

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

**Forum mondial sur la concurrence**

**MESURES CORRECTIVES ET ENGAGEMENTS DANS LES AFFAIRES D'ABUS DE  
POSITION DOMINANTE – Note de référence**

- Rédigée par le Secrétariat -

2 décembre 2022

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence à l'appui de la session IV du 21<sup>e</sup> Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2022.

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

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante : [oe.cd/cpta](http://oe.cd/cpta).

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Sabine Zigelski [courriel : [Sabine.Zigelski@oecd.org](mailto:Sabine.Zigelski@oecd.org)] ou Mme Lynn Robertson [courriel : [Lynn.Robertson@oecd.org](mailto:Lynn.Robertson@oecd.org)].

**JT03510207**

# Mesures correctives et engagements dans les affaires d'abus de position dominante

# Avant-propos

Une application efficace du droit de la concurrence dans les affaires d'abus de position dominante suppose, entre autres, des sanctions ou des mesures correctives et des engagements efficaces. Le sujet est d'actualité, au vu des efforts consacrés par les autorités de la concurrence en matière d'enquêtes sur les abus de position dominante dans des secteurs spécifiques, en particulier les secteurs pharmaceutique, des BigTechs et de l'énergie. Les actions engagées contre de grandes entreprises technologiques ont alimenté un vif débat sur l'efficacité relative des mesures correctives en cas d'infraction au droit de la concurrence. En outre, le nombre d'autorités ayant le pouvoir d'accepter des engagements ou d'imposer des mesures correctives dans les affaires d'abus de position dominante a augmenté. Même si les autorités de la concurrence du monde entier imposent chaque année de nombreuses mesures correctives dans divers secteurs, concevoir des mesures qui soient appropriées, efficaces et proportionnées demeure une gageure.

Concevoir et appliquer des mesures correctives ou des engagements appropriés est une tâche complexe, plus encore peut-être pour les autorités de la concurrence jeunes ou moins expérimentées, qui peuvent se heurter à des contraintes institutionnelles supplémentaires, comme le manque de ressources financières ou humaines, une expertise insuffisante, la méconnaissance et le manque d'acceptation des avantages procurés par le droit et la politique de la concurrence, par exemple.

La présente note examine les types de mesures correctives et d'engagements qui peuvent être imposés ou acceptés. Elle s'intéresse aux règles et principes appliqués pour décider s'il convient de résoudre l'affaire par des mesures correctives ou des engagements volontaires ; aux règles et principes appliqués pour décider s'il convient d'imposer ou d'accepter des mesures correctives ou des engagements de nature comportementale ou structurelle ; à la nécessité et aux moyens d'assurer le respect des mesures correctives et des engagements ; et à l'évaluation *ex post* des solutions adoptées. Elle se termine par un résumé des principales conclusions qui pourraient guider les autorités de la concurrence lors de la conception des mesures correctives et des engagements dans les affaires d'abus de position dominante.

Cette note a été rédigée par le docteur Anna Renata Pisarkiewicz (Chargée de recherche, École de réglementation de Florence) en tant que consultante auprès de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle a été enrichie des commentaires de Sabine Zigelski, d'Aura García Pabón, d'Antonio Capobianco et d'Ori Schwartz, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle a été élaborée en tant que note de référence en vue des débats sur les « Mesures correctives et engagements dans les affaires d'abus de position dominante » tenus lors de la session de décembre 2022 du Forum mondial sur la concurrence, <https://www.oecd.org/competition/remedies-and-commitments-in-abuse-cases.htm>. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document sont ceux de leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

# Table des matières

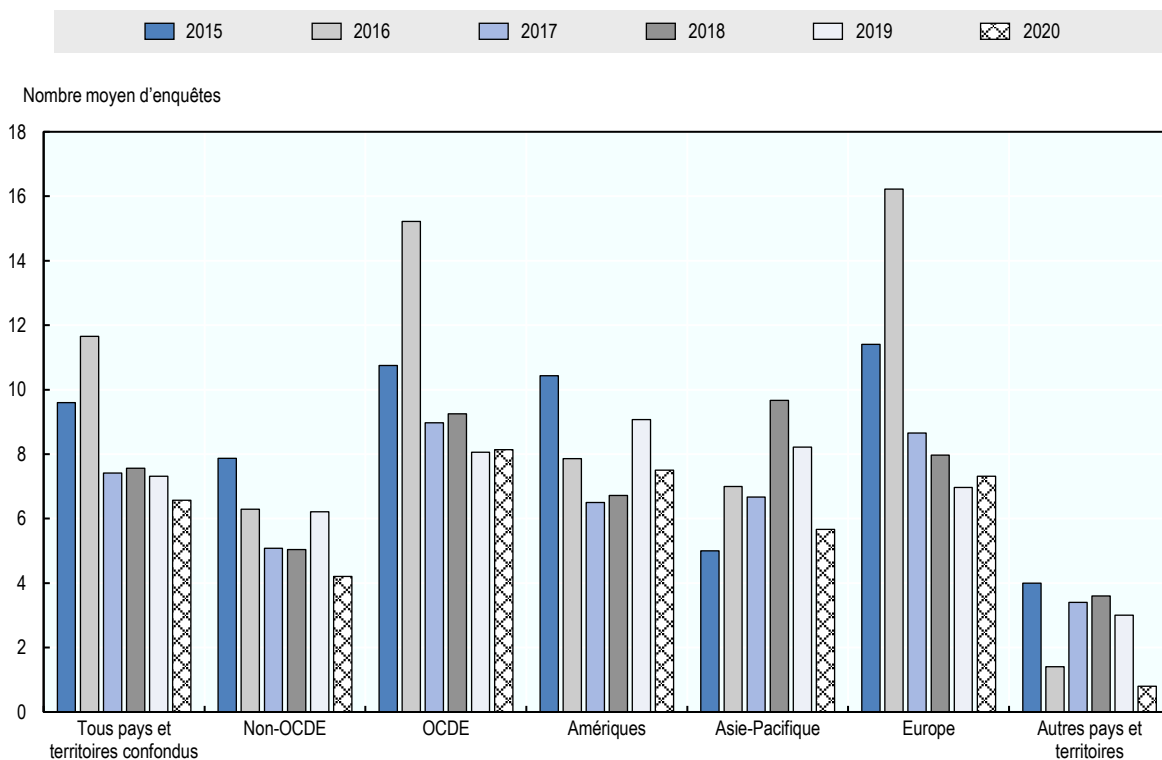
Mesures correctives et engagements dans les affaires d'abus de position dominante	2
Avant-propos	3
1 Introduction	6
1.1. Terminologie	7
1.2. Évolutions survenues récemment	7
2 Décisions d'engagements et d'interdiction : taxonomie, objectifs et principes	10
2.1. Taxonomie	10
2.2. Principes : efficacité et proportionnalité	15
3 Types de mesures correctives	19
3.1. Mesures correctives structurelles	19
3.2. Mesures correctives comportementales	22
3.3. Mesures correctives du côté de la demande et économie comportementale	24
4 Respect, suivi et évaluation <i>ex post</i>	30
4.1. Évaluations <i>ex post</i>	34
5 Conclusions	37
Notes de fin	40
Références	44
<b>GRAPHIQUES</b>	
Graphique 1. Nombre moyen d'enquêtes ouvertes pour abus de position dominante, 2015-20	6
Graphique 2. Pourcentage d'affaires d'abus de position dominante ayant fait l'objet d'une procédure de règlement transactionnel ou d'engagement, 2015-20	8
<b>ENCADRÉS</b>	
Encadré 1. Caractéristiques communes des procédures d'engagement	11
Encadré 2. Proportionnalité : modification et révocation anticipée des engagements	17
Encadré 3. Proportionnalité des mesures correctives et des engagements	18
Encadré 4. Effet dissuasif des mesures correctives structurelles	21
Encadré 5. Exemples de biais comportementaux	25
Encadré 6. Changement de fournisseur et pénalités de fidélité	27
Encadré 7. Recours à l'économie comportementale pour éclairer la conception de mesures correctives dans le domaine de la concurrence	28
Encadré 8. Mesures correctives comportementales et complémentaires	31
Encadré 9. Exemples de violation d'engagements contraignants	32

Encadré 10. Coopération des autorités de la concurrence et de celles chargées de la réglementation sectorielle en matière de conception et de suivi des mesures correctives	33
Encadré 11. Évaluation ex post des mesures correctives dans les affaires d'abus de position dominante	35

# 1 Introduction

1. L'abus de position dominante, ou la monopolisation, demeure l'un des domaines du droit de la concurrence les plus complexes et les plus débattus. Il est certain que le nombre d'affaires d'abus de position dominante faisant l'objet d'une enquête est beaucoup plus modeste que celui des opérations de fusion. Entre 2015 et 2020, ce nombre est resté stable ou a diminué dans la plupart des régions du monde. Au sein des pays de la zone OCDE, huit à neuf affaires en moyenne ont fait l'objet d'une enquête entre 2017 et 2020, tandis que les pays non-membres de l'OCDE ont enregistré un nombre légèrement inférieur, allant de quatre à six enquêtes au cours de la même période (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>). Par ailleurs, dans certaines régions, la répression des comportements unilatéraux peut non seulement être limitée, mais aussi concentrée dans un petit nombre de pays ou territoires. Ainsi, en 2020, dans la région Asie-Pacifique, seuls cinq des 14 pays ou territoires ayant communiqué des informations, ont rendu au moins une décision relative à une affaire d'abus de position dominante (OCDE, 2021<sup>[2]</sup>). Toutefois, étant donné que plusieurs pays et territoires de cette région ont introduit leurs premiers régimes législatifs et politiques en matière de concurrence au cours des dernières années seulement, tandis que d'autres ont renforcé leurs pouvoirs en matière d'application du droit de la concurrence, le nombre d'enquêtes concernant des comportements unilatéraux devrait augmenter dans les années à venir (OCDE, 2021<sup>[2]</sup>).

**Graphique 1. Nombre moyen d'enquêtes ouvertes pour abus de position dominante, 2015-20**



Note : Statistiques fondées sur les 62 pays ou territoires de la base de données CompStats de l'OCDE qui ont fourni des données comparables pour les six années.

