

Non classifié

Français - Or. Anglais

26 mars 2021

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

Résumé 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 résumé du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions de la table ronde sur les fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications, organisée lors de la réunion du Comité de la concurrence tenue du 5 au 7 juin 2019.

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]

JT03473601

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

Par le Secrétariat*

Considérant le contenu des discussions ayant eu lieu lors de la table ronde organisée par le Comité de la concurrence le 7 juin 2019, les contributions des délégués, les présentations des membres du panel et la note de référence du Secrétariat, plusieurs points essentiels ont été dégagés :

1. La plupart des fusions verticales permettent des gains d'efficacité. Toutefois, lorsque des entreprises en position dominante sont parties à une fusion, certaines inquiétudes peuvent émerger concernant les effets de cette fusion sur la concurrence. Ces questions sont généralement examinées selon un principe de capacité et d'incitation, de sorte à déterminer si l'entreprise issue de la fusion peut avoir un intérêt à évincer ses concurrents. Dans les marchés des médias, les entreprises en amont négocient souvent les prix avec les entreprises en aval. Les autorités de la concurrence doivent par conséquent s'appuyer sur des modèles de négociation afin de comprendre les effets probables d'une fusion sur les prix pratiqués. Le postulat général dans ce cas est que les entreprises commerciales chercheront le plus souvent à tirer parti des possibilités qui s'offrent à elles d'augmenter leurs bénéfices.

Il est largement admis que les fusions verticales sont rarement anticoncurrentielles, mais aussi qu'elles peuvent toutefois avoir des effets préjudiciables sur la concurrence. De nombreux exemples de fusions verticales dont on pouvait attendre de tels effets néfastes sur la concurrence et les consommateurs ont ainsi été mentionnés au cours des débats. Ces exemples reflétaient les préoccupations des autorités de la concurrence quant à la capacité et l'intérêt qu'auraient les parties à la fusion (déjà en position dominante dans le marché d'amont ou le marché d'aval) à évincer complètement leurs concurrents en leur refusant l'accès à un intrant spécifique ou à sa clientèle, ou à augmenter les coûts pour les concurrents et ainsi les évincer partiellement par une augmentation du prix d'un intrant ou une réduction de sa qualité. Certains experts ont ainsi avancé que les autorités de la concurrence ne devraient pas présumer que les fusions réalisées dans les marchés oligopolistiques sont nécessairement favorables à la concurrence. Dans le secteur des médias, il existe souvent un risque, en cas d'intégration verticale, qu'une entreprise voie un intérêt à utiliser son pouvoir de marché sur le plan des contenus pour limiter la concurrence horizontale dans la distribution (verrouillage des intrants) ou, à l'inverse, à utiliser son pouvoir de marché dans la distribution pour limiter la concurrence horizontale en matière de contenus (verrouillage de la clientèle).

Les autorités de la concurrence s'appuient généralement sur le principe de capacité et d'incitation pour examiner ces questions. Dans le cas d'un verrouillage des intrants, cette approche permet d'abord de déterminer à quel degré le verrouillage partiel ou total d'un

* Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime du Comité de la concurrence. Il présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de la table ronde, dans les contributions écrites des délégués, dans les présentations des intervenants, ainsi que dans la note de synthèse du Secrétariat.

intransit entraînerait une perte des ventes pour les concurrents en aval. Elle permet dans un second temps de déterminer à quel degré la filiale en aval de l'entreprise issue de la fusion pourrait tirer parti de la situation, que ce soit par une augmentation de ses ventes ou parce qu'elle serait alors en mesure d'augmenter ses prix. Dans un troisième et dernier temps, compte tenu des effets énoncés, cette approche permet de déterminer si les activités en amont de l'entreprise issue de la fusion enregistreraient la perte d'un trop grand nombre de ventes pour que cette stratégie soit rentable. Lorsque les concurrents peuvent facilement et à moindre coût obtenir les intrants dont ils ont besoin auprès d'un fournisseur autre que l'entreprise issue de la fusion, cette dernière aura peu intérêt à adopter des pratiques d'éviction. Les concurrents en amont peuvent néanmoins décider de suivre l'entreprise issue de la fusion en augmentant les prix en amont ou encore de repositionner leurs produits, ce qui peut également avoir une incidence sur l'intérêt d'adopter des pratiques d'éviction.

