

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

Résumé de la table ronde sur les scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques

Annexe au compte rendu succinct de la 140e réunion du Comité de la concurrence tenue du 14 au 16 juin 2020

16 June 2023

Le présent résumé rédigé par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions de la table ronde sur les scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques qui a eu lieu à l'occasion de la 140e réunion du Comité de la concurrence, tenue du 14 au 16 juin 2023.

D'autres documents consacrés à cette table ronde sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/fr/daf/concurrence/theories-of-harm-for-digital-mergers.htm

Please contact Mr Antonio Capobianco if you have questions about this document.
Email: Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org.

JT03544924

Résumé de la table ronde sur les scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques

Par le Secrétariat¹

Le 16 juin 2023, le Comité de la concurrence de l'OCDE a tenu une table ronde sur les scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Les principaux enseignements qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites et des débats sont les suivants :

1. Jusqu'à présent, les autorités de la concurrence s'appuient dans une large mesure sur les scénarios anticoncurrentiels traditionnels pour évaluer les fusions numériques.

Dans l'ensemble, jusqu'à une date récente, très peu de fusions numériques évaluées par les autorités de la concurrence se sont révélées problématiques du point de vue de la concurrence. Il reste à savoir si cette situation est réellement due à l'absence de problèmes de concurrence ou si elle pourrait s'expliquer par une inadaptation des scénarios anticoncurrentiels existants, qui ne rendraient pas compte des préjudices causés à la concurrence par les opérations de concentration réalisées dans les marchés numériques.

Jusqu'à maintenant, les fusions numériques sont le plus souvent appréciées au moyen de scénarios anticoncurrentiels horizontaux, verticaux ou congloméraux traditionnels. Le type de scénario le plus souvent utilisé dépend en général de la définition des fusions numériques et varie d'une juridiction à l'autre. En règle générale, les problèmes de concurrence envisagés par les autorités de la concurrence sont similaires à ceux posés par les fusions qui ont lieu dans des marchés plus traditionnels – fusions horizontales préjudiciables à la concurrence effective ou potentielle et fusions non horizontales entraînant un risque de verrouillage des intrants et un risque d'exploitation abusive à travers des ventes liées ou groupées.

2. Les autorités de la concurrence adaptent déjà dans une certaine mesure les scénarios anticoncurrentiels traditionnels pour tenir compte des caractéristiques des marchés numériques, qui peuvent, selon les cas, accroître ou atténuer les risques de préjudice à la concurrence.

Lorsque les scénarios anticoncurrentiels traditionnels sont adaptés en fonction des caractéristiques des marchés numériques, ces caractéristiques peuvent amplifier ou atténuer les risques de préjudices à la concurrence, ce qui a déjà été constaté dans la pratique. À titre d'exemple, l'existence d'effets de réseau peut accroître les risques parce que ces effets sont susceptibles de faciliter l'acquisition d'un pouvoir de marché. Cet aspect a été pris en compte dans le scénario anticoncurrentiel horizontal utilisé par l'autorité japonaise pour évaluer la fusion de deux concurrents sur le marché des services de paiement par code. Autre facteur de complexité : le rôle important des données dans les marchés numériques. De ce fait, le risque qu'une fusion confère aux parties un avantage anticoncurrentiel reposant sur les données, ce qui peut être le cas dans des opérations horizontales et non horizontales, occupe également une place importante dans les scénarios anticoncurrentiels.

D'un autre côté, la possibilité de multi-hébergement peut atténuer les risques qui existeraient, en son absence, dans un scénario anticoncurrentiel horizontal traditionnel. À

¹ Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime des membres du Comité de la concurrence. Il récapitule cependant les points essentiels des débats, des contributions écrites des délégués et des présentations des intervenants.

titre d'exemple, pour évaluer une fusion entre deux plateformes de livraison de repas en concurrence directe l'une avec l'autre, l'autorité roumaine a élaboré un scénario anticoncurrentiel dans lequel la fusion risquait de conduire les autres plateformes à se coordonner. Elle a finalement estimé que ce scénario était peu probable en raison de l'existence d'une possibilité de multi-hébergement des deux côtés de la plateforme biface. Par ailleurs, la présence sur le marché d'une plateforme exploitée par un géant du numérique est susceptible de limiter le risque de voir se concrétiser un scénario anticoncurrentiel horizontal traditionnel impliquant deux concurrents directs et un préjudice à la concurrence effective du fait que la fusion peut en réalité contribuer à éviter que le marché bascule en faveur de la plateforme en raison d'effets de réseau.