Source : Base de données de l'OCDE sur les revenus, (OCDE, 2022<sub>[11]</sub>)

2. Si la répression des comportements unilatéraux est tout aussi importante dans les économies développées que dans les économies émergentes, elle peut jouer un rôle particulier dans ces dernières, où les entreprises dominantes sont souvent d'anciens opérateurs historiques, récemment privatisés ou détenus actuellement par l'État.

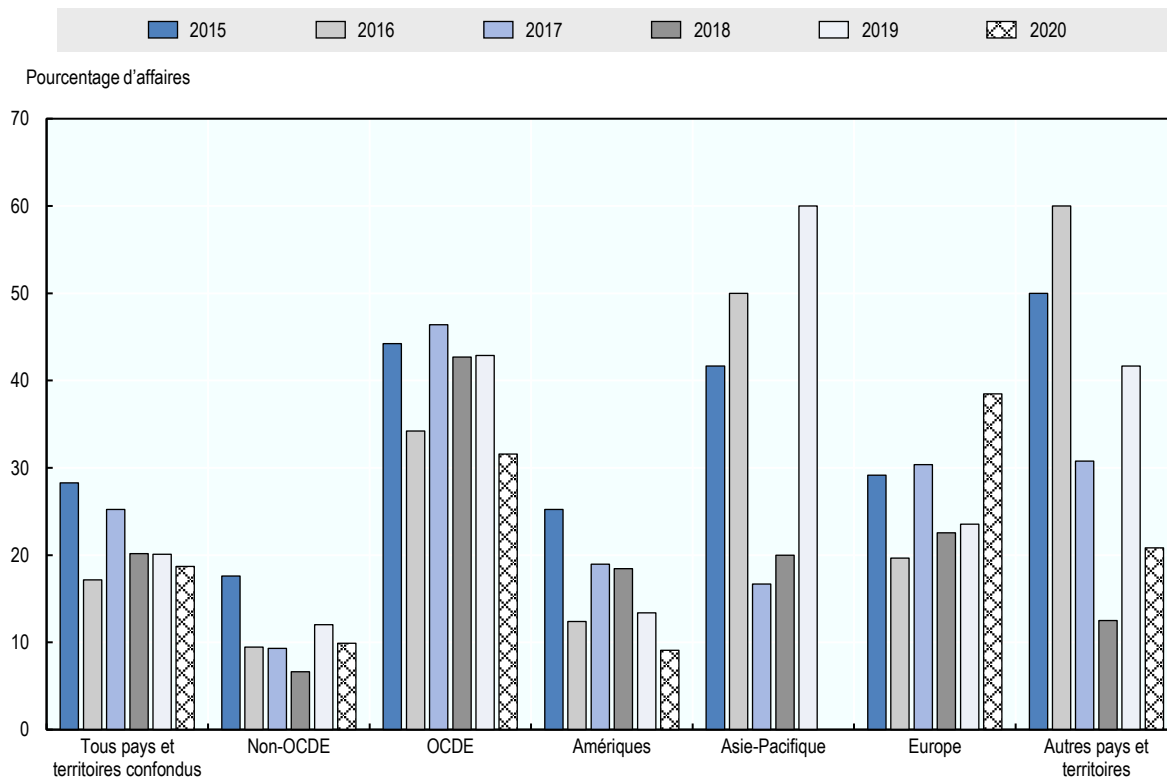
3. La détection d'un abus de position dominante ne sera pas d'une grande utilité pour la concurrence et les consommateurs si « [l]a mesure corrective ou la sanction fait preuve de trop d'indulgence, est trop sévère, trop tardive, non administrable ou, d'une autre manière, mal conçue ou mise en œuvre » (OCDE, 2006<sub>[3]</sub>). En 2006 déjà, lorsque l'OCDE a organisé une table ronde sur les « Mesures correctives et les sanctions dans les affaires d'abus de position dominante », elle avait relevé que « [l]e sujet des mesures correctives et des sanctions est généralement négligé par rapport aux questions relatives à la manière d'identifier l'existence d'une position dominante et son abus ». Si, en comparaison, le thème des mesures correctives attire toujours moins l'attention, les recherches se sont multipliées ces dernières années, soulignant la complexité du sujet<sup>1</sup>.

## 1.1. Terminologie

## 1.2. Évolutions survenues récemment

6. Plusieurs éléments justifient de mettre l'accent sur les mesures correctives et les engagements.
- En premier lieu, la conception et la mise en œuvre des mesures correctives et des engagements restent une tâche difficile, d'autant plus que les marchés deviennent de plus en plus complexes ou concentrés. La présence d'entreprises dominantes disposant d'un pouvoir de marché bien établi a remis en question l'efficacité des mesures correctives comportementales dans les affaires d'abus de position dominante, lesquelles ont été généralement privilégiées, ce qui appelle à réévaluer les positions traditionnellement sceptiques à l'égard de l'utilisation de mesures correctives structurelles dans de telles affaires.
  - Deuxièmement, compte tenu du nombre croissant d'autorités de la concurrence dotées du pouvoir d'accepter des engagements (OCDE, 2016<sub>[5]</sub>), le recours aux règlements transactionnels ou aux engagements dans les affaires d'abus de position dominante est devenu assez courant. Entre 2015 et 2020, cela a concerné 21.7 % des affaires, ce pourcentage passant à 40.7 % dans les pays de l'OCDE, et à 10.9 % dans les pays non membres de l'OCDE (OCDE, 2022<sub>[11]</sub>).

**Graphique 2. Pourcentage d'affaires d'abus de position dominante ayant fait l'objet d'une procédure de règlement transactionnel ou d'engagement, 2015-20**



Note : Statistiques fondées sur les 56 pays ou territoires de la base de données CompStats de l'OCDE qui ont fourni des données comparables pour les six années, concernant à la fois les décisions relatives à des situations d'abus de position dominante et les règlements transactionnels/engagements en matière d'abus de position dominante.

Source : base de données CompStats de l'OCDE. (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>)

7. Alors qu'un nombre croissant de pays et territoires ont recours aux engagements, y compris ceux dont les autorités de la concurrence sont jeunes et qui ont récemment adopté une législation sur la concurrence, la bonne compréhension des enjeux soulevés par ces engagements et du moment où leur recours est optimal revêt désormais une importance capitale. Si le règlement d'une affaire d'abus de position dominante par le biais d'une décision d'engagement négociée en vue d'une clôture anticipée peut paraître très attrayant, un recours inadapté ou excessif à une telle procédure peut conduire à des résultats sous-optimaux pour les marchés ainsi que pour le système juridique. Par exemple, le recours dit excessif aux décisions d'engagements a été critiqué au motif que les engagements ne fournissent pas les orientations juridiques et stratégiques nécessaires (OCDE, 2016<sup>[5]</sup>), en particulier dans l'économie numérique qui évolue rapidement et dans laquelle apparaissent des théories du préjudice nouvelles et complexes.

- Troisièmement, les autorités de la concurrence recourent plus fréquemment à des mesures correctives du côté de la demande (destinées aux consommateurs), ce qui pose un certain nombre de problèmes (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>), car leur conception nécessite des connaissances issues non seulement de la théorie traditionnelle de l'économie industrielle, mais aussi de l'économie comportementale, de la psychologie et de la science des données. Cette approche exige à son tour une capacité institutionnelle accrue et une expertise multidisciplinaire de la part des autorités de la concurrence.

- Quatrièmement, le recours aux mesures correctives et aux engagements dans les secteurs réglementés suscite une série de questions supplémentaires. Tout d'abord, ces secteurs sont soumis à la fois au droit général de la concurrence et à la réglementation sectorielle. Cette dernière concerne généralement l'accès, ce qui conduit souvent à des différends en matière de réglementation et à des contentieux judiciaires. Il existe donc un risque que des différends connexes ou similaires axés sur l'accès soient traités séparément par les autorités chargées de la concurrence et de la réglementation. Que ces procédures aient lieu simultanément ou non, les autorités pourraient prescrire des solutions divergentes, étant donné que les objectifs poursuivis par chacune d'entre elles diffèrent, compromettant ainsi l'efficacité des décisions respectives et la cohérence globale du cadre juridique et économique régissant un secteur donné. En outre, si des approches radicalement divergentes sont adoptées concernant le recours aux décisions d'engagements dans les différents secteurs, certains d'entre eux pourraient manquer d'indications sur les types de comportements qui seraient considérés comme anticoncurrentiels<sup>5</sup>.
- Enfin, le débat théorique animé autour de l'(in)efficacité des mesures correctives dans les affaires concernant les plateformes numériques<sup>6</sup> a souligné l'importance de contrôler que les mesures correctives adoptées conduisent effectivement aux résultats souhaités et de mener des évaluations *ex post*<sup>7</sup>.

8. À la lumière de ce qui précède, cette note de référence examinera les développements récents en matière d'application des mesures correctives et des engagements dans les affaires d'abus de position dominante, en résumant les principaux défis auxquels sont confrontées les autorités de la concurrence ainsi que les pratiques instaurées jusqu'à aujourd'hui. Cette note s'intéressera plus particulièrement à l'application du droit de la concurrence dans l'intérêt public, laissant les questions soulevées par l'application à l'initiative de la sphère privée en dehors de son champ d'étude. Après cette introduction, la partie 2 explique les différences conceptuelles entre les mesures correctives et les décisions d'engagements et examine les objectifs et les principes qui guident leur adoption. La partie 3 présente une classification des mesures correctives et fait le point sur les évolutions récentes observées au niveau de la pratique des autorités. La partie 4 est consacrée à l'application, au suivi et au respect. La partie 5 expose les conclusions de la note.

# 2 Décisions d'engagements et d'interdiction : taxonomie, objectifs et principes

## 2.1. Taxonomie

9. Les autorités de la concurrence règlent généralement les affaires d'abus de position dominante en adoptant une décision d'interdiction ou d'engagement ; deux outils qui entraînent des coûts et des avantages différents, ont des répercussions différentes et aboutissent à des résultats différents.

10. Les décisions d'interdiction constatent formellement l'existence d'un abus, et par conséquent, elles peuvent : (i) inclure une ordonnance de ne pas faire, exigeant d'une entreprise donnée qu'elle mette fin à l'infraction, (ii) infliger une amende, et (iii) la compléter par des mesures correctives (structurelles, comportementales ou les deux). Les décisions d'engagements, en revanche, ne comportent pas de constatation d'une infraction, mais mettent fin à l'enquête en imposant le caractère contraignant des engagements que les entreprises soumises à l'enquête ont proposés en réponse à la préoccupation initiale identifiée par l'autorité compétente.

