

Non classifié

Français - Or. Anglais

26 mars 2021

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

Compte rendu de la table ronde sur les fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications

Annexe au compte rendu succinct de la 131e réunion du Comité de la concurrence tenue du 5 au 7 juin 2019

7 juin 2019

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la table ronde consacrée aux fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications, qui a eu lieu le 7 juin 2019 à l'occasion de la 131e réunion du Comité de la concurrence.

D'autres documents liés à ces débats peuvent être consultés à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/daf/competition/vertical-mergers-in-the-technology-media-and-telecom-sector.htm>.

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

JT03473600

Compte rendu de la table ronde sur les fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications

Sous la présidence de M. Frédéric Jenny, le Comité de la concurrence a organisé le 7 juin 2019 une table ronde consacrée aux fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications (TMT).

Le **Président** expose le sujet des discussions et souligne l'opportunité de la table ronde étant donné que le Comité n'a pas abordé la question des fusions verticales et des concentrations dans le secteur des médias depuis plusieurs années, que certains pays envisagent de réviser leurs lignes directrices dans ces domaines et que le secteur TMT enregistre un nombre croissant d'affaires fortement médiatisées. Par comparaison aux fusions horizontales, les fusions verticales sont plus susceptibles de générer des gains d'efficacité par la suppression de la double marginalisation et d'une amélioration de l'intégration verticale. Lorsque des problèmes se posent, ils ont généralement trait au verrouillage de la clientèle ou des intrants, même si certaines fusions verticales peuvent faciliter les ententes.

Le Président présente les quatre experts devant intervenir au cours de la table ronde : **M^{me} Margaret Slade**, professeur émérite à la faculté d'économie de Vancouver de l'université de Colombie britannique ;

M. Carl Shapiro, professeur à la *Haas School of Business* et au département d'économie de l'université de Californie à Berkeley ; **M. Christopher Yoo**, professeur de droit et des sciences de la communication, de l'informatique et de l'information à l'université de Pennsylvanie ; et **M^{me} Luisa Affuso**, chef économiste d'Ofcom, l'organisme britannique de réglementation du secteur des communications.

La discussion s'articule autour de trois axes principaux : les gains d'efficacité possibles des intégrations verticales ; les théories du préjudice, le niveau de preuve exigé et la réussite des affaires ; et l'élaboration et l'efficacité des mesures correctrices.

Le Président invite ensuite à M^{me} Slade à procéder à une présentation générale du problème.

D'après **Margaret Slade**, même si la plupart des fusions verticales entraînent des gains d'efficacité, certaines demandent à être examinées plus en détail. Faire la distinction entre les fusions verticales bénéfiques et néfastes est particulièrement difficile, dans la mesure où, contrairement aux fusions horizontales, les fusions verticales nécessitent une analyse non pas d'un seul mais de deux marchés, ainsi que de l'interface entre les deux. Par ailleurs, mesurer les gains d'efficacité découlant de fusions verticales, que ce soit par le transfert d'actifs incorporels ou par une limitation du coût des contrats, s'avère généralement plus complexe que l'évaluation des avantages des fusions horizontales, dans le cadre desquelles les gains d'efficacité aux stades de la production et de la distribution sont prédominants.

Une importance disproportionnée est en outre souvent accordée à la suppression de la double marginalisation, aussi bien en théorie qu'en pratique. Atalay, Hortascu et Syverson (2013) ont établi que la moitié des fabricants en amont ne parviennent pas à assurer les livraisons à destination des divisions intégrées en aval. Il apparaît ainsi clairement qu'en l'absence de transferts internes, les marges sont préservées et tout verrouillage semble peu probable. Il convient ainsi d'envisager d'autres motifs possibles à la réalisation de fusions

verticales. Des économistes parmi les plus éminents, dont certains prix Nobel, ont avancé diverses explications, comme la limitation du coût des contrats, les coûts de renégociation et de *hold-up*, la facilitation d'investissements spécifiques, la fourniture d'incitations, une atténuation efficace des risques, etc. Il est toutefois à noter que certains modèles s'appliquent uniquement dans le contexte d'un monopole ou d'une situation de concurrence parfaite.

Les pays de l'OCDE s'orientent aujourd'hui vers des biens immatériels fondés sur la connaissance, lesquels se caractérisent par des effets de réseau et des marchés duals. Aux États-Unis, 60 % des fusions verticales contestées au cours des 25 dernières années appartenaient au secteur TMT. Les tendances observées au fil du temps relativement à l'application stricte du droit de la concurrence s'expliquent notamment par les différentes approches adoptées par les administrations sous l'impulsion de présidents successifs.

Concernant les gains d'efficacité, la pratique classique des ouvrages spécialisés consistant à comparer les intégrations verticales et les séparations verticales n'est pas toujours applicable aux fusions verticales. Une entreprise intégrée peut par exemple réunir ses installations pour bénéficier de gains d'efficacité, alors que fusionner deux installations existantes ne permettrait pas à l'entreprise issue de la fusion de générer les mêmes gains d'efficacité avec un partage de locaux (du moins, pas sans déplacer les installations existantes).

L'importance de la suppression de la double marginalisation est également exagérée. En effet, cette suppression ne constitue pas un réel gain d'efficacité donnant lieu à une baisse des intrants ou de la production, ou même à une augmentation de la productivité, mais simplement une externalité de la fixation des prix. Salinger (1991) et Luco et Marshal (2018) montrent en outre que les prix pourraient même augmenter à la suite d'une suppression de la double marginalisation. De nombreuses études ont tenté, sans y parvenir, de mettre en évidence l'effet direct de la suppression de la double marginalisation sur les prix, tout comme d'autres gains d'efficacité potentiels qui, même s'ils sont plus difficiles à tester, pourraient entraîner une baisse des prix.

Certaines preuves indirectes d'autres gains d'efficacité sont mises en avant par Acemoglu et al. (2010), qui ont montré qu'une intensité technologique en amont réduit la probabilité d'une intégration verticale et qu'une intensité technologique en aval augmente cette probabilité. Ces conclusions, appuyées par d'autres preuves indirectes, laissent penser que les producteurs de produits complexes sont plus susceptibles de conserver le contrôle de leur production que les producteurs de produits simples. De nombreuses études mettent également en évidence les autres effets positifs que peuvent avoir les intégrations verticales sur les coûts, les prix, les investissements et la qualité dans différents secteurs d'activité.

Concernant les atteintes à la concurrence, bien que de nombreuses études présentent des éléments confirmant l'existence d'un phénomène de verrouillage, aucune ne parvient à vérifier directement cette hypothèse. Il convient de noter qu'un verrouillage découlant à la fois d'une baisse des coûts ou de la suppression de la double marginalisation et du fait qu'une entité fusionnée favorise ses propres produits n'est pas nécessairement un effet négatif. Par ailleurs, tel que démontré par Suzuki (2009) dans son examen de la fusion Turner/Time Warner, même si une fusion peut entraîner le verrouillage d'un produit, elle peut également mettre fin au verrouillage d'un autre produit. Bien que nombre d'études réalisées dans le secteur de la télévision par câble fassent état à la fois de situations de verrouillage et de gains d'efficacité, avec des effets nets généralement positifs pour les consommateurs, Crawford et al. (2018) ont mis en évidence une forte hétérogénéité des résultats sur le plan du bien-être. Certaines études récentes axées sur la structure du marché

mettent en évidence les effets anticoncurrentiels de l'intégration verticale dans des situations spécifiques (Nishiwaki [2016], Lee [2013] et Norman [2017]). McGowan (2017) a par ailleurs montré qu'un accroissement de la concurrence dans le marché du charbon entraîne une diminution du nombre d'intégrations verticales.

