseil dans des affaires et animant des formations destinées au personnel des autorités de la concurrence dans de nombreux pays, en particulier en Afrique.

⁴ Voir la conférence de Jean Tirole lors de la réception du Prix Nobel (2014_[77]) pour un panorama rapide ; Tirole (2017_[25]) pour une analyse plus approfondie.

⁵ Dans des travaux antérieurs, Aghion et ses collaborateurs ont constaté une relation en U inversé entre concentration et innovation.

⁶ Hausse de prix modérée mais significative et non passagère.

⁷ C’est le cas même lorsque les lois peuvent autoriser l’ouverture de procédures pour abus de position dominante à des niveaux inférieurs aux seuils (comme en Afrique du Sud) car, dans la pratique, les obstacles sont considérables.

⁸ Nous examinons ici le cas d’une entreprise dominante en amont ; l’analyse vaut également lorsque l’entreprise est dominante en aval et peut exercer son pouvoir de marché sur des fournisseurs indépendants en amont.

⁹ Voir aussi les Orientations de la Commission européenne sur l’article 102 (Commission européenne, 2009).

¹⁰ Voir *Van Den Bergh Foods et Coca-Cola* (O’Donoghue et Padilla (2020_[46]), chapitre 7, note 89).

¹¹ Comme dans l’affaire *Hoffman-La Roche*, dans laquelle la Cour de justice de l’Union européenne a jugé que « le prix spécial offert par Roche est la contrepartie de la renonciation par ses acheteurs à leurs possibilités d’obtenir des proportions substantielles de leurs besoins auprès de concurrents. » (tel que cité dans O’Donoghue et Padilla, chapitre 7)

¹² Affaire COMP/C-3/37.990 — Intel, Décision de la Commission du 13 mai 2009 ; Cardiff Buses, décision de l’Office of Fair Trading n° CA98/01/2008 du 18 novembre 2008.

¹³ Les compressions de marges et les rabais d’exclusivité sont manifestes dans les affaires sud-africaines successives et prolongées impliquant l’opérateur de téléphonie fixe et la compagnie aérienne nationale (Competition Tribunal of South Africa, 2021_[92]).

¹⁴ Voir Motta, Peitz et Schweitzer, dir. pub. (2022 (à paraître)_[82]).

¹⁵ Voir Jenny (2018_[53]).

¹⁶ United Brands Company et United Brands Continental B.V. c. Commission des Communautés européennes, No 27/76, [1978], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/SUM/?%20uri%2FCELEX:61976CJ0027>

¹⁷ Davis et Garces (Davis et Garces, 2010, p. 502_[57]) indiquent que « les restrictions verticales sont souvent abordées par des arguments qualitatifs relatifs à la probabilité d’une exclusion et d’un préjudice pour les consommateurs au lieu d’une analyse quantitative détaillée » ; toutefois, ils poursuivent en examinant l’évaluation « informelle et semi-formelle » et les calculs d’« arithmétique verticale » qui impliquent d’assembler et d’évaluer les informations quantitatives.

¹⁸ Voir Scheffman et Coleman (2003_[79]), graphique 4, pour un exemple dans lequel les tarifs et les prix effectivement pratiqués varient fortement dans le contexte de l’identification du comportement – dans ce cas la coordination – et Davis et Garces (2010) pour une analyse, y compris de cette citation.

¹⁹ Les Orientations de la Commission européenne indiquent que la comparaison doit déterminer si le prix effectif sur la portion contestable est inférieur ou supérieur au coût évitable moyen (CEM) ou au coût marginal moyen à long terme (CMMLT) (voir para. 43-44).

²⁰ *Intel Corporation Inc c. Commission européenne* (« arrêt du Tribunal »), affaire T-286/09 EU:T:2014:547.

²¹ *Intel Corporation Inc c. Commission européenne* (« arrêt de la CJUE »), affaire C-413/14 EU:T:2017:632. Conclusions de l’avocat général M. N. Wahl dans *Intel Corporation Inc c. Commission européenne* (« conclusions de l’avocat général Wahl »), affaire C-413/14, para. 169.