11. Les décisions d'interdiction constatant l'existence d'un abus, elles contiennent généralement une analyse de fond détaillée, souvent longue, de l'infraction, qui couvre à la fois le comportement et ses effets anticoncurrentiels réels ou potentiels. La longueur des décisions est variable en fonction des pays et territoires, ce qui traduit non seulement des habitudes de rédaction différentes, mais très probablement aussi des degrés différents de sophistication dans les analyses juridiques et économiques, ainsi que dans les normes de contrôle appliquées par les tribunaux compétents. L'expérience de l'UE, par exemple, montre que les décisions d'interdiction à part entière sont généralement plus longues que les décisions d'engagements<sup>8</sup>. Cette différence peut être due, entre autres, au fait que ces dernières peuvent exclure ou limiter la nécessité et le champ de l'analyse économique.

12. Au cours des deux dernières décennies, le nombre d'autorités de la concurrence ayant le pouvoir d'adopter des engagements a augmenté de manière significative. D'après (Makris, 2020<sup>[7]</sup>), 86 % des 130 pays et territoires dotés de lois sur la concurrence ont le pouvoir d'adopter des engagements. À l'exception des États-Unis, où le premier jugement d'expédient a été adopté par le ministère de la Justice en 1906, il constitue un outil relativement nouveau pour la plupart des pays et territoires. Israël a instauré cette procédure en 2000, tandis que l'UE a acquis le pouvoir d'accepter des engagements en 2004 avec l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003. Plus récemment, le Japon a introduit la procédure d'engagement dans le cadre de l'accord global et progressif pour le partenariat transpacifique (CPTPP) en décembre 2018<sup>9</sup>. La Turquie a officiellement créé un mécanisme d'engagement en juin 2020<sup>10</sup>, tandis que l'Inde a présenté au Parlement le projet de loi sur la concurrence (amendement) en 2022 qui, une fois adopté, introduirait les procédures de règlement transactionnel et d'engagement dans les affaires d'abus de position dominante et d'accords verticaux<sup>11</sup>.

13. La décision d'accepter ou non des engagements est généralement laissée à la discrétion de l'autorité de la concurrence. Certains pays et territoires précisent toutefois les circonstances dans lesquelles la possibilité d'accepter des engagements est exclue. Il s'agit notamment des affaires dans lesquelles la nature même de l'infraction exige une amende (UE), des affaires concernant de graves abus de position dominante (France, Royaume-Uni), de la récidive (Japon)<sup>12</sup>, ou des cas où il serait difficile de vérifier le respect et l'efficacité des engagements ou lorsque les engagements pourraient nuire à la dissuasion (Royaume-Uni) (Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni, 2021<sup>[8]</sup>).

### Encadré 1. Caractéristiques communes des procédures d'engagement

Malgré certaines divergences, les procédures d'engagement existantes dans le monde présentent plusieurs caractéristiques communes. En général, avant qu'une autorité de la concurrence n'accepte de rendre obligatoires les engagements proposés par une entreprise, les étapes suivantes de la procédure doivent être suivies :

- Des engagements peuvent être proposés et acceptés s'il y a une enquête en cours liée à la législation sur la concurrence, ou si l'autorité a effectué une évaluation initiale/préliminaire qui a mis en évidence des préoccupations potentielles en matière de concurrence. Ces motifs de préoccupation doivent être communiqués aux parties concernées afin qu'elles puissent décider d'entamer ou non des négociations d'engagements.
- La décision de soumettre des engagements en réponse aux préoccupations soulevées par une autorité est une démarche volontaire de la part de l'entreprise. Les autorités ne peuvent pas imposer aux entreprises faisant l'objet d'une enquête d'entamer des discussions sur les engagements.
- Une fois les engagements soumis, l'autorité procède à une « test de marché » ou à la publication d'un résumé de l'affaire et des engagements afin que les tiers intéressés puissent présenter leurs observations dans un délai déterminé. En fonction des résultats du test de marché, d'autres discussions peuvent avoir lieu avec les parties en vue de modifier éventuellement les engagements initialement proposés.
- Lorsque l'autorité est convaincue que les engagements proposés répondent de manière adéquate à ses préoccupations en matière de concurrence, elle adopte une décision formelle qui rend l'engagement contraignant et élimine les motifs de poursuite de toute mesure d'exécution. La plupart des autorités rendent les décisions d'engagements publiques.
- Il appartient à l'autorité de contrôler le respect des engagements. En cas de non-respect, l'autorité peut rouvrir l'enquête et imposer des amendes ; la majorité des autorités (mais pas toutes) peuvent également imposer une sanction distincte à l'entreprise pour la violation des engagements contraignants.

Source : (OCDE, 2016<sup>[5]</sup>)

14. À ce jour, les données probantes empiriques sur les avantages liés à l'adoption de décisions d'engagements au lieu de décisions d'interdiction à part entière sont soit inexistantes, soit très fragmentées. Le recours croissant à de telles décisions par les autorités de la concurrence suggère néanmoins que les avantages pourraient compenser les coûts et les risques (OCDE, 2016<sup>[5]</sup>).

15. La prolifération et la popularité de la procédure d'engagement semblent être principalement motivées par les gains d'efficacité procédurale présumés, l'utilisation de ressources moindres et d'autres avantages potentiels qui en découlent, principalement pour les autorités de la concurrence et les entreprises soumises à une enquête.

16. En ce qui concerne l'utilisation des ressources, si une autorité de la concurrence estime que les engagements proposés sont suffisants pour résoudre les problèmes identifiés, une enquête à part entière devient inutile, ce qui permet à l'autorité d'utiliser ses ressources ailleurs. Cependant, l'argument selon lequel les décisions d'engagements permettent d'économiser les ressources des autorités et des entreprises en mobilisant moins de temps n'est pas nécessairement confirmé dans la pratique. D'après (Gerard, 2014<sup>[9]</sup>) et (Mariniello, 2014<sup>[10]</sup>), les décisions d'engagements nécessitent en moyenne 15 % plus de temps que les décisions constatant l'existence d'une infraction. En revanche, même si le temps moyen requis pour les décisions d'engagements et d'interdiction était la même, les engagements présentent un autre avantage : le risque de contestation devant les tribunaux est moindre<sup>13</sup>.

17. Si les décisions d'engagements ne sont pas aussi rapides que prévu initialement, leur aptitude à résoudre les pratiques préjudiciables sur des marchés numériques en évolution rapide peut également être remise en question. Ainsi, en 2016, la Chambre des Lords du Royaume-Uni avait déjà souligné que la longueur des négociations portant sur les engagements et la complexité technique des mesures correctives constituaient un obstacle potentiel à leur utilisation sur les marchés numériques (House of Lords du Royaume-Uni, 2016<sup>[11]</sup>).

18. Pour les entreprises, l'aspect le plus attractif des engagements est peut-être que, s'ils sont acceptés, ils peuvent permettre aux entreprises d'éviter les amendes, qui sont devenues de plus en plus lourdes au fil des ans<sup>14</sup>. Toutefois, cette option n'est pas toujours disponible. Par exemple, en Australie et dans l'UE, l'utilisation de décisions d'engagements est exclue dans les cas où les autorités de la concurrence ont l'intention d'imposer une amende (2106b). Dans les pays et territoires où les autorités de la concurrence ont la possibilité d'infliger une amende, outre celle d'accepter les engagements proposés par les entreprises soumises à une enquête, ces dernières pourraient avoir moins d'intérêts à proposer de tels engagements ou être motivées au premier chef par d'autres considérations. Par exemple, étant donné que les décisions d'engagements ne comportent pas de constatation formelle d'infraction, elles permettent de réduire le risque de poursuites civiles à titre privé et de condamnation à des dommages et intérêts indirects. En outre, si une entreprise décidait d'adopter à l'avenir le même comportement abusif que celui qui a fait l'objet d'une décision d'engagement, elle ne serait pas considérée comme récidiviste, ce qui constitue généralement une circonstance aggravante dans le calcul des amendes.

19. Pour les pays et territoires ayant prévu des procédures et des conditions différentes applicables aux décisions relatives aux mesures correctives et aux engagements, il convient de se demander si l'autorité de la concurrence devrait être libre de passer d'une procédure à l'autre ; dans l'affirmative, il faudra se demander quel impact cela peut avoir sur la sécurité juridique et l'attractivité d'engagements proposés spontanément. Les autorités de la concurrence jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il convient d'accepter ou de rejeter les engagements proposés, même un long processus de coopération, tel que celui qui s'est déroulé dans l'affaire *Moteur de recherche Google (Shopping)*<sup>15</sup>, peut échouer.

20. Lorsque les procédures régissant l'imposition de mesures correctives et d'engagements varient et produisent des effets différents, des règles ou des lignes directrices devraient être élaborées afin de préciser à quelles conditions l'autorité de la concurrence peut passer d'une procédure à l'autre. De telles règles ne devraient pas être trop contraignantes. Au contraire, elles devraient concilier la nécessité de garantir la flexibilité et un degré minimum de prévisibilité juridique. Ainsi, si une autorité de la concurrence décide de soumettre des engagements proposés à un test de marché, en supposant qu'ils pourraient suffire à résoudre des problèmes de concurrence préalablement identifiés, mais qu'elle choisit finalement de ne pas les accepter, il semblerait judicieux d'exiger de l'autorité qu'elle en explique les raisons. Par ailleurs, s'il est important de veiller à ce que les entreprises dominantes ne fassent pas un usage abusif de la procédure d'engagement afin d'échapper aux décisions formelles d'interdiction, les autorités de la concurrence pourraient tenir compte des efforts de coopération de ces entreprises comme circonstance atténuante lors du calcul de l'amende, le cas échéant.

