

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

Annule & remplace le même document du 28 novembre 2019

Forum mondial sur la concurrence

**LE CONTRÔLE DES FUSIONS SUR LES MARCHÉS DYNAMIQUES –
Contribution de la France**

- Session III -

6 décembre 2019

Cette contribution est soumise par la France au titre de la Session III du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 5 et 6 décembre 2019.

La documentation relative à cette discussion est disponible sur le lien : oe.cd/fumdy.

Veillez contacter Mme Lynn Robertson, si vous avez des questions sur ce document [Tél. : +33 1 45 24 18 77 courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03455653

Le contrôle des fusions sur les marchés dynamiques

- Contribution de la France -

1. Introduction

1. L'ajustement constant des méthodes d'analyse permettant d'appréhender les cycles d'innovation très courts des marchés représente un véritable défi pour les autorités de concurrence.
2. À cet égard, le développement exponentiel des plateformes numériques et des ventes en ligne au cours des dernières années a encouragé l'Autorité de la concurrence (ci-après « Autorité ») à revoir la définition des marchés de produits ou de services et à adapter ses méthodes d'analyse des effets des opérations de concentration sur la concurrence. L'Autorité a également engagé des réflexions sur l'horizon temporel pertinent à prendre en compte pour évaluer l'existence d'une concurrence potentielle sur les marchés dynamiques ainsi que sur l'adoption d'engagements répondant au caractère évolutif de ces marchés.

2. La prise en compte des évolutions de marché dans le cadre du contrôle des concentrations

3. Dans le cadre du contrôle des concentrations, l'Autorité a été confrontée aux transformations importantes induites par l'apparition de la vente en ligne dans le secteur du commerce du détail, qui a bouleversé à la fois les modes de consommation des clients et les modes de distribution traditionnels des entreprises du secteur marqué par le développement de stratégies « omnicanales » (ou « phygitales », terme qui désigne la fusion de la distribution « physique » et « digitale »). Dans ce contexte, l'Autorité s'est d'abord interrogée sur la pertinence d'analyser une opération de concentration dans le secteur du commerce de détail sur deux canaux de distribution distincts (vente à distance, d'une part, et vente en magasin physique, d'autre part)¹ ou sur un marché global incluant les deux canaux de distribution².
4. Dans un premier temps, les conditions de marché ne semblaient pas indiquer que les ventes en ligne étaient substituables aux ventes en magasin. Dans une décision rendue en 2011 dans le secteur des produits électroniques dits « bruns » (téléviseurs, appareils photo, produits audio...) et « gris » (ordinateurs, smartphones, etc.), l'Autorité avait ainsi refusé l'argumentation des parties notifiantes, selon laquelle une telle segmentation n'était

¹ Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-26 du 24 juillet 2009 relative à l'acquisition de la société Camif Collectivités par la société Manutan International ; n° 14-DCC-28 du 5 mars 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Mistergooddeal S.A par le groupe Darty ; n° 15-DCC-101 du 30 juillet 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de GrosBill SA par mutares AG et n° 16-DCC-75 relative à l'acquisition de la société Becquet SAS par la société Domoti SAS, n° 17-DCC-39 relative à l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés Livelle et 3Suisses Belgium par Domoti SAS et 18-DCC-01 du 10 janvier 2018 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de la société La Redoute par la société Motier (groupe Galeries Lafayette).

² Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

plus pertinente en raison de la pression concurrentielle croissante exercée sur les points de vente physiques par les ventes sur internet³. Selon l'Autorité, les différences importantes entre la distribution à distance et la distribution en magasins, tant en termes de prix qu'en termes de services, rendaient ces canaux de distribution encore imparfaitement substituables aussi bien du point de vue du consommateur que de celui des distributeurs. Cette analyse, à l'époque partagée par la majorité des autorités de concurrence dans le monde (et très largement majoritaire aujourd'hui), n'implique pas d'ignorer la pression concurrentielle du commerce en ligne, mais simplement de la prendre en compte de manière qualitative, sans définir un marché unique du commerce physique et en ligne.

