

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

**La norme de bien-être du consommateur – Comparaison des avantages et inconvénients avec les autres normes – Note de référence**

- rédigée par le Secrétariat -

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence lors de la 140<sup>ème</sup> réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE qui se tiendra du 14 au 16 juin 2023.

Les opinions et les arguments qui y sont exprimés 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 :  
<https://www.oecd.org/competition/advantages-and-disadvantages-of-competition-welfare-standards-in-competition.htm>

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

**JT03520053**

# La norme de bien-être du consommateur – Comparaison des avantages et inconvénients avec les autres normes – Note de référence\*

---

Les normes utilisées dans la politique de la concurrence, telles que la norme de bien-être du consommateur ou la norme de protection de la concurrence, font l'objet de nombreuses discussions. Le présent document examine les avantages et inconvénients des différentes normes en recensant tout d'abord leurs points positifs, puis en les comparant entre elles.

Cet examen complexe se solde souvent par un classement incertain des normes pour les différents critères, mais il constitue une base de référence pour évaluer leur intérêt. Il n'existe probablement pas de solution idéale adaptée à toutes les juridictions, qui peuvent décider de pondérer différemment ces différents critères.

La présente note montre aussi que si les normes peuvent influencer sur les résultats de l'application du droit de la concurrence, de nombreux autres facteurs peuvent exercer également une incidence notable, tels que la norme de preuve.

---

---

\* Cette note de référence a été rédigée par Richard May, de la Division de la concurrence de l'OCDE. L'auteur a bénéficié des précieux commentaires et apports de : Antonio Capobianco, Ori Schwartz et Tommaso Majer de la Division de la concurrence de l'OCDE.

# Table des matières

1. Introduction	5
2. Normes existantes	7
2.1. Objectifs du droit de la concurrence, normes d'application du droit de la concurrence et norme de preuve	9
2.2. Économie du bien-être et normes	10
2.3. La norme de bien-être du consommateur	11
2.4. Norme de bien-être total	13
2.5. Norme de bien-être du citoyen	16
2.6. Norme de protection de la concurrence	17
2.7. Considérations d'intérêt public	19
2.8. Exemples d'hypothèses	21
3. Critères des normes	24
3.1. Prévisibilité	24
3.2. Amélioration du bien-être social	25
3.3. Administrabilité	28
3.4. Durabilité / crédibilité politique	28
3.5. Diminuer le risque d'erreurs	29
4. Évaluation des normes	30
4.1. Méthode	30
4.2. Prévisibilité	30
4.3. Amélioration du bien-être social	31
4.4. Administrabilité	36
4.5. Durabilité / crédibilité politique	37
4.6. Diminuer le risque d'erreurs	37
5. Conclusion	40
Notes	42
Bibliographie	48

## ENCADRÉS

Encadré 1. Législation et objectifs du droit de la concurrence	7
Encadré 2. Surplus marshallien et critiques du bien-être économique	11

#### 4 | DAF/COMP(2023)4

Encadré 3. Histoire de la norme de bien-être du consommateur	12
Encadré 4. Les régimes d'autorisation en Australie et en Nouvelle-Zélande	14
Encadré 5. La défense fondée sur l'efficacité au Canada et l'affaire Superior Propane	16
Encadré 6. Exemple de l'Afrique du Sud	19

# 1. Introduction

1. Les discussions autour de la norme appropriée, ou norme de bien-être, en matière de politique de la concurrence recouvrent de nombreux aspects<sup>1</sup>. D'une part, jusque très récemment, de nombreux observateurs s'accordaient à dire qu'une norme prédominait dans la plupart des juridictions, la norme de bien-être du consommateur<sup>2</sup>. D'autre part, la question de savoir quelle norme il convient d'appliquer soulève de nombreux débats, qui demeurent largement d'actualité. Il suffit pour s'en rendre compte de jeter un coup d'œil à la bibliographie du présent document, qui, sans prétendre pourtant à l'exhaustivité, illustre bien leur ampleur<sup>3</sup>.

2. La norme utilisée par la politique de la concurrence définit comment l'autorité compétente, qu'il s'agisse d'un organe administratif ou d'un tribunal, distingue les résultats positifs des répercussions négatives et permet d'établir des préférences entre différentes situations prévues. Elle correspond au principe à partir duquel est interprété le droit de la concurrence et sert de référence pour autoriser ou interdire certains types de conduite, qu'il s'agisse d'un accord, de la conduite d'une grande entreprise ou d'une transaction. Les normes peuvent influencer sur le résultat de l'exécution de la législation et apporter des orientations pour guider les travaux de promotion et sur la manière dont les autorités hiérarchisent leurs activités. Par analogie avec l'économie, on peut dire que la norme produit une fonction qui sera optimisée par l'autorité compétente. Des fonctions de valeur différentes peuvent produire des résultats différents.

3. Compte tenu de cette possibilité d'influer sur le résultat de la mise en œuvre de la concurrence, il n'est pas surprenant que la norme la plus appropriée pour la politique de la concurrence suscite autant de discussions. Pendant longtemps, au moins depuis les années 60 et jusqu'à relativement récemment sans doute, le débat a principalement porté sur la question de savoir s'il valait mieux une norme de bien-être du consommateur ou une norme de bien-être total. Bien que celle-ci reste ouverte à certains égards, les discussions semblent avoir pris une nouvelle orientation pour s'interroger de plus en plus sur le fait de savoir si la norme de bien-être du consommateur est trop stricte ou trop souple, et si elle risque de ne pas tenir compte du rôle de protection des travailleurs ou des petites entreprises que joue la concurrence, ainsi que de laisser de côté un trop grand nombre de grandes questions sociales, telles que la durabilité, les inégalités ou la répartition du pouvoir économique dans les démocraties fonctionnant correctement.

4. Ces échanges plus récents se sont déroulés dans un contexte d'affaiblissement supposé de la concurrence dans de nombreuses régions du monde développé<sup>4</sup>. Certains y voient un échec de la politique de la concurrence et associent notamment la norme de bien-être du consommateur à une application insuffisante de la législation<sup>5</sup>. Les discussions ont lieu également sur fond d'inquiétudes croissantes concernant l'environnement et des interrogations se font jour sur le rôle de la concurrence pour encourager, ou du moins ne pas freiner, les avancées vers une économie plus durable (OCDE, 2020<sup>[1]</sup>).

5. Il importe de préciser d'emblée que, bien que la norme appliquée dans le cadre de la politique de la concurrence puisse influencer sur le niveau de mise en application de celle-ci, elle ne constitue pas l'unique facteur déterminant. La norme de preuve, ainsi que l'existence ou non des présomptions de préjudice, est par exemple essentielle pour déterminer le degré et l'efficacité de mise en œuvre de la concurrence, au même titre que les ressources et la rigueur des mesures prises par les autorités ou les organismes compétents. À titre d'illustration, deux régimes de concurrence peuvent appliquer la même norme mais aboutir à des résultats totalement différents si l'un des deux nécessite une norme de preuve très élevée pour faire reconnaître un préjudice ou une infraction à la loi<sup>6</sup>.

6. Bien que les avis ne manquent pas sur la norme qu'il conviendrait d'appliquer, le sens exact des différentes normes n'est pas toujours clair, une norme donnée pouvant souvent recouvrir plusieurs significations. Les débats autour des objectifs de la politique de la concurrence et des normes qui lui sont associées sont en outre souvent liés à la législation et aux statuts d'une juridiction donnée et s'emploient à définir la norme « juste » en fonction de la jurisprudence concernée.

7. La jurisprudence et la législation occupent indéniablement une place essentielle dans les discussions sur l'objet ou la mise en œuvre du droit de la concurrence. C'est toutefois moins le cas dans les débats de portée plus internationale, chaque juridiction possédant sa propre histoire et ses propres interprétations. Aussi le présent document s'écarte-t-il de la question de savoir quelle norme s'applique dans telle ou telle juridiction et ne cherche pas non plus à déterminer quelle norme devrait l'être. Il examine en revanche les avantages et inconvénients des différentes normes possibles, dans l'optique de présenter les arbitrages associés à chacune. La norme de bien-être du consommateur sert de base de comparaison.

8. Le Comité de la concurrence de l'OCDE n'a encore jamais débattu de cette question auparavant, mais les objectifs du droit de la concurrence constituent un thème qui a déjà été abordé dans de nombreuses discussions. Par exemple, les études qui figurent dans *Purchasing Power and Buyers' Cartels* (OCDE, 2022<sup>[2]</sup>) et *Sustainability and Competition* (OCDE, 2020<sup>[1]</sup>) abordent certains points. Outre le Comité de la concurrence, le Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE a examiné les objectifs de la politique de la concurrence en décembre 2022<sup>7</sup>. Des questions associées ont également été abordées lors des séances *Competition Policy : Time for a Reset?* et *Competition Under Fire* des éditions 2020 et 2019 du Forum<sup>8</sup>.

9. Le présent document examine tout d'abord les différentes normes possibles en matière de politique de la concurrence, en commençant par la norme de bien-être du consommateur. De nombreuses normes pourraient être abordées. Cette section se concentre sur celles qui semblent avoir suscité le plus d'attention ou présenter des caractéristiques particulières.

10. Ensuite, afin de constituer un cadre d'évaluation des avantages et des inconvénients, le document analyse les différents critères de performance des normes. Il s'agit ici de définir les caractéristiques que pourraient présenter les normes « idéales » pour mieux appréhender les éventuels arbitrages à effectuer lors de leur sélection. Bien que ces caractéristiques ne revêtent certainement pas toutes la même importance, leur poids n'est pas explicitement précisé, étant donné qu'il peut varier selon les juridictions.

11. Le document évalue ensuite les différentes normes en fonction de ces critères. Certains éléments de l'évaluation sont plus évidents que d'autres, et l'une des difficultés à surmonter par cette étude et ce débat au sens large est précisément le nombre d'avis existant sur la façon dont sont concrètement appliquées les normes<sup>9</sup>. Lorsque le classement des différentes normes de bien-être pour un critère donné continue de faire débat, la présente note s'emploie à aplanir les points de désaccord et à recenser les questions à résoudre pour mieux comprendre leurs avantages et leurs inconvénients. Enfin, elle se termine par une conclusion.

## 2. Normes existantes

12. Malgré un nombre incalculable d'échanges et de pages consacrés à ce sujet (ou peut-être justement à cause de cela), il subsiste une certaine incertitude sur ce qu'est exactement la norme de bien-être du consommateur, et encore plus sur la question de savoir s'il s'agit de la norme « correcte ». Il est incontestablement important de la définir pour pouvoir en examiner les avantages et les inconvénients. Ce problème de définition ne concerne toutefois pas uniquement la norme de bien-être du consommateur. Il s'avère en fait souvent difficile de distinguer précisément une norme d'une autre.

13. La difficulté à bien cerner les différentes définitions provient en partie du fait que les normes sont rarement indiquées dans la législation. Celle-ci précise parfois un but, par exemple protéger la concurrence au bénéfice de la société, ou des phrases similaires, mais cela varie toutefois largement selon les juridictions. L'Encadré 1 comprend des exemples d'objectifs du droit de la concurrence figurant dans la législation, même si, ainsi que nous le verrons ci-après, les objectifs et les normes ne sont pas forcément la même chose. Il est rare qu'un article définisse l'utilisation de la norme de bien-être du consommateur (ou d'une autre).

14. Les normes utilisées par le droit de la concurrence sont par conséquent souvent définies au fil du temps, par le biais des pratiques décisionnelles et des jurisprudences. Pour la plupart des autorités, une norme ne constitue pas une priorité dans la gestion des affaires courantes, mais elle permet de décrire une pratique a posteriori ou lors de décisions controversées rendues par les tribunaux. Les juridictions n'appliquent en outre pas nécessairement une seule norme, mais plusieurs, en fonction des circonstances.

15. La première partie de cette section examine les liens existant entre les objectifs de la politique de la concurrence et la norme utilisée, ainsi qu'avec d'autres éléments, tels que la norme de preuve, pour déterminer les résultats de la mise en application de la concurrence. Elle offre ensuite un rapide aperçu de l'économie du bien-être, compte tenu de son adéquation avec nombre des normes examinées.

16. Enfin, la section recense les différentes normes, à commencer par la norme de bien-être du consommateur. Pour illustrer leurs différences, deux cas hypothétiques sont présentés en toute fin de section, avec une analyse de leur traitement selon différentes normes.

17. Bien qu'il ne soit pas facile de définir les normes, il s'agit de la première étape pour pouvoir les comparer. Pour résoudre la question des définitions, la présente note utilise les versions simplifiées des normes, afin d'essayer de saisir l'essence de leurs différences. Elles risquent parfois de ne guère ressembler aux normes appliquées dans la réalité et pourraient être considérées comme des caricatures de ce qu'elles sont réellement. Sans définition claire, il serait toutefois impossible de procéder à des comparaisons. L'objectif est de saisir et de définir les principaux aspects des différentes normes et non de chercher à clore les débats sur les définitions.

### Encadré 1. Législation et objectifs du droit de la concurrence

La législation sur la concurrence définit rarement la norme qui devrait être appliquée explicitement. Elle mentionne néanmoins souvent des objectifs qui peuvent conduire à l'application d'une norme de bien-être donnée.

Dans certaines juridictions par exemple, la législation cite explicitement les consommateurs, ce qui peut donc plaider en faveur de l'adoption de la norme de bien-être du consommateur. Ainsi, en Nouvelle-Zélande, la principale législation sur la concurrence indique que « la présente Loi vise à promouvoir la concurrence sur les marchés pour le bénéfice à long terme des consommateurs néo-zélandais ».

D'autres juridictions citent les consommateurs, mais mentionnent aussi d'autres objectifs, tels que l'efficacité ou la protection des débouchés pour certains types d'entreprises, les PME par exemple. Par exemple :

- Au Canada, la Loi sur la concurrence statue que « la présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. »
- Au Japon, il est précisé que « la présente loi a pour objet de promouvoir une concurrence juste et libre, stimuler l'initiative créative d'entreprendre, encourager l'activité des entreprises, rehausser le niveau d'emploi et augmenter le revenu national réel, et de ce fait promouvoir le développement démocratique et global de l'économie nationale et garantir les intérêts des consommateurs en interdisant les monopoles privés, les restrictions déraisonnables du commerce et les pratiques commerciales déloyales, en empêchant une concentration excessive du pouvoir économique et en supprimant les restrictions déraisonnables sur la production, les ventes, les prix, les technologies, etc., et toute autre restriction déloyale des activités des entreprises par le biais de regroupements, d'accords, etc. »

Enfin, l'Afrique du Sud figure parmi les juridictions dont la législation définit une vaste série d'objectifs. La Loi sur la concurrence stipule ainsi :

« (1) La présente loi a pour objet de promouvoir et de maintenir la concurrence dans la République, afin de :

- (a) promouvoir l'efficacité, l'adaptabilité et le développement de l'économie,
- (b) fournir aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix de produits,
- (c) promouvoir l'emploi et faire progresser le bien-être social et économique des Sud-Africains,
- (d) élargir les possibilités de l'Afrique du Sud de participer aux marchés mondiaux et reconnaître le rôle de la concurrence étrangère au sein de la République,
- (e) garantir que les petites et moyennes entreprises disposent de possibilités équitables de participer à l'économie, et
- (f) promouvoir une plus grande répartition de la propriété, en particulier pour accroître les parts détenues par des personnes historiquement défavorisées. »

Source : Loi néo-zélandaise sur le Commerce de 1986, s1A ; Loi sud-africaine sur la concurrence, n°89, 1989 ; Loi canadienne sur la concurrence de 1985 ; Loi japonaise sur l'interdiction des monopoles privés et le maintien d'un commerce juste (Loi n°54 du 14 avril 1947), version anglaise.



## 2.1. Objectifs du droit de la concurrence, normes d'application du droit de la concurrence et norme de preuve

18. La concurrence n'étant généralement pas considérée comme un objectif en soi, mais plutôt comme un élément permettant d'obtenir d'autres résultats, la norme et les objectifs du droit de la concurrence s'avèrent importants. Une bonne compréhension de la finalité sous-jacente de la politique de la concurrence contribue aussi largement à la réussite de son application (Kaplow, 2011<sup>[3]</sup>).

19. Le lien existant entre les normes et les objectifs globaux du droit de la concurrence mérite un examen rapide. Ces deux éléments sont étroitement liés et il peut se révéler difficile de déterminer leurs différences, si tant est qu'elles existent. On peut estimer à bien des égards qu'elles représentent les différentes facettes d'une même réalité.

20. Les objectifs du droit de la concurrence en définissent la finalité générale. La norme, que l'on peut aussi appeler norme de bien-être ou norme d'application du droit de la concurrence, fournit le cadre ou le principe à partir duquel déterminer si les résultats sont conformes aux objectifs et répertorier ceux qui ne le sont pas. Si, pour une norme donnée, les résultats attendus apparaissent meilleurs avec telle action ou telle mesure, et qu'un nombre suffisant d'éléments vient étayer cette hypothèse, il est alors justifié de mener cette action ou d'adopter cette mesure. Autrement dit, la norme représente la façon de concrétiser les objectifs de la politique de la concurrence (Shapiro, 2017<sup>[4]</sup>).

21. Les normes et les objectifs peuvent se chevaucher. Si par exemple, l'objectif est de promouvoir la concurrence au bénéfice des consommateurs, on peut penser qu'il est centré sur les consommateurs et qu'il convient donc d'utiliser la norme de bien-être du consommateur. La norme doit être en adéquation avec l'objectif du droit de la concurrence tout en étant plus précise, c'est-à-dire qu'elle doit apporter davantage de détails. Elle pourrait ainsi être vue comme la méthode à suivre pour appliquer les objectifs.

22. La norme de preuve exigée constitue un autre élément important pour définir les résultats de la mise en œuvre de la concurrence. Elle fixe en effet le niveau de preuve que les autorités ou les instances chargées de faire appliquer la concurrence doivent respecter pour une norme d'application de la législation donnée, telle que la norme de bien-être du consommateur. La norme de preuve dépend de nombreux facteurs, notamment l'existence de présomptions de préjudice dans certains cas. Les ententes injustifiables sont par exemple jugées illégales dans la plupart des juridictions, sans qu'il soit nécessaire d'en comprendre les effets. Il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice en fonction de telle ou telle norme. Il peut s'avérer utile en revanche d'évaluer les répercussions des ententes non assimilables à une entente injustifiable.

23. Ces présomptions influent bien évidemment très largement sur les résultats de la mise en application de la législation. Elles doivent être compatibles avec les normes, conformes par exemple aux prévisions générales de préjudices, mais elles risquent de diminuer l'effet des normes dans des cas précis, les ententes injustifiables par exemple. Les juridictions appliquent différents niveaux de présomption, en appliquant par exemple la règle de l'illégalité en soi ou la règle de raison, ou des restrictions par objet ou par effet.

24. L'importance accordée aux liens existant entre ces différents aspects de l'application de la concurrence peut susciter des controverses. L'importance du choix de la norme est par exemple source de polémique. Pour certains, la norme, plus précisément la norme de bien-être du consommateur, est essentielle pour comprendre comment se produisent certains résultats de la mise en œuvre du droit, voir par exemple (Khan, 2018<sup>[5]</sup>). Pour d'autres en revanche, le contexte et les hypothèses sont plus importants que la norme et génèrent davantage de résultats que les objectifs, ou les normes, du droit de la concurrence (Fox, 2013<sup>[6]</sup>). D'autres encore ont souligné que des normes équivalentes peuvent déboucher sur des niveaux d'exécution différents, c'est le cas par exemple de (Salop, 2018<sup>[7]</sup>) et de (Hovenkamp et

Shapiro, 2018<sup>[8]</sup>), ou qu'il demeure tout à fait possible de prendre en compte différentes présomptions avec une norme, telle que la norme de bien-être du consommateur (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

25. Il a été constaté que, bien qu'elles permettent dans certains cas d'obtenir des résultats, les normes n'ont bien souvent aucune incidence concrète sur ces derniers (Blair et Sokol, 2013<sup>[10]</sup>).