21. Alors que le recours à la procédure d'engagement peut présenter plusieurs avantages, une utilisation inadaptée ou excessive de cette procédure peut également avoir des effets négatifs. Premièrement, les engagements peuvent entraîner des résultats sous-optimaux s'ils sont acceptés dans des affaires pour lesquelles des orientations sont nécessaires (Geradin et Mattioli, 2017<sup>[12]</sup>). De telles orientations peuvent s'avérer nécessaires dans les affaires portant sur des enjeux complexes et nouveaux du droit de la concurrence, dans les pays et territoires dont les autorités de la concurrence sont jeunes ou qui n'ont adopté une législation en la matière que récemment, et où tous les acteurs concernés (entreprises, autorité de la concurrence et tribunaux) ont besoin d'apprendre. Par exemple, dans le cadre de l'examen par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE concernant le Brésil (OCDE, 2019<sup>[13]</sup>), il a été constaté que dans ce pays « les règlements transactionnels ne sont pas examinés par les tribunaux et il n'y a pas de décision d'infraction dans les règlements transactionnels concernant les affaires non liées à des ententes, ce qui diminue considérablement leur valeur en tant que précédents juridiques. La sécurité juridique s'en trouve réduite et le développement du droit de la concurrence peut s'en trouver ralenti. En outre, l'absence de constatation d'infraction dans les affaires non liées à des ententes peut avoir des effets négatifs sur les actions en dommages et intérêts menées à titre privé par la suite. Il semble également que les conditions applicables aux règlements transactionnels diffèrent d'une affaire à l'autre en fonction de la commission de suivi chargée de mener les négociations, ce qui entraîne des incertitudes quant au processus et au résultat ».

22. L'affirmation selon laquelle une procédure d'engagement débouche rarement sur un recours, risquant ainsi de freiner l'évolution de la jurisprudence, est très pertinente. Les précédents juridiques sont essentiels au processus d'apprentissage et de prise de décision judiciaire et, à ce titre, ils devraient être considérés comme un investissement destiné à enrichir le capital de connaissances nécessaire à l'évaluation des affaires à venir (Landes et Posner, 1976<sup>[14]</sup>). Le processus d'apprentissage judiciaire est une expression de la fonction éducative du droit, c'est-à-dire la communication à tous les acteurs du marché d'informations sur le type de comportement qui viole le droit de la concurrence et sur les moyens d'y remédier. À cet égard, on constate que les mesures correctives, qui sont incluses dans les décisions d'interdiction, servent beaucoup mieux cet objectif que les engagements. Non seulement ces derniers n'ont pas la valeur d'un précédent, mais ils réduisent également les opportunités de contentieux et de jugement qui sont essentielles à l'apprentissage.

23. (Mariniello, 2014<sup>[10]</sup>) souligne que les autorités de la concurrence pourraient avoir davantage intérêt à opter pour une décision d'engagement, précisément dans des affaires qui tireraient avantage d'orientations juridiques, ce qu'une décision d'interdiction peut généralement fournir. La raison en est que les affaires comportant des théories du préjudice nouvelles et complexes risquent davantage d'être annulées par les tribunaux. Le risque d'annulation par les tribunaux peut varier selon les pays et territoires, en fonction du niveau de connaissance et d'expertise des tribunaux nationaux en matière d'application du droit de la concurrence.

24. Le recours aux décisions d'engagement suscite une autre inquiétude : les autorités de la concurrence pourraient préférer y recourir lorsque la preuve de l'existence d'une forme particulière d'abus est particulièrement ardue à établir en raison d'obstacles juridiques de fond posés par les décisions antérieures de l'autorité ou des tribunaux. D'après (Stones, 2019<sup>[15]</sup>), cette situation peut se produire dans le cas d'abus liés à une position dominante collective, à des prix excessifs ou à un refus de vente. Si la preuve de certaines formes de violations est effectivement plus lourde, les autorités de la concurrence risquent, en présence d'obstacles juridiques élevés, d'accepter des mesures correctives insuffisantes. Une telle situation pourrait alors envoyer un signal erroné au marché et saper la position des autorités lorsqu'elles parviennent à constituer un dossier solide, ce qui nuirait à l'efficacité globale de l'application des règles de concurrence.

25. Au vu des différents arbitrages entre décisions d'engagements et d'interdiction, la question de leur utilisation optimale se pose. (Choné, Souam et Vialfont, 2014<sup>[16]</sup>) constatent que la possibilité de recourir à la procédure d'engagement (i) réduit l'effet dissuasif dans la mesure où les entreprises estiment que le risque de décision d'infraction est plus faible, et ainsi que qu'une amende moins élevée sera imposée, et (ii) le rend complètement inopérant lorsqu'une autorité de la concurrence en fait usage dans l'ensemble des affaires détectées.

26. (Cosnita-Langlais et Tropeano, 2022<sup>[17]</sup>) évaluent l'impact des décisions d'engagement sur l'efficacité de l'application du droit de la concurrence en se concentrant sur le rôle intertemporel de la procédure contentieuse. Ils concluent que si le montant des amendes est suffisamment élevé pour assurer une dissuasion efficace, le recours aux engagements n'est pas optimal. Cette constatation repose sur le risque qu'une autorité de la concurrence sous-estime les avantages statiques et dynamiques de la procédure contentieuse et opte pour des décisions d'engagement dans un trop grand nombre de cas. Selon les auteurs, la possibilité de recourir à la procédure d'engagement pourrait se renforcer dans le temps, car la préférence accordée par les autorités aux engagements se traduit par un parti pris plus fort au moment où celles-ci doivent décider d'accepter des engagements ou de s'engager dans une enquête complète. À cet égard, les observations formulées par Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright à l'OCDE concernant la culture du consentement dans les règlements transactionnels relatifs au domaine de la concurrence méritent d'être rappelées : « *La culture d'une autorité est inévitablement affectée par les fonctions qu'elle exerce principalement. Dans le cas d'une autorité de la concurrence qui transige sur la grande majorité des affaires qu'elle traite, la majeure partie du temps du personnel est consacrée aux enquêtes. Qu'une affaire soit destinée à faire l'objet d'une procédure contentieuse ou à d'un règlement transactionnel, les compétences nécessaires en matière d'enquête sont les mêmes, mais il peut ressortir, dès le début ou au cours d'une enquête, que les éléments de preuve de l'autorité sont suffisamment solides, ou que les ressources de la partie défenderesse sont suffisamment limitées, pour que le règlement transactionnel constitue une quasi-certitude. Une enquête plus approfondie du type de celle qui est nécessaire en prévision de poursuites peut être considérablement tronquée dans un tel cas. En effet, tant que l'autorité est capable de trouver des affaires faciles, c'est-à-dire des affaires pour lesquelles un règlement transactionnel est presque certain, elle n'aura pas besoin d'acquérir ou de cultiver des compétences judiciaires plus sophistiquées. En bref, un certain degré de laxisme, si ce n'est de négligence, peut venir corrompre les enquêtes d'une autorité qui prend inévitablement la voie de la résolution par consentement* » (OCDE, 2016<sup>[18]</sup>).

## 2.2. Principes : efficacité et proportionnalité

27. Les principes régissant l'imposition de mesures correctives peuvent varier d'un pays à l'autre. Toutefois, le plus souvent, il est exigé que les mesures correctives soient efficaces et proportionnées.

### 2.2.1. Efficacité

28. Le concept d'infraction fait référence à la fois à un comportement nuisible et à ses effets de distorsion. Ainsi, pour être efficace, une mesure corrective doit mettre fin aux deux phénomènes<sup>16</sup>. Autrement dit, si un comportement en tant que tel a cessé, mais que ses effets nuisibles persistent, les autorités de la concurrence doivent agir et contraindre les entreprises à prendre les mesures nécessaires pour y remédier. Dans cette optique, la nature efficace de la mesure corrective doit durer à long terme.

29. L'efficacité, qui fait référence à la capacité d'une mesure corrective à mettre fin à une infraction et à rétablir les conditions de concurrence sur le marché, peut être exprimée en différents termes et évaluée en fonction de divers paramètres. Les lignes directrices du Botswana sur la monopolisation et l'abus de position dominante (Botswana Competition and Consumer Authority, 2013<sub>[19]</sub>) stipulent que les mesures correctives doivent être « réalisables, applicables, efficaces et proportionnelles à la violation [...] et, dans l'ensemble, [...] doivent être autorégulatrices, c'est-à-dire transparentes, vérifiées et prises en compte par tous les acteurs du marché ». Pour évaluer l'efficacité des mesures correctives proposées, la CMA (Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni, 2018<sub>[20]</sub>), au Royaume-Uni, prend en compte, entre autres, les éléments suivants :

1. *le moment et la durée appropriés* (en privilégiant les mesures correctives qui produisent des effets rapidement à celles qui n'auraient un effet qu'à long terme ou dont les effets ne peut dater avec certitude) ;
2. *le caractère pratique*, c'est-à-dire la possibilité de les faire mettre en œuvre, d'en faire le suivi et de les faire appliquer efficacement (par exemple, un suivi intrusif ou des programmes sophistiqués de mise en conformité réduiraient le caractère pratique d'une mesure corrective) ;
3. *le profil de risque*, c'est-à-dire si une mesure corrective présente un degré élevé de probabilité d'obtenir l'effet escompté.

30. Si différents termes peuvent être utilisés, tels que « réalisable », « applicable » ou « pratique », dans la plupart des cas, ils relèvent tous de la notion d'efficacité. Après tout, une mesure corrective qui n'est ni réalisable, ni applicable, ni pratique ne pourra jamais faire cesser une infraction.

31. Il semble assez clair que si la notion d'efficacité tourne principalement autour de la capacité d'une mesure corrective à mettre fin à l'infraction, et donc du lien de causalité entre l'infraction et la mesure corrective, elle inclut également des paramètres qui concernent la capacité de l'autorité de la concurrence à la mettre en œuvre, comme le montre la notion de praticabilité ci-avant. En effet, certaines autorités peuvent prendre explicitement en compte les coûts liés à l'administration d'une mesure corrective spécifique. Par exemple, le paragraphe 6.7 des lignes directrices sur la monopolisation et l'abus de position dominante du Botswana (Botswana Competition and Consumer Authority, 2013<sub>[19]</sub>) stipule que « les mesures correctives comportementales doivent comporter une surveillance et un suivi des coûts et des risques qui sont gérables et abordables pour l'autorité de la concurrence » (sans italique dans le texte des lignes directrices).

