

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

**Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi**

**Stratégies de monopolisation, de construction de « douves économiques » et  
d'enracinement – Note de référence**

– rédigée par le Secrétariat –

11 juin 2024

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de note de référence lors de la 139<sup>e</sup> réunion du Groupe de travail n° 3 du 11 juin 2024.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :  
[www.oecd.org/daf/competition/monopolisation-moat-building-and-entrenchment-strategies.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/monopolisation-moat-building-and-entrenchment-strategies.htm)

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco.  
[Courriel : [Antonio.Capobianco@oecd.org](mailto:Antonio.Capobianco@oecd.org)]

**JT03564811**

# Stratégies de monopolisation, de construction de « douves économiques » et d'enracinement\*

---

Les autorités de la concurrence ont déjà acquis une connaissance approfondie des concepts de pouvoir de marché et de position dominante, ainsi qu'une expérience concrète en matière d'évaluation des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, l'introduction de concepts potentiellement nouveaux, tels que les douves économiques et l'enracinement, risque de compliquer cette analyse et de rendre encore plus floue la frontière entre pratiques légales et illégales.

La présente note examine l'articulation entre les douves économiques et l'enracinement d'un côté et le pouvoir de marché de l'autre et invite les autorités de la concurrence et les praticiens à poursuivre la réflexion sur les difficultés que peuvent poser ces concepts.

Pour y répondre, ce document explore plusieurs options envisageables, notamment l'incitation à l'utilisation de techniques d'enquête et d'analyse, ainsi que le renforcement des outils réglementaires.

---

# Table des matières

Stratégies de monopolisation, de construction de « douves économiques » et d'enracinement	2
1 Introduction	4
2 Définition des douves économiques et de l'enracinement	6
2.1. Concept de douves économiques	6
2.2. Concept d'enracinement	7
2.3. Articulation entre douves économiques, enracinement et pouvoir de marché	10
2.4. Pouvoir de marché accru dans l'ensemble des secteurs : exemple de l'économie numérique	12
3 Douves économiques et enracinement : analyse du caractère anticoncurrentiel et difficultés que peut présenter le contrôle de l'application	14
3.1. Évaluer la définition du marché, la position dominante et les barrières à l'entrée	14
3.2. Scénarios anticoncurrentiels : exploitation abusive et exclusion	16
3.3. Exemples de pratiques d'éviction	16
3.4. Difficultés de contrôle de l'application qui peuvent se présenter	24
4 Mesures possibles pour aborder la question des douves et de l'enracinement	28
4.1. Outils d'enquête et d'analyse	28
4.2. Renforcer les outils de réglementation en vigueur	34
4.3. Renforcer les outils de contrôle de l'application en vigueur	35
5 Conclusion	40
Notes de fin	42
Bibliographie	46

## Encadrés

No table of figures entries found.

# 1 Introduction

1. Évaluer le pouvoir de marché afin de déterminer si une entreprise est dominante n'est pas tâche facile pour les autorités de la concurrence (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>) et peut s'avérer encore plus complexe lorsque des concepts tels que les douves économiques et l'enracinement entrent en jeu.
2. En effet, ces concepts compliquent une telle évaluation et risquent de rendre encore plus floues les limites entre pratiques légales et illégales. Ces derniers temps, les autorités de la concurrence et les praticiens leur ont accordé une grande attention, en particulier dans le contexte du pouvoir de marché et de la concurrence sur les marchés numériques, même si ces concepts ne se limitent pas à ces marchés et peuvent avoir des applications plus larges.
3. Aux fins du présent document, les douves économiques désignent les avantages concurrentiels structurels qui permettent à une entreprise de protéger son pouvoir de marché et sa rentabilité face à ses rivaux sur le long terme (Gallant, 2023<sup>[2]</sup>). À l'inverse, l'enracinement est plutôt un processus dynamique axé sur les actions et mesures stratégiques engagées par une entreprise dominante pour conserver ses avantages concurrentiels et décourager l'entrée de rivaux (P. Starr, 2023<sup>[3]</sup>) (P. Starr, 2019<sup>[4]</sup>). Ces objectifs peuvent être atteints par différents moyens, notamment en élargissant et en approfondissant les douves économiques (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>).
4. L'articulation entre les douves économiques, l'enracinement et le pouvoir de marché est complexe. Il est possible que les deux stratégies contribuent à renforcer et maintenir le pouvoir de marché d'une entreprise, mais d'une manière différente et complémentaire. Bien que ces concepts puissent se chevaucher et être considérés comme de simples appellations modernes de concepts traditionnels et de pratiques existantes, ils peuvent faire l'objet d'une interprétation différente et plus approfondie dans le contexte du droit de la concurrence, en particulier lorsqu'ils sont liés aux indicateurs de pouvoir de marché. Les entreprises opérant sur des marchés dotés de douves économiques larges et profondes et celles adoptant des stratégies d'enracinement semblent plus enclines à acquérir et à maintenir au fil du temps un pouvoir de marché substantiel et à devenir l'acteur dominant sur le marché (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>).
5. Du fait de la diminution de l'intensité de la concurrence et de l'augmentation du pouvoir de marché constatée ces derniers temps, les autorités de la concurrence accordent une importance croissante aux douves économiques et à l'enracinement dans divers secteurs, notamment celui du numérique (Calvino, 2019<sup>[6]</sup>) (OCDE, 2024<sup>[7]</sup>). Les plates-formes en ligne se différencient des marchés et des entreprises plus traditionnels à bien des égards, laissant la place à une concentration accrue sur les marchés des plates-formes, à des barrières élevées à l'entrée et à un pouvoir de marché durable dans le temps. Les marchés numériques sont ainsi fortement exposés au risque de basculement vers un modèle d'entreprise dominante unique, de sorte que même un contrôle efficace de l'application des règles de concurrence a peu de chances d'encourager la segmentation du marché et une concurrence loyale, du moins à court terme (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>), (Stigler, 2019<sup>[8]</sup>).
6. En règle générale, les douves économiques et l'enracinement peuvent être considérés comme des stratégies d'entreprise légitimes, entendues tout au long de la présente note comme légales et proconcurrentielles. Il est possible que ces stratégies soient favorables aux entreprises, aux investisseurs et aux consommateurs, se traduisant par des produits innovants et de meilleure qualité, de meilleurs services et des prix plus bas (Kismet, 2023<sup>[9]</sup>). Toutefois, elles risquent, dans certaines circonstances, de

réduire le degré de concurrence si elles sont mises en place et maintenues à l'aide de pratiques anticoncurrentielles préjudiciables aux consommateurs (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>).

7. Entre ces deux approches, on peut trouver des cas intermédiaires correspondant aux stratégies légitimes de construction de douves économiques et d'enracinement adoptées par des entreprises dominantes (et non dominantes) évoluant progressivement vers des pratiques qui risquent d'être considérées comme anticoncurrentielles. Ces stratégies d'enracinement, qui ne constituent pas des abus de position dominante traditionnels, soulèvent la question de savoir si elles peuvent ou doivent être traitées au moyen des instruments de concurrence en vigueur. Même en cas de réponse positive à ces questions, leur évaluation par les autorités de la concurrence demeure un exercice complexe et soulève des difficultés éventuelles en matière de contrôle de l'application, laissant souvent place à une grande incertitude.

8. Par exemple, ces dernières années, l'intégration de concepts dynamiques se rapportant aux marchés numériques au sein des cadres juridiques s'est avérée être un défi majeur pour les autorités de la concurrence, ces concepts n'étant souvent évalués qu'après que les marchés en cause ont été délimités et soumis à une méthodologie et à des postulats plus statiques. L'analyse est sans doute tout aussi difficile lorsqu'il s'agit de douves économiques et d'enracinement qui desservent l'innovation et le bien-être des consommateurs, et non de stratégies qui pourraient déboucher sur un pouvoir de marché significatif et durable et des marchés non contestables (W. H. Rooney, 2023<sup>[10]</sup>). Assurer un équilibre entre les avantages et les risques que peuvent présenter par les stratégies de construction de douves et d'enracinement constitue le véritable enjeu pour les autorités de la concurrence qui souhaitent veiller à ce que les marchés demeurent ouverts et contestables afin de prévenir des pratiques commerciales préjudiciables aux consommateurs sur le long terme.

9. Dans le but d'examiner les difficultés éventuelles, le présent document étudie plusieurs solutions à envisager dans le cadre juridique qui prévaut. Celles-ci comprennent (i) l'incitation à l'utilisation d'outils d'enquête et d'analyse, tels que les études de marché et les pouvoirs d'enquête de marché, et (ii) le renforcement des outils de réglementation, notamment par le biais de réglementations sectorielles, dans le contexte des douves économiques structurelles, ainsi que (iii) le renforcement des outils de contrôle de l'application en adaptant l'analyse du caractère anticoncurrentiel, de manière à prendre en compte les douves économiques et l'enracinement.

10. La présente note est structurée comme suit : la **section 2** décrit le concept de douves économiques et d'enracinement et leur articulation avec le pouvoir de marché ; la **section 3** examine, dans des analyses de cas, les difficultés de contrôle de l'application que peuvent présenter les douves économiques et l'enracinement ; la **section 4** présente les options envisageables afin de résoudre ces difficultés potentielles de contrôle de l'application, constatées dans le cadre juridique actuel ; la **section 5** apporte des éléments de conclusion.

# 2 Définition des douves économiques et de l'enracinement

11. La présente section décrit les concepts de douves économiques et d'enracinement, en examinant leur articulation avec les facteurs pertinents contribuant à la constitution et au maintien d'un pouvoir de marché. L'objectif n'est pas de fournir des définitions strictes de ces termes, mais plutôt d'explorer leur utilisation dans le contexte du droit de la concurrence, en particulier par rapport au pouvoir de marché d'une entreprise.

## 2.1. Concept de douves économiques

12. Le terme métaphorique « douve économique ou commerciale », popularisé par l'investisseur Warren Buffett<sup>1</sup>, désigne un **avantage concurrentiel structurel** qui permet à une entreprise de protéger son pouvoir de marché et sa rentabilité face à ses rivaux sur le long terme (Gallant, 2023<sup>[2]</sup>).

13. À l'instar d'un château médiéval protégé par des douves qui l'entourent, Buffet considère que le château représente l'entreprise et les douves les avantages concurrentiels qui protègent l'entreprise de ses rivaux. Plus les douves sont larges et profondes, plus le château peut être facilement défendu contre les envahisseurs (Khanna, 2016<sup>[11]</sup>).

14. L'objectif principal d'une douve économique est de créer une entreprise financièrement prospère et d'attirer des investisseurs. La détection d'une douve économique d'une entreprise et l'évaluation de son avantage concurrentiel, en particulier sa durabilité, sont par conséquent un enjeu crucial pour les investisseurs (FasterCapital, 2023<sup>[12]</sup>).

15. D'après Morningstar<sup>2</sup>, cinq facteurs clés sont à la source des douves économiques des entreprises, à savoir : (i) la production à faible coût : la capacité d'une entreprise à produire des biens ou des services à un coût inférieur à celui de ses rivaux, pour finalement les écraser au niveau des prix, (ii) les coûts de transfert : lorsqu'il devient trop coûteux et peu pratique pour les clients de passer au produit d'un concurrent, (iii) les effets de réseau : lorsque la valeur d'un produit ou service fourni par une entreprise augmente pour les clients nouveaux et existants à mesure que davantage de personnes l'utilisent, (iv) les actifs incorporels : lorsque des marques fortes, des brevets, des technologies exclusives, des licences conformes à la réglementation empêchent ou rendent plus difficile la duplication du produit d'une entreprise par des rivaux, (v) l'échelle efficace : les entreprises opérant sur un marché de niche desservi par un seul ou seulement un petit nombre d'acteurs, sur lequel les retours sur investissement réalisés par les nouveaux entrants potentiels seraient inférieurs au coût du capital (Morningstar, 2023<sup>[13]</sup>)<sup>3</sup>.

16. Il est sans doute plus facile d'identifier certaines de ces douves, telles que la production à faible coût, comme des caractéristiques commerciales légitimes (c'est-à-dire légales et proconcurrentielles), qui constituent souvent des principes d'orientation pour les entreprises, les investisseurs et les consommateurs (Kismet, 2023<sup>[9]</sup>). Dans ce cadre, les avantages concurrentiels d'une entreprise par rapport à ses rivaux découleraient de la dynamique du marché et seraient la conséquence naturelle de la qualité supérieure et du caractère innovant de son produit ou service, ce qui aurait en fin de compte un

impact positif sur la structure du marché, l'innovation et les consommateurs (Z. Qureshi, 2019<sup>[14]</sup>). À l'inverse, d'autres sources, telles que les coûts de transfert, tout en restant légales, peuvent avoir une plus forte propension à devenir anticoncurrentielles.

17. Les douves économiques peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'ampleur et de la force de l'avantage concurrentiel (VanEck, 2023<sup>[15]</sup>) :

- **Larges douves.** Les larges douves s'appuient sur plusieurs avantages concurrentiels (étendus et substantiels), sont d'une durée d'au moins vingt ans, et constituent une barrière élevée à l'entrée sur le marché visant les nouveaux entrants cherchant à reproduire le modèle ou les concurrents existants qui veulent gagner des parts de marché.
- **Douves étroites.** Ce type de douve correspond à un avantage concurrentiel limité en faveur de l'entreprise et sa durée est généralement temporaire.

18. Pour assurer un classement en qualité de « large douve » ou « douve étroite », les entreprises doivent généralement satisfaire à deux conditions essentielles, à savoir (i) les perspectives d'obtenir des rendements des capitaux investis supérieurs à la moyenne et (ii) une forme ou une autre d'avantage concurrentiel qui empêche l'érosion rapide de ces rendements (M. Holt, 2017<sup>[16]</sup>).

19. Enfin, comme nous le verrons plus en détail par la suite, le terme « douve économique » peut être considéré comme directement lié au concept de pouvoir de marché (J. Klement, 2021<sup>[17]</sup>), c'est-à-dire la capacité d'une entreprise à maintenir de manière rentable des prix supérieurs au niveau de la concurrence, au détriment éventuel des consommateurs (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>). Il est possible que les sources des douves économiques, une fois désignées comme des barrières à l'entrée, coïncident avec certains des indicateurs communs du pouvoir de marché. Un tel chevauchement se manifeste dans la capacité d'une entreprise à protéger son pouvoir de marché et sa rentabilité au fil du temps face à des rivaux éventuels – voir la section 2.3 (Gallant, 2023<sup>[2]</sup>) (Morningstar, 2023<sup>[13]</sup>).

## 2.2. Concept d'enracinement

20. Le concept d'enracinement n'est pas nouveau et a pris de l'importance au fil des ans dans des contextes différents, notamment dans les domaines militaire, juridique et politique.

21. **Dans le contexte militaire**, cette stratégie désigne la pratique des soldats qui creusent des tranchées pour se défendre contre les attaques ennemies (P. Starr, 2019<sup>[4]</sup>). **Sur le plan juridique**, elle vise la protection des lois et des droits qui deviennent durables et plus difficiles à modifier dans le but d'accroître la stabilité juridique (Barber, 2016<sup>[18]</sup>). **Au niveau politique**, lorsque les privilèges acquis sont menacés, les pouvoirs publics sont prêts à chercher toute forme d'enracinement pour protéger leur pouvoir politique. Dans ce cas, l'enracinement évoque « *tout processus par lequel une institution [...] acquiert une résistance aux pressions en faveur du changement* » (P. Starr, 2019<sup>[4]</sup>).

22. L'enracinement est également connu dans le domaine de la gouvernance d'entreprise et est décrit comme une situation dans laquelle les dirigeants sont en mesure d'accroître leur pouvoir au moyen de stratégies et de réactions spécifiques, contrôlant ainsi l'ensemble du système (c'est-à-dire l'enracinement de la direction) (J. J. M. Rodrigues, 2010<sup>[19]</sup>).

23. Dans chacun de ces contextes, le terme d'enracinement est directement lié à l'idée de contrôle, de stabilité, de durabilité et de résistance au changement. Si cette pratique peut s'avérer avantageuse, elle peut aussi être source de difficultés pour les institutions qui souhaitent mettre en œuvre des réformes et des innovations potentielles.

24. Par ailleurs, ce même concept peut s'appliquer au droit de la concurrence. S'il n'existe pas de définition standardisée dans la codification, le terme d'enracinement est plutôt lié à un **processus comportemental et dynamique**, souvent associé à des actions et mesures spécifiques adoptées par une

entreprise en vue de conserver et de consolider au fil du temps sa position dominante sur le marché (P. Starr, 2023<sup>[3]</sup> ; 2019<sup>[4]</sup>)<sup>4</sup>. En outre, il peut être nécessaire d'adapter ces comportements progressivement selon l'évolution du marché, contrairement aux douves économiques qui ont la faculté de demeurer assez stables (M. Gale, 2022<sup>[20]</sup>). Une position de marché profondément enracinée implique donc un certain degré de durabilité dans une position dominante et une résistance aux changements (CMA, 2020<sup>[21]</sup>) (P. Starr, 2019<sup>[4]</sup>).

25. Les autorités de la concurrence ont commencé récemment à utiliser le terme d'enracinement à la fois dans le contexte du contrôle de l'application et dans celui de la réglementation.

## Encadré 2.1. Exemples d'utilisation du terme « enracinement » par les autorités de la concurrence

### Ministère de la Justice et *Federal Trade Commission* aux États-Unis

Dans les Lignes directrices révisées sur les fusions de 2023 (les « Lignes directrices »), le Ministère de la Justice et la *Federal Trade Commission* (désignées ensemble les « Organismes publics ») expliquent de quelle manière les fusions peuvent « **enraciner ou étendre une position dominante** », y compris en cas d'incertitude des perspectives de concurrence (Ligne directrice 6). Les deux Organismes publics veillent à prévenir certaines opérations qui créent des barrières à l'entrée en présence d'une entreprise occupant déjà une position dominante. Les Lignes directrices précisent que les barrières peuvent se renforcer (i) en augmentant les coûts de transfert, (ii) en entravant l'utilisation d'autres solutions concurrentielles possibles et (iii) en privant les rivaux d'économies d'échelle ou d'effets de réseau.

Les Organismes publics soulignent que la persistance du pouvoir de marché d'une entreprise peut laisser supposer que des barrières existent, et que la consolidation de l'**enracinement d'une entreprise déjà dominante** peut créer un monopole et affaiblir la concurrence.

Source : <https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>

### Commission européenne

Selon le règlement européen sur les marchés numériques, l'un des critères permettant de désigner une entreprise en qualité de contrôleur d'accès repose sur le fait que celle-ci « **jouit d'une position solide et durable, dans ses activités, ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche** ». Par conséquent, lorsqu'un contrôleur d'accès est détecté, on peut considérer que l'entreprise détient ou détiendra probablement une **position solide sur le marché**.