5. Dans son avis 12-A-20 relatif au fonctionnement du commerce électronique, l'Autorité a esquissé une première évolution, en relevant la convergence grandissante entre les deux canaux de distribution. L'Autorité constatait cette évolution tant du côté de la demande, les consommateurs ayant recours de plus en plus indifféremment à l'un ou l'autre des canaux, que du côté de l'offre, les distributeurs offrant de plus en plus fréquemment des solutions « multicanales »⁴. L'Autorité concluait néanmoins que les deux canaux de distribution restaient alors imparfaitement substituables.

6. C'est à l'occasion du rachat de la société Darty par le groupe Fnac que l'Autorité a considéré que les transformations liées à l'avènement du commerce en ligne dans le secteur du commerce de détail des produits gris et bruns devaient conduire, pour ce secteur, à analyser les effets concurrentiels en définissant un marché unique (ci-après « décision Fnac/Darty »)⁵. Pour la première fois, l'Autorité a considéré que les ventes en magasins physiques et les ventes en ligne appartenaient au même marché⁶.

7. Dans cette décision, l'Autorité a estimé que le développement de la vente en ligne dans le secteur des produits gris et bruns au cours des cinq dernières années s'était accompagné d'un amenuisement significatif des différences relevées par la pratique décisionnelle antérieure entre la vente en ligne et la vente en magasins. Ce constat s'est appuyé sur l'examen des reports de demande en cas de hausse des prix de la Fnac et de Darty, estimés par l'Autorité sur la base d'un large sondage réalisé par un institut spécialisé auprès d'un échantillon représentatif de plus de 20.000 personnes. Ce sondage a permis de constater empiriquement que, dans ce secteur, les ventes en ligne sont désormais intégrées de façon significative au comportement d'achat des consommateurs, à la fois pour la comparaison des offres et l'acte d'achat en lui-même.

8. Dans le cadre de la décision Fnac/Darty, l'Autorité a en outre analysé les nouveaux usages liés aux transformations numériques et relevé qu'aujourd'hui, du point de vue de l'offre, les enseignes traditionnelles ont adapté leur stratégie interne, tarifaire et commerciale en développant leurs propres sites de vente en ligne, notamment dans le but de répondre à l'émergence dans le secteur d'importants acteurs spécialisés du commerce

³ Décision n°11-DCC-87 du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group, § 30 à 38.

⁴ Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, § 175 et suivants.

⁵ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 précitée.

⁶ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 précitée, § 78 à 155.

en ligne ⁷. Symétriquement, les opérateurs de la vente en ligne ont amélioré les services proposés aux clients pour se rapprocher du niveau de services offert en magasins.

9. Dans ses décisions ultérieures, l'Autorité a poursuivi l'adaptation de son cadre d'analyse aux nouveaux usages des consommateurs dans divers secteurs. Elle a ainsi récemment considéré que les ventes en ligne de jouets exercent une pression concurrentielle suffisamment importante sur les ventes en magasin pour que ces deux canaux soient désormais considérés comme faisant partie du même marché⁸. De la même manière, en matière de vente de livres, l'Autorité a pris en compte la pression concurrentielle significative et croissante exercée sur les librairies physiques par les acteurs en ligne, tels qu'Amazon, Cdiscount, Chapitre.com, PriceMinister, ou Momox, sans pour autant définir un marché unique, en raison de divergences qui perdurent dans ce secteur entre ces deux canaux de distribution⁹.

10. D'autres opérations récentes démontrent la capacité de l'Autorité à faire évoluer, lorsque cela est nécessaire, son analyse concurrentielle aux stratégies innovantes de vente mises en œuvre par les acteurs du marché. L'Autorité a, par exemple, pu appréhender efficacement le développement des nouvelles stratégies de distribution omnicanale ou phytgale. Dans deux décisions récentes rendues simultanément dans le secteur de la vente de chaussures, l'Autorité a autorisé l'acquisition d'un acteur spécialisé du commerce en ligne (Sarenza) par une enseigne de la grande distribution (Monoprix)¹⁰ et l'acquisition d'une chaîne de boutiques spécialisées (André) par un site spécialisé de vente en ligne (Spartoo)¹¹.