32. La nature de la mesure corrective recherchée dans les affaires relevant du droit de la concurrence peut fournir des indices importants sur le bien-fondé du recours dans ce domaine<sup>17</sup>. Les autorités de la concurrence devraient se demander s'il existe une mesure corrective appropriée, applicable, administrable, en d'autres termes, efficace, avant de décider de mobiliser des ressources publiques limitées pour poursuivre une affaire donnée (Kovacic, 1999<sub>[21]</sub>). Si, pour quelque raison que ce soit, il n'existe pas de mesure corrective pratique, l'autorité peut adopter une décision d'interdiction et imposer

une amende ou allouer ses ressources à d'autres violations tout aussi flagrantes ou plus flagrantes du droit de la concurrence. Par exemple, la difficulté d'administrer une mesure corrective adéquate était l'une des principales raisons de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Trinko*, dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 2 de la loi Sherman. Citant le professeur Areeda, la Cour a déclaré : « *Aucun tribunal ne devrait imposer une obligation de transaction qu'il ne peut expliquer ou superviser de manière inadéquate et raisonnable. Le problème devrait être considéré comme irrémédiable par la législation visant à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles lorsque l'accès obligatoire implique que la cour s'acquitte de contrôles quotidiens propres à une autorité chargée de la réglementation* »<sup>18</sup>. Cela signifie que certains comportements néfastes pourraient se situer au-delà des limites d'un contrôle efficace des mesures correctives dans le domaine du droit de la concurrence. Dans de tels cas, une réglementation ex ante pourrait être justifiée.

### 2.2.2. Proportionnalité

33. La Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence (OCDE, 2021<sup>[22]</sup>) souligne, au point II.3, la nécessité de veiller à ce que l'application du droit de la concurrence en général soit non discriminatoire, proportionnée et cohérente dans des affaires similaires. Dans la plupart des pays et territoires, la proportionnalité est un principe fondamental du droit, ce qui signifie que même si elle n'est pas expressément mentionnée dans le texte du droit de la concurrence, elle est néanmoins applicable. Ainsi, aux États-Unis, la proportionnalité a joué un rôle dans l'évolution de la jurisprudence (Sullivan, 2003<sup>[23]</sup>), malgré l'absence de reconnaissance formelle de ce principe (OCDE, 2019<sup>[24]</sup>).

34. Une mesure corrective proportionnelle est celle qui répond au problème lié à l'application du droit de la concurrence identifié, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour y remédier. Cela signifie que dans les affaires d'abus de position dominante, les mesures correctives proportionnelles doivent rétablir, autant que possible, la situation concurrentielle qui existait avant le comportement abusif, sans chercher à améliorer la structure du marché qui existait avant celui-ci.

35. La notion de proportionnalité doit être considérée comme déterminant non seulement la nature de la mesure corrective (structurelle ou comportementale, et si elle est comportementale, de quel type), mais aussi sa durée. Comme le montre la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence, la durée peut être variable. Dans la plupart de ses décisions, la Commission européenne a rendu les engagements contraignants pour une période de cinq ans, décidant dans certains cas qu'une période plus longue de sept ou dix ans était plus appropriée<sup>19</sup>.

36. La durée d'application des mesures correctives doit concilier des effets potentiellement opposés : elle doit être suffisamment longue pour permettre aux effets escomptés de se matérialiser et suffisamment courte pour tenir compte de la nature dynamique des marchés. Par exemple, en prescrivant une période de cinq ans, dans la décision *Microsoft*, la Commission a estimé que cette période était « adéquate dans un secteur fortement évolutif, où les fonctionnalités et les modalités d'utilisation des produits sont susceptibles d'évoluer de manière substantielle dans des laps de temps courts », mais qu'elle était en même temps « suffisamment longue pour remédier à [...] un abus [...] et pour offrir à la plupart des utilisateurs de Windows [...] la possibilité de choisir parmi les navigateurs web », étant donné que « de nombreux utilisateurs ne sont pas suffisamment informés sur les navigateurs web » ni la possibilité de télécharger des navigateurs web autres que celui de Microsoft (para. 112 de la décision)<sup>20</sup>.

37. À mesure que les marchés évoluent, les mesures correctives peuvent devenir inefficaces en raison de la modification des conditions du marché. Ce constat est particulièrement pertinent dans le contexte de l'évolution rapide des marchés numériques et autres marchés où l'innovation joue un grand rôle. Les autorités de la concurrence devraient donc avoir la possibilité de modifier les mesures correctives ainsi que leur période d'application, soit en la prolongeant, soit en prescrivant une cessation anticipée. Les autorités de la concurrence pourraient également inclure des clauses d'extinction dans les décisions, en

vertu desquelles les mesures correctives expireraient si certaines conditions de marché se produisaient. Une révocation anticipée garantit non seulement que la mesure corrective reste proportionnée, puisqu'elle cesse de s'appliquer lorsqu'elle n'est plus nécessaire, mais elle permet également de libérer l'autorité du suivi, garantissant ainsi que ses ressources ne sont pas employées là où elles ne sont plus nécessaires.

## Encadré 2. Proportionnalité : modification et révocation anticipée des engagements

Le pouvoir de modifier et de remplacer les engagements est prévu dans diverses lois. Aux **États-Unis**, la FTC et le ministère de la Justice aux États-Unis ont tous deux des procédures concernant la modification des jugements d'expédient. D'après la loi instituant la FTC et ses règlements d'application, toute partie soumise à l'ordonnance d'expédient peut demander sa modification si les faits ou le droit sous-jacents ont changé, rendant l'ordonnance inéquitable ou de toute autre manière inutile. En revanche, les ordonnances du ministère de la Justice constituent des décisions de justice, ce qui signifie que la division ne peut pas les modifier et que les entreprises concernées doivent demander au tribunal de les modifier ou de les révoquer.

À **Singapour**, en vertu de l'article 60A (5) et (6) de la loi sur la concurrence de 2004, la Commission de la concurrence « peut, à tout moment au cours de la période de validité d'un engagement, accepter une modification de l'engagement ou un autre engagement en remplacement » et « un engagement peut être révoqué par la Commission [s'il] n'est plus nécessaire ou approprié ». En **Corée**, la FTC peut annuler une ordonnance d'expédient en se fondant sur l'article 51(4) de la loi sur la réglementation des monopoles et le commerce équitable lorsque la mesure corrective devient inappropriée en raison de changements importants au niveau des faits sur lesquels reposait l'ordonnance d'expédient.

Au **Royaume-Uni**, la (Autorité britannique de la concurrence et des marchés, 2015<sup>[25]</sup>) applique ses lignes directrices sur l'approche de la CMA en matière de modification et de révocation des promesses et des ordonnances relatives aux fusions, aux monopoles et aux marchés. En particulier, la CMA, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, examine si les ordonnances ou les promesses imposées ne sont plus pertinentes et doivent être modifiées, remplacées ou révoquées. Ce faisant, elle peut prendre en compte diverses circonstances, telles que :

- L'expiration du délai ou l'obsolescence manifeste des engagements ;
- Les changements résultant de l'adoption d'une nouvelle législation ;
- Les changements dans les conditions du marché.

Au niveau de l'**UE**, l'article 9(2) du règlement n° 1/2003 dispose que la Commission européenne peut, sur demande ou de sa propre initiative, rouvrir la procédure si, entre autres, l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important. Par exemple, dans les affaires *Deutsche Bahn I* et *II*<sup>\*</sup>, la Commission européenne a expressément prévu que les engagements acceptés pourraient cesser prématurément si, au cours d'une année civile, au moins 25 % de la demande combinée de courant de traction de toutes les entreprises ferroviaires en Allemagne était achetée à un ou plusieurs fournisseurs tiers indépendants. Lorsque le mandataire chargé du suivi a reçu des soumissions écrites et motivées de DB Energie montrant que la part de marché des fournisseurs alternatifs pour les clients externes avait dépassé 50 %, il a vérifié l'exactitude de la soumission et a par conséquent recommandé à la Commission européenne la résiliation anticipée des engagements. Les engagements, qui ont été rendus obligatoires pour une période de cinq ans et devaient expirer le 30 juin 2019, ont finalement pris fin le 8 avril 2016, soit un peu plus de trois ans avant la date prévue.

Note : \* Décision de la Commission (2013), Affaire COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I et Affaire COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II

38. Le critère de proportionnalité peut avoir des dimensions différentes dans le contexte des mesures correctives non négociées imposées dans les décisions d'interdiction et des engagements proposés volontairement. La communication de la Commission européenne concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE confirme cette différence au para. 115, qui reconnaît explicitement que la Commission européenne « *n'est... pas tenue de comparer ces engagements volontaires avec les mesures qu'elle pourrait imposer en vertu de l'article 7 du règlement (CE) n° 1/2003 et de considérer comme disproportionné tout engagement qui irait au-delà de ces mesures* »<sup>21</sup>. Cette question a également été examinée par la CJUE dans l'affaire *Alrosa*<sup>22</sup>, et plus récemment dans l'arrêt *PGNG*<sup>23</sup>.

### Encadré 3. Proportionnalité des mesures correctives et des engagements

En janvier 2019, une société pétrolière et gazière polonaise (PGNG) a introduit un recours devant le Tribunal de l'UE, demandant l'annulation de la décision de la Commission acceptant les engagements soumis par Gazprom en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003. L'affaire concernait l'abus présumé de position dominante de Gazprom sur les marchés d'Europe centrale et orientale (PECO) pour la fourniture en gros de gaz ([affaire AT.39816 - Approvisionnement en gaz en amont en Europe centrale et orientale](#)). Selon PGNG, la Commission avait violé le principe de proportionnalité en acceptant des engagements incomplets et insuffisants. Le Tribunal a rappelé que la proportionnalité constituait un principe général du droit communautaire. Il a ensuite retenu que si, contrairement à l'article 7 du règlement n° 1/2003, l'article 9 ne l'exige pas expressément, la proportionnalité s'applique néanmoins, quoique dans une mesure différente. En particulier, comme l'a déjà indiqué la Cour de justice dans l'affaire *Alrosa*, dans le contexte de l'article 9, le principe de proportionnalité exige que la Commission vérifie que les engagements proposés répondent aux préoccupations qu'elle a exprimées à l'entreprise concernée et que celle-ci n'a pas offert d'autres engagements moins contraignants qui répondraient également à ces préoccupations de manière satisfaisante.

L'arrêt *Alrosa* montre que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose une autorité de la concurrence pour décider des engagements à accepter peut effectivement la soustraire au contrôle des tribunaux. Le peu de précédents dans l'UE sur les décisions relatives aux engagements est, en réalité, dû au fait que les entreprises offrant des engagements n'ont pas intérêt à exercer un recours, tandis que les tiers qui peuvent y avoir intérêt font face à des restrictions importantes à la suite de l'arrêt *Alrosa*.