Les scénarios anticoncurrentiels fondés sur la concurrence potentielle peuvent également jouer un rôle plus important dans le contexte des marchés numériques, par définition innovants et dynamiques. Ainsi, aux États-Unis, ils existent depuis longtemps en théorie, mais ils n'ont été utilisés que récemment, avant que la FTC ne tente de bloquer la fusion entre Meta et Within. Les scénarios reposant sur la concurrence potentielle dans les marchés numériques impliquent souvent d'examiner si une entreprise de petite taille voire une entreprise naissante aurait, en l'absence de la fusion, une chance de devenir une rivale viable de l'acquéreur. Ils peuvent aussi englober les scénarios anticoncurrentiels pour acquisition prédatrice, qui, même s'ils font souvent l'objet de discussions en lien avec les marchés numériques, n'ont que rarement été utilisés dans la pratique, ainsi que les scénarios pour acquisition prédatrice inversée, parfois jugés plus fréquents.

S'agissant des scénarios anticoncurrentiels non horizontaux, ceux qui reposent sur le verrouillage des intrants concernent souvent la dégradation de l'accès à des intrants « virtuels » comme les interfaces de programmation d'applications (API), les systèmes d'exploitation ou les données. Quant aux scénarios anticoncurrentiels pour exploitation abusive, ils sont axés sur la possibilité qu'une plateforme mette en œuvre des pratiques de ventes liées soit parce que ses caractéristiques le permettent soit à travers des pratiques de pré-installation.

Toutefois, bien que certains scénarios anticoncurrentiels aient, dans une certaine mesure, été adaptés en fonction des spécificités des marchés numériques, les effets des fusions numériques sur l'écosystème dans son ensemble ont peu été pris en compte, en tout cas jusqu'à une période récente.

3. Lors de l'élaboration de scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques, il est important de tenir compte de la singularité de la structure organisationnelle des plateformes numériques, celle-ci influant sur la manière dont elles livrent concurrence.

Certaines caractéristiques organisationnelles des plateformes, de même que leurs stratégies de monétisation influent sur leurs motivations et sur leur manière de faire concurrence. Qui plus est, la situation peut changer à mesure qu'une plateforme évolue. À titre d'exemple, au cours de la période qui suit sa création, une plateforme a intérêt à encourager l'innovation complémentaire (et à restreindre l'innovation dans des substituts) parce que cette innovation ajoute de la valeur aux produits qui constituent le cœur de son offre. À mesure qu'elle gagne en maturité, elle a en revanche intérêt à être plus fermée, de manière à limiter l'accès aux données et à conserver la maîtrise de l'évolution de l'écosystème dont elle fait partie. En conséquence, après avoir résisté à la concurrence et si le marché bascule, elle risque de cesser d'être un tremplin pour la croissance et l'innovation et de se transformer en goulet d'étranglement.

De surcroît, beaucoup de marchés numériques étant multifaces, il est important d'accorder suffisamment d'importance au côté opposé à celui où se trouve le consommateur parce que

c'est souvent sur cet autre côté que les produits ou services sont monétisés, tandis que les consommateurs y ont accès « gratuitement ».

Il faut donc élaborer les scénarios anticoncurrentiels en tenant compte de ce contexte organisationnel, et il pourrait être utile de s'intéresser aux travaux de recherche sur la gestion stratégique de manière à mieux appréhender les modèles économiques des plateformes numériques.

4. Les avis sont partagés sur la question de savoir s'il faut s'écarter davantage des scénarios anticoncurrentiels traditionnels, notamment en élaborant des scénarios fondés sur l'écosystème.