11. Dans le même sens, le projet de rapprochement entre les groupes de grande distribution à dominante alimentaire Auchan et Système U, finalement retiré par les parties, a offert l'occasion à l'Autorité d'esquisser une prise en compte des changements dans les modes de consommation dans le secteur de la grande distribution¹².

12. Cette fusion de fait, qui avait fait l'objet d'un renvoi de la part de la Commission européenne, aurait en effet permis à l'Autorité de mesurer pour la première fois la pression concurrentielle exercée par l'offre alimentaire en ligne, et de s'intéresser à la pression exercée par les *drives* isolés sur les modes de commercialisation traditionnels.

13. À la faveur de ces décisions, une nouvelle grille d'analyse a ainsi pu être mise au point pour apprécier la substituabilité entre les ventes en ligne et les ventes en magasin, et de déterminer dans quels cas cette substituabilité conduit à retenir un marché unique. En effet, la prise en compte de la pression exercée par la vente en ligne au stade de la définition

⁷ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 précitée, § 151 à 155.

⁸ Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, § 32 à 69.

⁹ Décision n° 17-DCC-186 du 10 novembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de Gibert Jeune par Gibert Joseph, § 38 à 42.

¹⁰ Décision n° 18-DCC-50 du 20 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sarenza SA par la société Monoprix SAS (groupe Casino).

¹¹ Décision n° 18-DCC-53 du 20 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société André par la société Spartoo.

¹² Décision n° 16-DEX-03 du 23 mai 2016 relative à la fusion entre le groupe Auchan et le groupement Système U.

de marché n'a pas vocation à être généralisée à tous les secteurs, mais dépendra de plusieurs indices identifiés par l'Autorité. Ces derniers, repris dans le projet de lignes directrices sur le contrôle des concentrations récemment soumis à consultation publique¹³, sont relatifs à la pénétration des ventes en ligne, l'analogie des gammes de produits et de services offerts en magasins, l'uniformisation tarifaire croissante au sein des différents canaux de distribution, le développement d'un modèle de distribution omnicanale et les taux significatifs de report de demande entre canaux de distribution.

14. L'Autorité n'hésite pas non plus à définir de nouveaux marchés répondant à l'émergence de nouvelles activités économiques. L'Autorité s'est très récemment intéressée pour la première fois à l'industrie que constitue la monétisation de l'« influence » sur les plateformes de partage de contenu telles que Youtube et les réseaux sociaux¹⁴. À l'occasion de la prise de contrôle de la société de production audiovisuelle Elephant par la société Webedia, l'Autorité a porté une attention particulière au risque éventuel d'effets verticaux liés aux positions respectives de Webedia, active dans les services de gestion proposés aux « talents et influenceurs », et du groupe Elephant en tant que distributeur de droits de programmes audiovisuels. Elle a pu délivrer en l'espèce une autorisation sans l'assortir de remèdes.

3. L'adoption d'une méthodologie innovante pour mesurer l'intensité concurrentielle des ventes en ligne

15. Après avoir procédé à l'intégration de la vente en ligne au stade de la définition de marché, la question se pose de la mesure de l'intensité de la pression concurrentielle exercée par les plateformes numériques. À cet égard, l'Autorité n'a pas considéré que la situation concurrentielle devait s'appréhender exclusivement au niveau national. L'existence de paramètres locaux de concurrence prouve en effet que les offres de produits gris et bruns sont susceptibles de répondre à des logiques commerciales et tarifaires spécifiques à une zone donnée. C'est la raison pour laquelle ces marchés ont été analysés à la fois au niveau local et national.

