

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

Gains d'efficience hors marché dans l'application du droit de la concurrence - Note de référence

- rédigée par le Secrétariat -

06 décembre 2023

Le présent document a été rédigé par John Davies pour servir de référence lors de l'examen du point 12 de la 141^e réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra les 5 et 6 décembre 2023.

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/out-of-market-efficiencies-in-competition-enforcement.htm

M. Antonio CAPOBIANCO
Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org

JT03532658

Avant-propos*

1. Dans la plupart des juridictions, la mise en balance de gains d'efficience allégués et d'une atteinte à la concurrence constatée est largement ou totalement limitée aux effets sur le marché dans lequel le préjudice se produit. Le présent document traite des gains d'efficience hors marché, en particulier lorsque l'admission d'une allégation de tels gains d'efficience pourrait conduire à avaliser une fusion ou un accord par ailleurs interdits, ou au moins à modifier des mesures correctives. Il se limite donc à envisager une approche plus permissive, sans chercher à déterminer si l'application du droit de la concurrence devrait être plus stricte en raison d'effets hors marché. Dans la pratique, toutes les juridictions s'efforceront de concevoir des mesures correctives permettant de conserver les gains d'efficience et de remédier aux préjudices, mais le présent document porte sur des cas complexes, peu fréquents, dans lesquels un choix doit être fait.

2. Les approches des juridictions à l'égard des allégations de gains d'efficience hors marché varient, reflétant en partie les objectifs généraux de leur droit de la concurrence. Par exemple, les juridictions qui appliquent une norme de bien-être global sont généralement ouvertes aux allégations de gains d'efficience hors marché, tandis que l'inverse n'est pas vrai : toutes les juridictions qui appliquent une norme de bien-être du consommateur ne rejettent pas ces allégations. Les critères non liés au bien-être et qui sont fondés sur la protection de la concurrence en tant que telle plutôt que sur l'évaluation d'un bien-être global sont en principe les moins compatibles avec les allégations de gains d'efficience hors marché. Ainsi, un pouvoir de monopsonne exercé en amont sur un marché du travail peut entraîner une baisse des prix pour les consommateurs finaux en aval mais, aux États-Unis par exemple, cet avantage pourrait être exclu car considéré hors marché, ce qui reflète un objectif global de prévention des dommages causés par un comportement anticoncurrentiel, et non de maximisation du bien-être des consommateurs.

3. Dans la pratique, toutes les juridictions s'attachent, dans une certaine mesure, à prévenir les effets néfastes d'un comportement spécifique sur la concurrence. Même celles qui sont ouvertes aux allégations de gains d'efficience hors marché ne procéderont pas à une modélisation en équilibre général pour déterminer si, tout compte fait, les avantages seraient supérieurs aux coûts dans l'ensemble de l'économie.

4. L'application d'une règle hors *marché* peut aboutir à admettre ou rejeter des allégations de gains d'efficience de manière quelque peu arbitraire, en fonction du résultat de l'analyse qui a conduit à la délimitation du marché. Actuellement, certaines autorités peuvent définir les marchés de manière plus

* Ce document a été rédigé par John Davies (membre du Competition Appeal Tribunal du Royaume-Uni), en sa qualité de consultant pour la Division de la concurrence de l'OCDE. Les vues exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Tribunal. L'auteur était auparavant consultant en économie. À ce titre, il a conseillé et assisté divers clients sur des dossiers portant sur les questions abordées ici, notamment des demandeurs dans des litiges relatifs aux commissions d'interchange sur les achats par carte de paiement, et des entreprises plaignantes ou visées par une enquête dans des affaires d'abus de position dominante de plateformes. Ori Schwartz, Antonio Capobianco, Federica Maiorano et Cristina Volpin, de la Division de la concurrence de l'OCDE, ont enrichi la présente note de référence de leurs commentaires.

étroite qu'auparavant, ce qui exclut, peut-être involontairement, un plus grand nombre d'allégations de gains d'efficacité. En outre, les limites du marché sont souvent définies de façon moins rigide aux fins de l'évaluation de la concurrence, mais ce n'est pas compatible avec une distinction « dans le marché » ou « hors marché » pour les allégations de gains d'efficacité. Un avantage futur permettant de compenser un préjudice actuel pourrait être exclu car il relève d'un marché distinct (ce qui revêt une importance particulière en ce qui concerne les allégations environnementales).

5. Les allégations de gains d'efficacité hors marché sont au moins soumises aux mêmes obstacles procéduraux que les allégations de gains d'efficacité dans le marché, auxquelles les autorités de la concurrence font rarement droit. Toutefois, la plupart des juridictions vont plus loin en limitant ou en excluant totalement ces allégations. Par exemple, aux États-Unis, les précédents juridiques excluent largement la prise en compte des allégations de gains d'efficacité hors marché dans les fusions et les accords, et le pouvoir discrétionnaire limité dont disposent les instances compétentes pour les prendre en compte en matière de poursuites est en passe d'être supprimé dans le dernier projet de lignes directrices sur les fusions. Dans l'Union européenne, les gains d'efficacité doivent garantir une compensation totale pour les consommateurs lésés, de sorte que les gains d'efficacité hors marché ne peuvent être pris en considération que si les consommateurs de l'autre marché sont « substantiellement les mêmes » que ceux du marché lésé. Toutefois, certaines juridictions telles que l'Allemagne, l'Australie et le Royaume-Uni autorisent ce type d'allégations dans certaines circonstances. Dans les affaires d'abus de position dominante et d'accords verticaux, le préjudice subi sur un marché est souvent rapporté aux bénéfices produits sur un autre marché, bien qu'ils soient rarement traités spécifiquement comme des gains d'efficacité hors marché.

6. Le recours à la détermination du marché pour décider de l'admissibilité des gains d'efficacité a donné lieu à des difficultés particulières sur les marchés multifaces, notamment en ce qui concerne les commissions d'interchange sur les achats par carte de paiement. Comme l'a indiqué l'OCDE, déterminer si les deux versants d'un marché biface appartiennent au même marché ou à des marchés distincts peut ne pas être crucial pour l'appréciation de la concurrence, pour autant que les liens entre les deux versants soient reconnus. Toutefois, une autorité de la concurrence ou un tribunal qui considère les deux faces du marché comme des marchés distincts ne pourra peut-être pas tenir pleinement compte de ces liens si les gains d'efficacité hors marché sont exclus, par exemple lorsque les prix baissent d'un côté du marché et augmentent de l'autre.

7. L'argument en faveur de la prise en compte des allégations de gains d'efficacité hors marché est simple : le bien-être de chacun compte, donc pourquoi pas ? Mais plusieurs contre-arguments sont avancés :

1. Dans la plupart des juridictions, de manière implicite ou explicite, la protection de la concurrence constitue un objectif en soi, de sorte que le préjudice concurrentiel ne peut être compensé ailleurs.
2. La « pente glissante » vers la monopolisation, qui conduirait à approuver des fusions anticoncurrentielles en raison de leurs effets favorables à la concurrence sur d'autres marchés. Toutefois, cela se vérifiera rarement (et les autorités de la concurrence ont en principe le pouvoir d'y faire barrage).
3. Une complexité accrue et la nécessité de consacrer des ressources supplémentaires à l'évaluation de ces allégations. Cette objection semble être la plus pertinente : la plupart des autorités consacrent déjà plus de temps et de ressources que jamais à l'instruction des dossiers.
4. Le risque d'erreur lié à cette complexité, qui pourrait conduire les autorités de la concurrence et les tribunaux à approuver à tort davantage de fusions et de comportements anticoncurrentiels.

8. Plusieurs commentateurs ont proposé d'assouplir la règle interdisant les allégations de gains d'efficacité hors marché en général, principalement aux États-Unis. Parmi les critères d'admission proposés figurent les complémentarités entre les marchés du côté de la demande, la production conjointe qui empêche la prise de mesures correctives, et les marchés verticaux, avec en outre une exemption

spécifique pour les marchés multifaces. Pourtant, dans le dernier projet de lignes directrices sur les fusions, les instances américaines renforcent la règle au lieu de l'assouplir.

9. En Europe, plusieurs autorités de la concurrence ont proposé une exemption claire pour les allégations hors marché de certains accords de durabilité, en particulier ceux portant sur le changement climatique. Elles invoquent l'urgence et l'importance de ces politiques, ainsi que l'argument éthique selon lequel les consommateurs « lésés » infligent souvent à d'autres et à la société des externalités de pollution élevées. Les intérêts de la société devraient primer, mais la règle excluant les allégations hors marché fait obstacle à leur prise en compte, tandis que l'obligation de dédommager les consommateurs lésés crée un « droit de veto du pollueur ». D'autres autorités, notamment la Commission européenne, ne voient aucune raison d'appliquer un traitement différencié et s'en tiennent à la règle selon laquelle les consommateurs lésés doivent bénéficier d'une compensation, ce qui sera par exemple le cas s'ils sont « substantiellement les mêmes » que ceux qui bénéficient de l'avantage créé sur un marché séparé.

10. En principe, il n'y a pas de raison d'accueillir plus favorablement les allégations de gains d'efficacité hors marché de nature environnementale que les autres. Tous les arguments qui s'y opposent sont exprimés avec au moins autant de véhémence, et la crainte d'une complexité accrue (et de l'« écoblanchiment » qui pourrait en résulter) est encore plus forte. Se pose également une question de principe : les autorités de la concurrence et les tribunaux sont-ils fondés à mettre en balance les coûts et les avantages d'un accord élevant les normes au-dessus du minimum légal alors que le gouvernement aurait pu en décider lui-même ainsi ? Et comment le faire ? Qui plus est, il n'existe guère d'éléments probants concernant les bénéfices environnementaux ou les dommages à la concurrence produits par de tels accords.

11. Pour ce qui est des questions pratiques, l'appréciation des gains d'efficacité hors marché tels que les résultats environnementaux et sociaux peut nécessiter des outils analytiques qui n'entrent pas dans les capacités des autorités de la concurrence, par exemple pour évaluer le prix fictif d'un polluant ou déterminer un taux d'actualisation à long terme. Toutefois, d'autres organismes publics disposent souvent déjà de telles mesures, de sorte que la tâche n'est pas nécessairement d'une complexité excessive.

12. Ce document conclut par quelques suggestions, tout en reconnaissant que l'UE et les États-Unis ont au moins clarifié leur position. Ces suggestions sont les suivantes :

1. S'il devait y avoir une évolution en faveur d'un assouplissement des restrictions sur les allégations de gains d'efficacité hors marché, les critères pourraient être élargis pour inclure des considérations à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre.
2. La règle pourrait être reformulée autour des « groupes de consommateurs » plutôt que des « marchés », afin d'éviter que l'admission des allégations dépende du processus analytique de définition du marché.
3. À défaut, les autorités de la concurrence pourraient envisager une exemption spécifique pour les marchés multifaces étant donné que pour ces derniers, il est peu probable que l'analyse visant à définir le marché aboutisse à une délimitation claire de ce qui « dans » ou « hors » marché.
4. Il serait également utile de disposer de données *ex post* sur les bénéfices environnementaux d'accords anticoncurrentiels, afin de faire avancer le débat (ce qui requiert préalablement d'autoriser certains accords).
5. Les autorités de la concurrence qui peuvent prendre en considération les allégations de bénéfices environnementaux et sociaux hors marché devraient s'appuyer sur les compétences d'autres organismes publics pour les évaluer.

Table des matières

Avant-propos	2
1. Introduction	7
2. Les allégations de gains d'efficience au sein et à l'extérieur du marché affecté	10
2.1. Le traitement des gains d'efficience en général	10
2.2. Les gains d'efficience hors marché et les critères de bien-être	11
2.3. Le champ d'application des allégations de gains d'efficience et les quelques exceptions à leur rejet	12
2.3.1. Abus de position dominante et accords verticaux : les gains d'efficience hors marché intégrés à l'examen de l'ensemble plutôt qu'invoqués expressément comme moyens de défense	12
2.3.2. Fusions	13
2.3.3. Accords horizontaux	16
2.4. Le rôle de la détermination du marché et son impact sur les décisions de fond	17
2.4.1. Marchés futurs	18
2.4.2. Marchés amont : le pouvoir de monopsonne et les marchés du travail	19
2.5. Quand une allégation d'efficience est-elle « hors marché » dans le cas d'un marché multiface ?	19
3. Les arguments pour et contre l'admission des allégations de gains d'efficience hors marché	22
3.1. Pourquoi restreindre ou exclure les allégations de gains d'efficience hors marché ?	22
3.1.1. Les objectifs non liés au bien-être (la concurrence comme valeur en soi)	23
3.1.2. La pente glissante	23
3.1.3. Le souci pragmatique des ressources de l'autorité de concurrence et de l'avantage dont bénéficient les entreprises sur lesquelles porte l'enquête.	23
3.2. Pistes de libéralisation dans les juridictions fermées aux allégations de gains d'efficience hors marché	24
3.2.1. Économies de gamme	25
3.2.2. Marchés en amont et en aval au sein d'une même chaîne d'approvisionnement	25
3.2.3. Plateformes multifaces	25
3.2.4. Compléments du côté de la demande	26
4. Faut-il traiter différemment les allégations de gains d'efficience hors marché de nature environnementale ?	27
4.1. Pratiques existantes	27
4.1.1. Fusions et intérêt public	27
4.1.2. Accords et abus de position dominante	28

4.2. Les autorités de la concurrence devraient-elles se fonder sur les gains d'efficacité environnementale pour autoriser des accords anticoncurrentiels qui seraient autrement interdits ?	31
4.2.1. Dans le principe, une autorité de la concurrence est-elle bien placée pour juger si les bénéfices environnementaux justifient d'autoriser un préjudice anticoncurrentiel pour certains consommateurs ?	32
4.2.2. Dans la pratique, la prise en compte des gains d'efficacité environnementaux et similaires dans l'application du droit de la concurrence serait-elle réellement bénéfique pour l'environnement ou la concurrence ?	33
4.2.3. Quels gains d'efficacité hors marché retenir comme motifs d'exemption ? - Le rôle des externalités	34
4.2.4. Quid de la prise en compte du bien-être de personnes extérieures à la juridiction nationale ?	35
4.3. Aspects pratiques d'une prise en compte des gains d'efficacité hors marché de nature environnementale	36
4.3.1. Évaluer les bénéfices pour l'environnement	36
4.3.2. Actualisation	37
5. Conclusions	39
Notes de fin	41
Bibliographie	48

Encadrés

No table of figures entries found.

1. Introduction

13. Les autorités de la concurrence font régulièrement face à des allégations de gains d'efficacité résultant d'un comportement (ou d'une fusion) à première vue anticoncurrentiel, et y faire droit pourrait les amener à autoriser ce comportement ou à modifier d'éventuelles mesures correctives. Or, dans de nombreuses juridictions, les gains d'efficacité qui se manifestent dans un marché distinct de celui affecté par l'atteinte à la concurrence ne sont pas pris en considération, ou ne le sont que dans des circonstances étroitement définies. Cette note de référence a été rédigée à l'appui des discussions du Comité de la concurrence de l'OCDE sur ce thème.

14. Une autorité de la concurrence ouverte aux allégations de gains d'efficacité hors marché pourrait prendre des décisions très différentes d'une autorité qui ne l'est pas, comme le montrent les exemples suivants :

- Fusion impliquant plusieurs marchés. Les deux entreprises qui fusionnent vendent chacune des produits dont la production est conjointe (des services de transport aérien, par exemple) et qui sont distribués sur plusieurs marchés (les itinéraires, pour notre exemple). Supposons que des problèmes de concurrence se posent sur un seul de ces marchés, mais que les parties soutiennent que l'opération de concentration produira des gains d'efficacité sous la forme d'une réduction des coûts pour l'ensemble de leurs activités. Globalement, les consommateurs des produits de ces entreprises tireraient avantage de l'opération de concentration, mais il se peut que les consommateurs du produit commun y perdent. Une autorité de la concurrence ouverte à la prise en compte de gains d'efficacité hors marché pourrait approuver la fusion, tandis qu'une autorité qui y est opposée y ferait obstacle. Bien entendu, les deux autorités pourraient chercher à définir des mesures correctives spécifiques au marché.
- Marché biface. Prenons maintenant l'hypothèse d'une autorité de la concurrence qui enquête sur des pratiques potentiellement anticoncurrentielles d'une plateforme opérant sur les deux faces d'un marché biface, par exemple un journal offrant du contenu payant aux utilisateurs et de l'espace payant aux annonceurs. Si la pratique aboutit à une offre plus efficace sur le marché biface considéré dans son ensemble, mais qu'elle augmente les prix pour l'une de ces faces, là encore, elle sera traitée différemment par les autorités de la concurrence suivant leur approche des gains d'efficacité hors marché. Leur décision dépendra aussi, bien sûr, du fait qu'elles considèrent les deux faces comme faisant partie d'un seul marché biface ou comme constituant deux marchés distincts.
- Imaginons que des entreprises s'entendent pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre en éliminant de la gamme de chaque entreprise les produits les moins chers et dont les émissions de carbone sont les plus élevées. Les consommateurs de ces produits subiront un préjudice, mais les consommateurs d'autres marchés (ou, plus largement, les « personnes » situées dans le pays de l'autorité de concurrence, voire la population mondiale) y gagneront.

15. Les affaires concernant des marchés bifaces, en particulier les commissions d'interchange, et la place croissante des questions environnementales ont généré un regain d'intérêt pour cette problématique. Plusieurs autorités de la concurrence ont publié des lignes directrices sur les accords de durabilité, dont les approches diffèrent fortement. Il est donc temps que le Comité de la concurrence se penche sur ce sujet.

16. L'OCDE s'est déjà intéressée à des sujets connexes, par exemple dans le cadre de discussions portant sur :

- la norme de bien-être du consommateur ; (OECD, 2023^[1])
- les considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence ; (OECD, 2021^[2])
- les allégations de gains d'efficience (OECD, 2012^[3]).

17. On trouve également quelques recoupements mineurs avec les discussions qui ont porté sur les thèmes suivants :

- les cartes et les systèmes de paiement ; (OECD, 2006^[4] ; 2012^[5])
- les marchés multifaces ; (OECD, 2018^[6])
- la concurrence sur les marchés du travail ; (OECD, 2020^[7])
- d'autres discussions relatives aux considérations environnementales et extraterritoriales dans la politique de la concurrence.