26. La présente note porte sur les normes et non sur les présomptions de préjudice ou les normes de preuve<sup>10</sup>. Même s'il est indispensable de prendre en compte les effets des normes sur les résultats de l'exécution du droit vu tous les autres facteurs qui déterminent ces derniers, elle n'aborde pas dans le détail la question d'une mise en œuvre excessive ou insuffisante de la législation.

## 2.2. Économie du bien-être et normes

27. Étant donné que plusieurs normes font explicitement référence au bien-être de groupes de population précis, les consommateurs par exemple, il n'est pas inutile de présenter rapidement ce qu'est le bien-être économique. Après tout, le droit de la concurrence est ancré dans l'économie (Baker, 2013<sup>[11]</sup>).

28. L'économie du bien-être, qui étudie l'évaluation du bien-être sociétal, vient étayer une grande partie de l'économie moderne, notamment la microéconomie et l'organisation industrielle. Bien qu'elle puisse substantiellement améliorer les conditions de la société, la politique de la concurrence n'obéit généralement pas au principe de Pareto. Elle entraîne généralement une dégradation des conditions d'au moins une des parties, avec la diminution des bénéfices des entreprises par exemple. Pour comparer différentes situations, il faut généralement recourir à une notion de l'amélioration du bien-être qui permet de rassembler le bien-être de différents groupes<sup>11</sup>.

29. Dans le cas d'un marché d'un bien ou d'un service précis, le bien-être peut se caractériser par l'excédent dégagé par les parties concernées, à savoir les consommateurs et les producteurs. Si l'on suppose que le consentement à payer des consommateurs est fixe et déterminé par des facteurs exogènes et que les producteurs assument des coûts de production fixes, il est possible de déterminer rapidement cet excédent : c'est simplement la différence entre le consentement à payer et le prix. L'excédent du producteur est son bénéfice.

30. Bien que simpliste, ce principe de base est à l'origine d'une grande partie des débats sur les normes possibles, en particulier lorsqu'on envisage leurs limites. Ce modèle se focalise sur la demande d'un produit en fonction de son prix, sans tenir compte d'une série d'autres facteurs importants pour les consommateurs, tels que la qualité, la gamme ou le service apporté. C'est un modèle statique qui ne tient pas compte des effets dynamiques, un avantage potentiel majeur de la concurrence. L'excédent dépend en outre des préférences, qui sont censées refléter précisément les intérêts des individus, ce qui n'est pas nécessairement le cas<sup>12</sup>. Enfin, il ne tient pas compte des acteurs économiques autres que les consommateurs et les producteurs, tels que les employés ou les fournisseurs, ni de ceux qui ne font pas partie du marché en question.

## Encadré 2. Surplus marshallien et critiques du bien-être économique

Le concept d'excédent économique sus-cité est souvent appelé « surplus marshallien », en référence à l'économiste Alfred Marshall qui a introduit la notion de prédominance en économie. Dans les débats sur le droit de la concurrence, on utilise des modèles d'excédent économique pour illustrer les arbitrages parfois nécessaires entre l'efficacité allocative, c'est-à-dire la manière dont est réparti l'excédent, et l'efficacité productive, c'est-à-dire la manière dont sont fixés les coûts.

Il n'entre pas dans le cadre du présent document de retracer l'histoire de ces notions, mais il est néanmoins intéressant d'examiner quelques-unes des critiques qui leur ont été opposées. La plus évidente porte sur la nature des hypothèses nécessaires à la définition des modèles, ainsi que cela a été exposé plus haut. Surtout, les préférences sont censées être exogènes et indépendantes des effets de cadrage, ce qui, selon les études en économie comportementale, n'est pas systématiquement le cas. Si les préférences pour un bien ne sont pas fixes, cela remet en question la possibilité de qualifier d'excédent un résultat qui découlerait de celles-ci.

Une autre critique porte sur le fait que ces manières d'envisager le bien-être ne sont que des analyses partielles. Ainsi, pour Alan Meese, ces approches du bien-être, du consommateur ou total, ne tiennent pas du tout compte des externalités éventuelles et des effets susceptibles de se répercuter sur d'autres marchés, tels que les répercussions sur les coûts de production et le volume de production ailleurs dans le monde du fait de la libération des ressources. Il est aussi reproché à ces analyses partielles de ne pas prendre en considération l'optimum de second rang dans l'amélioration du bien-être global. Un exemple souvent cité en la matière concerne l'idée selon laquelle une diminution de la concurrence pourrait améliorer le bien-être global lorsque d'autres marchés présentent aussi un manque de concurrence. Ainsi, une augmentation des prix permet d'aboutir à une nouvelle répartition des ressources satisfaisante du point de vue de l'équilibre général. Cependant, autoriser les fusions qui diminuent la concurrence au motif que celle-ci est déjà faible dans l'ensemble de l'économie risque bien de ne pas plaire à nombre des défenseurs de la concurrence et du droit de la concurrence, notamment parce que ce genre d'argument s'oppose à toutes les mesures prises pour remédier généralement à ces situations.

Source : Meese, Alan (2013) Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare ; Glick, Mark (2018) The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust ; Williamson, Oliver (1968) Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs ; et Alfred Marshall (1890) Principles of Economics

## 2.3. La norme de bien-être du consommateur

31. Peu de sujets provoquent autant de débats au sein de la politique de la concurrence que la norme de bien-être du consommateur. Elle est défendue ou critiquée avec tout autant de véhémence, voire qualifiée d'absurdité totale (Vaheesan, 2019<sub>[12]</sub>).

32. Outre son intérêt, qui suscite des avis différents, sa définition réelle ne fait pas non plus l'unanimité (Hovenkamp, 2020<sub>[13]</sub>). Dans une certaine mesure, la confusion entourant la norme de bien-être du consommateur provient des interprétations différentes qui ont été données à des décisions de justice ou à l'intention des législateurs. La partie suivante de cette section rappelle quelques éléments historiques de l'utilisation de la norme de bien-être du consommateur, en particulier son évolution aux États-Unis. La présente note ne portant pas sur une juridiction précise, elle ne vise pas à formuler un avis sur la définition retenue par une jurisprudence, mais il n'en reste pas moins qu'il convient de donner une définition.

33. Aux fins du présent document, et pour le dire simplement, la norme de bien-être du consommateur a pour objectif d'optimiser le bien-être du consommateur, celui-ci étant un consommateur final concerné par le marché en question. Les consommateurs ne sont pas nécessairement des clients à proprement parler. Par exemple, sur les marchés des biens intermédiaires, les clients sont plutôt des entreprises que des consommateurs (Akman, 2010<sub>[14]</sub>). Dans la pratique toutefois, peu de régimes utilisant la notion de norme de bien-être du consommateur établissent une différence entre ces deux concepts (Solomon, Morrison et Bloomfield, 2021<sub>[15]</sub>), et le présent document ne le fera pas non plus.

34. Avec une norme de ce type, les conduites qui entraînent une diminution de la concurrence mais s'avèrent suffisamment efficaces pour compenser cette baisse pourraient être acceptables dans certains cas, si les prix n'augmentaient pas. Il faut toutefois noter que la norme de bien-être du consommateur ne s'intéresse pas uniquement aux prix. Certains, tels que (Steinbaum et Stucke, 2020<sub>[16]</sub>) et (Caves et Singer, 2018<sub>[17]</sub>), lui reprochent en effet de se focaliser sur cet élément, en pratique tout du moins. Pour la présente note, la norme de bien-être du consommateur concerne tous les aspects du bien-être du consommateur, qui comprend des facteurs comme la qualité, la gamme ou le service, ainsi que l'innovation. De nombreux exemples illustrent qu'il est possible de prendre en compte d'autres facteurs que le prix lorsqu'on envisage la concurrence dans le cadre de la norme de bien-être du consommateur (OCDE, 2013<sub>[18]</sub>)<sup>13</sup>.

35. L'une des caractéristiques notables de la norme de bien-être du consommateur est de ne pas considérer de la même façon le bien-être de tous les groupes, mais de préférer les consommateurs et leur bien-être économique<sup>14</sup>. Elle prend en compte uniquement les consommateurs d'un marché donné, et non ceux d'autres produits par exemple. Elle est aussi ambivalente en ce qui concerne l'identité des consommateurs, et ne cherche pas à comprendre les effets de la distribution par exemple<sup>15</sup>.

36. De nombreuses autres définitions ont été proposées. Pour certains universitaires, la norme de bien-être du consommateur décrit des pratiques qui désorganisent le processus concurrentiel et portent atteinte aux parties à la transaction de l'autre côté du marché (Shapiro, 2017<sub>[4]</sub>). Cette définition n'est toutefois pas axée sur le consommateur et, dans la mesure où elle porte plutôt sur les autres acteurs du marché, comme les agriculteurs, le terme « norme de bien-être du fournisseur » serait sans doute plus adapté. Cette définition ne correspond pas à la logique du présent document, qui considère uniquement bien-être du consommateur, à l'exclusion des intérêts des fournisseurs.

37. Il existe en outre de nombreuses approches plus nuancées. Robert Lande, qui participe de longue date au débat sur ce sujet aux États-Unis, préconise une norme du choix du consommateur, qui vise à préserver le choix du consommateur plutôt que son bien-être (Lande, 2001<sub>[19]</sub>). Pour d'autres, comme Herbert Hovenkamp, la norme de bien-être du consommateur se comprend davantage comme le fait d'optimiser une production durable, plutôt que comme la mesure du bien-être en lui-même (Hovenkamp, 2022<sub>[20]</sub>). Enfin, d'autres encore mettent l'accent sur le fait que la norme de bien-être du consommateur consiste moins à montrer le préjudice direct porté au consommateur qu'à fournir des éléments permettant de détecter des types de conduite jugée anticoncurrentielle, à savoir ceux qui renforcent le pouvoir de marché mais ne correspondent pas à une concurrence par les mérites axée sur l'efficacité (Melamed et Petit, 2018<sub>[9]</sub>).

38. Comme indiqué plus haut, la présente note ne vise pas à apporter une conclusion définitive au débat sur la signification que devrait avoir la norme de bien-être du consommateur, si tant est qu'il doit exister une définition unique. Les principaux éléments de la norme de bien-être du consommateur présentés ici sont centrés sur les consommateurs et la manière dont la concurrence peut servir leurs intérêts, par le biais d'une baisse des prix et d'une amélioration de la qualité, ainsi que grâce à une augmentation de l'innovation au fil du temps.

### Encadré 3. Histoire de la norme de bien-être du consommateur

L'existence de nombreux récits différents explique en partie la diversité des manières d'envisager la définition de la norme de bien-être du consommateur. Ils recouvrent en général d'autres sujets que la norme et traitent de l'évolution des pratiques du droit de la concurrence, généralement aux États-Unis. La présente note n'a pas pour objectif de les examiner dans le détail, mais il est intéressant de présenter rapidement quelques cas dans lesquels a été utilisé le terme « norme de bien-être du consommateur ».

On estime que ce terme, ou tout du moins son emploi croissant par les défenseurs du droit de la concurrence, est apparu aux États-Unis dans les années 70, plus particulièrement dans les travaux de Robert Bork et de l'école de Chicago. Il est intéressant de souligner que de nombreux observateurs ont noté que le terme tel que l'emploie Robert Bork semble prendre en compte le bien-être des consommateurs et des producteurs et pourrait donc davantage correspondre à une norme de bien-être total (voir ci-après). Le terme a toutefois été compris de telle façon qu'en 1979, dans l'affaire Reiter / Sonotone, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que la Sherman Act incitait à préserver le bien-être du consommateur. Une nouvelle pierre a été portée à l'édification de la norme de bien-être du consommateur grâce au procureur général adjoint Baxter et aux lignes directrices relatives aux fusions établies en 1982, qui ont souligné l'importance de présupposer qu'une conduite n'est pas anticoncurrentielle si elle ne diminue pas l'excédent du consommateur. C'est pourquoi, selon certains auteurs, aux États-Unis, l'application du droit de la concurrence a été conduite dès le début des années 80 dans l'optique d'optimiser le bien-être du consommateur.

Ces événements se sont déroulés dans le contexte plus global de l'élaboration du droit de la concurrence aux États-Unis. Pour simplifier, avant l'apparition du bien-être du consommateur, il a été avancé que l'idéal qui a présidé à la naissance du droit de la concurrence était de promouvoir l'égalité économique et politique, en s'attaquant notamment à la puissance des entreprises. Les idées développées par le juge Louis Brandeis dans les années 30 ont sans doute le plus caractérisé cette notion, et ce sont ces mêmes idées qui sont à l'origine du mouvement récent en faveur de la révision des objectifs du droit de la concurrence aux États-Unis.

La norme de bien-être du consommateur est néanmoins considérée comme la norme prédominante dans de nombreuses juridictions depuis plusieurs dizaines d'années au moins, et ce bien que sa définition exacte et le fait de savoir si elle respecte les objectifs initiaux de la politique de la concurrence continuent de faire débat.

Source : Hovenkamp, Herbert (2023) *The Antitrust Text*, Indiana Law Journal ; Fox, Eleanor (2013) *Against Goals*, 81 Fordham Law Review; Kovacic, William E. (2020) *The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History*, University of Chicago Law Review: Vol. 87 : Iss. 2, Article 7 ; Khan, Lina (2018) *The Ideological Roots of America's Market Power Problem*, The Yale Law Journal Forum.

## 2.4. Norme de bien-être total

39. Tout comme la norme de bien-être du consommateur, la norme de bien-être total semble de prime abord suffisamment explicite. Au lieu de concerner les seuls consommateurs, elle s'applique au bien-être de tous. Cette norme, ou des variantes assez proches, ont connu différentes appellations, telles que la norme de bien-être de la société ou la norme de d'excédent total. On peut également l'envisager comme une norme d'efficacité globale.

40. La définition de l'expression pose toutefois deux questions, l'une sur ce que recouvre l'adjectif « total », l'autre sur l'interprétation plus ou moins large du mot « bien-être » (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>). Par exemple, dans les cas relativement rares où l'on utilise une norme proche du bien-être total, les répercussions de la concurrence sur les marchés du travail sont rarement prises en compte, peut-être parce qu'on part du principe que ces derniers fonctionnent correctement et que les éventuels effets dommageables seraient

de courte durée. Rien n'empêcherait en principe d'inclure ces considérations dans un cadre tenant compte du bien-être de tous (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>). De la même façon, les conséquences plus larges de la concurrence sur d'autres aspects de la société, comme les inégalités, l'environnement ou la démocratie, pourraient aussi être incluses dans la notion de « bien-être total ».

41. Cependant, comme cela a déjà été indiqué, ce ne semble pas être le cas dans la pratique. La norme de bien-être total considère généralement les effets de certaines situations sur les consommateurs et les producteurs (Blair et Sokol, 2013<sup>[10]</sup>). Par rapport à la norme de bien-être du consommateur, elle donne la possibilité de prendre en compte les gains perçus par les producteurs, même s'ils ne sont pas répercutés sur les consommateurs.

42. La définition de la norme de bien-être total retenue pour le présent document recouvre l'excédent des producteurs et des consommateurs, et correspond à celle qui est la plus fréquemment utilisée (Blair et Sokol, 2013<sup>[10]</sup>).

43. La norme de bien-être total, ou les normes approchantes, est surtout appliquée dans les pays développés qui mettent l'accent sur la nécessité de réaliser des économies d'échelle au titre de la productivité. Le Canada est souvent cité pour illustrer les juridictions appliquant une norme proche de la norme de bien-être total, du moins dans le cas des contrôles des fusions en vertu du dispositif de défense fondée sur l'efficacité (Ross et Winter, 2005<sup>[22]</sup>). L'Encadré 4 et l'Encadré 5 ci-après présentent des régimes qui appliquent des normes ressemblant à une norme de bien-être total, voire, dans certains cas bien précis, à une norme de bien-être du citoyen.

#### Encadré 4. Les régimes d'autorisation en Australie et en Nouvelle-Zélande

En Australie et en Nouvelle-Zélande, les régimes de la concurrence suivent un processus permettant aux parties de solliciter des autorisations *ex ante* pour certaines activités. Si l'autorisation est donnée, l'activité peut être conduite, et ce même si elle constituait sinon une infraction au droit de la concurrence. Les activités concernées peuvent être des transactions, des fusions par exemple, et toute autre conduite susceptible de contrevenir au droit de la concurrence, telle que des formes de collusion ou d'utilisation abusive du pouvoir de marché.

Les régimes d'autorisation permettent aux autorités de la concurrence d'autoriser une activité au motif que sa réalisation peut apporter plus d'avantages que sa non-réalisation, même si la diminution de la concurrence risque d'entraîner des préjudices. C'est en ce sens que l'on peut estimer que les autorisations appliquent une norme se rapprochant plus d'une norme de bien-être total, ou même de bien-être du citoyen, que d'une norme de bien-être du consommateur.

En Australie, l'autorisation peut être délivrée si le demandeur fournit des preuves permettant aux autorités de la concurrence, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), de conclure que l'activité en question pourra apporter au public des avantages supérieurs aux préjudices éventuels, tels qu'une diminution de la concurrence. Elle peut être octroyée pour des fusions et d'autres types d'activités, mais demeure rare pour des fusions. La jurisprudence australienne définit l'intérêt général de manière assez large. Elle indique qu'il peut s'agir de tout ce qui présente de la valeur pour la société ou concourt aux objectifs poursuivis par celle-ci, mais mentionne expressément la réalisation des objectifs économiques d'efficacité et de progrès. Il s'agit d'un régime plutôt large qui prend en compte un vaste éventail d'avantages potentiels et peut être comparé à une norme de bien-être du citoyen, telle qu'elle est décrite plus loin.

À titre d'exemple, l'ACCC a récemment accordé une autorisation permettant aux acheteurs d'électricité de mutualiser leurs demandes pour acheter en commun des énergies renouvelables. Dans sa décision, la commission a indiqué estimer que le risque de préjudice associé à cet accord était faible compte

tenu des parts de marché relativement petites des acheteurs. En tout état de cause, elle a considéré que les préjudices éventuels seraient compensés par les avantages pour le public apportés par l'accord, notamment des avantages environnementaux grâce à une amélioration de la transition vers les énergies renouvelables, qui permettra de réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Comme en Australie, la New Zealand Commerce Commission (NZCC) peut accorder des autorisations pour des fusions ou des accords qui risqueraient sinon de diminuer la concurrence, si elle estime que les activités concernées peuvent présenter un intérêt pour le public qui soit supérieur au préjudice occasionné par la baisse de la concurrence. Ici également, les tribunaux donnent une définition assez large des bénéfiques, qui désignent tout ce qui peut présenter de la valeur pour la société en général, tout en accordant la prééminence à la réalisation des objectifs économiques d'efficience et de progrès.

Les lignes directrices relatives aux autorisations rédigées par la NZCC indiquent qu'il n'est pas nécessaire que les avantages soient répercutés sur les consommateurs pour être considérés comme tels. Elles précisent toutefois qu'il est possible d'adapter le poids accordé aux avantages en fonction de leur répartition, une méthode dite du bien-être total modifiée, présentée plus bas. Elles fournissent quelques exemples de cas dans lesquels cela peut se produire, lors de la prise en compte des consommateurs à bas revenu notamment, mais indiquent que la détermination de la pertinence d'un ajustement de ce type s'effectuera au cas par cas. À la différence de ce qui se pratique en Australie, les autorisations semblent relativement rares en Nouvelle-Zélande et paraissent suivre une approche plus quantitative en ce qui concerne l'équilibre entre avantages et préjudices. Ce régime ne peut toutefois pas être considéré comme l'application d'une norme de bien-être total au sens strict. Par exemple, en 2015, dans une affaire concernant la fusion d'entreprises de lavage de la laine, la NZCC a estimé que certaines hausses de prix dues au pouvoir de marché constitueraient des rentes de monopole dénuées d'objet et les a considérées comme des préjudices non compensés par des avantages. Cette affaire a aussi soulevé la question de savoir s'il fallait envisager de la même manière l'excédent du producteur des entreprises détenues par des capitaux étrangers, tous les éventuels bénéfiques supplémentaires pouvant être exportés hors du pays.

