

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

Résumé de la table ronde sur les start-ups, les acquisitions anticoncurrentielles et les seuils de contrôle des fusions

Annexe au compte rendu succinct de la 133^e réunion du Comité de la concurrence tenue du 10 au 16 juin 2020

10-16 juin 2020

Ce résumé établi par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions de la table ronde consacrée aux start-ups, aux acquisitions anticoncurrentielles et aux seuils de contrôle des fusions, qui a eu lieu pendant la 133^e réunion du Comité de la concurrence tenue du 10 au 16 juin 2020.

D'autres documents relatifs à cette table ronde sont disponibles à l'adresse :
<https://www.oecd.org/fr/concurrence/start-ups-acquisitions-anticoncurrentielles-et-seuils-de-contrôle-des-fusions.htm>

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

JT03487734

Résumé de la table ronde sur les start-ups, les acquisitions anticoncurrentielles et les seuils de contrôle des fusions

Par le Secrétariat¹

Le 11 juin 2020, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur les start-ups, les acquisitions anticoncurrentielles et les seuils de contrôle des fusions.

Les principaux enseignements qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites des délégations et des interventions des experts et délégués qui ont pris part aux débats sont les suivants :

1. De récents travaux empiriques sur l'industrie pharmaceutique ont mis en évidence un essor tendanciel des « acquisitions anticoncurrentielles » ou « acquisitions prédatrices », stratégie par laquelle une entreprise en place achète un concurrent naissant et met fin à la fabrication des produits (ou aux activités de développement) de ce dernier.

D'après la théorie du préjudice causé par une acquisition prédatrice, une entreprise en place achète un concurrent et « tue » un ou plusieurs produits de ce concurrent afin : i) d'éliminer la pression concurrentielle que ce produit pourrait engendrer s'il était complètement mis au point par ce concurrent et ii) de cesser le développement du produit en question et sa commercialisation éventuelle de façon à ne pas cannibaliser de ses propres ventes.

Ces acquisitions s'inscrivent donc dans un ensemble plus large de théories du préjudice causé par la perte de concurrence potentielle exercée par une entreprise naissante. Elles peuvent être une source importante de préoccupation dans les marchés numériques et pourraient entraîner des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux défavorables à la concurrence.

L'acquisition d'entreprises rivales naissantes présente un risque pour la concurrence lorsque : la cible a récemment commercialisé un produit qui fait directement concurrence aux produits de l'acquéreuse ; la substituabilité entre les produits des deux entreprises est aujourd'hui faible mais elle pourrait devenir plus forte demain ; ou bien la cible va commercialiser un produit concurrent sur le marché actuel ou un nouveau marché.

2. Les acquisitions de concurrents naissants, dont les acquisitions prédatrices, ont été citées parmi les causes possibles de la hausse des marges bénéficiaires et de la concentration au niveau des secteurs et des marchés. Ces indicateurs donnent à penser que le pouvoir de marché de certaines entreprises s'accroît et d'aucuns estiment que cette évolution est au moins en partie le fruit de fusions anticoncurrentielles.

S'il n'est pas démontré que l'application des règles sur le contrôle des fusions ait été trop permissive, des éléments concrets indiquent que ces théories du préjudice sont rarement examinées et rien ne permet de penser que l'application des règles dans ce domaine ait été excessivement stricte.

L'une des sources de préoccupation est que certaines acquisitions d'un concurrent rival échappent à la compétence de l'autorité de la concurrence dans les juridictions qui disposent d'un système de notification préalable des fusions fondé sur un seuil de revenus,

¹ Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. Elle récapitule cependant les points essentiels des débats, des contributions écrites des délégués et des présentations des intervenants.

puisqu'il arrive que la cible ne génère aucun revenu. C'est pourquoi certaines juridictions ont mis en place des seuils de valeur de transaction de façon à couvrir les acquisitions d'entreprises naissantes potentiellement anticoncurrentielles. Cette approche repose sur l'hypothèse que lorsqu'une entreprise est prête à payer un prix élevé pour une cible qui réalise un faible chiffre d'affaires, il est probable que cette cible soit un rival sérieux de l'acquéreuse et que l'opération se traduira par une forte réduction de la concurrence.

Dans d'autres juridictions, les régimes de contrôle des fusions sont suffisamment souples pour englober ces opérations. Tel est notamment le cas des régimes qui prévoient un critère de part de l'offre ou permettent aux autorités de la concurrence d'enquêter sur une opération non notifiée ou de la contester.

3. Il peut être difficile d'enquêter sur l'acquisition de concurrents naissants en raison des incertitudes inhérentes à ce type d'opérations. Toutefois, les cadres d'évaluation existants restent pertinents et certains types d'éléments d'appréciation, comme les documents internes, peuvent apporter des informations précieuses.

L'une des difficultés que posent les acquisitions de concurrents naissants tient à la définition du scénario contrefactuel (c'est-à-dire ce qui se passerait en l'absence de fusion). En particulier, les autorités doivent déterminer la probabilité que la cible devienne un concurrent par ses seuls moyens, si elle est un « franc-tireur » ou un concurrent disruptif et s'il y a des chances qu'elle soit achetée par un autre concurrent actuel ou éventuel sur ce même marché. Ces difficultés sont moindres dans des marchés où les trajectoires de développement des produits sont bien connues comme l'industrie pharmaceutique, à l'opposé des marchés numériques.