16. Sur le plan local, il fallait donc intégrer les parts de marché des ventes en ligne réalisées par les acteurs spécialisés de la vente en ligne et celles des distributeurs traditionnels qui, comme les parties à l'opération, exploitent un site de distribution sur internet.

17. Dans la décision Fnac/Darty, cette intégration a soulevé pour l'Autorité une difficulté méthodologique, dans la mesure où il n'existe pas de données publiques permettant de reconstituer les ventes en ligne dans chacune des zones locales examinées. Cela impliquait donc d'adopter une méthode spécifique de calcul, conduisant à estimer le plus fidèlement possible la part que les ventes en ligne représentent pour les zones de chalandise considérées.

18. Afin d'intégrer la pression concurrentielle exercée par la vente en ligne, l'Autorité a considéré que les parts de marché locales de chaque enseigne sur le canal des ventes en ligne étaient égales à ses parts de marché nationales sur le segment de la vente en ligne. Le chiffre d'affaires total en ligne de chaque zone a ainsi été calculé en appliquant localement

¹³ https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/ld_concentrations_consultation_pub_s cpt19.pdf.

¹⁴ Décision n° 19-DCC-94 du 24 mai 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Groupe Elephant par la société Webedia.

au chiffre d'affaires total en magasin le taux national de pénétration des ventes en ligne. Le chiffre d'affaires en ligne de chaque zone a ensuite été affecté à chaque concurrent au prorata de ses parts de marché en ligne au niveau national, y compris pour les acteurs spécialisés de la vente en ligne, auxquels une part de marché locale a ainsi été affectée. Les résultats issus de cette approche pragmatique étaient cohérents avec ceux obtenus *via* une méthodologie de calcul alternative proposée par la partie notifiante, et consistant à rapporter les ventes réellement réalisées par les parties auprès des consommateurs domiciliés dans la zone de chalandise à une estimation de la demande totale de produits gris ou bruns des consommateurs de la zone – appréciée en fonction des caractéristiques sociodémographiques de la zone.

19. L'analyse de l'impact de l'opération dans les 19 zones affectées, c'est-à-dire où la part de marché de la nouvelle entité était supérieure à 50 %, a été menée dans un second temps au moyen de la méthode dite du *scoring* qui permet une évaluation qualitative de la pression concurrentielle exercée par les concurrents des parties dans la zone de chalandise d'un magasin cible¹⁵. Le recours à cette méthode est particulièrement justifié lorsqu'il est nécessaire de réaliser une analyse fine de la pression concurrentielle dans des cas complexes, tels que l'opération analysée dans la décision Fnac / Darty.

20. Selon cette méthode, chaque concurrent du magasin cible se voit attribuer un score allant de 1 à 3. Ce score est établi en fonction de la catégorie à laquelle le magasin cible appartient (grande surface spécialisée, grande surface alimentaire, acteur spécialisé du commerce en ligne, magasin spécialisé...), de la distance par rapport au magasin cible, des résultats du test de marché, et des taux de report en cas d'indisponibilité et d'augmentation de 10 % des prix pratiqués par Fnac et Darty. Cette méthode a été appliquée aux sites de vente par internet tels qu'Amazon ou Cdiscount, auxquels ont été attribués les scores les plus élevés dans la mesure où les sondages ont montré qu'ils bénéficieraient des reports de demande les plus élevés en cas de hausse des prix.

4. La concurrence potentielle et l'horizon temporel de l'analyse des opérations de concentration

21. La pertinence du cadre d'analyse des opérations de concentration sur des marchés dynamiques a pu être particulièrement questionnée au regard de l'horizon temporel retenu – comme le souligne la section 3 de la note de référence du Secrétariat de la Division concurrence.