En recensant les entreprises détenant une telle position, il est possible d'intervenir rapidement pour empêcher que la concurrence ne soit réduite ou que les contrôleurs d'accès compétents n'obtiennent une **position solide et durable sur le marché** en recourant à des moyens déloyaux. La Commission européenne identifie également l'existence d'un enracinement lorsque la capacité à contester la position de l'entreprise qui fournit la plate-forme principale est limitée.

Source : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>.

### *Competition Market Authority* au Royaume-Uni

Dans l'avis du Groupe de travail sur les marchés numériques, la *Competition Market Authority* (« CMA ») a exprimé le besoin de disposer d'un régime *ex ante* empêchant les entreprises détenant un « **pouvoir de marché substantiel et profondément enraciné** » d'exploiter leur position sur le marché. La CMA a souligné qu'un pouvoir de marché profondément enraciné, concernant au moins une activité numérique, peut conférer à l'entreprise un *statut stratégique sur le marché* (« SSM »). Les entreprises détenant un SSM peuvent inhiber la capacité de leurs rivaux à entrer sur le marché et compromettre la concurrence effective en raison de leur pouvoir de marché profondément enraciné.

Parmi les caractéristiques que les entreprises numériques peuvent utiliser pour **enraciner profondément leur position**, citons (i) les effets de réseau et les économies d'échelle, (ii) la prise de décision des consommateurs et le pouvoir des options par défaut, (iii) l'inégalité d'accès aux données des utilisateurs, (iv) le manque de transparence, (v) l'importance des écosystèmes de produits complémentaires qui peuvent isoler les services de base de la concurrence, et (vi) l'intégration verticale entraînant des conflits d'intérêts.

La CMA reconnaît que les lois existantes ne sont pas suffisantes pour faire respecter les règles à l'encontre des entreprises qui ont un pouvoir de marché profondément enraciné. C'est pourquoi elle introduit une série de recommandations dans le cadre des objectifs de l'Unité sur les marchés numériques. Par exemple, dans l'une de ses recommandations, la CMA explique de quelle manière les fusions numériques peuvent renforcer l'enracinement du pouvoir de marché existant et provoquer une détérioration de la concurrence.

Source : [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital\\_Taskforce\\_-\\_Advice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf).

### **Bundeskartellamt en Allemagne**

En Allemagne, le 11<sup>e</sup> amendement de la loi contre les restrictions à la concurrence confère à l'Office fédéral des ententes (« FCO ») un pouvoir d'intervention supplémentaire visant à améliorer le paysage concurrentiel dans les « **secteurs profondément enracinés et incrustés présentant des problèmes structurels** ». Ce nouveau pouvoir peut prendre la forme de mesures correctives, y compris des ordonnances de séparation, qui pourront être appliquées même si les entreprises du secteur concerné ont respecté l'ensemble des lois sur la concurrence.

L'objectif de l'amendement est d'accroître la concurrence sur les marchés faussés. L'intervention de la FCO aura donc lieu après le constat d'une distorsion importante et persistante du marché dans le cadre d'une enquête sectorielle. Outre les mesures correctives discrétionnaires, la FCO peut imposer à des entreprises individuelles la notification de toute fusion dans le secteur faisant l'objet de l'enquête, si la future opération de concentration est susceptible d'entraver la concurrence effective en Allemagne.

Source : <https://www.luther-lawfirm.com/en/newsroom/press-releases/detail/11th-amendment-german-competition-act-federal-cartel-office-intervention>.

## **2.3. Articulation entre douves économiques, enracinement et pouvoir de marché**

26. Le pouvoir de marché est un concept clé du droit et de la politique de la concurrence, dans le cadre desquels il est souvent associé à la position dominante (ou un pouvoir de marché substantiel). Il sous-entend un niveau de contrôle sur les prix bien au-delà du simple pouvoir de marché<sup>5</sup>.

27. Les termes « douves économiques » et « enracinement » ne sont pas spécifiquement liés au concept de pouvoir de marché proprement dit, mais sont surtout associés aux facteurs contribuant à la constitution et au maintien de ce pouvoir dans le temps (barrières à l'entrée, coûts de transfert, par exemple). L'articulation entre les douves économiques et l'enracinement d'une part et ces éléments du pouvoir de marché de l'autre est complexe et fait sans doute l'objet d'interprétations différentes.

28. Tout d'abord, on peut considérer que les douves économiques et l'enracinement ne sont pas des concepts entièrement nouveaux sous le régime du droit de la concurrence, mais plutôt des appellations modernes de concepts traditionnels et de pratiques existantes d'entreprises visant à créer, maintenir et préserver leur pouvoir de marché. Par exemple, la source de diverses douves économiques, telle que les économies d'échelle ou les effets de réseau, en agissant comme une barrière de protection, peut être comprise comme équivalente aux facteurs structurels traditionnels créant des barrières à l'entrée qui relèvent déjà de l'analyse des autorités de la concurrence en matière d'évaluation du pouvoir de marché et de la position dominante (Gallant, 2023<sup>[2]</sup>). De même, l'enracinement peut être considéré comme un autre moyen d'action permettant de conserver une position dominante, se rapportant aux actions délibérées et stratégiques menées par les entreprises, à l'égard desquelles les autorités de la concurrence ont déjà acquis d'importantes connaissances et expériences concrètes à l'occasion de l'examen des pratiques anticoncurrentielles éventuelles (P. Starr, 2023<sup>[3]</sup> ; 2019<sup>[4]</sup>).

29. Si on se range à cette interprétation, les douves économiques et l'enracinement peuvent être envisagés comme des concepts correspondant aux éléments qui contribuent au pouvoir de marché et qui, selon toute vraisemblance, n'élargiraient pas le champ des pratiques abusives potentielles soumises au cadre juridique actuel.

30. D'autre part, si certaines des sources des douves économiques et de l'enracinement peuvent clairement se chevaucher avec les indicateurs de pouvoir de marché, il est possible d'interpréter ces concepts comme relevant d'une nouvelle terminologie, ayant principalement pour objet d'analyser et de présenter les concepts existants (c'est-à-dire les indicateurs de pouvoir de marché) d'une manière qui apparaît peut-être davantage complète et dynamique. Il peut s'agir, par exemple, d'étudier la manière dont les entreprises et les caractéristiques des marchés risquent d'évoluer au fil du temps, les évolutions technologiques potentielles et la raison d'être de la stratégie à long terme d'une entreprise.

31. Les **effets de réseau**, qui désignent l'augmentation de la valeur du produit ou du service d'une entreprise à mesure qu'un plus grand nombre de personnes l'utilisent, constituent sans doute une large douve économique et un avantage concurrentiel positif pour une entreprise disposant d'une large base de clientèle (Morningstar, 2023<sup>[13]</sup>). Dans le même temps, les effets de réseau ont la faculté de provoquer un effet de volant par lequel les comportements anticoncurrentiels peuvent s'auto-renforcer et, s'ils sont importants, un effet « tout/presque tout au gagnant », y compris un champ étroit de différenciation et des coûts élevés liés au multi-hébergement (OCDE, 2016<sup>[22]</sup>), (Kanter, 2022<sup>[23]</sup>).

32. Pareillement, dans le contexte de l'enracinement et du comportement d'une entreprise, **l'intégration verticale** peut permettre à une entreprise de renforcer son contrôle sur la chaîne d'approvisionnement, procurant des gains d'efficacité précieux à l'entreprise verticalement intégrée et offrant une valeur distincte aux consommateurs (Benchmark International, 2023<sup>[24]</sup>). En parallèle, l'intégration verticale peut augmenter le pouvoir de marché des entreprises, par exemple en transférant leur position dominante sur des marchés adjacents, protéger l'entreprise intégrée verticalement des nouveaux entrants (OCDE, 2022<sup>[11]</sup>) et réduire l'incitation de l'entreprise à innover par rapport aux acteurs innovants indépendants (G. Cai, 2023<sup>[25]</sup>).

33. La détermination du moment exact où les effets de réseau ou l'intégration verticale cessent d'être bénéfiques pour les consommateurs pour devenir des facteurs potentiellement anticoncurrentiels peut être utile aux autorités de la concurrence à l'occasion de l'évaluation des douves économiques structurelles d'une entreprise et de son comportement d'enracinement, ainsi que de leur impact sur la concurrence.

34. En tout état de cause, qu'il y ait ou non consensus sur les différentes interprétations, le rôle que ces concepts peuvent jouer pour les autorités de la concurrence lors de l'évaluation des facteurs contribuant au pouvoir de marché et des pratiques anticoncurrentielles potentielles constitue sans doute l'élément le plus pertinent pour les besoins de la présente note.

35. Lors de l'analyse de l'articulation entre les douves économiques et l'enracinement d'une part et les éléments du pouvoir de marché de l'autre, il est également important de prendre en considération l'effet que ces deux termes peuvent avoir sur les différents degrés de pouvoir de marché exercé par une entreprise. D'un côté du spectre, on trouve une entreprise sans pouvoir de marché et, de l'autre, un monopoleur. Les entreprises exerçant différents degrés de pouvoir de marché peuvent se situer entre les deux (Bailey, 2015<sup>[26]</sup>). Par conséquent, le fait de placer une entreprise disposant d'un pouvoir de marché profondément enraciné, obtenu au moyen de larges douves économiques, dans cette fourchette de positions sur le marché (ou même au-dessus), est sans doute une autre façon de rechercher l'utilisation possible de ces termes dans le droit de la concurrence. Cette interprétation serait également conforme au concept économique de pouvoir de marché, lié non pas à une « règle binaire » mais associé à la notion d'« un continuum » (D. Geradin, 2005<sup>[27]</sup>).

36. En résumé, les avantages concurrentiels structurels découlant des douves économiques, ainsi que les actions stratégiques et les mesures défensives mises en œuvre par une entreprise pour protéger

et conserver sa position dominante par rapport aux concurrents existants et éventuels, peuvent aussi avoir leur origine dans la dynamique du marché et être le résultat de la stratégie d'une entreprise offrant un produit de qualité supérieure, de meilleurs services et des prix attractifs au profit des consommateurs (Z. Qureshi, 2019<sup>[14]</sup>). Toutefois, les douves économiques, l'enracinement et le pouvoir de marché peuvent tomber sous le coup d'un examen rigoureux du respect des règles de concurrence s'ils sont établis ou maintenus par le jeu de pratiques anticoncurrentielles (voir la section 3).

## 2.4. Pouvoir de marché accru dans l'ensemble des secteurs : exemple de l'économie numérique

37. La mondialisation, les évolutions technologiques et la récente crise liée au Covid-19 ont eu un impact significatif sur l'économie de marché de nombreuses juridictions, entraînant une augmentation du pouvoir de marché et une réduction de la concurrence dans divers secteurs, en particulier sur les marchés numériques (Nations Unies, 2022<sup>[28]</sup>), (BCE, 2021<sup>[29]</sup>). De ce point de vue, ces facteurs peuvent également contribuer à renforcer les douves économiques en accentuant les avantages concurrentiels d'une entreprise par rapport à ses rivaux (McKinsey, 2016<sup>[30]</sup>) et en créant des positions profondément enracinées sur le marché à plus long terme, protégeant à terme le monopole des plates-formes numériques (OCDE, 2020<sup>[31]</sup>).

38. Les données empiriques ont globalement confirmé cette tendance en soulignant que le pouvoir de marché, la concentration des entreprises et les marges sont en hausse au niveau mondial, notamment aux États-Unis (OCDE, 2019<sup>[32]</sup>), (ProMarket, 2021<sup>[33]</sup>). Alors que les données montrent, de façon générale, une augmentation de la concentration et des marges dans l'ensemble des secteurs, la question reste de savoir si elles confirment également un élargissement du pouvoir de marché et une diminution de la concurrence (OXERA, 2019<sup>[34]</sup>), (OCDE, 2019<sup>[32]</sup>). Si ce débat entre universitaires et praticiens est toujours en cours, notamment sur les moyens efficaces de mesurer l'ampleur de ce renforcement potentiel du pouvoir de marché, il existe un consensus sur le fait que le pouvoir de marché s'est accru ces dernières années dans l'ensemble des secteurs, et en particulier dans le secteur numérique (OXERA, 2019<sup>[34]</sup>).

39. L'étude De Loecker, Eeckhout et Unger de 2020 sur les États-Unis indique que les marges sont, de manière générale, en hausse dans tous les secteurs et que les marges agrégées mondiales sont passées de 21 % au-dessus des coûts marginaux en 1980 à 61 % en 2016<sup>6</sup> (J. De Loecker, 2020<sup>[35]</sup>).

40. De même, l'étude de Federico J. Díez, Jiayue Fan, Carolina Villegas-Sánchez de 2021 a confirmé, à partir de nouvelles données à l'échelle mondiale, un renforcement du pouvoir de marché. L'étude a également fait état d'une augmentation des marges moyennes d'environ 6 % sur la période 2000-15 dans l'ensemble des secteurs et plus particulièrement dans les industries où les technologies numériques sont utilisées de manière plus intensive (F. J. Díez, 2021<sup>[36]</sup>)<sup>7</sup>.

41. Un rapport plus récent de l'OCDE intitulé (2024<sup>[7]</sup>) apporte une contribution supplémentaire à la littérature économique et aux constats ci-avant en fournissant de nouvelles données probantes concernant l'état de la concurrence sur les marchés dans un certain nombre de pays de l'OCDE au cours de la période 2000-19<sup>8</sup>. Les résultats généraux du rapport confirment les tendances récentes des principales variables de substitution de la concurrence, telles que l'accroissement de la concentration et des marges liées au pouvoir de marché depuis l'année 2000, se traduisant à terme par une baisse moyenne de la concurrence.

42. Premièrement, la concentration du secteur industriel s'est renforcé en moyenne de cinq points de pourcentage, ce qui correspond à environ 20 %, au cours de la période 2000-19, dans les 15 pays et les 127 secteurs considérés, et un peu plus dans les secteurs en concurrence à l'échelon national. Deuxièmement, les marges ont augmenté d'environ 7 % en moyenne, principalement sous l'impulsion des entreprises situées dans la moitié supérieure en termes de répartition des marges<sup>9</sup>. Troisièmement,

l'enracinement ainsi que la persistance dans le classement et les mesures sur l'instabilité des parts de marché donnent à penser que le niveau de dynamisme des entreprises parmi les leaders du marché est faible et qu'il a diminué au cours des 20 dernières années, notamment dans les industries en concurrence à l'échelle nationale et européenne. Enfin, la concentration des produits présente une forte corrélation avec la concentration des secteurs connexes, ces deux aspects étant positivement corrélés aux interventions de la Commission européenne visant à faire respecter les règles de concurrence.

43. S'agissant du dynamisme des plus grandes entreprises, le renouvellement des leaders du marché est sans doute une variable de substitution dynamique potentielle de l'absence de concurrence (par opposition à la concentration de marché calculée uniquement en fonction des parts de marché des grandes entreprises). En l'occurrence, le rapport souligne qu'il est relativement élevé au cours de la période considérée. Notamment, en moyenne, environ 3.3 des quatre entreprises les plus importantes sur une année donnée restent en tête du marché l'année suivante. Par ailleurs, les secteurs d'activité connaissant une plus forte concentration concernent des niveaux d'enracinement plus élevés et l'enracinement moyen s'est renforcé à la fois dans les secteurs faiblement et fortement concentrés<sup>10</sup>.

44. Cette tendance semble encore plus marquée dans le secteur numérique. Les plates-formes en ligne se différencient sans doute des marchés plus traditionnels à plusieurs égards et en particulier sur la façon dont certaines des caractéristiques du secteur numérique, y compris, entre autres, les effets de réseau, les marchés multifaces, l'accumulation de données et l'évolution de nouveaux écosystèmes, peuvent apparaître sur le marché. Bien que ces caractéristiques ne soient pas nécessairement nouvelles, le fait que plusieurs d'entre elles puissent être présentes en même temps les rend uniques et suggère que, avec l'essor des marges, elles contribuent sans doute au renforcement du pouvoir de marché et des douves économiques des plates-formes numériques et à leur résistance au changement sur le long terme, contrairement à de nombreux marchés traditionnels (OCDE, 2022<sup>[37]</sup>) (OCDE, 2022<sup>[38]</sup>).

45. Enfin, dans le secteur numérique, les acquisitions par les entreprises dominantes constituent peut-être un autre moyen de renforcer le pouvoir de marché en soutenant des stratégies d'enracinement visant à créer de larges douves économiques autour de l'activité principale et à éliminer les menaces concurrentielles éventuelles, notamment lorsqu'elles concernent des écosystèmes (OCDE, 2023<sup>[39]</sup>) – voir la section 3.4.

46. Trouver le juste équilibre entre la promotion de l'élaboration de nouveaux produits et services au profit des consommateurs et la croissance économique, d'une part, et les préoccupations découlant du renforcement potentiel du pouvoir de marché et d'une concurrence inefficace, d'autre part, demeure donc la véritable difficulté à laquelle font face les autorités de la concurrence, en particulier dans l'économie numérique (Calligaris, 2018<sup>[40]</sup>).

# **3**

## **Douves économiques et enracinement : analyse du caractère anticoncurrentiel et difficultés que peut présenter le contrôle de l'application**

47. Les autorités de la concurrence ont déjà acquis une connaissance approfondie des concepts de pouvoir de marché et de position dominante, ainsi qu'une expérience concrète en matière d'évaluation des pratiques abusives et des opérations de fusion entraînant des effets anticoncurrentiels. Toutefois, l'articulation entre les douves économiques et l'enracinement d'une part, et les sources du pouvoir de marché de l'autre, nécessite sans doute une réflexion plus approfondie de la part des autorités de la concurrence et des praticiens, notamment si les douves économiques et l'enracinement sont considérés comme autre chose que de simples appellations modernes de concepts anciens. Si tel est le cas, comment devrait-on répertorier ces stratégies d'entreprise dans les cadres du droit de la concurrence en vigueur dans les différents pays ? L'introduction de ces nouveaux termes peut-elle influencer et modifier l'analyse concurrentielle menée par les autorités de la concurrence ? Enfin, il est important d'évaluer si les difficultés éventuelles en matière de contrôle de l'application sont justifiées.

### **3.1. Évaluer la définition du marché, la position dominante et les barrières à l'entrée**

48. L'évaluation de la position dominante et du degré de pouvoir de marché est une question importante pour les autorités de la concurrence à l'occasion de l'application des règles de concurrence à des comportements unilatéraux présumés anticoncurrentiels et de l'analyse des effets des opérations de fusion sur la concurrence.

49. Les éléments traditionnels clés considérés comme opportuns par les autorités de la concurrence lors de l'évaluation de la position dominante peuvent inclure (i) la dimension et la stabilité dans le temps des parts de marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents, (ii) les barrières à l'entrée et à l'expansion, et (iii) la puissance d'achat compensatrice (R. Whish, 2012<sup>[41]</sup>).