18. Les définitions seront rarement applicables de manière universelle, mais il convient d'établir quelques conventions dans cette partie introductive :

- Dans le présent document, on entend par « gains d'efficience » tout effet bénéfique découlant d'un comportement anticoncurrentiel ou d'une fusion préjudiciable pour la concurrence. Cela inclut les gains d'efficience renforçant la concurrence qui viennent contrecarrer des effets anticoncurrentiels (en particulier ceux d'une fusion), ainsi que les « bénéfiques pour les consommateurs (ou autres bénéfiques) » qui ne découlent pas des incidences sur la concurrence et qui compensent, et non plus contrecarrent, les effets anticoncurrentiels. Les « bénéfiques » dont il est ici question ne se limitent pas nécessairement à ceux qui reviennent aux consommateurs car (i) dans les juridictions appliquant une norme de bien-être total, d'autres personnes sont susceptibles d'en profiter et (ii) les bénéfiques environnementaux ne sont en principe pas considérés comme profitant aux consommateurs (sauf à estimer que chacun est consommateur de quelque chose).
- Les gains d'efficience qui se produisent du côté des consommateurs, une baisse des prix par exemple, c'est-à-dire dont profitent les consommateurs directs, ou qui reviennent indirectement aux consommateurs finaux d'un produit, sont différents des gains d'efficience du côté des producteurs, à savoir l'augmentation des bénéfices tirés de ce produit.
- Les gains d'efficience hors marché sont ceux qui se manifestent sur un marché autre que celui sur lequel l'atteinte à la concurrence est constatée. Ce ou ces marchés « lésés » ne correspondent pas nécessairement au marché sur lequel la pratique anticoncurrentielle (ou la fusion) a lieu. Par exemple, une fusion en amont entre deux fournisseurs d'intrants pourrait causer un préjudice direct aux producteurs intermédiaires, en faisant grimper le prix des intrants, et un préjudice indirect aux consommateurs en aval, en augmentant celui du produit final. Dans ce scénario, des gains d'efficience éventuels seront « hors marché » s'ils ne concernent aucun des groupes lésés. Lorsque les règles en vigueur dans une juridiction exigent que les gains d'efficience offrent une compensation substantielle ou totale aux consommateurs lésés, cela signifie que cette compensation est exigée pour tous les consommateurs lésés par le comportement anticoncurrentiel, éventuellement sur plusieurs marchés distincts ou liés.

19. Le propos de ce document se limite aux gains d'efficience et conduit donc à se demander si les autorités de la concurrence devraient adopter une approche plus souple à l'égard d'opérations de concentration ou de comportements qui seraient par ailleurs anticoncurrentiels. Il ne cherche pas à déterminer si les autorités de la concurrence devraient prendre en compte des préjudices autres que l'affaiblissement de la concurrence, ou si elles devraient tenir compte d'autres types d'objectifs non liés à la concurrence.

20. La suite de cette note de référence s'articule comme suit : la section 2. examine la façon dont les gains d'efficacité hors marché s'intègrent dans le processus plus large d'évaluation des atteintes à la concurrence. La section 3. expose les arguments en faveur et à l'encontre de la prise en compte des gains d'efficacité hors marché. La section 4. présente les arguments en faveur et à l'encontre d'une exemption spécifique pour les gains d'efficacité hors marché de nature environnementale. La section 5. apporte une conclusion.

2. Les allégations de gains d'efficacité au sein et à l'extérieur du marché affecté

21. La présente section examine la manière dont les allégations de gains d'efficacité hors marché s'intègrent dans le processus plus large d'évaluation des atteintes à la concurrence, en s'attachant aux points ci-après :

1. le traitement des gains d'efficacité en général, dans le marché et hors marché ;
2. la relation entre le traitement des allégations de gains d'efficacité hors marché et les critères de bien-être ;
3. le champ d'application des allégations de gains d'efficacité hors marché dans le cadre des approches existantes au niveau international ;
4. le rôle de la détermination du marché ;
5. les allégations de gains d'efficacité hors marché sur les marchés multifaces.

22. La question spécifique des allégations de gains d'efficacité de nature environnementale fait l'objet de la section 4. , mais les principes énoncés dans l'ensemble de ce document s'appliquent également à ces allégations.

2.1. Le traitement des gains d'efficacité en général

23. Les autorités de la concurrence ouvertes aux allégations de gains d'efficacité hors marché leur appliquent le même niveau d'exigence que lorsque les gains d'efficacité se produisent dans le marché. Sur ce point, les pratiques des juridictions diffèrent peu. Prenons l'exemple des lignes directrices brésiliennes relatives aux fusions, qui offrent une bonne illustration des critères communément retenus. La CADE ne fera droit aux allégations de gains d'efficacité que si :

- elles sont plausibles et vérifiables ;
- elles améliorent le bien-être des consommateurs, à savoir qu'une part importante des bienfaits leur revient ;
- elles sont spécifiques à la fusion, sachant que les lignes directrices de la CADE sont particulièrement explicites par rapport à d'autres car elles précisent que les gains d'efficacité qui pourraient être réalisés en moins de deux ans par d'autres biais plausibles et affectant la concurrence dans une moindre mesure ne peuvent être considérés comme spécifiques à la fusion¹.

24. La plupart des autorités de la concurrence imposent des conditions similaires dans leurs lignes directrices relatives aux opérations de concentration² ; dans l'Union européenne par exemple, « les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être

vérifiables »³. Toutefois, certaines autorités prennent également en considération des avantages autres que le bien-être des consommateurs⁴.

25. Pour l'application de ces cadres, les autorités de la concurrence font systématiquement peser la charge de la preuve sur les parties. Cette pratique traduit la crainte que l'asymétrie d'information entre les parties qui font l'objet de l'enquête et les autorités de la concurrence ne soit encore plus aiguë pour les allégations de gains d'efficacité étant donné qu'elles concernent principalement les activités des parties elles-mêmes, et non le marché. Ce transfert de la charge de la preuve est l'une des raisons pour lesquelles même les allégations de gains d'efficacité dans le marché sont rarement acceptées⁵.

26. On trouve des obstacles procéduraux similaires pour les allégations de gains d'efficacité hors marché dans les juridictions qui les autorisent, et qui trouveraient vraisemblablement à s'appliquer dans une juridiction qui déciderait de modifier sa politique pour s'ouvrir davantage à ce type d'allégations.

2.2. Les gains d'efficacité hors marché et les critères de bien-être

27. Le traitement des gains d'efficacité hors marché peut impliquer de répondre à des questions fondamentales portant sur les objectifs de la politique de la concurrence.

28. La plupart des juridictions appliquent une certaine forme de norme de bien-être des consommateurs ; d'autres, comme le Canada, la Norvège et, par le biais de leur régime d'autorisation, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, intègrent des considérations de « bien-être total ».⁶ Les approches fondées sur le bien-être total accordent plus de poids aux gains d'efficacité car elles permettent de tenir compte de ceux qui augmentent les bienfaits sur le marché examiné mais qui ne profitent pas directement aux consommateurs de ce marché. Toutefois, dans la pratique, les notions de « bien-être total » et de « bien-être du consommateur » restent relativement floues. Toutes les autorités de la concurrence agissent en faveur des consommateurs dans une certaine mesure ; aucune ne cherche simplement à « maximiser le bien-être économique » en accordant le même poids à tous les éléments, comme si elles appliquaient un modèle économique abstrait.

29. Dans un modèle abstrait de ce type, Williamson (1968^[8]) a démontré qu'il n'était pas nécessaire que l'ampleur des économies de coûts résultant d'une fusion corresponde à celle des augmentations de prix pour que la fusion augmente le bien-être total. Selon les calculs de Williamson, une fusion conduisant à une hausse des prix de 20 % augmente le bien-être total dès lors que les économies de coûts sont de 4 %, bien que cette conclusion soit peut-être surestimée étant donné que son modèle repose sur l'hypothèse d'une fusion sur un marché concurrentiel qui aboutit à un monopole. De manière plus générale, son modèle est simplement statique et exclut les considérations dynamiques qui pourraient conduire à des gains d'efficacité accrus à long terme ou, à l'inverse, à une perte de concurrence plus importante, notamment par le jeu d'effets d'innovation.

30. *The Antitrust Paradox* (Bork, 1978^[9]) est généralement considéré comme l'instigateur des appels à une application du droit de la concurrence prenant en compte ces considérations de « bien-être total ». À la confusion de générations d'étudiants en droit et en économie, Bork a choisi pour son concept l'appellation de « norme du bien-être du consommateur », en partie par opposition à une norme qui ne serait absolument pas basée sur le bien-être, mais également parce que les producteurs sont aussi des consommateurs, de sorte qu'en fin de compte, une hausse des avantages se répercute sur la consommation dans d'autres secteurs. Il y a toutefois lieu de penser que Bork ne préconisait pas de faire la somme du bien-être du consommateur et de celui du producteur sur le seul marché examiné, mais plutôt de considérer le bien-être du consommateur sur *tous* les marchés^{7 8 9}.

31. Cela suppose une équivalence large entre l'application d'une norme de bien-être total et l'acceptation de « gains d'efficacité hors marché » (tandis que l'inverse n'est pas vrai : l'ouverture aux avantages hors marché n'implique pas nécessairement l'acceptation d'une norme de bien-être total). Cette

équivalence semble confirmée par la pratique des autorités de la concurrence. Les juridictions plus ouvertes aux allégations de gains d'efficience du côté des producteurs (dont la pratique se rapproche de l'application d'une norme de bien-être total) ne semblent pas limiter ces gains au marché lésé.

32. Par exemple, tant le Canada que l'Australie et la Nouvelle-Zélande semblent admettre ces allégations où que les gains se manifestent même si, dans certains cas, ceux qui se manifestent à l'étranger sont expressément exclus¹⁰. Toutefois, pour illustrer cette idée que la norme de bien-être du consommateur n'implique pas nécessairement le rejet de telles allégations, certaines juridictions qui appliquent de manière explicite une norme de ce type admettent les gains d'efficience hors marché, à l'instar du Royaume-Uni, qui ne limite pas les allégations de « bienfaits pour le consommateur » engendrés par une fusion au marché lésé.

33. La prise en compte de considérations de « bien-être total » dans l'application du droit ne doit pas se résumer à faire simplement la somme de tous les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter d'une fusion ou d'un comportement, et à ne comptabiliser l'atteinte à la concurrence que comme un inconvénient parmi d'autres. L'examen doit au contraire commencer par cette atteinte à la concurrence, puis chercher à déterminer si d'autres éléments peuvent la justifier, moyennant éventuellement une contrainte procédurale forte pour les allégations de gains d'efficience. Suivant les juridictions, le type de justifications prises en compte et le poids qui leur est accordé varie, mais elles ne sont généralement pas indifférentes à une mise en balance de l'atteinte à la concurrence et des avantages qu'il y aurait à gagner, comme le serait une approche purement mécanique de la maximisation du bien-être général.

2.3. Le champ d'application des allégations de gains d'efficience et les quelques exceptions à leur rejet

34. En théorie, les allégations de gains d'efficience hors marché pourraient se présenter dans n'importe quel domaine de travail des autorités de la concurrence mais, dans la pratique, elles sont le plus souvent formulées dans le cadre de l'examen de fusions et d'accords horizontaux. C'est donc sur ces derniers que se concentrera le présent document, après avoir brièvement expliqué pourquoi les abus de position dominante et les accords verticaux sont relativement peu concernés.

2.3.1. Abus de position dominante et accords verticaux : les gains d'efficience hors marché intégrés à l'examen de l'ensemble plutôt qu'invoqués expressément comme moyens de défense

35. La position officielle des juridictions sur les allégations de gains d'efficience dans les abus de position dominante et les accords verticaux ne diffère généralement pas de celle qu'elles adoptent dans les autres types d'affaires. Par exemple, dans ses Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, l'UE exige, pour une défense fondée sur la « nécessité objective », que « les gains d'efficacité susceptibles d'être produits par le comportement considéré l'emportent sur les effets préjudiciables probables sur la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les marchés affectés »¹¹. Toutefois, il peut être difficile de distinguer, dans ces affaires, une allégation de gains d'efficience hors marché de préoccupations essentielles, comme l'effet de levier entre marchés. En pratique, ces affaires impliquent souvent la prise en compte des effets sur l'ensemble des marchés.

36. L'examen de l'abus de position dominante nécessite souvent de tenir compte des effets pour plusieurs groupes de consommateurs différents, qu'ils se manifestent à des moments différents (comme dans les affaires portant sur des prix prédateurs, dont les consommateurs existants tirent avantage tandis que les futurs consommateurs souffrent d'une concurrence réduite) ou dans l'espace produit (comme dans les affaires de ventes liées, lorsque les restrictions sur un marché peuvent promouvoir la concurrence sur

un autre). De même, les affaires de restrictions verticales impliquent souvent des arbitrages entre la concurrence inter-marques, que se livrent les fabricants, et la concurrence intra-marque, que se livrent les distributeurs. Généralement, ces affaires ne sont pas traitées sous l'angle des gains d'efficience hors marché, mais reposent plutôt une évaluation globale des effets.

37. Par exemple, aux États-Unis, l'arrêt *Topco* par lequel la Cour suprême a sanctionné un accord conférant une exclusivité territoriale en invoquant son « *incapacité à mettre en balance, de manière probante, l'élimination de la concurrence dans un secteur de l'économie et la promotion de la concurrence dans un autre secteur* », est parfois présenté comme interdisant la prise en compte des effets hors marché¹².

38. Toutefois, l'exercice de « mise en balance » que rejetait la Cour dans son arrêt portait sur la concurrence intra-marque et inter-marques, une pratique devenue courante aux États-Unis suite à l'arrêt *Sylvania*, comme dans la plupart des juridictions dans lesquelles les restrictions verticales ou les affaires d'abus de position dominante liée sont examinées à l'aune de la règle de raison ou des « restrictions par effet »¹³.

39. Le présent document laisse donc de côté les abus de position dominante et les accords verticaux car dans ce type d'affaires, les autorités de la concurrence considèrent rarement les effets croisés sur le marché comme des gains d'efficience et, plus généralement, ces effets croisés sur le marché ont été largement débattus.

2.3.2. Fusions

40. Dans le cadre des enquêtes sur des fusions, les allégations de gains d'efficience hors marché (si tant est qu'elles soient prises en considération) ne sont généralement examinées qu'après avoir constaté une atteinte à la concurrence et peuvent soit l'emporter sur cette constatation, et l'annuler, soit donner lieu à la modification des mesures correctives.

41. À l'exception de celles qui appliquent expressément des critères de bien-être total, de nombreuses juridictions excluent totalement ce type d'allégations ou ne les admettent que dans des circonstances strictement limitées (par exemple, voir Encadré 2.1 ci-dessous). Diverses préoccupations quant aux conséquences de l'acceptation de telles allégations peuvent l'expliquer, comme nous le verrons plus loin dans la section 3. , mais cette position peut également découler de la conception fondamentale selon laquelle le contrôle des concentrations doit faire blocage à tout préjudice anti-concurrentiel pour les consommateurs. Les allégations de gains d'efficience hors marché n'auront lieu d'être présentées que si une autorité de concurrence estime qu'un tel préjudice va se produire et, partant, les gains d'efficience allégués n'empêcheront pas la survenance de ce préjudice sur le marché affecté.

Encadré 2.1. Les gains d'efficacité hors marché dans le contrôle des fusions aux États-Unis : l'affaire Philadelphia National Bank et ses conséquences

Dans l'affaire Philadelphia National Bank (« l'affaire PNB »), les banques candidates à la fusion ont fait valoir deux gains d'efficacité, tous deux rejetés pour plusieurs raisons, notamment parce qu'ils se produisaient en dehors de la région de Philadelphie affectée par la fusion. Premièrement, les banques soutenaient qu'ensemble, elles seraient en mesure de proposer des prêts à de plus gros clients, et ainsi de concurrencer les banques new-yorkaises, sur un marché national. La Cour suprême des États-Unis a rejeté cet argument :

« Si les effets anticoncurrentiels sur un marché pouvaient être justifiés par des retombées proconcurrentielles sur un autre marché, la suite logique serait que chaque entreprise d'un secteur donné pourrait, sans violer l'article 7, se lancer dans une série de fusions jusqu'à devenir, en fin de compte, aussi importante que le leader du secteur ».

Deuxièmement, les banques faisaient valoir que leur fusion profiterait à l'économie de Philadelphie dans son ensemble, ce à quoi la Cour a répondu :

« Il est toutefois évident qu'une fusion dont l'effet « peut être de réduire substantiellement la concurrence » ne peut être admise au motif que la somme de ses avantages et inconvénients sociaux ou économiques permet de la considérer comme bénéfique. Un choix de valeur d'une telle ampleur dépasse les limites ordinaires de la compétence judiciaire [...] »

L'arrêt PNB a donc été interprété comme excluant les moyens de défense tirés de gains d'efficacité hors marché dans les fusions, bien que (Werden, 2017^[3]) conteste cette lecture rigide en relevant les autres motifs exprimés pour rejeter la fusion ainsi que les incertitudes quant à la détermination du marché. D'autres décisions sur des fusions aux États-Unis se sont fondées sur l'arrêt PNB pour exclure la prise en compte des gains d'efficacité hors marché.

En pratique, même si les lignes directrices américaines sur les fusions ont parfois prévu des exceptions limitées dans le cadre du pouvoir discrétionnaire des autorités en matière de poursuites, comme le relève Baker (2019^[10]), « du fait de la jurisprudence Philadelphia National Bank, qui continue de prévaloir, les tribunaux ne peuvent pas s'engager dans cette voie ». Dans le projet de lignes directrices sur les fusions de 2023, ces exceptions ont été supprimées par les autorités compétentes.

Source : États-Unis c. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963), Werden (2017^[11]), *Cross-market Balancing of Competitive Effects: What Is the Law, and What Should It Be*, https://jcl.law.uiowa.edu/sites/jcl.law.uiowa.edu/files/2021-08/Werden_Final_Web.pdf, Baker, (2019^[10]), *The Antitrust Paradigm*

42. Il existe toutefois quelques exceptions à ces règles, qu'il est difficile d'ériger en principe, mais qui reflètent les différentes façons dont les juridictions ont introduit une certaine flexibilité dans leurs procédures de contrôle des fusions.

Première exception limitée : des marchés liés de manière inextricable, de sorte que les mesures correctives ne peuvent pas dissocier le préjudice des gains d'efficacité

43. Face à une opération de concentration qui produit des effets anticoncurrentiels mais pour lesquels des gains d'efficacité convaincants sont allégués, la plupart des autorités de concurrence cherchent à obtenir le meilleur compromis en concevant un ensemble de mesures correctives qui s'attaquent au préjudice tout en préservant les gains. Il arrive cependant que les marchés ne soient pas suffisamment distincts pour le permettre, par exemple lorsque des gains d'efficacité au niveau de la production nationale produisent des effets anticoncurrentiels sur quelques marchés locaux seulement.

44. Ces marchés pourraient être considérés comme « inextricablement liés » et autoriser une exception limitée à l'exclusion des gains d'efficacité hors marché, comme l'illustrent les lignes directrices américaines actuelles sur les fusions horizontales (US DoJ, 2010^[12]), dont la version est identique sur ce point à celle citée par les autorités américaines de la concurrence dans un commentaire de 2006 sur la décision de ne pas faire obstacle à la fusion de deux boulangeries, au motif que « les gains d'efficacité propres à la fusion profitent à tous les clients, et que les restaurants et les clients institutionnels potentiellement concernés ne représentent qu'environ 20 % du chiffre d'affaires des entreprises »¹⁴. Toutefois, cette exception ne figure plus dans le projet de Lignes directrices sur les fusions des instances de concurrence américaines publié en 2023 (DoJ et FTC, 2023^[13]).