22. Le projet de lignes directrices de l'Autorité, précité, rappelle que « *la dimension temporelle dans laquelle une entrée sur le marché apparaît raisonnablement prévisible est un élément essentiel de l'analyse* » et que les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales de la Commission européenne précisent que celle-ci « *examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est*

¹⁵ Cette méthode s'inspire de celle utilisée par l'autorité britannique de concurrence. Voir notamment le Rapport final rendu par la CMA le 18 septembre 2015 dans la décision Poundland/99p, § 6.117 et suivants.

normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans »¹⁶.

23. La prise en compte des effets anticoncurrentiels et de la structure de la concurrence sur le marché, au cours de l'analyse d'une opération de concentration, requiert un certain degré de certitude et donc nécessairement une temporalité limitée. Si la perspective étudiée est plus éloignée dans le temps, le risque d'erreur peut s'en trouver accru, de même que l'insécurité juridique pour les parties notifiantes et les autres acteurs du marché.

24. Or, sur un marché soumis à des changements rapides, une analyse dynamique de l'évolution des conditions de concurrence sur le marché peut être nécessaire à la juste appréciation des effets d'une opération de concentration.

25. Il a pu être argué qu'une telle analyse requiert des autorités de concurrence qu'elles s'inscrivent dans un cadre temporel plus souple. Des travaux prospectifs ont été récemment publiés, qui abordent ce sujet. En France, un rapport sur le droit de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne, établi par une mission conjointe de l'Inspection générale des finances¹⁷ et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies¹⁸ a été remis le 19 avril 2019 au ministre de l'économie. Il y est notamment proposé de « *favoriser une meilleure prise en compte d'éléments de long terme* », en préférant à la mention d'un délai défini un principe général selon lequel l'horizon temporel « *dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels* »¹⁹.

26. Le questionnement sur la pertinence du cadre temporel de l'analyse tient en effet au souci de mieux prendre en compte, dans un environnement économique en permanente recomposition, de la concurrence non pas seulement existante mais aussi potentielle.

27. La globalisation de l'économie démultiplie le nombre d'intervenants potentiels, et les évolutions technologiques modifient continuellement les contours d'un marché, les perspectives des acteurs et l'ensemble des conditions de concurrence. La prise en compte des rivaux potentiels dans l'appréciation de la pression concurrentielle qui pèserait sur l'entité issue d'une fusion d'entreprises est donc à la fois d'autant plus nécessaire, et plus délicate à opérer.

28. C'est une dimension dont la pratique décisionnelle de l'Autorité s'est déjà emparée. Par une décision du 1^{er} février 2018, elle a autorisé sans conditions, au terme d'une phase d'examen approfondi, le rapprochement entre LogicImmo et SeLoger²⁰, deux plateformes en ligne dans le secteur des annonces immobilières. Au cours de son analyse, elle a été

¹⁶ Point 591 du projet de lignes directrices.

¹⁷ Service exerçant une mission de contrôle, d'audit, d'étude, de conseil et d'évaluation en matière administrative, économique et financière, pour le compte des ministres chargés de l'économie et du budget.

¹⁸ Organe placé sous l'autorité du ministre de l'Économie et des Finances, chargé de missions d'inspection, d'audit et de conseil pour le compte du ministre de l'Économie et des Finances et, plus généralement, du gouvernement et des autorités administratives.

¹⁹ *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, rapport de l'Inspection générale des finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, avril 2019, p.26.

²⁰ Décision 18-DCC-18 du 1er février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer.

conduite à prendre en compte tant la concurrence actuelle émanant des portails spécialistes de l'immobilier (AvendreALouer, Explorimmo...) ou généralistes (LeBonCoin, ParuVendu), les nouveaux entrants récents sur ce marché (Bien'ici), que la concurrence potentielle d'acteurs susceptibles d'entrer sur le marché. La capacité de Google, Amazon, et Facebook à pénétrer le marché, en faisant levier de leur notoriété et de leur audience, a ainsi été examinée. Le cas de la plateforme Marketplace de Facebook a été plus particulièrement étudié, car cette entreprise « *a déjà développé des outils innovants permettant la mise en relation d'offreurs et de demandeurs de biens immobiliers* », également proposés en France depuis août 2017 (point 183). Si les caractéristiques du marché concerné ont porté l'Autorité à considérer que « *la plateforme Marketplace de Facebook n'apparaît pas actuellement substituable aux portails de petites annonces immobilières* », elle a néanmoins retenu que les GAFA, sans être aptes à discipliner à court terme le comportement concurrentiel des acteurs du marché en France, « *pourraient constituer des sources de contrainte concurrentielle* » et avoir ainsi un impact à plus long terme, « *tant leur percée dans le secteur des petites annonces immobilières en ligne pourrait être rapide* » (points 198 et 201).