Les autorités de la concurrence ne peuvent s'offrir le luxe d'examiner les fusions *ex post* et devraient donc se montrer prudentes face à l'application de techniques comme la pression à la hausse sur les prix ou les simulations de fusions dans le contexte de fusions verticales.

Le **Président** donne la parole au Secrétariat.

Le **Secrétariat** indique que l'abondance relative de publications consacrées aux problèmes posés par les fusions verticales du point de vue de la concurrence s'explique par l'intérêt que suscitent les exceptions à cette règle par laquelle les fusions verticales seraient généralement favorables à la concurrence. Fait intéressant, une grande partie de ces publications font état de situations de verrouillage, mais pas nécessairement d'effets préjudiciables pour les consommateurs. Ces conclusions sont en phase avec les tendances observées dans l'application du droit de la concurrence : les fusions verticales faisant l'objet de mesures répressives sont relativement rares dans la mesure où leurs effets directs (en termes d'internalisation des externalités verticales et d'économies de gamme accrues) sont positifs. Ainsi, seuls les effets indirects sont susceptibles de susciter des inquiétudes en termes de concurrence.

La plupart des théories du préjudice sont axées sur les questions de verrouillage et de facilitation des ententes horizontales, alors que d'autres types de théories, comme la discrimination par les prix, sont généralement écartés. La majorité des autorités de la concurrence ont adopté un cadre du type « capacité-incitation-effet » : la capacité correspondant au contrôle d'un produit unique et important, l'incitation s'appuyant sur une analyse des ratios de détournement et des marges bénéficiaires, et l'effet relevant d'une mise en regard des effets anticoncurrentiels et des gains d'efficacité. Lorsqu'une intervention est nécessaire, une solution est le plus souvent trouvée grâce à l'emploi de mesures correctrices, et même si les autorités de la concurrence préfèrent généralement l'application de mesures correctrices structurelles, elles sont plus enclines à appliquer des mesures correctrices comportementales pour s'attaquer aux pratiques problématiques pouvant être observées dans certaines affaires de fusion verticale.

Dans le cas du secteur TMT, les inquiétudes relatives aux comportements anticoncurrentiels semblent avoir trait au contrôle des « données massives » par les entreprises, aux plateformes et aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'à l'intérêt que peuvent avoir les entreprises à fausser la concurrence pour entraver l'entrée sur le marché ou éviter l'imposition de réglementations, ou à résister au fort pouvoir de négociation d'autres acteurs du marché le long de la chaîne d'approvisionnement. Ces marchés se caractérisent néanmoins par des économies de gamme, des niveaux élevés d'investissement et d'innovation, etc. Il est donc important de mettre l'accent sur les effets nets pour les consommateurs.

Le **Président** ouvre à présent la discussion sur la question des gains d'efficacité et fait remarquer que les contributions des différents pays laissent clairement apparaître que l'évaluation de ces gains pose d'importantes difficultés pour les autorités de la concurrence. Il demande alors au Chili de faire part de son expérience avec la fusion AT&T/Time Warner.

Le **Chili** indique que la demande d'approbation de la fusion AT&T/Time Warner coïncidait avec l'obligation de mise en œuvre d'un système de contrôle des fusions, forçant le parquet

national économique (*Fiscalía Nacional Económica*, FNE) à traiter les fusions complexes au moment même où ce nouveau système était instauré. Le FNE a adopté le cadre d'analyse « capacité-incitation-effet », tout en veillant à tenir compte du niveau élevé de dynamisme et de transformation inhérent au secteur. Se fondant sur l'approche de la Commission européenne, la FNE reconnaît des gains d'efficacité vérifiables, spécifiques à cette fusion et en mesure de compenser l'augmentation du pouvoir de marché. Par exemple, la suppression de la double marginalisation pourrait ne pas être considérée comme spécifique à la fusion lorsqu'il existe, préalablement à cette fusion, des éléments attestant de la suppression effective de la double marginalisation par le biais d'autres dispositifs contractuels. Pour être reconnus comme tels, les gains d'efficacité doivent également être suffisants, rapides et susceptibles d'être répercutés sur les consommateurs. La charge de la preuve incombe par ailleurs aux parties à la fusion.

Dans l'affaire AT&T/Time Warner, l'analyse des gains d'efficacité n'a toutefois pas joué un rôle essentiel. Une analyse de l'indice brut de pression à la hausse sur les prix (*gross upward pricing pressure index*, GUPPI) a souligné le risque que les parties à la fusion seraient fortement incitées à évincer les concurrents de DirecTV (AT&T) en restreignant leur accès aux contenus produits par Time Warner. Or, plutôt que d'apporter la preuve de gains d'efficacité, les parties choisirent de proposer directement des mesures correctrices ; la principale étant la mise en place d'un dispositif d'arbitrage de type « base-ball » (par lequel les arbitres ne peuvent retenir que l'une des positions des parties) afin de résoudre les différends entre AT&T et les opérateurs de télévision par câble. La validation de la fusion ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel. Il reste ainsi à voir si l'appareil judiciaire confirmera l'évaluation des gains d'efficacité de la FNE.

Le **Président** demande alors à la Nouvelle-Zélande de préciser, dans le cadre de son régime spécifique, la différence entre l'autorisation et la notification volontaire des fusions, et d'aborder son objection aux gains d'efficacité avancés dans la fusion Sky/Vodafone.

La **Nouvelle-Zélande** explique que la notification préalable à une fusion est une procédure volontaire. Toutefois, la commission du commerce néozélandaise conserve les pouvoirs nécessaires pour examiner toute fusion et engager des actions si les parties à une fusion anticoncurrentielle ne sollicitent pas son approbation préalable. Les parties aux fusions susceptibles de provoquer une diminution substantielle de la concurrence peuvent demander une autorisation soit avant la fusion, soit après avoir fait état de leur fusion. Dans ces cas, la commission tient compte à la fois de la quantité et de la qualité des avantages et des préjudices découlant de la fusion, et détermine si cette fusion (ou cette entente) respecte une norme de bien-être total et présente bien un avantage pour l'intérêt général. Les demandes d'autorisation sont rares, sachant que la commission n'en a reçu qu'une seule liée à une intégration verticale au cours des dix dernières années.