Dans les marchés des médias, les entreprises en amont n'ont généralement pas la possibilité de définir elles-mêmes leurs prix de catalogue (ou les quantités), mais les négocient avec les acheteurs en aval. Si la suspension temporaire d'un accord (ou une interdiction de négociation temporaire) profiterait aux activités en aval de l'entreprise issue de la fusion, alors la fusion augmenterait son pouvoir de négociation et lui permettrait ainsi d'obtenir l'application de prix plus élevés. Cette augmentation des prix dépend de la crédibilité de la menace d'une interdiction de négociation, même si cette menace ne se concrétise pas par la suite. Une perturbation des approvisionnements ne devrait par conséquent se produire que dans de très rares cas. Une fois calculée l'augmentation des coûts pour les concurrents, il devient possible d'évaluer le surcoût répercuté pour les consommateurs.

Pour chacune de ces préoccupations, il est présumé que les entreprises commerciales chercheront le plus souvent à tirer parti des possibilités qui s'offrent à elles d'augmenter leurs bénéfices. Si ce postulat était contesté, il conviendrait de chercher à comprendre quel autre objectif cette entreprise souhaiterait alors atteindre. Cela permettrait une meilleure anticipation des effets potentiels par l'application du principe de capacité et d'incitation.

2. Les fusions verticales peuvent permettre d'améliorer l'efficacité et de baisser les prix grâce à la suppression de la double marginalisation. Il peut toutefois en résulter des effets anticoncurrentiels lorsque les entreprises vendent plusieurs produits concurrents. Afin de déterminer les effets probables sur les prix et sur la qualité, les autorités de la concurrence doivent donc évaluer l'impact de la suppression de la double marginalisation, les autres gains d'efficacité spécifiques à la fusion, ainsi que tout autre risque pour la concurrence. Dans ce cas, les autorités de la concurrence devront étudier avec soin la suppression de la double marginalisation, dans la mesure où les travaux réalisés suggèrent qu'elle serait plus rare, plus limitée et moins imputable aux fusions qu'on l'affirme souvent.

La théorie économique laisse penser que les fusions verticales peuvent avoir un effet ambigu sur les prix et sur la qualité. Cela s'explique par le fait qu'en cas de fusion d'entreprises disposant d'un pouvoir de marché à différentes étapes de la chaîne d'approvisionnement, ces entreprises peuvent être en mesure d'internaliser la baisse de leurs bénéfices conjoints découlant de la définition de prix en amont plus élevés. Elles peuvent ainsi être incitées à baisser les prix en aval pour les consommateurs afin d'augmenter les ventes et optimiser leurs bénéfices conjoints. Partant du postulat que les entreprises commerciales chercheront le plus souvent à tirer parti des possibilités qui s'offrent à elles d'augmenter leurs bénéfices, cela signifie que la fusion verticale entre des

entreprises disposant d'un pouvoir de marché dans leurs marchés respectifs entraînera une certaine pression à la baisse sur les prix.

Il existe par ailleurs des exemples par lesquels la suppression de la double marginalisation a eu des effets anticoncurrentiels, notamment dans le cas d'entreprises commercialisant plusieurs produits concurrents. Cela tient au fait qu'elles ont augmenté le prix des produits pour lesquels elles n'ont pu supprimer la double marginalisation afin de réorienter les consommateurs vers des produits pour lesquels la double marginalisation a été supprimée. Lorsque de tels problèmes se posent, et même lorsqu'il s'agit de problèmes plus traditionnels liés à des effets de verrouillage total ou partiel, les autorités de la concurrence doivent les mettre en balance avec toute preuve de gains d'efficacité spécifiques à la fusion concernée, y compris les gains d'efficacité issus de la suppression de la double marginalisation.