50. La délimitation des marchés pertinents est également importante pour l'évaluation du degré de pouvoir de marché d'une entreprise, méthode utilisée par les autorités de la concurrence pour déterminer et définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises<sup>11</sup>. L'analyse des douves économiques et de l'enracinement est sans doute intéressante pour les autorités de la concurrence dans ce contexte. Par exemple, lors de l'évaluation de la substituabilité d'un produit ou d'un service du côté de la demande, une entreprise bénéficiant d'une large douve économique, telle que la fidélité à la

marque ou des coûts de transfert élevés, a la faculté d'influencer le choix et le comportement de changement de fournisseurs de la part des consommateurs (FasterCapital, 2023<sup>[42]</sup>). De même, s'agissant de la délimitation du marché géographique, l'avantage concurrentiel que représente un réseau de distribution solide, limité à certaines zones, est sans doute également intéressant et suffisant pour restreindre l'étendue géographique du marché en cause (FasterCapital, 2023<sup>[43]</sup>) (OCDE, 2016<sup>[44]</sup>).

51. Bien qu'il n'existe pas de définition juridique ou économique nettement définie, il est également incontesté que les barrières à l'entrée jouent un rôle clé dans le droit et la politique de la concurrence, par exemple lors de l'évaluation de la position dominante exercée par une entreprise ou un groupe d'entreprises (OCDE, 2007<sup>[45]</sup>).

52. En l'occurrence, les douves économiques et l'enracinement peuvent associer des avantages concurrentiels structurels et des actions délibérées contribuant selon le cas à la création de barrières solides à l'entrée, découlant naturellement du modèle économique de l'entreprise ainsi que de la qualité supérieure ou de l'intégration de produits. Toutefois, dans le contexte de pratiques abusives et de fusions anticoncurrentielles potentielles, ces stratégies seront sans doute considérées par les autorités de la concurrence comme un facteur complémentaire pour l'évaluation de la position dominante.

53. En mettant davantage l'accent sur la nature structurelle des douves économiques et la nature comportementale des stratégies d'enracinement lors de l'évaluation d'une position dominante présumée d'une entreprise, l'analyse des autorités de la concurrence peut nécessiter de se concentrer davantage sur l'objectif stratégique de l'entreprise visant à conserver sa position dominante sur le long terme. Cette dimension temporelle, qui se rapporte au fait que la position dominante d'une entreprise devient durable dans le temps et peu susceptible d'être remise en cause à court terme, concerne sans doute directement les situations dans lesquelles le pouvoir de marché et la position dominante risquent de s'enraciner profondément (CMA, 2020<sup>[21]</sup>).

54. Une distinction entre la durabilité passée et future du pouvoir de marché semble également pertinente. Alors que le concept traditionnel de pouvoir de marché dans l'évaluation du caractère « durable » de la position dominante désigne en général la position **passée** d'une entreprise sur le marché (c'est-à-dire des parts de marché qui restent stables sur une longue période), la présence de douves économiques et d'un comportement d'enracinement risque d'aboutir à la création ou au renforcement d'un pouvoir de marché durable **à l'avenir** (par exemple, concept de basculement et d'incontestabilité sur les marchés numériques). Il convient donc de se demander de quelle manière aborder les stratégies d'enracinement des entreprises qui ne sont pas encore dominantes, mais dont le comportement commercial contribue à créer, à étendre ou à rendre plus solides des douves économiques qui entraîneront, à l'avenir, une position dominante. Cette question sera examinée ultérieurement dans la section 3.4.

55. À la lumière de ce qui précède, l'analyse des autorités de la concurrence peut donc nécessiter non seulement de s'appuyer sur les outils traditionnels de contrôle de l'application, mais aussi de suivre une approche plus dynamique afin de mieux comprendre la manière dont les douves économiques structurelles sont (i) intégrées dans le modèle économique de l'entreprise, (ii) maintenues dans le temps par l'enracinement, (iii) influencées par les caractéristiques du marché, (iv) le résultat d'un produit ou d'une technologie de qualité supérieure ou ayant pour effet un comportement anticoncurrentiel (J. Furman, 2019<sup>[46]</sup>).

56. Enfin, lors de l'analyse de la position dominante d'une entreprise, l'évaluation des douves économiques par les autorités de la concurrence peut se fonder sur des données probantes qualitatives et quantitatives. Les données probantes qualitatives permettant de déterminer les avantages éventuels de l'entreprise par rapport à ses concurrents peuvent comprendre (i) l'analyse du modèle économique de l'entreprise, de ses principales activités et des secteurs concernés, (ii) le recensement des acteurs principaux du secteur concerné et (iii) l'évaluation de la stratégie d'entreprise dans son ensemble, des sources des douves et des outils pertinents utilisés pour améliorer la valeur des produits et des services.

D'autre part, les données probantes quantitatives peuvent porter sur des indicateurs de performance clés, notamment les recettes, les fonds propres, le flux de trésorerie disponible et le bénéfice par action ou le résultat net, qui peuvent tous permettre de déterminer si une entreprise détient une douve économique solide et est capable d'attirer de nouveaux clients (StableBread, 2023<sup>[47]</sup>), (Morningstar, 2017<sup>[48]</sup>).

### 3.2. Scénarios anticoncurrentiels : exploitation abusive et exclusion

57. Du fait de leur lien avec le concept de pouvoir de marché, les douves économiques et l'enracinement présentent également un intérêt à l'occasion de l'analyse du comportement abusif auquel les entreprises peuvent recourir ainsi que des effets anticoncurrentiels éventuels découlant des opérations de fusion.

58. Ils peuvent être évalués conformément aux scénarios anticoncurrentiels traditionnels pour exploitation abusive, selon lesquels une entreprise dominante risque de profiter de douves économiques solides et de se livrer à des stratégies visant à fausser la concurrence sur les marchés connexes ou à conserver et à consolider sa position dominante sur le marché de base. Cette stratégie fondée sur l'exploitation abusive peut permettre à l'entreprise dominante d'augmenter les coûts de ses rivaux et de restreindre le choix des consommateurs. Dans le même temps, les douves économiques et les stratégies d'enracinement risquent de conduire à l'exclusion des concurrents (c'est-à-dire à l'éviction anticoncurrentielle) à la fois sur les marchés connexes et sur le marché de base de l'entreprise dominante (OCDE, 2020<sup>[49]</sup> ; 2023<sup>[39]</sup>).

59. Dans ces conditions, l'éviction anticoncurrentielle est la principale préoccupation des autorités de la concurrence en termes de pratiques abusives et de fusions anticoncurrentielles potentielles. Dans les deux hypothèses, ce phénomène peut se produire lorsque l'accès au marché des concurrents réels ou éventuels est éliminé (même partiellement) et que la concurrence s'en trouve considérablement affaiblie. Sous réserve de la structure du marché et de la dynamique concurrentielle, une entreprise risque donc de juger rentable d'exploiter sa position dominante sur un marché pour obtenir un avantage concurrentiel (c'est-à-dire extraire des rentes de monopole) et évincer la concurrence sur un marché connexe ou se livrer à des stratégies d'enracinement pour conserver, protéger et renforcer sa position dominante sur le marché de base en rendant plus difficile l'entrée ou l'expansion sur ce marché (ICN The Unilateral Conduct Working Group, 2015<sup>[50]</sup>).

60. En conséquence, des avantages concurrentiels sous la forme de douves économiques peuvent être utilisés en combinaison avec des stratégies d'exploitation abusive et d'éviction par une entreprise dominante pour étendre son pouvoir de marché sur un marché voisin ainsi que pour veiller à ce que la barrière (douve) soit la plus profonde et la plus large possible autour de son produit et de son service monopolistiques de base. Ces pratiques d'éviction risquent fort d'être anticoncurrentielles, aboutissant à une diminution de l'innovation et entraînant des préjudices pour les consommateurs (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>).

61. Il importe que les autorités de la concurrence comprennent si et de quelle manière l'introduction de ces nouveaux concepts peut influencer l'analyse du caractère anticoncurrentiel, notamment pour évaluer si les difficultés de contrôle de l'application qui peuvent se présenter sont justifiées (voir la section 3.4).

### 3.3. Exemples de pratiques d'éviction

62. Lorsque les douves économiques et l'enracinement sont maintenus sur le long terme au moyen de pratiques anticoncurrentielles, notamment dans le cadre de la stratégie d'une entreprise dominante consistant à exploiter et conserver son pouvoir de marché, ces pratiques sont de nature à être anticoncurrentielles, donnant lieu à des pratiques d'éviction et de discrimination, tant dans le contexte des

comportements unilatéraux que dans celui des fusions. Les autorités de la concurrence devront peut-être adapter leur évaluation en tenant compte de ces potentiellement nouveaux concepts et stratégies. Voici quelques exemples des pratiques observées dans différents secteurs, analysant l'impact éventuel des douves économiques et de l'enracinement, dans le cadre des deux instruments :

### 3.3.1. Stratégies discriminatoires dans le contexte des comportements unilatéraux

#### *L'auto-référencement*

63. L'auto-référencement est une stratégie d'entreprise très répandue dans divers secteurs de l'économie. Dans celui de la vente au détail, comme les supermarchés, il est courant que les entreprises donnent la préférence à leurs propres produits tout en proposant également ceux des fournisseurs tiers. De la même manière, les plates-formes en ligne privilégient souvent leurs propres offres en les mettant en avant, en les améliorant grâce aux données de vente de tiers, ou en subordonnant l'accès à leur plate-forme à l'utilisation de leurs services. Un tel comportement est susceptible de stimuler l'efficacité, d'encourager une concurrence saine et de stimuler l'innovation dans divers secteurs (Li, 2023<sup>[51]</sup>).

64. Toutefois, l'auto-référencement risque de devenir problématique chaque fois que (i) les entreprises dominantes exploitent leur pouvoir de marché significatif et leurs larges douves économiques sur un marché pour accorder injustement un traitement préférentiel à leurs propres produits ou services sur des marchés connexes et que cette pratique (ii) est de nature à protéger la position dominante d'une entreprise sur le marché de base<sup>12</sup>. Celle-ci risquer d'entraîner des comportements anticoncurrentiels d'éviction et de discrimination en érigeant des barrières à l'entrée à l'encontre des nouveaux concurrents, en entravant leur capacité à se livrer à une concurrence loyale et en provoquant une diminution de l'innovation, des prix plus élevés et des produits ou services de qualité inférieure pour les consommateurs (Motta, 2023<sup>[52]</sup>), (Petit, 2015<sup>[53]</sup>).

65. Dans le secteur numérique, les douves économiques sont notamment constituées d'effets de réseau prononcés et d'écosystèmes sophistiqués incluant un grand nombre de produits ou des entreprises opérant sur différents marchés connexes. Dans de tels contextes, il est possible que les entreprises dominantes recourent à des stratégies d'enracinement afin de conserver, renforcer et élargir leurs avantages concurrentiels. Ce comportement, qui peut se manifester sous la forme d'un auto-référencement, a été reconnu par plusieurs autorités de la concurrence comme une forme éventuelle d'abus de position dominante avec effet d'éviction et de pratique discriminatoire. Les mesures d'exécution prises à l'encontre de l'auto-référencement dans les affaires d'abus de position dominante sont prises au niveau mondial par les autorités de la concurrence pour lutter contre ce type d'abus, en garantissant des conditions de concurrence équitables pour tous les acteurs du marché et en faisant régner un environnement concurrentiel profitable aux consommateurs (OCDE, 2020<sup>[49]</sup>).

66. Depuis la décision de la Commission européenne dans l'affaire *Google Shopping*<sup>13</sup>, l'analyse de l'auto-référencement sur les marchés numériques du point de vue de la concurrence est devenue essentielle dans d'autres juridictions, même si les solutions adoptées sont différentes, comme par exemple au Brésil.

### Encadré 3.1. Pratique d'auto-référencement au Brésil

En 2019, le CADE, l'autorité brésilienne de la concurrence, a décidé de porter plainte pour atteinte à la concurrence contre Google au sujet de sa plate-forme d'achat en ligne, Google Shopping. La procédure visait à déterminer si Google avait injustement positionné Google Shopping de manière préférentielle dans les résultats de recherche de son moteur de recherche sur internet, Google Search, violant ainsi la neutralité algorithmique pour promouvoir son propre service au détriment de ses concurrents. Il s'agit du même comportement que celui examiné par la Commission européenne et la *Federal Trade Commission* des États-Unis.

Dans les affaires conduites aux États-Unis et dans l'Union européenne, il est clair que la stratégie de Google consistait à exploiter sa position dominante sur le marché de la recherche générique pour obtenir un avantage déloyal dans le domaine des services de shopping. Toutefois, au Brésil, bien que certains commissaires aient exprimé des préoccupations concernant la pratique d'éviction, la majorité a conclu que le comportement en question n'avait pas eu d'effets anticoncurrentiels.

Les avis des commissaires sont partagés quant à l'impact négatif éventuel du comportement de Google, compte tenu de son pouvoir de marché existant, de ses capacités et de ses incitations à l'abus et de la dimension d'éviction de la pratique commerciale. Par ailleurs, les incertitudes liées à la difficulté de trouver une mesure corrective efficace visant à mettre en œuvre une éventuelle injonction de cesser le comportement illégal présumé ont également joué un rôle.

Les différentes solutions en droit des affaires portées contre Google selon les juridictions témoignent de la complexité de la question des douves économiques et de l'enracinement dans les marchés numériques.

Une analyse prospective et dynamique s'est avérée pertinente dans cette affaire, notamment pour évaluer les effets ultérieurs et éventuels du comportement considéré de Google. Pour ce faire, il a fallu aller au-delà des pratiques d'auto-référencement d'une entreprise et vérifier si elle procédait ainsi en exploitant son pouvoir de marché existant et ses larges douves économiques dans l'objectif de cantonner les concurrents éventuels dans un terrain de jeu différent.

Si les autorités de la concurrence doivent accepter de prendre des décisions dans un contexte empreint d'incertitude, en particulier lorsqu'elles tentent de prédire les effets sur l'avenir, la nécessité de trouver un juste équilibre entre les coûts sociaux liés à l'intervention de l'État (ou à l'absence d'intervention de ce dernier) demeure un défi, se traduisant à terme par des solutions différentes, même entre les autorités de la concurrence.

Source : Highlights of CADE's Decision and Takeaways for Digital Economy Issues by Paulo Burnier da Silveira, Victor Oliveira Fernandes – [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3435159](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3435159)

### *Accumulation de données et restrictions à l'interopérabilité*

67. Il existe une autre source importante d'avantage concurrentiel en faveur des entreprises dominantes, se rapportant notamment au comportement de certaines entreprises renforçant l'efficacité des douves économiques existantes dans le secteur numérique, à savoir la collecte de grandes quantités de données associées à des restrictions potentielles en matière d'interopérabilité.

68. S'agissant de l'accumulation de données, plus une entreprise dominante est en mesure d'acquérir des connaissances non négligeables sur la dynamique du marché, les forces et les faiblesses de ses rivaux et les préférences des consommateurs, plus elle a de chances de réussir à renforcer son pouvoir de marché (Kumar, 2022<sup>[54]</sup>). De ce point de vue, la « *stratégie du château et des douves* » peut être

spécifiquement liée à la collecte et à l'utilisation de données clés qui permettent non seulement d'offrir des services de meilleure qualité, mais aussi à l'entreprise dominante de devenir plus forte et plus grande, contrairement aux nouveaux entrants de plus petite taille qui peinent à obtenir la masse critique de données d'utilisateurs (Parul, 2023<sup>[55]</sup>).

69. Strictement liée à l'accumulation de données, l'absence d'interopérabilité entre les différents groupes d'utilisateurs sur les plates-formes numériques suscite également l'inquiétude des autorités de la concurrence<sup>14</sup>.

70. En fonction des différentes incitations existant sur les marchés numériques entre les opérateurs historiques et les nouveaux entrants, ou entre les entreprises verticalement intégrées et celles qui ne sont actives que sur une partie de la chaîne d'approvisionnement (OCDE, 2021<sup>[56]</sup>), le manque d'interopérabilité peut donner lieu à différentes difficultés, tant du point de vue du droit de la concurrence que de l'action publique, notamment (i) le conflit entre les plates-formes et les applications (Weiser, 2009<sup>[57]</sup>) et (ii) la nécessité de réunir des données sur plusieurs plates-formes, ce qui peut avoir un impact majeur sur la manière dont les données sont utilisées et, en fin de compte, sur le bien-être public et privé (Rubinfeld, 2019<sup>[58]</sup>).

71. Bien qu'il n'y ait pas toujours d'obligation, même pour une entreprise dominante, d'assurer l'interopérabilité, l'exploitation d'une position dominante d'un marché à un autre ou son renforcement sur le marché de base en refusant de fournir des informations sur l'interopérabilité risque d'être considéré comme une pratique abusive. S'agissant de l'accumulation de données, en contrôlant l'interopérabilité, une entreprise dominante a la faculté d'installer un enfermement propriétaire à l'encontre des utilisateurs, les empêchant de se tourner facilement vers d'autres produits ou services, réduisant ainsi la pression concurrentielle sur le marché. Ce comportement risque de permettre aux plates-formes dominantes à terme d'enraciner leur pouvoir de marché sur l'ensemble de leur écosystème, en évinçant les rivaux de leur réseau (Stutz, 2021<sup>[59]</sup>), (Nikpay, 2020<sup>[60]</sup>).

### Encadré 3.2. Acquisition de VMware par Broadcom : une approche multi-juridictionnelle de l'interopérabilité et de l'enracinement

L'acquisition de VMware par Broadcom, deux géants des semi-conducteurs basés en Californie (les parties), a été finalisée après l'approbation en Chine de l'Administration d'État chargée de la régulation des marchés (SAMR). L'opération envisagée a été examinée minutieusement et autorisée – sous conditions dans certaines juridictions – par différentes autorités de la concurrence dans le monde en 2023. Certains des problèmes de concurrence décelés par les autorités de la concurrence étaient liés aux incitations de Broadcom à réduire l'interopérabilité du logiciel d'informatique en nuage de VMware avec le matériel informatique des tiers, ce qui aurait pour effet de verrouiller le marché du matériel informatique.

En évaluant les effets potentiels de l'opération envisagée, les autorités de la concurrence ont également apprécié le risque éventuel d'enracinement et de verrouillage sur le marché des adaptateurs de bus hôtes de Fibre Channel, qui présentait le niveau de concentration le plus élevé parmi les marchés sur lesquels Broadcom opérait. Après la fusion, les activités cumulées de Broadcom et de VMware auraient incité davantage les parties à restreindre et à dégrader l'interopérabilité des logiciels de VMware vis-à-vis des concurrents de Broadcom, compromettant ainsi leur capacité à exercer une concurrence effective.

En réponse à ces préoccupations, diverses autorités de la concurrence, notamment la Commission européenne, la Commission coréenne du commerce équitable et la SAMR, ont imposé des mesures correctives visant à remédier aux effets anticoncurrentiels du projet d'acquisition qui peuvent se produire. Ces mesures correctives comprenaient, entre autres, l'accès de tiers à des intrants clés pour la mise au point des matériels informatiques de Broadcom, la garantie de l'interopérabilité avec les logiciels de VMware et le maintien de la compatibilité à l'intention des entreprises rivales.