45. En principe, une telle règle ne constitue pas une « exception » à l'interdiction générale d'examiner les gains d'efficacité hors marché. Autoriser les concentrations anticoncurrentielles qui se traduisent par des bénéfices nets pour les consommateurs chaque fois qu'aucune mesure corrective adaptée n'est disponible s'apparente à ce que ferait une autorité de la concurrence ouverte aux gains d'efficacité hors marché : rechercher une mesure corrective qui préserve les gains d'efficacité, tout en remédiant, dans la mesure du possible, aux préjudices sur les marchés. Appliquer largement une telle exception reviendrait tout simplement à prendre en considération les gains d'efficacité hors marché. Toutefois, dans l'exemple des boulangeries, l'exception a été interprétée comme ne s'appliquant que dans des circonstances exceptionnelles, les autorités compétentes ayant considéré que les gains d'efficacité étaient importants. De fait, en pratique, cette exception est rarement invoquée.

Deuxième exception limitée : la distinction entre les gains d'efficacité favorisant la concurrence et les avantages pour les consommateurs

46. Les gains d'efficacité peuvent se traduire soit par un renforcement de la concurrence, soit par des avantages non concurrentiels susceptibles de compenser la perte de concurrence. Cette distinction n'est pas très pertinente pour les gains d'efficacité dans le marché puisqu'un renforcement de la concurrence serait vraisemblablement pris en compte dans l'appréciation substantielle (par l'application du concept de réduction substantielle de la concurrence, par exemple). En revanche, s'agissant des gains d'efficacité hors marché, les deux dimensions ont des effets distincts, et une autorité de la concurrence pourrait accorder plus de poids à un gain d'efficacité pro concurrentiel dans un autre marché qu'à un gain purement compensatoire¹⁵.

47. Un petit nombre de juridictions semblent retenir cette distinction, comme la Suisse dont la législation limite expressément les considérations d'efficacité à celles qui améliorent la concurrence sur les marchés autres que les marchés lésés par la fusion (peut-être simplement parce que les gains d'efficacité au sein du marché seraient pris en compte dans l'examen principal). En 2019, lors du projet de concentration visant à constituer la co-entreprise Gateway Basel Nord, la Commission de la concurrence a donné son aval au motif que, même si la co-entreprise allait éliminer la concurrence dans certains services de conteneurs, cette concurrence allait être améliorée dans d'autres¹⁶. En Allemagne, le Bundeskartellamt¹⁷ peut autoriser une fusion « si les entreprises démontrent que la concentration se traduira également par une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché (« le marché amélioré »). Les améliorations doivent l'emporter sur les effets négatifs pour le marché sur lequel la position dominante est créée ou renforcée (« le marché lésé ») »¹⁸. Cette condition ne s'applique qu'aux gains d'efficacité hors marché qui sont de nature structurelle et qui conduisent à une concurrence accrue sur le marché amélioré. Le Bundeskartellamt a, par exemple, autorisé une fusion susceptible de produire des effets anticoncurrentiels sur le marché de la télévision par câble en raison d'effets pro concurrentiels sur d'autres marchés des télécommunications¹⁹.

2.3.3. Accords horizontaux

48. Les gains d'efficience peuvent également être invoqués pour exempter ou justifier des accords horizontaux entre entreprises qui seraient autrement interdits pour atteinte à la concurrence. En principe, les considérations retenues dans le cadre des fusions trouvent également à s'appliquer ici : l'accord peut porter préjudice à un groupe défini de consommateurs (hypothèse sur laquelle s'appuie le présent document), mais également avoir des effets positifs, dont certains peuvent concerner des marchés distincts. Cet aspect sera examiné (si la juridiction y est ouverte) dans un cadre juridique différent de celui des fusions.

Encadré 2.2. La « partie équitable » dans le droit de l'UE et les consommateurs qui sont « substantiellement les mêmes »

Dans l'UE, l'article 101, paragraphe 3, du TFUE impose quatre conditions cumulatives pour que des accords ayant pour effet de restreindre la concurrence soient considéré comme produisant des avantages économiques objectifs qui l'emportent sur les effets négatifs de la restriction de la concurrence, et qu'ils échappent ainsi aux dispositions d'interdiction générale :

1. il doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ;
2. il doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;
3. les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs ; et
4. il ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

En ce qui concerne la partie équitable visée par la deuxième condition, il n'est pas précisé si ces consommateurs doivent être des consommateurs du marché en cause, mais les Lignes directrices de la Commission européenne concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité précisent que : « les effets négatifs sur les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits donné ne peuvent être comparés aux effets positifs pour les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits distinct, ni compensés par ces effets positifs. Toutefois, lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficacité obtenus sur des marchés séparés peuvent être pris en compte, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle qui bénéficie des gains d'efficacité soient substantiellement les mêmes ».

Sont donc exclues la plupart des allégations de gains d'efficience hors marché même si, en tout état de cause, la Commission n'a formellement accepté aucune allégation de gains d'efficience au titre de l'article 101, paragraphe 3, dans le marché ou hors marché depuis 2004, année de la publication de ces lignes directrices (sans que cela soit principalement lié à la condition de la partie équitable), ainsi que le relève (Brook, 2022).^[11]

En 2023, la Commission européenne a publié de nouvelles lignes directrices qui confirment cette position, y compris pour les accords relatifs aux avantages en matière de développement durable, comme nous le verrons dans la section 4.

Source : Brook, (2022^[14]), *Non-Competition Interests in EU Antitrust Law: An Empirical Study of Article 101 TFEU*.

49. Là encore, la prise en compte des gains d'efficience hors marché aux fins d'autoriser des accords horizontaux est très variable dans la pratique internationale. Les orientations et les décisions n'opèrent pas toujours de distinction claire entre les effets dans le marché et les effets hors marché. Pour compliquer encore le tableau, certaines autorités de la concurrence peuvent choisir de mettre en balance les gains

d'efficience hors marché et les effets anti-concurrentiels pour décider de se saisir ou non d'une affaire, de sorte que leur approche ne transparaît pas nécessairement dans leurs décisions contentieuses.

50. Certaines juridictions, comme les États-Unis, n'admettent aucune exemption de ce type. Beaucoup, en particulier en Europe, exigent que les consommateurs lésés reçoivent une « partie équitable » des gains d'efficience, ce qui est généralement interprété comme nécessitant une compensation totale du préjudice subi. La seule exception concerne les situations dans lesquelles les consommateurs du marché subissant des effets négatifs et ceux qui bénéficient des gains d'efficience sont « substantiellement les mêmes » (Encadré 2.2). Ce critère a récemment fait l'objet de nombreux débats en ce qui concerne les accords de durabilité, comme nous le verrons à la section 4.

51. En dehors de l'UE, les lignes directrices du Royaume-Uni sur les accords horizontaux, mises à jour en 2023, exigent une « partie équitable », mais n'utilisent pas l'expression « substantiellement les mêmes »²⁰. Tandis que celles de la Turquie indiquent clairement que son approche suit celle de l'UE, et exige que « le groupe de consommateurs affecté par les restrictions et les gains d'efficience soit substantiellement le même »²¹.

52. Au Japon, les Lignes directrices relatives aux Monopoles privés à effet d'exclusion en vertu de la loi antimonopole stipulent que « les gains d'efficience seront pris en compte si [...] il est considéré que certains effets des gains d'efficience, comme une baisse des prix des produits, une amélioration de la qualité des produits et une offre de nouveaux produits, reviennent aux utilisateurs, et que leur bien-être s'en trouve amélioré ». Cette formulation semble exclure les allégations de gains d'efficience hors marché, à moins que les effets dans le marché soient suffisants pour offrir une compensation aux utilisateurs²². Au Mexique, la loi fédérale sur la concurrence économique exige que « les contributions nettes au bien-être des consommateurs découlant de ces pratiques l'emportent sur leurs effets anticoncurrentiels », ce qui, là encore, semble devoir s'analyser comme imposant une compensation totale²³.

53. Ici encore, les juridictions qui appliquent des critères se rapprochant du bien-être total sont plus susceptibles de prendre en compte de telles allégations de gains d'efficience hors marché dans les accords, mais il est rare qu'elles les identifient comme tels étant donné que l'exercice concerne plutôt l'appréciation de l'accord dans son ensemble. Par exemple, l'ACCC a donné son feu vert à un accord entre des acheteurs d'électricité visant à mettre en commun leur demande d'électricité renouvelable, au motif que les atteintes à la concurrence étaient minimales compte tenu des faibles parts de marché des entreprises concernées et des bénéfices environnementaux qui découleraient d'une utilisation accrue des énergies renouvelables²⁴.

2.4. Le rôle de la détermination du marché et son impact sur les décisions de fond

54. Dans les juridictions qui excluent les allégations de gains d'efficience hors marché, l'étendue des gains d'efficience qui pourront être pris en compte est conditionnée par l'exercice de délimitation du marché. Cependant, les méthodes de détermination du marché en cause ont évolué au fil du temps et ainsi modifié implicitement celle des gains d'efficience hors marché, ce qui peut avoir des incidences majeures sur la portée des allégations de gains d'efficience dans les juridictions qui les limitent au marché pertinent affecté.

55. L'une de ces évolutions est que les marchés sont souvent déterminés de manière plus étroite qu'auparavant. Par exemple, le marché en cause peut être limité aux consommateurs lésés par la discrimination par les prix, ce qui peut conduire à exclure tout gain compensatoire pour les autres consommateurs. Aux États-Unis en particulier, des produits substituables du côté de l'offre ne sont plus considérés comme faisant partie du marché pertinent, mais plutôt comme une contrainte à l'entrée. Quelques auteurs, dont Werden (2017^[11]) et Wilson et Klovers (2021^[15]), avancent que ce que les

tribunaux considéreraient comme étant dans le marché dans l'arrêt PNB de principe pourrait être réputé hors marché aujourd'hui.

56. Cette évolution des pratiques en matière de détermination du marché n'est pas nécessairement mauvaise, mais cela peut laisser supposer que la difficulté accrue à faire valoir des allégations de gains d'efficacité hors marché résulte d'un choix arbitraire plutôt que d'un choix politique délibéré.

57. En outre, de nombreuses juridictions accordent moins d'importance à la détermination du marché qu'auparavant. La détermination du marché est vue comme un outil et non comme une fin en soi, et l'application de concepts tels que la pression à la hausse sur les prix (UPP) peut permettre d'évaluer les contraintes concurrentielles sans définir des frontières précises pour le marché. Aux fins de l'évaluation de la réduction substantielle de la concurrence (ou de toute autre question de concurrence), la détermination précise du périmètre du marché peut ne pas avoir d'importance tant que toutes les contraintes concurrentielles sont correctement prises en compte²⁵. Toutefois, si toute allégation de gains d'efficacité hors marché est catégoriquement exclue, une délimitation nette du marché en cause aura une incidence déterminante.

58. Prenons maintenant l'exemple du projet de communication de l'UE sur la définition du marché, qui édicte que la Commission « peut laisser en suspens la question de la définition du marché » et que, dans ce cas, elle « procède généralement à l'appréciation concurrentielle pour toutes les définitions possibles des marchés de substitution [...] »²⁶. On ne sait pas très bien comment les juridictions qui laisseraient cette question en suspens traiteraient par la suite une allégation de gains d'efficacité qui seraient ou non hors marché suivant la délimitation précise du marché. La définition du marché devrait-elle alors être réévaluée, cristallisée ?

59. Cette approche plus floue de la détermination du marché serait compatible avec l'adoption d'une plus grande souplesse quant à l'admission des allégations de gains d'efficacité hors marché bien que, dans la pratique, les juridictions qui excluent ces demandes ne se soient pas engagées dans cette voie.

60. Dans le même ordre d'idées, dans les juridictions qui excluent les allégations de gains d'efficacité hors marché, les décideurs pourraient chercher à revenir à une définition large du marché pour que la règle excluant les gains d'efficacité sur tout autre marché ne fasse pas obstacle à leur prise en compte.²⁷ Salop et al (2022_[16]) estiment que c'est précisément ce qu'a fait la Cour suprême des États-Unis dans une affaire portant sur des marchés bifaces, comme nous le verrons à la section 2.5.

2.4.1. Marchés futurs

61. Les marchés sont définis dans le temps, dans l'espace et par les produits. En principe, les avantages futurs pourraient donc être traités comme des gains d'efficacité hors marché dans le cadre de l'examen du préjudice anticoncurrentiel actuel et inversement.

62. Dans les cas de prix prédateurs, les consommateurs existants sont ceux qui bénéficient généralement d'avantages, tandis que les consommateurs futurs en supportent le coût. D'autres comportements d'éviction peuvent n'avoir que peu ou pas d'effet « aujourd'hui » mais être susceptibles de nuire à la concurrence ultérieurement, comme le ferait par exemple l'« acquisition prédatrice » d'une petite entreprise innovante qui, sur le moment, ne se trouve pas sur le même marché que la grande entreprise numérique qui en fait l'acquisition. La théorie du préjudice à l'innovation dans une fusion implique des coûts pour les consommateurs futurs, mais pourrait justifier des allégations de gains d'efficacité dans le présent.

63. En pratique, le traitement de ces cas ne consiste pas à comparer le bien-être sur deux marchés. Généralement, l'écart temps entre « aujourd'hui » et l'avenir est de quelques années seulement. Cependant, plus la durée pendant laquelle les consommateurs devront patienter pour bénéficier des avantages futurs est longue, plus il semble pertinent de traiter les deux périodes comme des marchés

distincts (ou de considérer que les deux groupes de consommateurs concernés ne sont plus « substantiellement les mêmes »). Les gains d'efficacité imminents pourraient ainsi être considérés comme se produisant dans le marché, tandis que les avantages qui se manifesteront dans un futur plus lointain seraient réputés hors marché et exclus de toute prise en considération dans de nombreuses juridictions. Une fois de plus, cela implique une démarcation nette entre ce qui peut être considéré comme gain d'efficacité et ce qui ne peut pas l'être, sur la base d'une définition du marché qui peut être incertaine.

64. En ce qui concerne plus particulièrement certains gains d'efficacité de nature environnementale, les effets peuvent se produire sur de très longues périodes, ce qui conduit à se demander s'il convient de considérer les consommateurs futurs comme étant en dehors du marché et, d'un point de vue pratique, si leur bien-être doit avoir le même poids que celui des consommateurs actuels. Ces considérations à long terme seront examinées à la section 4.3.2.

2.4.2. Marchés amont : le pouvoir de monopsonie et les marchés du travail

65. Les entreprises qui disposent d'un pouvoir de monopsonie peuvent être en mesure de fixer les salaires et les prix d'autres intrants à des niveaux inférieurs à ceux du marché. Lorsque les autorités de la concurrence et les tribunaux examinent ce type d'atteinte aux marchés du travail, se pose la question des éventuelles baisses de prix dont profiteraient les consommateurs en aval.

66. Toutefois, comme le soulignent Alexander et Salop (2023^[17]) en s'appuyant sur les travaux de Hemphill et Rose (2017^[18]), ces avantages se produisent hors marché et, même s'ils reviennent aux « consommateurs », il n'y a pas davantage lieu de les mettre en balance avec les intérêts des parties lésées que tout autre bienfait hors marché (et donc catégoriquement ignoré dans les juridictions excluant de telles allégations)²⁸.

67. Suivant les juridictions, le préjudice en amont peut ne pas être vu comme un problème de concurrence en soi, et certaines n'exigent pas la preuve d'un préjudice pour le consommateur ; toutefois, l'approche adoptée par une juridiction à l'égard des allégations de gains d'efficacité hors marché semble être une manière plutôt arbitraire de trancher cette question fondamentale de politique générale.

2.5. Quand une allégation d'efficacité est-elle « hors marché » dans le cas d'un marché multiface ?

68. Pour l'OCDE (2018^[6]), un marché multiface (pour simplifier, dans la suite de ce document, nous parlerons de marché biface) est un marché sur lequel une entreprise fonctionne à la manière d'une plateforme et vend des produits différents à des groupes de consommateurs différents, sachant que la demande d'un groupe de clients est tributaire de la demande de l'autre (ou des autres) groupe(s). Généralement, la tarification des produits et les autres coûts et avantages pour les utilisateurs des deux versants du marché sont liés. Souvent, l'entreprise du marché biface finira, par choix ou sous l'effet de pressions concurrentielles, par imposer des prix différents aux deux parties. L'évolution des conditions de concurrence, qu'elle résulte d'une fusion ou d'un comportement, modifiera la structure des prix par rapport à un scénario sans cette fusion ou ce comportement. Cela se traduira souvent par des prix à la hausse pour l'une des faces du marché, et à la baisse pour l'autre.

69. Il existe de nombreux types de marchés bifaces dont certains, comme la presse écrite diffusant de la publicité, existent de longue date. Mais depuis quelques années, deux catégories de marchés bifaces occupent une place particulièrement importante au regard de l'application des règles de concurrence : les commissions d'interchange sur les achats par carte de paiement, et les plateformes numériques.

70. L'introduction à la discussion de l'OCDE de 2017 indique à juste titre que « L'on peut se demander s'il est réellement important de définir un marché biface ou deux marchés « interdépendants » dès lors

qu'il est acquis que chacun d'entre eux nécessite une analyse de la relation d'interdépendance, et donc diffère d'un marché uniface traditionnel. Aux fins d'une évaluation de la concurrence qui soit juste. »²⁹ Cela reflète l'opinion largement répandue parmi les économistes selon laquelle les deux approches fonctionnent tant que les liens entre les deux versants du marché sont correctement pris en compte. Le même document poursuit : « Toutefois, d'un point de vue juridique, le fait que le marché en cause soit biface ou qu'il se compose de deux marchés interdépendants peut constituer une différence importante dans certaines juridictions ».

71. Les juridictions qui limitent les allégations de gains d'efficacité hors marché auront tendance à traiter les changements dans l'équilibre des coûts et des avantages sur les deux versants d'un marché biface de manière asymétrique, à moins qu'il ne soit défini comme un marché unique.

72. Cela pourrait s'appliquer à n'importe quel marché multiface, comme les plateformes numériques. Les fournisseurs de plateformes, à l'image d'Apple, font valoir que leur contrôle des « app stores » est nécessaire pour qu'ils puissent profiter à tous les utilisateurs, même s'ils imposent des coûts à certains développeurs d'applications³⁰. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu d'affaires impliquant des plateformes numériques dans lesquelles la conjonction de décisions relatives à la définition du marché et de la doctrine en matière de gains d'efficacité hors marché a été déterminante. Toutefois, cette conjonction s'est révélée importante pour les commissions d'interchange sur les cartes de paiement, un marché biface dans lequel les commerçants paient (généralement) des frais lorsqu'ils acceptent le paiement par carte, frais qui sont répercutés sur les banques émettrices ou les titulaires de cartes³¹.

- Lorsque la CE a examiné les commissions multilatérales d'interchange appliquées par Mastercard aux commerçants (et donc potentiellement répercutées sur les consommateurs finaux), les avantages pour ces derniers ou pour le système de paiement dans son ensemble n'ont pas été considérés comme justifiant cette pratique, en partie parce que deux marchés distincts ont été définis : les services aux commerçants et les services aux titulaires de cartes³².
- Aux États-Unis, la Cour suprême a autorisé les frais facturés par American Express aux commerçants, en partie parce qu'ils tenaient compte d'avantages plus larges, dans ce que la Cour a défini comme un marché unique des cartes de crédit englobant les deux faces du marché³³.

73. Bien entendu, les deux espèces diffèrent à de nombreux égards (Mastercard est un système quadripartite impliquant des accords avec les banques, ce qui n'est pas le cas d'American Express) mais, à première vue, une approche différente de la définition du marché a conduit à des résultats totalement différents³⁴.