Note : les régimes d'autorisation sont exclusivement prospectifs et ne délivrent pas d'autorisation rétroactive.

Source : ACCC, Determination regarding Application for authorisation AA1000634 lodged by 1Circle Pty Ltd & the Business Renewables Buying Group members in respect of establishing a joint renewable energy purchasing group, 29 March 2023 ; ACCC, Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger), December 2022 ; NZCC, Authorisation Guidelines, December 2020.

#### **2.4.1. Norme de bien-être total modifiée**

44. On peut s'interroger sur la question de savoir si la norme de bien-être total modifiée peut être considérée indépendamment de la norme de bien-être total. Cette norme est apparue en réponse aux critiques reprochant à la norme de bien-être total de ne pas assez tenir compte des effets redistributifs de la concurrence<sup>16</sup>. Elle a aussi parfois été présentée comme la méthode des coefficients pondérateurs, au Canada par exemple (Clifford, Opashinov et Hollinger, 2003<sup>[23]</sup>). Il s'agit d'une modification de la norme de bien-être total décrite plus haut. Cette modification vise à davantage prendre en compte la répartition de l'excédent, en accordant par exemple un poids supplémentaire à l'excédent perçu par les consommateurs à bas revenu.

45. L'utilisation d'une norme de bien-être total modifiée est généralement débattue dans le cas de régimes qui appliquent une norme de bien-être total, ou tout du moins utilisent cette notion. Il s'agit souvent de cas, une fusion par exemple, dans lesquels les entreprises perçoivent des gains substantiels, supérieurs aux pertes subies par les consommateurs, ces pertes touchant de façon disproportionnée des consommateurs à bas revenu ou vulnérables. Le concept de bien-être total modifié est particulièrement utilisé au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande, soit des juridictions appliquant le *common law* du

Commonwealth, avec des économies modernes et relativement peu peuplées<sup>17</sup>. L'Encadré 5 présente l'expérience du Canada, avec l'affaire Superior Propane.

### Encadré 5. La défense fondée sur l'efficacité au Canada et l'affaire Superior Propane

La section 96 de la Loi canadienne sur la concurrence de 1986 autorise les fusions même si elles risquent de fortement diminuer ou d'empêcher la concurrence lorsque les gains d'efficacité qui en résultent sont supérieurs aux effets de la concurrence et les compensent. Les affaires sont tout d'abord examinées sur la base d'un excédent total, soit l'excédent prévu pour les consommateurs et les producteurs. Il englobe les efficacités provenant de l'opération, même si elles ne sont pas répercutées sur les consommateurs (ou les fournisseurs, dans une affaire de pouvoir de l'acheteur). C'est pourquoi cette approche a souvent été décrite comme la méthode de l'excédent total et peut être vue comme similaire à la norme de bien-être total.

Une affaire qui a fait controverse en 2003 au Canada peut illustrer la manière dont cette méthode est utilisée et comment elle pourrait évoluer vers une norme de bien-être total modifiée. L'affaire concernait la proposition de Superior Propane d'acquérir ICG Propane, les deux entreprises étant distributrices de propane. Le Commissaire à la concurrence s'est opposé à l'opération au motif qu'elle allait entraîner d'importantes hausses de prix. L'affaire a été portée devant le tribunal de la concurrence, qui est convenu avec le Commissaire que la transaction provoquerait une diminution notable de la concurrence et une augmentation des prix, mais a rejeté la demande du Commissaire après avoir évalué les effets anticoncurrentiels et les efficacités et estimé que ces dernières étaient supérieures. Le tribunal a estimé la perte sèche découlant de la transaction à environ 3 millions CAD par an, et les efficacités identifiables à environ 29,2 millions CAD par an, soit supérieures à la perte sèche.

Le Commissaire a fait appel auprès de la Cour d'appel fédérale et l'affaire a été renvoyée au tribunal, au motif qu'il n'avait pas correctement pris en compte toutes les conséquences de la fusion. Le fait que de nombreux consommateurs de propane étaient des consommateurs à bas revenu constituait un élément entrant en ligne de compte dans cette affaire. Lors de son nouvel examen, le tribunal a étudié les effets redistributifs de l'opération et cherché à savoir si l'octroi d'un poids supplémentaire au préjudice subi par les consommateurs à bas revenus modifierait l'équilibre global des excédents. Le tribunal a estimé que les gains d'efficacité compenseraient toute pondération raisonnable des effets anticoncurrentiels sur les consommateurs à bas revenu. Le nouvel appel déposé par le Commissaire a été rejeté alléguant que le tribunal avait examiné tous les éléments pertinents.

Bien que la décision finale n'ait pas été revue, cette affaire montre comment il a été possible de modifier la méthode de bien-être total, qui considère à parts égales l'excédent des consommateurs et des producteurs, pour tenir compte des effets redistributifs d'une modification de la concurrence.

Source : Neher, D. V., Russo, D. M. and Zona, J. D. (2003) Lessons from the Superior-ICG Merger ; <https://ca.vlex.com/vid/competition-commr-v-superior-680599701>

## 2.5. Norme de bien-être du citoyen

46. Une extension des normes présentées ci-dessus consisterait à élargir leur portée au-delà des consommateurs et des producteurs, de manière à examiner les conséquences de la concurrence pour tous les citoyens. Cette approche permet d'analyser les effets de la concurrence au-delà du marché géographique et du produit directement concernés et de tenir compte d'un grand nombre de facteurs potentiels. Elle marquerait une rupture importante avec le statu quo pour de nombreux régimes de



concurrence. Par ailleurs, alors que les normes décrites plus haut font l'objet d'analyses relativement approfondies dans les publications universitaires, et sont diversement appliquées par les autorités, la norme de bien-être du citoyen apparaît relativement moins développée.

47. Ioannis Lianos a proposé en 2018 d'évoluer vers un droit de la concurrence polycentrique, qui correspond largement à une norme de bien-être du citoyen. Il tiendrait compte des effets sur le bien-être social au sens large, et inclurait donc des questions de vie privée, les effets des innovations de rupture sur les travailleurs et les compétences, ainsi que la nécessité de préserver certains éléments, tels que les valeurs de la société (Lianos, 2018<sup>[24]</sup>).

48. Dans la présente note, la norme de bien-être du citoyen désigne une norme qui vise à optimiser le bien-être du citoyen, qui englobe des concepts économiques et non économiques. Elle accorde notamment un certain poids aux citoyens envisagés comme des travailleurs, tout en prenant également en compte leur rôle éventuel en tant que dirigeants d'une petite entreprise, ou même actionnaires. Les consommateurs ne sont donc pas uniquement des consommateurs, la majorité d'entre eux sont aussi des travailleurs et des citoyens, hormis peut-être dans quelques rares secteurs, comme le tourisme (Beaton-Wells, 2020<sup>[25]</sup>). Certains font donc valoir qu'il conviendrait d'élargir la norme de bien-être du consommateur pour qu'elle tienne compte de certains de ces éléments, mais ce n'est pas la définition retenue pour le présent document.

49. La norme de bien-être du citoyen marque une évolution intéressante en ce sens qu'elle intègre un grand nombre d'intérêts à la politique de la concurrence. Ce peut être l'intérêt des citoyens dans des domaines comme la durabilité, la démocratie, la pluralité des médias, la résilience ou tout ce qui peut entrer en ligne de compte dans leur bien-être. Comme cela a déjà été mentionné dans la partie sur la norme de bien-être total, certaines interprétations générales sont très proches de celles de la norme de bien-être du citoyen<sup>18</sup>. Il semble difficile de distinguer le bien-être de tous et le bien-être du citoyen, ne serait-ce que par le nom. Cependant, comme cela a été précisé plus haut, la présente note les différencie en adoptant la version la plus étroite de la norme de bien-être total.

50. L'Encadré 4 ci-dessus et l'Encadré 6 ci-après donnent des exemples de régimes qui peuvent présenter des similitudes avec une norme de bien-être du citoyen dans des circonstances plus limitées.

51. Il est également possible d'envisager la norme de bien-être du citoyen à partir de la notion de capacité, que (Claassen et Gerbrandy, 2016<sup>[26]</sup>) ont proposée d'appliquer au droit de la concurrence. Le point fondamental de cette notion consiste à prendre en compte la manière dont le bien-être de certains groupes influe sur leur capacité à agir, plutôt que de s'intéresser à la façon dont il est influencé par un acte donné. Il ne s'agirait donc pas de considérer l'augmentation d'un prix comme un préjudice, mais d'examiner comme cette augmentation a diminué la capacité des consommateurs à acheter un plus grand ensemble de biens. Il pourrait être possible d'ajuster cette approche de manière à garantir des capacités minimales à certains groupes. Une capacité minimale pour tous pourrait être par exemple de pouvoir consommer certains biens et services et toute mesure susceptible de la menacer constituerait une infraction à la norme, quel que soit son effet global sur l'ensemble des capacités.

52. Cette notion de capacité se rapproche quelque peu de la norme de bien-être du citoyen, en ce sens qu'elle tient compte des capacités minimales pour différents groupes de la société au lieu d'établir un équilibre global entre les différents résultats. Cette notion, qui paraît relativement complexe, ne semble pas avoir encore été appliquée à ce jour. Le présent document s'intéresse à la norme de bien-être du citoyen axée sur le bien-être et non sur les capacités.

## 2.6. Norme de protection de la concurrence

53. Les normes décrites ci-dessus évaluent les résultats en fonction de la manière dont ils influent sur le bien-être de groupes précis, consommateurs, producteurs et producteurs, ou encore citoyens.

54. Un autre type de norme a été proposé, visant à protéger la concurrence effective, plutôt qu'à évaluer les répercussions sur le bien-être. Ce choix s'expliquerait par le fait que la politique de la concurrence devrait s'employer avant tout à protéger le processus de la concurrence, plutôt que s'intéresser aux résultats et à leur complexité. Pour beaucoup, cette approche permettrait de remettre les mesures pratiques en adéquation avec les raisons qui ont présidé à l'adoption du droit de la concurrence, voir par exemple (Khan, 2018<sup>[5]</sup>). Comme indiqué dans l'Encadré 1, de nombreuses juridictions disposent d'une législation qui fait explicitement référence à la protection de la concurrence, ce qui laisse penser qu'il peut s'avérer intéressant d'envisager cette notion comme une norme. La norme de protection de la concurrence est souvent associée au courant néo-brandésien, selon lequel la norme de bien-être du consommateur explique au moins en partie ce qu'il qualifie d'application insuffisante de la politique de la concurrence dans certaines juridictions<sup>19</sup>.

55. Comme c'est le cas avec les autres normes déjà citées, il n'est pas évident de définir précisément la norme de protection de la concurrence. Plusieurs définitions ont été proposées. Par exemple, Marshall Steinbaum et Maurice Stucke proposent une norme de la concurrence effective qui vise à protéger les individus, les acheteurs, les consommateurs et les producteurs en préservant les structures concurrentielles du marché (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>). Elle a aussi pour objectif de préserver les opportunités de marché pour les concurrents, dans l'optique de disperser le pouvoir privé. D'autres universitaires et spécialistes du domaine ont avancé des idées similaires et suggéré notamment de tenir compte davantage des actions, plutôt que des comportements, susceptibles de nuire au processus concurrentiel (Wu, 2018<sup>[27]</sup>).

56. Aux fins du présent document, le principe fondamental de cette norme est la préservation des structures concurrentielles de marché et la protection de la concurrence. Elle a pour objet de protéger le processus de la concurrence, et non de chercher à comprendre les résultats de la concurrence. Elle considère la concurrence comme une compétition entre entreprises, qui peut profiter aux consommateurs, par exemple lorsque les entreprises se livrent concurrence pour proposer des prix plus bas, et favoriser également les intrants, avec la concurrence à l'embauche. Elle vise à préserver la concurrence pour tous ceux qui en bénéficient, pas uniquement pour les consommateurs. Elle privilégiera les résultats induits par une plus grande concurrence, au détriment de ceux associés à une diminution de la concurrence.

57. Outre le fait de prendre explicitement en compte les effets de la concurrence sur d'autres groupes que les consommateurs, les petits fournisseurs ou les travailleurs par exemple, en pratique, la différence entre la norme de bien-être du consommateur et une norme de protection de la concurrence s'avère quelque peu discutable. Par exemple, ainsi que cela a déjà été mentionné, selon certains auteurs, la norme de bien-être du consommateur permet de comprendre quelles conduites sont anticoncurrentielles, mais en pratique, la plupart des résultats visent à protéger le processus concurrentiel (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

58. Il peut exister des similitudes entre la norme de protection de la concurrence et une norme reposant sur des hypothèses structurelles. Elles conduisent toutes les deux à envisager d'un œil défavorable tout changement de marché qui semble amoindrir la concurrence. La présomption de préjudice doit toutefois être en cohérence avec la norme en question. Par exemple, il s'agit de savoir si la concurrence qui profite aux travailleurs devrait être protégée, avec des accords de non-débauchage notamment, et si elle ne saurait être interdite en raison de certaines formes de bien-être du consommateur qu'elle procure, même en privilégiant de fortes présomptions structurelles<sup>20</sup>.

59. On pourrait affirmer à juste titre que l'application de la norme de protection de la concurrence est plus évidente dans certains domaines du droit de la concurrence que dans d'autres. Elle comprend par exemple une forte présomption défavorable aux fusions ainsi qu'aux accords entre concurrents susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Le traitement des abus de position dominante apparaît en revanche moins clair. Les normes de protection de la concurrence nécessitent certainement un degré plus élevé d'exécution dans certains cas, en raison de l'existence de plus de présomptions structurelles renforcées à l'encontre d'actions menées par des entreprises qui détiennent une position dominante,

souvent en se référant au concept de l'absence de faute, ou parce qu'elles s'intéressent davantage à la conduite des entreprises qu'à leur position dominante (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>). L'une des manières d'envisager ces différences pourrait consister à revoir les présomptions de préjudice, en examinant dans quelle mesure la concurrence a été amoindrie comparativement à une autre situation, en l'absence de la conduite en question par exemple<sup>21</sup>.

## 2.7. Considérations d'intérêt public

60. Tout comme la plupart des normes présentées ci-dessus, le terme considérations d'intérêt public se comprend assez facilement<sup>22</sup>. Il désigne des situations dans lesquelles il est tenu compte de la question de la pertinence pour le grand public pour régler des affaires de concurrence. Les considérations d'intérêt public sont le plus souvent associées au contrôle des fusions, mais elles peuvent couvrir des sujets plus larges. Elles ont été amplement examinées lors de la Table ronde sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations du Groupe de travail de l'OCDE n°3<sup>23</sup>.

61. Il est difficile de bien définir les liens existant entre les considérations d'intérêt public et les normes. D'une part, les préoccupations d'intérêt public peuvent constituer des exceptions, les décisions étant prises en dehors du droit de la concurrence et primant sur celui-ci. C'est en ce sens qu'elles se différencient des normes. D'autre part toutefois, elles peuvent prendre en compte une série de questions qui influent sur la mise en application du droit de la concurrence en fonction de la norme appliquée. Il paraît donc difficile d'examiner différentes normes sans tenir compte des considérations d'intérêt public.

62. Les considérations d'intérêt public sont étroites ou larges (OCDE, 2016<sup>[28]</sup>)<sup>24</sup>. Les juridictions de l'OCDE appliquent généralement des dispositions étroites, dans des situations toutefois différentes (OCDE, 2017<sup>[29]</sup>). À titre d'exemple, on peut parler de considération d'intérêt public étroite lors de la remise en cause d'une transaction menaçant la sécurité nationale. Elle peut aussi être évoquée pour préserver la pluralité des médias, la sécurité de l'approvisionnement en énergie ou la stabilité du secteur financier. Les considérations étroites présentent moins d'intérêt dans l'examen des normes car elles sont moins souvent utilisées. Elles restent réservées à des situations particulières et prévalent sur le droit de la concurrence.

63. Les considérations d'intérêt public larges peuvent au contraire couvrir un vaste éventail de questions, telles que la protection des travailleurs ou le soutien à l'économie. L'Encadré 6 illustre la manière dont l'Afrique du Sud applique un régime d'intérêt public large.

### Encadré 6. Exemple de l'Afrique du Sud

Comme cela a été expliqué dans l'encadré 1, le régime de la concurrence de l'Afrique du Sud comprend plusieurs considérations d'intérêt public. Il intègre les avantages que présente la concurrence pour les consommateurs et tient de surcroît explicitement compte de ses effets sur l'emploi, sur les petites et moyennes entreprises et sur les personnes historiquement défavorisées. L'application de ce large éventail de considérations peut à certains égards équivaloir à l'utilisation d'une norme de bien-être du citoyen, mais il convient de souligner que ces critères, bien que relativement vastes, portent sur des questions bien précises et non sur le bien-être du citoyen en soi.

L'exemple d'une affaire récente concernant l'acquisition de NBL Investment Holdings et Distell Group Holdings par Sunside Acquisitions (Heineken) offre une bonne illustration du fonctionnement concret de ce régime. La cour sud-africaine de la concurrence a autorisé l'opération sous réserve qu'elle satisfasse un certain nombre de conditions de concurrence et d'intérêt public. En raison d'un risque de baisse de la concurrence sur les marchés du cidre et des boissons alcoolisées aromatisées, Heineken

était notamment tenue de céder ses participations dans la marque Strongbow en Afrique du Sud. Ce type de mesures correctives est fréquent dans de nombreuses juridictions, quelle que soit la norme appliquée.

Cependant, outre cette obligation de désengagement, d'autres conditions ont été imposées à Heineken, telles que celles de conserver un certain niveau d'investissement dans les capacités de production, en construisant par exemple une nouvelle brasserie et une nouvelle malterie. La société est aussi tenue de travailler avec des fournisseurs locaux, en particulier des petites entreprises, et de respecter des conditions bien précises relatives au marché du travail, avec notamment une limitation des compressions de postes possibles et l'obligation de verser des salaires équitables. Ces conditions, qui vont au-delà de l'exigence de préserver un certain niveau de concurrence au bénéfice des consommateurs, illustrent une application pratique des considérations d'intérêt public de grande envergure.

Source : <https://www.comptrib.co.za/info-library/case-press-releases/tribunal-approves-heineken-distell-merger-subject-to-competition-and-public-interest-related-conditions>

64. La manière dont les considérations d'intérêt public influencent les résultats dépend indéniablement de leur nature. Il importe aussi de noter que l'ajout de considérations d'intérêt public larges à une norme peut conduire à reproduire les effets d'une autre norme. Pratiquement toutes les normes citées plus haut pourraient ainsi être créées en ajoutant des considérations d'intérêt public. Par exemple, l'ajout d'un critère d'efficience à la norme de bien-être du consommateur la transforme en une norme de bien-être total, l'ajout d'un critère de répartition fait ensuite de celle-ci une norme de bien-être total modifiée et la prise en compte de plusieurs autres questions intéressant les citoyens conduirait finalement à créer une norme de bien-être du citoyen.

65. C'est la raison pour laquelle l'évaluation des normes réalisée ici se concentre sur les normes répertoriées plus haut et non sur les considérations d'intérêt public. Lors de l'examen, on tiendra pour acquis qu'il existe un large éventail de considérations d'intérêt public. Il convient toutefois de ne pas oublier que les considérations d'intérêt public peuvent s'appliquer en divers domaines, en sus des normes, leur principale caractéristique étant de relever d'une liste clairement définie dès le départ.