Source :

China issues final clearance for Broadcom/VMware <https://globalcompetitionreview.com/article/china-issues-final-clearance-broadcomvmware>

Broadcom/VMware cleared in Korea, still faces hurdle in China <https://globalcompetitionreview.com/article/broadcomvmware-cleared-in-korea-still-faces-hurdle-in-china>

Broadcom/VMware wins EU approval <https://globalcompetitionreview.com/article/broadcomvmware-wins-eu-approval>

### 3.3.2. Fusions et acquisitions comme outil d'éviction ex ante

#### *Effets congloméraux, enveloppement et écosystèmes*

72. Les écosystèmes numériques, composés d'un service de base et d'une gamme de produits et de services supplémentaires, fournissent un ensemble d'offres technologiquement connectées qui sont plus complémentaires les unes des autres. Du côté de l'offre, les écosystèmes sont élaborés grâce à d'importantes économies de gamme et d'échelle sur les places de marché et aux effets de réseau. Du côté de la demande, les synergies entre consommateurs découlant des liens technologiques jouent un rôle important (OCDE, 2020<sup>[61]</sup>).

73. De manière croissante, la concurrence dans le secteur numérique se limite à une concurrence entre quelques grands écosystèmes. Les problématiques éventuelles liées aux acquisitions dans les écosystèmes numériques concernent principalement (i) les conditions d'accès à l'écosystème et l'interopérabilité, qui peuvent créer un pouvoir de marché pour le propriétaire de l'écosystème, (ii) l'impact négatif sur les consommateurs et l'entrée sur le marché du fonctionnement fermé d'écosystèmes

concurrents, et (iii) l'accumulation de vastes quantités de données provenant des différents composants des écosystèmes (OCDE, 2023<sup>[62]</sup>).

74. D'un point de vue théorique, la stratégie d'enracinement potentielle de l'entreprise dominante consiste à acquérir des cibles spécifiques qui ne s'articulent pas horizontalement ou verticalement mais qui sont complémentaires de son produit de base, principalement dans le but d'obtenir un écosystème qui en soi constitue une large douve autour de l'activité de base (effets congloméraux) (OCDE, 2023<sup>[62]</sup>).

75. Il est possible que la création d'un écosystème au moyen de l'acquisition éventuellement sans risque de produits et de services complémentaires ait des effets dynamiques sur le marché, par exemple en enracinant profondément la position d'une entreprise sur le marché (c'est-à-dire en la rendant plus durable et moins contestable) par le biais (i) d'un renforcement des barrières à l'entrée visant les nouveaux arrivants qui veulent reproduire l'offre de l'opérateur historique ou les concurrents existants qui veulent gagner des parts de marché, (ii) d'une hausse des coûts de transfert à la charge des clients, rendant plus difficile ou moins intéressant le changement d'un fournisseur concurrent à un autre, (iii) d'une augmentation des effets de réseau, (iv) d'une privation des économies d'échelle visant les concurrents, entraînant un désavantage concurrentiel par rapport à l'entité issue de la fusion (ICN Merger Working Group, 2024<sup>[63]</sup>).

76. Dans ces conditions, les effets congloméraux et le scénario fondé sur le concept d'écosystème peuvent aussi inclure le concept d'enveloppement de plate-forme, qui désigne la capacité d'une plate-forme dominante à entrer sur un autre marché par le biais de ventes groupées ou liées des deux produits de la plate-forme. L'enveloppement de plate-forme est sans doute de nature à entraîner des effets d'éviction sur le second marché du fait d'effets de réseau éventuels et d'économies de gamme qui empêcheraient les plates-formes concurrentes sur le second marché de rivaliser avec l'entité issue de la fusion. Les effets congloméraux peuvent se traduire par des stratégies d'enveloppement de plate-forme qui ont été considérées comme un moyen pour une plate-forme d'étendre et d'enraciner profondément son écosystème sans avoir besoin de proposer de nouveaux produits, services ou fonctionnalités pour gagner des parts de marché substantielles (OCDE, 2023<sup>[62]</sup>).

77. L'analyse des acquisitions réalisées par des acteurs dominants sur des marchés complémentaires – qui peuvent élargir l'offre de l'écosystème en termes de produits et de services – de manière à déterminer l'impact global de l'opération sur la concurrence devient ainsi pertinente pour les autorités de la concurrence.

### Encadré 3.3. Exemples récents de fusions conglomerales présentant des effets d'enracinement potentiels

#### Commission européenne

##### **Booking Holdings / eTraveli Groups**

Le 25 septembre 2023, la Commission européenne (CE) a interdit le projet d'acquisition de Flugo Group Holdings AB (eTraveli, Suède) – l'un des principaux prestataires de services d'agences de voyages en ligne (AVL) dans le domaine des voyages aériens en Europe – par Booking Holdings (Booking, États-Unis) – la première AVL dans le domaine hôtelier.

La CE a conclu que l'opération envisagée aurait renforcé la position dominante de Booking sur le marché des AVL dans le domaine hôtelier dans l'EEE, provoquant une augmentation des prix pour les hôtels et, éventuellement, pour les consommateurs.

L'enquête de la CE a souligné que :

(i) Booking est l'AVL dominante dans le domaine hôtelier dans l'EEE et aurait acquis un canal principal d'acquisition de clients, (ii) Booking aurait étendu son écosystème de services de voyage en se concentrant sur son activité d'AVL dans le domaine hôtelier, (iii) l'opération proposée aurait renforcé les effets de réseau et accru les barrières à l'entrée et à l'expansion, rendant plus difficile pour les AVL concurrentes le développement d'une nouvelle clientèle, (iv) Booking aurait encore consolidé sa position de négociation par rapport aux hôtels en renforçant sa position dominante.

Les mesures correctives proposées par Booking n'étaient pas suffisantes pour répondre aux préoccupations recensées en matière de concurrence.

#### **Federal Trade Commission aux États-Unis**

##### **Amgen Inc. / Horizon Therapeutics plc**

Le 14 décembre 2023, la *Federal Trade Commission* (FTC) aux États-Unis a finalisé une ordonnance par consentement portant sur le préjudice concurrentiel probable découlant de l'acquisition de la multinationale de biotechnologie Horizon Therapeutics par Amgen, l'une des plus grandes sociétés biopharmaceutiques au monde. En mai 2023, la FTC a contesté l'opération envisagée au motif qu'elle permettrait à Amgen (i) d'exploiter son portefeuille de médicaments à succès en forçant les compagnies d'assurance et les gestionnaires de régimes d'assurance médicaments à privilégier deux produits de monopole d'Horizon (Tepezza et Krystexxa) ou (ii) de pénaliser ses rivaux par rapport à ces deux produits. La FTC a également constaté que l'opération proposée enracinerait profondément la position monopolistique de Tepezza et de Krystexxa sur les marchés des maladies oculaires thyroïdiennes et de la goutte réfractaire chronique, respectivement, en remplaçant Amgen, dotée d'un vaste et solide portefeuille de médicaments à succès, par Horizon, dotée d'un portefeuille plus restreint, ce qui augmenterait les obstacles à l'entrée sur le marché et entraverait les efforts de concurrence des petites entreprises.

En vertu de l'ordonnance par consentement finale de la FTC, entre autres dispositions, Amgen n'est pas autorisée à (i) faire une offre groupée d'un produit Amgen avec Tepezza ou Krystexxa, (ii) conditionner toute remise ou modalité contractuelle liée à un produit Amgen à la vente de Tepezza ou de Krystexxa, (iii) utiliser toute remise de produit ou modalité contractuelle pour éliminer les produits qui pourraient être en concurrence avec ces deux médicaments.

Source :

Concentrations : la Commission interdit le projet d'acquisition d'eTraveli par Booking (europa.eu)  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_23\\_4573](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_4573)  
 FTC Approves Final Order Settling Horizon Therapeutics Acquisition Challenge <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/12/ftc-approves-final-order-settling-horizon-therapeutics-acquisition-challenge>

### *Acquisitions de concurrents naissants*

78. L'acquisition d'un concurrent naissant implique l'acquisition par une entreprise dominante d'une cible spécifique qui (i) a la capacité de devenir un concurrent direct important (effets horizontaux), mais (ii) peut également se produire lorsque le produit risque de devenir un intrant important ou un complément de la gamme de produits de l'acquéreur (effets verticaux ou congloméraux) (OCDE, 2020<sup>[64]</sup>).

79. Si, en règle générale, l'acquisition de concurrents naissants par des entreprises dominantes soutiennent l'innovation, elles peuvent aussi, à long terme, l'étouffer, notamment en raison d'un effet compensatoire, désigné sous le nom d'« *enracinement monopolistique* » de l'acquéreur. Ce dernier dépend des avantages concurrentiels de l'entreprise dominante se rapportant à ses activités passées, qui peuvent être renforcés par une série d'acquisitions au fil du temps (V. Denicolo, 2021<sup>[65]</sup>).

80. Dans ces conditions, la principale préoccupation des autorités de la concurrence est qu'en acquérant un concurrent naissant et en contrôlant le produit en cause, une entreprise dominante a la faculté d'éliminer totalement la menace concurrentielle éventuelle qu'il pourrait représenter dans un avenir proche (perte de concurrence), tout en ayant un impact négatif sur l'innovation (perte d'innovation) (OCDE, 2020<sup>[64]</sup>)<sup>15</sup>. Par exemple, les caractéristiques intrinsèques du marché et les avantages concurrentiels des entreprises sous la forme de douves économiques risquent d'entraver la possibilité offerte à un concurrent naissant de proposer des produits et des services similaires à ceux de l'entreprise dominante en termes de qualité et de conditions.

81. Parmi les arguments légitimes du droit de la concurrence concernant les acquisitions de concurrents naissants au cours des dernières années, on peut citer le fait que ces opérations n'ont pas suffisamment fait l'objet d'enquêtes. Par exemple, (Kwoka et Valletti, 2021<sup>[66]</sup>) indiquent que bien que les GAFAM<sup>16</sup> aient réalisé plus de 900 acquisitions entre 2000 et 2010, « *à l'échelle mondiale, environ 97 % de ces acquisitions d'entreprises de technologie n'ont été soumises à aucun examen de la part des autorités de la concurrence* ». Par ailleurs, le rapport Furman mentionne aussi la probabilité de faux négatifs dans les fusions impliquant de grandes plates-formes numériques au cours des dernières années. De ce fait, la probabilité de faux négatifs dans les acquisitions impliquant de grandes plates-formes numériques au cours des dernières années ne peut être exclue (J. Furman, 2019<sup>[46]</sup>).

82. Les acquisitions d'Instagram et de WhatsApp par Facebook (aujourd'hui Meta) sont deux exemples représentatifs d'affaires passées approuvées par les autorités de la concurrence et mettant en lumière les difficultés potentielles liées au cadre du contrôle de l'application des règles de concurrence en vigueur, notamment s'agissant des entreprises dominantes qui enracent profondément et étendent leur position dominante au moyen de ce type d'acquisition (S. Albertson, 2024<sup>[67]</sup>)<sup>17</sup>.

83. D'autre part, les autorités de la concurrence ont récemment commencé à surveiller de plus près les acquisitions de concurrents naissants, en particulier dans le secteur numérique. C'est par exemple ce qui s'est passé sous l'administration américaine en place, à l'aide d'une série de mesures d'exécution et d'actions des pouvoirs publics. Dans son décret présidentiel sur « *la promotion de la concurrence dans l'économie américaine* », le Président Biden a souligné que le contrôle de l'application des lois sur la concurrence est essentiel pour relever les défis posés récemment par les nouvelles industries et technologies, y compris la montée en puissance des plates-formes numériques dominantes découlant également de l'acquisition de concurrents naissants. Les Lignes directrices révisées sur les fusions adoptées en 2023 par les États-Unis mentionnent aussi expressément ce scénario anticoncurrentiel, à

savoir l'élimination d'une menace concurrentielle naissante, lorsqu'elles décrivent l'enracinement d'une position dominante dans la ligne directrice 6 (The White House, 2021<sup>[68]</sup>) (Ministère de la Justice des États-Unis, 2023<sup>[69]</sup>)<sup>18</sup>.

### Encadré 3.4. Acquisition récente d'un concurrent naissant contestée en Europe et aux États-Unis : l'acquisition de Figma par Adobe

L'opération envisagée concerne l'acquisition de Figma, développeur d'outils collaboratifs de conception de produits en nuage, par Adobe, entreprise mondiale de logiciels proposant, entre autres, des outils logiciels de conception artistique et un outil interactif de conception de produits. L'opération a fait l'objet d'une enquête approfondie de la part de plusieurs autorités de la concurrence, dont le Ministère de la Justice (DoJ) aux États-Unis, la Commission européenne (CE) et la *Competition and Markets Authority* (CMA) au Royaume-Uni.

À la fin de l'année 2023, la CE a publié une communication des griefs, suivie par la CMA qui a également estimé, à titre préliminaire, que l'opération nuirait à la concurrence et aux consommateurs.

Bien que l'opération n'entraîne aucun chevauchement horizontal entre les outils de conception de produits de Figma et les outils d'édition d'images matricielles et d'images vectorielles d'Adobe (Photoshop et Illustrator), Figma a été considérée comme (i) une contrainte concurrentielle réelle sur Photoshop et Illustrator, stimulant l'innovation s'agissant des produits d'Adobe, et (ii) un concurrent éventuel dans le domaine des outils de conception artistique.

Les autorités compétentes ont également examiné si l'opération envisagée risquait d'évincer les fournisseurs rivaux d'outils interactifs de conception de produits en intégrant Figma à la suite Creative Cloud d'Adobe.

Adobe a finalement décidé d'abandonner le projet d'acquisition à la fin de l'année 2023.

Source :

La Commission adresse une communication des griefs à Adobe au sujet du projet d'acquisition de Figma

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_23\\_5778](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_5778)

Adobe / Figma merger inquiry <https://www.gov.uk/cma-cases/adobe-slash-figma-merger-inquiry>

Office of Public Affairs | Antitrust AAG Kanter Statement After Adobe and Figma Abandon Merger | United States Department of Justice

<https://www.justice.gov/opa/pr/antitrust-aag-kanter-statement-after-adobe-and-figma-abandon-merger>

84. Enfin, l'acquisition de concurrents naissants peut également être évaluée par les autorités de la concurrence dans le cadre des règles sur les comportements unilatéraux<sup>19</sup>. Bien que l'application de cette pratique ait été débattue dans le cadre du contrôle de l'application du droit de la concurrence, l'arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») à la suite de l'appel de *Towercast* contre la décision des autorités françaises de la concurrence réaffirme qu'une opération de fusion n'atteignant pas les seuils de notification pertinents peut faire l'objet d'une analyse *ex post* au titre du cadre relatif à l'abus de position dominante (M. Eben, 2023<sup>[70]</sup>)<sup>20</sup>.

### 3.4. Difficultés de contrôle de l'application qui peuvent se présenter

85. Tout au long de la présente note, les douves économiques et l'enracinement ont été considérés, d'une manière générale, comme des stratégies d'entreprise légitimes adoptées pour conserver des avantages concurrentiels et demeurer viables sur le long terme (Gallant, 2023<sup>[2]</sup>), (P. Starr, 2023<sup>[3]</sup>). Ces stratégies peuvent s'avérer bénéfiques pour les entreprises, les investisseurs et les consommateurs et se traduire par des produits et des services de meilleure qualité et des prix plus bas (Kismet, 2023<sup>[9]</sup>).

Toutefois, ces stratégies peuvent devenir anticoncurrentielles et poser des problèmes de concurrence si elles sont maintenues par le biais de pratiques anticoncurrentielles qui portent préjudice aux consommateurs (voir les sections 3.2 et 3.4).

86. Entre ces deux approches, on peut trouver des cas intermédiaires comprenant des stratégies légitimes de construction de douves économiques et d'enracinement adoptées par des entreprises dominantes (et non dominantes) qui évoluent progressivement vers des pratiques qui risquent de devenir anticoncurrentielles. La délimitation entre les stratégies gagnantes des entreprises et celles qui risquent de devenir anticoncurrentielles demeure complexe à évaluer et les difficultés potentielles en matière de contrôle de l'application, tant dans le contexte des comportements unilatéraux que dans celui des fusions, ne peuvent être exclus lors de l'analyse de ces situations, créant souvent une grande incertitude.

87. Limiter les scénarios anticoncurrentiels et les outils de contrôle de l'application à un seul objectif ou exclusivement aux hypothèses dans lesquelles les consommateurs sont déjà lésés peut s'avérer insuffisant, nécessitant probablement de passer à un cadre de « *droit de la concurrence de troisième génération* » (c'est-à-dire une nouvelle façon plus globale d'évaluer le droit de la concurrence) afin de saisir plus précisément les réalités de la nouvelle dynamique des marchés (Kuenzler, 2023<sup>[71]</sup>). Avec l'essor de l'économie numérique, il semble, d'après la littérature récente, que certains pays prennent en considération ces cas intermédiaires (voir le paragraphe 85 ci-avant), en incluant par exemple des domaines de gouvernance multiples, des objectifs plus pragmatiques et plus équilibrés et une gamme complète et diversifiée de mesures de gouvernance (Cuihong Cai, 2022<sup>[72]</sup>).

88. De la même manière, il est difficile d'évaluer les opérations proposées en cas d'utilisation des fusions à des fins d'enracinement, par exemple pour créer des effets congloméraux et des écosystèmes fermés ou pour acquérir un concurrent potentiel naissant. Une analyse de fusion ne portant uniquement sur certains produits ou services au sein de l'écosystème ou sur l'acquisition d'acteurs existants ou éventuels et excluant l'acquisition de concurrents naissants risque de s'avérer problématique et de contribuer à consolider le pouvoir de marché des acteurs en position dominante (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>).

89. S'il est possible que le cadre juridique actuel soit adapté à l'évaluation et à la prise en compte des douves économiques et de l'enracinement se rapportant à des cas manifestes de monopolisation et de fusions anticoncurrentielles, notamment en rendant les douves existantes plus efficaces (par exemple en augmentant les barrières à l'entrée et les coûts de transfert ainsi qu'en dégradant la qualité de l'interopérabilité), il peut en revanche présenter des difficultés potentielles lorsqu'il s'agit d'intervenir en temps utile pour faire appliquer la législation sur la concurrence dans d'autres domaines.

90. C'est le cas, par exemple, des entreprises dominantes qui détiennent des douves économiques et se livrent à des stratégies d'enracinement qui ne sont pas ouvertement anticoncurrentielles mais qui pourraient le devenir à l'avenir, ou celui d'une entreprise qui n'est pas encore dominante mais qui se lance dans des stratégies d'enracinement pour accroître la profondeur et l'étendue des douves structurelles existantes dont elle bénéficie. En l'occurrence, la préoccupation porterait plus précisément sur le comportement stratégique d'une entreprise qui n'est pas encore dominante mais qui utilise des stratégies anticoncurrentielles pour acquérir une position dominante sur le marché à l'avenir (S. P. Torpey, 2021<sup>[73]</sup>), (Papp, 2018<sup>[74]</sup>). Dans les deux situations, la difficulté qui se pose aux autorités de la concurrence est de déterminer avec précision quand le comportement stratégique d'une entreprise peut nuire à la concurrence, et non quand elle se contente de surpasser ses rivaux en s'appuyant sur une « concurrence fondée sur les mérites ».