74. Ainsi que l'ont démontré Rochet et Tirole (2011^[19]), les commissions d'interchange peuvent promouvoir l'efficacité en compensant les externalités découlant de l'utilisation de cartes de paiement. Il en résultera, par rapport à un scénario sans accord, une hausse des prix pour certains (généralement les commerçants) et une baisse pour d'autres (généralement les banques émettrices et les titulaires de cartes).

75. Les décideurs et les commentateurs ont fait part de vues très différentes sur la question de fond qui est ici en jeu ; certains ont considéré que les commissions d'interchange payées par les commerçants constituaient le prix fort résultant d'un accord collusif illicite, d'autres qu'elles étaient le résultat positif d'un système qui profite globalement à tous les participants, et toutes les positions intermédiaires ont également été exprimées. Ces vues ne coïncident pas nécessairement avec les positions sur les gains d'efficacité hors marché, même si c'est souvent le cas.

76. Dans l'UE, la décision de définir deux marchés a conduit à mettre l'accent sur le fait que les commerçants payaient des frais plus élevés qu'ils ne l'auraient fait. L'avocat général, M. Mengozzi, souligne ainsi dans ses conclusions : « Ce sont [...] les utilisateurs qui subissent le préjudice causé par les effets restrictifs de l'accord en cause qui doivent, en principe, se voir réserver, en compensation de ce

préjudice, la partie équitable du profit résultant dudit accord à laquelle il est fait référence dans l'article 81, paragraphe 3, CE »³⁵.

77. Ainsi que le relevait la Cour suprême du Royaume-Uni dans le cadre d'un pourvoi portant sur des demandes de dommages-intérêts consécutives à cette décision : « Les commerçants sont les consommateurs des services qui font l'objet de la restriction de concurrence et sont donc les consommateurs que la deuxième condition vise à protéger. Si les commerçants n'obtiennent pas une compensation totale pour le préjudice subi du fait de la mesure restrictive, il est difficile de considérer qu'ils reçoivent une partie « équitable » des avantages qui en résultent »³⁶.

78. Dans l'affaire Mastercard, la CJUE a laissé la possibilité que les consommateurs retirent des « avantages objectifs sensibles » (paragraphe 234) pouvant être inférieurs à une « compensation intégrale »³⁷. Elle a toutefois conclu que les avantages pour les consommateurs découlant de la mesure restrictive sur le marché connexe ne sauraient, à eux seuls, être de nature à compenser suffisamment les inconvénients de la mesure, à moins que les consommateurs sur les deux marchés ne soient substantiellement les mêmes.

79. La Cour suprême des États-Unis a pris le parti inverse. Dans son arrêt *American Express*, elle a ainsi statué, à 5 voix contre 4, que les deux versants de l'activité d'American Express dans le domaine des cartes de paiement appartenaient à un seul et même marché, de sorte que le préjudice subi par les commerçants du fait des mesures « anti-steering » d'American Express pouvait être compensé par les avantages qui en résultaient pour les titulaires de cartes ou par l'efficacité du système des cartes de paiement en général. La Cour a conclu que les deux faces constituaient un même marché aux motifs que : (1) l'activité sur les deux faces du marché était toujours conjointe, simultanée et dans des proportions fixes ; (2) les deux faces étaient liées par des effets de réseau « plus marqués » et par une interrelation de la demande et de la tarification ; et (3) « [s]eules d'autres plateformes bifaces [pouvaient] concurrencer une plateforme biface en matière de transactions »³⁸ (US Supreme Court, 2018_[20]).

80. Les quatre juges qui ont émis une opinion dissidente, rédigée par le juge Breyer, ont clairement indiqué que c'est la détermination du marché et le traitement des gains d'efficacité hors marché qui étaient à l'origine de leur désaccord, et que la décision qui faisait l'objet du recours avait correctement identifié un marché distinct pour les services liés aux marchands³⁹.

81. De nombreux économistes sont d'avis de définir un marché pertinent unique pour les deux faces d'un « marché de transaction », comme le suggèrent Filistrucchi et al (2013_[21])⁴⁰. Toutefois, ce consensus général ne signifie pas que les économistes adhèrent aux trois conditions énoncées par la cour et citées ci-dessus : on trouve en effet de nombreux contre-exemples de marchés qui remplissent tout ou partie de ces conditions mais qui constituent de toute évidence des marchés distincts, ou de marchés qui ne sont pas des marchés de transaction et qui remplissent lesdits critères, et ainsi de suite.

82. Salop et al (2022_[16]) et d'autres auteurs ont suggéré que la définition du marché avait été manipulée pour pouvoir prendre en compte les deux faces du marché. Que la décision de la Cour suprême soit juste ou non, la définition du marché est surtout utile en tant qu'outil d'analyse, et ne l'est plus si elle dévoyée dans l'objectif d'appliquer une approche donnée de l'appréciation des gains d'efficacité.

83. Les positions strictes contre l'admission des gains d'efficacité hors marché accordent une grande importance à la détermination du marché pertinent. Malheureusement, pour de nombreux marchés bifaces, comme l'a noté l'OCDE, les principes économiques ne permettent pas d'aboutir à une réponse tranchée et, d'un point de vue analytique, cela ne devrait pas avoir beaucoup d'importance. Ce poids serait peut-être trop lourd à porter pour le cadre analytique.

3. Les arguments pour et contre l'admission des allégations de gains d'efficience hors marché

84. Les allégations de gains d'efficience doivent-elles être admises, ou du moins dans certains cas de figure ? L'argument pour est évident : le bien-être de chacun compte⁴¹, donc pourquoi pas ? C'est ce « pourquoi pas » qui se trouve au cœur du débat, et ce pour plusieurs raisons que cette section s'attache à explorer. Certaines juridictions ont prévu une unique dérogation au rejet de principe des allégations de gains d'efficience hors marché, dans le cadre des accords portant sur des résultats environnementaux, qui feront l'objet de la section 4. .

3.1. Pourquoi restreindre ou exclure les allégations de gains d'efficience hors marché ?

85. Les lignes directrices des autorités de la concurrence et la jurisprudence varient considérablement d'un pays à l'autre en ce qui concerne la manière dont elles traitent la question des gains d'efficience hors marché. Elle n'est pas toujours abordée de manière explicite, et l'on constate souvent un vide jurisprudentiel, notamment parce qu'il est très rare que l'approbation de fusions ou d'accords anticoncurrentiels soit fondée sur une quelconque allégation de gain d'efficience.

86. Pour les raisons évoquées précédemment, les restrictions explicites à la prise en compte des allégations de gains d'efficience hors marché se retrouvent principalement dans les juridictions qui appliquent une norme de bien-être du consommateur, ou dans celles qui accordent un poids particulièrement important à la concurrence elle-même, en tant que processus de rivalité. Très souvent, les lignes directrices et les précédents juridictionnels rejettent le principe même que le préjudice subi par les consommateurs du fait d'un affaiblissement de la concurrence sur un marché puisse être compensé par des avantages pour d'autres consommateurs sur un autre marché. Diverses raisons ont été avancées pour justifier ce rejet, qui peuvent être résumées comme suit :

1. des objectifs non liés au bien-être (la concurrence comme valeur en soi) ;
2. la « pente glissante » vers la monopolisation ;
3. des objections pragmatiques tenant à la complexité et au coût pour les ressources de l'autorité de concurrence ; et
4. une dernière raison liée à la précédente, qui est la crainte que l'asymétrie d'information avec les parties visées par l'enquête soit encore renforcée, ce qui conduirait à blanchir des comportements anticoncurrentiels

3.1.1. Les objectifs non liés au bien-être (la concurrence comme valeur en soi)

87. Il serait cohérent qu'une autorité de la concurrence ou un tribunal appliquant strictement le commandement de « ne pas nuire à la concurrence » exclue tout gain d'efficience hors marché. Même dans les juridictions qui appliquent d'une façon ou d'une autre un critère de bien-être, le processus favorise l'application par défaut de ce commandement. L'exclusion des gains d'efficience hors marché peut être considérée comme inhérente à cette position.

88. Toutefois, si elle est appliquée strictement, cette règle se révèle très contraignante pour les responsables des politiques publiques. Certains pourraient soutenir que les autorités de la concurrence n'ont pas la même légitimité que les pouvoirs publics et qu'elles *doivent* donc être soumises à des limites, ce qui s'appliquera également à la prise en compte de bénéfices environnementaux. Dans la pratique, les autorités de la concurrence et les tribunaux doivent bien, dans une certaine mesure, choisir des gagnants et des perdants.

3.1.2. La pente glissante

89. L'un des deux principaux arguments invoqués pour s'opposer à la prise en compte des gains d'efficience hors marché est celui de la « pente glissante » vers des situations généralisées de monopoles ou, dans le meilleur des cas, de duopoles, un spectre qu'agitait d'ailleurs la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt PNB : « La suite logique serait que chaque entreprise d'un secteur donné pourrait, sans violer l'article 7, se lancer dans une série de fusions jusqu'à devenir, en fin de compte, aussi importante que le leader du secteur ».

90. Cet argument de la « pente glissante » découle d'une conception du monde selon laquelle la taille ou le fait d'obtenir des rentes de monopole sur un marché permet nécessairement d'être un concurrent plus efficace sur d'autres marchés. Toutefois, rares seront les cas de figure dans lesquels ce postulat se vérifiera. Les économies d'échelle ne sont en aucun cas universelles et, même lorsqu'elles existent, elles ne sauraient éclipser tous les autres facteurs. Face à une allégation de gains d'efficience résultant d'économies d'échelle, une autorité de la concurrence procédera toujours à un exercice de mise en balance, qui consistera à évaluer l'atteinte à la concurrence sur un marché par rapport au renforcement de la concurrence lié à la taille sur d'autres marchés. Or, il n'y a pas lieu de penser que cet exercice resterait positif tout au long d'une succession de fusions qui aboutirait à un duopole dans le secteur⁴².

91. Cet argument se rapproche de l'idée des « champions nationaux » qui voudrait qu'en monopolisant le marché national, une entreprise deviendrait plus compétitive à l'étranger, idée qui a été largement battue en brèche : la réussite économique ne se résume pas à des économies d'échelle et de gamme.

92. Ce type d'argument pourrait être défendu dans un contexte dynamique. Nous pourrions imaginer des entreprises affirmant qu'en fusionnant, elles renforceront l'innovation, et que cela profitera à tous les consommateurs à l'avenir. Toutefois, on peut s'attendre à ce que les autorités de la concurrence soient également sceptiques sur ce point. Nombre d'entre elles auront plutôt tendance à penser qu'une perte de concurrence entraînera une baisse de l'innovation⁴³. Là encore, bien que dans certains cas d'espèce un tel scénario puisse être plausible, il n'est pas possible de généraliser, et il n'y a donc aucune raison de penser que cela conduirait à des monopolisations tous azimuts.

3.1.3. Le souci pragmatique des ressources de l'autorité de concurrence et de l'avantage dont bénéficient les entreprises sur lesquelles porte l'enquête.

93. Il reste donc l'argument pragmatique : évaluer et mettre en balance ces avantages serait compliqué, et le système de concurrence en pâtirait. Cette complexité accrue pourrait nuire à l'application du droit de deux manières :

- en utilisant des ressources de l'autorité de la concurrence qui pourraient être mises au service des consommateurs dans d'autres affaires et activités⁴⁴ ;
- parce que les entreprises examinées pourraient tirer avantage de l'asymétrie d'informations dont elles jouissent par rapport à l'autorité de la concurrence chargée d'apprécier la situation⁴⁵.

94. Certains auteurs, parmi lesquels Rybnicek et Wright (2014^[22]), estiment que cette préoccupation est dépassée et que les méthodes modernes d'analyse économique permettent de gérer une telle complexité, expliquant que « cette critique ne tient plus non plus à la lumière de l'expérience des instances de protection de la concurrence et de la panoplie d'outils économiques modernes dont elles disposent pour évaluer les allégations de gains d'efficacité »⁴⁶.

95. Rétrospectivement, cette confiance dans les techniques empiriques semble prématurée. Les techniques économiques modernes n'ont pas transformé les tâches des autorités de la concurrence en simples exercices mécaniques, pas plus qu'elles n'ont atténué la complexité de la prise des décisions en matière de concurrence ou les controverses qu'elles suscitent. De manière générale, depuis 2014, la durée des affaires, des prises de décision et des recours judiciaires ont augmenté, et non diminué⁴⁷. L'appréciation des arguments relatifs aux gains d'efficacité reste une tâche difficile pour les autorités de la concurrence et les tribunaux, car elle repose en partie sur des prédictions dans le domaine de l'offre que les parties sont mieux à même d'évaluer (raison pour laquelle la charge de la preuve pèse généralement sur ces parties). L'objection selon laquelle la prise en compte des avantages hors marché compliquerait encore la mission des autorités de concurrence semble donc toujours valable.

96. De même, il n'est pas dit que la prise en compte de ces bienfaits conduirait nécessairement à une hausse considérable des ressources nécessaires ou à une surcharge de travail pour les autorités de concurrence. Les opposants à la prise en compte des gains d'efficacité hors marché semblent surestimer la complexité de la situation. (Baker, 2019^[10]) avance « [...] il pourrait ne plus y avoir de limite établie, sauf celle de se lancer dans une mission irréaliste, voire impossible : une analyse d'équilibre général des préjudices et des avantages dans l'ensemble de l'économie ». Toutefois, dans la pratique, admettre les allégations de gains d'efficacité hors marché n'équivaut pas à maximiser le bien-être global ; elle implique plutôt de s'intéresser à un ou plusieurs motifs supplémentaires de contrebalancer un préjudice constaté, en faisant peser la charge de la preuve sur les parties. Les autorités de la concurrence et les tribunaux du Royaume-Uni et de l'Allemagne, qui appliquent résolument des critères de bien-être du consommateur mais sont ouverts aux allégations de gains d'efficacité hors marché dans certaines circonstances, n'effectuent ni de près ni de loin une analyse de l'équilibre général.

97. Dans les juridictions qui sont plus ouvertes à ces allégations portant sur les consommateurs d'autres marchés⁴⁸, la situation générale de la concurrence et la structure de l'économie ne semblent pas très différentes de celles des juridictions qui les excluent ; cela tient peut-être au fait que peu d'allégations de gains d'efficacité, de quelque nature qu'elles soient, aboutissent, ou que ces allégations sont traitées comme de rares exceptions, et non comme une extension de l'analyse au-delà des limites que craignent certains opposants à leur prise en compte.

3.2. Pistes de libéralisation dans les juridictions fermées aux allégations de gains d'efficacité hors marché

98. Proposer purement et simplement de traiter les gains d'efficacité hors marché de la même manière que les gains d'efficacité sur le marché ne serait pas vraiment dans l'air du temps, car cela conduirait à autoriser davantage de fusions et à avaliser davantage de comportements. Comme le résume Baker (2019^[10]) : « Étant donné qu'aujourd'hui, le prix à payer en cas d'erreur est généralement l'opposé, à savoir une dissuasion insuffisante des comportements anticoncurrentiels, et compte tenu de la nécessité de préserver le soutien aux politiques de lutte contre les comportements anticoncurrentiels, il y a

actuellement encore moins de raisons de revenir sur l'interdiction générale du droit de la concurrence de procéder à des arbitrages avec le bien-être au-delà du marché considéré⁴⁹. »

99. Toutefois, on trouve certaines propositions qui prévoient des exceptions limitées à l'interdiction de principe, en particulier aux États-Unis (en Europe, le débat tourne plutôt autour d'un traitement spécial réservé aux bénéfiques environnementaux, comme nous le verrons dans la section suivante). Yun (2022^[23]) présente un ensemble complet de propositions qui peuvent aider à structurer le débat, même si d'autres auteurs ont proposé des évolutions similaires. Il énumère quatre circonstances dans lesquelles les allégations de gains d'efficacité hors marché devraient être prises en considération :

- en cas d'économies de gamme au niveau de la production ;
- pour les marchés en amont et en aval au sein d'une même chaîne d'approvisionnement ;
- dans le cas de plateformes multifaces présentant des effets de réseau indirects, croisés ;
- entre des marchés de produits qui sont des compléments du côté de la demande⁵⁰.

3.2.1. Économies de gamme

100. La première circonstance s'apparente à une généralisation du concept d'« inextricabilité » : lorsque des produits sont fabriqués dans des conditions d'économies de gamme, il sera vain d'en séparer la production ; dans le cas le plus extrême, les deux produits seront tout simplement inextricables. Comme nous l'indiquons ci-dessus, dans le principe, cela revient à admettre les allégations de gains d'efficacité hors marché en général (car il serait toujours préférable d'imposer des mesures correctives éliminant le préjudice chaque fois que cela est possible), mais en pratique, cela pourrait constituer une exception limitée, dans l'hypothèse où les pertes d'efficacité dues à l'interdiction de la concentration seraient importantes.

3.2.2. Marchés en amont et en aval au sein d'une même chaîne d'approvisionnement

101. La deuxième condition est présentée par Yun comme une reconnaissance du fait que les affaires verticales impliquent souvent des gains en un point de la chaîne et des préjudices en un autre point et que, dans la pratique, les autorités de la concurrence procèdent déjà à de tels arbitrages, même s'il s'agit rarement de gains d'efficacité « hors marché »⁵¹. Toutefois, la proposition ne se contente pas de valider des pratiques existantes. Bien que les gains d'efficacité hors marché soient rarement nommément cités dans ces affaires verticales, en pratique, la plupart des autorités de la concurrence exigent que les gains réalisés à un niveau intermédiaire conduisent à des gains globaux pour les consommateurs finaux. En outre, comme nous le notions précédemment, certains ont fait valoir qu'un affaiblissement de la concurrence en amont de la chaîne d'approvisionnement ne saurait être compensé par des gains pour les consommateurs finaux⁵².

3.2.3. Plateformes multifaces

102. Yun suggère d'autoriser expressément les gains d'efficacité hors marché dans le cas des plateformes bifaces, principalement pour éviter les conséquences sévères de la délimitation du marché qui se sont manifestées dans les affaires de commissions d'interchange présentées ci-dessus. Sur ce point, il n'est pas un cas isolé, comme indiqué plus haut : plusieurs auteurs ont plaidé en faveur d'une exception limitée aux règles qui font obstacle aux gains d'efficacité hors marché, afin d'éviter que les affaires impliquant des plateformes multifaces ne tournent autour de la définition du marché. Ducci (2016^[24]) avance un argument similaire dans le contexte de l'UE : selon lui, il n'y a pas de logique à ignorer des avantages d'un côté d'une plateforme biface et à généraliser ensuite pour affirmer que l'objectif devrait

être le bien-être global du consommateur, ce qui implique une acceptation plus large des allégations de gains d'efficience hors marché.

3.2.4. Compléments du côté de la demande

103. De même qu'Orszag et Smith (2016^[25]), Yun propose que les gains d'efficience hors marché soient pris en compte lorsque les produits en question sont des compléments du côté de la demande. Il s'agit peut-être de la proposition la plus radicale de Yun car, dans une certaine mesure, elle reprend le concept de l'UE (et d'autres juridictions) de similarité substantielle des consommateurs.