Source :

(Jenny, 2015, pp. 701-770<sup>[26]</sup>), (Schweitzer, 2012<sup>[27]</sup>).

# 3 Types de mesures correctives

39. Les moyens que les autorités de la concurrence peuvent imposer sous forme de mesures correctives ou d'engagements sont généralement classés en deux catégories : structurels et comportementaux. Comme chaque type présente son propre ensemble d'avantages et d'inconvénients, le débat pour déterminer lequel doit être utilisé et à quel moment est permanent. Cette discussion est en outre alimentée par des affirmations non résolues sur l'augmentation des niveaux de concentration dans l'ensemble de l'économie, par des préoccupations concernant l'application insuffisante de la législation et par un nombre croissant d'actions visant les plateformes numériques, pour lesquelles l'efficacité des mesures correctives utilisées ou prévues est remise en question.

## 3.1. Mesures correctives structurelles

40. Les mesures correctives structurelles exigent des entreprises qu'elles cèdent, libèrent ou dissocient certains actifs corporels ou incorporels qu'elles possèdent. Elles présentent plusieurs avantages importants. En supprimant la source même de la capacité et de l'intérêt d'une entreprise dominante à adopter un comportement anticoncurrentiel, elles contribuent à éliminer, ou du moins à réduire, le pouvoir de marché de l'entreprise dominante et à créer des conditions favorables à l'entrée et à la concurrence<sup>24</sup>. Elles sont également relativement simples à concevoir et à mettre en œuvre car, en raison de leur nature ponctuelle, elles ne nécessitent généralement pas de suivi étendu coûteux et de longue durée, comme c'est le cas pour les mesures correctives comportementales. En outre, il est difficile pour les entreprises de les contourner et de les éviter.

41. Malgré tous les avantages mentionnés ci-avant, les mesures correctives structurelles ne sont pas sans poser de problèmes. Comme les cessions d'actifs bouleversent le modèle économique d'une entreprise, ils risquent de créer des facteurs d'inefficacité. Cela pourrait, par exemple, se concrétiser si une entreprise perdait ses économies d'échelle ou de gamme, son incitation à innover (OCDE, 2006<sup>[3]</sup>) ou si des investissements coûteux et longs devaient être dupliqués. Les mesures correctives structurelles peuvent également s'avérer impraticables si, après la séparation, les unités nouvellement créées ne sont plus viables ou s'il n'existe pas d'acquéreurs appropriés.

42. En raison de leur nature intrusive et souvent irréversible, certains pays et territoires indiquent expressément que les mesures correctives structurelles ne doivent être prescrites que lorsque la source des distorsions de concurrence est inexorablement liée à la structure de l'entreprise. Ce point est explicitement reconnu au sein de l'UE dans le considérant 12 du règlement n° 1/2003, qui dispose ce qui suit : « *Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée* ». En outre, aux termes du considérant 12 et de l'article 7 du règlement des mesures correctives structurelles ne peuvent être imposées « *que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle* ». Une approche similaire a également été adoptée en Afrique du Sud, où l'article 58 de la loi sur la concurrence habilite le tribunal de la concurrence à imposer des cessions d'actifs dans les affaires d'abus de position dominante, conformément à l'article 60 de la loi. Ce dernier prévoit qu'une cession d'actifs peut être imposée si le comportement abusif ne peut être efficacement corrigé en

vertu d'une autre disposition de la loi ou s'il constitue une récidive. Par conséquent, aussi bien l'UE que l'Afrique du Sud considèrent les cessions d'actifs dans les affaires d'abus de position dominante comme une solution de dernier recours.

43. Dans certaines circonstances, les mesures correctives structurelles peuvent également être coûteuses, difficiles à administrer et longues, comme dans l'affaire AT&T, pour laquelle une surveillance judiciaire a été nécessaire pendant une période de dix ans (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>). Cependant, (Kwoka et Valletti, 2021<sup>[28]</sup>) soutiennent qu'il serait erroné d'évaluer une option spécifique en fonction de son coût et que le critère devrait plutôt consister à déterminer si elle est mieux adaptée aux alternatives du monde réel. Bien que le coût de la mise en œuvre et du suivi ne devrait pas être le principal critère de référence, il s'agit d'une considération légitime pour les autorités, en particulier celles confrontées à des contraintes budgétaires importantes.

44. Outre les difficultés mentionnées ci-avant, les mesures correctives structurelles risquent aussi intrinsèquement d'être disproportionnées car elles entraînent une modification des droits de propriété des entreprises, qui ont souvent une valeur constitutionnelle<sup>25</sup>. En revanche, une mesure corrective structurelle, qui ne devrait être imposée que lorsque l'atteinte à la concurrence découle de la structure même de l'entreprise, peut être proportionnée dans les affaires d'intégration verticale, qui est à l'origine de la capacité et de la volonté des entreprises dominantes d'évincer leurs rivaux par le biais de diverses pratiques discriminatoires.

45. L'expérience des opérations de cession d'actifs menées dans le cadre du contrôle des fusions et dans les secteurs réglementés à travers le monde, démontre que la décision d'imposer une mesure corrective structurelle n'est pas simple (OCDE, 2022<sup>[1]</sup> ; 2019<sup>[13]</sup>). Les avantages et les inconvénients de la séparation dépendent de paramètres qui peuvent considérablement différer selon les secteurs, les marchés et les entreprises. D'après (Kwoka et Valletti, 2021<sup>[28]</sup>), ces différences peuvent, entre autres, varier selon que la séparation concerne (i) l'activité principale d'une entreprise ou une opération connexe, et (ii) que la partie cédée a été acquise ou développée en interne. Ces deux distinctions peuvent aider à identifier la ligne le long de laquelle la séparation pourrait être mise en œuvre<sup>26</sup>.

46. Malgré le scepticisme à l'égard de l'utilisation des mesures correctives structurelles dans les affaires d'abus de position dominante, leur simple disponibilité contribue aux effets en termes de dissuasion ou de respect, comme le montre la décision de l'UE dans l'affaire *Telekomunikacja Polska*<sup>27</sup>.

#### Encadré 4. Effet dissuasif des mesures correctives structurelles

En 2011, la Commission européenne a estimé que Telekomunikacja Polska (TP), l'opérateur historique de télécommunications polonais, avait abusé de sa position dominante en refusant d'autoriser l'accès à ses infrastructures aux autres opérateurs. Conformément à l'offre de référence et à la loi polonaise sur les télécommunications, TP aurait dû conclure des contrats dans les 90 jours suivant la réception d'une demande valable émanant d'un concurrent. Au lieu de cela, l'entreprise s'est livrée à diverses tactiques dilatoires. La Commission a lancé une procédure en matière de droit de la concurrence car, en raison du non-respect des obligations réglementaires par TP, l'autorité polonaise de régulation des télécommunications, l'UKE, n'était pas en mesure d'imposer un changement dans le comportement anticoncurrentiel de TP. Quelques mois après le lancement de la procédure d'infraction au droit de la concurrence par l'UE, TP a signé un accord avec l'UKE, proposant un modèle de séparation volontaire basé sur l'équivalence d'accès (la Charte d'équivalence) pour éviter la séparation verticale que l'UKE envisageait depuis 2007.

Si, dans cet exemple, la menace de séparation structurelle provenait de l'autorité de réglementation sectorielle, il n'en reste pas moins que cet exemple montre à quel point son effet peut être puissant. Malgré les diverses sanctions imposées par l'UKE, les recours interminables, les procédures judiciaires contre les décisions réglementaires et le lancement de la procédure de l'UE en matière d'application du droit de la concurrence, c'est finalement la menace de séparation obligatoire qui a contraint TP à se conformer aux obligations réglementaires et à autoriser l'accès à son infrastructure, une question au cœur de la procédure de l'UE en matière d'application de la législation sur le droit de la concurrence. Un autre aspect qui mérite d'être souligné est que l'UKE avait l'intention d'imposer une séparation verticale, car les obligations comportementales qu'elle imposait auparavant s'étaient révélées inefficaces et impuissantes.

Source : (Pisarkiewicz, 2018<sup>[29]</sup>).

47. Considérant qu'en dépit de divers écueils, les mesures correctives structurelles offrent des avantages importants, il pourrait être utile de tirer des enseignements sur le processus de cession d'actifs à partir des exemples passés pertinents (OCDE, 2022<sup>[30]</sup>), que l'on peut facilement trouver dans les industries de réseau réglementé à l'échelle mondiale, tels que les télécommunications, l'électricité, les chemins de fer et les banques (OCDE, 2019<sup>[13]</sup> ; OCDE, 2016<sup>[5]</sup> ; OCDE, 2011<sup>[31]</sup> ; Khan, 2019<sup>[32]</sup>), dans lesquels les cessions d'actifs ont été mises en œuvre avec moins de réticence et, apparemment, sans coûts prohibitifs (Kwoka et Valletti, 2021<sup>[28]</sup>). Malgré certaines différences, la plupart des secteurs se caractérisent par la présence d'un opérateur historique verticalement intégré qui fournit un produit de gros essentiel à ses clients, avec lesquels il est en concurrence en aval. C'est précisément l'intégration verticale des opérateurs historiques et la nature essentielle de leurs produits qui sont à l'origine de la plupart des problèmes de concurrence dans les industries de réseau. Ce phénomène explique également pourquoi les efforts visant à stimuler la concurrence dans ces secteurs ont tourné autour de l'introduction d'une certaine forme de séparation<sup>28</sup>.

48. On notera que dans les secteurs réglementés, où la séparation structurelle était autrefois principalement un outil des autorités de réglementation, elle a attiré l'attention des opérateurs confrontés à une pression financière croissante. En réalité, au fil du temps, les séparations volontaires sont devenues une tendance mondiale dans le secteur des télécommunications. Ces dernières années, de nombreux groupes internationaux de télécommunications ont décidé de céder certains de leurs actifs, ce qui a conduit à l'émergence de gestionnaires d'infrastructures de télécommunications<sup>29</sup>. Les exemples de séparations volontaires passées dans les secteurs réglementés et non réglementés permettent d'obtenir des informations utiles sur la conception, la mise en œuvre et les coûts de la cession d'actifs. Les domaines

nécessitant une attention particulière comprennent la délimitation des actifs et des activités à céder, la refonte de l'organisation et des processus, les contrats commerciaux, la séparation des données et des systèmes informatiques et comptables (McKinsey, 2020<sup>[33]</sup>). Les indicateurs de performance clés (KPI) que les entreprises utilisent pour surveiller leurs activités en permanence pourraient servir à identifier les options de désinvestissement. Enfin, le succès de la cession d'actifs dépendra du travail en équipe (soutien des différentes équipes) et du calendrier de sa mise en œuvre (McKinsey, 2020<sup>[33]</sup> ; Khan, 2019<sup>[32]</sup>).