91. Ces dernières années, l'intégration de concepts dynamiques se rapportant aux marchés numériques dans le cadre juridique en vigueur s'est avérée être un défi majeur pour les autorités de la concurrence car ils sont souvent évalués uniquement après que les marchés pertinents ont été délimités et en appliquant des hypothèses intégrées concernant les facteurs contribuant au pouvoir de marché. L'analyse peut être tout aussi difficile lorsqu'il s'agit de douves économiques et d'enracinement qui

desservent l'innovation et le bien-être des consommateurs, et non de stratégies qui sont susceptibles de déboucher sur des pratiques anticoncurrentielles (W. H. Rooney, 2023<sup>[10]</sup>).

92. Dans ce cadre, la détection et l'évaluation des douves économiques et de l'enracinement dans le cadre de l'appréciation des indicateurs de pouvoir de marché nécessitent sans doute une analyse plus complète et plus dynamique afin d'examiner le comportement d'un monopoleur, à savoir l'évolution, la durabilité et la protection des avantages concurrentiels structurels d'une entreprise et les effets éventuels sur la concurrence, associés à sa stratégie opérationnelle à long terme (Kanter, 2022<sup>[23]</sup>). L'adoption d'une approche plus prospective sur une longue période, tout en acquérant des connaissances sur la dynamique future du marché et le comportement des consommateurs, demeure une tâche complexe et peut poser des difficultés aux autorités de la concurrence<sup>21</sup>.

93. De ce point de vue, les autorités de la concurrence peuvent être amenées à se préoccuper des domaines suivants :

- **Marchés en évolution rapide** : dans certains secteurs, une intervention dans le cadre des règles de concurrence en temps opportun s'attaquant aux douves économiques et à l'enracinement peut s'avérer encore plus difficile en raison des caractéristiques spécifiques des marchés en cause. Le secteur numérique constitue un exemple clair et récent dans lequel la mise au point de nouvelles technologies et de caractéristiques uniques permet souvent aux marchés de pencher en faveur de l'entreprise dominante, limitant ainsi les difficultés éventuelles posées par les nouveaux arrivants sur le marché (OCDE, 2022<sup>[38]</sup>)<sup>22</sup>.
- **Évaluer la position dominante et détecter les douves et l'enracinement** : l'analyse de la position dominante et du degré de pouvoir de marché, associée à des concepts commerciaux connexes tels que les douves économiques et l'enracinement, demeure une tâche complexe. Dans le même temps, détecter l'existence de douves économiques et de comportements d'enracinement dans le contexte d'un pouvoir de marché et d'une position dominante peut s'avérer tout aussi difficile. En l'occurrence, les autorités de la concurrence risquent d'être confrontées à des modèles économiques sophistiqués, en particulier dans les secteurs à évolution rapide. Les autorités de la concurrence pourraient avoir pour tâche supplémentaire dans leur évaluation de la dynamique du marché et du comportement des entreprises de cibler l'analyse sur les avantages concurrentiels structurels de l'entreprise afin de déterminer de quelle manière les indicateurs de pouvoir de marché peuvent évoluer au fil du temps vers un comportement abusif, ainsi que sur l'objectif stratégique des entreprises de conserver ou d'étendre cette position dominante, par exemple par le biais d'acquisitions potentiellement sans risque (OCDE, 2022<sup>[11]</sup>).
- **Délimiter le seuil des douves et de l'enracinement anticoncurrentiels** : la recherche d'un juste équilibre entre les gains d'efficacité du marché et le préjudice porté aux consommateurs a toujours été une question d'une grande importance pour les autorités de la concurrence. La détermination précise du seuil à partir duquel les douves économiques et l'enracinement peuvent devenir anticoncurrentiels et aboutir à un verrouillage du marché et à un préjudice pour le consommateur peut faire partie de ce processus. Ce dernier aspect concernerait également deux interventions traditionnelles opposées auxquelles les autorités de la concurrence sont confrontées, à savoir l'erreur de type faux positif ou contrôle excessif de l'application et l'erreur de type faux négatif ou contrôle insuffisant de l'application. Ces deux aspects sont distincts l'un de l'autre et l'analyse peut varier en fonction de la dimension de la concurrence et des effets sur la concurrence (DoJ, 2019<sup>[75]</sup>).

Dans ces conditions, si l'on prend en compte la dimension temporelle se rapportant au concept d'enracinement (c'est-à-dire la durabilité du pouvoir de marché) – et la préoccupation principale qui en découle, à savoir que les douves économiques et l'enracinement peuvent déboucher sur la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché/d'une position dominante **à terme** – l'adoption d'une approche plus agressive du contrôle de l'application des règles de concurrence semble peut-

être plus raisonnable, en particulier en cas de risque élevé d'un pouvoir de marché durable. Pour ce faire, il peut s'avérer nécessaire d'adapter les instruments existants du droit de la concurrence qui prennent en compte uniquement les pratiques passées (par exemple, dans le contexte des comportements unilatéraux) et d'inclure les effets à long terme de certaines acquisitions, notamment sur les marchés à évolution rapide (OCDE, 2023<sup>[62]</sup>), (Samranchit, 2021<sup>[76]</sup>). Toutefois, déterminer le moment précis où cette situation peut se produire dans la pratique et la manière dont les autorités de la concurrence devraient l'évaluer demeure un enjeu.

- **Concevoir des mesures correctives efficaces** : l'analyse et la conception de mesures correctives efficaces, tant dans le contexte des comportements unilatéraux que dans celui d'une fusion, qui peuvent « *réellement percer les douves et permettre aux concurrents d'atteindre le château* » ne sont pas des tâches faciles pour les autorités de la concurrence, notamment lorsque l'objectif est de mettre entièrement fin à la stratégie éventuelle d'éviction et de discrimination de l'entreprise dominante dans son ensemble, plutôt que de se concentrer sur une action unique et isolée (Kanter, 2022<sup>[23]</sup>).

94. Enfin, l'action en justice pour monopolisation intentée récemment par le Ministère de la Justice (DoJ) aux États-Unis à l'encontre d'Apple<sup>23</sup> illustre sans doute les difficultés auxquelles les autorités de la concurrence pourraient être confrontées, en particulier dans le secteur numérique, et la manière dont le contrôle de l'application des règles de concurrence pourrait évoluer, tout en enquêtant sur les douves économiques structurelles et les stratégies d'enracinement débouchant sur un comportement anticoncurrentiel d'une entreprise.

# 4 Mesures possibles pour aborder la question des douves et de l'enracinement

95. La présente section présente les mesures possibles à envisager pour répondre aux difficultés potentielles de contrôle de l'application constatées dans le cadre juridique en vigueur. Les difficultés structurelles éventuelles découlant des douves économiques peuvent être traitées soit en encourageant l'utilisation d'outils d'enquête, y compris par exemple les études de marché et les enquêtes de marché, soit en recourant à des outils de réglementation tels que les réglementations sectorielles<sup>24</sup>. Toutefois, ces deux mesures peuvent encore sembler insuffisantes pour répondre aux questions structurelles en jeu, en particulier s'agissant des cas intermédiaires décrits à la section 3.4. D'autre part, le comportement d'une entreprise associé au concept d'enracinement peut éventuellement être étudié et traité en adaptant les outils de contrôle de l'application en vigueur.

## 4.1. Outils d'enquête et d'analyse

### 4.1.1. Études de marché<sup>25</sup>

96. Les autorités de la concurrence devraient accorder une attention particulière aux préoccupations liées aux lenteurs potentielles des mesures d'exécution, car la rapidité et l'efficacité des réponses aux problématiques éventuelles de concurrence sont sans doute un élément essentiel de la qualité tout en promouvant la concurrence et l'innovation. L'importance des enquêtes *prima facie* dans le contrôle de l'application des règles de concurrence ne peut donc pas être sous-estimée, et ce d'autant plus sur les marchés dynamiques et dans les secteurs d'activité en évolution rapide par rapport aux marchés plus traditionnels et à l'analyse de la concurrence (O'Keeffe, 2018<sub>[77]</sub>).

97. Les études de marché constituent sans doute un outil puissant et souple (s'ajoutant aux pouvoirs d'enquête de marché et l'examen des fusions issus de la réglementation de la concurrence) permettant aux autorités de la concurrence d'évaluer et de traiter les questions de concurrence émergentes sur un marché ou un secteur spécifique. Elles peuvent jouer un rôle préventif essentiel en recensant les défaillances de marché éventuelles tout en clarifiant les différentes options disponibles pour y remédier du point de vue de la politique de concurrence, du contrôle de l'application et de la réglementation dans ce domaine ou de toute autre politique (OCDE, 2020<sub>[78]</sub>).

98. Les études de marché aboutissent le plus souvent à des recommandations de modifications du cadre réglementaire, à des demandes adressées aux entreprises d'adapter leur modèle économique et leur comportement, à des initiatives en matière de contrôle de l'application du droit ou à des enquêtes plus approfondies. En conséquence, les études de marché peuvent à terme permettre de dégager des solutions susceptibles d'atténuer les préoccupations structurelles liées à la concurrence, dès le début de la

procédure, en favorisant la concurrence et l'innovation et en réduisant la probabilité d'une infraction aux règles de concurrence (OCDE, 2018<sup>[79]</sup>).

99. Dans cette optique, les études de marché, qui ont l'avantage d'être prospectives, peuvent jouer un rôle clé dans la détection des cas intermédiaires (voir la section 3.4), l'évaluation et la résolution des problématiques de concurrence émergentes dans des secteurs d'activité spécifiques, y compris les douves économiques structurelles (par exemple, une entreprise qui n'est pas encore dominante utilisant les douves économiques et l'enracinement pour acquérir et conserver une position dominante). Elles peuvent permettre aux autorités de la concurrence d'analyser la dynamique complexe du marché associée à ces avantages concurrentiels structurels, d'acquérir une connaissance approfondie du fonctionnement des marchés nouveaux et émergents et d'intervenir plus rapidement. Sans remplacer les études empiriques et les enquêtes détaillées établies sur la base de données et de faits pertinents, une intervention opportune et plus ciblée par le biais d'études de marché devient essentielle afin de prévenir les atteintes éventuelles à la concurrence et aux consommateurs (O'Keeffe, 2018<sup>[77]</sup>).

### Encadré 4.1. Exemples d'études de marché récentes se rapportant aux douves économiques et à l'enracinement

#### **Authority for Consumer and Markets aux Pays-Bas**

En septembre 2022, l'*Authority for Consumer and Markets* (ACM) aux Pays-Bas a mené une étude de marché visant à évaluer le bon fonctionnement du marché néerlandais des services en nuage, y compris les risques éventuels sur les prix, la qualité et l'innovation résultant de la structure du marché ou du comportement des fournisseurs de services.

L'étude de marché de l'ACM a montré que le marché des services en nuage connaît une croissance rapide depuis 2017, tant au niveau mondial que dans l'UE et sur le marché néerlandais. Ces services sont proposés par (i) quelques-uns des plus grands opérateurs mondiaux, (ii) plusieurs entreprises moyennes non néerlandaises en Europe et aux Pays-Bas, et (iii) des opérateurs néerlandais. Deux utilisateurs de services en nuage peuvent également être relevés, à savoir les utilisateurs finaux, comme les entreprises et les organisations publiques, et les fournisseurs de logiciels indépendants.

Les résultats de l'étude de marché de l'ACM ont mis en évidence plusieurs aspects intéressants liés également aux douves économiques et à l'enracinement susceptibles de déboucher sur des barrières à l'entrée sur le marché des services en nuage.

Premièrement, la question du choix initial d'une infrastructure en nuage par l'utilisateur est particulièrement importante car, une fois le premier choix effectué, il est difficile et onéreux de sélectionner un fournisseur différent et les utilisateurs risquent d'être bloqués chez le fournisseur sélectionné pendant une longue période. Deuxièmement, les obstacles liés au changement de fournisseur sont, en règle générale, de nature technique et financière. En outre, l'exploitation des positions au sein des services en nuage par des entreprises verticalement intégrées, notamment par le biais de la vente liée et groupée de services en nuage, devient un effet naturel d'un marché caractérisé par des barrières non négligeables au changement de fournisseur. Troisièmement, il est difficile de transférer des données en raison de l'utilisation d'API différentes et fermées et d'une faible interopérabilité renforçant aussi les effets d'enfermement propriétaire. Enfin, l'ACM estime que la consolidation du marché des services en nuage devrait se poursuivre, notamment en raison des économies d'échelle et des effets de réseau.

Le règlement de l'UE sur les marchés numériques, la proposition de règlement de l'UE sur les données et la loi néerlandaise sur la concurrence sont considérés comme des instruments juridiques utiles pour traiter et atténuer les risques éventuels détectés par l'ACM tout en promouvant des marchés ouverts et en améliorant la concurrence sur le marché des services en nuage.

#### **Australian Competition & Consumer Commission**

Dans le septième rapport intermédiaire établi dans le cadre de l'enquête sur les services de plate-forme numérique de septembre 2023, l'*Australian Competition & Consumer Commission* (ACCC) a étudié l'impact sur la concurrence et les consommateurs des écosystèmes en expansion des fournisseurs de plates-formes numériques en Australie. L'analyse de la manière dont ils génèrent de la valeur et de leur impact sur les comportements des écosystèmes des plate-formes numériques a été menée à partir des médias sociaux, des moteurs de recherche sur internet et des places de marché électroniques. L'ACCC a reconnu les risques éventuels générés par l'interconnexion de différents produits et services sur les marchés concernés. Elle a donc formulé une série de recommandations visant à répondre aux préoccupations en matière de concurrence et à s'attaquer aux atteintes portées aux consommateurs sur les marchés de services des plates-formes numériques.

Le rapport a mis l'accent sur les domaines communs d'expansion des écosystèmes (par exemple, l'IA générative, la réalité virtuelle, les jeux, les appareils de maison intelligente, les services de stockage en

nuage), en analysant la dynamique de la concurrence et de l'innovation. Il s'est concentré sur les services fournis par les grands écosystèmes en Australie. Tout en estimant que les écosystèmes des plates-formes numériques se font concurrence pour établir un avantage d'antériorité par le biais de l'innovation, l'ACCC a aussi souligné les risques d'enracinement, lorsque les participants ont la possibilité de protéger et de fortifier leurs douves économiques, entravant potentiellement l'innovation afin de prévenir la perturbation du marché sur lequel ils opèrent.

Par ailleurs, l'ACCC a soutenu les recommandations formulées dans le rapport au ministre des Finances de 2022 portant sur la réforme de la réglementation, soulignant la nécessité (i) d'interdire les pratiques commerciales déloyales et de renforcer les protections à l'égard des clauses contractuelles abusives, (ii) de mettre en œuvre des mesures propres aux plates-formes pour lutter contre l'escroquerie, (iii) d'adopter des réglementations particulières à chaque service pour décourager les comportements anticoncurrentiels des entreprises, (iv) d'imposer des obligations visant à prévenir les pratiques abusives susceptibles d'enraciner profondément le pouvoir de marché et d'assurer la pérennité des douves.

Source :

Public Market study cloud services DEF (acm.nl) <https://www.acm.nl/system/files/documents/public-market-study-cloud-services.pdf>  
 Digital platform services inquiry <https://www.accc.gov.au/system/files/DPB%20-%20DPSI%20-%20September%202023%20Report%20-%20Interim%20Report%207%20-%20Final%2815835612.1%29.pdf>

#### 4.1.2. Pouvoirs d'enquête de marché

100. Les pouvoirs d'enquête de marché constituent un autre outil essentiel permettant aux autorités de la concurrence d'intervenir en cas de problèmes structurels de concurrence, tels que la présence de douves économiques sur un marché pertinent, ou de prévenir l'apparition de tels problèmes dans un avenir proche. Une différence essentielle entre les enquêtes de marché et les études de marché est que ces dernières ne constituent pas en soi des mécanismes de contrôle de l'application, alors que les enquêtes de marché permettent aux autorités de la concurrence d'imposer des mesures correctives lorsque des problèmes de concurrence sont mis au jour (OCDE, 2016<sub>[80]</sub>).

101. En règle générale, les autorités de la concurrence ont abordé les problèmes de concurrence réels ou éventuels, y compris ceux concernant les douves économiques et une position de pouvoir de marché des entreprises profondément enracinée dans des secteurs clés, par le biais de leurs mécanismes de contrôle de l'application existants. Toutefois, le renforcement de la concentration du marché dans l'ensemble des secteurs ainsi que la nécessité d'encourager les autorités de la concurrence à intervenir plus rapidement et de manière plus dynamique et prospective expliquent sans doute la tendance récente à l'introduction ou à l'élaboration d'outils d'enquête de marché dans plusieurs États membres de l'UE (Cafarra, 2024<sub>[81]</sub>)<sup>26</sup>.

102. L'une des raisons de la multiplication et de l'élargissement des outils d'enquête est la possibilité offerte aux autorités de la concurrence d'imposer des mesures correctives structurelles ou comportementales permettant de remédier aux défaillances du marché et de surmonter tout préjudice structurel à la concurrence sans qu'il soit nécessaire d'établir que les entreprises faisant l'objet de l'enquête ont commis une infraction au droit de la concurrence. Cette approche s'inscrit également dans le cadre d'efforts plus larges visant à adapter la politique de concurrence à la dynamique mouvante des secteurs d'activité en évolution rapide, tels que la récente économie numérique, et aux marchés mondialisés (Whish, 2020<sub>[82]</sub>). Le besoin d'accroître le recours aux enquêtes de marché s'explique également par les difficultés que peuvent poser l'action répressive et les mesures correctives dans les affaires d'abus dans une optique prospective, notamment la charge onéreuse que représente la nécessité de prouver chaque élément de la position dominante et des comportements abusifs connexes, ainsi que le respect des normes de preuve dans certaines juridictions. Si les pouvoirs d'enquête de marché ne peuvent pas résoudre toutes

les difficultés rencontrées actuellement dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles potentielles, ils permettent sans doute aux autorités de la concurrence de mettre en place un autre mode d'enquête, davantage proactif et tourné vers l'avenir, afin de cibler les problèmes structurels de marché, comme les douves économiques structurelles, qui ne découlent pas de violations démontrables des règles de concurrence (J. van den Boom, 2023<sup>[83]</sup>).

103. En l'occurrence, les douves économiques et l'enracinement se manifestent souvent sur des marchés concentrés et moins concurrentiels, caractérisés par des barrières élevées à l'entrée et à l'expansion, un enfermement propriétaire à l'encontre des consommateurs, des effets de réseau, des réglementations anticoncurrentielles ou des distorsions de la neutralité concurrentielle. Ces pratiques ne comportent pas toujours des comportements anticoncurrentiels manifestes, comme un comportement abusif, la collusion entre des entreprises ou des fusions anticoncurrentielles. Il peut s'avérer utile de doter les autorités de la concurrence d'outils d'enquête de marché robustes et à jour permettant d'examiner et, le cas échéant, de remédier à certaines caractéristiques évolutives et dynamiques du marché susceptibles d'entraîner des comportements anticoncurrentiels, notamment s'agissant des questions émergentes de concurrence et des nouvelles difficultés potentielles (OCDE, 2020<sup>[78]</sup> ; 2018<sup>[84]</sup>).