### **2.7.1. Régimes mixtes**

66. Jusqu'à présent, il a été généralement présupposé que les juridictions appliquent une norme identique en toutes circonstances, les considérations d'intérêt public constituant une exception, comme nous l'avons vu ci-dessus. Des régimes appliquant des normes différentes selon les cas pourraient toutefois former une autre exception. Ces « régimes mixtes » pourraient être utilisés pour différentes raisons, par exemple la volonté d'appliquer d'autres considérations dans certaines circonstances ou d'autoriser une procédure plus large et plus complexe lorsque les entreprises l'estiment utile.

67. Les régimes d'autorisation existant en Australie et en Nouvelle-Zélande, décrits à l'Encadré 4, peuvent illustrer ces régimes mixtes. Ils permettent aux entreprises de solliciter l'autorisation de mener des activités qui pourraient sinon contrevenir à la norme habituelle, généralement du type d'une norme de bien-être du consommateur. À la différence des considérations d'intérêt public, ces régimes, qui s'inscrivent sans doute dans le sillage des régimes de fusions volontaires en place dans ces deux pays, permettent aux parties de choisir de recourir à ce processus plutôt qu'au processus de validation habituel.

68. Les régimes mixtes demeurent peu fréquents et ne sont pas examinés plus avant dans le présent document. Il est néanmoins intéressant de savoir que des normes différentes peuvent être appliquées selon les circonstances le cas échéant.

## 2.8. Exemples d'hypothèses

69. Pour illustrer les différentes normes présentées précédemment, nous allons à présent examiner deux cas hypothétiques, qui ont été imaginés pour montrer comment la norme choisie peut entraîner différents résultats<sup>25</sup>.

### 2.8.1. Hypothèse d'une fusion

70. Supposons qu'une fusion soit proposée entre deux entreprises qui produisent le produit A et d'autres produits apparemment sans lien avec celui-ci<sup>26</sup>. On estime que les entreprises sont concurrentes et que la fusion accroîtra quelque peu leur capacité à fixer les prix. Un certain nombre d'efficacités sont également prévues. Compte tenu de ces dernières et de la plus grande capacité à fixer les prix, une augmentation des prix (comprise entre 3 et 5 %) est prévue après la fusion. Le produit A est fabriqué dans des usines spécialisées au sein d'entités distinctes.

71. Pour certains, le produit A, consommé par la plupart des citoyens du pays, représente un élément important de la vie moderne qui risque déjà de devenir trop cher pour les citoyens à bas revenu.

72. La moitié des économies attendues se traduira par une baisse des coûts du travail, d'une part en raison des gains d'efficacité qui réduiront les effectifs globaux, et d'autre part en raison d'une diminution des choix possibles pour les travailleurs employés dans le secteur à faible spécialisation de la fabrication du produit A, avec pour conséquence une baisse des salaires.

73. Les deux entreprises ne sont pas très grandes à l'échelle du pays, mais le sont sur le plan régional. Elles emploient près de 40 % des travailleurs de la région et réalisent ensemble, quasiment à parts égales, 25 % du PIB régional. Certaines réglementations régissant le fonctionnement des deux entreprises sont définies à l'échelle régionale.

74. L'acquéreur est coté en bourse et un grand nombre de ses actions est détenu par plusieurs grands fonds de pension.

#### *Traitement de la fusion selon différentes normes*

75. Avec la norme de bien-être du consommateur, l'opération poserait certainement problème en ce qui concerne le produit A. Étant donné que les autres produits ne sont pas sur le même marché et que le marché du travail n'est pas explicitement pris en considération, cette question pourrait être résolue avec le désengagement de l'unité concernée, de manière à préserver la concurrence pour le produit A.

76. Avec la norme de bien-être total, il serait plus probable que l'opération soit autorisée dans son intégralité. Ce serait le cas si les efficacités générées étaient suffisamment importantes et ce même s'il n'est pas prévu qu'elles soient répercutées sur les consommateurs. Si les économies dégagées grâce à l'opération étaient suffisamment élevées, elles pourraient compenser l'augmentation des prix et la diminution de la production. L'application d'une norme de bien-être total modifiée conduirait à adopter une position entre les deux, car un poids supplémentaire pourrait être accordé au fait que les consommateurs à bas revenu pâtiraient de la hausse des prix.

77. Le résultat est plus complexe avec une norme de bien-être du citoyen, ou la prise en compte de considérations d'intérêt public larges. Plusieurs facteurs donnent à penser que cette norme détecterait plus probablement un éventuel problème qu'une norme de bien-être total. Par exemple, la baisse des salaires provoquée par l'opération entrera probablement en ligne de compte. De plus, les deux entreprises représentant des employeurs majeurs dans la région, ces répercussions sur les salaires pourraient ne pas se limiter aux travailleurs produisant le produit A. Le pouvoir politique dans la région de l'entité issue de la fusion pourrait constituer aussi un autre problème. D'un autre côté, certains des gains enregistrés par la nouvelle entité pourraient être considérés comme positifs compte tenu du grand nombre d'actions détenu

par des retraités. Il serait néanmoins possible que l'opération soit totalement interdite avec une norme de bien-être du citoyen et qu'une cession totale des actifs associés au produit A ne suffise pas à apaiser les inquiétudes suscitées par la transaction.

78. Une norme de protection de la concurrence conduirait à un résultat identique, mais pour des raisons légèrement différentes. Les effets de l'opération en elle-même ne seraient pas pris en compte, mais ses conséquences sur la concurrence, en ce qui concerne la production du produit A et le marché du travail, accroîtraient le risque qu'une cession de l'activité relative au produit A n'apaise en rien les craintes entourant la transaction. Par rapport à la norme de bien-être du citoyen, il semble toutefois légèrement plus probable qu'un désengagement du produit A constitue une solution, selon l'analyse du marché du travail de la région.

### **2.8.2. Hypothèse d'un accord entre entreprises**

79. Supposons qu'un secteur compte quatre entreprises qui produisent le produit B. Celui-ci présente des différences selon les entreprises, mais nécessite un intrant commun à toutes, l'intrant X, qui représente près de la moitié des coûts de production du produit B. Celui-ci est largement acheté par des consommateurs à haut revenu.

80. La production de l'intrant X entraîne des émissions importantes de gaz à effet de serre et une pollution des rivières. En raison du processus de production utilisé, les émissions de gaz à effet de serre proviennent de l'usine elle-même et sont indépendantes de la production (elles ont identiques que 10 ou 1 000 unités soient produites). Actuellement, trois entreprises installées dans des villes différentes produisent l'intrant X.

81. Les quatre entreprises qui produisent le produit B souhaiteraient coordonner leurs achats de l'intrant X afin d'optimiser l'utilisation de l'usine et réduire ainsi les émissions de gaz à effet de serre. Cela devrait aussi diminuer le coût moyen à l'unité de l'intrant X, qui sert exclusivement à la production du produit B. On estime que ces avantages peuvent être obtenus uniquement si les quatre entreprises planifient ensemble leurs achats. Elles doivent pour ce faire partager entre elles un grand nombre d'informations. Or ce partage d'informations risque d'accroître le risque de coordination entre les producteurs du produit B.

82. Le marché du travail des villes concernées est relativement local et les usines en représentent une part importante. Leur fermeture aurait donc probablement des répercussions défavorables sur les travailleurs.

#### *Traitement de l'accord selon différentes normes*

83. Avec une norme de bien-être du consommateur, la principale question sera de déterminer les répercussions finales sur les consommateurs, à savoir les prix et les niveaux de production. Vu les conditions, il existe un risque notable que l'accord diminue la concurrence entre les quatre entreprises du fait du partage des coûts. Cependant, ces dernières pourraient dans le même temps réaliser des économies substantielles, ce qui se traduirait par une baisse générale des coûts. L'évaluation globale reposera donc probablement sur le fait de savoir si les économies attendues seront répercutées sur les consommateurs afin que les prix n'augmentent pas.

84. Avec une norme de bien-être total, il paraît plus probable que l'accord soit jugé recevable même s'il entraîne une augmentation des prix. Cela serait le cas si les économies réalisées par les entreprises étaient suffisamment élevées pour compenser les hausses de prix prévues. Il conviendrait probablement aussi de savoir s'il serait possible de réaliser les économies en minimisant le risque de diminution de la concurrence. Une norme de bien-être total modifiée n'entraînerait probablement pas un résultat différent puisque ce cas ne semble pas poser de problème majeur de répartition<sup>27</sup>.

85. Une évaluation au titre de la norme de bien-être du citoyen autoriserait plus probablement l'accord si les avantages environnementaux liés à la réduction des gaz à effet de serre s'avéraient suffisamment importants. Ils devraient toutefois être comparés aux répercussions possibles sur les travailleurs des villes dans lesquelles les usines de l'intrant X risqueraient de fermer et à tous les coûts prévus pour les consommateurs. Avec des considérations d'intérêt public, le résultat dépendrait largement des considérations prises en compte. Si par exemple les problèmes environnementaux ne figuraient pas parmi les critères retenus, l'accord serait probablement interdit.

86. Enfin, avec une norme de protection de la concurrence, l'accord ne serait probablement pas autorisé étant donné qu'il risque de diminuer la concurrence pour la production du produit B et l'achat de l'intrant X, ainsi que potentiellement sur les marchés du travail locaux.

# 3. Critères des normes

87. Cette section examine les critères à partir desquels les différentes normes peuvent être évaluées. Le choix d'une norme est avant tout une décision politique, en fonction des avantages qu'elle présente. Cette section a pour objectif de recenser les éléments susceptibles d'influer sur les résultats des normes et de fournir un cadre permettant d'analyser leurs avantages et leurs inconvénients.

88. Toutes choses égales par ailleurs, les critères ou facteurs recensés sont ceux qu'une norme est censée comprendre. Les normes prospectives, telles que celles présentées dans la section précédente, peuvent donc être évaluées à l'aune de ces critères. Certains étant plus clairs que d'autres, il convient de les définir précisément.

89. Les critères ne sont pas indépendants les uns des autres<sup>28</sup>. Cette corrélation peut se révéler positive, une note élevée attribuée à un critère donné entraînant l'attribution d'une note plus élevée encore à un autre critère, ou négative, une note élevée pouvant alors être associée à une note plus basse pour un autre critère. La mise en évidence des liens existant entre les critères peut donc aider à comprendre les arbitrages qu'il convient d'effectuer entre les différentes normes.

90. Comme cela a été indiqué dans la section précédente, d'autres éléments d'un régime du droit de la concurrence, comme la norme de preuve ou l'efficacité de l'organisme chargé de l'application, peuvent influencer sur pratiquement tous les critères examinés ci-après. Les décisions relatives à l'exécution du droit dépendent au final de la législation, et si la norme peut favoriser leur mise en œuvre, elle ne sera pas déterminante. Ces autres éléments peuvent même parfois exercer une incidence encore plus marquée sur les résultats de tel ou tel critère. Étant donné que la présente note a pour objectif d'étudier les avantages et les inconvénients des différentes normes, elle examine principalement la façon dont les critères retenus évoluent selon les normes, tous les autres éléments demeurant inchangés<sup>29</sup>.

91. Cette section présente les principaux critères des normes, en explique la signification et examine les liens pouvant exister entre eux. Les critères ne sont pas étudiés par ordre d'importance. Cela ne signifie toutefois en aucun cas qu'ils ont tous la même importance et les juridictions peuvent leur attribuer des poids différents<sup>30</sup>.

## 3.1. Prévisibilité

92. La prévisibilité d'une norme indique dans quelle mesure les parties intéressées peuvent prévoir le résultat d'une évaluation réalisée au titre de cette norme. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence prévoit que les adhérents doivent notamment veiller à ce que la mise en œuvre du droit de la concurrence soit transparente et prévisible<sup>31</sup>.

93. La prévisibilité constitue incontestablement un élément important du bon fonctionnement d'un régime du droit de la concurrence et est essentielle à la sécurité juridique. Elle permet aux acteurs économiques de comprendre les implications de leurs activités et d'adapter celles-ci en conséquence, elle renforce la conformité et atténue les effets de blocage que peut entraîner l'incertitude sur la confiance des entreprises et l'investissement. Pour certains universitaires, l'importance de la prévisibilité du droit de la concurrence est généralement sous-évaluée dans les publications (Broulík, 2022<sup>[30]</sup>)<sup>32</sup>.



94. La manière dont une norme modifie la capacité des acteurs à comprendre les résultats attendus dépend de la facilité avec laquelle elle peut être comprise, et donc en partie de sa simplicité ou de sa complexité. Il existe donc un lien entre complexité et prévisibilité, les normes plus simples étant en moyenne plus prévisibles<sup>33</sup>.

95. La complexité est fonction de la capacité des autorités à fournir des orientations sur la manière de définir les résultats. Plus il apparaît facile de définir les facteurs qui influencent les résultats, plus ceux-ci pourront être présentés clairement aux parties prenantes pour augmenter la prévisibilité. Par ailleurs, plus les décisions sont prises à partir d'un ensemble transparent de critères prédéfinis et pondérés, et non en fonction du jugement équilibré des dirigeants, plus elles seront prévisibles.

96. Si une plus grande prévisibilité est généralement positive, elle peut apparaître excessive dans certaines circonstances, par exemple si elle a conduit à fournir aux participants du marché des informations qui leur ont permis de contourner les règles. En outre, comme pour tous les critères examinés dans cette section, elle ne constitue évidemment pas le seul facteur important pour comparer les normes. Pour ne citer qu'un seul exemple à ce propos, un régime qui interdit toutes les fusions, quelles que soient leur taille ou leurs conséquences serait quasiment parfaitement prévisible, mais il se trouverait sans doute peu de personnes pour affirmer qu'il apporte de meilleurs résultats à la société.

### 3.2. Amélioration du bien-être social

97. Ce critère examine dans quelle mesure la norme peut améliorer la société, c'est-à-dire dans quelle mesure elle permet d'obtenir des résultats davantage compatibles avec une amélioration du bien-être global de la société. Ce critère se comprend peut-être plus facilement en partant du point de vue inverse, soit en étudiant comment la norme laisse de côté certains éléments importants pour la société.

98. Bien que les plus ardents défenseurs de la concurrence reconnaissent eux-mêmes que certains aspects du bien-être de la société ne dépendent pas de la concurrence, beaucoup sont d'accord avec le fait que les avantages de la concurrence se répercutent bien au-delà des consommateurs et des producteurs. C'est précisément l'une des raisons de créer le droit de la concurrence. L'un des points intéressants de ce débat consiste à déterminer si ces avantages sont obtenus indirectement, en encourageant la concurrence, ou directement, en tenant compte de la façon dont la concurrence influe sur ces questions.

99. La présente note se fonde sur une définition simple de ce critère : une norme qui prend en compte une plus grande proportion de résultats profitables à la société contribue davantage au bien-être social. La réalité est bien évidemment beaucoup moins simple. Les normes tenant compte de plus en plus de différents types de bien-être social, il devient de plus en plus difficile et problématique de déterminer un bien-être global équilibré. Il existe de nombreux points de vue différents sur les résultats qui contribuent ou non au bien-être social. Dans de nombreux cas, on ne voit pas bien ce à quoi correspondrait un optimisation du bien-être social ou des résultats, même indépendamment de la complexité à estimer ces effets.

100. Certains objectent à ce critère que le droit de la concurrence n'a pas pour objet de favoriser le bien-être social, mais de promouvoir la concurrence (Farrell et Katz, 2006<sup>[31]</sup>). La suggestion selon laquelle la politique de la concurrence devrait viser à réaliser des objectifs sociaux plus larges est fortement sujette à controverse. La présente note ne cherche pas à faire prévaloir ce point de vue, mais souligne plutôt qu'une norme prospective pourrait notamment être évaluée en fonction de son incidence sur l'ensemble des résultats, en tenant compte de façon équilibrée de tous les critères<sup>34</sup>. La promotion de la concurrence n'est pas une fin en soi, mais vise à mettre en avant les effets bénéfiques que la concurrence peut exercer sur la société. Toutes choses égales par ailleurs, tout ce qui peut accroître le bien-être de la société est souhaitable<sup>35</sup>.

101. Pour apporter une certaine traçabilité à ce critère, afin de pouvoir comparer plusieurs normes, la présente note examine dans quelle mesure la norme tient compte d'une série d'éléments constituant le bien-être social<sup>36</sup>. Plus elle est étroite, plus il est probable qu'elle ne prenne pas en compte certains aspects qui pourraient contribuer à une amélioration globale des résultats pour la société.

102. Il faut également examiner si les normes plus larges peuvent véritablement intégrer ces objectifs de façon équilibrée et les réaliser. Si cette caractéristique relève généralement d'autres critères (tels que la prévisibilité, le risque d'erreurs ou la facilité d'administration), il convient d'envisager dans quelle mesure cette hypothèse risque de ne pas se vérifier. Une norme peut apporter de meilleurs résultats à la société uniquement si elle y parvient en pratique, et non simplement parce qu'il s'agit de son objectif.

103. Un autre point pertinent concerne l'existence d'outils permettant de traiter les questions qui vont au-delà des bienfaits de la concurrence pour les consommateurs. Nombreux sont ceux qui estiment que ces considérations dépassent le domaine que peut, et doit, recouvrir la politique de la concurrence (Petit, 2021<sup>[32]</sup>)<sup>37</sup>.

104. Plusieurs éléments pourraient entrer en ligne de compte pour une évaluation plus large du bien-être social, même si celle-ci peut en elle-même être source de polémique. Il est impossible de prendre en considération tous les éléments du bien-être social, mais les principaux points importants pour une norme et ceux qui seront exposés en détail dans la section suivante sont abordés ci-après<sup>38</sup>.

### **3.2.1. Efficience économique**

105. Cet élément tient compte de l'efficacité de la répartition et de la production, c'est-à-dire dans quelle mesure il se produit une perte sèche pour l'économie, si l'allocation des ressources n'est pas optimale, et comment les entreprises efficaces peuvent produire des produits à partir d'intrants donnés, en réalisant des économies d'échelle.

106. La concurrence est un puissant moteur de productivité et d'efficience économique (OCDE, 2014<sup>[33]</sup>). À cet égard, toutes les normes destinées à promouvoir la concurrence favoriseront dans une certaine mesure l'efficience économique. D'un autre côté, il peut arriver qu'une action donnée, une fusion ou une collaboration par exemple, ait des répercussions potentiellement négatives sur la concurrence mais largement positives sur l'efficience de la production. Les économies d'échelle peuvent par exemple engendrer des efficacités susceptibles d'être contraires à la concurrence si elles ne sont pas répercutées sur les consommateurs.

### **3.2.2. Marchés du travail**

107. Les marchés du travail et les travailleurs sont des éléments essentiels de la société. L'examen des répercussions d'une norme sur le bien-être global de la société doit par conséquent prendre en compte comment cette norme influe sur les résultats des marchés du travail.

108. La question de la concurrence sur les marchés du travail a suscité récemment beaucoup d'attention (OCDE, 2020<sup>[34]</sup>). De nombreuses juridictions ont traité des affaires de concurrence sur les marchés du travail et beaucoup ont indiqué qu'elles mettraient à l'avenir l'accent sur l'exécution du droit<sup>39</sup>. Reste à savoir si cela signifie que la norme du consommateur n'est pas celle qui prévaut actuellement et si ces questions relèvent véritablement de son champ d'application.

### **3.2.3. Inégalité du pouvoir économique et politique**

109. La répartition des richesses et du pouvoir économique entre les groupes de la société représente un autre élément à prendre en compte dans le bien-être au sens large. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure les inégalités et la concurrence peuvent influencer sur le pouvoir politique et affecter le fonctionnement de la démocratie.

110. Une concurrence accrue peut diminuer les inégalités de revenu, les bénéfices provenant du pouvoir de marché, qui profitent généralement à un nombre relativement réduit d'actionnaires, étant redistribués aux consommateurs, présents en plus grand nombre (Ennis, Gonzaga et Pike, 2017<sup>[35]</sup>). La manière dont sont répartis les revenus peut influencer sur le fonctionnement de la société, les inégalités entraînant un coût économique et politique.