Certains experts estiment qu'adapter les scénarios anticoncurrentiels traditionnels ne suffit pas, en particulier pour apprécier l'impact d'une fusion sur l'écosystème en général. Plusieurs autorités ont déjà commencé à intégrer ces effets sur l'écosystème dans leurs scénarios anticoncurrentiels. C'est par exemple le cas du Brésil dans son évaluation de la fusion Microsoft/Activision. D'autres, en revanche, considèrent qu'il est possible d'adapter les scénarios anticoncurrentiels traditionnels pour qu'ils permettent une appréciation approfondie des fusions numériques et qu'il faut impérativement que l'existence d'éventuelles lacunes dans l'application du droit de la concurrence soit établie de manière claire et indiscutable avant de renoncer aux pratiques établies au profit de « nouveaux » scénarios anticoncurrentiels comme ceux intégrant les effets sur l'écosystème.

Parmi les autres dimensions hors prix de la concurrence qui, selon certains experts, devraient être mieux prises en compte figurent l'innovation et la protection de la vie privée. Quelques juridictions ont déjà intégré ces dimensions, quoique de manière limitée, dans leurs scénarios anticoncurrentiels.

Certains experts considèrent aussi qu'il pourrait être nécessaire d'adapter les scénarios anticoncurrentiels pour tenir compte des effets que les fusions numériques peuvent avoir à plus long terme parce que les gains d'efficacité découlant de la fusion à brève échéance peut être compensés par des préjudices à plus long terme à la suite d'un « basculement » du marché. D'autres en revanche pensent que la nature innovante des marchés numériques rend toute prévision encore plus hypothétique que dans le cas de marchés traditionnels.

5. La poursuite de l'adaptation des scénarios anticoncurrentiels ou l'élaboration de nouveaux scénarios impliquent d'accepter une plus grande incertitude, ce qui pourrait compliquer l'intervention des autorités de la concurrence compte tenu des critères juridiques et normes de preuve actuels.

Les effets potentiels des fusions sur la concurrence sont peut-être déjà plus incertains et plus difficiles à prévoir dans les marchés numériques que dans les marchés traditionnels en raison du caractère dynamique et innovant de ces marchés. Pour continuer d'adapter les scénarios anticoncurrentiels de façon à mieux prendre en compte les dimensions hors prix de la concurrence ou pour en élaborer de nouveaux, par exemple des scénarios tenant compte des effets d'une fusion sur l'écosystème, il faudra vraisemblablement composer avec un degré d'incertitude plus grand.

Ainsi, une fusion numérique peut permettre à l'entité issue de la fusion de recueillir davantage de données relatives aux consommateurs, ce qui risque de se traduire par une moindre protection de la vie privée. Toutefois, le cadre d'analyse qui traite la protection de la vie privée comme une dimension de la qualité n'est pas aisé à mettre en œuvre du fait que la qualité comporte de nombreuses dimensions et qu'une plus grande protection de la vie privée peut entraîner la dégradation d'autres dimensions.

Dès lors, si les autorités de la concurrence optent pour l'élaboration de « nouveaux » scénarios susceptibles de mieux rendre compte des préjudices à la concurrence dans les

marchés numériques, elles risquent d'avoir de plus en plus de difficultés à faire la preuve de ces préjudices de manière suffisamment convaincante pour satisfaire à la norme de preuve. Cette difficulté risque de se poser avec une acuité particulière dans le cas des fusions conglomerales, généralement présumées non préjudiciables à la concurrence et pour lesquelles la norme de preuve est de ce fait plus exigeante. Les critères juridiques et les normes de preuve actuels risquent donc de compliquer l'appréciation des fusions numériques.

Dans l'hypothèse où cette incertitude supplémentaire dissuaderait les autorités d'agir, il pourrait ensuite être trop tard pour empêcher les préjudices à la concurrence compte tenu de la dynamique des marchés numériques.

Dans ce contexte, la « mise en balance des probabilités » utilisée dans certaines juridictions n'est peut-être pas le meilleur seuil pour évaluer les fusions numériques, et l'approche reposant sur la « mise en balance des préjudices » pourrait être préférable parce qu'elle permettrait aux autorités de prendre en compte des effets dont la concrétisation est peu probable mais qui sont susceptibles d'avoir un impact non négligeable. D'autres participants considèrent en revanche que les critères juridiques actuels sont adaptés aux fusions numériques et que les régimes de contrôle existants offrent une souplesse suffisante pour permettre aux autorités d'apprécier les fusions numériques.

.