Des arguments en faveur des gains d'efficacité peuvent être présentés pour réfuter les conclusions selon lesquelles une fusion pourrait entraîner une diminution substantielle de la concurrence, sans pour autant qu'une demande d'autorisation soit nécessaire, mais les critères d'acceptabilité sont particulièrement restrictifs. Des arguments de cet ordre furent rejetés dans le cadre de la fusion Vodafone/Sky, Vodafone étant un opérateur de télécommunications de premier plan et Sky l'opérateur de télévision payante leader du marché, détenant les droits de contenus sportifs haut de gamme, y compris tous les matchs nationaux de rugby. Les parties avancèrent que la fusion générerait des gains d'efficacité facilitant l'offre de produits innovants, mais ne furent pas en mesure d'apporter des éléments probants suffisants sur la nature des nouveaux produits qu'ils proposeraient à la suite de la fusion. En réponse à la demande de clarification du Président, la Nouvelle-

Zélande indique que la commission a analysé les documents internes des parties afin d'identifier des éléments d'informations sur les offres de produits que proposerait l'entité fusionnée, dans la mesure où de tels éléments apporteraient un certain degré de certitude sur l'évolution du marché ultérieurement à la fusion et permettraient ainsi d'enrichir l'évaluation quantitative réalisée par la commission du commerce.

Le **Président** invite le Portugal à expliquer sa décision d'interdire la fusion Sport TV en 2013 et Altice/Media Capital en 2017, et plus précisément l'équilibrage des gains d'efficience par rapport aux atteintes à la concurrence dans ces affaires.

Le **Portugal** souligne que c'est aux parties qu'il incombe d'apporter la preuve que les gains d'efficience sont vérifiables, quantifiables et directement attribuables à la fusion. Aucune des parties impliquées dans ces affaires ne mit en évidence un quelconque argument d'efficience, laissant l'autorité portugaise de la concurrence (*Autoridade da Concorrência*, AdC) s'intéresser plus particulièrement aux effets sur la concurrence et aux mesures correctrices.

Le projet de fusion Altice/Media Capital aurait permis l'intégration d'une plateforme de télévision payante de premier plan au principal producteur de contenus de médias locaux. L'AdC s'inquiétait avant tout que les concurrents de MEO (Altice) se voient interdire l'accès aux chaînes de Media Capital. Les résultats d'une étude sur la réaction des consommateurs au retrait des chaînes de Media Capital de l'offre des opérateurs concurrents corroborait d'ailleurs la position de l'AdC, tout comme les calculs prouvant que les parties à la fusion tireraient un avantage du verrouillage de l'accès à ces chaînes. Le renforcement du pouvoir de négociation des parties à la fusion présente un autre problème, puisqu'il pourrait entraîner une augmentation des droits de diffusion, un affaiblissement de la concurrence dans les marchés en aval et des effets préjudiciables pour les consommateurs. Les parties convinrent alors de renoncer à leur projet de fusion.

La proposition d'acquisition de 25 % de Sport TV par le groupe Portugal Telecom (PT) suscita des inquiétudes quant à la capacité de la fusion à faciliter la coordination entre PT et ZON Optimus, le principal concurrent de PT dans les secteurs des télécommunications et de la télévision payante, dont les parts dans Sport TV seraient passées de 50 % à 25 % après la fusion. L'AdC craignait également un éventuel verrouillage des intrants ou de la clientèle, et s'inquiétait des interactions entre les effets verticaux et coordonnés, dans la mesure où cette capacité d'éviction pourrait encore entraver la concurrence et cristalliser les ententes. Les mesures correctrices comportementales proposées furent rejetées sur la base qu'elles étaient mal définies et jugées insuffisantes pour garantir l'accès du seul concurrent de Sport TV aux marchés en aval, qu'elles entraîneraient une uniformisation des offres pour les consommateurs et qu'elles n'auraient pas permis d'apporter une solution aux éventuels effets coordonnés.

Le **Président** fait remarquer que l'étude de suivi de la Suède sur la fusion TeliaSonera/Zitius a montré que cette fusion avait entraîné un verrouillage partiel, ainsi qu'une amélioration de la qualité et une baisse des prix. Il demande alors à la Suède si les effets aussi bien positifs que négatifs avaient été sous-estimés lors de l'examen de la fusion.

La **Suède** précise que ses principales inquiétudes portaient sur les effets horizontaux de la fusion, mais qu'elle avait également pris en compte la possibilité que TeliaSonera serait en mesure d'évincer les fournisseurs d'accès à l'internet et les distributeurs de télévision haut débit. Préalablement à la fusion, il semblait qu'un tel verrouillage ne serait pas rentable, mais l'examen réalisé suite à la fusion faisait état d'éléments constitutifs d'un verrouillage, en ce sens que les fournisseurs d'accès intégrés verticalement aux fournisseurs de réseaux

ont tendance à disposer d'une part plus importante du réseau concerné. Ce phénomène peut néanmoins être la conséquence d'autres facteurs, comme la consolidation du marché des télécommunications.

Le **Président** souligne que la Suède a précisé que la suppression de la double marginalisation constituait le principal gain d'efficacité, lequel effet s'avère pertinent dans le cadre de l'évaluation d'une fusion verticale, et demande ainsi à la Suède d'indiquer si cela confirme l'importance de la suppression de la double marginalisation ou le fait qu'elle soit facile à calculer.

La **Suède** explique que son rôle dans l'évaluation des gains d'efficacité est plutôt passif et qu'elle compte sur les parties pour porter des arguments d'efficacité et fournir des preuves concrètes. La suppression de la double marginalisation est relativement simple à vérifier et à quantifier, et constitue souvent une conséquence directe des fusions verticales. D'autres gains d'efficacité peuvent être tout aussi importants, même s'il convient d'aborder leur évaluation avec une certaine prudence.

Le **Président** demande au Japon d'indiquer de quelle manière la question des aspects verticaux et des plateformes bifaces a été gérée dans le cadre de son examen de la fusion Kadokawa/Dwango. Le **Japon** explique ainsi que la *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) a réalisé une analyse économique du marché dual dans lequel un éditeur et un distributeur de vidéos payantes envisageaient de fusionner en établissant une nouvelle société holding par le transfert d'actions indivises. La JFTC prit en compte les effets de réseau indirects et conclut que le distributeur de vidéos payantes n'avait aucun intérêt à mettre en place un verrouillage des intrants dans la mesure où plus les plateformes qui chargent des contenus sont nombreuses, plus les vidéos ont de chances d'être visionnées et par conséquent de générer des recettes.

Pour résumer la première partie des discussions, le Président indique qu'il est possible de réconcilier les points de vue de M^{me} Slade et de M. Shapiro étant donné qu'un verrouillage reste peu probable dans les cas où la littérature spécialisée en matière de gestion laisse penser que faire payer l'intégralité du prix de transfert permet une optimisation des bénéfices. Il souligne également qu'il est communément admis que certains gains d'efficacité, autres que la suppression de la double marginalisation, sont généralement négligés, et que des recherches complémentaires sont nécessaires pour mieux comprendre ces gains d'efficacité.

Le **Président** ouvre à présent la discussion sur les théories du préjudice, sur les instruments utilisés par les autorités de la concurrence pour développer ces théories et sur la charge de la preuve associée, puis demande à M. Shapiro de faire part de son avis sur ces questions.