Il est également intéressant de déterminer si des obstacles liés à la propriété intellectuelle ou d'ordre réglementaire, notamment, pourraient compromettre la capacité de la cible à assurer sa réussite commerciale. Cependant, il n'est pas nécessaire de prouver que la cible finirait par avoir une taille et une importance comparables à celles l'entreprise acquéreuse pour démontrer le préjudice. Même de petites entités disposant d'un produit en concurrence avec ceux de l'entreprise acquéreuse sur un seul marché pourraient, selon le type de marché, exercer une pression concurrentielle (c'est pourquoi l'acquisition de ce type d'entreprise est susceptible de porter préjudice à la concurrence).

L'évaluation des acquisitions d'entreprises naissantes peut être particulièrement délicate lorsque ledit concurrent n'a pas encore mis son produit sur le marché, dans ce cas, il peut s'avérer nécessaire de définir plusieurs scénarios contrefactuels. La période d'évaluation est un élément crucial, car si elle est trop courte, les autorités pourraient sous-estimer le risque de préjudice. La nature de ces questions fait qu'il y répondre avec certitude, mais les autorités doivent comparer cette difficulté aux risques soulevés par l'absence d'intervention dans un marché où il est probable que des effets anticoncurrentiels apparaissent.

La collecte de données peut contribuer à lever ces difficultés. En ce sens, les documents internes rédigés au moment de l'opération qui fournissent des informations sur la façon dont l'acquéreuse perçoit la cible (et la menace éventuelle qu'elle constitue) et dont elle projette d'utiliser les activités actuelles de recherche et de développement de cette dernière sont particulièrement instructifs. En outre, il peut être utile de consulter les plans d'exploitation de la cible qui exposent sa stratégie afin d'évaluer le niveau de pression concurrentielle qu'elle est susceptible d'exercer à l'avenir. Il peut également s'avérer nécessaire de recueillir l'avis d'autres acquéreurs potentiels, de consommateurs et de tiers neutres. Par ailleurs, il faut de se prémunir contre le risque de biais de convenance lors de la collecte de données (lequel consiste à accorder une importance indue à des opinions faciles à obtenir).

L'estimation la valeur de la cible a également été citée parmi les approches prometteuses d'évaluation des concurrents naissants, bien qu'elle soit difficile à mettre en œuvre. En particulier, une autorité peut essayer de décomposer le prix d'achat de la cible pour déterminer si l'acquéreuse a payé une prime pour bénéficier d'effets anticoncurrentiels. Pour cela, l'autorité devrait évaluer les flux de trésorerie actuels de la cible ainsi que les synergies potentielles attendues par l'entreprise en place, puis déterminer si les éléments restants de la valeur de la transaction tiennent à des gains générés par l'affaiblissement de la concurrence. L'analyse de la valeur d'autres acquéreurs potentiels peut également constituer un point de comparaison édifiant.

Il convient cependant de faire preuve de prudence dans l'analyse de l'acquisition d'un rival naissant lorsqu'un gain d'efficacité est mis en évidence. Ainsi, il n'est pas certain qu'une fusion soit justifiable parce qu'elle permet de proposer le produit d'un concurrent naissant à la clientèle établie de l'entreprise en place. De même, il n'est pas démontré que les gains d'efficacité dynamiques qui découlent d'une décision facilitant la sortie d'entrepreneurs du marché génèrent des avantages pour les consommateurs. Ainsi, l'argument selon lequel la perspective d'une acquisition par une grande entreprise en place stimule l'innovation reste controversé.

4. Différentes modifications, portant sur la hiérarchisation des priorités et les régimes en matière d'application du droit de la concurrence, sont envisagées pour lever les inquiétudes soulevées par les acquisitions de concurrents naissants.

Premièrement, certaines autorités de la concurrence ont mis en place de nouveaux seuils de notification reposant sur la valeur de la transaction afin de couvrir les acquisitions de concurrents naissants. Il est cependant encore trop tôt pour savoir si ces seuils permettent réellement de détecter des acquisitions de concurrents naissants potentiellement préjudiciables à la concurrence. En outre, il est nécessaire de s'assurer que ces nouveaux seuils n'imposent pas aux autorités une charge de travail trop lourde en raison de l'augmentation du nombre de notifications.

Parmi les autres options envisagées figurent l'application de seuils de part de marché et de filtres en fonction du type de produit ou d'opération : ainsi l'acquisition d'une entreprise cible qui développe un produit susceptible de faire concurrence à ceux de l'entreprise acquéreuse présente un risque plus élevé pour la concurrence qu'une transaction visant à recruter des talents. Les autorités de la concurrence pourraient également soumettre les entreprises de certains marchés où les acquisitions prédatrices sont plus probables, tels que les marchés numériques, à des obligations de notification plus larges. Par ailleurs, il serait également possible que les autorités mènent des contrôles *ex post* d'acquisitions de concurrents naissants lorsqu'elles en ont la compétence de réaliser ce type d'examen ou de les habiliter à le faire le cas échéant.

Il est également envisagé d'inverser la charge de la preuve des effets d'une fusion sur la concurrence dans certaines situations. Par exemple, certains préconisent de considérer que l'acquisition d'un concurrent naissant par une entreprise dominante bien implantée est anticoncurrentielle comme une présomption réfragable. Une telle décision contribuerait à réduire les importantes asymétries d'information entre les autorités de la concurrence et les grandes entreprises en place.

Enfin, certains se demandent si l'application du critère de la balance des probabilités dans le contrôle des fusions (lequel suppose, par exemple, que l'autorité montre que le concurrent naissant a des chances de prospérer seul) risque d'entraver la capacité des autorités à contester l'acquisition anticoncurrentielle d'un concurrent naissant. À la place, il a été proposé de prendre en compte à la fois la probabilité de préjudice et l'ampleur du

préjudice, de façon à ce que les scénarios dans lesquels le préjudice est élevé soient examinés même s'ils présentent une probabilité inférieure ou égale à 50 %.