²² Voir Fumagalli *et al.* (2018_[43]) pour un bref résumé.

²³ C’est pourquoi les Orientations de la Commission européenne sur l’article 102 indiquent qu’un comportement d’éviction qui maintient, crée ou renforce une position de marché approchant celle d’un monopole ne peut pas, en principe, être justifié par le fait qu’il engendre également des gains d’efficacité.

²⁴ Voir, par exemple, les récentes modifications de la loi sud-africaine sur la concurrence (South African Competition Act).

²⁵ Louis Philips (1996_[80]) établit un guide utile – les dix commandements – à l’intention des économistes travaillant pour des parties qui se défendent contre des accusations de collusion et de prédation. Comme il le fait remarquer à propos de la collusion : « si ceux qui travaillent pour la défense, les témoins soi-disant experts, obéissent aux dix commandements, ils rendront la détection de la collusion encore plus difficile qu’elle ne l’est aujourd’hui. Pourtant, si les autorités de la concurrence connaissent les dix règles du jeu que joue la défense, elles réagiront mieux qu’actuellement et accroîtront leurs chances de détecter la collusion. ... puisque nous, les experts économistes, nous sommes le plus souvent payés pour témoigner pour la défense, je serai particulièrement attentif aux arguments dont ils ont besoin pour faire valoir leur thèse. »

Les dix commandements pour les économistes de la défense sont les suivants :

1. *Ton premier dieu sera la concurrence*
2. *Tu exagéreras le niveau de la demande*
3. *Tu exagéreras les chocs de demande*
4. *Tu exagéreras l’inélasticité de la demande*
5. *Tu exagéreras le niveau des coûts*
6. *Tu minoreras les chocs sur les coûts*
7. *Tu exagéreras les asymétries entre les entreprises*
8. *Tu exagéreras les asymétries entre les marchés*
9. *Tu exagéreras les coûts de transport*
10. *Tu diras par ailleurs la vérité*

Références

- Acemoglu, D. et J. Robinson (2012), *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Business. [28]
- Aghion, P. (2021), « Competition, Innovation, and Inclusive Growth », *IMF Working Paper*, vol. No. 2021/080. [26]
- Aghion, P. et al. (2015), « Industrial policy and competition », *American Economic Journal: Macroeconomics*, vol. vol. 7, n° 4, pp. 1–32. [22]
- Akcigit, U. et al. (2021), *IMF Staff Discussion Note: Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues*, <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2021/03/10/Rising-Corporate-Market-Power-Emerging-Policy-Issues-48619>. [91]
- Bajgar, M. et al. (2019), *Industry Concentration in Europe and North America (No. 18)*, Éditions OCDE. [1]
- Baker, J. (2019), *The Antitrust Paradigm – Restoring a competitive Economy*, Cambridge, Harvard University Press. [16]
- Baker, J. et S. Salop (2015), *Antitrust, competition policy, and inequality*. [64]
- Bishop, S. et M. Walker (2010), *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell. [90]
- Boshoff, W. (2021), « South African competition policy on excessive pricing and its relation to price gouging during the Covid-19 disaster period. », *South African Journal of Economics*, pp. vol. 89, n° 1, 112-140, <https://doi.org/10.1111/saje.12268>. [89]
- Bourreau, M. (2020), *Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau for Competition Committee Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf). [60]
- Brusick, P. et S. Evenett (2008), « Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? », *Wisconsin L.Rev.* 2, pp. 269-294. [18]
- Carlton, D. et M. Waldman (2002), « The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries' », *RAND Journal of Economics*, vol. vol. 33, n° 2, pp. 194-220. [61]
- Cheng, T. (2020), *Competition Law in Developing Countries*, OUP. [12]
- Christiansen, A. et W. Kerber (2006), *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “per se Rules vs. Rules of Reason”*, *J. Competition L. & Econ.* [11]