Carl Shapiro indique ainsi que la plupart des fusions verticales ne posent aucune difficulté en termes de concurrence et que, de manière générale, ces fusions sont moins problématiques que les fusions horizontales. Il est par conséquent important de pouvoir identifier cette faible part de fusions qui méritent un examen plus approfondi. Sa présentation, axée sur le verrouillage des intrants, reflète son expérience en tant qu'expert auprès du ministère de la Justice des États-Unis (*Department of Justice*, DoJ) dans sa tentative (infructueuse) de contestation de la fusion AT&T/Time Warner.

Les éléments pertinents à l'analyse d'un verrouillage des intrants incluent, d'une part, l'entité fusionnée, constituée d'une division en amont chargée des intrants et d'une division en aval chargée des produits, et, d'autre part, différentes autres parties comme les concurrents en aval potentiellement victimes d'un phénomène d'éviction ou les consommateurs finaux. Sont également pertinents à cette analyse la possibilité d'une

suppression de la double marginalisation et d'une augmentation des coûts pour les entreprises rivales (deux phénomènes dont il est nécessaire d'apporter la preuve) et le ratio de détournement entre les concurrents en aval et la division en aval chargée des produits. De manière générale, les gains d'efficacité découlant de fusions verticales renforcent les divisions en aval, alors que certains types de verrouillages affaiblissent les concurrents en aval ; reste alors à déterminer l'incidence de ce phénomène sur les consommateurs.

Dans l'affaire AT&T/Time Warner, le ministère de la Justice s'inquiétait principalement d'une éviction partielle des concurrents de DirecTV (AT&T) par le biais d'une augmentation des coûts supportés par ces concurrents pour les contenus, y compris les contenus de Turner (Time Warner), intégrés dans leurs offres vidéo multichânes. L'analyse repose sur le principe standard « capacité-incitation-effet ». L'analyse de capacité s'intéresse à l'importance de l'intrant : est-il largement utilisé par les concurrents ? peut-il être facilement remplacé ? dans quelle mesure un refus d'accès à cet intrant affecte-t-il les concurrents ? L'analyse des incitations s'intéresse au détournement vers la division en aval provoqué par l'affaiblissement des concurrents, ainsi qu'aux marges de la division en aval. Dans la fusion AT&T/Time Warner, les concurrents exploitaient bien les contenus de Turner, mais des divergences de vue existaient quant à l'importance de ce contenu au vu de l'abondance d'autres contenus. Les parties furent en mesure d'utiliser à leur avantage le basculement des consommateurs vers les services de streaming, bien que cette tendance ne fût pas pertinente à l'analyse du détournement découlant de l'éviction des concurrents. Dans la mesure où il était difficile d'obtenir des informations de qualité auprès d'AT&T, le tribunal rejeta l'argument du ministère de la Justice par lequel les marges de DirecTV étaient importantes au vu de la taille des offres vendues. Concernant les effets anticoncurrentiels, sur la base des éléments précédemment cités et de la théorie de la négociation, le ministère de la Justice s'appuya sur une estimation de la hausse des prix payés par les concurrents et, en bout de chaîne, par les consommateurs en conséquence du verrouillage partiel.

Il convient d'examiner les gains d'efficacité à partir du moment où le cadre « capacité-incitation-effet » soulève des inquiétudes. La suppression de la double marginalisation peut également présenter un intérêt, au même titre que d'autres gains d'efficacité, même si la charge de la preuve pour ces derniers est relativement complexe et qu'il est particulièrement difficile de les mettre en balance avec d'éventuels effets préjudiciables pour les consommateurs.

Si la suppression de la double marginalisation est avérée et substantielle, elle devrait être comparée à l'augmentation des coûts pour les concurrents. Des coûts globalement plus faibles profitent généralement aux consommateurs, c'est pourquoi la suppression de la double marginalisation pourrait dissiper les craintes d'une augmentation des coûts pour les entreprises rivales. Cette suppression de la double marginalisation doit être considérée comme découlant de la fusion, mais elle n'est pas nécessairement spécifique à la fusion. Par ailleurs, si l'intrant est largement utilisé par toutes les entreprises en aval, tout porte à croire que cette suppression sera d'une ampleur relativement limitée. Il semblerait que ce fut le cas dans l'affaire AT&T/Time Warner, puisqu'une baisse des abonnements à DirecTV n'aurait pas pour autant augmenté de manière significative les abonnements au profit de contenus de Turner, étant donné que la plupart des consommateurs auraient déjà souscrit des offres concurrentes intégrant du contenu de Turner. Bien que limitée, il avait été estimé qu'une suppression de la double marginalisation avait eu lieu, or le tribunal avait rejeté cette analyse.

Le cadre proposé présente un intérêt particulier pour déterminer si les fusions suscitent des inquiétudes quant à d'éventuels effets unilatéraux justifiant un examen complémentaire. Il ne couvre cependant pas les effets coordonnés. Il convient de noter que l'analyse réalisée ici et dans l'affaire AT&T/Time Warner ne s'appuie pas sur une définition du marché ou sur les parts de marché, et qu'à cet égard elle diffère de l'approche de la Commission européenne. L'analyse est ainsi plutôt axée sur l'effet de rétention du contenu de Turner à l'encontre des concurrents de DirecTV. Le fait qu'aucun lien direct ne soit établi entre les parts de marché d'aval et d'éventuels effets préjudiciables dans ces affaires constitue une autre raison de ne pas prendre plus en compte la définition de marché et les parts de marché.

Le **Président** demande à Carl Shapiro s'il estime que les contenus de Turner étaient complémentaires à d'autres programmes, ce qui aurait alors rendu la situation plus complexe.

Carl Shapiro confirme cette assertion et souligne que prendre en compte la définition de marché et les parts de marché dans ce contexte ne fait que détourner de l'objectif premier.

Le **Président** donne ensuite la parole à Christopher Yoo.

Christopher Yoo indique que l'intérêt d'un blocage des fusions verticales est relativement limité, mais qu'il existe bien. Les théories développées à partir du cadre « capacité-incitation-effet » nécessitent d'être appuyées par des données empiriques. Des mesures correctrices peuvent être envisagées comme quatrième composante de ce cadre, même s'il apparaît de plus en plus clairement que les mesures correctrices peuvent être imparfaites et qu'il n'est pas possible de remédier correctement à certains problèmes spécifiques.

Le cadre « capacité-incitation-effet » devrait être appliqué de manière indépendante à chaque théorie du préjudice et les autorités de la concurrence ne devraient pas avancer que des produits sont complémentaires dans une théorie du préjudice tout en défendant dans une autre qu'il s'agit de produits de substitution.

Concernant la capacité d'éviction, le paradigme structure-comportement-performance s'avère moins pertinent lorsqu'il existe des preuves tangibles d'une évolution du marché, tel que ce fut le cas pour la fusion AT&T/Time Warner. L'application de conditions structurelles préalables peut toutefois s'avérer utile en tant que filtres à des fins d'exécution du droit, dans la mesure où cette capacité dépend du niveau de concentration dans le marché principal et dans les marchés adjacents, ainsi que des obstacles à l'entrée dans les marchés adjacents. La plupart des modèles sur lesquels s'appuient les publications spécialisées prennent en compte des conditions préalables. Cette capacité dépend également de l'offre et de la demande de substitution. Par exemple, les intrants nécessaires à la production de contenus vidéo sont facilement disponibles et la production de contenus vidéo de courte et de longue durées a connu une croissance exceptionnelle, à l'exception des contenus sportifs.