49. Compte tenu de tous les avantages et inconvénients, il n'est pas surprenant que le débat théorique sur la valeur et les effets des mesures correctives structurelles soit loin d'être réglé. En outre, les mesures correctives structurelles dans les affaires d'abus de position dominante ne sont pas aussi largement disponibles que dans le cadre du contrôle des fusions et, même lorsqu'elles le sont, elles sont utilisées de manière sporadique et avec une extrême prudence (OCDE, 2019<sup>[24]</sup>). En effet, dans de nombreux pays et territoires, les mesures correctives structurelles semblent être privilégiées dans les affaires de fusion, et les mesures correctives comportementales dans les affaires d'abus de position dominante. Par exemple, le manuel du ministère de la Justice des États-Unis sur les mesures correctives relatives aux opérations de fusion (U.S. Department of Justice (DoJ), 2020<sup>[34]</sup>) admet explicitement que les mesures correctives comportementales ne sont indiquées que dans des circonstances très limitées en cas de fusion. La raison en est qu'elles sont difficiles à élaborer et à appliquer, et qu'elles réglementent essentiellement l'entité fusionnée en substituant une prise de décision centrale au marché libre, ce qui devrait être évité. En outre, la CMA (Royaume-Uni) admet que « les circonstances dans lesquelles les mesures correctives comportementales constituent le bon résultat du contrôle des fusions sont rares » (Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni, 2019<sup>[35]</sup>). La préférence pour les mesures correctives structurelles dans les affaires de fusion est également très claire au sein de l'UE, où plus de 80 % des autorisations conditionnelles de fusions impliquent une mesure corrective structurelle, alors que les mesures correctives comportementales sont rarement utilisées (Maier-Rigaud et Loertscher, 2020<sup>[36]</sup>).

### 3.2. Mesures correctives comportementales

50. Contrairement aux mesures correctives structurelles, qui visent à rétablir la concurrence en exigeant des changements dans la structure des activités de l'entreprise dominante, les mesures correctives comportementales modifient la façon dont l'entreprise dominante mène ses activités. Selon que la mise en œuvre des mesures correctives comportementales fait intervenir ou non des tiers, tels que d'autres acteurs du marché, ces mesures peuvent être divisées en deux grandes catégories : internes et externes (Global Competition Review (GCR), 2021<sup>[37]</sup>). Les premières ne nécessitent pas l'intervention de tiers et concernent la gestion et l'organisation internes de l'entreprise. Par exemple, une entreprise dominante peut se voir obligée de mettre en œuvre un programme de mise en conformité ou de modifier ses dispositions en matière de gouvernement d'entreprise. Les secondes, en revanche, concernent l'interaction de l'entreprise avec les tiers et peuvent obliger l'entreprise dominante, par exemple, à modifier ou à résilier ses contrats existants ou à changer ses systèmes de fixation des prix. Il existe également des mesures correctives comportementales qui concernent les activités internes de l'entreprise, mais qui sont susceptibles d'affecter les tiers ou le marché en général. La pré-installation des logiciels d'une entreprise dominante peut en être un exemple.

51. Les mesures correctives comportementales peuvent être positives/déclaratives ou négatives/prohibitives, selon qu'elles obligent une entreprise à faire ou à cesser de faire quelque chose, ou les deux. Les mesures correctives négatives, qui prennent généralement la forme d'une ordonnance de ne pas faire, exigent simplement de la partie défenderesse qu'elle cesse son comportement abusif. Les mesures correctives positives sont généralement le reflet du comportement abusif. Par exemple, une mesure corrective à un refus de fournir serait une obligation de fournir. La contre-mesure au mécanisme anticoncurrentiel d'auto-préférence serait une obligation de ne pas discriminer. Bien entendu, la distinction entre les mesures correctives positives et négatives peut être considérée comme purement sémantique,

car toute interdiction peut être facilement traduite en une obligation positive, c'est-à-dire qu'une interdiction de pratiquer des ventes liées abusives correspond à une obligation positive de délier les produits ou services vendus en commun. En outre, les mesures correctives négatives et positives peuvent être appliquées conjointement, c'est-à-dire qu'une ordonnance de ne pas faire (négative) peut être complétée par un ensemble de mesures correctives positives qui prescrivent un comportement spécifique.

52. Étant donné que les mesures correctives comportementales sont faites sur mesure, ce qui permet aux autorités de la concurrence de les adapter aux besoins de chaque affaire, elles peuvent prendre diverses formes. Parmi les exemples de mesures correctives comportementales qui ont été imposées dans des décisions antérieures d'abus de position dominante, figurent les obligations suivantes :

- Modifier ou résilier des contrats existants (il peut s'agir, par exemple, d'une prolongation du délai de préavis pour informer de l'intention d'arrêter la commercialisation<sup>30</sup> ou d'une modification des conditions de licence<sup>31</sup>) ;
- Supprimer les dispositions d'exclusivité<sup>32</sup> ;
- Introduire et respecter de nouveaux systèmes ou conditions de fixation des prix<sup>33</sup> ;
- Permettre aux clients ou aux consommateurs de changer de fournisseur<sup>34</sup> ;
- Adopter des programmes de mise en conformité avec le droit de la concurrence ou mettre en place des formations en la matière<sup>35</sup> ;
- Modifier les dispositions relatives à la gouvernance d'entreprise<sup>36</sup>.

53. Si une autorité de la concurrence peut choisir de n'imposer qu'une seule mesure corrective comportementale, dans la pratique, elle impose souvent un ensemble de mesures complémentaires aux entreprises dominantes. En outre, les mesures correctives comportementales peuvent compléter les mesures correctives structurelles en vue d'assurer la mise en œuvre effective de ces dernières.

54. Dans les affaires d'abus de position dominante, les mesures correctives comportementales sont plus fréquentes que les mesures correctives structurelles. Pourtant, malgré leur utilisation plus fréquente, leur efficacité est souvent remise en question. En effet, contrairement aux mesures correctives structurelles, les mesures correctives comportementales ne suppriment pas la capacité et l'intérêt d'une entreprise à adopter un comportement abusif, ce qui signifie qu'elles ne s'attaquent pas directement au problème sous-jacent du pouvoir de marché de l'entreprise (OCDE, 2006<sup>[3]</sup>). En outre, les entreprises faisant l'objet d'une enquête peuvent offrir des mesures correctives comportementales insuffisantes simplement pour réduire le risque que l'autorité de la concurrence clôture l'enquête en imposant une amende ou des mesures correctives plus sévères que celles offertes par l'entreprise. Les entreprises qui proposent de telles mesures correctives peuvent chercher à exploiter leurs avantages informationnels, technologiques et financiers sur une autorité de la concurrence, en espérant qu'ils leur permettront d'obtenir des mesures correctives qui seraient sous-optimales pour le marché, mais optimales pour elles. En fin de compte, les mesures correctives offertes spontanément, si elles sont acceptées, permettent souvent aux entreprises d'éviter les amendes, la publicité négative et des mesures correctives potentiellement plus sévères.

55. Un autre inconvénient des mesures correctives comportementales est qu'elles obligent souvent les entreprises à agir contre leur propre intérêt. La promotion de la concurrence ne correspond généralement pas à l'objectif des entreprises de maximiser leurs profits. Cela incite les entreprises à contourner ou à compromettre l'efficacité d'une mesure corrective comportementale. Par conséquent, pour augmenter la probabilité que les mesures correctives rétablissent la concurrence sur les marchés affectés par un abus de position dominante, il pourrait être justifié d'adopter une approche plus globale, c'est-à-dire une approche en vertu de laquelle les autorités de la concurrence envisageraient un ensemble de mesures correctives combinant intelligemment des mesures correctives structurelles et comportementales, et abordant les problèmes de concurrence tant du côté de l'offre que de la demande.

### 3.3. Mesures correctives du côté de la demande et économie comportementale

56. Alors que les autorités de la concurrence concentrent souvent leurs interventions du côté de l'offre, elles peuvent également lutter contre les violations du droit de la concurrence en intervenant du côté de la demande. En effet, les consommateurs profitent de prix bas et de produits et services innovants de qualité seulement si le côté de la demande et celui de l'offre du marché fonctionnent efficacement. La politique de concurrence, qui vise à « faire en sorte que les marchés agissent favorablement envers les consommateurs [...] ne pourra [...] être efficace que si elle permet aux marchés d'évoluer réellement avec des consommateurs réels et des entreprises réelles » (Fletcher, 2019<sup>[38]</sup>). Comme l'économie comportementale permet d'expliquer de quelle manière et pour quelles raisons le comportement des consommateurs réels s'écarte du comportement rationnel décrit dans les modèles micro-économiques standard, les autorités de la concurrence devraient, ce que certaines d'ailleurs font déjà, utiliser les enseignements tirés de cette discipline pour compléter leur analyse de la concurrence et la conception de mesures correctives qui se fondent sur la théorie traditionnelle de l'économie industrielle. Ces éclairages peuvent permettre d'améliorer leur compréhension des effets anticoncurrentiels d'un comportement donné, menant ainsi à de nouvelles théories du préjudice ou à l'adaptation des théories existantes. Ils peuvent également aider à mettre au point des mesures correctives destinées aux consommateurs donnant de meilleurs résultats. Pour être efficaces, ces mesures doivent tenir compte des heuristiques, des biais cognitifs et des asymétries d'information. Les techniques heuristiques, ou empiriques, sont des raccourcis cognitifs qui simplifient le processus décisionnel et servent à expliquer la dissonance entre les préférences exprimées par les consommateurs et leurs choix véritables. Certains biais sont davantage étayés par des données probantes que d'autres, mais les études empiriques portant sur l'impact des différents types de biais se multiplient<sup>37</sup>.