- Church, J. et R. Ware (2000), *Industrial Organization: A Strategic View*. San Francisco: McGraw-Hill [48]
 Competition Authority of Kenya (2016) *Competition Inquiry into USSD service provision in Kenya*. Nairobi: Competition Authority of Kenya.,
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1663633/mod_resource/content/1/ChurchWare.pdf.
- Competition Authority of Kenya (2016), *Competition inquiry into USSD service provision in Kenya*, [69]
<https://cak.go.ke/sites/default/files/USSD%20Service%20Provision%20Market%20Inquiry.pdf>.
- Competition Tribunal of South Africa (2021), *Handbook of Case Law*, [92]
<https://www.comtrib.co.za/Content/Documents/Info%20Library/Tribunal%20Case%20Law/Tribunal%20Case%20Law%20Handbook%202021.pdf>.
- Cremer, J., Y. de Montjoye et H. Schweitzer (2019), *Competition policy for the digital era. CMS Report, DG Concurrence*, [42]
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- Dallas, M., S. Ponte et T. Sturgeon (2019), *Power in global value chains. Review of International Political Economy*. [7]
 Princeton University Press, New Jersey.
- Davis, P. et E. Garces (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, [57]
 Princeton University Press, New Jersey.
- Davis, P. et V. Mani (2018), « The law and economics of excessive and unfair pricing: a review and a proposal », *Antitrust Bulletin*, <https://doi.org/10.1177/0003603X18807804>. [52]
- De Loecker, J. et J. Eeckhout (2020), « The rise of market power and the macroeconomic implications », *Quarterly Journal of Economics*. [88]
- eds, Y. (dir. pub.) (2019), « Working out the standards for excessive pricing in South Africa » in *Katsoulacos, Y et F. Jenny (dir. Pub.), Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*, Springer, Springer. [84]
- Eeckhout, J. (2021), *The Profit Paradox*, Princeton University Press, [13]
<https://press.princeton.edu/books/ebook/9780691222769/the-profit-paradox>.
- Ehlermann, C. (dir. pub.) (2006), *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, in *Ehlermann, C-D. et I. Atanasiu (dir. pub.) (2006) European Competition Law Annual, 2003: What is an abuse of a dominant position?.*, Oxford: Hart Publishing. [54]
- Ennis, S., P. Gonzaga et C. Pike (2019), « Inequality: A hidden cost of market power », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 35, Issue 3, pp. 518–549. [87]
- Evans, D. (2009), « Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules », *Chicago J. Int'l L*, vol. 10: 1, pp. 161-188. [10]
- Ezrachi, A. et D. Gilo (2009), « Are excessive prices really self-correcting? », *J. of Competition L. & Econ*, vol. 5/2, pp. 249-268. [38]
- Federico, G. (2013), « SAA II: Abuse of dominance in the South African skies », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 9/3, pp. 709-737. [47]

- Federico, G. (2011), « 'The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach' », *Journal of European Competition Law and Practice*, 2(3), vol. 2, n° 3, <https://media.iese.edu/research/pdfs/OP-0186-E.pdf>. [59]
- Fingleton, J. et A. Nikpay (2009), « Stimulating or chilling competition », *Barry Hawk (dir. pub.)*, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2008 (New York: Juris, 2009)*. [36]
- Fox, E. (2003), « We protect competition, you protect competitors », *W.Comp.*, vol. 26/2, pp. 149–165. [34]
- Fumagalli, C. et M. Motta (2020), « « Dynamic Vertical Foreclosure » », *Journal of Law and Economics*, vol. 63/4, pp. 763-812, <http://dx.doi.org/10.1086/709584>. [63]
- Fumagalli, C., M. Motta et C. Calcagno (2018), *Exclusionary Practices.*, Cambridge, CUP. [43]
- Fung, S. et S. Roberts (2021), « « Covid-19 and the role of a competition authority: the CMA's response to price gouging complaints » », *Journal of European Competition Law and Practice*. [86]
- Furman, J. et al. (2019), *Unlocking digital competition*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. [40]
- Gal, M. (2009), « Antitrust in a Globalised Economy: The Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions », *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n° 1, pp. 1-56.. [35]
- Gal, M. et al. (dir. pub.) (2015), *Competition law and the economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing. [21]
- Gerber, D. (2015), « « Adapting the role of economics in competition law: a developing country dilemma » », in M. Gal, M. Bakhoun, J. Drexl, E. Fox et D. Gerber (dir. pub.) », *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, vol. Chapitre 10, pp. pp 248-264, <https://doi.org/10.4337/9781783471508>. [24]
- Hur, J. (2004), 'The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea' in P. Brusick, A.M. Alvarez, L. Cernat & P. Holmes (eds), UNCTAD (UNCTAD/DITC/CLP/2004/1), https://unctad.org/system/files/official-document/ditclp20041_en.pdf. [19]
- Jenny, F. (2020), « 'Resilience and Governance', Covid Economics, 1, CEPR » 1, 3 April 2020, CEPR, <https://cepr.org/content/covid-economics-vetted-and-real-time-papers-0>. [56]
- Katsoulacos, Y. (dir. pub.) (2018), *Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment*, Springer. [53]
- Lamoreaux, N. (2019), « The Problem of Bigness: From Standard Oil to Google », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 33(3): 94-117.. [85]