104. Cette équivalence est particulièrement éloquent dans le cas extrême de produits qui ne peuvent être consommés qu'ensemble, comme les combinés téléphoniques et les services de télécommunications. Certains comportements peuvent porter à la hausse les prix des combinés, par exemple en réduisant la concurrence au niveau de leur production, mais réduire les prix des services de télécommunications par le jeu de gains d'efficience, par exemple lorsqu'il existe des synergies entre la technologie des combinés et les services que cette technologie reçoit. Dans ce cas, les deux évolutions de prix sont effectivement interdépendantes, de sorte que le préjudice subi par les consommateurs qui achètent les combinés pourrait être contrebalancé par des avantages pour ces mêmes consommateurs.

105. Même dans l'hypothèse moins convaincante où des produits complémentaires peuvent être consommés soit séparément, soit ensemble, il est probable que l'on trouve des recoupements dans la clientèle ; mais si le fournisseur peut pratiquer une discrimination par les prix, seuls les consommateurs qui utilisent les deux produits seront concernés par les baisses de prix. Autoriser les allégations de gains d'efficience hors marché pour des produits complémentaires reviendrait donc souvent à exiger que les consommateurs des deux produits soient substantiellement les mêmes. Une politique équivalente consisterait à se concentrer sur le préjudice net subi par des groupes de consommateurs sur l'ensemble des marchés.

4. Faut-il traiter différemment les allégations de gains d'efficacité hors marché de nature environnementale ?

106. La discussion ci-dessus trouve à s'appliquer aux allégations de gains d'efficacité hors marché de nature environnementale de la même façon qu'aux gains d'efficacité classiques tels qu'une baisse des prix, une amélioration de la qualité, etc. Ces allégations environnementales impliquent presque toujours des gains en dehors du marché lésé, en particulier lorsque, de fait, les avantages profitent à tous. Plusieurs autorités de la concurrence ont publié des lignes directrices ou des déclarations créant ou suggérant une dérogation spécifique à l'obligation générale de compenser intégralement le préjudice des consommateurs lésés, pour certains types d'avantages environnementaux générés par des accords horizontaux. L'évaluation des bénéfices environnementaux et de certains autres bénéfices sociaux peut également se révéler plus difficile pour les autorités de la concurrence que celle, déjà complexe, des allégations de gains d'efficacité plus traditionnels.

107. Pour toutes ces raisons, il convient d'examiner séparément le traitement des gains d'efficacité hors marché de nature environnementale et associés. Après un bref aperçu des pratiques existantes, cette section se demandera s'il y a lieu de créer une exemption fondée sur des justifications environnementales dans des juridictions par ailleurs hostiles aux allégations de gains d'efficacité hors marché, et la façon dont ces allégations pourraient être traitées en pratique.

4.1. Pratiques existantes

108. Les allégations de gains d'efficacité ne se limitent pas aux prix et bénéfices directs similaires, de sorte que des gains d'efficacité liés à l'environnement et d'autres gains plus larges ont pu être allégués, que ce soit dans le marché au profit des consommateurs concernés ou, dans les juridictions qui l'autorisent, en dehors du marché en cause. Toutefois, depuis quelques années, cette approche fait l'objet de nombreux débats, soit parce que les préoccupations environnementales se font plus pressantes, soit parce que l'application du droit de la concurrence est trop étroite et devrait correspondre davantage aux intérêts de la société.

109. La prise en compte des gains d'efficacité hors marché peut s'inscrire dans cette démarche, du moins en partie pour justifier un comportement par ailleurs anticoncurrentiel ou pour adapter les mesures correctives prises pour y remédier⁵³.

4.1.1. Fusions et intérêt public

110. En principe, les allégations de bénéfices environnementaux ne devraient pas être traitées différemment des autres allégations de gains d'efficacité. Certaines juridictions ouvertes aux allégations de gains d'efficacité hors marché dans le cadre normal de l'évaluation des fusions peuvent prendre en compte les allégations environnementales selon ce même cadre. Par exemple, en 2023, l'autorité de la

concurrence australienne (ACCC) a autorisé une fusion dans le secteur de l'électricité, moyennant des engagements comportementaux, malgré son aversion ancienne pour l'intégration verticale, et ce parce qu'elle a fait droit à l'argument selon lequel la fusion contribuerait à une transition plus rapide et plus complète vers la production d'énergie renouvelable que dans un scénario sans fusion⁵⁴.

111. Toutefois, dans de nombreuses juridictions, ces questions sont traitées dans le cadre de considérations d'intérêt général qui peuvent ne pas être intégrées dans le processus d'examen des fusions mené par l'autorité de la concurrence. La discussion de l'OCDE sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations a révélé que les juridictions différaient sur les points suivants :

- La substance : à savoir les éléments qui peuvent être pris en considération, par exemple la défense nationale dans de nombreux pays, les exportations en Australie, la pluralité des médias au Royaume-Uni, le développement industriel en France, l'emploi et les intérêts des groupes auparavant désavantagés en Afrique du Sud.
- Le processus de décision : ces éléments modifient-ils une décision de concurrence ou sont-ils évalués en parallèle ?
- L'organisation institutionnelle : certaines juridictions considèrent ces éléments comme faisant partie de l'examen mené par l'autorité de la concurrence, comme en République populaire de Chine, tandis que dans d'autres, ils relèvent d'autres organismes publics dont les décisions prévalent sur celles de l'autorité de la concurrence (en Allemagne ou au Royaume-Uni), interviennent en amont (comme en Israël, en Hongrie et au Canada) ou, dans certains cas, en parallèle.⁵⁵

112. La note de référence de cette table ronde a révélé que bon nombre de ces interventions pour motif d'intérêt public ont eu pour effet d'admettre les arguments de « gains d'efficacité » pour autoriser une fusion, et dans la plupart des exemples, ces gains d'efficacité se situaient en dehors du marché affecté. Par exemple, l'Allemagne et l'Espagne ont, contre l'avis des autorités de la concurrence, approuvé des fusions dans le secteur de l'énergie pour créer des champions nationaux, estimant qu'elles profitaient à l'économie dans son ensemble, tout en causant probablement un préjudice aux consommateurs d'énergie du pays en réduisant la concurrence⁵⁶.

113. Une minorité de ces interventions a abouti à la situation inverse : des fusions qui ont été *bloquées* alors qu'elles auraient été *autorisées* dans d'autres circonstances ; c'est notamment une conséquence des examens des investissements. Ces types d'interventions ne sont pas le propos du présent document⁵⁷.

4.1.2. Accords et abus de position dominante

114. D'autres politiques publiques peuvent également avoir une incidence sur des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante. En particulier, dans la plupart des juridictions, si ce n'est toutes, certains comportements sont prescrits ou autorisés par une loi ou une réglementation, ou sont admis s'ils sont (strictement) nécessaires pour se conformer à une loi ou à une réglementation. Ce type d'intervention de l'État n'entre pas dans le cadre du présent document. Nous nous intéressons ici aux allégations de gains d'efficacité hors marché liées à des facteurs environnementaux qui pourraient conduire à autoriser des accords contraires au droit de la concurrence.

115. Dans un chapitre sur les accords de durabilité (environnementaux) des lignes directrices de l'UE de 2023, la Commission européenne a confirmé sa formulation « substantiellement les mêmes » qui fonde la seule exception à son rejet de principe des allégations de gains d'efficacité hors marché⁵⁸. Par conséquent, les gains d'efficacité produits par les accords de durabilité ne peuvent être acceptés que s'ils compensent intégralement les consommateurs lésés (mais voir la pratique antérieure de la CE, Encadré 4.1). Ce peut être le cas si les effets positifs se produisent au sein du marché en cause ou si les consommateurs lésés sont substantiellement les mêmes que ceux qui profitent de ces effets positifs,

même s'ils se manifestent sur un marché distinct. Cependant, les nouvelles lignes directrices excluent de fait l'approbation d'un accord de durabilité par lequel la compensation pour les consommateurs lésés ne serait pas intégrale au motif que d'autres consommateurs ou citoyens en tireraient profit de manière plus générale.

Encadré 4.1. Admission des bénéfices environnementaux hors marché - La pratique de la CE avant 2003

Avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, la Commission européenne faisait régulièrement droit à des demandes d'exemption fondées sur des allégations de gains d'efficacité non liés à la concurrence.

Dans l'affaire CECED (1999), la CE a autorisé un accord entre des fabricants de lave-linge ayant pour effet d'améliorer les normes d'efficacité énergétique au-delà des exigences réglementaires. La décision s'est intéressée à deux types de gains d'efficacité. Tout d'abord, elle a constaté que les consommateurs supportant le surcoût à l'achat d'un lave-linge réaliseraient des économies sur leurs factures d'électricité qui leur permettraient d'amortir rapidement le surcoût initial. Ce gain d'efficacité se produisait dans le marché en cause. Mais la Commission européenne a également examiné séparément les avantages environnementaux découlant de la réduction des émissions de gaz responsables des pluies acides, et a conclu que :

« En se fondant sur des hypothèses raisonnables, on peut estimer que les avantages sociaux offerts par l'accord du CECED sont plus de sept fois supérieurs aux surcoûts imposés aux consommateurs à l'achat de lave-linge plus efficaces d'un point de vue énergétique. Ces résultats environnementaux pour la société réserveraient aux consommateurs une part suffisamment équitable des avantages, quand bien même les acheteurs de lave-linge n'obtiendraient pas des bénéfices individuels. »

La formulation « quand bien même les acheteurs de lave-linge n'obtiendraient pas des bénéfices individuels » admet le principe d'un gain d'efficacité hors marché : les intérêts de l'ensemble de la population pourraient l'emporter sur le préjudice subi par les acheteurs de machines à laver plus chères. Dans la pratique, la CE a également constaté que les consommateurs lésés bénéficiaient directement de la baisse de leur facture énergétique, de sorte que l'accord a été exempté pour des motifs liés au marché en cause.

Peu après, les lignes directrices publiées par l'UE en 2004 ont mis fin à ce type de mise en balance, sauf lorsque les consommateurs sont « substantiellement les mêmes ».

Source : Décision de la Commission du 24 janvier 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire IV.F.1/36.718.CECED).

116. Cette approche est sujette à controverse. Les professionnels du droit qui l'ont commentée ne s'accordent pas sur le fait que le TFUE habilite l'UE à mettre en balance des objectifs liés à la concurrence et des objectifs non liés à la concurrence⁵⁹, mais ce débat juridique est propre à l'UE et n'est pas pertinent pour l'ensemble de la communauté internationale. En revanche, le débat sur les principes a son intérêt. En Europe, certaines autorités de la concurrence ont fait le choix d'une approche différente, en partant du principe que la compensation totale des consommateurs lésés ne devrait pas être exigée pour les gains d'efficacité produits par certains types d'accords environnementaux :

- Aux Pays-Bas, l'ACM (autorité pour les consommateurs et les marchés), dans sa Règle de politique générale sur le moment où elle prendra des mesures concernant les accords de durabilité, établit une distinction entre la plupart des types d'accords de durabilité et les accords de "dommages environnementaux", qui sont définis comme des accords contribuant efficacement au

respect d'une norme internationale ou nationale ou à la réalisation d'un objectif politique spécifique visant à prévenir les dommages environnementaux, en notant que ces derniers peuvent impliquer une consommation comportant des externalités négatives. L'ACM a établi un régime de priorité spécifique pour les accords sur les dommages environnementaux, en vertu duquel elle ne procédera pas à un examen plus approfondi si ces accords répondent à certains critères, notamment que les avantages totaux doivent l'emporter sur les effets négatifs et que les consommateurs sur le marché concerné bénéficient d'un avantage "appréciable et objectif" de ces avantages. Il s'agit d'un changement par rapport à la position de l'ACM dans les projets de lignes directrices précédents, qui ne précisait pas que les consommateurs du marché en cause devaient bénéficier d'un avantage "appréciable et objectif" de ces accords. Par conséquent, l'ACM n'exige pas que ces consommateurs soient entièrement indemnisés. En effet, leur consommation impose des coûts au reste de la société (selon le principe du "pollueur-payeur"). Dans le même temps, les avantages hors marché peuvent être pris en compte dans les bénéfices totaux. De cette manière, l'ACM laisse (indirectement) plus de place aux avantages hors marché et donc aux accords potentiellement anticoncurrentiels sur les dommages environnementaux.⁶⁰

- En Autriche, la FCA a publié des Lignes directrices en matière de développement durable suite à la modification de la loi sur les ententes, qui créent une « exemption pour durabilité » unique pour les ententes nationales lors de l'examen des allégations de gains d'efficacité hors marché. Elles précisent que les consommateurs bénéficient d'une « partie équitable des bénéfices » dès lors que « ces bénéfices contribuent de manière substantielle à une économie durable sur le plan écologique ou neutre sur le plan climatique »⁶¹.
- L'autorité de la concurrence grecque (HCC) n'a pas publié de lignes directrices relatives au développement durable, mais a élaboré un document de travail dans lequel elle fait part de sa réflexion sur les accords de durabilité. Citant Lianos (2018_[26]), ce document de travail expose des considérations d'ordre général pour l'application du droit de la concurrence et suggère que le critère de la « partie équitable » de l'UE « peut encore trouver à s'appliquer dès lors que l'on considère tous les utilisateurs concernés et pas seulement un sous-ensemble d'entre eux, à savoir ceux qui sont directement touchés par les restrictions de concurrence »⁶².
- En dehors de l'UE, au Royaume-Uni, la CMA a publié en octobre 2023 des lignes directrices sur les accords de durabilité. Pour ce qui est de la « partie équitable », ces lignes directrices exigent que les consommateurs soient « substantiellement les mêmes » pour la plupart des accords, même pour les accords environnementaux en général, mais modifient explicitement ce critère pour les accords portant sur le changement climatique (définis par le projet de texte). Pour ces derniers, la CMA considère qu'il convient « d'exempter ces accords si la condition de la « partie équitable pour les consommateurs » peut être satisfaite en tenant compte de l'ensemble des avantages découlant de l'accord pour tous les consommateurs du Royaume-Uni, plutôt qu'en répartissant ces avantages entre les consommateurs du marché concerné par l'accord et ceux des autres marchés »⁶³.

117. Hors Europe, au Japon, la JFTC a publié en mars 2023 des Lignes directrices concernant les activités des entreprises, etc. pour une transition vers une société verte en vertu de la loi contre les monopoles⁶⁴, qui fournissent des orientations détaillées sur les formes d'accords qui seraient contraires à la législation et celles qui ne le seraient pas, pour plusieurs types d'accords tels que les co-entreprises, la coopération en matière de R&D, etc., ainsi que des indications pour savoir quand et comment consulter la JFTC. Les lignes directrices ne semblent pas traiter spécifiquement des gains d'efficacité hors marché, mais elles font référence à plusieurs reprises aux intérêts des « consommateurs en général », par exemple en matière de réduction des émissions, et quelques exemples de cas suggèrent une certaine mise en balance du préjudice direct et des avantages généraux⁶⁵. Cela semble indiquer que les gains d'efficacité hors marché peuvent être pris en compte, mais que les intérêts des consommateurs directement lésés ont plus de poids que ceux des consommateurs n'appartenant pas au marché directement affecté.

118. La suite de la présente section examine s'il y a lieu de prévoir une « exception environnementale » pour les accords de durabilité, qui autoriserait la prise en considération des gains d'efficacité hors marché sans imposer une compensation intégrale pour les consommateurs du marché lésé. Ce point est parfaitement d'actualité à l'heure où nous écrivons ces lignes, l'ACM et la CMA n'ayant publié leurs documents finaux qu'en octobre 2023. La Règle de politique de 2023 de l'ACM est un document beaucoup plus court que les deux précédents projets de lignes directrices, dont il diffère fortement à plusieurs égards car il fait suite à la publication des lignes directrices de l'UE et entend aligner la position de l'ACM sur ces dernières. Le reste de cette section utilise plusieurs documents de l'ACM qui ont été remplacés et clarifiés par la Règle de politique finale car, même s'ils ne correspondent plus à la position de l'ACM, ils offrent une illustration éloquentes des principes.

4.2. Les autorités de la concurrence devraient-elles se fonder sur les gains d'efficacité environnementale pour autoriser des accords anticoncurrentiels qui seraient autrement interdits ?

119. À première vue, les arguments à l'encontre de la prise en considération des allégations de gains d'efficacité hors marché en général exposés à la section 3. ci-dessus (la concurrence comme valeur en soi, la « pente glissante » vers la monopolisation et les difficultés pratiques qui pourraient rogner les ressources des instances de concurrence et faire pencher l'examen en faveur des parties qui font l'objet de l'enquête) trouvent tout autant à s'appliquer aux bénéfiques environnementaux qu'aux autres types de gains. D'autant que les préoccupations concernant les difficultés pratiques associées à la complexité de l'analyse requise sont peut-être encore plus criantes pour ce cas de figure. Il n'est pas plus simple de prendre en compte les gains d'efficacité hors marché de nature environnementale que les autres ; la question qui se pose est plutôt de savoir si leur importance justifie de créer une exemption spécifique.

120. Ce dilemme peut souvent être évité. La plupart des accords ne causeront aucun préjudice aux consommateurs, tandis que d'autres produiront des gains d'efficacité de nature environnementale si importants ou si ciblés que tous les consommateurs s'en trouveront mieux lotis, y compris ceux qui sont lésés par l'affaiblissement de la concurrence. En outre, certains accords pourraient être modifiés de manière à produire des avantages sans causer de préjudice. D'autres accords peuvent satisfaire au critère voulant que les consommateurs lésés et les consommateurs bénéficiant de l'avantage soient substantiellement les mêmes. Par exemple, les améliorations dans le domaine du changement climatique profitent à tout le monde, de sorte que les consommateurs lésés en bénéficieront dans une certaine mesure, et si ces consommateurs lésés sont également « tout le monde », ou presque (par exemple dans les accords sur les marchés des carburants ou de l'électricité), alors les deux groupes sont substantiellement les mêmes.

121. Mais cela ne sera pas vrai pour un accord portant sur des produits responsables d'émissions massives et consommés par un petit nombre (les voyages en avion en classe affaires, par exemple), car il est peu probable que la part des avantages reçue par ce petit nombre de consommateurs compense des prix plus élevés⁶⁶.

122. Il arrive donc que le dilemme ne puisse être évité, dans le cas d'un accord produisant des avantages généraux, peut-être pour l'ensemble des consommateurs, mais causant un préjudice anticoncurrentiel à *certaines d'entre eux*. Quelqu'un doit alors décider des intérêts qui prévalent. C'est uniquement à ces conflits complexes et peu fréquents que s'intéresse le présent document, en examinant tour à tour :

1. **Le principe** : les autorités de la concurrence sont-elles bien placées pour procéder à un tel arbitrage ?
2. **La pratique** : la prise en compte des gains d'efficacité environnementaux et similaires améliore-t-elle les résultats pour l'environnement ou pour la concurrence ?
3. Le rôle des **externalités**.
4. Le **champ d'application géographique** : faut-il prendre en compte des consommateurs ou citoyens étrangers ?

4.2.1. Dans le principe, une autorité de la concurrence est-elle bien placée pour juger si les bénéfices environnementaux justifient d'autoriser un préjudice anticoncurrentiel pour certains consommateurs ?