29. Il est à noter que l'Autorité s'est expressément référée, dans sa décision, à l'analyse conduite dans des affaires comparables par d'autres autorités de concurrence – par exemple la CMA britannique, statuant sur l'acquisition de Hungryhouse Holdings Ltd par Just Eat.co.uk Ltd, en décembre 2017. L'Autorité s'attache ainsi, particulièrement sur ces sujets numériques, à s'inspirer de la pratique décisionnelle des autres autorités de concurrence qui sont ses partenaires, tout spécialement au sein du Réseau européen de concurrence.

30. L'appréciation de la pression concurrentielle sur l'entité issue d'une fusion d'entreprises, émanant de concurrents potentiels, suppose donc d'identifier l'émergence possible de rivaux, au vu notamment du niveau des barrières à l'entrée, ou de l'examen des cycles d'innovation.

31. L'analyse des barrières à l'entrée est communément conduite par les autorités de concurrence lors de l'examen d'une opération de concentration – par exemple les barrières d'ordre réglementaire, ou de coûts de transfert (*switching costs*) pour les clients. S'agissant des cycles d'innovation, leur prise en compte est d'autant plus nécessaire dans le cas de marchés dynamiques. Des changements majeurs peuvent en effet s'y produire, de la part d'acteurs innovants, sur des temps relativement courts, en particulier dans l'économie numérique.

32. Cette appréciation apparaît pourtant particulièrement délicate à conduire. À cet égard, pour tenter de surmonter les difficultés méthodologiques propres à ces anticipations, il a été suggéré par le rapport précité²¹ que le régulateur concurrentiel européen puisse s'appuyer sur des exemples (*benchmarks*) d'évolution concurrentielle observée dans d'autres secteurs, proches de celui concerné par une opération donnée. Par analogie, des enseignements pourraient en être tirés quant à des évolutions de marché susceptibles de se produire également dans le secteur considéré.

33. De telles comparaisons ne sont pas dépourvues d'intérêt et pourraient venir au soutien d'autres éléments en vue d'identifier l'émergence d'une concurrence potentielle. Cependant, le seul raisonnement par analogie serait à l'évidence insuffisant à en apporter la démonstration, les décisions d'une autorité de concurrence, soumises au contrôle du juge, ne pouvant reposer sur des éléments dont la réalisation est trop incertaine, et relatifs à un autre marché que celui défini comme pertinent au cas d'espèce.

²¹ Cf. supra, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, p.27

5. Les engagements dans le cadre d'opérations de concentration sur des marchés dynamiques

34. L'Autorité, dans le cadre de sa démarche active de renforcement de son expertise, a produit en 2019 une étude sur les engagements comportementaux (à paraître en décembre 2019). Il y est d'emblée relevé que l'engagement comportemental, n'ayant vocation « *qu'à contraindre temporairement le comportement concurrentiel des parties pour permettre aux opérateurs (concurrents, clients ou fournisseurs) de réagir face à la modification structurelle du marché induite par la concentration* », ne fige pas « *la structure concurrentielle d'un marché et s'inscrit ainsi pleinement dans une analyse prospective et dynamique* »²².

35. Le rapport précité comporte une préconisation, adressée à la Commission européenne, tendant, d'une part, à favoriser le recours aux engagements comportementaux plutôt qu'un « *recours presque exclusif [...] à des mesures correctrices structurelles contraignantes et irréversibles* », et, d'autre part, à assortir de tels engagements d'une « *clause de revoyure* » ou clause de rendez-vous²³.