- Lianos, D. (dir. pub.) (2019), *Competition law prescriptions and competitive outcomes: insights from Southern and East Africa*, Cambridge University Press. [67]
- M. Gal, M. (dir. pub.) (2015), 'Generating instead of protecting competition', in M. Gal, M. Bakhoun, J. Drexler, E. Fox, D. Gerber (eds) *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*, Edward Elgar Publishing, <https://doi.org/10.4337/9781783471508>. [29]
- M. Gal, M. (dir. pub.) (2015), « Competition law and the economic characteristics of developing countries », *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*. [65]
- Mazer, R. et P. Rowan (2016), « Competition in Mobile Financial Services: lessons from Kenya and Tanzania », *The African Journal of Information and Communication*, vol. 17, pp. 39-59. [68]
- Michal S. Gal, M. (dir. pub.) (2015), *Chapter 13: Abuses of dominance in developing countries: a view from the south, with an eye on telecoms*, <https://doi.org/10.4337/9781783471508>. [20]
- Mondliwa, P. et S. Roberts (2019), « 'From a developmental to a regulatory state? Sasol and the conundrum of continued state support' », *International Review of Applied Economics*, pp. vol. 33, n° 1, 11-29., <https://doi.org/10.1080/02692171.2019.1523845>. [83]
- Mondliwa, P., S. Roberts et S. Ponte (2021), « Competition and Power in Global Value Chains », *Competition and Change*, vol. vol. 25, n° 3-4., pp. 328-349. [8]
- Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press. [44]
- Motta, M., M. Peitz et H. Schweitzer (2022 (à paraître)), *A New Competition Tool for Europe?*, CUP, Cambridge. [82]
- Niels, G., H. Jenkins et J. Kavanagh (2016), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, OUP. [81]
- North, D., J. Wallis et B. Weingast (2009), *Violence and Social Orders*, Cambridge, CUP. [27]
- OCDE (2020), *Abus de position dominante sur les marchés numériques : Note de référence du Secrétariat*, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. [5]
- OCDE (2020), *Economic analysis in merger investigations*, <http://www.oecd.org/daf/competition/economic-analysis-in-merger-investigations-2020.pdf>. [70]
- OCDE (2020), *Exploitative pricing in the time of COVID-19*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>. [33]
- OCDE (2020), *OECD Global Forum on Competition Background Paper: Economic analysis in merger investigations*, <https://www.oecd.org/daf/competition/economic-analysis-in-merger-investigations-2020.pdf>. [72]
- OCDE (2019), « Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector », [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)5/en/pdf). [62]

