

ICN-RIC Groupe de travail sur les comportements unilatéraux

ANALYSE D'UNE POSITION DOMINANTE OU D'UNE PUISSANCE COMMERCIALE IMPORTANTE RELATIVEMENT À DES COMPORTEMENTS UNILATÉRAUX

Pratiques recommandées

Le concept de position dominante ou de puissance commerciale importante limite le champ d'application de la plupart des règles applicables en matière de comportement unilatéral. Faire d'une dominance ou d'une puissance commerciale importante un pré-requis avant d'intervenir sur le fondement des règles relatives aux comportements unilatéraux sert de filtre à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles spécifiques¹.

Le concept de position dominante en ce qui a trait aux règles applicables aux actes unilatéraux est généralement équivalent à la présence d'une puissance commerciale importante et ce document utilise les termes de «position dominante» et de «puissance commerciale importante» de manière interchangeable. Une puissance commerciale est généralement définie comme la capacité à retirer un profit² en établissant les prix au-dessus des niveaux concurrentiels. La dominance ou la puissance commerciale importante se définit comme un important niveau de puissance commerciale en ce qui a trait au niveau auquel le prix peut être augmenté de façon profitable et ce, pour la période durant laquelle le prix peut être maintenu à ce niveau.

Le degré de puissance commerciale requis pour constituer une position dominante ou une puissance commerciale importante et la nature et l'étendue des éléments requis pour établir une position dominante ou une puissance commerciale importante constituent des choix de politique de concurrence simples et importants par les législateurs, les autorités de concurrence et les tribunaux. Les efforts du groupe de travail sur les comportements unilatéraux en 2006-2007 a souligné différents choix en termes de politique de concurrence quant à ce qui est requis pour constituer et établir une position dominante ou une puissance commerciale importante.

Toutes les juridictions s'accordent à dire que les règles applicables aux comportements unilatéraux visent des comportements en particulier et leurs effets anticoncurrentiels plutôt que la simple possession d'une dominance ou d'une puissance commerciale importante ou sa création à travers une concurrence légitime. Toutes les juridictions s'accordent aussi à dire que le but de l'application de ces règles est d'identifier et d'agir contre des comportements anticoncurrentiels, bien qu'il puisse être difficile de distinguer entre les comportements unilatéraux pro-concurrentiels et anticoncurrentiels. Déterminer si une entreprise dispose d'une position dominante dans le marché ou d'une puissance commerciale importante est généralement la première étape dans l'évaluation d'un

¹ Voir le rapport du RIC sur les «Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies».

² La capacité d'augmenter et de maintenir les prix est utilisée comme référence dans ce document dans l'analyse de l'exercice d'une puissance commerciale.

comportement unilatéral potentiellement anticoncurrentiel. Les règles varient dépendamment de la définition donnée aux termes «position dominante» ou «puissance commerciale importante». La plupart des juridictions considèrent qu'une évaluation rigoureuse est hautement souhaitable afin de déterminer l'existence chez une entreprise d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante. Cette évaluation va bien au-delà de l'analyse des parts de marché. Dans les juridictions appliquant une définition plus formaliste de la dominance fondée sur les parts de marché, il est recommandé que les autorités soient particulièrement vigilantes dans leur analyse du comportement en cause.

À partir du travail effectué par le groupe en 2006-2007, le RIC recommande l'adoption des pratiques suivantes pour la détermination d'une dominance ou d'une puissance commerciale importante dans le contexte des règles applicables aux comportements unilatéraux :

I Cadre général :

1. Les autorités devraient utiliser un cadre analytique fortement encré dans les principes économiques afin de déterminer l'existence d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante.

Commentaire: Déterminer avec justesse qu'une entreprise possède une position dominante ou une puissance commerciale importante constitue une analyse complexe présentant de multiples facettes. Bien que chaque juridiction ait choisi sa propre formulation afin de définir les notions de position dominante et de puissance commerciale importante, il y a une convergence renforcée en direction du principe selon lequel l'analyse va bien au-delà des simples parts de marché. L'analyse d'une position dominante et d'une puissance commerciale importante, par conséquent, devrait être fondée sur le critère de détermination mentionné à la section II.

2. Une entreprise ne devrait pas posséder une position dominante ou une puissance commerciale importante sans posséder une compréhension approfondie des facteurs affectant les conditions de la concurrence dans le marché faisant l'objet d'une enquête.