111. Au-delà de la question de la répartition des revenus, de nombreux auteurs affirment que la concurrence constitue un frein majeur à l'acquisition du pouvoir par les grandes entreprises et que celui-ci n'est pas anodin (Meagher, 2020<sup>[36]</sup>). La principale crainte est que la concentration du pouvoir économique puisse submerger les pouvoirs publics et pour de nombreux auteurs, c'est principalement cette crainte qui a été à l'origine de la réglementation de la concurrence aux États-Unis (Khan, 2018<sup>[37]</sup>). Cela fait écho au point de vue de Louis Brandeis, selon lequel, au-delà de certains préjudices bien précis sur les marchés, il existe une « malédiction de la grandeur », qui menace de saper la démocratie et de porter atteinte à la société (Wu, 2018<sup>[27]</sup>). Selon cette optique, ce n'est pas l'efficacité qui devrait guider la politique de la concurrence, mais la volonté de décentraliser le pouvoir économique. Cet effet transcende l'idée du pouvoir de marché sur des marchés de produits concurrentiels, le pouvoir économique se prêtant peut-être davantage à l'idée de « grandeur ».

112. Par ailleurs, des études récentes ont montré qu'il pouvait exister un lien entre fusions et lobbying, ce qui laisse supposer que le pouvoir de marché peut exercer une influence politique forte. Par exemple, (Cowgill et al., 2022<sup>[38]</sup>) ont étudié les conséquences des fusions sur le lobbying aux États-Unis et relevé des éléments attestant des liens existant entre les concentrations et un accroissement des dépenses consacrées au lobbying par les entreprises. Il a été avancé que, outre le lobbying direct, le pouvoir des entreprises peut fournir des moyens d'agir indépendamment de l'État et de la société (Meagher, 2020<sup>[36]</sup>).

113. Ces questions deviennent de plus en plus centrales dans la politique de la concurrence, et pas uniquement aux États-Unis. Par exemple, dans son document de stratégie macroéconomique, l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) souligne que les liens entre la concentration des marchés et le lobbying politique font l'objet de vifs débats et que les recherches qui se poursuivent dans ce domaine pourraient avoir des répercussions importantes sur le type d'affaires traitées par la CMA<sup>40</sup>.

#### **3.2.4. Questions environnementales et de durabilité**

114. Ces questions recouvrent un large éventail de facteurs environnementaux, dont la lutte contre le changement climatique et la transition vers une économie plus durable. Ces facteurs peuvent indubitablement exercer une incidence considérable sur le bien-être global de la société.

115. Indépendamment des débats autour de la façon dont il est possible de définir les meilleurs résultats pour l'environnement, il n'est pas difficile de promouvoir les bénéfices des effets environnementaux s'ils sont atteignables et garantis. L'interface entre la politique de la concurrence et la politique de l'environnement ou la durabilité fait l'objet d'une attention croissante. Deux de ses principaux aspects concernent le rôle de la concurrence dans la promotion de la durabilité, par le biais de l'innovation, ainsi que la manière dont le droit de la concurrence peut gérer les conflits susceptibles de survenir entre la concurrence et la viabilité (OCDE, 2020<sup>[11]</sup>). Ces deux facteurs peuvent influencer les résultats d'une norme.

#### **3.2.5. Résilience économique**

116. La résilience des marchés et des chaînes d'approvisionnement représente un autre facteur important pour la société. La résilience désigne la capacité des marchés à continuer à fonctionner en cas de chocs. Il n'est sans doute guère surprenant que la résilience économique fasse l'objet d'une attention croissante compte tenu des tensions qui s'exercent sur les chaînes d'approvisionnement depuis quelques années.

117. La relation entre résilience et concurrence peut être complexe. D'un côté, des marchés plus concurrentiels entraîneraient une augmentation du nombre de fournisseurs, soit moins de points de vulnérabilité et plus de résilience<sup>41</sup>. Cependant, dans certains cas, la concurrence pourrait diminuer certaines formes de résilience. Par exemple, si la concurrence résulte d'une augmentation des fournisseurs étrangers, elle risque de réduire le nombre de fournisseurs nationaux et donc de diminuer la résilience à une perturbation de l'approvisionnement étranger. Alors qu'il serait sans doute peu profitable à la société d'accorder trop d'importance à ces considérations, il peut exister la volonté de préserver une certaine résilience nationale pour certains produits ou du moins d'atténuer l'exposition à certaines formes de perturbations pour des produits donnés.

### 3.3. Administrabilité

118. L'administrabilité d'une norme désigne la facilité avec laquelle une autorité peut utiliser cette norme pour obtenir des résultats. L'administration d'un régime de la concurrence comprend plusieurs tâches, telles que recueillir des données, les analyser et les traiter, puis les mettre en balance pour se forger une opinion ou prendre une décision. Il peut aussi s'avérer nécessaire de passer par la voie judiciaire. Ces étapes nécessitent des ressources, et toutes choses égales par ailleurs, moins elles sont importantes, mieux c'est.

119. Différentes normes peuvent nécessiter différents types de données ou niveaux d'analyse. La norme peut donc influencer sur l'administrabilité du régime. Si deux normes différentes délivrent des résultats tout aussi intéressants pour tous les autres facteurs, mais que la gestion administrative de l'une des deux apparaît plus facile, il semble relativement évident que le choix se porte sur celle-ci.

120. La complexité diminue généralement l'administrabilité, un plus grand nombre de ressources étant nécessaires pour obtenir des résultats. Cela peut être lié à la nécessité d'évaluer davantage de facteurs ou de recueillir des données sur un éventail plus large de résultats, ou bien de disposer de plus temps pour analyser les données, ou parce que les prises de décision ou les plaidoiries devant les tribunaux sont plus difficiles. De ce fait, de la même façon qu'il existe certainement un lien entre simplicité et prévisibilité, on observe une corrélation positive entre administrabilité et prévisibilité.

121. L'administrabilité d'une norme peut de surcroît être influencée par le niveau et la diversité des compétences requises. Celles-ci sont plus faciles à mobiliser sur des domaines relativement étroits et les normes supposant l'analyse d'un grand nombre de conditions risquent de nécessiter des compétences plus diversifiées, ce qui peut diminuer leur administrabilité.

### 3.4. Durabilité / crédibilité politique

122. Toutes choses égales par ailleurs, il convient de donner la préférence à une norme stable et peu susceptible d'être soumise à des changements, plutôt qu'à une faisant l'objet de pressions constantes. Même s'il s'avère peu probable que les normes appliquées pour l'exécution de la concurrence soit régulièrement au centre des débats politiques approfondis, ce ne sera pas toujours le cas<sup>42</sup>.

123. Les fonctions publiques des sociétés démocratiques doivent susciter un certain niveau d'adhésion, ou tout du moins une faible opposition, pour perdurer. L'adhésion populaire n'est pas une évidence et n'équivaut pas nécessairement à l'obtention d'un résultat favorable dans l'opinion publique. Il s'agit plus de la légitimité du régime dans le cadre plus large de la constitution démocratique de l'État.

124. Selon un nombre croissant d'auteurs, l'absence supposée d'exécution du droit de la concurrence au cours des 40 dernières années aux États-Unis, notamment en raison de l'application de la norme de bien-être du consommateur, entraîne des protestations croissantes de la part du grand public (Khan, 2018<sup>[5]</sup>). Ceci a conduit à une plus grande prise en compte politique du droit de la concurrence et de la

manière de le réformer. Ces évolutions montrent qu'il est indispensable de préserver la crédibilité de la norme au sein du grand public.

125. Plus généralement, la durabilité et la crédibilité politique de la norme peuvent dépendre de la capacité du public à la comprendre. Cela sera fonction de sa prévisibilité, même s'il n'est pas certain que son éventuelle complexité diminue sa crédibilité politique.

126. Il est probablement subjectif de déterminer si une norme est plus ou moins politiquement durable. Ce peut être associé à la façon dont elle profite au bien-être social, mais ce dernier point dépendra des autres leviers et mécanismes mis en place pour remplir cet objectif<sup>43</sup>. C'est en ce sens qu'il faut envisager l'exécution du droit de la concurrence avec un ensemble plus vaste d'objectifs et d'institutions. Autrement dit, les limites de la politique de la concurrence et la mesure selon laquelle elle doit poursuivre des objectifs sociaux plus larges doivent prendre en compte d'autres domaines et la façon dont d'autres institutions pourraient être plus à même d'atteindre ces objectifs. C'est l'autre face de la médaille, déjà évoquée avec le critère relatif à l'amélioration du bien-être social, qui fait écho à l'argument selon lequel il peut y avoir un prix à payer pour que la politique de la concurrence atteigne ces objectifs globaux (Petit, 2021<sup>[32]</sup>). Si trop de domaines de la responsabilité politique se chevauchent, cela peut poser des problèmes de redevabilité et diminuer la durabilité ou la crédibilité politique.

127. La portée des décisions peut avoir de l'importance si elles sont prises par des dirigeants non élus démocratiquement. Dans les régimes administratifs, elles peuvent être prises tout d'abord par les autorités de la concurrence, au sein desquelles les responsables peuvent ou non être démocratiquement redevables dans une certaine mesure. Ce sont toutefois généralement les tribunaux qui confirmeront ou non les décisions en définitive<sup>44</sup>.

128. Les délégations de pouvoir sont normales et importantes pour le bon fonctionnement d'une société. Cependant, plus une décision est complexe et plus le pouvoir de décision de ceux qui ne sont pas redevables démocratiquement est subjectif, et plus le risque que cette décision ne soit pas durable dans une démocratie apparaît élevé. La manière dont la norme du droit de la concurrence influe sur la décision prise peut donc aussi infléchir sa crédibilité politique. On pourrait aussi prendre en considération, en lien avec ce qui précède, la mesure dans laquelle la norme accroît le risque de corruption.

### 3.5. Diminuer le risque d'erreurs

129. Lors de la comparaison des normes, le risque d'erreur de type I ou II constitue un autre facteur intéressant. Dans le contexte de l'exécution du droit de la concurrence, une erreur de type I correspondrait à la détection à tort un problème et empêcherait la réalisation de l'activité en question, même si elle s'avérait profitable pour la société<sup>45</sup>. Une erreur de type II consisterait à autoriser une activité qui n'est en fait pas bénéfique.

130. Toutes choses égales par ailleurs, une norme qui minimise le risque d'erreurs est préférable à une norme qui ne le fait pas. Atténuer le risque d'un type d'erreur peut toutefois entraîner une augmentation du risque de l'autre erreur. Ainsi que cela a déjà été évoqué dans la section précédente, la manière dont le régime de la concurrence gère l'équilibre de la preuve et utilise les présomptions de préjudice détermine les résultats et les risques d'une mise en œuvre excessive ou insuffisante de la législation. Il reste néanmoins possible que la norme ait un effet sur la probabilité d'occurrence d'une erreur de type I ou II.

131. Contrairement à l'affirmation relativement controversée selon laquelle le fait d'atténuer tous les risques d'erreur devrait être jugé satisfaisant, certaines juridictions peuvent attribuer un poids substantiel à l'atténuation d'un type d'erreur donné. Certaines normes pourraient par exemple présenter un biais en faveur d'une mise en œuvre insuffisante ou excessive du droit. Contrairement à ce qui a été noté pour les autres facteurs examinés plus haut, il apparaît plus contestable de soutenir qu'il convient de préférer un type d'erreur à l'autre. C'est pourquoi les effets des normes sur chacun d'eux seront examinés séparément.

# 4. Évaluation des normes

132. Cette section analyse les avantages et les inconvénients des normes en fonction des critères examinés dans la section 3. Elle commence par décrire la méthode générale retenue pour l'évaluation, puis compare les différentes normes, critère par critère.

## 4.1. Méthode

133. La plupart des critères décrits précédemment dépendent de facteurs autres que la norme. La prévisibilité par exemple n'est pas fonction de la norme, mais de nombreux aspects du régime, tels que sa transparence et sa cohérence. Plus généralement, avec le critère relatif à l'amélioration du bien-être social, il est évident que le droit de la concurrence ne représente pas l'unique moyen d'obtenir de meilleurs résultats pour la société.

134. Pour résoudre ces questions complexes et pluridimensionnelles, on réalise les comparaisons entre normes pour tel ou tel critère en présupposant que tous les éléments extérieurs, mais aussi tous les autres facteurs, demeurent constants. Cette simplification risque toutefois d'ignorer certaines forces en jeu. Ainsi que cela a déjà été indiqué plus haut, certains critères sont corrélés et présentent de surcroît des liens particulièrement marqués. Par exemple, des orientations supplémentaires pourraient accroître la prévisibilité d'une norme complexe, mais celle-ci nécessiterait alors davantage de travail et apparaîtrait de ce fait moins facilement administrable.

135. Les évaluations évitent généralement d'attribuer aux normes une note élevée ou basse sur une échelle absolue. Si une note inférieure est attribuée à une norme par rapport à une autre, cela ne signifie pas nécessairement qu'elle obtient une note médiocre pour l'ensemble du critère en question. Par exemple, une norme peut s'avérer moins prévisible qu'une autre, sans pour autant être foncièrement imprévisible.

## 4.2. Prévisibilité

136. Moins une norme comprend d'éléments susceptibles de changer, plus elle est prévisible.

137. La norme de protection de la concurrence, qui vise à tenir compte de l'effet d'une action par rapport à son effet sur la concurrence plutôt que sur le bien-être, apparaît plus simple que les autres normes. Beaucoup d'auteurs ont affirmé que cette norme serait par nature plus prévisible que la norme de bien-être du consommateur par exemple (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>). Cependant, ainsi que cela a déjà été indiqué plus haut, il faut pour cela que toutes les parties prenantes concernées sachent clairement comment seront prises les décisions avec cette norme.

138. Beaucoup de défenseurs de la norme de bien-être du consommateur saluent sa prévisibilité (Dorsey et al., 2020<sup>[39]</sup>). Ils soulignent que de nombreuses autres normes sont imprévisibles en elles-mêmes et que cette imprévisibilité coûte cher. De nombreux autres auteurs ont toutefois affirmé le contraire et soutenu qu'une norme de « bien-être » suppose de statuer sur les affaires en disposant d'une perception claire de leurs répercussions sur le bien-être, ce qui s'avère forcément complexe. On peut avancer que

l'obligation d'évaluer, et de prouver, un préjudice au bien-être, accroît la nécessité de mener des analyses économiques complexes qui rendent les régimes difficiles à prévoir (Khan, 2018<sup>[5]</sup>). Cette critique pourrait s'appliquer à la fois aux normes de bien-être du consommateur et de bien-être total<sup>46</sup>. Les régimes de bien-être du consommateur peuvent bien sûr eux-mêmes comprendre des présomptions structurelles ou des infractions par objet ou *per se*.

139. Comme indiqué ci-dessus, un autre aspect de la prévisibilité est celui qui est souvent mis en avant par de nombreux partisans de la norme de bien-être du consommateur, à savoir qu'une norme qui n'est pas objective risque d'être arbitraire ou imprécise, et donc difficile à prévoir. Selon Melamed et Petit par exemple, bien qu'il puisse parfois s'avérer difficile d'appliquer la norme de bien-être du consommateur, c'est une norme cohérente et bien définie, qui renforce donc la redevabilité des dirigeants (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

140. Il est compliqué de comprendre la prévisibilité de la norme de bien-être total. On pourrait estimer qu'elle est plus simple à mettre en œuvre parce qu'elle dépend de la question de savoir si les efficacités compensent la perte sèche pour l'économie (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>). Cependant, en pratique, il n'est pas évident de comprendre comment les autorités comptabiliseront les efficacités. L'évaluation de la perte sèche peut aussi s'avérer difficile, étant donné qu'il faut estimer les élasticités. Il semble donc qu'il serait globalement plus compliqué de prévoir les résultats d'une norme de bien-être total que d'une norme de bien-être du consommateur, mais on ne sait pas bien dans quelle mesure.

141. Les normes plus larges, telles que les normes de bien-être du citoyen et les considérations d'intérêt public larges, peuvent être plus difficiles à évaluer et paraissent donc moins prévisibles que les autres. Du fait en particulier du nombre croissant de domaines concernés, il devient de plus en plus difficile de savoir quel sera le résultat final d'une évaluation (OCDE, 2017<sup>[29]</sup>).

142. Enfin, un autre élément important pour la prévisibilité de la norme est l'expérience d'usage de celle-ci. Si la norme de bien-être du consommateur est la norme en vigueur, cela peut lui conférer un avantage en termes de prévisibilité. L'existence d'autres affaires survenues dans le passé permet aux entreprises et à leurs conseillers de mieux comprendre la législation. Cet avantage resterait toutefois provisoire et s'amenuiserait au fil du temps, au fur et à mesure de l'application et de la mise en pratique de la nouvelle norme. Il pourrait aussi certainement être légèrement atténué avec la publication d'orientations et autres documents.

### 4.3. Amélioration du bien-être social

143. Un moyen simple et pratique de commencer à examiner comment une norme peut améliorer le bien-être social est de noter que certaines prennent en compte par définition des aspects plus larges du bien-être. Ainsi, la norme de bien-être du consommateur ne vise pas à optimiser le bien-être social, mais s'intéresse principalement au bien-être du consommateur. Les normes de protection de la concurrence ne portent pas du tout sur le bien-être, mais sur la préservation et la promotion de la concurrence. Enfin, la norme de bien-être du citoyen et les éventuelles considérations d'intérêt public permettent par ailleurs d'intégrer des facteurs de bien-être plus larges.

144. Il est important de souligner que la concurrence peut généralement profiter au bien-être de la société. Toutes les normes visent donc à promouvoir la concurrence, à des degrés toutefois différents et en tenant compte parfois d'autres éléments. Cependant, si la concurrence peut apporter à la société des avantages supérieurs à ceux envisagés par la norme, ceux-ci risquent de ne pas se concrétiser<sup>47</sup>. Aussi est-il important, si ce n'est essentiel, de savoir dans quelle mesure il convient de se concentrer sur les résultats liés au bien-être parmi un ensemble de résultats sous-optimaux.

145. À titre d'illustration, on reproche à la norme de bien-être du consommateur de conduire les autorités chargées de l'application du droit à ne plus voir toute une série de préjudices que peut entraîner

un affaiblissement de la concurrence pour d'autres acteurs économiques, tels que les travailleurs et les fournisseurs, mais aussi les innovateurs et les entrepreneurs, parce qu'elle se concentre sur l'efficacité (Khan, 2018<sup>[37]</sup>). De ce point de vue, privilégier la norme de bien-être du consommateur entraîne une dégradation des conditions de la société. Pour de nombreux spécialistes, le recours à la norme du bien-être du consommateur explique en partie pourquoi la concurrence diminue dans certaines juridictions. Par exemple, (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>) avancent que la concurrence s'affaiblit avec la norme de bien-être du consommateur et qu'avec une norme de protection de la concurrence ou une norme de la concurrence effective, il serait plus facile de préserver la concurrence, car les autorités chargées de l'application du droit n'auraient pas à prouver que les consommateurs subissent éventuellement des préjudices.

146. Comme indiqué plus haut, le bien-être social pose de nombreuses difficultés, dont la plupart ne relèvent en principe pas de la politique de la concurrence. Il peut aussi être intéressant d'envisager un certain nombre d'autres questions, telles que des préoccupations éthiques au sens large. D'une manière générale, plus la portée de ces éléments sera large, plus ils seront susceptibles d'être optimisés. Par exemple, les droits des animaux ne sont généralement pas pris en compte dans le droit de la concurrence, mais pourraient l'être au titre du bien-être global (Claassen et Gerbrandy, 2016<sup>[26]</sup>). Cet élément ne paraît relever d'aucune des normes envisagées, mais pourrait être pris en compte au titre d'une considération d'intérêt public ou si les citoyens accordaient plus généralement de l'importance aux droits des animaux. Un autre élément à prendre en compte pourrait être le bonheur (Stucke, 2013<sup>[40]</sup>). Il est difficile à rapprocher directement d'une norme, mais la norme de bien-être du citoyen serait peut-être la plus adaptée pour examiner les éventuelles répercussions directes sur le bonheur.