- OCDE (2018), *Market Concentration: Issues paper by the Secretariat*, [2]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf).
- OCDE (2018), *Note de référence du Secrétariat - Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques*, [55]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf).
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, [6]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.
- OCDE (2016), *Note de référence du Secrétariat - Remises de fidélité*, [58]
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=Fr).
- OCDE (2015), *Points clés des tables rondes sur l'évolution institutionnelle des autorités de la concurrence*, [71]
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9/FINAL&docLanguage=fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=fr).
- OCDE (2013), *Competition Policy Roundtables: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, [39]
- OCDE (2012), *Competition Policy Roundtables: Market Definition*, [31]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>.
- OCDE (2011), *Competition Policy Roundtable: Excessive Prices*, [51]
<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>.
- OCDE (2009), *OECD Competition Policy Roundtables: Margin Squeeze*, [49]
<https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>.
- OCDE (2008), *Competition Committee Roundtable on Presenting Complex Economic Theories to Judges*, [73]
<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/41776770.pdf>.
- OCDE (2006), *Competition Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, [50]
<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf>.
- OCDE (2005), *Competition Policy Roundtables: Barriers to Entry*, [32]
<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/36344429.pdf>.
- O'Donoghue, R. et J. Padilla (2020), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Londres, Bloomsbury. [46]
- Oqubay, A. et al. (dir. pub.) (2020), *Enterprises and Industrial Policy: Firm-based Perspectives*, Oxford University Press. [3]
- Paelo, A. et S. Roberts (2022), *Competition and regulation of mobile money platforms in Africa: a comparative analysis of Kenya and Uganda*. [66]
- Philippon, T. (2019), *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*, Harvard University Press. [15]

- Phlips, L. (1996), « Presidential address: On the detection of collusion and predation », [80]
European Economic Review, vol. 40, pp. 495-510.
- Pitofsky, R. (dir. pub.) (2008), ‘*Some practical thoughts about entry*’, Published to Oxford [37]
 Scholarship Online: January 2009,
<http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372823.001.0001>.
- Rey, P. et J. Tirole (2007), « A primer on foreclosure Handbook of industrial organization 3: [45]
 2145-2220. ».
- Roberts, S. (2012), « Administrability and business certainty in abuse of dominance [17]
 enforcement: An economist’s review of the South African record », *World Competition*,
 vol. vol. 35, n° 2, pp. 273-300.
- Scheffman, D. et M. Coleman (2003), « Quantitative Analyses of Potential Competitive Effects [79]
 from a Merger », *George Mason Law Review*, vol. 12/2, pp. 319-69.
- Schweitzer, H. (dir. pub.) (2014), *Best Practices for Expert Economic Opinions – Key Element [74]
 of Forensic Economics in Competition Law*, Physica Publishing.
- Scott Morton, F. et al. (2019), *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure [41]
 and Antitrust Subcommittee*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State.
- Sen, A. (1993), « Markets and freedoms: Achievements and limitations of the market mechanism [4]
 in promoting individual freedoms. », *Oxford Economic Papers*, vol. vol. 45, n° 4, pp. 519–
 541.
- Syverson, C. (2019), *Macroeconomics and Market Power: Facts, Potential Explanations and [78]
 Open Questions*, Economic Studies at Brookings.
- Tirole, J. (2017), *Economics for the Common Good*, New Jersey, Princeton. [25]
- Tirole, J. (2014), *Market Failures and Public Policy: Prize Lecture*, [77]
<https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/tirole-lecture.pdf>.
- Vickers, J. (2005), « Abuse of market power », *The Economic Journal*, vol. vol. 115, n° 2005,, [9]
 pp. 244-261.
- Vilakazi, T., S. Goga et S. Roberts (2021), *Opening the South African Economy: Barriers to [30]
 Entry, Regulation and Competition*, <https://doi.org/10.35188/UNU-WIDER/>.
- Vilakazi, T. et S. Roberts (2019), « ‘Cartels as fraud? Insights from collusion in southern and [23]
 East Africa in the fertilizer and cement industries’ », *Review of African Political Economy*,
 vol. 46, n° 161, pp. 369-386, <https://doi.org/10.1080/03056244.2018.1536974>.
- Viscusi, W., J. Harrington et D. Sappington (2018), *Economics of Regulation and Antitrust*, [76]
 Cambridge, MIT Press.
- Whinston, M. (2006), *Lectures on Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press. [75]
- Wu, T. (2018), *The Curse of Bigness*, Atlantic Books. [14]