Commentaire 1 : Les différentes caractéristiques de marché déterminent la mesure selon laquelle une entreprise est ou n'est pas contrainte par la pression concurrentielle, en particulier de la part des concurrents actuels ou potentiels. Les autorités de concurrence devraient analyser la position dominante ou la puissance commerciale importante en déterminant directement de quelle façon les marchés pertinents opèrent et l'état de la concurrence dans le marché en cause.

Commentaire 2 : L'analyse de la position dominante ou de la puissance commerciale importante comprend, mais ne se limite pas à, l'évaluation des parts de marché. Au minimum, les conditions d'entrée et de développement (affectant la longévité de la puissance commerciale) doivent aussi être évaluées. Les autorités devraient, lorsque

nécessaire, prendre aussi en compte d'autres critères tels que le pouvoir d'achat, les économies d'échelle et de gamme, les effets de réseau ainsi que l'accès aux marchés en amont/l'intégration verticale.

II Les critères de l'analyse :

- **Les parts de marché**

3. Les parts de marché de l'entreprise faisant l'objet d'une enquête et celles de ses concurrents existants, y compris leur évolution au cours des dernières années, devraient être utilisées comme une indication ou un point de départ dans l'analyse de la dominance ou de la puissance commerciale importante.

Commentaire 1 : Les parts de marché sont généralement utilisées comme un point de départ pour déterminer une puissance commerciale. Les parts de marché fournissent des informations utiles sur le succès passé de l'entreprise dans le marché. Dans la plupart des marchés, la part de marché d'une entreprise est un facteur important qui donne une première indication à savoir si une entreprise possède une puissance commerciale et, dans l'affirmative, le degré de cette puissance commerciale.

Commentaire 2 : Les parts de marché fournissent une première indication utile de la structure du marché et de l'importance concurrentielle des différentes entreprises oeuvrant dans le marché (la position relative dans le marché de l'entreprise faisant l'objet de l'enquête par comparaison à celle de ses concurrents). Cependant, puisque les parts de marché ne reflètent pas certains éléments importants de l'environnement concurrentiel, en particulier la dynamique de marché, elles devraient être mises en perspective par rapport à d'autres facteurs, tel que l'entrée potentielle d'un concurrent, lors de la détermination du degré de puissance commerciale de l'entreprise faisant l'objet d'une enquête.

Commentaire 3 : Une importance supplémentaire devrait être accordée lors de l'analyse au fait que les parts de marché ont été ou pourraient être maintenues sur une longue période. Une telle continuité peut être une indication d'une puissance commerciale durable tandis qu'une volatilité historique pourrait indiquer son absence.

4. Les autorités devraient accorder une attention particulière au calcul des parts de marché.

Commentaire 1 : Les parts de marché sont utiles à l'analyse de la puissance commerciale seulement quand elles sont basées sur des marchés de produits et géographiques correctement définis. Le calcul des parts de marché devrait être basé sur des sources et des informations fiables et des hypothèses valables.

Commentaire 2 : Les parts de marché devraient être déterminées par rapport aux caractéristiques du marché en cause et être interprétées à la lumière des conditions du

marché pertinent. Les changements des conditions dans le marché devraient être considérés en interprétant les parts de marché.

Commentaire 3 : En pratique, les parts de marché, en particulier pour les produits hétérogènes, sont le plus souvent définies en termes de valeur, exprimés en chiffres d'affaires. Toutefois, d'autres méthodes de calcul, tels que les quantités, les capacités de production et les volumes peuvent être utiles.

- **Parts de marché refuges ou zones sûres/indicateurs**

5. Il peut être bénéfique de recourir à des seuils refuges ou à des zones sûres en termes de parts de marché.

Commentaire 1 : Les autorités peuvent recourir aux parts de marchés pour établir un seuil en-dessous duquel une autorité de concurrence ne conclura généralement pas à une position dominante ou à une puissance commerciale importante (une zone sûre). Le fait de détenir des parts de marché au-dessus du seuil refuge est généralement nécessaire mais insuffisant pour constituer une dominance ou une puissance commerciale importante. On pourra recourir à une analyse détaillée, incluant des facteurs additionnels, selon qu'une entreprise avec une part de marché supérieure au seuil refuge possède ou non une position dominante ou une puissance commerciale importante.