Bien que la théorie du profit de monopole unique soit réductrice, il en va de même pour la littérature économique post-Chicago. Ainsi, les résultats du modèle de Whinston relatif aux ventes liées varient de manière significative lorsqu'un duopole est permis. Par ailleurs, à mesure que le nombre d'acteurs augmente, il apparaît clairement que les résultats dépendent également du lien entre l'échelle minimale d'efficacité et la taille du marché extérieur, laquelle ne peut être généralisée.

Concernant l'augmentation des coûts pour les entreprises rivales, la Commission fédérale du commerce a publié une note en 1990 montrant qu'à mesure que les prix augmentent, les

dépenses nécessaires pour augmenter les coûts des concurrents seraient de plus en plus élevées, créant par là même une incitation à résister ou à faire défection, et qu'il convient également d'envisager la mise en place de stratégies permettant de contrer l'augmentation des coûts pour les entreprises rivales.

De nombreux modèles ne prévoient pas l'évaluation des gains d'efficacité spécifiques aux fusions. À titre d'exemple, les effets externes sur la qualité, tels que ceux découlant de technologies génériques pour des services complémentaires, ne sont internalisés que si une plus grande intégration verticale est permise.

M. Shapiro reconnaît que déclarer qu'un contenu spécifique est « incontournable » est loin d'être suffisant et qu'il convient de comprendre la logique des ratios de détournement. Cela souligne d'autant plus l'importance d'études empiriques.

Les publications relatives aux brevets ne permettent pas de tirer des conclusions sur le lien entre la taille des entreprises et les capacités d'innovation. Le problème est d'autant plus prononcé dans les industries créatives et les industries du droit d'auteur. Limiter la rentabilité dans ces secteurs d'activité pourrait en effet créer des obstacles à l'entrée.

Concernant les mesures correctrices, les mesures comportementales pourraient s'avérer plus importantes dans les affaires de fusion verticales, mais elles soulèvent des problèmes considérables en matière de gestion administrative. L'affaire Terminal Railroad, une affaire majeure liée à des mesures correctrices visant à obliger à garantir l'accès, fut portée devant la Cour suprême à trois reprises en raison de modifications appliquées au fil du temps et à cause des désaccords qui surviennent nécessairement lorsque des parties sont contraintes à travailler ensemble contre leur gré.

Le **Président** invite ensuite les États-Unis à faire part des enseignements tirés de la fusion AT&T/Time Warner, et en particulier relativement aux dispositifs utilisés pour suivre la méthodologie applicable et aux facteurs déterminants de l'intensité des mesures réglementaires dans le domaine des fusions verticales.

Le **ministère de la Justice des États-Unis** estime qu'il disposait des outils nécessaires mais reconnaît que l'exploitation de modèles complexes ne lui a pas permis de convaincre un juge non spécialisé. Il indique par ailleurs que le tribunal s'est naturellement focalisé sur certaines faiblesses des éléments de preuve.

Les changements d'intensité des mesures réglementaires peuvent s'expliquer par l'évolution des théories du préjudice, comme le verrouillage puis l'augmentation des coûts pour les entreprises rivales et leurs incidences, et par la sophistication accrue de l'analyse et de la disponibilité des données. L'identité du président des États-Unis n'est en aucun cas pertinente.

Concernant la suppression de la double marginalisation, la question n'est pas de savoir si elle constitue ou non un gain d'efficacité, mais plutôt de la considérer comme un effet potentiel de l'intégration verticale, au même titre que d'autres effets des fusions.

Carl Shapiro estime, dans l'affaire AT&T/Time Warner, que la théorie et les éléments de preuve étaient cohérents et solides. L'argumentation fut toutefois affaiblie par un témoignage jugé insuffisamment probant. Certains témoignages par exemple, étaient clairement influencés par les intérêts personnels des témoins et le juge considéra peu crédibles les concurrents des parties à la fusion. On peut en outre estimer que le ministère de la Justice a eu tendance à accorder une importance excessive aux témoignages d'experts.

Christopher Yoo précise qu'il ne critiquait en aucun cas la manière dont a été gérée l'affaire AT&T/Time Warner. Le contrôle des fusions dépend en grande partie des signalements. Une étude montre d'ailleurs une tendance générale à la baisse des affaires civiles hors fusion aux États-Unis, ce qui pourrait suggérer que le contrôle des fusions est davantage influencé par les évolutions en matière de théorie que par les changements d'administration.

Le **Président** demande au Mexique d'aborder ses pratiques d'exploitation d'éléments qualitatifs et quantitatifs dans les affaires de fusion verticale.

Le **Mexique** indique que la première étape de son examen de la fusion AT&T/Time Warner a consisté à évaluer la structure des marchés affectés. Cette analyse a ainsi soulevé des inquiétudes en termes de verrouillage des intrants et de la clientèle compte tenu, d'une part, de la présence de Time Warner dans le marché des contenus et, d'autre part, des activités d'AT&T dans la distribution de programmes de télévision à travers Sky, sa société holding, dont l'actionnaire majoritaire est le groupe Televisa, lui-même fournisseur de premier plan de contenus audiovisuels et de services de télévision payante. S'appuyant sur l'arithmétique verticale, les modèles économiques et l'analyse de différents scénarios pour évaluer les effets bénéfiques et dommageables, mais aussi prédire les éventuels effets anticoncurrentiels, l'institut fédéral des télécommunications (*Instituto Federal de Telecomunicaciones*, IFT) conclut que l'entité fusionnée aurait tout intérêt à mettre en place un verrouillage des intrants et de la clientèle.

Le **Président** indique penser que la contribution de la Belgique sème un doute sur la fiabilité des évaluations quantitatives en l'espèce, dans la mesure où elles reposent sur de nombreuses hypothèses qui sont difficiles à vérifier. Il demande alors à la Belgique si son interprétation ne trahit pas les conclusions de la contribution belge.

La **Belgique** confirme l'interprétation du Président, tout en soulignant que son approche n'est pas différente, mais que les limitations des évaluations quantitatives doivent être prises en compte. Étant donné l'abondance de données et leur facilité d'accès, les évaluations quantitatives restent fort utiles dans la définition du marché. Il n'est cependant pas toujours simple de trouver des données sur les ratios de détournement. Les experts ont tendance à opter pour des études de marchés qui sont de prime abord des marchés plutôt différents, et ces études devraient donc être considérées avec prudence.

Margaret Slade demande ensuite à M. Shapiro s'il recommande d'examiner les phénomènes de verrouillage et l'augmentation des coûts pour les entreprises rivales indépendamment de la suppression de la double marginalisation. Elle précise que la mesure verticale (en amont) de la pression à la hausse sur les prix de Salop et Moresi montre que l'entreprise intégrée en amont a tout intérêt à augmenter les prix pour les concurrents non intégrés en aval. Cette mesure doit être positive puisqu'elle est établie avant la fusion et elle ne peut donc pas tenir compte de la suppression de la double marginalisation. D'après l'évaluation de Domnenko et Sibley, cette mesure donne une indication erronée dans 60 % des cas. Bien que leurs données posent problème, il semble que cette mesure soit peu fiable car elle ne permet pas une baisse des coûts pour l'entreprise.