Dans probablement près de la moitié des cas, les entreprises en amont ne livrent pas à leurs filiales en aval. Aucune suppression de la double marginalisation n'est par conséquent envisageable. Dans la plupart des autres cas, la suppression de la double marginalisation est rarement spécifique à la fusion lorsque les restrictions verticales (comme le prix de vente maximum imposé) permettent aux entreprises en amont de veiller à ce que les entreprises en aval ne définissent pas des prix de détail inefficients. Par ailleurs, dans les cas où la suppression de la double marginalisation est établie, sa valeur est souvent bien inférieure à ce que l'on peut croire. Cela tient au fait que lorsqu'un intrant est déjà largement utilisé par les entreprises en aval, le bas niveau des prix permis par la suppression de la double marginalisation pour l'entreprise intégrée en aval a pour effet de cannibaliser les ventes réalisées par d'autres concurrents en aval qui se fournissaient déjà auprès de l'entreprise en amont. Les experts tendent ainsi à penser qu'une importance excessive a été accordée à la suppression de la double marginalisation, à la fois dans la théorie et dans la pratique. Par exemple, les éléments attestant de l'existence et de l'ampleur de cette suppression sont le résultat de tests indirects ne permettant pas de faire de distinction claire entre les effets de la suppression de la double marginalisation et les effets d'autres gains d'efficacité, parmi lesquels le transfert de connaissances ou la limitation du coût des contrats.

3. Le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications, et plus particulièrement les marchés des médias inhérents à ce secteur, présentent de nombreuses spécificités que les autorités de la concurrence doivent prendre en considération lors de l'évaluation des fusions verticales, tout en veillant à travailler en coopération avec les organismes de réglementation sectoriels compétents. Par exemple, l'essor des fournisseurs de services OTT (« over-the-top ») compte parmi les évolutions récentes les plus importantes. Une évaluation détaillée au cas par cas reste toutefois nécessaire pour déterminer si ces évolutions ont une incidence sur les effets probables d'une fusion.

Les fusions sont particulièrement fréquentes dans le secteur TMT, représentant 24 % de toutes les fusions et 16 % des fusions ayant nécessité une intervention en 2017. Le secteur TMT et surtout les marchés des médias connexes présentent de nombreuses caractéristiques spécifiques et sont associés à des objectifs ambitieux en matière d'action publique. Il peut être utile que les autorités de la concurrence aient conscience de ces particularités dans le cadre de l'évaluation des fusions verticales. Les tests d'intérêt public destinés à préserver le pluralisme des organes de presse plutôt que les gains d'efficacité du marché sont souvent applicables. Dans de nombreux pays, il existe un opérateur national de service public chargé de remédier aux défaillances du marché (mission pour laquelle cet opérateur est

rémunéré sur fonds publics ou par le biais d'une redevance garantie). Ces marchés sont par ailleurs souvent très réglementés, avec des licences de radiodiffusion obligatoires, une répartition du spectre par l'administration sur la base d'enchères, et un accès réglementé aux guides de programmes électroniques. Toutes ces spécificités obligent à une coopération étroite avec les organismes de réglementation sectoriels.

L'émergence des services OTT fait partie des récentes évolutions particulièrement importantes qu'a connues le secteur TMT. Ces services permettent la diffusion de programmes de télévision par l'internet sur les appareils mobiles et tablettes, ainsi que sur des équipements plus traditionnels. Ces services ont modifié les habitudes de consommation de nombreux utilisateurs en les détournant d'un modèle de consommation linéaire (soit simultanée à la diffusion) vers un modèle de consommation à la demande (soit initiée par l'utilisateur au moment de son choix). Le développement de ces services se produit à un rythme différent selon les pays et prendre des mesures pour empêcher la concentration de contenus (par exemple, en bloquant la création de champions nationaux comme Project Kangaroo au Royaume-Uni) devrait contribuer à accélérer les nouvelles entrées et à stimuler l'innovation. On a ainsi pu observer que face à cette évolution la réaction des opérateurs traditionnels en place avait été de développer leurs propres services OTT. L'importance des contenus reste toutefois la même et de nombreux fournisseurs ont décidé de remonter la chaîne et de passer à la production de contenus, augmentant par là même le nombre de concurrents intégrés verticalement.

Bien que les autorités de la concurrence soient pleinement conscientes de l'essor des services OTT, il apparaît que les analyses ne soient pas toujours affectées, malgré l'importance du contenu. Par exemple, lorsque des contenus à forte valeur ne sont pas disponibles dans le cadre de services OTT, le ratio de détournement de la télévision au profit des services OTT est relativement faible, voire nul, en raison de l'augmentation du prix des contenus découlant d'une fusion verticale.