36. La Commission européenne fait cependant usage régulièrement de sa faculté de recourir à de tels engagements comportementaux, parfois en complément d'engagements structurels, selon une appréciation au cas par cas. De même, « *l'Autorité recherche, en priorité, des mesures structurelles qui visent à garantir des structures de marché compétitives* », mais elles « *peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération* » et « *dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues* »²⁴.

37. Une récente décision illustre comment le caractère dynamique du marché est pris en considération par l'Autorité dans la définition des engagements comportementaux²⁵.

38. Sur renvoi de la Commission européenne, l'Autorité a autorisé sous condition le projet de création par TF1, France Télévisions et M6 d'une entreprise commune, dénommée Salto, ayant pour activité la distribution de services de télévision (dont les chaînes de la TNT des sociétés mères), et l'édition d'une offre de vidéo à la demande par abonnement, diffusées sur l'Internet ouvert (*over-the-top, ou OTT*). Tenant compte des évolutions récentes du marché, l'Autorité a pour la première fois envisagé un marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes de la TNT en clair. Elle a considéré que, à la suite du lancement de Salto, les sociétés mères pourraient avoir la capacité et l'incitation d'empêcher les distributeurs concurrents d'accéder à leurs chaînes et services associés. Pour y remédier, TF1, France Télévisions et M6 se sont notamment engagées à proposer directement à tout distributeur tiers, sans l'intermédiaire de Salto, la distribution de leurs chaînes de la TNT en clair et les services y associés, à des conditions objectives et non discriminatoires. Afin d'assurer le principe d'une rémunération non discriminatoire entre Salto et les distributeurs

²² *Les engagements comportementaux*, collection Les essentiels, Autorité de la concurrence, éd. Direction de l'information légale et administrative, 2019, p 30 (souligné par nous)

²³ Cf. supra, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, p.27

²⁴ Point 575 des lignes directrices, points 398 et 399 du projet de lignes directrices

²⁵ Décision n° 19-DCC-157 du 12 août 2019 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés France Télévisions, TF1 et Métropole Télévision (M6)

tiers, les engagements prévoient en particulier un mécanisme innovant de fixation de la rémunération due par Salto à ses sociétés mères par deux experts indépendants.

39. Par ailleurs, s'agissant d'une clause invitant au réexamen des engagements, en particulier dans un contexte de marché dynamique, il est acquis dans la pratique décisionnelle de l'Autorité que les engagements, définis et acceptés au vu d'une situation concurrentielle donnée, puissent être ultérieurement modifiés, afin d'en maintenir l'efficacité.

40. La révision peut intervenir « à l'issue d'une première période d'exécution des remèdes, en application d'une clause de réexamen ou de rendez-vous »²⁶. Une demande de révision avant le terme des engagements est quant à elle subordonnée à la survenue de circonstances exceptionnelles, dont les parties doivent justifier. Dès lors que l'entité résultant de l'opération de concentration est active sur un marché dynamique, cette caractéristique pourra être prise en compte dans le cadre de l'éventuelle révision des remèdes. Si l'Autorité peut décider de sa propre initiative de réviser des engagements (ainsi qu'il en a été jugé par le Conseil d'État²⁷), ce réexamen est de fait le plus souvent déclenché par une demande des parties, « qui sont les mieux à même d'identifier les évolutions du fonctionnement de leur secteur susceptibles de devoir conduire à une modification des remèdes »²⁸.

41. L'Autorité a fréquemment procédé à une telle révision des remèdes conditionnant une décision d'autorisation de concentration.

42. Une importante décision, prenant ainsi acte de la nette évolution du marché, a été rendue dans le cadre de la révision des engagements pris par le groupe Canal Plus et Vivendi au titre de l'acquisition des sociétés Direct 8 et Direct Star, dans le secteur de la télévision²⁹.