123. La décision d'admettre ou de rejeter une allégation de gains d'efficacité hors marché se traduira souvent par un gain pour certains au détriment d'autres. Se pose alors la question de la compétence d'une autorité de la concurrence pour en décider. Un accord sur des normes environnementales ou sociales minimales, par exemple, devra aller *au-delà des* normes imposées par la réglementation car, pour se conformer à la loi, il n'est généralement pas nécessaire de conclure un accord collusif⁶⁷. Si le gouvernement a choisi de ne pas imposer des normes plus strictes, comment une autorité de la concurrence pourrait-elle décider qu'aller au-delà de ce choix justifie un coût supplémentaire ?

124. Comme l'apprennent tous les étudiants en première année d'économie, ce dilemme peut être facilement résolu en appliquant l'optimum de Pareto, c'est-à-dire en ne retenant que les politiques qui profitent au moins à un individu et ne nuisent à personne. Malheureusement, en pratique, ce principe n'est pas d'une grande aide pour l'élaboration des politiques puisqu'il reviendrait à octroyer à tout groupe lésé par une politique, aussi petit ou peu recommandable soit-il, un droit de veto sur cette politique. En économie, le principe utilitariste de la maximisation du bien-être quitte à sacrifier les intérêts de certains trouve une forme d'expression dans le critère de « compensation » de Kaldor-Hicks selon lequel une politique est justifiée si les gagnants *sont susceptibles* de compenser les perdants, que cela se concrétise ou non. Cependant, l'application de ce critère n'est pas plus gage de bonne politique en ce qu'il pêche par l'excès inverse, en permettant toutes sortes de transferts neutres ou positifs du point de vue du bien-être (par exemple, une monopolisation avec un monopoleur qui pratique une discrimination parfaite par les prix et capte ainsi tout le surplus des consommateurs)⁶⁸.

125. Le critère de compensation ne permet pas non plus de déterminer *qui* doit être habilité à prendre de telles décisions. Les gouvernements centraux disposent de bien d'autres instruments pour garantir une compensation aux « perdants » d'une politique axée sur l'environnement, et sont donc beaucoup mieux placés pour traiter les questions de répartition. Par exemple, une autorité de la concurrence à qui l'on demande d'approuver un accord anticoncurrentiel qui réduit les émissions et augmente les prix de l'énergie n'a pas le pouvoir de mettre en place une aide pour les ménages vulnérables, tandis que le gouvernement pourra le faire.

126. Se pose également la question de la légitimité. Il faut que quelqu'un décide des objectifs politiques à poursuivre. De nombreux spécialistes de la concurrence sont favorables à ce que les autorités de la concurrence soutiennent la politique de leur gouvernement en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Très peu d'entre eux seraient favorables au soutien d'une politique de ces mêmes gouvernements qui consisterait à promouvoir des champions nationaux⁶⁹. Il ne fait aucun doute que les spécialistes de la concurrence s'accorderaient largement à considérer une politique de lutte contre le changement climatique comme bonne, et une politique visant à promouvoir les champions nationaux ou le protectionnisme comme mauvaise mais, dans une société démocratique, ce n'est pas à nous d'en décider. Certes, les autorités de la concurrence effectuent elles aussi des comparaisons interpersonnelles,

mais elles le font dans des limites étroites, définies par une autorité dûment constituée qui, dans les États membres de l'OCDE et dans de nombreux autres, est issue d'élections démocratiques.

127. L'étendue de ce pouvoir discrétionnaire délégué est une question d'opinion personnelle. Lianos (2018^[26]) évoque un champ d'intervention très large, qui s'étendrait à la lutte contre les inégalités structurelles, la résilience systémique et l'abus de réglementation, tout en précisant qu'il « ne plaide pas pour la transformation du droit de la concurrence en « droit tous domaines ». Pour citer une position contraire, Thomas soutient que le droit de la concurrence ne devrait poursuivre que des objectifs de concurrence, avançant que « sinon, les tests substantiels que doivent appliquer les autorités compétentes deviendront opaques, et les instances d'application du droit feront face à des tâches déconcertantes et potentiellement irréconciliables ».

128. Les avis divergeront quant à la détermination du point d'équilibre entre des considérations de principe, mais ces considérations suggèrent que tout traitement exceptionnel motivé par des facteurs environnementaux ou sociaux considérés comme constituant des gains d'efficacité hors marché doit être défini à l'avance par l'autorité habilitée, et expressément justifié et présenté comme une exception limitée à la règle.

129. C'est d'ailleurs l'approche retenue par les juridictions qui prévoient une exemption spécifique pour les gains d'efficacité hors marché de nature environnementale. La CMA et l'ACM citent toutes deux explicitement les accords portant sur le changement climatique (et, dans le cas de l'ACM, la politique ministérielle) pour justifier une exception limitée au principe général selon lequel les consommateurs lésés doivent bénéficier d'une compensation intégrale. En Autriche, l'exemption de la FCA pour motif environnemental dont peuvent bénéficier les ententes nationales résulte de la loi.

4.2.2. Dans la pratique, la prise en compte des gains d'efficacité environnementaux et similaires dans l'application du droit de la concurrence serait-elle réellement bénéfique pour l'environnement ou la concurrence ?

130. L'objet de ce débat est principalement de déterminer si, dans le principe, il est souhaitable ou non que les autorités de concurrence examinent les allégations de gains d'efficacité hors marché de nature environnementale. Mais il se pose également des questions pratiques quant à l'efficacité qu'il peut y avoir à admettre de telles allégations.

131. Les accords horizontaux entre entreprises permettent-ils, dans les faits, de promouvoir efficacement les objectifs environnementaux ? Quand serait-il plus efficace de poursuivre ces objectifs de cette manière que par le biais de la réglementation ? Le préjudice causé à la concurrence par ce type d'accords est-il significatif en pratique ? L'on dispose de très peu d'éléments permettant de répondre à ces questions qui, souvent, ne sont d'ailleurs même pas énoncées. Les partisans d'un élargissement des objectifs du droit de la concurrence, Ezrachi (2017^[27]) et Lianos (2018^[26]) par exemple, le justifient généralement par leur importance et, partant, considèrent comme acquis que leur incorporation dans le droit de la concurrence contribuera à leur réalisation⁷⁰.

132. Dans la pratique, ces questions sont généralement soulevées par des auteurs opposés à ces objectifs plus larges, tels Schinkel et Treuren (2021^[28]), qui relèvent que l'asymétrie d'information réglementaire pourrait justifier de préférer une politique laissant aux entreprises la possibilité de proposer des accords, plutôt qu'une action réglementaire directe. Une entreprise privée est peut-être plus à même de connaître les coûts et les avantages de ses propres possibilités de réduction des émissions que le gouvernement. Cependant, ils concluent que cela sera rarement bénéfique car cette même asymétrie d'information accroît la probabilité qu'une telle approche permette aux entreprises de pratiquer l'« écoblanchiment » et de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles substantielles pour un gain environnemental minime, voire inexistant.

133. Schinkel et Spiegel (2016^[29]) démontrent par un exemple mathématique que les accords contenant des normes environnementales ou sociales minimales peuvent réduire la motivation à investir et entraîner une baisse de la production et des avantages en matière de durabilité⁷¹. Les accords collusoires pourraient également générer des rentes dont les entreprises privées peuvent se servir pour contribuer à des objectifs de développement durable, ce qui revient à échanger l'offre d'un bien public contre les bénéfices d'une entente. Schinkel et Tóth (2020^[30]) soulignent qu'il est peu probable que cela soit une bonne affaire, et s'appuient sur plusieurs exemples ainsi que sur un modèle pour démontrer qu'en raison de motivations privées, les ententes ont tendance à fournir le minimum d'avantages sociaux pour un surcoût maximal pour les consommateurs. Ils concluent que « la simple existence d'une exemption pour « entente verte » sape l'effet de dissuasion »⁷².

134. Nombre d'observateurs ont fait valoir que plus ses objectifs seront larges, plus l'application du droit de la concurrence sera affaiblie. Dans son article au titre très explicite « Competition policy is not a stopgap! » (« La politique de la concurrence n'est pas un palliatif ! »), Peeperkorn (2021^[31]) soutient que le droit de la concurrence devrait rester axé sur les cas d'espèce et non sur la politique de la concurrence en général, et ce pour diverses raisons, parmi lesquelles l'incertitude et la complexité engendrées par la prise en compte d'objectifs plus larges, mais également en raison des préoccupations que cela suscite en matière d'écoblanchiment et d'efficacité de l'application du droit⁷³. Citant le principe de Tinbergen selon lequel il faut disposer d'autant d'instruments que l'on a d'objectifs de politique publique⁷⁴, il avance que la poursuite d'objectifs plus larges « [...] rendrait non seulement l'application du droit de la concurrence plus complexe, plus coûteuse, plus lente et moins sûre, mais changerait également la nature de la politique de la concurrence, et en ferait une forme dépassée de surveillance et de régulation du marché ».

135. Il manque dans la littérature une analyse empirique sur ce point, qui étudierait par exemple l'efficacité d'accords horizontaux de ce type à réduire la réduction des émissions, ou les préjudices anticoncurrentiels qui en résulteraient pour des groupes de consommateurs. Il est vrai que certains de ces effets sont difficiles à mesurer, mais une volonté plus forte de certaines autorités de la concurrence de les prendre en considération permettra de mettre en place des évaluations *ex post*.

4.2.3. Quels gains d'efficacité hors marché retenir comme motifs d'exemption ? - Le rôle des externalités

136. Dans sa Règle de politique, et plus largement dans le débat qui a entouré son élaboration, l'ACM a cité les externalités des accords portant sur les dommages environnementaux pour justifier la prise en compte des gains d'efficacité hors marché uniquement pour ces accords. Avant que les lignes directrices de l'ACM ou de l'UE sur les accords de durabilité ne soient finalisées, le président de l'ACM, Martijn Snoep, a exposé les raisons de cette distinction : « Pourquoi les voyageurs en classe affaires devraient-ils obtenir une compensation intégrale de leur préjudice résultant d'un accord hypothétique entre plusieurs compagnies aériennes imposant de tenir compte des externalités négatives des voyages en avion ? Par conséquent, pour des accords visant à corriger ces externalités négatives, il n'y a aucune justification logique à exiger que les consommateurs bénéficient d'une compensation intégrale pour, en substance, ne pas contribuer au changement climatique »⁷⁵.

137. Il s'agit ici d'une question essentiellement éthique, mais qui repose également sur des principes économiques : l'accord ne doit pas être considéré comme un avantage pour les consommateurs hors marché qui doit être justifié, mais plutôt comme la cessation d'un de leurs préjudices qui n'était pas justifié. Un tel accord pourrait être efficace d'un point de vue économique⁷⁶ dans la mesure où il élimine une externalité, ce qui pourrait permettre de relever les prix à hauteur de leur niveau socialement optimal, et non de les porter au-dessus de ce niveau comme nous pensons généralement que le font les ententes.

138. Bien que séduisant d'un point de vue éthique, ce principe ne répond pas directement aux objections essentiellement pragmatiques à la prise en compte des bénéfices hors marché. Tous les accords qui se traduisent par des gains globaux nets provenant de bénéfices hors marché améliorent

l'efficacité, en ce sens qu'ils maximisent le bien-être. Il est donc difficile de considérer que cela justifie d'admettre les allégations de gains d'efficacité hors marché de nature environnementale, tout en persistant à rejeter d'autres types de gains d'efficacité hors marché. Ainsi, une allégation de gains d'efficacité fondée sur un effet pro concurrentiel sur un autre marché, par exemple la facilitation de l'entrée sur le marché, remédierait également à une défaillance du marché. En tout état de cause, un accord collusif est rarement la bonne solution pour corriger une défaillance du marché.

139. Invoquer des externalités semble donc surtout utile pour rappeler le sens des responsabilités, c'est-à-dire en les utilisant comme argument éthique en faveur d'une différence de traitement pour certains accords environnementaux, plutôt que comme un moyen pratique de déterminer les gains d'efficacité hors marché qui doivent être pris en compte ou la façon dont ils doivent l'être.

4.2.4. Quid de la prise en compte du bien-être de personnes extérieures à la juridiction nationale ?

140. Qu'en est-il des avantages pour les consommateurs étrangers ? De manière générale, dans l'accomplissement de leurs missions, les autorités de la concurrence ne s'intéressent pas explicitement aux coûts ou aux avantages pour les personnes étrangères à leur juridiction, certaines juridictions autorisant même explicitement les ententes à l'exportation⁷⁷.

141. Sur le sujet spécifique du traitement de la réduction des émissions de gaz à effet de serre au niveau mondial, l'ACM a conclu : « Il va sans dire que limiter la répartition des bénéfices mondiaux de la réduction des émissions de CO₂ à la partie de ces bénéfices qui revient aux consommateurs européens rendrait impossible l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE aux accords de réduction du CO₂ conclus entre producteurs européens »⁷⁸.

142. En principe, pour satisfaire au mieux aux objectifs économiques et sociaux, la base de calcul doit être la même pour les coûts et les avantages. Souvent, les coûts et les avantages se manifesteront au sein de la juridiction, comme c'est le cas pour la plupart des questions soumises aux autorités de concurrence. Cependant, nombre d'accords environnementaux ont des effets plus larges. Dans certains cas, l'approche de la plupart des autorités de concurrence, qui consiste à ignorer les avantages pour les étrangers, peut être appropriée :

- Lorsque les entreprises fabriquent des produits qui sont consommés dans le monde entier, les coûts et les bénéfices étant susceptibles d'être partagés à l'échelle mondiale. Dans ce cas, le fait de ne pas tenir compte des intérêts des non-résidents revient à ignorer une partie des coûts comme des bénéfices. S'ils sont à peu près proportionnels (ce qui n'est pas forcément le cas), cette position se défend.
- Lorsque des entreprises participent à un accord mondial avec des entreprises situées en dehors de la juridiction, là encore, le fait de ne pas tenir compte des coûts et des avantages pour les non-résidents peut constituer un substitut raisonnable à une évaluation mondiale exhaustive.

143. Il n'est donc pas toujours approprié de considérer les avantages mondiaux (ou du moins de le faire sans intégrer les coûts mondiaux). La question soulevée par l'ACM sera particulièrement criante dans les conditions suivantes : un polluant mondial, des consommateurs concernés vivant dans l'UE, et un accord conclu uniquement entre des entreprises de l'UE. Dans une telle hypothèse, ne pas tenir compte du bien-être des personnes vivant en dehors de l'UE entraînera un grave décalage géographique entre les coûts et les bénéfices.

144. En tout état de cause, il serait bien sûr incohérent de la part de l'UE ou de toute autre juridiction de prendre en considération les avantages environnementaux qui ne relèvent pas de sa compétence géographique, alors qu'en général, elle n'autorise en aucun cas la prise en compte des gains d'efficacité hors marché. En pratique, donc, cette préoccupation se fonde dans le désaccord plus général sur cette question.

4.3. Aspects pratiques d'une prise en compte des gains d'efficience hors marché de nature environnementale

145. Les autorités de la concurrence qui tiennent compte des gains d'efficience lors de l'examen d'un accord par ailleurs interdit peuvent être amenées à opérer des arbitrages entre les bénéfices environnementaux et les préjudices sur deux périodes différentes et pour deux groupes d'intéressés différents. Comme nous l'indiquons plus haut, cela constitue un motif de refus pur et simple d'examiner de telles allégations, car l'autorité de la concurrence pourrait devoir y consacrer des ressources excessives, commettre des erreurs et même se laisser abuser par un « écoblanchiment », à la fois inefficace et anticoncurrentiel.

146. Les autorités de la concurrence et les tribunaux compétents ne sont certes pas experts en la matière, mais ils peuvent s'appuyer sur d'autres compétences au sein de leur propre juridiction, et il ne leur est pas demandé de « réinventer la roue ». De fait, l'OCDE elle-même, en dehors de ses fonctions en matière de concurrence, dispose d'orientations utiles sur ces questions, par exemple la publication (OCDE, 2019^[32]) *Analyse coûts-avantages et environnement, Avancées théoriques et utilisation par les pouvoirs publics*.

4.3.1. Évaluer les bénéfices pour l'environnement

147. Pour évaluer les avantages environnementaux, de même que pour d'autres avantages sociaux et similaires plus larges, les autorités de la concurrence devront souvent s'appuyer sur des estimations de valeur non marchande parce qu'elles ne disposent pas de prix, soit parce que les avantages sont hypothétiques, soit, plus fondamentalement, parce que les avantages sont des externalités ou des biens publics et qu'ils ne font donc pas l'objet de transactions commerciales.

148. L'UE et certaines autorités de la concurrence ont reconnu explicitement la valeur de non-utilisation (tels que le sentiment de satisfaction que peut procurer une consommation respectueuse de l'environnement) et les avantages collectifs (qui surviennent lorsqu'un groupe de personnes peut tirer profit d'une limitation de leur choix individuel à condition que tous le fassent) dans leurs lignes directrices sur le développement durable. Il est toutefois difficile de les évaluer.

149. La littérature économique sur l'évaluation de la disposition à payer pour des biens publics environnementaux ou sociaux est prolifique. Heureusement, l'ACM et la HCC ont fait une faveur aux spécialistes de la concurrence en commandant un Rapport technique sur la durabilité et la concurrence à Inderst, Sartzetakis et Xepapadeas pour explorer ce sujet⁷⁹. Après avoir examiné les principes pertinents de l'économie du bien-être, le rapport présente différentes méthodes d'évaluation de la disposition à payer, y compris les préférences révélées par le comportement d'achat, le cas échéant, ainsi que plusieurs formes de préférences déclarées (enquêtes).

150. L'un des problèmes fondamentaux de l'évaluation des avantages environnementaux ou autres avantages similaires réside dans le fait qu'il est peu probable que les enquêtes portant sur ces questions reçoivent des réponses exactes. Les répondants non avertis peuvent ne pas comprendre ou ne pas se soucier de la valeur à déclarer en réponse à des questions plutôt abstraites, tandis que les répondants plus avertis peuvent faire des réponses stratégiques et indiquer des valeurs exagérées en fonction de leurs préférences pour que les résultats aillent dans leur sens⁸⁰. Le rapport se penche sur plusieurs approches (telles que l'analyse conjointe) qui pourraient remédier autant que faire se peut à ces problèmes, comme le fait Watson (2021^[33]) dans sa contribution à la discussion du Comité de la concurrence de l'OCDE sur le sujet.

151. Un autre problème fondamental se pose, à savoir la complexité même de certaines analyses environnementales, telles que les fonctions de dommage nécessaires pour estimer le prix fictif (la valeur

marchande implicite pour aboutir à un résultat optimal pour la collectivité) de polluants tels que les gaz à effet de serre.

152. Dans la pratique toutefois, il sera rarement judicieux pour une autorité de la concurrence de consacrer des ressources à l'évaluation de ces éléments car des organismes plus spécialisés l'auront déjà fait⁸¹. Ce sera notamment le cas pour les principaux problèmes environnementaux. Les gouvernements définissent souvent des prix fictifs pour des polluants importants tels que les émissions acides et les gaz à effet de serre. La plupart des gouvernements des États membres de l'OCDE se sont dotés de programmes relatifs au changement climatique ou intègrent les coûts des émissions dans l'évaluation des coûts et des avantages des politiques. On trouve également des estimations fondées sur le marché, qui sont fournies par les marchés de permis négociables, bien qu'en tant qu'institutions publiques, les autorités de la concurrence soient probablement plus enclines à s'appuyer sur des évaluations gouvernementales.