4. Lorsque les autorités de la concurrence identifient des effets préjudiciables pour la concurrence, de nombreuses mesures correctrices structurelles et comportementales peuvent être appliquées pour répondre de manière adaptée aux préoccupations soulevées par une fusion. Dans le cas des mesures correctrices comportementales, il convient de veiller à ce qu'elles incluent les dispositifs complémentaires nécessaires pour contrôler et garantir le respect des mesures adoptées. Bien que l'élaboration de mesures correctrices comportementales présentent des difficultés particulières, des mesures efficaces visant à obliger à garantir l'accès peuvent souvent constituer une réponse proportionnée aux préoccupations des autorités de la concurrence. Certaines options relativement peu coûteuses, comme les arbitrages, peuvent ainsi s'avérer particulièrement intéressantes.

Les mesures correctrices structurelles dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications peuvent inclure une interdiction simple de la fusion, ce qui permet de lever toute inquiétude en matière de concurrence. Ces mesures établissent concrètement une séparation structurelle entre les entreprises afin d'empêcher tout verrouillage de la clientèle ou des intrants, et ainsi de supprimer la nécessité d'une réglementation préalable. L'obligation de cession constitue une autre option intéressante, qu'elle concerne des actifs corporels (par exemple, une station de radio) ou incorporels (par exemple, une propriété intellectuelle). Les mesures correctrices comportementales restent le type de mesure le plus couramment adopté face aux fusions verticales problématiques. Il peut ainsi s'agir de l'octroi impératif de licences (souvent proposé dans le cas de l'acquisition de jeunes entreprises par des grandes entreprises en position dominante), d'une obligation

d'interopérabilité ou encore de l'interdiction des accords d'exclusivité. Des dispositifs de cloisonnement internes peuvent également être inclus dans un ensemble de mesures correctrices comportementales, même s'ils risquent d'être peu efficaces s'ils sont appliqués de manière isolée.

Les mesures correctrices comportementales impliquent également souvent d'imposer des clauses accessoires donnant aux autorités de la concurrence le pouvoir de surveiller l'application des mesures correctives et d'assurer concrètement la conformité à ces mesures. Parmi ces clauses accessoires, on peut citer : les dispositions en matière de transparence, qui obligent l'entité fusionnée à fournir systématiquement à l'autorité de la concurrence des informations sur ses pratiques commerciales ; les dispositions anti-représailles, qui visent à empêcher l'entité fusionnée de prendre des mesures de rétorsion contre des entreprises concurrentes ayant signalé des pratiques anticoncurrentielles à l'autorité de la concurrence ; et les dispositions d'arbitrage, qui instituent un mécanisme d'arbitrage en cas de litiges sur la bonne application des mesures correctives. Une manière simple et efficace d'assurer un accès équitable, raisonnable et non discriminatoire sans avoir à définir les termes « équitable » et « raisonnable » consiste à exiger un arbitrage final (de type « base-ball ») par lequel l'acheteur et le vendeur proposent un prix directement à l'arbitre. À la suite d'une dernière audition, l'arbitre choisit l'une des deux propositions sans modification. Cette mesure correctrice limite la marge de manœuvre de l'arbitre tout en donnant à chaque partie la possibilité de faire une proposition raisonnable, de sorte à augmenter les chances de la voir acceptée par l'arbitre.

Toutefois, s'il s'avère nécessaire de définir les termes « équitable » et « raisonnable », et de contrôler le respect des mesures adoptées, alors l'application de mesures correctrices comportementales peut devenir particulièrement difficile, coûteuse et longue. Par exemple, si des concurrents venaient à dénoncer le non-respect d'engagements comportementaux, les autorités de la concurrence devraient consacrer du temps et des ressources à la vérification de ces allégations, dans la mesure où les concurrents sont eux-mêmes des parties intéressées dans ce contexte. Déterminer la durée des mesures correctrices comportementales peut également s'avérer difficile, étant donné que leur pertinence sur le long terme dépendra de la disponibilité de substituts suffisants aux intrants concernés (ou à l'accès aux consommateurs). Certains considèrent toutefois que les mesures correctrices comportementales, telles que l'octroi impératif de licences, ne présentent que de faibles risques dans le cas de fusions verticales potentiellement préjudiciables pour la concurrence. Elles n'entravent par exemple pas la capacité d'une entreprise intégrée verticalement à bénéficier des éventuels gains d'efficacité générés par la fusion. Dans le même temps, elles permettent d'éviter tout phénomène de verrouillage et ne nécessiteraient pas d'être appliquées si aucun effet de verrouillage n'était attendu.