Commentaire 2 : Les juridictions recourent à différents types de seuils refuges basés sur différents niveaux de parts de marché. Certaines autorités ont recours à des seuils refuges garantissant qu'une dominance ou une puissance commerciale importante n'est pas susceptible d'exister, ce qui apporte une certaine certitude et réduit le fardeau des autorités. D'autres autorités établissent seulement une présomption réfutable à l'encontre d'une détermination de position dominante ou de puissance commerciale importante. Les bénéfices des seuils refuges ou des zones sûres doivent être comparés aux risques. Une potentielle sur-accentuation de l'importance des parts de marché pourrait occasionner des erreurs d'application de la loi.

6. Il peut être bénéfique de recourir à des seuils basés sur des parts de marché comme indicateur d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante.

Commentaire 1 : Dans certaines juridictions, la preuve d'une part de marché suffisamment élevée crée une présomption de dominance ou de puissance commerciale importante. Dans les juridictions dans lesquelles la présomption opère un renversement du fardeau de la preuve auprès de l'entreprise faisant l'objet de l'enquête, auquel cas cette dernière devra établir l'absence de position dominante, l'autorité devrait rester à l'écoute des éléments de preuve qui pourraient réfuter la présomption (e.g., le marché fonctionne de manière concurrentielle). Dans d'autres juridictions, bien que des parts de marché élevées servent d'indicateur initial d'une potentielle position dominante ou d'une puissance commerciale importante, il demeure du ressort de l'autorité de mener une

enquête approfondie du marché afin d'établir une position dominante ou une puissance commerciale importante.

Commentaire 2 : Dans la détermination d'un seuil de parts de marché approprié comme indicateur d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante, les bénéfices, tel que l'application plus efficace des règles de concurrence et une plus grande prévisibilité juridique pour les entreprises, doivent être comparés aux risques associés, incluant celui d'une sur-accentuation du rôle des parts de marché pouvant mener à des erreurs d'application de la loi.

Commentaire 3 : Dans la grande majorité des juridictions, une forte part de marché est un des facteurs qui doit être présent avant de conclure à l'existence d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante. Dans la plupart de ces juridictions, aucune présomption de position dominante ou de puissance commerciale importante ne résulte d'une part de marché élevée.

- **L'analyse des barrières à l'entrée**

7. L'évaluation de la durabilité d'une puissance commerciale, en mettant l'accent sur les barrières à l'entrée ou au développement, devrait être partie intégrante de l'analyse de la position dominante ou de la puissance commerciale importante.

Commentaire 1 : L'analyse des barrières à l'entrée fournit des informations sur l'importance des concurrents potentiels dans le marché en cause. L'analyse fournit donc de l'information sur la puissance commerciale et de sa durabilité, dans la mesure où une telle puissance existe. L'analyse du développement du marché fournit des informations sur l'impact potentiel de l'évolution des concurrents déjà actifs dans le marché. Les autorités devraient évaluer non seulement si l'entrée ou le développement est théoriquement possible mais aussi si les conditions à l'entrée offrent une contrainte concurrentielle crédible aux concurrents déjà présents.

Commentaire 2 : Si les barrières à l'entrée ou au développement auxquelles font face les concurrents actuels ou potentiels sont faibles, le fait qu'une entreprise dispose d'une part de marché importante n'indique pas nécessairement une puissance commerciale durable. Par contre, de fortes barrières à l'entrée ou au développement peuvent provoquer l'absence ou la faible importance des contraintes concurrentielles (potentielles) à l'égard de l'entreprise soupçonnée de posséder une position dominante ou une puissance commerciale importante.

Commentaire 3 : Evaluer la probabilité d'une entrée ou du développement dans le marché est une partie importante de l'analyse. L'entrée ou le développement aura probablement lieu si elle est profitable pour les entrants. Dans cette évaluation, l'impact cumulé de toutes les barrières dans un marché donné est considéré. Selon les circonstances particulières de l'affaire, différentes sortes de barrières peuvent réduire les incitations pour des concurrents potentiels d'entrer dans le marché ou de se développer. Lors de

l'évaluation de l'entrée dans le marché, les autorités devraient se concentrer sur la question de savoir si les concurrents actuels ou potentiels considèreront l'entrée comme profitable à la lumière de facteurs comme : les économies d'échelle et de gamme, la rareté des ressources naturelles représentant d'importants intrants, la capacité technique, la réputation des entreprises déjà présentes dans le marché, les investissements des entreprises existantes dans leur capacité excédentaire, la durée, les échéances et les dispositions de renouvellement des contrats existants, les réglementations du gouvernement qui peuvent, par exemple, limiter le nombre de participants dans le marché ou imposer des coûts d'approbation importants et les coûts irrécupérables lors de la sortie du marché.