Carl Shapiro répond que, dans le cas des fusions horizontales, il existe toujours un certain degré de pression à la hausse sur les prix, mais que la question importante est de savoir si cette pression est ou non substantielle. Par analogie, dans le cas des fusions verticales, les incitations et les capacités seront limitées si l'intrant n'est pas très important, si le détournement est limité ou si les marges sont faibles. Il convient ainsi d'examiner d'abord les effets anticoncurrentiels. Si le risque semble conséquent, les gains d'efficacité doivent

être pris en compte. La suppression de la double marginalisation doit donc être prioritaire sur les autres aspects.

Après avoir rappelé sa qualité de chef économiste d'un organisme de réglementation du secteur TMT, le **Président** demande à Luisa Affuso de faire part de ses réflexions sur les spécificités du secteur et les objectifs du contrôle des fusions dans ce contexte.

Luisa Affuso précise qu'Ofcom est non seulement l'organisme de réglementation du secteur TMT au Royaume-Uni, mais qu'il dispose également de pouvoirs de lutte contre les ententes. Elle note par ailleurs que le secteur TMT se caractérise par des développements technologiques rapides. Ces évolutions entraînent une augmentation des intégrations verticales et représentent un défi majeur en termes de contrôle des fusions. La fusion entre BT (le plus important fournisseur britannique de services de communications fixes, lequel propose également des programmes de télévision) et EE (le plus grand opérateur de téléphonie mobile) illustre bien cette tendance à la convergence et au transfert entre différentes strates de la structure verticale. Les mêmes tendances peuvent être observées dans l'espace médiatique, avec une intégration verticale renforcée dans la chaîne de création, d'agrégation et de distribution de contenu. Il est difficile, dans ces conditions, de faire en sorte que les décisions prises résistent à l'épreuve du temps. À titre d'exemple, bien que la fusion Comcast/Sky ait été validée, les parties restent soumises à certaines réglementations comme le « régime de prééminence », conçu pour garantir que tous les canaux se voient accorder une importance suffisante pour éviter un verrouillage de la clientèle. Il reste en outre à savoir si ces réglementations, applicables à la télévision linéaire, sont réellement pertinentes dans un monde de moins en moins linéaire, dans lequel le contenu proposé est souvent adapté à chaque consommateur et l'effet de verrouillage plus probable.

Le développement de nouveaux modèles économiques, et notamment d'« écosystèmes », qui vont à l'encontre des modèles traditionnels pose également des difficultés pour le contrôle des fusions. Les effets préjudiciables observés dans ce contexte sont différents de ceux généralement pris en compte dans le cadre d'un contrôle des fusions standard. Par exemple, certaines préoccupations liées à la concentration de la participation dans les médias, au pluralisme dans les médias et à la réduction de la diversité des informations et des sources d'actualités, furent analysées lors de l'examen réalisé par Ofcom du projet de fusion entre Fox et Sky. Une grande partie de ces inquiétudes, traditionnellement horizontales, touchent de plus en plus les modèles verticaux depuis la mise à disposition en ligne de volumes toujours plus importants d'informations.

Les problèmes de désinformation sur les réseaux sociaux et de confidentialité des données n'entrent pas dans le cadre des analyses traditionnelles de la concurrence (lesquelles sont principalement axées sur les prix et la qualité), mais ils permettent d'éprouver le caractère approprié des approches actuelles. Certains de ces problèmes pourraient être pris en compte dans les analyses traditionnelles. Par exemple, les données semblent correspondre au prix payé en échange des services et la désinformation pourrait être un aspect de la qualité. Les organismes de réglementation sectoriels peuvent aider les autorités de la concurrence en leur fournissant des informations importantes sur les dynamiques de marché ou en atténuant les craintes concernant d'éventuels effets sur la concurrence et en introduisant des types d'effets préjudiciables qui ne sont généralement pas pris en compte.

La fusion BT/EE fut à terme validée après l'examen de dix théories du préjudice, la principale étant liée à l'accès au réseau de collecte mobile. L'autorité britannique de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority*, CMA) a examiné les dispositions mises en place par Ofcom et validé la fusion après avoir conclu que des

réponses suffisantes avait été apportées aux préoccupations soulevées. Cela montre bien que les réglementations et les analyses de la concurrence devraient aller de pair, surtout dans la mesure où les organismes de réglementation sectoriels sont à même d'imposer des mesures correctrices innovantes.

M^{me} Affuso indique que dans l'affaire Comcast/NBCU, la commission fédérale des communications (*Federal Communications Commission*, FCC) des États-Unis envisagea les mesures correctrices possibles avant d'évaluer les gains d'efficacité et suggéra que les juges pourraient être plus ouverts à cette approche visiblement plus simple, par opposition au processus plus complexe de mise en balance des effets dommageables et des gains d'efficacité.

Les fusions dans le secteur des technologies sont actuellement au cœur de débats passionnés dans la mesure où certaines reposent à la fois sur des éléments horizontaux et verticaux, tandis que d'autres pourraient être considérées comme des « acquisitions prédatrices », destinées à éliminer toute concurrence potentielle. Le rapport Furman recommande de répondre aux défis qui se posent dans ce secteur par l'adoption d'un test de prépondérance des effets préjudiciables, par lequel la faible probabilité de dommages pourtant considérables suffirait à bloquer une fusion. Un groupe d'experts européens suggère d'ailleurs de transférer la charge de la preuve aux entreprises qui contrôlent les goulets d'étranglement ou occupent une position dominante. Une approche similaire a par ailleurs été envisagée par le Stigler Center. Les défis inhérents à un tel contexte et les risques d'intervention insuffisante ou abusive sont quant à eux extrêmement importants. Les organismes de réglementation sectoriels sont mieux placés que les autorités de la concurrence pour répondre à certains de ces défis et peuvent même y répondre en amont.

Le **Président** demande si M^{me} Affuso estime que la raison pour laquelle les organismes de réglementation sectoriels seraient mieux placés est qu'ils peuvent gérer les questions de concurrence en plus d'autres types de problèmes.

Luisa Affuso répond considérer que les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels sont en réalité complémentaires. À titre d'exemple, elle indique que la CMA a récemment publié un rapport sur son évaluation des fusions dans le secteur technologique, lequel montrait qu'il aurait été intéressant pour la CMA de disposer d'une meilleure compréhension des dynamiques de marché et des technologies. La coopération avec un organisme de réglementation sectoriel pourrait s'avérer avantageuse à cet égard, même si les organismes de réglementation sectoriels ne sont pas nécessairement capables de prendre toute la mesure des défis inhérents à ces marchés.

Le **Président** donne la parole au BIAC.

