

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

Synthèse de la table ronde sur le concept de concurrence potentielle

Annexe au compte rendu succinct de la 135e réunion du Comité de la concurrence

10 juin 2021

Cette synthèse établie par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des débats qui ont eu lieu pendant la réunion du Comité de la concurrence qui s'est tenue le 10 juin 2021.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/the-concept-of-potential-competition.htm>

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

JT03494303

Synthèse de la table ronde sur le concept de concurrence potentielle

Par le Secrétariat

Le 10 juin 2021, le Comité de la concurrence a organisé une table ronde sur le concept de concurrence potentielle. Les principales conclusions qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites des délégués et des interventions des experts et délégués qui ont pris part aux débats sont les suivantes :

1. Le concept de concurrence potentielle est pertinent dans un large éventail d'affaires, mais il suscite un regain d'intérêt dans le contexte de l'application du droit de la concurrence dans des marchés dynamiques et innovants.

L'entrée dans de nouveaux marchés pouvant contribuer de manière décisive à garantir le caractère concurrentiel des marchés et à encourager l'innovation, la concurrence potentielle est pertinente dans un large éventail d'affaires – pratiques d'éviction, accords anticoncurrentiels et fusions, par exemple. Les questions en jeu ont généralement trait au risque d'élimination de la concurrence potentielle au moyen d'accords, de pratiques concertées ou de fusions entre concurrents potentiels ou encore au moyen de l'exclusion de concurrents potentiels par des entreprises dominantes. Dans certains cas, la concurrence potentielle peut être considérée comme un facteur compensateur ou atténuant dans le cadre d'une décision qui, en son absence, constaterait un affaiblissement substantiel de la concurrence.

Si aucun secteur n'est à l'abri de questions en lien avec la concurrence potentielle, ce concept suscite un regain d'intérêt depuis quelques années dans le contexte de l'application du droit de la concurrence dans des marchés dynamiques et innovants comme les secteurs numérique et pharmaceutique. L'élimination de la concurrence est particulièrement importante dans ces marchés, où le processus d'entrée est long et implique des coûts ou des risques non négligeables ou dans lesquels les principaux éléments de l'offre concurrentielle sont décidés durant la phase d'investissement plutôt qu'ajustés en permanence.

2. Les autorités de la concurrence s'efforcent d'utiliser les outils d'analyse à leur disposition pour évaluer et protéger la concurrence potentielle. Toutefois, la concurrence potentielle étant par nature incertaine, son évaluation demeure un exercice difficile.

La concurrence potentielle étant entourée d'une incertitude plus grande, les normes de preuve doivent être plus exigeantes que celles auxquelles les autorités de la concurrence sont habituées à satisfaire. Pour les tribunaux, il y a concurrence potentielle si une entreprise a des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché pertinent et de livrer concurrence aux entreprises en place. Dès lors, les autorités de la concurrence se heurtent à des difficultés pour démontrer l'existence d'une concurrence potentielle allant au-delà de suppositions non confirmées concernant de possibles événements futurs.

Elles s'efforcent de satisfaire ces normes de preuve exigeantes en utilisant tous les outils d'analyse à leur disposition, par exemple l'évaluation des barrières à l'entrée (telles que les préférences des consommateurs, capacités techniques ou contraintes réglementaires) et la capacité et l'intention des entreprises de pénétrer sur le marché pertinent. La note de référence du Secrétariat tente de brosser un panorama de ces outils d'analyse et laisse penser que plusieurs outils plus récents sont de plus en plus utilisés dans certaines juridictions

(ex. : analyse de l'évaluation, enquêtes de consommation prospectives, analyse de la proximité dans l'espace géographique ou dans l'espace produits).

Pour ce qui est des preuves sur lesquelles les autorités de la concurrence se fondent pour conduire leurs analyses, l'évaluation quantitative étant relativement peu pertinente du fait de la nature incertaine de la concurrence potentielle, elles font de plus en plus appel à des preuves qualitatives telles que des documents internes ou des déclarations des représentants des entreprises. À titre d'exemple, les données relatives aux parts de marché ou les indicateurs de la substituabilité entre les produits actuels des parties peuvent être moins instructifs lorsque l'une des parties n'est pas encore présente sur le marché pertinent. Certains estiment cependant que les autorités devraient s'abstenir d'utiliser des preuves sur les intentions subjectives des entreprises d'entrer sur le marché pertinent.

Malgré les efforts déployés par les autorités de la concurrence, la nature incertaine de la concurrence potentielle fait de son évaluation un exercice difficile. Les autorités de la concurrence reconnaissent que leur intervention a pu être insuffisante dans des affaires dans lesquelles la concurrence potentielle a été éliminée. Certaines autorités ont en réalité contesté des fusions impliquant un concurrent potentiel qu'elles avaient approuvées par le passé ou reconnaissent qu'elles ont pu par le passé faire preuve d'un optimisme excessif quant aux perspectives de concurrence potentielle.

3. Les discussions sur la nécessité d'alléger ou de renverser la charge de la preuve dans des affaires dans lesquelles la concurrence potentielle est en jeu se poursuivent. Toutefois, il n'y a apparemment pas de consensus sur le point de savoir si les exigences de preuve actuelles sont insuffisantes et devraient être révisées.

Les considérations évoquées plus haut conduisent à s'interroger sur la nécessité d'alléger ou de renverser la charge de la preuve imposée aux autorités de la concurrence afin qu'elles soient plus en mesure d'aborder les affaires dans lesquelles la concurrence potentielle entre en jeu. Plusieurs auteurs, autorités de la concurrence et législateurs proposent de renverser cette charge ou de l'alléger dans les affaires impliquant l'acquisition de concurrents potentiels dans le secteur numérique. Ils font valoir qu'une réforme législative allant dans ce sens est nécessaire parce que, entre autres, les entreprises dominantes ont un grand intérêt à éliminer la concurrence naissante ou potentielle en achetant les concurrents en question ou en adoptant un comportement d'éviction pour les éliminer et que cet intérêt est supérieur à celui que les concurrents potentiels peuvent avoir à riposter.

Toutefois, il n'y a apparemment pas de consensus sur le point de savoir si les exigences de preuve actuelles sont insuffisantes et devraient être révisées. D'autres expriment au contraire leur inquiétude au sujet de ce type de réforme, estimant que la charge de la preuve doit peser sur les autorités de la concurrence et ne peut être considérée comme satisfaite que sur la base d'un ensemble de preuves cohérent et convaincant.