Commentaire 4 : Les autorités évaluent si l'entrée ou le développement est susceptible de se produire en temps opportun (pas seulement «éventuellement») pour exercer un effet sur le comportement du concurrent déjà présent. Si les barrières retardent l'entrée ou le développement de façon importante, le concurrent déjà présent ne serait pas limité par cette entrée ou ce développement.

Commentaire 5 : Il est aussi important de considérer l'ampleur de l'entrée ou du développement. Cela doit être important pour limiter, dans une certaine mesure, la position dominante de l'entreprise soupçonnée de posséder une puissance commerciale importante. Cela ne sera pas nécessairement le cas si l'entrée ou le développement a lieu localement, sur une petite échelle ou dans un marché à créneaux.

- **Autres critères**

8. Dépendamment des circonstances de l'affaire, les autorités devraient recourir à d'autres critères dans l'analyse de la position dominante ou de la puissance commerciale importante lors de leur analyse.

Commentaire : Les juridictions utilisent certains ou tous les autres critères qui suivent, tel que le pouvoir de l'acheteur, l'accès aux marchés en amont/l'intégration verticale, les économies d'échelle et de gamme, les effets de réseaux, la maturité du marché et son dynamisme, l'accès à des intrants importants et les ressources financières de l'entreprise et de ses concurrents. Afin d'assurer une évaluation valable de la position dominante ou de puissance commerciale importante, les autorités devraient utiliser ces critères lorsque les circonstances de l'affaire le justifient.

III. Analyse de la position dominante ou puissance commerciale importante dans les économies modestes ou isolées.

9. Le cadre analytique utilisé pour analyser la puissance commerciale est le même dans les économies modestes ou isolées mais les facteurs affectant le marché peuvent entraîner une concurrence plus limitée.

Commentaire : Le cadre analytique de base utilisé pour analyser la position dominante ou la puissance commerciale importante n'est pas affecté par la taille relative de l'économie ou de l'ouverture aux échanges commerciaux. Cependant, de tels facteurs peuvent influencer le résultat final de l'analyse de la dominance ou de la puissance commerciale importante. L'influence résulte de l'isolation relative ou de l'ouverture du marché en cause, des économies d'échelle et de leurs effets sur les barrières à l'entrée. Si une économie est modeste ou isolée du commerce extérieur, il pourrait en résulter de fortes barrières à l'entrée. Ceci pourrait permettre de déterminer qu'une position dominante ou une puissance commerciale importante existe.

IV. Transparence

10. Les autorités devraient s'efforcer de rendre leurs analyses de la dominance ou de la puissance commerciale importante transparentes tout en respectant la protection des informations confidentielles.

Commentaire 1 : Le degré d'importance requis dans l'analyse d'une dominance ou d'une puissance commerciale et la nature et l'étendue des preuves requises pour établir cette dominance ou cette puissance commerciale importante constituent des choix de politique importants par les législateurs, les autorités et les tribunaux. Ainsi, il est important pour les autorités d'être le plus transparentes possible quant à leurs politiques en matière de position dominante ou de puissance commerciale importante. La transparence assure aussi la cohérence dans la prise de décision et contribue à promouvoir la conformité.

Commentaire 2 : Il y a plusieurs façons pour les autorités de concurrence d'encourager la transparence. Pour donner des principes directeurs, les autorités peuvent publier leurs décisions, leurs lignes directrices ou fournir d'autres formes de conseil auprès de la communauté des affaires en matière de position dominante ou de puissance commerciale importante. De plus, les agents gouvernementaux en charge de la concurrence peuvent livrer des discours expliquant leurs politiques et leurs dossiers. Dans la mesure du possible, de telles prises de position devraient être mises à jour périodiquement afin de refléter les pratiques en vigueur.

Commentaire 3 : Les efforts pour favoriser la transparence sont limités par les obligations de protection des informations confidentielles. Lorsque les autorités décident de rendre publiques des informations relatives à l'analyse d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante, elles devraient prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection des informations à caractère confidentiel.