153. Si toutes ces mesures sont déjà utilisées par d'autres organismes publics, on voit mal pourquoi une autorité de concurrence ne se contenterait pas de les adopter plutôt que de se lancer dans sa propre évaluation. Ces difficultés peuvent donc être moins importantes en pratique qu'on ne le prétend parfois. Le recours à ces mesures publiques améliore également la prévisibilité et la transparence de l'application du droit de la concurrence. Cela laisse à l'autorité de concurrence le soin d'évaluer si et dans quelle mesure un projet d'accord pourrait contribuer à ces objectifs plus larges ; il est vraisemblable que les autorités de la concurrence qui examinent ces allégations continueraient alors à appliquer des barrières procédurales, en faisant peser la charge de la preuve sur les parties à l'origine de l'accord. Bien entendu, l'autorité de la concurrence devrait également évaluer toute restriction de la concurrence.

4.3.2. Actualisation

154. En matière de concurrence, nombre de décisions impliquent de comparer des coûts et des avantages à différents moments. Pour ce faire, il convient en principe de recourir à l'actualisation bien que, en pratique, les autorités de la concurrence s'en préoccupent rarement pour des horizons à court terme. Les lignes directrices de l'UE concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, indiquent par exemple que « Le taux d'actualisation appliqué doit refléter le taux d'inflation, le cas échéant, et les intérêts perdus, pour refléter la valeur plus faible des gains futurs ».

155. Cependant, les bénéfices environnementaux peuvent mettre en cause des périodes beaucoup plus longues. Il est alors plus pertinent d'appliquer un taux d'actualisation, qui peut être différent de celui appliqué à court terme. Dans son document de travail sur le développement durable, la HCC s'oppose à cette disposition en affirmant que « cette approche minimise les avantages et les coûts futurs et peut être considérée comme biaisant l'analyse en faveur des générations actuelles par rapport aux générations suivantes, à moins que l'accent ne soit mis entièrement sur les effets sur l'innovation (axée sur le développement durable) »⁸².

156. Cela dit, tout dépend du taux d'actualisation choisi. Pour évaluer le bien-être d'un groupe spécifique de consommateurs, les autorités de la concurrence et les tribunaux utiliseront le plus souvent un taux d'intérêt du marché, car il reflète les possibilités qu'ont ces consommateurs de modifier le profil de leur bien-être au fil du temps. En revanche, pour les allégations de gains d'efficacité hors marché concernant la société dans son ensemble, un taux d'actualisation social sera généralement plus approprié. Or, la HCC s'inquiétait justement du fait que les taux d'actualisation sociaux sont généralement beaucoup plus bas que les taux d'intérêt du marché, précisément parce qu'ils prennent en compte les intérêts des générations futures.

157. Heureusement, une fois de plus, il existe des solutions. La plupart des gouvernements disposent d'un taux d'actualisation social standard qui s'applique à l'analyse coûts-avantages dans le secteur public, et certains disposent d'un taux plus bas pour le long terme. En outre, dans la plupart des cas, les prix fictifs des polluants basés sur des fonctions de dommages intègrent déjà une évaluation actualisée des

bénéfices futurs. Dans les États membres de l'OCDE, le ministère des finances, le ministère de l'environnement ou le service statistique du gouvernement central peuvent généralement apporter leur aide sur ces questions. Une fois encore, les autorités de la concurrence n'ont donc peut-être pas à se charger elles-mêmes des actualisations à long terme et peuvent s'aligner sur la politique gouvernementale existante.

5. Conclusions

158. Une fois le préjudice au sein d'un marché pertinent évalué, les autorités de concurrence et les tribunaux doivent-ils tenir compte des bénéfices en dehors de ce marché ? Alors qu'à première vue, la question peut sembler purement technique, y répondre est tout sauf simple. Elle fait appel à des considérations éthiques qui ne font pas toujours consensus, ainsi qu'à des considérations constitutionnelles, institutionnelles et juridiques qui sont spécifiques à chaque juridiction. Sans surprise, les pratiques varient donc d'un pays à l'autre, et il ne fait aucun doute que cette situation va perdurer.

159. Toutefois, il se dégage quelques principes clairs :

- Toute évaluation commence par l'examen du préjudice au sein d'un marché, dont l'élimination ou la prévention est l'objectif principal de toutes les autorités de la concurrence. Les allégations de gains d'efficacité, dans le marché en cause ou dans un marché distinct, qui sont susceptibles d'influer sur cette évaluation sont soumises à des contraintes procédurales. La prise en compte des gains d'efficacité hors marché n'implique donc pas que l'autorité de concurrence doive se désintéresser du préjudice causé à la concurrence pour viser un résultat optimal en faisant la somme de critères abstraits de bien-être.
- Dans leurs règles officielles, la plupart des juridictions opèrent une distinction entre les gains d'efficacité dans le marché considéré et les gains d'efficacité hors marché, et toutes appliquent peut-être cette distinction en pratique. Dans certaines juridictions, la distinction est particulièrement tranchée, et les gains d'efficacité hors marché ne sont pris en compte que dans des circonstances exceptionnelles. D'une manière générale, ces circonstances tiennent soit à la nature inextricablement liée des marchés (qui fait qu'il est difficile de concevoir une mesure à même d'éliminer le préjudice), soit à des consommateurs communs.
- La détermination du marché peut donc jouer un rôle important en traçant une frontière entre les allégations de gains d'efficacité qui sont admissibles et celles qui ne le sont pas, ce qui va à l'encontre de l'approche dominante, qui consiste à éviter de dépendre d'une délimitation stricte du marché en cause pour analyser des effets concurrentiels. Le problème semble plus criant pour les marchés multifaces, pour lesquels le test du monopoleur hypothétique (TMH) ne permet pas d'aboutir de manière non équivoque à la « bonne » définition du marché.
- Les gains d'efficacité de nature environnementale et similaires se manifestent souvent « hors marché ». Plusieurs autorités de la concurrence soutiennent ardemment que les crises environnementales sont si graves et revêtent un tel caractère d'urgence que les gains d'efficacité environnementaux méritent un traitement spécial. En revanche, d'autres s'interrogent sur les résultats de cette approche, tant en ce qui concerne la réalisation des objectifs environnementaux que ses effets sur la concurrence.

160. En théorie, admettre les allégations de gains d'efficacité hors marché pourrait bouleverser l'examen des fusions et des accords dans les juridictions qui limitent actuellement ces allégations. En pratique, ce ne serait probablement pas le cas. Pour commencer, il est très rare que les allégations de gains d'efficacité soient toutes admises sans distinction, et la plupart des juridictions qui autorisent celles concernant des gains d'efficacité hors marché prévoient des barrières procédurales au moins aussi élevées que pour les gains d'efficacité qui se produisent dans le marché ; de manière implicite, ces barrières sont même souvent plus importantes. Ensuite, lorsque certains consommateurs sont lésés tandis

que d'autres y gagnent, il est souvent possible de concevoir des mesures correctives séparant les deux groupes de consommateurs. Le fonctionnement des entreprises et de l'économie ne semble pas différer grandement entre les juridictions qui admettent de telles allégations et celles qui ne le font pas. En pratique, pour de nombreuses espèces, les décisions visant à renforcer l'interdiction de ces considérations ou à les libéraliser n'auront souvent que peu d'incidence.

161. Néanmoins, les autorités de la concurrence pourraient envisager de revoir la façon dont elles traitent les allégations de gains d'efficacité hors marché :

- Si l'on devait s'orienter vers une plus grande prise en compte des gains d'efficacité hors marché en général, il serait logique d'en tenir compte à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre afin de définir les rares circonstances dans lesquelles ces gains pourraient être pris en compte, comme nous l'avons vu à la section 3.2 ci-dessus. Toutefois, la pratique internationale ne semble pas s'orienter dans cette direction.
- Il pourrait être utile d'envisager de reformuler les restrictions s'appliquant aux allégations de gains d'efficacité pour aller « au-delà du groupe lésé », plutôt que d'utiliser le marché pertinent comme critère. Cela permettrait de traiter de manière plus cohérente les effets distributifs à l'intérieur et à l'extérieur du marché en cause, et limiterait les conséquences relativement arbitraires de la définition du marché pertinent sur la prise en compte ou non des gains d'efficacité, comme indiqué à la section 2.4. Il sera peut-être nécessaire d'ajuster en conséquence la position générale en ce qui concerne les gains d'efficacité « au-delà du groupe lésé » (et de trouver une meilleure terminologie)⁸³.
- Sinon, il conviendrait de réfléchir à une exception pour les marchés multifaces afin que la définition du marché ne soit pas décisive pour l'évaluation. Pour ces marchés, la délimitation du marché pertinent n'est pas évidente, et il n'y a aucune raison pour que le résultat de cet exercice détermine également les groupes dont le bien-être doit être pris en compte dans l'évaluation globale, comme indiqué à la section 2.5.
- Des études probantes sont nécessaires pour savoir si l'approbation d'accords par ailleurs anticoncurrentiels peut effectivement promouvoir des objectifs environnementaux, comme nous l'avons vu à la section 4. . À l'heure actuelle, la majorité des partisans de ces exemptions considèrent cette conséquence comme acquise, tandis que ceux qui s'y opposent invoquent essentiellement des raisons de principe. Il serait utile de disposer de preuves empiriques des effets d'un accord de durabilité spécifique. Si et lorsqu'un tel accord venait à être approuvé (par exemple en dehors de l'UE, ou au sein de l'UE si l'accord répond au critère de « similitude substantielle »), il conviendrait de mettre en place un suivi pour permettre une étude *ex post*.
- D'un point de vue purement pratique, comme indiqué à la section 4.3, les autorités de la concurrence peuvent être réticentes à utiliser une partie de leurs ressources pour estimer elles-mêmes les gains d'efficacité découlant d'accords environnementaux. Or, des mesures des prix fictifs ont déjà été publiées, et elles sont utilisées pour d'autres décisions dans le secteur public. Et lorsqu'elles font défaut, il peut être préférable de demander au ministère compétent un avis sur les résultats environnementaux dans un cas particulier, tout en réservant bien entendu à l'autorité de concurrence ou au tribunal la décision de les mettre en balance avec les effets sur la concurrence.

Notes de fin

¹ Lignes directrices relatives à l'examen des fusions horizontales, consultables à l'adresse <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/GUIDE%20FOR%20HORIZONTAL%20MERGER%20REVIEW.pdf>

² Un exemple parmi tant d'autres : l'Irlande exige que le gain d'efficacité « (a) soit spécifique à la fusion, (b) soit vérifiable, et (c) profite aux consommateurs ». (Lignes directrices relatives aux fusions de la CCPC, <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/CCPC-Merger-Guidelines-1.pdf>).

³ Lignes directrices de l'UE sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03)

⁴ Par exemple, les lignes directrices coréennes énumèrent dans un premier temps les gains d'efficacité du côté de la production ainsi que ceux qui profitent à l'économie nationale, et exigent dans un deuxième temps qu'ils soient spécifiques à la fusion, imminents et « démontrés avec une quasi-certitude au-delà d'une simple attente ou d'un souhait » (KFTC, « Guidelines for Combination of Enterprises Review », [://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2857&bbsId=BBSMSTR_000000003634&bbsTyCode=BBST11](http://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2857&bbsId=BBSMSTR_000000003634&bbsTyCode=BBST11)).

⁵ (Hovenkamp, 2016^[34]): « [D]es allégations d'efficacité . . . sont régulièrement présentées, mais elles sont rarement jugées comme justifiant une fusion considérée de prime abord comme contraire au droit ». (Kuoppamäki et Torstila, 2015^[35]) ont analysé toutes les fusions examinées par la CE de 1991 à 2014 et constaté que « dans les cas critiques en revanche, les arguments d'efficacité n'ont jamais été décisifs dans la pratique de la Commission ». Plus tard, en 2016, l'affaire FedEx/TNT a constitué une exception (mais des contraintes concurrentielles suffisantes ont également été constatées). En ce qui concerne les accords, (Brook, 2022^[14]) relève que « La Commission n'ayant pas accepté de moyen de défense fondée sur l'article 101, paragraphe 3, du TFUE depuis mai 2004, elle n'a pas eu l'occasion d'accepter des bénéfices non économiques pour justifier une exception. »

⁶ Voir (OECD, 2023^[1]).

Dans un article soutenant largement la position de Bork, Meese (2012^[52]) relève : « Ainsi, au lieu d'opposer « producteurs » et « acheteurs » sur un marché unique, les opérations qui, à la fois, augmentent les prix et créent des gains d'efficacité, exigent de la politique de la concurrence qu'elle règle un conflit entre, d'une part, les acheteurs du marché initial et, d'autre part, ceux d'autres marchés. »

⁸ Comme l'expose Werden dans (2014^[37]).

⁹ Bork est toutefois très sceptique quant à la capacité des tribunaux à maximiser le bien-être d'une quelconque façon et plaide en faveur de présomptions générales, sans suggérer que les tribunaux devraient s'efforcer de pratiquer cette analyse au cas par cas. Voir (Crane, 2015^[38]).

¹⁰ Bien que le Canada soit en train de discuter d'une éventuelle révision de ses lignes directrices, après les modifications apportées en 2022 à sa loi sur la concurrence, y compris, entre autres, les gains

d'efficacité dans le contrôle des fusions, son approche s'est rapprochée de la norme du bien-être du consommateur.

¹¹ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009, paragraphe 30. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>

¹² États-Unis contre Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972).

¹³ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 49 (1977). Voir, par exemple, (Werden, 2017^[11]).

¹⁴ (DoJ et FTC, 2006, p. 57^[39]).

¹⁵ Si l'on effectue une lecture littérale des Lignes directrices du Royaume-Uni relatives à l'appréciation des concentrations, c'est l'approche inverse qui se dégage, avec une distinction entre les gains d'efficience qui renforcent la rivalité sur le marché, et les bénéfices pour les consommateurs qui pourraient se manifester sur tout autre marché au Royaume-Uni. Toutefois, on peut supposer que rien n'empêche que ces bénéfices soient générés par une rivalité accrue sur ces autres marchés, de sorte que cette position équivaut à accepter le principe des allégations de gains d'efficience hors marché (bien qu'il y soit rarement fait droit, comme le relèvent les lignes directrices).

¹⁶ Rapport annuel de la COMCO 2019, page 6, https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2020/jahresbericht_2019.pdf.download.pdf/Annual%20Report%202019.pdf

¹⁷ Des bienfaits économiques plus larges peuvent également être pris en compte, mais par le ministre compétent, et non par le Bundeskartellamt, et dans le cadre d'une procédure différente.

¹⁸ Lignes directrices relatives à la position dominante dans le contrôle des concentrations https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6

¹⁹ Bundeskartellamt, affaire B7-200/07 – KFG /Orion, décision du 3.4.2008, p. 36, para. 270

²⁰ <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-horizontal-agreements> Le projet de lignes directrices ultérieur sur les accords de durabilité prévoit une exemption limitée pour certains accords environnementaux, comme nous le verrons à la section 4.

²¹ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/guidelines/7-pdf>

²² https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/191217GL.pdf. Toutefois, de nouvelles lignes directrices publiées en mars 2023 semblent prévoir quelques exceptions limitées, notamment en ce qui concerne les bénéfices environnementaux, comme nous le verrons à la section 4.

²³ Article 55, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/Federal_Economic_Competition_Law.pdf.

²⁴ <https://www.accc.gov.au/about-us/media/media-updates/accc-authorises-renewable-energy-buying-groups-in-victoria-and-western-australia>

²⁵ Le Royaume-Uni est l'une des principales juridictions à adopter cette position, la dernière version de ses lignes directrices sur les fusions reléguant pour ainsi dire la détermination du marché à l'arrière-plan.

Toutefois, comme nous le notions plus haut, ces mêmes lignes directrices précisent que la CMA peut prendre en considération les avantages pour les consommateurs dans n'importe quel marché au Royaume-Uni, de sorte que l'incidence d'une délimitation floue du marché semble négligeable ; en principe, elle n'affecterait en effet que les allégations de gains d'efficience « intensifiant la rivalité » qui doivent se produire dans le même « marché ».

²⁶ Projet de Communication sur la définition du marché, 2022, disponible à l'adresse https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en

²⁷ Werden (2023^[36]), s'oppose à l'exclusion de toute considération des gains d'efficacité hors marché dans le projet de lignes directrices sur les fusions de 2023, dans des termes lapidaires : « Un juge qui estimerait que les gains d'efficacité doivent être pris en compte pourra toujours le faire. Il suffirait que le tribunal définisse un marché pertinent suffisamment large pour garantir que les gains d'efficacité se produisent au sein du marché pertinent. Et c'est la qualité de l'analyse concurrentielle qui en pâtirait. »

²⁸ Hovenkamp (2019^[40]) note qu'aux États-Unis, le critère du bien-être du consommateur couvre les parties lésées en amont, même si l'emploi du terme « consommateur » n'est pas particulièrement adaptée. « *Ce que nous souhaitons réellement, c'est un terme pour désigner une certaine catégorie d'acteurs qui subit un préjudice, que celui-ci résulte du prix d'achat plus élevé, ou du prix de vente plus bas qui accompagne une réduction de la production liée à un monopole.* »

²⁹ (OECD, 2018^[6]).

³⁰ L'auteur a travaillé pour Spotify, Match.com, Epic Games et d'autres entreprises sur des cas d'app stores.

³¹ L'auteur a été mandaté en qualité d'expert observateur par des avocats représentant des détaillants britanniques dans le cadre d'une action de suite contre les commissions d'interchange de Mastercard portée devant le Competition Appeal Tribunal du Royaume-Uni. Les derniers demandeurs à cette action (Asda et Morrisons) ont conclu un accord avec Mastercard juste avant l'ouverture du procès, en janvier 2023.

³² MasterCard Inc c. Commission européenne (Affaire C-382/12 P) (2014) 5 CMLR 23.

³³ 138 S. Ct. 2274 (2018)

³⁴ Une autre interprétation pourrait être que dans chacune des affaires, les autorités ont, dans les faits, défini le marché de manière à ce qu'il corresponde à l'approche qui avait leur préférence pour l'analyse des effets du comportement.

³⁵ Comme cité dans l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire Sainsbury's Supermarkets Ltd et autres contre MasterCard Incorporated et autres (2020), UKSC 24. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0154-judgment.pdf>

³⁶ Arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire Sainsbury's Supermarkets Ltd et autres contre MasterCard Incorporated et autres (2020), UKSC 24.

³⁷ C-382/12 P - MasterCard et autres c/ Commission.

³⁸ American Express, citations et discussion dans Alexander et al (2022).

³⁹ Selon l'opinion dissidente, même à considérer les deux faces comme appartenant au même marché, l'avis de la majorité serait erroné parce qu'American Express avait augmenté les frais des commerçants sans compenser entièrement cette augmentation par des paiements moins élevés pour les titulaires de cartes.

⁴⁰ Voir Niels (2019_[41]) pour un point de vue opposé.