## Encadré 4.2. Pouvoir d'enquête de marché et exemples de tendances récentes dans les différentes juridictions

### Autorité allemande de la concurrence<sup>1</sup>

En Allemagne, l'amendement de 2023 à la loi contre les restrictions à la concurrence marque une évolution importante dans la politique de la concurrence. Le 11<sup>e</sup> amendement confère au *Bundeskartellamt* le pouvoir d'imposer des mesures correctives à la suite d'une enquête de marché sans qu'il soit nécessaire d'établir une violation des règles de concurrence allemandes. Cette réforme répond aux préoccupations majeures concernant l'inadéquation des outils de concurrence, particulièrement évidente dans la hausse des prix de l'énergie et des denrées alimentaires, qui ont incité les dirigeants à rechercher des mesures réglementaires renforcées. Les pouvoirs élargis du *Bundeskartellamt* permettront des interventions dans des secteurs spécifiques où la concurrence est jugée insuffisante, allant de la facilitation de l'accès au marché en faveur des nouveaux entrants à la prise en compte de mesures correctives structurelles telles que les cessions d'entreprises.

### Autorité suédoise de la concurrence<sup>2</sup>

En Suède, les pouvoirs publics ont lancé en 2023 une vaste enquête gouvernementale sur la possibilité de renforcer, dans leur juridiction, les outils d'enquête de marché dans le cadre du droit de la concurrence.

*« Notre volonté de revoir le cadre réglementaire est motivée, entre autres, par le fait que nous voulons être en mesure d'intervenir lorsque nous constatons qu'il existe des problèmes structurels de concurrence sur un marché ou d'empêcher que de tels problèmes ne surviennent dans un avenir proche. Nous avons besoin de règles qui nous permettent d'intervenir de manière plus prospective et plus souple que la législation en vigueur »,* déclare Marie Östman, conseillère générale de l'autorité suédoise de la concurrence.

En vertu du cadre juridique en vigueur, l'autorité suédoise de la concurrence ne peut enquêter que sur les infractions éventuelles impliquant des entreprises individuelles, à l'exclusion de toutes les autres entreprises susceptibles d'être présentes sur le marché en cause. L'enquête vise donc à évaluer l'efficacité des mécanismes d'enquête de marché en vigueur et à voir s'il y a lieu d'apporter des modifications éventuelles, y compris la nécessité d'un nouvel outil de concurrence plus large et plus souple pour compléter les règles existantes.

Les résultats de l'enquête suédoise devraient être finalisés au plus tard le 28 février 2025.

### Autorité tchèque de la concurrence

L'autorité tchèque de la concurrence (CCA) propose de mettre à jour la loi sur la concurrence du pays, notamment d'introduire un nouvel outil de concurrence permettant d'intervenir sans preuve de comportement anticoncurrentiel. Cette approche proactive reflète des changements potentiels au niveau des stratégies de contrôle de l'application, en particulier dans les secteurs sujets à des distorsions structurelles comme les marchés numériques et oligopolistiques. La proposition vise à accorder à l'ACC des pouvoirs correctifs plus étendus à la suite d'enquêtes sectorielles, notamment en imposant des obligations de notification en cas de fusions situées en deçà des seuils standard et en prescrivant des normes de transparence. Bien qu'elle n'en soit encore qu'au stade de l'idéation, la proposition traduit la position proactive de l'ACC dans le traitement des questions de concurrence.

Note :

<sup>1</sup> En Italie, le « décret sur les actifs » de 2023 (décret-loi n° 104/2023 converti, avec modifications, en loi n° 136/2023) a accordé de nouveaux pouvoirs d'enquête à l'autorité italienne de la concurrence, y compris le pouvoir d'imposer des mesures correctives structurelles ou comportementales aux entreprises concernées afin de résoudre les problèmes de concurrence, même en l'absence de tout

comportement anticoncurrentiel. En janvier 2024, le Conseil d'État italien a confirmé que ces pouvoirs s'appliquaient à tous les secteurs économiques (Conseil d'État, avis n° 61/2024) – [Gazzetta Ufficiale](#). La Commission sud-africaine de la concurrence (Commission) a également publié son rapport sur la concentration économique en 2022. Ce dernier donne des précisions sur le pouvoir de la Commission de lancer des enquêtes de marché dans les secteurs fortement concentrés et sur le renforcement de son pouvoir d'imposer des mesures correctives structurelles aux entreprises. Ces mesures correctives structurelles visent à supprimer les barrières à l'entrée auxquelles font face les nouveaux arrivants potentiels – voir, par exemple, l'Afrique du Sud, [South Africa: Competition Commission's power to address economic concentration - Global Compliance News](#).

<sup>2</sup> Les autorités de la concurrence danoise et norvégienne envisagent également de mettre en place une législation similaire visant l'introduction d'un nouvel outil d'enquête de marché – voir, par exemple, Main Developments in Competition Law and Policy 2023 – Norway - Kluwer Competition Law Blog and Denmark: proposed amendments to the Danish Competition Act show its teeth. Will companies risk being bitten? – Lexology.

Source :

<https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/15/new-provisions-in-german-competition-law-new-competition-tool-provisions-accompanying-the-dma-and-a-presumption-of-benefits/>,  
<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2023/11/20231106-11-gwb-nouvelle-tritt-in-kraft-und-oeffentliche-konsultation-modernisierung-des-wettbewerbsrechts.html>,

Le Bureau a présenté un certain nombre de propositions législatives visant à accroître l'efficacité dans le domaine de la concurrence <https://uohs.gov.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/hospodarska-soutez/3781-urad-predlozil-radu-legislativnich-navrhu-pro-vetsi-efektivitu-v-oblasti-hospodarske-souteze.html>

New competition tool and call-in power for mergers in Czechia? <https://www.schoenherr.eu/content/new-competition-tool-and-call-in-power-for-mergers-in-czechia>

« Avec un nouvel outil, nous pourrions intervenir plus efficacement face à davantage de problèmes de concurrence »

<https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/nyhetsarkiv/med-ett-nytt-verktyg-skulle-vi-kunna-ingripa-effektivare-mot-fler-konkurrensproblem>

## 4.2. Renforcer les outils de réglementation en vigueur

### 4.2.1. Réglementations sectorielles

104. Les réglementations constituent l'un des moyens les plus directs par lesquels les pouvoirs publics peuvent influencer l'économie de marché. Ces dernières sont en grande partie utilisées pour (i) remédier aux défaillances du marché, (ii) réduire les barrières à l'entrée, (iii) promouvoir une concurrence efficace et l'innovation, (iv) assurer la transparence de l'information sur les produits et les services (CED, 2017<sup>[85]</sup>).

105. Les réglementations peuvent affecter la dynamique du marché et l'économie dans des domaines tels que (i) l'efficacité allocative ou économique entre les secteurs de l'économie : le rôle des ressources dans la production et la distribution des biens et des services, et (ii) la vitalité et la compétitivité au sein des industries : la facilité avec laquelle il est possible de créer de nouvelles entreprises et de suivre leur croissance, et la facilité avec laquelle les entreprises qui ne réussissent pas à s'imposer peuvent quitter le marché (CED, 2017<sup>[85]</sup>).

106. Par conséquent, dans le prolongement du contrôle de l'application des règles de concurrence, il peut être utile de mettre en place un régime réglementaire complémentaire dans divers secteurs, présentant des difficultés potentielles lors de l'analyse des douves économiques et de l'enracinement stratégique.

107. Depuis quelques années, des gouvernements, dans le monde entier, ont déjà présenté plusieurs initiatives réglementaires dans le but de réglementer *ex ante* les grandes plates-formes numériques et d'abaisser les barrières à l'entrée, tout en protégeant et en promouvant la concurrence sur les marchés numériques. Dans ce cadre, les principales préoccupations concernaient en particulier le renforcement probable du pouvoir de marché des entreprises numériques, l'influence des grandes plates-formes numériques sur l'ensemble de l'écosystème et le fait que le contrôle de l'application du droit de la

concurrence était perçue comme un outil moins efficace pour résoudre les problèmes de concurrence dans le domaine du numérique. C'est pourquoi plusieurs juridictions ont proposé et adopté des réglementations *ex ante* concernant les plus grandes entreprises numériques pour compléter l'outil traditionnel de contrôle de l'application du droit de la concurrence (OCDE, 2021<sup>[86]</sup>).

108. Certaines des questions analysées par les autorités de la concurrence lors de l'évaluation des difficultés éventuelles sur les marchés numériques sont sans doute liées aux douves économiques, comme l'augmentation du pouvoir de marché et des barrières à l'entrée, les deux touchant à l'évolution rapide des marchés. Toutefois, l'analyse des autorités de la concurrence s'est principalement limitée au secteur numérique.

109. D'autre part, des douves économiques peuvent apparaître dans diverses industries à évolution rapide et la résolution des problèmes éventuels liés à ces avantages concurrentiels structurels peut nécessiter l'application, par les autorités de la concurrence, d'autres réglementations sectorielles spécifiques. Par exemple, dans le domaine des télécommunications, le partage des réseaux et l'élimination des goulets d'étranglement potentiels liés aux infrastructures, tout en accordant l'accès aux installations essentielles à des tarifs raisonnables et non discriminatoires, peuvent réduire, voire éliminer, les obstacles auxquels se heurtent les opérateurs existants et les nouveaux entrants, offrant ainsi des services de meilleure qualité et un choix concurrentiel aux consommateurs (OCDE, 2016<sup>[87]</sup>). De même, il peut être utile d'aborder la question de la protection des brevets et de concevoir des droits de brevet optimaux dans l'industrie pharmaceutique afin de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'innovation et la garantie de marchés concurrentiels (CEPR, 2020<sup>[88]</sup>). Enfin, dans le secteur de l'énergie, le maintien de la séparation des services de production, de transport et de distribution risque d'empêcher les entreprises dominantes verticalement intégrées d'exploiter leurs douves économiques, telles que les économies d'échelle ou la production à faible coût, et de mettre en œuvre des pratiques discriminatoires qui finiraient par fausser la concurrence (Stein, 2024<sup>[89]</sup>).

110. En résumé, plusieurs pratiques commerciales prenant la forme de douves économiques sont peut-être présentes dans différents secteurs clés qui semblent avoir une incidence sur la compétitivité globale du marché et la croissance économique, nécessitant un examen plus approfondi. L'élaboration d'une réglementation du marché favorable à la concurrence dans tous les secteurs, en incluant des réglementations sectorielles spécifiques pour s'attaquer aux douves économiques structurelles, ainsi que l'intégration de principes commerciaux judicieux au sein des politiques publiques plus larges, peuvent être examinées comme autre moyen complémentaire de promouvoir la concurrence sur des marchés concentrés caractérisés par des barrières élevées à l'entrée (Banque mondiale, 2017<sup>[90]</sup>). Dans le droit fil de cette approche, une étude de Deloitte envisage également la possibilité de passer à un système réglementaire plus souple, capable de s'adapter à l'évolution des technologies et de relever les difficultés potentielles en matière de contrôle de l'application posés par les nouveaux modèles économiques et l'évolution constante du marché (Deloitte, 2018<sup>[91]</sup>).

### 4.3. Renforcer les outils de contrôle de l'application en vigueur

#### 4.3.1. Adapter l'analyse du caractère anticoncurrentiel à l'enracinement

111. L'aménagement du contrôle de l'application effective des règles de concurrence dans différents secteurs peut s'avérer utile pour répondre aux difficultés éventuelles lors de l'évaluation de l'impact du comportement d'une entreprise se traduisant par l'enracinement d'un pouvoir de marché. Dans cet environnement complexe et dynamique, les ajustements potentiels, par exemple dans l'analyse concurrentielle d'un comportement unilatéral, peuvent être mis en œuvre par les autorités de la concurrence par le biais de plusieurs pratiques.

112. Tout d'abord, il semble nécessaire d'actualiser le cadre du contrôle de l'application afin de traduire de manière plus fidèle les réalités du marché et le comportement des consommateurs, lorsque les outils d'application traditionnels et les modèles économiques sont peut-être obsolètes. Par exemple, adapter l'analyse du caractère anticoncurrentiel en employant une approche plus prospective, tout en obtenant des indications sur la dynamique future du marché, peut s'avérer utile, en particulier lorsqu'il s'agit d'analyser les forces et la durabilité de certains comportements stratégiques, débouchant sur un enracinement, c'est-à-dire la poursuite de la domination d'une entreprise dans le temps, peu susceptible d'être remise en cause à court terme par les rivaux existants et potentiels (CMA, 2020<sup>[21]</sup>). Tout en atténuant le risque de recul de la sécurité juridique, le contrôle de l'application et l'action publique en matière de concurrence devront donc s'écarter des modèles statiques et plus traditionnels d'analyse du marché et d'évaluation de la concurrence, principalement basés sur des indicateurs formels (par exemple, la taille de l'entreprise, la structure du marché et les prix), et se concentrer davantage sur les moyens d'assurer le respect d'un impact à long terme sur les marchés et les consommateurs, tout en suivant l'évolution des marchés mondiaux (ITIF, 2021<sup>[92]</sup>).

113. La possibilité de parvenir à une position dominante en exploitant les comportements abusifs d'enracinement risque toutefois aussi d'inciter fortement les entreprises à investir et à innover. L'existence d'un pouvoir de marché substantiel peut en effet être déterminante dans le domaine de l'innovation, notamment parce qu'il permet aux entreprises dominantes d'investir dans la R-D tout en offrant de nouvelles idées et des produits innovants sur le marché (ITIF, 2021<sup>[92]</sup>). Il est donc essentiel pour les autorités de la concurrence de trouver un juste équilibre entre les cas transitoires bénéfiques d'un pouvoir de marché substantiel se traduisant par une meilleure qualité pour les consommateurs et les cas où ce pouvoir de marché peut s'enraciner profondément et devenir anticoncurrentiel (CMA, 2020<sup>[21]</sup>).

114. Les autorités de la concurrence du monde entier ont récemment adopté une approche plus dynamique du contrôle de l'application des règles de concurrence et de la politique en la matière afin de répondre spécifiquement à « *ce qu'elles estiment être les réalités modernes du marché* » (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>). Par exemple, ces évolutions clés trouvent un écho dans la révision récente des orientations en matière de concurrence dans le contexte des comportements unilatéraux.

### Encadré 4.3. Exemples d'ajustements récents du cadre juridique sur les comportements unilatéraux afin de tenir compte de la dynamique du marché

#### **Révision des orientations de la CE sur l'article 102 TFUE de 2023**

En mars 2023, la Commission européenne (CE) a modifié les orientations sur les priorités en matière de contrôle de l'application par le biais d'une communication modificative en raison des tendances nouvelles du marché et de l'évolution de la jurisprudence pertinente de la Cour de l'UE (les Lignes directrices).

Dans le même temps, la CE a également annoncé le lancement du processus qui aboutira à l'adoption d'orientations révisées sur les pratiques d'éviction abusives, offrant une plus grande sécurité juridique et favorisant la cohérence du contrôle de l'application entre la CE, les autorités nationales de la concurrence et les juridictions nationales. La CE publiera le projet d'orientations en vue d'une consultation publique d'ici la mi-2024, l'adoption du texte étant prévue en 2025. En mars 2023, la CE a également publié un appel à contribution afin de recueillir auprès de toutes les parties intéressées des commentaires à prendre en compte sur les futures orientations.

Les principaux changements introduits par la communication modificative, dans l'attente du processus menant à l'adoption des orientations sur les pratiques d'éviction, concernent les points suivants : (i) l'approche fondée sur les effets dans les affaires relevant de l'article 102 et (ii) l'évolution des priorités de la CE en matière de contrôle de l'application de l'article 102, notamment : (i) la notion d'éviction anticoncurrentielle, (ii) la pertinence des concurrents aussi efficaces, (iii) l'utilisation d'un test du concurrent aussi efficace fondé sur le critère prix-coût, (iv) les refus implicites et les conditions d'accès inéquitable, (v) la compression des marges.

#### **Lignes directrices révisées du CCCS de 2022**

En décembre 2021, la *Competition and Consumer Commission* of Singapore (CCCS) a achevé l'examen de plusieurs lignes directrices relatives à la loi sur la concurrence de 2004. Les lignes directrices désignent le cadre analytique et procédural appliqué par la CCCS dans le cadre de l'application de la loi à Singapour.

Les lignes directrices s'appuient sur les modifications apportées à la loi en 2018, les conclusions de l'étude de marché sur les plates-formes de commerce électronique, l'expérience antérieure de la CCCS en matière de contrôle de l'application et les meilleures pratiques à l'échelle internationale.

Parmi les sept lignes directrices de la CCCS, les *lignes directrices sur l'interdiction de l'article 47* ont été modifiées afin d'apporter plus de clarté et de sécurité juridique sur l'évaluation du pouvoir de marché et les types de comportements susceptibles d'être abusifs à l'ère numérique. Les principales révisions dans ce domaine comprennent, entre autres, l'analyse (i) de la force des effets de réseau sur les marchés multilatéraux, (ii) du degré d'innovation, (iii) de l'importance du contrôle et de la possession par une entreprise des intrants clés lors de l'évaluation de son pouvoir de marché, (iv) des comportements d'éviction créant des barrières à l'entrée, (v) l'exploitation préférentielle du pouvoir de marché sur des marchés connexes.

Dans des secteurs spécifiques, caractérisés par l'innovation et une dynamique concurrentielle en évolution, il est possible de concentrer l'évaluation de la position dominante moins sur les parts de marché et davantage sur d'autres facteurs tels que ceux décrits ci-avant.

Source :

Application de l'article 102 du TFUE – Commission européenne [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en)

Policy Brief [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/40413680-4eda-4ba0-96b1-e3e9d4e22106\\_en?filename=kdak23001enn\\_competition\\_policy\\_brief\\_1\\_2023\\_Article102\\_0.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/40413680-4eda-4ba0-96b1-e3e9d4e22106_en?filename=kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf)  
 CCCS Revises Competition Guidelines for Greater Clarity and Guidance <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/cccs-revises-competition-guidelines-for-greater-clarity-and-guidance>

115. Deuxièmement, la réduction des barrières à l'entrée peut constituer une valeur ajoutée pour les autorités de la concurrence dans leur lutte contre l'enracinement anticoncurrentiel, en particulier lorsqu'elles sont mises en place par des entreprises dominantes pour rendre l'entrée ou l'expansion des concurrents peu probable ou plus difficile à long terme.