147. La partie ci-après analyse les différents aspects du bien-être social présentés à la section 3 selon les différentes normes.

#### **4.3.1. Efficience économique**

148. Comme indiqué ci-dessus, la concurrence peut se traduire par une plus grande efficacité économique, toutes les normes poursuivant plus ou moins cet objectif. Cependant, dans la mesure où les normes accordent de l'importance aux efficacités économiques uniquement si elles profitent aux consommateurs ou modifient la concurrence, comme le font par exemple la norme de bien-être du consommateur et la norme de protection de la concurrence, il se peut que le niveau d'efficacité obtenu ne soit pas optimal.

149. Aux États-Unis, l'un des principaux arguments en faveur d'une réforme du droit de la concurrence est que l'on a jusqu'à présent trop envisagé la concurrence comme un moyen de réaliser des objectifs d'efficacité (Khan, 2018<sup>[5]</sup>), ce qui donne à penser que les normes de protection de la concurrence accorderaient moins d'importance à l'efficacité. Il a aussi été avancé que le passage à une norme de protection de la concurrence pourrait déboucher sur des résultats qui réduiraient nettement l'efficacité et entraîneraient une perte statique de bien-être pour la société (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>). Par exemple, une application plus stricte des dispositions en matière d'abus de position dominante aux entreprises qui détiennent une position dominante diminuerait les gains issus de l'acquisition légitime du pouvoir de marché en entraînant des pertes de concurrence dynamiques et des coûts provoquant une augmentation des inefficacités statiques, du fait par exemple de leur redondance. Certains ont toutefois contesté cet argument. Fox par exemple constate que le processus de protection ne protège pas en lui-même les concurrents inefficaces et précise qu'il est possible de les distinguer en procédant à une analyse (Fox, 2013<sup>[6]</sup>).

150. Avec une norme de bien-être du consommateur, les efficacités seront prises en compte uniquement dans la mesure où elles sont répercutées et n'entraînent pas une baisse de la production, et l'on s'intéressera probablement surtout aux économies de coûts marginaux. En revanche, une norme de bien-être total peut envisager un éventail bien plus large de réductions de coûts (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>). Les



normes de bien-être total et total modifiée contribuent donc à l'équilibre global de l'efficacité économique au sens large (Blair et Sokol, 2013<sup>[10]</sup>) et semblent obtenir la meilleure note pour ce critère<sup>48</sup>.

151. Il est plus difficile d'évaluer la norme de bien-être du citoyen ou les considérations d'intérêt public en termes d'efficacité économique. Ces normes peuvent tenir compte des avantages apportés par des efficacités substantielles s'il est estimé que la société en bénéficiera globalement. Ces effets devront toutefois probablement être comparés à toutes les conséquences possibles d'un affaiblissement de la concurrence. Il semble par conséquent difficile d'évaluer ces normes par rapport à tous les facteurs de l'efficacité économique, même si, compte tenu du large éventail de considérations, on peut raisonnablement supposer qu'elles ne seraient pas plus équitables que la norme de bien-être du consommateur.

#### **4.3.2. Marchés du travail**

152. Beaucoup reprochent à la norme de bien-être du consommateur de ne tenir aucun compte des répercussions sur le marché du travail et donc d'entraîner globalement une dégradation des conditions de la société. Ces critiques viennent d'auteurs de points de vue différents, tels que des auteurs marxistes (Cengiz, 2021<sup>[41]</sup>) ou davantage axés sur le marché (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>), (Stucke, 2013<sup>[42]</sup>). Le nombre d'affaires liées aux marchés du travail est historiquement bas, mais certains font valoir que cela tient davantage à des considérations pratiques qu'à la norme utilisée, ces questions étant plus difficiles à prendre en compte (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

153. En se concentrant sur les préjudices causés aux consommateurs, la norme de bien-être du consommateur ne tient pas directement compte des répercussions sur les marchés du travail. Elle ne les ignore toutefois pas forcément totalement. Comme indiqué plus haut, il existe des cas dans lesquels les autorités de la concurrence recourent à une norme de bien-être du consommateur notionnelle pour tenir compte des effets de la concurrence sur les marchés du travail, et plus généralement sur le pouvoir d'achat (OCDE, 2022<sup>[2]</sup>).

154. Cela pourrait indiquer qu'elles n'appliquent pas la norme de bien-être du consommateur telle qu'elle est définie ici, mais une autre explication pourrait être que la concurrence sur les marchés en amont peut aussi toucher les consommateurs. Par exemple, l'acquisition d'un pouvoir de monopsonne ou de négociation par les acheteurs peut entraîner une baisse de la production ou de l'innovation, et finira par porter préjudice aux consommateurs (OCDE, 2022<sup>[2]</sup>). À titre d'illustration, au Royaume-Uni, la CMA a clairement fait savoir qu'elle s'intéressera de près à la concurrence sur les marchés du travail et que cette attention est parfaitement compatible avec la norme de bien-être du consommateur<sup>49</sup>.

155. Les questions relatives au marché du travail risquent toutefois de ne pas être totalement résolues par la norme de bien-être du consommateur si les préjudices causés aux travailleurs ont des conséquences sur la société plus fortes que ceux causés aux consommateurs finaux. Un affaiblissement de la concurrence pour les travailleurs pourrait même profiter aux consommateurs si la diminution des coûts du travail entraîne une baisse des prix. Pour illustrer ce point, des auteurs ont fait valoir que le préjudice concurrentiel subi par les travailleurs nécessite d'ajouter l'élément de « bien-être du travailleur » à la norme de bien-être du consommateur<sup>50</sup>.

156. Comme la norme de bien-être total ne prend généralement pas en compte les effets redistributifs ou les transferts, puisqu'elle se concentre sur la perte sèche et l'efficacité, on pourrait dire qu'elle se préoccupe encore moins des marchés du travail que la norme de bien-être du consommateur. Elle envisagerait en effet toute éventuelle économie réalisée grâce à la réduction des coûts du travail comme une efficacité potentielle, même s'il n'était pas prévu de baisses de prix. La présente note présuppose que les normes de bien-être total ne tiennent pas compte des marchés du travail, mais une norme de bien-être total modifiée pourrait accorder plus d'importance au bien-être des travailleurs.

157. La norme de protection de la concurrence vise explicitement à préserver la concurrence, y compris dans le domaine des intrants de main-d'œuvre. Il semble donc qu'elle puisse fournir des résultats convenant davantage aux travailleurs et aux marchés du travail en général. Concernant les autres normes, la norme de bien-être du citoyen peut de toute évidence prendre la mesure de toute une série de répercussions sur les marchés du travail, de même que des considérations d'intérêt public qui tiendraient compte des marchés du travail, telles les considérations sud-africaines présentées dans l'Encadré 6. Entre les normes de protection de la concurrence et de bien-être du citoyen, il est difficile de savoir laquelle serait la plus adaptée pour promouvoir les questions relatives aux marchés du travail. La norme de bien-être du citoyen pouvant prendre directement en compte les répercussions sur les citoyens en les considérant comme des travailleurs, elle pourrait accorder plus d'importance à ces derniers. Tous les citoyens ne sont toutefois pas des travailleurs et il est difficile de savoir comment s'équilibreront les différentes requêtes. La norme de protection de la concurrence peut plus globalement protéger la concurrence au bénéfice des travailleurs, sans toutefois examiner si les résultats les concernant sont optimaux.

### ***4.3.3. Inégalité du pouvoir économique et politique***

158. Étant donné que la norme de bien-être du consommateur ne considère pas que les transferts entre consommateurs et entreprises sont neutres, beaucoup estime qu'elle tiendra davantage compte des effets redistributifs que la norme de bien-être total (Pittman, 2007<sup>[43]</sup>). Ce point de vue n'est toutefois pas unanimement partagé et d'autres auteurs font valoir que tous les consommateurs n'ont pas un revenu faible et peuvent dans certains cas être plus aisés que les fournisseurs (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>)<sup>51</sup>. Ni la norme de protection de la concurrence ni la norme de bien-être du consommateur ne prennent explicitement en compte les effets redistributifs, mais elles visent toutes deux à préserver la concurrence au bénéfice des consommateurs. La norme de bien-être total apparaît la moins bien placée pour le critère de l'inégalité économique. D'une part, elle ne prend pas la mesure de la répartition, et de l'autre, elle donne plus d'importance aux efficacités du producteur, qui ne contribuent généralement pas à réduire les inégalités de revenu. La norme de bien-être total modifiée constitue incontestablement une légère amélioration à cet égard.

159. La norme de bien-être du citoyen et les considérations d'intérêt public pertinentes peuvent être bien placées pour aborder ces questions car elles peuvent tenir compte directement des répercussions de la répartition des revenus, en examinant ses effets sur le bien-être des citoyens ou en la prenant en compte explicitement.

#### *Pouvoir politique*

160. L'évaluation de la façon dont les normes tiennent compte de la répartition du pouvoir politique s'avère particulièrement compliquée.

161. Comme indiqué dans la section 2, l'un des principaux arguments en faveur de la norme de protection de la concurrence fait valoir que la norme de bien-être du consommateur se traduit par une augmentation des concentrations car elle entraîne une application insuffisante du droit de la concurrence. L'un des objectifs de la norme de protection de la concurrence est donc de répartir plus efficacement les moyens du pouvoir privé en préservant une concurrence effective (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>). Dans un discours, le procureur général adjoint américain Jonathan Kanter a mis en avant trois problèmes posés par la norme de bien-être du consommateur, le premier étant qu'elle ne protège pas la démocratie du pouvoir des entreprises. Surtout, il affirme que le fait de ne pas tenir compte des avantages apportés par les marchés concurrentiels crée un biais pouvant conduire à une application insuffisante du droit de la concurrence<sup>52</sup>.

162. Cependant, en l'espèce, le mécanisme à l'œuvre est une application plus stricte du droit de la concurrence, qui correspond à un risque moindre d'erreur de type II, comme expliqué ci-dessous. La

norme de protection de la concurrence ne tient pas compte du pouvoir politique de manière explicite dans les affaires particulières.

163. Il n'est possible de prendre en compte des questions qui dépassent les répercussions directes de la concurrence sur les marchés que dans le cadre de la norme de bien-être du citoyen ou avec un test d'intérêt public plus large, axé sur la prévention de l'accumulation du pouvoir économique ou politique. La norme de bien-être total apparaît particulièrement peu adaptée pour traiter ces questions, tout comme les inégalités économiques, car elle vise surtout à estimer les efficacités par rapport à la perte sèche.

#### **4.3.4. Environnement et durabilité**

164. Les normes ne risquent guère de beaucoup influencer sur la façon dont la concurrence peut promouvoir la durabilité via l'innovation. Le fait que la concurrence encourage des objectifs environnementaux entraînera probablement d'autres résultats compatibles avec la concurrence.

165. En ce qui concerne la gestion des conflits éventuels entre la concurrence et la durabilité, on constate assez rapidement que les normes de protection de la concurrence et de bien-être du consommateur ne s'appliquent guère aux cas dans lesquels un affaiblissement de la concurrence pourrait apporter d'importants avantages environnementaux. Il en va de même pour la norme de bien-être total et la norme de bien-être total modifiée. Il existe en effet un risque de conflit marqué entre les résultats considérés comme positifs par ces normes - hausse de la production et baisse des prix - et les effets sur la durabilité, qui peuvent se traduire par une baisse de la production, ces normes ne pouvant prendre en compte qu'un seul élément de l'équation.

166. La norme de bien-être du citoyen ou les considérations d'intérêt public liées à l'environnement peuvent en revanche prendre directement la mesure de ces effets. Elles peuvent par exemple considérer que, bien qu'il entraîne une baisse de la concurrence, un accord donné produira suffisamment d'effets favorables à l'environnement pour être autorisé.

167. Il convient de noter que, comme dans le cas des marchés du travail, la mise en œuvre pratique de ces considérations n'est pas nécessairement évidente. Par exemple, les autorités européennes, britanniques et japonaises ont publié des documents - des projets d'orientations destinés à consultation ou une actualisation des orientations - expliquant comment elles prévoient de traiter les questions environnementales susceptibles d'avoir des effets anti-concurrentiels<sup>53</sup>. Ces lignes directrices indiquent toutefois généralement qu'il convient de définir les accords en veillant à réduire au minimum les effets sur la concurrence.

#### **4.3.5. Résilience économique**

168. Étant donné que la concurrence favorise la résilience, celle-ci, à l'instar des autres critères censés être corrélés positivement avec la concurrence, doit être traitée de la même façon par la plupart des normes, en fonction du degré d'application du droit de la concurrence.

169. Il peut toutefois exister certaines différences selon les normes. Par exemple, dans leur publication défendant la norme de la concurrence effective, (Steinbaum et Stucke, 2020<sub>[16]</sub>) affirment qu'elle protège la résilience des chaînes d'approvisionnement en préservant la concurrence pour les individus, les consommateurs, les travailleurs et les fournisseurs d'amont. Le fait que la norme de protection de la concurrence s'intéresse davantage aux marchés en amont pourrait la placer en meilleure position que la norme de bien-être du consommateur pour la résilience économique. Il pourrait en aller de même en la comparant à la norme de bien-être total, et l'on pourrait de surcroît ajouter pour cette dernière qu'il n'est pas forcément compatible avec la résilience de mettre l'accent sur l'efficacité.

170. Une prise en compte directe de la résilience économique, et la possibilité d'accepter une baisse de la concurrence pour la favoriser, apparaît possible uniquement avec la norme du bien-être du citoyen

ou des considérations d'intérêt public spécifiques<sup>54</sup>. Il pourrait par exemple être accordé plus de poids à la volonté de maintenir des options d'approvisionnement nationales, même si cela risquait de porter atteinte au bien-être du citoyen ou au bien-être total en raison d'un affaiblissement de la concurrence.

#### 4.4. Administrabilité

171. Plus une norme est compliquée, plus elle est difficile à administrer. L'analyse proposée plus haut pour la prévisibilité s'applique également à ce critère. Comme cela a été indiqué, la norme de protection de la concurrence semble la norme la plus simple, puisqu'il n'est pas nécessaire d'en évaluer les effets, suivie de la norme de bien-être du consommateur. Les normes plus larges, comme la norme de bien-être du citoyen, sont plus complexes et potentiellement plus difficiles à administrer.

172. Plusieurs spécialistes ont avancé que bien qu'un grand nombre des objectifs de la norme du bien-être du citoyen sont louables, la politique de la concurrence ne permet guère de les réaliser. Selon Carl Shapiro par exemple, il peut s'avérer contreproductif d'utiliser la politique de la concurrence dans ce but, les autorités chargées de son application n'étant pas adaptées pour traiter ce type de questions plus larges (Shapiro, 2017<sup>[4]</sup>). Les décisions prises peuvent de surcroît se révéler difficiles à appliquer si l'on prend en compte des questions de plus en plus vastes. Les dirigeants devant évaluer un nombre de critères de plus en plus élevé, ils risquent d'être confrontés à des difficultés importantes (OCDE, 2017<sup>[29]</sup>). Cela explique également pourquoi les normes plus larges peuvent se révéler plus difficiles à administrer.

173. Autre aspect de l'administrabilité lié à la simplicité, la capacité des entreprises, qui disposent souvent de davantage de ressources que les organismes publics, à mettre en place des méthodes de plus en plus complexes susceptibles de leur être profitables. Pour certains, une norme simple comme la norme de protection de la concurrence présente l'avantage majeur de ne pas nécessiter d'examiner des résultats bien précis<sup>55</sup>. Elle vise à protéger un processus, un objectif jugé forcément plus simple par beaucoup. Ces critiques ont été formulées à l'encontre de toutes les normes tenant compte des effets sur le bien-être, donc celles qui portent davantage sur les résultats que sur la préservation d'un processus. Toutes les normes qui exigent une évaluation des résultats relatifs au bien-être risquent de ce point de vue d'entraîner des litiges longs et coûteux (Khan, 2018<sup>[5]</sup>).

174. Certains auteurs ont fait valoir que le coût de mise en œuvre d'une norme de bien-être total n'est pas forcément beaucoup plus élevé que celui associé à une norme de bien-être du consommateur (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>), et que cette norme ne nécessite pas de différencier les manières dont sont répercutées les économies réalisées et permet de comparer « plus simplement » les efficacités potentielles par rapport aux pertes sèches prévues.

175. Ainsi que cela a été exposé dans la section 3, d'autres facteurs que la simplicité influent sur l'administrabilité. Il convient notamment de tenir compte des besoins en ressources humaines de la norme. Même si cela dépend en partie de la complexité de la norme, l'administrabilité peut aussi chevaucher le degré d'exécution du droit attendu. Les normes qui impliquent en particulier une application plus stricte entraîneront un plus grand nombre d'affaires à traiter. Dans le cadre de la possible modification de l'application du droit de la concurrence aux États-Unis, il a été avancé que l'augmentation du nombre des affaires nécessiterait de disposer de davantage d'effectifs qualifiés pour porter ces dernières en justice (Jones et Kovacic, 2020<sup>[44]</sup>). Étant donné que la norme de protection de la concurrence peut se traduire par un renforcement de l'application de la législation et une diminution du nombre d'erreurs de type II, elle peut nécessiter des effectifs plus nombreux et s'avérer de ce fait plus difficile à administrer. Comme cela a déjà été évoqué et le sera encore plus bas, il convient d'envisager ces différents éléments par rapport à la complexité de la mise en application du droit de la concurrence.

176. Outre le nombre des effectifs, plus les considérations couvertes par la norme sont nombreuses, plus il est difficile que les autorités de la concurrence possèdent les compétences nécessaires dans tous

les domaines concernés. Pour bien comprendre sur quels plans les activités en question pourraient exercer une incidence - les marchés du travail, le milieu politique ou l'environnement, par exemple, il convient de disposer des compétences supplémentaires, ce qui diminue l'administrabilité de la norme.

177. Globalement, comparativement à la norme de bien-être du citoyen, il semble que toutes les autres normes se positionnent raisonnablement bien en ce qui concerne l'administrabilité. La norme de protection de la concurrence pourrait s'avérer sensiblement plus facile à administrer du fait de l'exigence moindre à démontrer ses effets sur le bien-être, mais les résultats restent dans l'ensemble incertains compte tenu de la possible nécessité d'appliquer de manière plus stricte le droit de la concurrence.

#### 4.5. Durabilité / crédibilité politique

178. Il est particulièrement difficile d'évaluer les normes en fonction de leur crédibilité politique, d'une part parce qu'il s'agit d'une question qui recouvre de nombreux aspects et d'autre part parce que le climat politique peut varier selon les juridictions. Ce critère est très étroitement lié à des questions couvertes plus directement par d'autres éléments.

179. Par exemple, hormis la norme de bien-être du citoyen ou les considérations d'intérêt public, les normes ne tiennent généralement pas explicitement compte des sujets qui préoccupent globalement la société<sup>56</sup>. Dans la mesure où le public accorde de l'importance à ces sujets, cela peut provoquer des problèmes de crédibilité. Si le public soutient le renforcement de la concurrence, il peut attacher de l'importance au degré d'application de la législation qui en découle. Toutefois, évaluer les normes à cet égard semble s'apparenter à un double comptage du critère du bien-être social.

180. Cependant, comme indiqué dans la section 3, étant donné la complexité des répercussions de la concurrence sur la société dans son ensemble, l'un des aspects importants de la durabilité politique consiste à savoir s'il appartient aux législateurs, plutôt qu'aux autorités chargées de l'exécution de la législation, de décider des arbitrages à opérer entre les différents critères<sup>57</sup>. D'autres outils politiques peuvent aussi se révéler plus adaptés pour traiter ces questions (Motta, 2015<sup>[45]</sup>). Les normes qui visent à préserver la concurrence ou à minimiser certains aspects bien précis et relativement étroits du bien-être exigeront moins de jugements prudents concernant leurs répercussions globales sur la société. Elles peuvent aussi entraîner moins de doublons risquant de poser problème avec d'autres outils politiques, hors du droit de la concurrence.