⁴¹ Mis à part celui des étrangers, dans la plupart des juridictions, mais là encore, cette question est controversée en raison des avantages pour l'environnement au niveau mondial, comme indiqué à la section 4.2.4ci-dessous.

⁴² Voir (Crane, 2015_[38]) et (Werden, 2017_[11]) pour plus de détails.

⁴³ Voir (OECD, 2023_[48]).

⁴⁴ Voir par exemple (Crane, 2015_[38]) : « la justification la plus convaincante de la règle de s'en tenir au marché est que la mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels au-delà du périmètre du marché accroît indûment la complexité de la prise de décision sur les questions de concurrence ».

⁴⁵ Ce que craignent Hemphill et Rose (2017_[18]) si les instances américaines venaient à s'ouvrir davantage aux allégations de gains d'efficacité hors marché.

⁴⁶ (Rybnicek et Wright, 2014_[22]).

⁴⁷ Pour l'UE par exemple, voir https://www.compasslexecon.com/wp-content/uploads/2021/04/CL_Expert-Opinion_Analysing-EC-Merger-Decisions_April-2021.pdf. L'auteur a travaillé chez Compass Lexecon jusqu'en mai 2023.

⁴⁸ En excluant les juridictions qui appliquent une norme de bien-être total, ce qui est fondamentalement différent d'une ouverture aux gains d'efficacité hors marché.

⁴⁹ (Baker, 2019, p. 193_[10]).

⁵⁰ (Yun, 2022_[23]). Nous avons modifié l'ordre des quatre conditions pour l'adapter à la structure narrative du présent document.

⁵¹ Yun aborde cet aspect « plutôt dans un souci d'exhaustivité que pour présenter une nouvelle idée », et considère que cela reflète les interdépendances du côté de l'offre, bien que l'on puisse soutenir que cela fait également écho à sa proposition de considérer les compléments du côté de la demande étant donné que les produits dans une chaîne d'approvisionnement verticale *sont* des compléments du côté de la demande.

⁵² Voir Alexander et Salop (2023_[17]) en ce qui concerne le pouvoir de monopsonie, en particulier sur les marchés du travail.

⁵³ Cela peut sembler négatif, mais c'est la seule pertinence des gains d'efficacité hors marché de nature environnementale ou sociale. La politique de la concurrence peut promouvoir ces objectifs de multiples façons ; le présent document se limite à celles qui consistent à autoriser davantage de comportements anticoncurrentiels.

⁵⁴ « En tenant compte des conditions précisées dans l'autorisation, l'ACCC a acquis la conviction que, quelles que soient les circonstances, l'acquisition projetée entraînerait, ou serait susceptible d'entraîner,

un bénéfice pour le public qui l'emporterait sur le préjudice pour le public qui résulterait, ou serait susceptible de résulter, de l'acquisition projetée. » <https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/merger-authorisations-register/brookfield-lp-and-midocean-proposed-acquisition-of-origin-energy-limited>. Bien que cette autorisation entre dans les compétences de l'ACCC, elle a été considérée comme inhabituelle et a suscité de nombreuses réactions, ce qui illustre la conclusion selon laquelle, dans la pratique, les autorités de la concurrence qui sont ouvertes aux allégations de gains d'efficacité hors marché ne se comportent pas très différemment de celles qui ne le sont pas.

⁵⁵ Tous les exemples sont repris de (OECD, 2016^[42]) et ne tiennent pas compte d'éventuels développements ultérieurs.

⁵⁶ (OECD, 2016^[42]) encadré 5, citant (Geradin et Gurgenson, 2011^[43]).

⁵⁷ Récemment, une table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE a été consacrée à l'interaction entre le contrôle des fusions et l'examen des investissements.

<https://www.oecd.org/daf/competition/the-relationship-between-fdi-screening-and-merger-control-reviews-2022.pdf>

⁵⁸ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2023/C 259/01), ci-après les « Lignes directrices de l'UE de 2023 ».

⁵⁹ Voir, par exemple, (Holmes, 2020^[49]) qui défend cette thèse, et (Loozen, 2019^[44]) qui s'y oppose.

⁶⁰ Lignes directrices de l'ACM en matière de développement durable, par. 48. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>

⁶¹ https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/AFCA_Sustainability_Guidelines_English_final.pdf

⁶² https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf

⁶³ Projet de lignes directrices de la CMA sur les accords de durabilité, paragraphe 6.4.

⁶⁴ Consultable en anglais à l'adresse <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/March/230331.html>

⁶⁵ Comme l'exemple de cas n°14, qui conclut qu'un accord de réduction des émissions de gaz à effet de serre impliquant une légère augmentation du coût des conteneurs serait acceptable.

⁶⁶ Il se peut que ces consommateurs eux-mêmes accordent une grande valeur à la réduction des émissions mais, dans ce cas, la question d'une action collective ne se pose pas, et un accord n'est donc pas nécessaire. Il leur (nous) suffit de renoncer à prendre l'avion.

⁶⁷ La réponse de la CMA à la consultation lancée par la Commission européenne sur son projet de lignes directrices sur les restrictions horizontales a identifié une exception : lorsque de tels accords sont nécessaires pour soutenir des normes juridiques qui ne sont pas appliquées de manière adéquate, par exemple dans certains pays en développement. Voir <https://www.acm.nl/system/files/documents/response-acm-public-consultation-horizontal-block-exemptions-and-guidelines.pdf>

⁶⁸ Plus généralement, bien que certains économistes rejettent l'idée de transferts de bien-être au motif qu'ils seraient neutres d'un point de vue éthique (« un simple transfert de revenus entre deux catégories de consommateurs », comme l'a dit Bork), il n'en va généralement pas de même pour le vol. Si la société estime que l'utilisation coercitive du pouvoir de marché est répréhensible, elle ne sera pas neutre lorsque ceux qui exercent le pouvoir de marché en tirent profit.

⁶⁹ Comme l'ont fait par exemple les gouvernements français et allemand lors du projet de fusion entre Siemens et Alstom.

⁷⁰ Ainsi que nous l'avons expliqué de manière plus générale ailleurs. Davies (2019^[46]) fait observer que les tenants de la poursuite d'objectifs plus larges dans l'application des règles de concurrence tirent généralement argument de l'importance de ces objectifs et de l'importance relativement moindre d'objectifs de concurrence plus étroits, plutôt que de démontrer qu'une telle approche est réellement efficace. Il se peut qu'elle le soit, mais la politique économique réservant bien des surprises quant à ses conséquences, il faut se garder de le prendre pour argent comptant. Très peu de publications, par exemple, apportent la preuve que la prise en compte des considérations relatives à l'emploi réduit effectivement le chômage.

⁷¹ Schinkel, Spiegel et Treuren, 2022 ^[50] (2022^[50]) ont actualisé cette analyse, qu'ils ont étendue aux investissements conduisant à des réductions du coût marginal (ce qui élimine la conclusion perverse des précédents travaux, à savoir que les accords collusoires portant sur la production elle-même pourraient profiter aux consommateurs grâce à des investissements plus importants dans le domaine du développement durable).

⁷² (Schinkel et Tóth, 2020^[30]).

⁷³ Peeperkorn craint en particulier que si les externalités positives pour l'environnement sont prises en compte dans les allégations de gains d'efficacité hors marché, les externalités négatives doivent l'être également, de sorte que les autorités de la concurrence devraient prendre des mesures même en l'absence de problèmes de concurrence. Toutefois, cette symétrie ne va pas forcément de soi : admettre les allégations de gains d'efficacité hors marché uniquement pour justifier un préjudice concurrentiel semble cohérent avec la manière dont le droit de la concurrence est actuellement appliqué, et l'on ne voit pas trop pourquoi cela devrait inévitablement déboucher sur la prise en compte des « préjudices hors marché ». Les juridictions qui autorisent les allégations de gains d'efficacité hors marché ne traitent pas les préjudices hors marché de cette manière.

⁷⁴ Le principe de Tinbergen doit son nom à Jan Tinbergen, premier lauréat du prix Nobel d'économie. Tenter d'utiliser les taux d'intérêt pour contrôler à la fois l'inflation et le taux de change, par exemple, est voué à l'échec pour au moins l'un des deux. Un parallèle peut être fait avec les institutions : des autorités indépendantes doivent être chargées d'un objectif spécifique.

⁷⁵ <https://www.acm.nl/en/publications/speech-acm-what-fair-and-efficient-face-climate-change>. Cette allocution portait sur le premier projet de lignes directrices, mais la formulation sur laquelle M. Snoep se prononçait figure également dans la version finale publiée au journal officiel.

⁷⁶ De même qu'un accord qui offrirait une compensation aux voyageurs d'affaires, comme le relève Coase (1960^[51]), mais ce veto du pollueur n'est pas le principe sur lequel reposent la plupart des politiques environnementales.

⁷⁷ Un sujet que le Comité de la concurrence de l'OCDE a examiné sans succès, malgré le plaidoyer vigoureux de son président pour mettre un terme à ces ententes en raison du préjudice qu'elles causent aux consommateurs et aux pays à faibles revenus.

⁷⁸ Réponse de l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés (2022) à la consultation publique sur le projet de révision des règlements d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur les restrictions horizontales, <https://www.acm.nl/system/files/documents/response-acm-public-consultation-horizontal-block-exemptions-and-guidelines.pdf>

⁷⁹ Disponible à l'adresse https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf et sur le site Internet de la HCC.

⁸⁰ L'auteur a travaillé un temps dans une petite société de conseil qui a mené une enquête par courrier électronique auprès de ses 25 employés (qui travaillaient dans un espace partagé) leur demandant de voter pour la température qu'ils préféreraient dans leur bureau. Plusieurs répondants ont voté zéro ou cent degrés Celsius, le minimum et le maximum disponibles sur le formulaire de vote, sans doute pour influencer, à la baisse ou à la hausse, sur le résultat. L'initiative a été abandonnée et la température a été déterminée de manière non démocratique par la direction.

⁸¹ Comme l'indique également le rapport technique commandé par la HCC et la CMA, qui fournit par exemple des liens vers des sources sur les prix fictifs du CO₂.

⁸² Les taux d'actualisation positifs ont plusieurs raisons d'être, parmi lesquelles l'impatience, mais également la possibilité que l'activité en question n'existe pas à l'avenir, et la croissance économique. Pour une actualisation à très long terme, le taux approprié peut être très bas ; en effet, on peut soutenir que seule une prévision de croissance positive justifie de considérer le bien-être des générations futures comme moins important que celui de notre génération (parce qu'elles seront plus riches). La littérature sur le changement climatique, dont des synthèses ont été réalisées par le GIEC par exemple <https://archive.ipcc.ch/ipccreports/tar/wg3/index.php?idp=281> ou par (Stern, 2006^[47]), fait généralement état de taux d'actualisation bien inférieurs aux taux du marché, sans aller aussi loin que le document de travail de la HCC, qui considère tout taux positif comme inéquitable.

⁸³ Tatos et Singer (2022^[53]) font une proposition similaire dans un article soutenant que seuls les gains d'efficacité qui offrent une compensation aux consommateurs lésés devraient être pris en compte, indépendamment de la délimitation du marché (en particulier pour les commissions d'interchange et d'autres marchés multifaces).

Bibliographie

- Alexander, L. et S. Salop (2023), « Antitrust worker protections: The rule of reason does not allow counting of out-of-market benefits », *University of Chicago Law Review*, vol. 90/273, <https://perma.cc/UN4V-9GKR>. [17]
- Baker, J. (2019), *The Antitrust Paradigm*, Harvard University Press. [10]
- Bork, R. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*, New York: Basic Books. [9]
- Brook, O. (2022), *Non-Competition Interests in EU Antitrust Law: An Empirical Study of Article 101 TFEU*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781108946674>. [14]
- Coase, R. (1960), « The problem of social cost », *The journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1-44. [51]
- Crane, D. (2015), « Balancing Effects Across Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 80/2, pp. 391-411, <https://repository.law.umich.edu/articles/1773/>. [38]
- Davies, J. (2019), *Means and Ends in Competition Law Enforcement*, <https://awards.concurrences.com/en/awards/2020/academic-articles/means-and-ends-in-competition-law-enforcement>. [46]
- DoJ, U. et FTC (2023), *Draft Horizontal Merger Guidelines*, <https://www.justice.gov/atr/d9/2023-draft-merger-guidelines>. [13]
- DoJ, U. et FTC (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, <https://www.justice.gov/d9/383663.pdf>. [39]
- Ducci, F. (2016), « Out-of-Market Efficiencies, Two-Sided Platforms and Consumer Welfare: A Legal and Economic Analysis », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 12/3, pp. 591-622, <https://ssrn.com/abstract=2767246>. [24]
- Ezrachi, A. (2017), « Sponge », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5/1, pp. 49-75. [27]
- Filistrucchi, L. et al. (2013), « (2013) "Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice », *TILEC Discussion Paper No. 2013-009, Tilburg Law School Research Paper No. 09/2013*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2240850>. [21]
- Geradin, D. et I. Girgenson (2011), « Industrial policy and European Merger Control – A reassessment », *TILEC Discussion paper No. 2011 – 053*. [43]
- Hemphill, C. et N. Rose (2017), « Mergers that harm sellers », *The Yale Law Journal*, vol. 127/2078, https://www.yalelawjournal.org/pdf/HemphillRose_m2dfkbhr.pdf. [18]

- Holmes, S. (2020), « Climate Change and Competition Law », *Best Practise Roundtables on Competition Policy*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)94/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)94/en/pdf). [49]
- Holmes, S., D. Middelschulte et M. Snoep (dir. pub.) (2021), *Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change*, Concurrences, https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/464278/1/EBP078229758_0.pdf. [28]
- Hovenkamp, H. (2019), « Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 18-15 », *Journal of Corporation Law*, vol. 45, p. 101, <https://ssrn.com/abstract=3197329>. [40]
- Hovenkamp, H. (2016), « Appraising Merger Efficiencies », *George Mason Law Review* 24. [34]
- Kuoppamäki, S. et P. Torstila (2015), « Is There a Future for an Efficiency Defence in European Merger Control? », <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2727171>. [35]
- Lianos, I. (2018), « Polycentric competition law », *Current Legal Problems*, vol. 71/1, pp. 161-213. [26]
- Loozen, E. (2019), « Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability », *Common Market Law Review*, vol. 56, pp. 1265-1302, <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/65734/COLA2019102.pdf>. [44]
- Meese, A. (2012), « Reframing the (False) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare », *Fordham L. Rev.*, vol. 81/5, p. 2197. [52]
- Niels, G. (2019), « Transaction versus Non-Transaction Platforms: A False Dichotomy in Two-Sided Market Definition », <https://doi.org/10.2139/ssrn.3438913>. [41]
- OCDE (2019), *Analyse coûts-avantages et environnement : Avancées théoriques et utilisation par les pouvoirs publics*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264300453-fr>. [32]
- OECD (2023), *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, <http://www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternativestandards-2023.pdf>. [1]
- OECD (2023), « The Role of Innovation in Competition Enforcement », *Best practise roundtables in competition policy*, <https://www.oecd.org/competition/the-relationship-between-competition-and-innovation.htm>. [48]
- OECD (2021), *Environmental considerations in competition enforcement*, *OECD Competition Committee Discussion Paper*, <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competitionenforcement.htm>. [2]
- OECD (2020), « Competition and Labour Markets », *Best Practise Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. [7]
- OECD (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, <http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>. [6]
- OECD (2016), *Public Interest Considerations in Merger Control*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)3/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)3/En/pdf). [42]

- OECD (2012), *Competition and Payment Systems*, [5]
<https://www.oecd.org/daf/competition/PaymentSystems2012.pdf>.
- OECD (2012), *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, [3]
<https://www.oecd.org/daf/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>.
- OECD (2006), *Competition and Efficient Usage of Payment Cards*, [4]
<https://www.oecd.org/daf/competition/39531653.pdf>.
- Orszag, J. et L. Smith (2016), « Toward a More Complete Treatment of Efficiencies in Merger Analysis: Lessons from Recent Challenges », *The Antitrust Source* October, [25]
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust-magazine-online/oct16_full_source.pdf.
- Peeperkorn, L. (2021), « Competition Policy is not a Stopgap! », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12/6, pp. 415-418. [31]
- Rochet, J. et J. Tirole (2011), « Must-take cards: merchant discounts and avoided costs », [19]
Journal of the European Economic Association, vol. 9/3, pp. 462–495,
<http://www.jstor.org/stable/25836076>.
- Rybnicek, J. et J. Wright (2014), « Outside In or Inside Out?: Counting Merger Efficiencies Inside and Out of the Relevant Market », [22]
<https://doi.org/10.2139/ssrn.2411270>.
- Salop, S. et al. (2022), *Rebuilding Platform Antitrust: Moving on from Ohio v. American Express*, [16]
<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2414>.
- Schinkel, M. et Y. Spiegel (2016), « Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production? », [29]
International Journal of Industrial Organization, Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-49, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2015-02, pp. 371-398, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2704259>.
- Schinkel, M., Y. Spiegel et L. Treuren (2022), « Production agreements, sustainability investments, and consumer welfare. », [50]
Economics Letters, vol. 216/110564.
- Schinkel, M. et L. Tóth (2020), « Compensatory public good provision by a private cartel », [30]
Tinbergen Institute Discussion Paper 2019-086/VII, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3509062>.
- Stern, N. (2006), *Stern Review on the Economics of Climate Change*. [47]
- Tatos, T. et H. Singer (2022), « The Abuse of Offsets as Procompetitive Justifications: Restoring the Proper Role of Efficiencies after Ohio v. American Express and NCAA v. Alston. », [53]
Georgia State University Law Review, vol. 38/4.
- Thomas, S. (2020), « Normative Goals in Merger Control: Why Merger Control Should Not Attempt to Achieve 'Better' Outcomes than Competition », [45]
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3513098>.
- US DoJ (2010), *Horizontal Merger Guidelines*. [12]
- US Supreme Court (2018), *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 201 L. Ed. 2d 678. [20]
- Watson, N. (2021), « Measuring environmental benefits in competition cases », [33]
Presented at the OECD Roundtable on Environmental Considerations in Competition Enforcement,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)14/en/pdf).

- Werden, G. (2023), « ,Comments on Draft Merger Guidelines (August 12) », [36]
<https://doi.org/10.2139/ssrn.4540166>.
- Werden, G. (2017), « Cross-market Balancing of Competitive Effects: What Is the Law, and What Should It Be », [11]
The Journal of Corporation Law, vol. 43/119,
https://jcl.law.uiowa.edu/sites/jcl.law.uiowa.edu/files/2021-08/Werden_Final_Web.pdf.
- Werden, G. (2014), « Antitrust’s Rule of Reason: Only Competition Matters », [37]
Antitrust Law Journal 79, pp. 713-723.
- Williamson, O. (1968), « Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs », [8]
The American Economic Review, vol. 58/18.
- Wilson, C. et K. Klovers (2021), « Same Rule, Different Result: How the Narrowing of Product Markets Has Altered Substantive Antitrust Rules », [15]
Antitrust Law Journal,
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3797089>.
- Yun, J. (2022), « Reevaluating Out-of-Market Efficiencies in Antitrust, George Mason Law & Economics Research Paper No. 22-38 (Forthcoming) », [23]
Arizona State Law Journal, vol. 54,
<https://doi.org/10.2139/ssrn.4233360>.