116. Bien que les raisons d'une baisse potentielle de la concurrence et de l'augmentation correspondante des barrières à l'entrée et du pouvoir de marché des entreprises dominantes ne soient pas explicites, il est possible de les associer à l'exploitation de certaines pratiques d'enracinement, qui peuvent toutes réduire l'entrée de nouvelles entreprises sur les marchés, provoquant ainsi une diminution de la concurrence et du bien-être des consommateurs (ECA, 2016<sup>[93]</sup>).

117. Le contrôle de l'application des règles de concurrence peut donc devenir un facteur d'évolution clé pour inverser cette tendance, par exemple en remettant en cause les comportements d'éviction. Plus précisément, en cas de pratiques d'exploitation abusive, lorsque les douves économiques, comme par exemple les effets de réseau, créent des barrières à l'entrée, l'expansion d'une entreprise dominante sur des marchés liés peut accroître ces barrières. Une analyse prospective et un suivi du comportement des entreprises dominantes sur les marchés connexes, susceptible de déboucher sur un enracinement, peuvent faciliter une concurrence loyale sur des marchés potentiellement liés (CAP, 2019<sup>[94]</sup> ; 2016<sup>[93]</sup>).

118. Enfin, le fait de mettre davantage l'accent sur les atteintes éventuelles à la qualité des produits et à l'innovation plutôt que sur les prix à la consommation et les effets sur la production aide sans doute les autorités de la concurrence à mieux saisir la dynamique des marchés et les effets à long terme des stratégies d'enracinement sur la concurrence. Selon Baker, une réduction de la concurrence peut avoir des effets négatifs sur l'innovation et « *la concurrence en matière d'innovation ou de produits futurs est présumée compromise lorsqu'une entreprise dominante exclut ses rivaux* ». Cette issue peut résulter (i) de la moindre incitation des entreprises à prendre des parts de marché à leurs rivaux en proposant des produits et des services de meilleure qualité, (ii) des difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence pour analyser les effets sur la concurrence dans des marchés dynamiques et innovants et intervenir rapidement sur de tels marchés. L'analyse du caractère anticoncurrentiel devrait donc être structurée « *par l'a recherche de règles destinées à protéger le processus concurrentiel* ». Cette approche est également conforme à la pratique récente de la Commission européenne et des tribunaux de l'UE, qui soulignent la corrélation entre la réduction de la concurrence découlant des pratiques des entreprises dominantes et les effets négatifs sur l'innovation (D. Geradin, 2021<sup>[95]</sup>), (Baker, 2019<sup>[96]</sup>)<sup>27</sup>.

#### 4.3.2. **Coopération internationale**

119. La coopération internationale entre les organismes chargés de la concurrence du monde entier est depuis longtemps reconnue comme un instrument et une source de réseau essentiels pour répondre aux difficultés rencontrées en termes de contrôle de l'application et d'action publique dans le domaine du droit de la concurrence. En encourageant la collaboration et en facilitant l'échange d'informations à l'échelle mondiale, les autorités de la concurrence peuvent améliorer considérablement leur efficacité lorsqu'elles sont confrontées à des problèmes complexes, tels que ceux liés à l'enracinement, qui dépassent les frontières nationales. Cette approche collaborative non seulement favorise la cohérence des mesures d'exécution, mais elle facilite aussi la diffusion des meilleures pratiques et de l'expertise (Bruegel, 2023<sup>[97]</sup>)<sup>28</sup>.

120. Dans le cadre du traitement des problèmes liés à l'enracinement qui peuvent se présenter, une grande partie de la collaboration s'est jusqu'à présent concentrée sur les entreprises numériques dominantes. Les difficultés uniques posées par la position dominante des grandes entreprises de technologie d'envergure mondiale soulignent l'importance accrue de la coopération internationale, en particulier sur les marchés numériques. Compte tenu de la nature transnationale de ces entreprises et de leur capacité à exercer leurs activités au-delà des frontières, une résolution efficace du problème nécessite une collaboration entre les organismes chargés de la concurrence dans les différentes juridictions. En outre, le rythme rapide et la nature mondiale de ces marchés et de ces entreprises soulignent l'importance de la coopération avec d'autres autorités afin de garantir une résolution rapide et complète des problématiques (CE, 2022<sup>[98]</sup>). Par conséquent, cette coopération mondiale peut certainement devenir une valeur ajoutée dans la résolution des difficultés potentielles se rapportant spécifiquement à l'enracinement, qui dépassent également le secteur numérique.

121. Si la coopération internationale informelle s'est avérée précieuse, la nécessité de formes de collaboration plus formelles et plus structurées est de plus en plus reconnue afin de régler de manière efficace les nouvelles difficultés qui peuvent se poser dans les différents secteurs. La nature dynamique et transfrontalière de l'économie numérique et d'autres secteurs d'activité à évolution rapide, tous caractérisés sans doute par l'existence d'entreprises détenant un pouvoir de marché profondément enraciné, pourrait amener les autorités de la concurrence à envisager la mise en place de mécanismes formels de coopération au-delà de l'échange d'informations. La mise en œuvre d'accords formels, tels que des protocoles d'accord entre les autorités de la concurrence, et le renforcement de la coopération régionale en matière de contrôle de l'application peuvent fournir un cadre plus solide en vue de traiter les problèmes de concurrence qui peuvent se présenter tels que l'enracinement (Carugati, 2022<sup>[99]</sup>), (Jenny, 2002<sup>[100]</sup>).

# 5 Conclusion

122. Les stratégies de construction de douves économiques et d'enracinement peuvent sembler étroitement liées, mais il s'agit de termes distincts, tous deux rattachés au concept de pouvoir de marché. Si les douves économiques et l'enracinement peuvent clairement se chevaucher avec les indicateurs de pouvoir de marché, il est possible d'établir une distinction en fonction de la manière dont ces termes sont utilisés et, plus encore, en fonction de la stratégie à long terme de l'entreprise.

123. Indépendamment de l'existence d'un consensus sur une éventuelle distinction entre les douves économiques et l'enracinement, la présente note souligne l'importance de leur rôle dans le cadre de l'évaluation par les autorités de la concurrence des facteurs contribuant à la constitution et au maintien d'un pouvoir de marché, notamment dans le cas des plates-formes numériques et dans le cadre de l'émergence de nouveaux écosystèmes.

124. Les autorités de la concurrence ont déjà acquis une connaissance approfondie des concepts de pouvoir de marché et de position dominante, ainsi qu'une expérience concrète en matière d'évaluation des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, l'articulation entre douves économiques et enracinement d'une part et indicateurs de pouvoir de marché d'autre part ajoute sans doute une strate supplémentaire à l'analyse concurrentielle, nécessitant une réflexion plus approfondie de la part des autorités de la concurrence et des praticiens.

125. Tout au long de la présente note, les douves économiques et l'enracinement ont été considérés, d'une manière générale, comme des stratégies d'entreprise légitimes adoptées pour conserver des avantages concurrentiels et demeurer viables sur le long terme. Ces stratégies peuvent s'avérer bénéfiques pour les entreprises, les investisseurs et les consommateurs et se traduire par des produits et des services de meilleure qualité et des prix plus bas. Elles peuvent cependant devenir anticoncurrentielles et poser des problèmes de concurrence si elles sont maintenues à l'aide de pratiques anticoncurrentielles qui portent préjudice aux consommateurs.

126. La détection et l'évaluation des douves économiques et de l'enracinement dans le contexte de comportements unilatéraux ainsi que de fusions est un exercice complexe et peut nécessiter de recourir à une approche plus dynamique permettant d'évaluer l'évolution et la durabilité des avantages concurrentiels structurels d'une entreprise et les effets éventuels sur la concurrence, associée à la logique de sa stratégie d'entreprise.

127. Si le cadre juridique en vigueur peut être adapté à l'évaluation et à la prise en compte des douves économiques et de l'enracinement se rapportant à des cas manifestes de monopolisation et de fusions anticoncurrentielles, la délimitation des frontières entre les stratégies légitimes des entreprises et celles qui risquent de devenir anticoncurrentielles demeure complexe, d'autant plus si l'on applique une analyse plus dynamique et prospective, et on ne peut exclure l'existence de difficultés potentielles en matière de contrôle de l'application lors de l'évaluation de ces situations, laissant ainsi souvent place à une grande incertitude.

128. Parmi les principaux domaines potentiels de préoccupation auxquels font face les autorités de la concurrence, on peut citer les marchés en évolution rapide, la détection des douves et de l'enracinement, la délimitation de la position dominante et du seuil requis relatif aux douves et à l'enracinement anticoncurrentiels, ainsi que la conception de mesures correctives efficaces.

129. Enfin, la présente note examine plusieurs mesures possibles à envisager conformément au cadre juridique actuel visant à traiter ces difficultés potentielles, notamment l'incitation à l'utilisation d'outils d'enquête et d'analyse et le renforcement des outils de réglementation et de contrôle de l'application, en particulier à l'égard des douves économiques et de l'enracinement.

# Notes de fin

\* Le présent document a été rédigé par Giorgio Castaldo de la Division de la concurrence de l'OCDE, qui est actuellement détaché auprès de l'OCDE par la Commission européenne (Direction générale de la concurrence). Le document a bénéficié des commentaires d'Ori Schwartz, d'Antonio Capobianco et de Richard May de la Division de la concurrence de l'OCDE et des recherches effectuées par Tal Arnon et Manuela Sánchez Parra de la Division de la concurrence de l'OCDE. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

<sup>1</sup> Warren Buffet est homme d'affaires, investisseur et philanthrope américain, actuellement co-fondateur, président-directeur général de Berkshire Hathaway, une société holding et un conglomérat multinational américain dont le siège se trouve à Omaha, Nebraska (États-Unis) – [Stratégie d'investissement de Warren Buffett \(investopedia.com\)](#).

<sup>2</sup> Entreprise de gestion d'actifs fondée en 1984 et basée à Chicago (États-Unis). Elle fournit des informations sur les placements dans le monde entier et compte parmi ses clients des investisseurs, des conseillers financiers, des gestionnaires d'actifs et des organismes de retraite – [Morningstar, Inc. – Wikipedia](#).

<sup>3</sup> Parmi les exemples d'avantages concurrentiels qui ne sont pas considérés comme des douves économiques mais qui peuvent offrir des rendements élevés sur une longue période, on peut citer : la taille de l'entreprise, des parts de marché élevées, la gestion, une technologie reproductible et des produits à la mode – [The Morningstar Economic Moat Rating \(vaneck.com\)](#).

<sup>4</sup> Les caractéristiques du marché peuvent également contribuer à l'enracinement du pouvoir de marché d'une entreprise.

<sup>5</sup> Voir, par exemple, l'affaire 27/76 de la Cour européenne de justice, *United Brands c. Commission* [1978] Rec. 207, et l'affaire 85/76 *Hoffmann-La Roche c. Commission* [1979] Rec. 461 et *États-Unis c. E. I. du Pont de Nemours & Co. et Eastman Kodak Co. c. Image Technical Servs, Inc.*

<sup>6</sup> Une telle augmentation des marges agrégées concerne principalement les entreprises dont les marges sont déjà élevées.

<sup>7</sup> Une note récente du Fonds monétaire international semble également confirmer cette tendance, notamment quant au renforcement du pouvoir de marché détenu par les entreprises cotées dans les économies avancées, et au fait que le pouvoir de marché est en train de s'enraciner profondément dans de nombreux secteurs d'activité (FMI, 2021<sup>[103]</sup>).

<sup>8</sup> Plus précisément, il analyse l'évolution de plusieurs variables de substitution du pouvoir de marché et de la concurrence, telles que la concentration, les marges et l'enracinement, au cours des 20 dernières années.

<sup>9</sup> Les entreprises présentes sur les marchés mondiaux ont, en moyenne, enregistré la plus forte augmentation des marges, suivies par celles opérant sur les marchés européens et les marchés nationaux.

<sup>10</sup> Des mesures dynamiques de l'enracinement des entreprises sur les marchés ont été utilisées dans certaines études antérieures. (Bessen et al., 2020<sup>[105]</sup>), par exemple, proposent deux paramètres différents pour mesurer l'enracinement : (i) le taux annuel de risque de déplacement des entreprises classées parmi les quatre premières dans un secteur d'activité vers un rang inférieur, et (ii) le taux annuel de risque de déplacement d'une entreprise classée entre la cinquième et la huitième place dans le secteur d'activité vers les quatre premiers rangs. (Freund et Sidhu, 2017<sup>[102]</sup>), en utilisant les données d'Orbis, relèvent qu'entre un tiers et la moitié des entreprises figurant dans les quatre premiers rangs d'un secteur en 2014 ne sont pas les mêmes que celles de 2006. Enfin, en vue d'évaluer le renouvellement des entreprises les plus importantes, (Bajgar, Criscuolo et Timmis, 2021<sup>[106]</sup>) ont examiné trois variables, dont (i) la part des entreprises figurant dans le classement des huit premières qui n'occupaient pas cette position l'année précédente, (ii) la corrélation de rang entre les parts de marché des huit premières entreprises sur une période de deux ans et (iii) l'instabilité des parts de marché (OCDE, 2024<sup>[7]</sup>).

<sup>11</sup> Voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (2024) – [antitrust&cartels\\_legislation\\_20240208\\_EC\\_market\\_definition\\_notice\\_all\\_languages.zip | Competition Policy \(europa.eu\)](#).

<sup>12</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission européenne dans l'affaire *AT.39740 Moteur de recherche Google (Shopping)* de 2017 – [39740\\_14996\\_3.pdf \(europa.eu\)](#).

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Le terme « interopérabilité » désigne généralement « *la capacité de différents services numériques à fonctionner ensemble et à communiquer les uns avec les autres* », permettant « *aux utilisateurs d'associer plusieurs services aux fonctionnalités complémentaires* » (OCDE, 2021<sup>[56]</sup>).

<sup>15</sup> Il convient de distinguer l'acquisition d'entreprises naissantes des acquisitions prédatrices. Dans le cas d'acquisitions prédatrices, la concurrence et le produit lui-même sont « tués », c'est-à-dire retirés du marché, alors que dans le cas d'acquisitions d'entreprises naissantes, le produit reste sur le marché mais est absorbé par l'entreprise acquéreuse.

<sup>16</sup> Cet acronyme reprend les initiales des cinq plus grandes entreprises de technologie du secteur, à savoir Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

<sup>17</sup> En décembre 2020, la *Federal Trade Commission* aux États-Unis a intenté une action en justice contre Facebook, l'accusant de maintenir illégalement son monopole sur les réseaux sociaux personnels par le jeu d'un comportement anticoncurrentiel qui dure depuis des années, notamment l'acquisition de son rival naissant Instagram en 2012 et l'acquisition de l'application de messagerie mobile WhatsApp en 2014, afin d'éliminer toute menace pesant sur son monopole – <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>.

<sup>18</sup> Aux États-Unis, les Lignes directrices révisées sur les fusions désignent une fusion comportant l'acquisition par une entreprise dominante d'un concurrent naissant, à savoir une entreprise qui (i) pourrait devenir un rival important, (ii) faciliterait la croissance d'autres rivaux, ou (iii) entraînerait une réduction de son pouvoir.

<sup>19</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Continental Can*, qui laisse entendre que l'acquisition d'entreprises dominantes peut constituer un abus de position dominante dans certaines circonstances.

<sup>20</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-449/21 (2023) relatif à une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE introduite par la Cour d'appel de Paris par décision du 1<sup>er</sup> juillet 2021 dans l'affaire *Towercast SASU c. Autorité de la concurrence, ministre chargé de l'Economie* (2023) – [CURIA - Documents \(europa.eu\)](#).

<sup>21</sup> Les cabinets de conseil ont également reconnu ces difficultés et les avantages d'une vision prospective. Par exemple, Deloitte Global recense six solutions susceptibles d'apporter de la valeur à la croissance à venir des entreprises, en leur permettant d'obtenir un avantage concurrentiel sélectif et durable. Il peut s'agir notamment des aspects suivants (i) l'exploitation des fusions et acquisitions pour accroître la transformation, (ii) les éléments d'un modèle opérationnel pratique, (iii) la distribution fondée sur le numérique, (iv) l'automatisation robotique et l'entreprise cognitive, (v) la conformité réglementaire et la productivité, (vi) la technologie en tant qu'élément de différenciation. L'analyse et la mise en œuvre de ces solutions innovantes et efficaces peuvent permettre de mieux comprendre la logique qui sous-tend le modèle commercial d'une entreprise et les comportements d'enracinement éventuels au cours de la longue période précédant une intervention visant à contrôler l'application des règles de concurrence (Deloitte, 2018<sup>[104]</sup>).

<sup>22</sup> Par exemple, des effets de réseau importants et le traitement de données dans des écosystèmes entiers peuvent conduire à un pouvoir de monopole. Contrairement aux réseaux précédents, les plates-formes numériques se développent naturellement et très rapidement. Il est donc plus facile de créer des douves économiques solides et étendues qui protègent les plates-formes numériques et l'ensemble de l'écosystème (Kanter, 2022<sup>[5]</sup>). Tout en soutenant le pouvoir de marché et la position dominante acquis dans le cadre d'une « concurrence basée sur les mérites », les autorités de la concurrence ont pour priorité de veiller à ce que les marchés restent ouverts, équitables et contestables (Thomson Reuters, 2017<sup>[101]</sup>).

<sup>23</sup> [Office of Public Affairs | Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks on Lawsuit Against Apple for Monopolizing Smartphone Markets | United States Department of Justice, dl \(justice.gov\)](#)

<sup>24</sup> Le contrôle des fusions peut également être considéré comme une autre mesure *ex ante* possible conçue pour analyser et traiter les douves économiques structurelles causées par des fusions anticoncurrentielles.

<sup>25</sup> Le terme « études de marché » peut désigner différents instruments utilisés dans diverses juridictions présentant des caractéristiques similaires, comme par exemple les enquêtes sectorielles dans l'UE et dans un certain nombre d'États membres, les enquêtes de marché en Afrique du Sud, les enquêtes de collecte d'information en Italie, les études de collecte d'information au Japon et les études générales du Ministère de la Justice aux États-Unis – <https://web.archive.oecd.org/2021-10-31/567287-using-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues-2020.pdf>.

<sup>26</sup> Au Royaume-Uni, l'outil d'enquête de marché introduit par la loi sur les entreprises de 2002 a été l'une des premières mesures à amorcer cette tendance. La CMA britannique définit les enquêtes de marché comme « *des examens détaillés visant à déterminer s'il existe un effet préjudiciable à la concurrence sur le(s) marché(s) de biens ou services dont il est question* » (OCDE, 2016<sup>[80]</sup>).

<sup>27</sup> Voir, par exemple, les décisions de la Commission européenne dans l'affaire *AT.39740 Moteur de recherche Google (Shopping)* de 2017 – [39740\\_14996\\_3.pdf \(europa.eu\)](#) et dans l'affaire *AT.40411 Moteur de recherche Google (Ad Sense)* de 2019 – [40411\\_1619\\_11.pdf \(europa.eu\)](#).