Le **BIAC** estime que les questions d'intérêt général devraient être prises en charge par les organismes de réglementation compétents, plutôt que par les autorités de la concurrence, sauf si elles sont mandatées pour cela. Par exemple, les questions liées au pluralisme dans les médias ou aux participations étrangères ne relèvent généralement pas du mandat officiel des autorités de la concurrence. L'accent mis par les autorités de la concurrence sur les théories du préjudice traditionnelles permet de maintenir la confiance dans le processus de contrôle des fusions. Toutefois, en cas de chevauchement des juridictions dans l'évaluation d'une fusion, les autorités de la concurrence doivent coopérer avec les autorités de tutelle compétentes afin d'éviter les doublons d'activités, les coûts et mesures excessifs, les processus inefficaces et, dans la mesure du possible, les décisions contradictoires.

Le **Président** souligne qu'adopter une approche plus dynamique, tel que le suggère M^{me} Affuso, revient à renoncer à la précision au profit de la pertinence, et demande au BIAC s'il estime que les autorités de la concurrence devraient suivre cette voie.

Le **BIAC** considère que les autorités de la concurrence sont déjà bien placées pour évaluer l'évolution des marchés, y compris dans l'analyse des gains d'efficacité et l'élaboration de mesures correctrices adaptées. Un équilibre devrait être atteint entre, d'une part, la nécessité d'exercer des mandats officiels avec une certaine sécurité juridique et, d'autre part, la prise en compte des dynamiques et des caractéristiques pertinentes d'un marché.

Le **Président** demande à l'Union européenne une réaction au commentaire de M. Shapiro sur le caractère relativement insignifiant de la définition de marché, et l'invite ensuite à aborder les principales difficultés qu'ont pu représenter pour elle les fusions verticales dans le secteur TMT.

L'**Union européenne** indique que l'un des problèmes rencontrés lors de l'examen de fusions verticales dans le secteur des médias fut la prise en compte des fournisseurs OTT (« *over-the-top* »), que ce soit dans la définition des marchés de produits ou dans les évaluations de la concurrence. Les chaînes de télévision étaient auparavant classées par genre, plutôt que qu'en fonction des plateformes de diffusion. Même s'il est nécessaire de fixer une limite quelque part, les définitions de marché étaient restées relativement ouvertes de manière à suivre l'évolution des marchés, voire de permettre la prise en compte de problèmes tels que ceux mentionnés par M. Shapiro. La Commission européenne assume la charge de réaliser ses évaluations dans tous les marchés pertinents.

Concernant l'évaluation de l'état de la concurrence, il apparaît que les fournisseurs OTT exercent une pression concurrentielle sur les acteurs traditionnels de la télévision, et que ces derniers ont également commencé à développer leurs propres services OTT. La Commission européenne évalue actuellement ces aspects dans le cadre de deux affaires, principalement par l'analyse de documents internes.

Le **Président** indique que depuis 2015, le Brésil a examiné 95 fusions verticales, a appliqué des mesures correctrices dans 11 cas et a bloqué un seul projet de fusion. Il demande donc au Brésil de présenter les difficultés inhérentes aux évolutions rapides du marché et à l'évaluation des gains d'efficacité et des effets hors-prix.

Le **Brésil** met en avant que la rapidité des évolutions du marché dans le secteur des télécommunications représente une difficulté majeure, notamment dans la mesure où ces évolutions compliquent la définition du marché. Il est par exemple difficile de déterminer si les services de streaming constituent un substitut satisfaisant pour les services de télévision payante. Le conseil administratif de défense économique brésilien (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, CADE) considère que ces services ne sont pas des substituts, mais doit en permanence réévaluer sa position en raison des évolutions rapides du secteur. Une autre difficulté importante a trait à l'analyse des effets hors-prix, et plus précisément la diversité et la qualité des contenus accessibles aux consommateurs finaux, deux aspects particulièrement difficiles à évaluer. Le CADE se charge généralement de l'examen des problèmes de concurrence, tandis que l'organisme de réglementation sectoriel s'occupe des questions réglementaires. Par exemple, bien que le CADE ait validé la fusion AT&T/Time Warner, l'autorité de réglementation des télécommunications (ANATEL) n'a pas encore rendu sa décision en l'espèce.

Le **Président** demande à la Corée si elle aurait interdit la fusion SK Telecom/Hello Vision CJ en l'absence de problèmes horizontaux, puis si elle avait

cherché à identifier d'éventuels effets de restrictions verticales ou limité son analyse à une recherche d'incitations.

La **Corée** décrit brièvement son cadre d'analyse des fusions verticales et précise que même si elle s'applique à déterminer si les gains d'efficacité pourraient atténuer les atteintes à la concurrence, elle n'a jamais validé une fusion verticale uniquement sur la base des gains d'efficacité. Au-delà de présenter des chevauchements horizontaux, SK Telecom et Hello Vision CJ entretenaient des relations verticales. SK Telecom était le deuxième plus grand fournisseur de télécommunications de gros et l'opérateur de réseau virtuel mobile Hello Vision CJ était l'acheteur le plus important du marché. La commission coréenne de la concurrence chercha à déterminer d'éventuels effets sur la concurrence et conclut que la fusion risquerait d'entraîner une éviction des concurrents dans le marché des télécommunications de gros. Dans les faits, une fois l'opération de fusion approuvée, le nombre d'abonnés à Hello Vision CJ utilisant le réseau de SK Telecom augmenta rapidement, en même temps que baissait le nombre d'abonnés utilisant des réseaux concurrents. La commission décida finalement d'interdire la fusion en raison d'inquiétudes à la fois sur les aspects verticaux et horizontaux.

Le **Président** ouvre à présent la discussion sur les mesures correctrices et demande à l'Allemagne d'expliquer ce qui l'a incitée à bloquer la fusion CTS Eventim/Four Artists, plutôt que d'opter pour l'application de mesures correctrices.

L'**Allemagne** précise que, préalablement à la fusion envisagée, CTS Eventim occupait une position dominante sur le marché des services de systèmes de billetterie, autrement dit des systèmes permettant aux organisateurs d'événements de vendre des billets par l'intermédiaire de centres de réservation, et à ces derniers de réserver des billets pour différents événements. Ce marché se caractérise par de puissants effets de réseau mutuels indirects et par un très faible niveau de multihébergement. CTS Eventim chercha à faire l'acquisition de Four Artists, un promoteur d'événements relativement important qui proposait des contenus très attractifs. La difficulté était que cette acquisition n'aurait fait qu'amplifier les effets de réseau indirects et renforcer la position dominante de CTS Eventim. Cette fusion fut non seulement bloquée, mais les accords d'exclusivité entre CTS Eventim, les organisateurs d'événements et les centres de réservations furent également interdits. Cette décision souligne bien la pertinence de la notion de verrouillage de la clientèle dans le contexte des plateformes multifaces. Elle fut en outre confirmée par le tribunal de grande instance de Düsseldorf, mais peut encore faire l'objet d'une procédure de recours devant la cour suprême.