43. L'Autorité a relevé que, depuis sa décision d'autorisation (rendue en avril 2014), les secteurs de la télévision payante et gratuite ont évolué à un rythme particulièrement soutenu, en particulier en raison du rôle d'un acteur nouvellement présent sur ces marchés ayant mis en œuvre une stratégie offensive de convergence entre son activité de fournisseur d'accès à Internet et celle d'éditeur et distributeur de télévision payante et gratuite. Si le groupe Canal Plus conservait, à la date de révision des engagements, une place centrale sur les marchés d'acquisition de droits de diffusion en télévision payante, l'Autorité a constaté qu'il devait affronter une pression concurrentielle nouvelle et croissante. Au vu de ces évolutions, certains engagements ont été maintenus, d'autres levés, d'autres encore ont été adaptés (par exemple, en étendant la faculté d'acquisition de droits de diffusion de films américains récents).

²⁶ Cf. supra, *Les engagements comportementaux*, p.96.

²⁷ CE, 21 mars 2016, Soc. NC Numéricable.

²⁸ Cf. supra, *Les engagements comportementaux*, p.97 (souligné par nous).

²⁹ Décision 17-DCC-93 du 22 juin 2017 portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014.

44. Une demande de révision anticipée a par ailleurs été formée au regard d'engagements pris par Canal+ Overseas dans le cadre de l'autorisation sous condition de la prise de contrôle exclusif de Mediaserv et autres par Canal Plus Overseas³⁰ (devenue Canal+ International). À cette occasion, l'examen des engagements proposés par Canal+ International a conduit l'Autorité à maintenir inchangés certains des engagements initiaux, à en modifier certains conformément à la proposition de Canal+ International. En outre, l'Autorité a précisé expressément que, concernant l'une des obligations incombant à Canal+ International (engagement n°11), significativement modifiée, il serait « *tenu compte, au cours du suivi de cette mesure corrective, de possibles évolutions de circonstances de droit ou de fait susceptibles de justifier un allègement de l'engagement* ». Ce faisant, l'Autorité, dès le stade de sa décision de révision d'engagements actant une nouvelle série de remèdes, a pris acte de ce que l'évolution du marché appellerait un ajustement.

6. Éléments de conclusion

45. La combinaison de la relative difficulté à définir un horizon temporel approprié pour l'analyse des concentrations sur les marchés dynamiques, de la rapidité d'évolution des conditions de concurrence sur certains marchés, en particulier dans l'économie numérique, et du rythme auquel certaines entreprises du numérique se livrent à l'acquisition d'acteurs innovants (de 2008 à 2018, Amazon, Facebook et Google auraient fait l'acquisition de près de 300 entreprises³¹) incitent nombre d'autorités de concurrence à réfléchir à la possibilité de se doter de nouveaux outils en matière de contrôle des concentrations.

46. La question a été posée de la prise en compte des concentrations qui sont hors du champ du contrôle des régulateurs concurrentiels, en raison du chiffre d'affaires faible ou inexistant de la cible mais qui sont susceptibles d'emporter une détérioration des conditions de concurrence.

47. Certaines de ces transactions ont pu être qualifiées de prédatrices, en ce que l'acquisition de jeunes entreprises innovantes par des acteurs puissants serait, dans certains cas, d'abord destinées à étouffer la concurrence.

48. L'Autorité prend part au débat qui est né au sein de la communauté internationale de la concurrence, quant à la pertinence de rechercher la mise en place d'un mécanisme de contrôle permettant au régulateur concurrentiel d'intervenir, y compris *ex post*, sur de telles opérations à fort enjeu concurrentiel – ainsi que cela a été le cas dans la période récente dans plusieurs États européens.

³⁰ Décision n° 14-DCC-15 du 10 février 2014.

³¹ *Ex-post assessment of merger control decisions in digital markets*, document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority, 9 mai 2019, paragraphe I.48.