<sup>28</sup> La coopération nationale entre les différentes parties prenantes, par exemple les pouvoirs publics, les organismes, les entreprises et les associations de consommateurs, peut également apporter une valeur ajoutée pour atténuer les pratiques anticoncurrentielles – [2023\\_updated\\_compendium\\_of\\_approaches\\_to\\_improving\\_competition\\_in\\_digital\\_markets\\_1.pdf \(publishing.service.gov.uk\)](#).

# Bibliographie

- Bailey, R. (2015), *Competition Law*, Oxford University Press. [26]
- Bajgar, M., C. Criscuolo et J. Timmis (2021), *Intangibles and industry concentration : Supersize me*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/ce813aa5-en>. [106]
- Baker, J. (2019), *The Antitrust Paradigms*, Harvard University Press. [96]
- Banque mondiale (2017), *Markets and Competition Policy, Fostering growth and shared prosperity by opening and transforming markets*, <https://www.worldbank.org/en/topic/competition-policy>. [90]
- Barber, N. (2016), *Why entrench?*, <https://academic.oup.com/icon/article/14/2/325/2526805?login=true>. [18]
- BCE (2021), *Beyond the pandemic: the future of monetary policy*, [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/sintra/ecb.forum\\_central\\_banking.202112~3d9f018812.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/sintra/ecb.forum_central_banking.202112~3d9f018812.en.pdf). [29]
- Benchmark International (2023), *Exploring the Advantages of Vertical Integration*, <https://blog.benchmarkcorporate.com/exploring-the-advantages-of-vertical-integration>. [24]
- Bessen, J. et al. (2020), « Declining Industrial Disruption », *SSRN Electronic Journal*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3682745](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682745). [105]
- Bruegel (2023), *How best to ensure international digital competition cooperation*, <https://www.bruegel.org/policy-brief/how-best-ensure-international-digital-competition-cooperation>. [97]
- Cafarra, C. (2024), *The Trends and Cases That Will Define European Antitrust in 2024*, <https://www.promarket.org/2024/01/04/the-trends-and-cases-that-will-define-european-antitrust-in-2024/>. [81]
- Calligaris, S. (2018), *Mark-ups in the digital era*, [https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/mark-ups-in-the-digital-era\\_4efe2d25-en](https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/mark-ups-in-the-digital-era_4efe2d25-en). [40]
- Calvino, F. (2019), *Business dynamics and digitalisation*, [https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/business-dynamics-and-digitalisation\\_6e0b011a-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/business-dynamics-and-digitalisation_6e0b011a-en). [6]
- CAP (2019), *Toward a Robust Competition Policy*, <https://www.americanprogress.org/article/toward-robust-competition-policy/>. [94]

- Carugati, C. (2022), *Proposals for International Cooperation in Digital Markets*, [99]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4204419](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4204419).
- CE (2022), *Speech of EVP Vestager at the ICN Annual Conference: « A new age of international cooperation in competition policy »*, [98]  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_22\\_2822](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2822).
- CED (2017), *Regulation & the Economy. The Relationship & how to improve it*, [85]  
[https://www.ced.org/pdf/CED\\_Report-Regulation\\_and\\_the\\_Economy.pdf](https://www.ced.org/pdf/CED_Report-Regulation_and_the_Economy.pdf).
- CEPR (2020), *Optimal patent policy for pharmaceuticals: Balancing innovation and access to new drugs*, [88]  
<https://cepr.org/voxeu/columns/optimal-patent-policy-pharmaceuticals-balancing-innovation-and-access-new-drugs>.
- CMA (2020), *Annexe B : The SMS regime: designing SMS firms*, [21]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce72c58fa8f54d564aefda/Appendix\\_B\\_-\\_The\\_SMS\\_regime\\_-\\_designating\\_SMS\\_firms.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce72c58fa8f54d564aefda/Appendix_B_-_The_SMS_regime_-_designating_SMS_firms.pdf).
- Cuihong Cai, T. (2022), *Moving toward a “middle ground”? - The governance of platforms in the United States and China*, [72]  
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.303>.
- D. Geradin, D. (2021), *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform*, [95]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3945004](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3945004).
- D. Geradin, N. (2005), *The Concept of Dominance in EC Competition Law*, [27]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=770144](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144).
- Deloitte (2018), *Ahead of the curve, Forward-Looking solutions for tomorrow’s leading asset managements firms*, [104]  
<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/financial-services/articles/ahead-of-curve.html>.
- Deloitte (2018), *The Future of Regulation*, [91]  
[https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4538\\_Future-of-regulation/DI\\_Future-of-regulation.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4538_Future-of-regulation/DI_Future-of-regulation.pdf).
- DoJ, U. (2019), *Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks at ABA’s 2019 Antitrust Fall Forum*, [75]  
<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-abas-2019-antitrust-fall-forum>.
- ECA (2016), *Benefits of Competition and Indicators of Market Power*, [93]  
[https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160502\\_competition\\_issue\\_brief\\_updated\\_cea.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160502_competition_issue_brief_updated_cea.pdf).
- F. J. Díez, J. (2021), « Global declining competition? », *Journal of International Economics*, [36]  
 vol. 132, p. 17, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199621000696>.
- FasterCapital (2023), *Economic Moat: Examining its Significance in Determining Intrinsic Value*, [12]  
<https://fastercapital.com/topics/importance-of-economic-moat-in-investing.html>.
- FasterCapital (2023), *The Role Of Brand Loyalty In The Substitution Effect*, [42]  
<https://fastercapital.com/topics/the-role-of-brand-loyalty-in-the-substitution-effect.html>.

- FasterCapital (2023), *Understanding the concept of Competitive Advantage*, [43]  
<https://fastercapital.com/startup-topic/Understanding-the-concept-of-Competitive-Advantage.html>.
- FMI (2021), *Progression du pouvoir de marché : une menace pour la reprise ?*, [103]  
<https://www.imf.org/fr/Blogs/Articles/2021/03/15/blog-rising-market-power-a-threat-to-the-recovery>.
- Freund, C. et D. Sidhu (2017), *Global Competition and the Rise of China*, Peterson Institute for International Economics, [102]  
<https://ssrn.com/abstract=2912922>.
- G. Cai, D. (2023), *How Does Vertical Integration Affect Incentives to Innovate?*, [25]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4432694](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4432694).
- Gallant, C. (2023), *How an Economic Moat Provides and Economic Advantage*, Investopedia, [2]  
<https://www.investopedia.com/ask/answers/05/economicmoat.asp>.
- ICN Merger Working Group (2024), *Non-Horizontal Merger Guidelines (à paraître)*. [63]
- ICN The Unilateral Conduct Working Group (2015), *Unilateral Conduct Workbook*, [50]  
[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG\\_UCW-Ch6.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_UCW-Ch6.pdf).
- ITIF (2021), *Principles of Dynamic Antitrust: Competing Through Innovation*, [92]  
<https://itif.org/publications/2021/06/14/principles-dynamic-antitrust-competing-through-innovation/>.
- J. De Loecker, J. (2020), « The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications », [35]  
*Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. 135, p. 84,  
<https://www.janeekhout.com/wp-content/uploads/26.pdf>.
- J. Furman, D. (2019), *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel.*, [46]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf).
- J. J. M. Rodrigues, A. (2010), *Managers' Entrenchment and Power*, [19]  
[https://www.researchgate.net/publication/275601996 MANAGERS'ENTRENCHMENT AND POWER](https://www.researchgate.net/publication/275601996_MANAGERS'ENTRENCHMENT_AND_POWER).
- J. Klement, C. (2021), *Moats or Market Power?*, [17]  
<https://blogs.cfainstitute.org/investor/2021/03/15/moats-or-market-power/>.
- J. van den Boom, I. (2023), *Towards Market Investigation Tools in Competition Law: The Case of the Netherlands*, [83]  
<https://academic.oup.com/jeclap/article/14/8/553/7420314>.
- Jenny, F. (2002), *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, [100]  
<https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/02/Jenny-International-Cooperation-on-Competition-2002.pdf>.
- Kanter, J. (2022), *CRA conference*, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-keynote-cra-conference>. [5]

- Kanter, J. (2022), *Keynote at Fordham Competition Law Institute's 49th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-antitrust-division-delivers-keynote-fordham>. [23]
- Khanna, V. (2016), *Mr Warren Buffet, Is the Beach Your New Moat?*, <https://www.peyotemorgan.com/mr-warren-buffett-beach-new-moat/>. [11]
- Kismet, W. (2023), *Unveiling the Concept of Economic Moat in Business Strategy*, <https://kismetgroup.ca/unveiling-the-concept-of-economic-moat-in-business-strategy/>. [9]
- Kuenzler, A. (2023), *Third-generation competition law*, <https://academic.oup.com/antitrust/article/11/1/133/6984749>. [71]
- Kumar, S. (2022), *Excessive Data Collection as Anti-Competitive Conduct: The Approach of Germany and India*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4342468](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4342468). [54]
- Kwoka, J. et T. Valletti (2021), *Unscrambling the eggs: breaking up consummated mergers and dominant firms*, <https://academic.oup.com/icc/article/30/5/1286/6360491>. [66]
- Li, M. (2023), *Self-Preferencing Across Markets*, <https://www.law.upenn.edu/live/files/12814-self-preferencing-across-markets>. [51]
- M. Eben, D. (2023), *Taking aim at innovation-crushing mergers: a killer instinct unleashed?*, <https://academic.oup.com/yel/advance-article/doi/10.1093/yel/yead013/7453609>. [70]
- M. Gale, F. (2022), *A Look At Michael E. Porter's Competitive Advantage If It Were Written For 2023 And Beyond*, <https://www.forbes.com/sites/michaelgale/2022/10/11/a-look-at-michael-e-porters-competitive-advantage-if-it-were-written-for-2023-and-beyond/>. [20]
- M. Holt, A. (2017), « Economic Moats Matter: Here's the Evidence », *Morningstar*, <https://www.morningstar.com/portfolios/economic-moats-matter-heres-evidence>. [16]
- Mckinsey (2016), *Digital Globalisation: The New Era Of Global Flaws*, <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/business%20functions/mckinsey%20digital/our%20insights/digital%20globalization%20the%20new%20era%20of%20global%20flows/mgi-digital-globalization-full-report.pdf>. [30]
- Ministère de la Justice des États-Unis, C. (2023), *Merger Guidelines*, <https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>. [69]
- Morningstar (2023), *Economic Moat*, <https://www.morningstar.com/investing-definitions/economic-moat>. [13]
- Morningstar (2017), *Not All Moats Are Created Equal. Analysing economic moats through a quantitative lens.*, <https://www.vaneck.com.au/not-all-moats-are-created-equal/>. [48]
- Motta, M. (2023), *Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases*, <https://pdf.sciencedirectassets.com/271699/1-s2.0-S0167718723X00058/1-s2.0-S0167718723000553/main.pdf?X-Amz-Security-Token=IQoJb3JpZ2luX2VjECoaCXVzLWVhc3QtMSJIMEYCIQD6WVsUsKwn7IsvFB7cSj3E3fep1BUyvd1i9%2Fefc1dGIAIhAKq08MHB1OtXaqzgG9kEOGq0e0Ek9FaewAbgdtTJ0m>. [52]
- Nations Unies (2022), *Impact of the Covid-19 Pandemic on Trade and Development*, [https://unctad.org/system/files/official-document/osg2022d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/osg2022d1_en.pdf). [28]

- Nikpay, F. (2020), *The EU Law of Competition, Refusal to Supply Information Needed for Interoperability*. [60]
- O’Keeffe, S. (2018), *Use and Importance of Market Studies in Modern Competition Enforcement*, <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/2/75/4621313?login=true>. [77]
- OCDE (2023), *Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques –*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)6/fr/pdf). [39]
- OCDE (2023), *Theories of Harm for Digital Mergers – Note by the European Union*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)51/en/pdf). [62]
- OCDE (2022), *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2022\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2022)5/fr/pdf). [37]
- OCDE (2022), *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy – Note by the United Kingdom*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2022\)29/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2022)29/en/pdf). [38]
- OCDE (2022), *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy – Summaries of contributions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2022\)63/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2022)63/en/pdf). [1]
- OCDE (2021), *Data Portability, Interoperability and Digital Platform Competition*, <https://web-archive.oecd.org/2021-10-31/591383-data-portability-interoperability-and-digital-platform-competition-2021.pdf>. [56]
- OCDE (2021), *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, <https://web-archive.oecd.org/2021-12-01/616997-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>. [86]
- OCDE (2020), *L’abus de position dominante sur les marchés numériques*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)4/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)4/fr/pdf). [49]
- OCDE (2020), *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, <https://web-archive.oecd.org/2020-10-16/566931-start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>. [64]
- OCDE (2020), *Synthèse de l’audition d’experts sur l’économie de la concurrence des écosystèmes numériques*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2020\)2/ANN6/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2020)2/ANN6/FINAL/fr/pdf). [61]
- OCDE (2020), *Using Market Studies to Tackle Emerging Competition Issues*, <https://web-archive.oecd.org/2021-10-31/567287-using-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues-2020.pdf>. [78]
- OCDE (2019), *Industry concentration in Europe and North America*, [https://www.oecd-ilibrary.org/economics/industry-concentration-in-europe-and-north-america\\_2ff98246-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/industry-concentration-in-europe-and-north-america_2ff98246-en). [32]
- OCDE (2018), *Market Concentration*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf). [84]
- OCDE (2018), *Market Studies Guide for Competition Authorities*, <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Market-Studies-Guide-for-Competition-Authorities-2018.pdf>. [79]

- OCDE (2016), « BIG DATA: BRINGING COMPETITION POLICY TO THE DIGITAL ERA, Background Note », [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)74/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)74/en/pdf). [22]
- OCDE (2016), *Competition and infrastructure bottlenecks*, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9789264251823-7-en/index.html?itemId=/content/component/9789264251823-7-en>. [87]
- OCDE (2016), *Defining Geographic Markets Across National Borders*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)5/fr/pdf). [44]
- OCDE (2016), *Le rôle des études de marché en tant qu'instrument de promotion de la concurrence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)4/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)4/fr/pdf). [80]
- OCDE (2007), *Competition and Barriers to Entry*, <https://www.oecd.org/competition/mergers/37921908.pdf>. [45]
- OCDE, C. (2024), *Exploring the state of Competition in the EU (à paraître)*. [7]
- OCDE, N. (2020), *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf). [31]
- OXERA (2019), *Increased market power: a global problem that needs solving?* Oxera, <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/increased-market-power-a-global-problem-that-needs-solving/>. [34]
- P. Starr, P. (2023), *Escaping Policy Traps: Strategic Options for Overcoming Entrenchment*, [https://www.princeton.edu/~starr/articles/articles23/Starr\\_Escaping-Policy-Traps-Strategic-Options.pdf](https://www.princeton.edu/~starr/articles/articles23/Starr_Escaping-Policy-Traps-Strategic-Options.pdf). [3]
- P. Starr, P. (2019), *Understanding Entrenchment*, Yale University Press, [https://www.princeton.edu/~starr/Entrenchment/Starr\\_Entrenchment\\_Ch1.pdf](https://www.princeton.edu/~starr/Entrenchment/Starr_Entrenchment_Ch1.pdf). [4]
- Papp, F. (2018), *Unilateral conduct by non-dominant firms: a comparative reappraisal*, [https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10065650/1/Wagner-Von%20Papp%20Wagner-von%20Papp\\_Manuscript\\_Unilateral%20Non-Dominant.pdf](https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10065650/1/Wagner-Von%20Papp%20Wagner-von%20Papp_Manuscript_Unilateral%20Non-Dominant.pdf). [74]
- Parul (2023), *Google's 'castle and moat' strategy is data hegemony: CCI tells NCLAT*, <http://Google's 'castle and moat' strategy is data hegemony: https://smefutures.com/googles-castle-and-moat-strategy-is-data-hegemony-cci-tells-nclat/CCI tells NCLAT>. [55]
- Petit, N. (2015), *Theories of Self-Preferencing under 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdof*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2592253](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2592253). [53]
- Press, O. (dir. pub.) (2012), *Competition law*. [41]
- ProMarket (2021), *Concentration in the EU: Where It is Increasing and Why*, <https://www.promarket.org/2021/05/19/concentration-eu-antitrust-market-power-barriers-entry/#:~:text=Our%20main%20conclusion%20is%20that,keep%20markets%20open%20and%20competitive>. [33]
- Rubinfeld, M. (2019), *Data Standardization*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3326377](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3326377). [58]

- S. Albertson, T. (2024), *The No-Longer Nascent Use of Nascent Competition Theory*, [67]  
<https://www.fenwick.com/insights/publications/the-no-longer-nascent-use-of-nascent-competition-theory>.
- S. P. Torpey, D. (2021), *The Unilateral Conduct Gap Sacrificing Interoperability and Innovation*, [73]  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/06/3-The-Unilateral-Conduct-Gap-Sacrificing-Interoperability-and-Innovation-By-Susannah-P.-Torpey-Dillon-Kellerman.pdf>.
- Samranchit, J. (2021), *Digital ecosystem mergers in big tech: A theory of long-run harm with applications*, [76]  
<https://academic.oup.com/jeclap/article/13/5/365/6470960>.
- StableBread (2023), *How to Identify an Economic Moat*, [47]  
<https://stablebread.com/how-to-identify-an-economic-moat/>.
- Stein, Z. (2024), *Unbundling in the Energy Sector*, [89]  
<https://www.carboncollective.co/sustainable-investing/unbundling-in-the-energy-sector>.
- Stigler (2019), *Report of the Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee*, [8]  
<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>.
- Stutz, L. (2021), *Interoperability in Antitrust Law & Competition Policy*, [59]  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/06/4-Interoperability-in-Antitrust-Law-Competition-Policy-By-Laura-Alexander-Randy-Stutz.pdf>.
- The White House (2021), *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, [68]  
<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.
- Thomson Reuters, P. (2017), *Speech by Johannes Laitenberger on striking the right balance in the enforcement of competition rules*, [101]  
<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-6555?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>.
- V. Denicolo, M. (2021), *Acquisitions, Innovation and the Entrenchment of Monopoly*, [65]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3988255](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3988255).
- VanEck (2023), *MOAT ETF: Question & Answer*, [15]  
<https://www.vaneck.com/us/en/blogs/moat-investing/moat-question-and-answer/#point-three>.
- W. H. Rooney, C. (2023), *Taking Innovation Seriously: A Dynamic Competition Model For Antitrust Law*, [10]  
<https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/11893/6012>.
- Weiser, P. (2009), *Regulating Inter Regulating Interoperability : Lessons fr ability: Lessons from AT&T, Microsoft, and Beyond*, [57]  
<https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1453&context=faculty-articles>.
- Whish, R. (2020), *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*, [82]  
[https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/b183b4d7-10f8-465b-afa0-0e267117ba60\\_en?filename=kd0420573enn.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/b183b4d7-10f8-465b-afa0-0e267117ba60_en?filename=kd0420573enn.pdf).

Z. Qureshi, B. (2019), *The rise of corporate market power*,  
<https://www.brookings.edu/articles/the-rise-of-corporate-market-power/>.

[14]