Dans cette affaire, les parties n'étaient pas disposées à proposer des mesures correctrices susceptibles de répondre aux inquiétudes exprimées. Les mesures correctrices devraient systématiquement être adaptées de sorte à lever les inquiétudes en matière de concurrence qui seraient spécifiques à la fusion concernée. Les cessions sont à privilégier, même si des mesures correctrices comportementales peuvent être acceptées à condition qu'elles ne nécessitent pas un suivi continu. L'accès au marché, la concession de licences de propriété intellectuelle et la publication d'informations sur les interfaces logicielles et matérielles sont des exemples de mesures correctrices potentiellement acceptables pour répondre aux inquiétudes liées aux obstacles à l'entrée. Des mesures correctrices de type « muraille de Chine » seraient néanmoins rejetées car elles ne s'étendent pas à la structure du marché qui sera issue de la fusion.

Le **Président** indique que l'approche de l'Espagne en matière de mesures correctrices comportementales est relativement accommodante. Dans l'affaire Telefónica/DTS, l'Espagne a imposé des mesures correctrices comportementales substantielles et elle

compte sur les entreprises concurrentes pour signaler toute violation de ces mesures. Il demande ainsi à l'Espagne si se reposer ainsi sur les concurrents permet de résoudre les problèmes d'application du droit ou si les signalements abusifs sont eux-mêmes devenus un problème.

L'**Espagne** reconnaît que le suivi est l'une des principales difficultés associées aux mesures correctrices hors cession. L'autorité espagnole de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, CNMC) impose généralement une obligation de rapports périodiques afin d'assurer le respect des mesures appliquées, mais les signalements des concurrents constituent également un instrument important. Il convient de souligner que les mesures correctrices dans le cadre de la fusion Telefónica/DTS ont été élaborées en collaboration étroite avec l'organisme de réglementation sectoriel. Le contrôle du respect de ces mesures correctrices représente toutefois un coût non négligeable. La CNMC se réserve toutefois le droit d'étendre de trois ans supplémentaires la période d'engagement initiale de cinq ans.

En réponse à la question du Président sur la dimension temporelle des mesures correctrices, l'Espagne indique que le principal défi consiste à prévoir suffisamment de temps pour que les concurrents et les clients puissent trouver d'autres fournisseurs, et ce, sans prolonger de manière excessive la période de suivi. Les lignes directrices établies par l'Union européenne (UE) suggèrent une période maximale de cinq ans, mais on a pu observer des affaires à l'échelle de l'UE dans lesquelles les mesures correctrices adoptées s'appliquaient pour une durée supérieure.

Bien que les signalements des concurrents en cas d'irrégularité peuvent s'avérer utiles pour contrôler la bonne application des mesures correctrices, la CNMC met aussi régulièrement en œuvre des mesures d'enquête, comme l'envoi de demandes d'information à l'intention des différents acteurs du marché.

Le **Président** indique que dans la fusion Bell Aliant/Ontera la société Bell Aliant avait convenu d'autoriser son concurrent à accéder à quatre torons du réseau de fibre optique d'Ontera pour une durée de 20 ans, et demande alors au Canada comment il est parvenu à négocier une mesure correctrice pour une période aussi longue, notamment compte tenu du caractère dynamique du marché.

Le **Canada** explique que cette mesure correctrice n'a en réalité pas été négociée, mais directement proposée par les parties. Dans la plupart des cas toutefois, les mesures correctrices font effectivement l'objet de négociations. Des mesures correctrices comportementales sont souvent adoptées dans le cadre de fusions verticales, y compris la mise en place de dispositifs de cloisonnement entre les unités commerciales afin de faire face aux préoccupations en matière de partage d'informations et d'une éventuelle coordination accrue. Le Canada reconnaît que l'application de mesures correctrices comportementales présente des défis importants, étant donné qu'il est difficile d'anticiper les problèmes et que les coûts sont généralement considérables. Ce type de mesures montre toute son efficacité lorsque le Bureau de la concurrence Canada dispose de toutes les informations nécessaires sur le fonctionnement à venir de l'entité fusionnée. Dans l'affaire Glentel/Rogers/Bell, le Bureau négocia un accord sur dix ans intégrant des dispositifs de cloisonnement afin d'empêcher Bell et Rogers de partager des informations sensibles. Les dispositifs de cloisonnement entre différentes divisions d'une même entreprise semblent en revanche avoir été moins efficaces et plus difficile à contrôler. Le calendrier dépendra de la théorie du préjudice adoptée, des caractéristiques du marché et des échéances possibles pour l'entrée de concurrents.

Le **Président** invite ensuite la Lettonie à expliquer sa décision d'imposer des mesures correctrices dans l'affaire Bite LT/Media Holding MTG, malgré d'importants gains d'efficacité découlant de cette fusion, dont les possibilités à venir de combiner et d'associer divers services de téléphonie mobile, de télévision et autres contenus.

La **Lettonie** indique que l'existence de gains d'efficacité considérables a justement conduit à la mise en place de mesures correctrices comportementales, plutôt que structurelles. Une autre raison justifiant le choix de mesures correctrices comportementales était la crainte que la cession de l'une des deux chaînes soumises à une obligation de diffusion (chaînes *must-carry*) détenues par Media Holding MTG n'entraînent la perte de cette chaîne (compte tenu, d'une part, de la crise actuelle du marché de la publicité et, d'autre part, de la nécessité d'investir dans cette chaîne et de l'incapacité potentielle des acquéreurs à réaliser ces investissements).

Le **Président** invite les experts à faire part de leurs éventuels commentaires sur les points abordés au cours des discussions.

Christopher Yoo indique être d'accord avec les commentaires de M^{mes} Slade et Affuso sur le rôle de la réglementation, et souligne la nécessité d'éviter tout phénomène d'élection de juridiction et les décisions contradictoires. Il trouve intéressant que toutes deux considèrent la concurrence et la réglementation comme complémentaires, alors que les ouvrages spécialisés les traitent comme des substituts. Toutefois, dans les affaires de compression des marges, la mise en œuvre du droit de la concurrence peut venir compléter la réglementation des prix. Dans certains ouvrages spécialisés, la présence d'un organisme de réglementation sectoriel est également considérée comme une condition préalable à l'application de mesures correctrices complexes en faveur de la concurrence.

Le **Président** souligne qu'il importe davantage de se concentrer sur les résultats de la fusion que de chercher à en dégager des gains d'efficacité. Dans le cas des théories du préjudice, il semble évident que la norme de la preuve dépend du régime juridique, autrement dit si la décision finale revient à un juge ou à un organe administratif. Les autorités de la concurrence sont en outre susceptibles de négliger certains problèmes importants pouvant découler des fusions dans le secteur TMT et de ne pas tenir compte des dynamiques de marché. La coopération avec les organismes de réglementation sectoriels pourrait d'ailleurs s'avérer bénéfique à cet égard. Par rapport aux mesures correctrices structurelles, l'application de mesures comportementales destinées à limiter le phénomène d'éviction peut être plus facile à contrôler, dans la mesure où les parties intéressées sont généralement enclines à signaler toute irrégularité. Il apparaît également que l'élaboration de ces mesures pose certaines difficultés en raison de la complexité et du caractère dynamique du secteur. Il convient en effet de noter que certaines mesures correctrices n'ont pas généré les résultats escomptés. Le Président remercie les experts et les membres de leurs contributions, et prononce la clôture des discussions.