181. Comme c'est le cas pour les autres critères, étant donné que la portée des considérations relatives au bien-être ne cesse de s'élargir, avec la norme de bien-être du citoyen par exemple, le risque que des décisions importantes pour la société soient prises par des autorités plus éloignées des législateurs élus s'accroît. Cela crée de surcroît un risque non négligeable que les prises de décision ne soient pas viables d'un point de vue démocratique ou perdent leur indépendance politique. Carl Shapiro a par exemple mis en évidence les dangers que peut présenter une politisation de la réglementation de la concurrence (Shapiro, 2017<sup>[4]</sup>). Cette critique peut s'appliquer à toutes les normes qui ne sont pas mises en œuvre à partir de critères objectifs. Cet argument, déjà exposé plus haut, a été évoqué à propos de la norme de protection de la concurrence (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

#### 4.6. Diminuer le risque d'erreurs

182. Le risque d'erreurs est généralement fonction de la norme de preuve. En supposant que ce facteur reste inchangé, la question est donc de savoir comment se situent les différentes normes en ce qui concerne le risque d'application insuffisante ou excessive du droit de la concurrence. Comme cela a déjà été expliqué, on peut utiliser des présomptions avec les normes, ce qui aura inévitablement des répercussions notables sur le risque d'erreurs de type I ou II.

#### **4.6.1. Erreurs de type II - application insuffisante du droit de la concurrence**

183. La manière dont la norme de bien-être du consommateur peut entraîner un affaiblissement de l'application du droit de la concurrence fait l'objet de vifs débats. Pour de nombreux auteurs, cette norme a largement contribué à ce qu'ils considèrent comme une diminution générale de l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence aux États-Unis. Voir par exemple (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>) et (Khan, 2018<sup>[5]</sup>) (entre autres).

184. Pour d'autres, ce discours est toutefois trop simpliste et ne prend pas en compte la complexité qui entoure la genèse de l'idéal de réglementation de la concurrence aux États-Unis, qui a notamment été influencée par l'école de Chicago et de l'école de Harvard (Kovacic, 2020<sup>[46]</sup>). Enfin, d'autres encore ont affirmé qu'une application stricte du droit de la concurrence est parfaitement compatible avec la norme de bien-être du consommateur et qu'elle peut tout à fait permettre d'établir une réglementation solide fondée sur des principes (Shapiro, 2017<sup>[4]</sup>), (Hovenkamp et Shapiro, 2018<sup>[8]</sup>). Il n'est donc pas évident de distinguer le risque d'application insuffisante de la législation associé à la norme de bien-être du consommateur de celui dépendant de la norme de protection de la concurrence.

185. Hormis ces deux normes, la norme de bien-être total pourrait réduire encore le champ d'application du droit de la concurrence (Fox, 2013<sup>[6]</sup>). Les erreurs de type II semblent plus probables, en particulier parce que les entreprises disposeront d'avantages indéniables en termes d'informations, par rapport aux consommateurs et aux autorités de réglementation.

186. Plus la norme est complexe, plus le risque d'erreurs de type II est élevé, car les entreprises sont susceptibles d'être beaucoup plus à même de faire valoir leur point de vue (Jones et Kovacic, 2020<sup>[44]</sup>). De même, il existe un consensus selon lequel la recherche économique présente un biais naturel en faveur des théories défendant ceux qui sont incités à en profiter, à savoir les entreprises désireuses de se prémunir de toute intervention (Hovenkamp et Scott Morton, 2020<sup>[47]</sup>), (Kovacic, 1992<sup>[48]</sup>). Cela signifie que plus il est possible d'envisager des résultats complexes, plus les normes risquent de privilégier une application insuffisante, plutôt qu'excessive, du droit de la concurrence.

#### **4.6.2. Erreurs de type I - application excessive du droit de la concurrence**

187. La norme de protection de la concurrence peut présenter l'inconvénient d'entraîner un risque relativement élevé d'erreurs de type I, les mesures d'exécution étant prises alors que les répercussions globales pourraient être positives. Bien que le débat sur l'efficacité économique tienne dans une certaine mesure déjà compte de cet élément, il peut aussi s'agir d'une conséquence inévitable de la tendance à une application croissante de la législation. Il peut toutefois s'avérer très difficile d'évaluer toute l'ampleur de cette question.

188. Il semble encore plus difficile d'établir la probabilité d'une application excessive de la réglementation pour les autres normes. Comme indiqué ci-dessus, le risque d'application insuffisante apparaît légèrement supérieur avec la norme de bien-être total et la norme de bien-être du citoyen, ce qui peut laisser supposer un risque d'application excessive moindre, mais les liens entre application insuffisante et application excessive ne sont pas forcément aussi nets. Des auteurs ont par ailleurs avancé que la norme de bien-être du consommateur offre un bon équilibre entre les risques pour la concurrence et l'efficacité des entreprises, ce qui atténue le risque d'application excessive (Dorsey et al., 2020<sup>[39]</sup>), (Melamed et Petit, 2018<sup>[9]</sup>).

#### **4.6.3. Équilibrer les risques**

189. Pour décider comment équilibrer les risques d'application insuffisante ou excessive du droit de la concurrence, il peut se révéler important de connaître les préjudices qu'ils peuvent entraîner. Un tel examen consiste par nature à déterminer dans quelle mesure les avantages qui pourraient disparaître du

fait d'une application excessive de la législation pourraient être obtenus malgré tout, par d'autres moyens et dans quelle mesure les préjudices causés par une application insuffisante pourraient être atténués.

190. Une partie essentielle de ce dernier point vise à évaluer dans quelle mesure on considère que le pouvoir de marché s'atténuera naturellement au fil du temps, autrement dit si les marchés se corrigeront naturellement. La présence d'éventuelles barrières à l'entrée sur certains marchés peut constituer un facteur déterminant et pour certains auteurs, présumer que les marchés peuvent s'auto-corriger ne tient pas compte de ce point important (Khan, 2018<sup>[5]</sup>).

# 5. Conclusion

191. Il n'existe pas de norme parfaite en matière de droit de la concurrence, et il est indispensable de comparer leurs avantages et inconvénients. Plusieurs normes peuvent être utilisées, mais la norme de bien-être du consommateur demeure la plus largement appliquée dans le monde entier. Les normes de bien-être total, de bien-être du citoyen ou de protection de la concurrence figurent néanmoins parmi les autres possibilités les plus crédibles et cette liste est loin d'être exhaustive.

192. Les avantages et inconvénients des différentes normes dépendent des critères retenus par les juridictions et du poids qui leur est accordé. Il n'existe certainement pas de solution idéale et les juridictions peuvent décider de pondérer différemment chacun des critères. Certaines peuvent par exemple être plus en mesure d'administrer des normes plus complexes, comme la norme de bien-être du citoyen, ou tolérer différemment une application insuffisante ou excessive du droit de la concurrence. Certaines peuvent aussi appliquer des régimes mixtes, avec des normes différentes selon les circonstances.

193. Bien que l'examen des résultats des normes en fonction des différents critères soit important, il est difficile de s'y fier totalement. Cela signifie que les différences relevées entre les normes ne permettent généralement d'établir qu'un classement relatif et souvent provisoire, et que leur importance reste souvent sujette à une grande incertitude. Cela est en partie lié aux très nombreux facteurs qui influent sur les critères, mais peut aussi être la simple illustration de la difficulté à prédire des résultats en posant comme principe que de nombreux autres paramètres demeurent inchangés (les ressources des autorités concernées ou les normes de preuve, par exemple). Cet exercice reflètera donc toujours une situation plus simplifiée que la réalité.

194. Par ailleurs, lorsque des différences entre les normes sont détectées, il convient de ne pas surestimer leurs répercussions. Il est évident que, même avec des normes largement différentes, la plupart de leurs résultats après application de la législation seraient globalement les mêmes. Les résultats de la mise en œuvre de la concurrence dépendent de faits concrets et de nombreux autres facteurs, tels que la norme de preuve et l'attitude des tribunaux.

195. L'exercice réalisé ici a néanmoins permis de mettre au jour certains avantages et inconvénients des différentes normes. Certains apparaissent plus fiables que d'autres, mais on peut avancer globalement les points suivants.

- Bien qu'elle soit sans doute la plus controversée, la norme de bien-être du consommateur, qui est aussi celle qui prévaut actuellement, se classe généralement dans la moyenne pour les différents critères. Elle ne tient pas compte d'un large éventail de répercussions sur le bien-être, et certains soutiennent qu'elle conduit à une application insuffisante de la législation. Elle est toutefois bien connue et raisonnablement prévisible, elle offre une combinaison équilibrée des risques d'erreurs et semble politiquement crédible si elle est correctement appliquée.
- La norme de bien-être total promeut l'efficacité économique et s'avère globalement raisonnablement similaire à la norme de bien-être du consommateur sur plusieurs points. Cependant, elle passe outre de nombreux autres grands problèmes de la société, semble entraîner un risque élevé d'application insuffisante du droit de la concurrence et pourrait s'avérer plus difficile à administrer et à prévoir que la norme de bien-être du consommateur. La plupart de ces



remarques s'appliquent aussi à la norme de bien-être total modifiée, qui peut être encore plus difficile à prévoir mais tient compte en revanche des problèmes de répartition.

- La norme de bien-être du citoyen présente quelques avantages intéressants car elle peut tenir compte d'un large éventail de problèmes de la société et peut donc permettre de prendre de meilleures décisions pour celle-ci. En contrepartie, elle pourrait toutefois être beaucoup plus difficile à administrer, moins prévisible et grandement susceptible de contraindre les autorités responsables à formuler des jugements de valeur complexes. Il faut aussi savoir quelles seraient ses éventuelles interactions avec les autres outils politiques. Les mêmes commentaires pourraient être apportés au sujet des considérations d'intérêt public larges, mais il convient néanmoins de préciser que celles-ci peuvent être adaptées aux besoins précis d'une juridiction.
- Bien que ses avantages et inconvénients fassent débat, la norme de protection de la concurrence semble raisonnablement prévisible et facile à administrer, même si l'objectivité de ces mesures est quelque peu controversée. Concernant la promotion du bien-être social, elle apparaît bien placée pour la promotion du bien-être sur les marchés du travail et de la résilience économique, mais enregistre de moins bons résultats pour l'efficacité économique et la durabilité. Enfin, bien qu'elle semble politiquement viable, elle pourrait présenter un risque élevé d'application excessive du droit de la concurrence.

# Notes

<sup>1</sup> La politique de la concurrence recouvre les domaines d'application de la concurrence par le droit de la concurrence, ainsi que des domaines connexes, comme la promotion de la concurrence.

<sup>2</sup> Voir par exemple (Albaek, 2013<sup>[61]</sup>) sur la prévalence de la norme dans l'Union européenne et ailleurs, et (Wilson, 2019<sup>[50]</sup>) à partir de 2019. (Lee, 2015<sup>[56]</sup>) montre toutefois que les interactions entre les objectifs et les normes ne sont pas toujours évidentes et que de nombreuses juridictions prennent en compte d'autres objectifs que le seul bien-être du consommateur.

<sup>3</sup> Il existe aussi de nombreux articles ou essais qui critiquent ou défendent une norme en particulier.

<sup>4</sup> Voir (De Loecker, Eeckhout et Unger, 2020<sup>[60]</sup>) et (Koltay, Lorincz et Valletti, 2022<sup>[57]</sup>) pour des exemples sur ce sujet.

<sup>5</sup> Voir par exemple (Khan, 2018<sup>[5]</sup>) ou (Steinbaum et Stucke, 2020<sup>[16]</sup>).

<sup>6</sup> Différentes autorités peuvent de surcroît se forger des opinions différentes à partir d'une même série de faits (Blair et Sokol, 2013<sup>[10]</sup>).

<sup>7</sup> <https://www.oecd.org/competition/the-goals-of-competition-policy.htm>  
<https://www.oecd.org/competition/the-goals-of-competition-policy.htm>

<sup>8</sup> <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-policy-time-for-a-reset.htm> et  
<https://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-under-fire.htm>

<sup>9</sup> Le manque de cohérence dans la définition des normes accroît encore la complexité des débats et des auteurs peuvent être en désaccord à la fois sur ce qu'est exactement une norme et ses effets concrets.

<sup>10</sup> Son objectif est surtout de permettre de mieux discerner les principaux effets des normes et non de donner à penser que ces considérations ne sont pas importantes.

<sup>11</sup> Au lieu de l'efficacité de Pareto, on pourrait utiliser l'efficacité de Kaldor-Hicks, selon laquelle le bien-être global peut s'améliorer si la situation de ceux qui en bénéficient s'améliore suffisamment pour compenser, du moins en théorie, la détérioration de celle d'autres groupes, sans elle-même se dégrader.

<sup>12</sup> Un exemple typique de l'échec de ce modèle serait une situation de dépendance. Il serait alors difficile de justifier l'hypothèse selon laquelle le consentement à payer reflète les préférences du consommateur correspondant à son intérêt.

<sup>13</sup> Il existe de nombreux exemples de cas qui prennent en compte la concurrence au-delà des seuls effets de prix, notamment la qualité et l'innovation (OCDE, 2013<sup>[18]</sup>). Pour citer l'exemple d'une juridiction généralement considérée comme appliquant la norme de bien-être du consommateur, au Royaume-Uni, l'Autorité des marchés et de la concurrence a examiné la proposition d'une chaîne de pharmacies (Celesio / Lloyds Pharmacy) d'acquiescer les activités de pharmacies d'un supermarché (Sainsbury's) et estimé que cette opération risquait de largement diminuer la concurrence dans un certain nombre de régions, et ce bien que la réglementation sur les prix limite fortement la concurrence sur les prix.

<sup>14</sup> Au sens où elle s'intéresse avant tout aux résultats sur le marché en question, par le biais des achats de biens et de services, et à la manière dont ceux-ci sont influencés par la concurrence entre fournisseurs. Elle ne va pas au-delà du sens économique pour examiner des aspects philosophiques ou moraux plus larges, le bonheur par exemple.

<sup>15</sup> Le fait de savoir si la norme de bien-être du consommateur tient compte des effets nets pour les consommateurs ou si elle présuppose que tous les consommateurs doivent voir leur situation s'améliorer a fait débat (Heyer, 2006<sup>[21]</sup>). Il est généralement difficile de prendre en compte les consommateurs à titre individuel dans le cadre de la politique de la concurrence, mais lorsqu'une mesure peut exercer des effets différents sur des groupes de consommateurs bien précis, il serait rarement jugé acceptable de porter préjudice à l'un, même si les autres devaient en bénéficier.

<sup>16</sup> On pourrait d'une certaine façon opposer les mêmes critiques à la norme de bien-être du consommateur. Le fait qu'elle ne tienne pas compte des avantages perçus par les producteurs explique peut-être pourquoi la question se pose plus particulièrement pour la norme de bien-être total. Ainsi que cela a été abordé dans l'introduction, il peut être légitime d'estimer qu'une « véritable » norme de bien-être total devrait englober toutes les répercussions, au-delà de celles touchant les consommateurs et les producteurs.

<sup>17</sup> L'Australie possède la plus faible densité de population de tous les pays de l'OCDE, avec 3 habitants au kilomètre carré. Le Canada est le deuxième pays avec la plus faible densité, l'Islande le quatrième, et la Nouvelle-Zélande le sixième, avec 19 habitants au kilomètre carré. À titre de comparaison, les États-Unis comptent 36 habitants au kilomètre carré, le Royaume-Uni, 277, le Japon, 346 et la Corée, 531. Source : Banque mondiale, densité de la population, 2020. <https://data.worldbank.org/indicator/EN.POP.DNST?locations=OE>. <https://data.worldbank.org/indicator/EN.POP.DNST?locations=OE>.

<sup>18</sup> Il ne semble guère y avoir de raisons pour que la norme de bien-être total ne tienne pas compte des différents effets sur tous les acteurs économiques, et il n'est donc pas évident de bien distinguer les deux concepts. Une manière d'y parvenir pourrait être de comparer comment les deux normes tiennent compte de l'intérêt des entreprises. Bien que de nombreux citoyens puissent être des actionnaires, ils sont néanmoins probablement moins nombreux que les consommateurs, et la répercussion des bénéfices sur les entreprises risque d'être plus difficile à mesurer avec une norme de bien-être du citoyen.

<sup>19</sup> Comme cela a été abordé dans l'introduction, outre la norme, d'autres facteurs importants entrent en ligne de compte pour la mise en application du droit de la concurrence, comme la norme de preuve, l'attitude des tribunaux et les ressources des différents organismes. Il n'entre pas dans le champ de la présente note d'examiner dans quelle mesure l'application du droit de la concurrence peut être historiquement insuffisante dans certaines juridictions.

<sup>20</sup> Cependant, comme expliqué plus haut, ce ne doit pas forcément être le cas étant donné qu'une norme de bien-être du consommateur n'ignore pas nécessairement les préjudices découlant d'un monopole et

des marchés du travail. Si l'on peut estimer que la plupart des juridictions appliquent une norme de bien-être du consommateur, il semble que la plupart considèreraient aussi une entente entre acheteurs comme une entente injustifiable (OCDE, 2022<sup>[2]</sup>).

<sup>21</sup> Et non en évaluant les répercussions de la conduite sur les résultats, les consommateurs ou d'autres éléments. Dans de nombreux cas, il se peut qu'il n'y ait pas d'effet réel sur la concurrence qui ne s'accompagne pas d'effets similaires sur les résultats, mais les arguments en faveur de l'efficacité seraient sûrement moins nombreux, par exemple le fait de prétendre que la conduite a eu pour conséquence globale d'entraîner une baisse des prix malgré la restriction de la concurrence.

<sup>22</sup> On parle aussi de tests ou de préoccupations d'intérêt public selon le contexte ou la juridiction.

<sup>23</sup> <https://www.oecd.org/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm>  
<https://www.oecd.org/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm>

<sup>24</sup> Les considérations d'intérêt public peuvent aussi être classées selon leur caractère économique ou non. Parmi les considérations économiques figurent par exemple le développement économique, l'emploi ou la protection de certaines catégories d'entreprises dans certains cas, tels que la promotion de la croissance des petites entreprises ou la protection des entreprises nationales essentielles de la concurrence étrangère. Les considérations non économiques comprennent la volonté de protéger le bien-être social au sens large, tel que la santé publique, la protection sociale ou l'environnement.

<sup>25</sup> Ces exemples schématiques ne sont pas irréalistes, mais ne s'inspirent pas non plus volontairement d'affaires réelles, actuelles ou passées.

<sup>26</sup> Les produits et les marchés géographiques ne se chevauchent pas.

<sup>27</sup> Étant donné que les consommateurs sont supposés être des personnes à haut revenu, les modifications se répercuteraient sur les entreprises dans la mesure où leur structure est susceptible d'engendrer des problèmes de répartition si elles subissaient des préjudices.

<sup>28</sup> La note attribuée à une norme pour un critère donné peut dépendre de celle attribuée à un autre critère. Autrement dit, les notes sont corrélées.

<sup>29</sup> La norme de preuve peut par exemple avoir des répercussions importantes sur la prévisibilité d'un régime. De même, un régime très efficace et disposant de ressources adéquates risque de commettre moins d'erreurs.

<sup>30</sup> Il est par exemple possible de n'accorder aucun poids à certains critères ou d'attribuer quasiment l'intégralité du poids à un ou deux critères uniquement.

<sup>31</sup> Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, adoptée le 6 octobre 2021.  
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0465>  
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0465>

<sup>32</sup> La prévisibilité d'une norme peut théoriquement être mesurée empiriquement en comparant sur une longue période l'exactitude des prévisions avec les résultats. Dans la pratique, cette évaluation est irréalisable en raison de l'absence de données et du grand nombre de facteurs autres que la norme

susceptible d'influer sur la prévisibilité des résultats. Aussi est-il nécessaire de tenir compte des facteurs qui pourront accroître ou diminuer la prévisibilité de la norme.

<sup>33</sup> Cette affirmation est généralement vraie, mais pas toujours. Par exemple, une norme décidée à pile ou face paraît particulièrement simple, mais son taux de prévisibilité ne dépassera pas 50 %.

<sup>34</sup> Autrement dit, pour prendre totalement en compte les avantages et les inconvénients relatifs des différentes normes, il faut oublier l'idée selon laquelle le droit de la concurrence se limite à des domaines restreints.

<sup>35</sup> Il n'est possible de réellement considérer que toutes les choses sont égales par ailleurs que si elles sont indépendantes les unes des autres, ce qui semble fort peu probable pour un sujet aussi vaste que le bien-être social.

<sup>36</sup> Cet exercice part du principe qu'il est possible d'intégrer ces éléments plus larges à l'évaluation de la concurrence et surtout, ce qui peut être contestable, qu'il est possible de tous les équilibrer précisément les uns par rapport aux autres. Les avantages des différentes normes en seront dans ce cas influencés, de même que les éléments pertinents examinés lors de l'évaluation des autres critères, comme l'administrabilité et le risque d'erreurs.

<sup>37</sup> Si des autorités ont déclaré qu'elles prendraient en compte des éléments plus larges, comme le travail, d'autres ont indiqué le contraire. À titre d'exemple récent, le président de la CADE, l'autorité brésilienne de la concurrence, a fait savoir qu'il ne comptait pas examiner des questions comme le travail et la durabilité. Voir : [https://content.mlex.com/#/content/1460663?referrer=email\\_dailysavedsearch](https://content.mlex.com/#/content/1460663?referrer=email_dailysavedsearch), 30 March 2023.

<sup>38</sup> Cette examen pourrait comprendre un grand nombre de grands thèmes, tels que le bonheur ou le bien-être animal.

<sup>39</sup> Par exemple, les États-Unis, le Royaume-Uni et le Portugal, entre autres juridictions, ont pris des mesures d'exécution du droit de la concurrence sur les marchés du travail ou signalé leur intention de le faire.

<sup>40</sup> CMA (2023) CMA Economic Research Strategy, Microeconomics Unit, March 2023, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1140983/Economic\\_Research\\_Strategy.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1140983/Economic_Research_Strategy.pdf)

<sup>41</sup> Par exemple, ainsi que l'a souligné le procureur général adjoint américain Jonathan Kanter, « les marchés concurrentiels créent la résilience. Les marchés concurrentiels sont moins susceptibles de présenter des points de défaillance centraux ». US DOJ, Press Release, *Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association's Milton Handler Lecture*, 18 May 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>

<sup>42</sup> On constate par exemple que davantage de discussions sur les normes, sur les plans législatif et politique, ont lieu depuis quelque temps dans certaines juridictions, en particulier aux États-Unis.

<sup>43</sup> S'il existe par exemple des règles de protection du travail solides, le fait de ne pas tenir compte des problèmes liés au travail lors la mise en œuvre du droit de la concurrence peut soulever moins de questions, encore que cela apparaît désormais de plus en plus controversé.

<sup>44</sup> Une exception à cela pourrait être lorsqu'un test de l'intérêt public permet à l'État d'intervenir directement dans les décisions, en autorisant par exemple le ministère concerné à trancher certaines questions dans certains cas.

<sup>45</sup> Il convient notamment de savoir si l'erreur doit être estimée par rapport à la société, à la norme en question (le bien-être du consommateur) ou aux différents niveaux de concurrence. Lors de cette évaluation, les erreurs concernent la norme en elle-même et les niveaux de concurrence, les considérations relatives à la société au sens large étant prises en compte par le critère du bien-être social.

<sup>46</sup> Cette critique a par exemple été formulée par le procureur général adjoint américain Jonathan Kanter, qui décrit cette norme comme une « norme centrale de la planification ». US DOJ, Press Release, Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association's Milton Handler Lecture, 18 May 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>

<sup>47</sup> Cela serait le cas si les avantages généraux de la concurrence n'étaient pas parfaitement corrélés à ceux censés profiter aux personnes concernées par la norme (les consommateurs ou les citoyens, par exemple). Si tous les avantages de la concurrence étaient parfaitement corrélés, il n'y aurait aucun risque d'application insuffisante de la politique de la concurrence.

<sup>48</sup> Plus les entreprises se rapprochent d'un niveau inférieur à l'échelle minimale d'efficacité, plus les gains que peut rapporter l'octroi d'un poids plus important à l'efficacité économique seront élevés (Clifford, Opashinov et Hollinger, 2003<sup>[23]</sup>).

<sup>49</sup> Un document rédigé par l'unité de stratégie de recherche économique de la CMA indique par exemple : « le pouvoir de marché peut aussi prendre la forme d'un monopole sur les marchés du travail ou d'autres intrants, entraîner des distorsions dans les emplois et les investissements et porter préjudice au bien-être du consommateur ». [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1140983/Economic\\_Research\\_Strategy.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1140983/Economic_Research_Strategy.pdf)

<sup>50</sup> Même les plus ardents défenseurs de la norme de bien-être du consommateur indiquent que lorsqu'on examine les effets de la concurrence sur les fournisseurs avec une norme de bien-être du consommateur, il serait peut-être plus juste de parler de norme de bien-être du fournisseur (Shapiro, 2017<sup>[4]</sup>).

<sup>51</sup> Prenons par exemple la fusion de garages spécialisés dans les voitures de luxe, dont les clients peuvent être plus fortunés que les fournisseurs. La fusion pourrait donc avoir des résultats satisfaisants du point de vue de la répartition, mais ne serait pas autorisée dans le cadre d'une norme du bien-être du consommateur.

<sup>52</sup> US DOJ, Press Release, Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association's Milton Handler Lecture, 18 May 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>

<sup>53</sup> Japan Fair Trade Commission, Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc. Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act, 31 March 2023, Tentative Translation ; UK

CMA, Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements, 28 February 2023, [https://files.lbr.cloud/public/2023-02/Draft\\_Sustainability\\_Guidance\\_document\\_.pdf?VersionId=1BPe5tWhwNuCFotKZ7PHMmulSqpYdal\\_m](https://files.lbr.cloud/public/2023-02/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf?VersionId=1BPe5tWhwNuCFotKZ7PHMmulSqpYdal_m)

<sup>54</sup> Davantage d'importance pourrait aussi être donnée aux marchés d'amont.

<sup>55</sup> US DOJ, Press Release, Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association's Milton Handler Lecture, 18 May 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>

<sup>56</sup> Dans un commentaire récent, un conseiller du président de la sous-commission judiciaire sur la concurrence du Sénat américain a déclaré qu'il existe un mouvement bipartite en faveur d'un changement, car le consensus qui dominait auparavant autour de la concurrence a volé en éclats en raison des inquiétudes du public sur l'accroissement du pouvoir de marché. Voir : [https://content.mlex.com/#/content/1460284?referrer=email\\_dailycontentset&dailyId=7bcadf3d2c894722\\_966d32e04158e53a&paddleid=201&paddleaois=2000;2003](https://content.mlex.com/#/content/1460284?referrer=email_dailycontentset&dailyId=7bcadf3d2c894722_966d32e04158e53a&paddleid=201&paddleaois=2000;2003) (29 March 2023)

<sup>57</sup> Par exemple, en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence aux États-Unis, un responsable du département de la Justice a indiqué qu'il n'est pas de leur ressort d'équilibrer les tensions existant entre l'autorisation donnée aux entreprises de mener leurs activités et la protection de la concurrence, le Congrès ayant voté la loi qu'il leur appartient d'appliquer. Voir : [https://content.mlex.com/#/content/1460252?referrer=email\\_dailycontentset&dailyId=7bcadf3d2c894722\\_966d32e04158e53a&paddleid=201&paddleaois=2000;2003](https://content.mlex.com/#/content/1460252?referrer=email_dailycontentset&dailyId=7bcadf3d2c894722_966d32e04158e53a&paddleid=201&paddleaois=2000;2003) (29 March 2023)

# Bibliographie

- Akman, P. (2010), « « Consumer » versus « Customer »: The Devil in the Detail », *Journal of Law and Society*, vol. 37/2, pp. 315-344, <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2010.00506.x>. [14]
- Albaek, S. (2013), « Consumer Welfare in EU Competition Policy ». [61]
- Baker, J. (2013), « Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust », *Fordham Law Review*, vol. 81, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/4> (consulté le 8 mars 2023). [11]
- Beaton-Wells, C. (2020), « Antitrust's Neglected Question: Who Is "The Consumer"? », vol. 65/1, pp. 173-193, <https://doi.org/10.1177/0003603X19898606>. [25]
- Blair, R. et D. Sokol (2013), « Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement », *Fordham Law Review*, vol. 81/5, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/12> (consulté le 15 mars 2023). [10]
- Broulík, J. (2022), « Predictability: a Mistreated Virtue of Competition Law », n° 09, Amsterdam Center for Law & Economics, <https://ssrn.com/abstract=4277477> (consulté le 30 mars 2023). [30]
- Caves, K. et H. Singer (2018), « When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer Welfare Standard », <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gmlr26&div=16&id=&page=>. [17]
- Cengiz, F. (2021), « The conflict between market competition and worker solidarity: moving from consumer to a citizen welfare standard in competition law », *Legal Studies*, vol. 41/1, pp. 73-90, <https://doi.org/10.1017/LST.2020.31>. [41]
- Claassen, R. et A. Gerbrandy (2016), « Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach », vol. 12/1, <https://doi.org/10.18352/ulr.321>. [26]
- Clifford, J., M. Opashinov et M. Hollinger (2003), *Efficiency-dependent mergers: lessons from Canada*, [http://mcmillan.ca/wp-content/uploads/2020/07/Efficiency-dependent-mergers\\_Clifford\\_0503.pdf](http://mcmillan.ca/wp-content/uploads/2020/07/Efficiency-dependent-mergers_Clifford_0503.pdf) (consulté le 2 avril 2023). [23]
- Cowgill, B. et al. (2022), « Political Power and Market Power ». [38]
- De Loecker, J., J. Eeckhout et G. Unger (2020), « The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 135/2, <https://doi.org/10.1093/qje/qjz041>. [60]



- Dorsey, E. et al. (2020), « Consumer Welfare & the Rule of Law: The Case Against the New Populist Antitrust Movement », *Pepperdine Law Review*, vol. 47, pp. 6-7, <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol47/iss4/1> (consulté le 3 avril 2023). [39]
- Ennis, S., P. Gonzaga et C. Pike (2017), « Inequality: A hidden cost of market power », Division de la concurrence de l'OCDE, <http://www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm> (consulté le 31 mars 2023). [35]
- Farrell, J. et M. Katz (2006), « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », <https://escholarship.org/uc/item/1tw2d426> (consulté le 21 mars 2023). [31]
- Fox, E. (2013), « Against Goals », *Fordham Law Review*, vol. 81, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr> (consulté le 2 avril 2023). [6]
- Glick, M. (2018), « The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.3308882>. [59]
- Heyer, K. (2006), « Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best? », *Competition Policy International*, vol. 8/1, pp. 146-172, <https://doi.org/10.2139/SSRN.959454>. [21]
- Hovenkamp, H. (2023), « The Antitrust Text », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.4277914>. [58]
- Hovenkamp, H. (2022), « The Slogans and Goals of Antitrust Law », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.4121866>. [20]
- Hovenkamp, H. (2020), « Antitrust: What Counts as Consumer Welfare? », *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*, [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2194](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2194) (consulté le 3 avril 2023). [13]
- Hovenkamp, H. et F. Scott Morton (2020), « Framing the Chicago School of Antitrust Analysis », [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarshiphttps://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2113](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarshiphttps://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2113) (consulté le 2 avril 2023). [47]
- Hovenkamp, H. et C. Shapiro (2018), « Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof », *Yale Law Journal*, [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1932](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1932) (consulté le 2 avril 2023). [8]
- Jones, A. et W. Kovacic (2020), « Antitrust's Implementation Blind Side: Challenges to Major Expansion of U.S. Competition Policy », <https://doi.org/10.1177/0003603X20912884>, vol. 65/2, pp. 227-255, <https://doi.org/10.1177/0003603X20912884>. [44]
- Kaplow, L. (2011), « On the Choice of Welfare Standards in Competition Law », *Discussion Paper n° 693*, Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1873432](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1873432) (consulté le 17 avril 2023). [3]
- Khan, L. (2018), « The Ideological Roots of America's Market Power Problem », *The Yale Law Journal Forum*. [5]
- Khan, L. (2018), « The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9/3, pp. 131-132, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPY020>. [37]

- Koltay, G., S. Lorincz et T. Valletti (2022), « Concentration and Competition: Evidence from Europe and Implications for Policy », *SSRN Electronic Journal*, [57]  
<https://doi.org/10.2139/SSRN.4069206>.
- Kovacic, W. (2020), « The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History », [46]  
<https://www.jstor.org/stable/26892418> (consulté le 28 mars 2023).
- Kovacic, W. (1992), « The Influence of Economics on Antitrust Law », *Economic Inquiry*, [48]  
 vol. 30/2, pp. 294-306,  
[https://www.academia.edu/57012255/The\\_Influence\\_of\\_Economics\\_on\\_Antitrust\\_Law](https://www.academia.edu/57012255/The_Influence_of_Economics_on_Antitrust_Law)  
 (consulté le 2 avril 2023).
- Lande, R. (2001), « Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust », *All Faculty Scholarship*, [19]  
[https://scholarworks.law.ubalt.edu/all\\_fac/703](https://scholarworks.law.ubalt.edu/all_fac/703) (consulté le 3 avril 2023).
- Lee, C. (2015), « The Objectives of Competition Law », [56]  
[https://www.researchgate.net/publication/307634289\\_The\\_Objectives\\_of\\_Competition\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/307634289_The_Objectives_of_Competition_Law)  
 (consulté le 3 avril 2023).
- Lianos, I. (2018), « Polycentric Competition Law », *Current Legal Problems*, vol. 157, pp. 136- [24]  
 140, <https://doi.org/10.1016/J.ECONLET.2017.06.014>.
- Marshall, A. (1890), « Principles of Economics », *Principles of Economics*, [55]  
<https://doi.org/10.1057/9781137375261>.
- Meagher, M. (2020), « Competition is killing us », dans *Competition is killing us: how big business is harming our society and planet - and what to do about it*, Penguin Business. [36]
- Meese, A. (2013), « Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare », *Fordham Law Review*, vol. 81, [54]  
<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4882&context=flr> (consulté le 21 mars 2023).
- Melamed, A. et N. Petit (2018), « The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets », *SSRN Electronic Journal*, [9]  
<https://doi.org/10.2139/SSRN.3248140>.
- Melamed, D. et N. Petit (2018), *Before « After Consumer Welfare » - A Response To Professor Wu*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/before-after-consumer-welfare-a-response-to-professor-wu/> (consulté le 20 avril 2023). [53]
- Motta, M. (2015), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, [45]  
<https://papers.ssrn.com/abstract=3919691> (consulté le 5 avril 2023).
- Naidu, S., E. Posner et G. Weyl (2018), « Antitrust remedies for labor market power », *Harvard Law Review*, vol. 132/2, pp. 537-601, <https://doi.org/10.2139/SSRN.3129221>. [52]
- OCDE (2022), *Puissance d'achat et ententes entre acheteurs, Note de référence du Secrétariat*, [2]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2022\)4/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2022)4/fr/pdf) (consulté le 3 octobre 2022).
- OCDE (2020), *Competition in Labour Markets*, [34]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>.

- OCDE (2020), « Durabilité et droit et politique de la concurrence », [1]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)3/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)3/fr/pdf) (consulté le 13 mars 2023).
- OCDE (2017), « Synthèse de la Table ronde sur les considérations d'intérêt public dans le [29]  
contrôle des concentrations »,  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN5/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN5/FINAL/fr/pdf) (consulté le  
8 mars 2023).
- OCDE (2016), « Considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations - Note de [28]  
référence du Secrétariat », [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)3/Fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)3/Fr/pdf)  
(consulté le 8 mars 2023).
- OCDE (2014), « La politique de la concurrence et ses effets macroéconomiques : une fiche [33]  
d'information », [https://www.oecd.org/daf/competition/2014-fiche-information-concurrence-  
online.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2014-fiche-information-concurrence-online.pdf) (consulté le 31 mars 2023).
- OCDE (2013), « The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis 2013 », [18]  
<https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> (consulté le  
14 mars 2023).
- Petit, N. (2021), *A Theory of Antitrust Limits*, <https://papers.ssrn.com/abstract=3919691> (consulté [32]  
le 21 mars 2023).
- Pittman, R. (2007), « Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust [43]  
Enforcement », <https://papers.ssrn.com/abstract=3919691> (consulté le 3 avril 2023).
- Ross, T. et R. Winter (2005), « The efficiency defense in merger law: Economic foundations and [22]  
recent Canadian developments », *Antitrust Law Journal*, vol. 72/2, pp. 471-503,  
[https://www.researchgate.net/publication/254130871\\_The\\_efficiency\\_defense\\_in\\_merger\\_la  
w\\_Economic\\_foundations\\_and\\_recent\\_Canadian\\_developments](https://www.researchgate.net/publication/254130871_The_efficiency_defense_in_merger_la_w_Economic_foundations_and_recent_Canadian_developments) (consulté le 15 mars 2023).
- Salop, S. (2018), « Invigorating Vertical Merger Enforcement », pp. 1962-1994, [7]  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2002> (consulté le 2 avril 2023).
- Shapiro, C. (2017), *The Consumer Welfare Standard in Antitrust: Outdated, or a Harbor in a Sea [4]  
of Doubt?*, Opening Statement of Professor Carl Shapiro Senate Judiciary Committee  
Subcommittee on Antitrust, Consumer Protection and Consumer Rights,  
<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/consumerwelfarestandard.pdf> (consulté le  
2 avril 2023).
- Solomon, J., G. Morrison et D. Bloomfield (2021), « Consumers and citizens: the Future of the [15]  
Consumer-Welfare Standard in Global Merger Review »,  
[https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/solomon-morrison-bloomfield\\_alj\\_84-  
1\\_ant107v1.pdf?73907/9349e54e1cbcd0a4d85ad181f5a32fc78727678446ee3d68b5c22e6a  
c37b6f5](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/solomon-morrison-bloomfield_alj_84-1_ant107v1.pdf?73907/9349e54e1cbcd0a4d85ad181f5a32fc78727678446ee3d68b5c22e6ac37b6f5) (consulté le 15 mars 2023).
- Steinbaum, M. et M. Stucke (2020), « The effective competition standard: A new standard for [16]  
antitrust », *University of Chicago Law Review*, vol. 87/2.
- Stucke, M. (2013), *Looking at the Monopsony in the Mirror*, *Emory Law Journal*. [42]
- Stucke, M. (2013), « Should Competition Policy Promote Happiness? », *81 Fordham Law [40]  
Review 2575 University of Tennessee Legal Studies Research Paper n° 207*,  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2203533](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203533) (consulté le 15 mars 2023).

- Vaheesan, S. (2019), « The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust », vol. 64/4, pp. 479-494, <https://doi.org/10.1177/0003603X19875036>. [12]
- Williamson, O. (1968), « Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs », *The American Economic Review*, vol. 58/1, pp. 18-36. [51]
- Wilson, C. (2019), *Welfare Standards Underlying Antitrust Enforcement: What You Measure is What You Get*, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1455663/welfare\\_standard\\_speech\\_-\\_cmr-wilson.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1455663/welfare_standard_speech_-_cmr-wilson.pdf). [50]
- Woodcock, R. (2017), « The Antitrust Duty to Charge Low Prices », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.2924828>. [49]
- Wu, T. (2018), « The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age », *Faculty Books*, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/63> (consulté le 2 avril 2023). [27]