### Encadré 5. Exemples de biais comportementaux

La liste suivante répertorie de manière non exhaustive les biais comportementaux que les consommateurs sont susceptibles de présenter de façon simultanée ou indépendante :

- Biais pour le présent : tendance marquée à privilégier les options offrant des gains dans le présent plutôt que dans le futur.
- Dépendance à l'égard de points de référence et aversion à la perte : préférence pour l'évaluation des résultats non pas en tant que tels mais plutôt comme des gains et des pertes par rapport à un point de référence, conduisant souvent à une sous-estimation des gains et à une surestimation des pertes.
- Effets d'ancrage : influence disproportionnée des prix ou des quantités de référence sur les consommateurs.
- Effets de cadrage : impact sur le choix de la présentation d'offres concurrentes sous différents formats ou de la référence à des informations contextuelles différentes. Il en résulte que des offres équivalentes peuvent être considérées comme plus ou moins attrayantes en fonction du paramètre/de la caractéristique mis en évidence.
- Biais d'excès de confiance : tendance à surestimer ses propres capacités et connaissances, conduisant les consommateurs à prendre des décisions plus risquées.
- Biais de saillance : tendance à décider en fonction de ce qui est le plus visible ou le plus marquant.
- Biais d'inertie ou biais du choix par défaut : préférence pour maintenir le statu quo et éviter d'entreprendre toute action qui conduirait à un changement.

Source : (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>); (Fletcher, 2019<sup>[38]</sup>).

57. Les mesures correctives du côté de la demande qui cherchent à intégrer des biais comportementaux peuvent poursuivre différents objectifs. Par exemple, (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>) et (Fletcher, 2016<sup>[39]</sup>) distinguent quatre grandes catégories de mesures correctives de ce type :

- Mesures correctives imposant la divulgation d'informations qui visent à favoriser une concurrence efficace en garantissant l'accès des consommateurs aux informations nécessaires pour comparer les produits/services et prendre des décisions éclairées.
- Mesures correctives destinées à faire jouer la concurrence qui visent à renforcer la comparaison.
- Mesures correctives destinées à faciliter le changement de fournisseur qui visent à réduire les coûts associés à un tel changement ou à en faciliter les modalités.
- Mesures ayant pour objet de maîtriser les retombées sur la concurrence qui visent à établir des règles plus détaillées à l'intention des fournisseurs dans les cas où les mesures correctives du côté de la demande ne profitent qu'à certains groupes et peuvent entraîner des coûts pour les autres.

58. Toutefois, la simple compréhension des biais comportementaux en jeu et l'identification du changement de comportement souhaité chez les consommateurs ne suffisent pas. La mise au point de mesures correctives qui parviendraient réellement à modifier durablement le comportement des consommateurs est loin d'être simple. Par exemple, le biais d'inertie et du choix par défaut peut entraver l'émergence de la concurrence et la freiner lorsque les consommateurs se désengagent et ne changent pas de fournisseur en fonction des meilleures offres. Si la promotion du changement de fournisseur et l'augmentation du nombre de consommateurs qui engagent une telle démarche sont bénéfiques du point

de vue de la concurrence, on peut craindre que la concurrence ne profite qu'aux consommateurs « actifs », tandis que les consommateurs « inactifs » pourraient être amenés à s'acquitter de prix plus élevés (Fletcher, 2019). Ce phénomène soulève des inquiétudes particulières dans la mesure où l'absence de changement de fournisseur finit par nuire aux consommateurs les plus vulnérables et aux revenus les plus faibles, dans le contexte actuel de la crise du coût de la vie.

59. Les affaires de comportement d'éviction sont peut-être celles les plus touchées par le recours à l'économie comportementale (OCDE, 2022<sup>[40]</sup>). Bien que l'économie comportementale ne soit pas toujours mentionnée explicitement dans les décisions en matière de concurrence, certaines affaires se sont clairement appuyées sur les éclairages tirés de cette discipline pour fournir une explication plus convaincante des effets anticoncurrentiels, ce qui a ensuite eu un impact sur la conception des mesures correctives.

## Encadré 6. Changement de fournisseur et pénalités de fidélité

L'exemple suivant, qui concerne le Royaume-Uni, porte sur une affaire relative à la protection des consommateurs et à la réglementation, et non sur un abus de position dominante. Toutefois, il fournit des indications très utiles sur les effets négatifs potentiels de l'inertie des consommateurs sur le marché.

En 2018, Citizens Advice a soumis à la CMA (Royaume-Uni) une plainte collective estimant que huit consommateurs sur dix payaient une pénalité de fidélité dans cinq marchés essentiels : haut débit, mobile, assurance habitation, épargne et prêt hypothécaire. La pénalité de fidélité correspond à la différence de prix payée par les consommateurs fidèles et les nouveaux consommateurs pour le même service. D'après la plainte, les consommateurs fidèles pouvaient payer jusqu'à 877 GBP de plus par an.

La CMA a approuvé les conclusions présentées dans les rapports et a demandé aux autorités chargées de la réglementation sectorielle de prendre les mesures adéquates. Malgré les avancées réalisées par les autorités chargées de la réglementation depuis lors, la pénalité de fidélité est toujours un problème.

Ci-après figure une partie des informations publiées par Citizen Advice le 1<sup>e</sup> août 2022 dans l'article intitulé « *One-in-seven customers still paying the loyalty penalty despite cost-of-living crisis* » (Un client sur sept continue de payer la pénalité de fidélité malgré la crise du coût de la vie), illustrant la pertinence du sujet\* :

- « Il ressort de l'analyse des budgets de 165 000 personnes qui se sont adressées à Citizens Advice en vue d'une aide en matière d'endettement que les personnes aux revenus les plus faibles consacrent près du double de leurs revenus aux télécommunications que les personnes aux revenus les plus élevés. »
- « Un client qui paie la pénalité de fidélité dans les trois marchés de l'énergie devra déboursier 1 144 GBP par an, soit plus de la moitié du plafond actuel des prix de l'énergie. Le coût mensuel de 95 GBP versé au titre de la pénalité de fidélité équivaut à 17 jours de consommation moyenne d'énergie. »
- « [...] Parmi les personnes qui paient la pénalité de fidélité, 18 % déclarent que le changement de fournisseur est trop difficile ou prend trop de temps, et un quart de million (3 %) ne savent même pas que cette possibilité existe. »

Une affaire qui concerne le Pérou montre l'importance du facteur temps pour garantir l'efficacité de la mesure corrective portant sur le changement de fournisseur. En 2010, l'autorité chargée de la réglementation et de la concurrence, OSIPTEL, a imposé une obligation de portabilité des numéros. Au début, moins de 0.5 % des consommateurs ont changé d'opérateur chaque année, soit le pourcentage le plus faible de la région par rapport à d'autres pays qui mettaient également en œuvre la portabilité des numéros (à savoir le Brésil, le Mexique ou l'Équateur). Puis, en 2014, OSIPTEL a exigé que le délai pour effectuer le changement de fournisseur soit réduit de 7 jours à 24 heures. À la suite de cette décision, le taux de changement de fournisseur a atteint 1.5 % en 2018.

Note : \* Citizens Advice (2022), « *One-in-seven customers still paying the loyalty penalty despite cost-of-living crises* ». Source : (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>).

### Encadré 7. Recours à l'économie comportementale pour éclairer la conception de mesures correctives dans le domaine de la concurrence

**Biais d'inertie et du choix par défaut dans l'affaire *Microsoft*** ( Commission européenne, 2009<sup>[41]</sup>) : La Commission a ouvert une enquête sur Microsoft pour présomption d'abus de position dominante en ayant recours à la stratégie de couplage du navigateur web de la société, Internet Explorer, avec le système d'exploitation Windows. En décembre 2009, la Commission a approuvé une mesure corrective en vertu de laquelle Microsoft consentait à installer un écran multichoix qui obligerait les consommateurs à faire un choix actif à partir d'une liste des douze navigateurs web les plus utilisés. L'écran multichoix visait clairement à tenir compte du biais du choix par défaut ou d'inertie chez les consommateurs.

**Biais d'inertie et du choix par défaut dans l'affaire *Google Android*** ( Commission européenne, 2018<sup>[42]</sup>) : En 2018, la Commission européenne a condamné Google pour abus de position dominante sur les marchés nationaux des services de recherche générale. Cette pratique abusive prenait la forme de rétrocessions d'une part des revenus aux fabricants d'équipement d'origine (FEO) et à des opérateurs de réseau mobile (ORM) à la condition qu'ils ne préinstallent aucun service de recherche générale concurrent sur quelque appareil que ce soit au sein d'une gamme de produits convenue. Au para. 781 de la décision, la Commission a fait explicitement référence au biais « d'inertie », en expliquant que « la préinstallation, comme le réglage par défaut ou le « *premium placement* », peut augmenter de manière significative et durable le recours au service fourni par une application [car] les utilisateurs qui trouvent des applications préinstallées qui leur sont présentées sur leurs appareils mobiles multimédia sont susceptibles de s'en tenir à de telles applications. » La Commission a non seulement infligé une amende de plus de 4 milliards EUR, mais a aussi imposé une série de mesures correctives comportementales répondant aux problèmes identifiés.

À la suite d'enchères pour apparaître sur un écran multichoix, qui ont eu lieu pour la première fois au début de l'année 2020, Google a commencé à proposer aux utilisateurs d'Android en Europe des écrans multichoix pour les moteurs de recherche et les navigateurs web par défaut, lesquels permettent aux utilisateurs de choisir leurs préférences au lieu de se voir imposer par défaut l'utilisation des services de Google. Comme les enchères se sont déroulées dans chacun des pays concernés, les moteurs de recherche apparaissant sur l'écran multichoix variaient d'un pays à l'autre. En plus de Google, ils comprenaient généralement : DuckDuckGo, GMX, Info.com, Privacy Wall, Yandex, Seznam et Bing. Les premiers résultats concernant l'efficacité de cette mesure corrective ne sont pas très encourageants puisqu'entre janvier 2020 et 2021, la part de marché cumulée de Google en Europe est restée pratiquement inchangée, passant de 93.88 % à 93.11 %<sup>1</sup>.

**Biais de saillance et architecture de choix dans l'affaire *Google Shopping*** (UE, Brésil) : Les pratiques d'auto-préférence de Google liées à son service d'achat ont été et sont encore examinées par diverses autorités de la concurrence. La Commission européenne a estimé que Google avait abusé de sa position dominante dans le domaine de la recherche en ligne en abaissant le classement des résultats de recherche non rémunérés et en accordant un placement plus favorable aux résultats de ses propres services de recherche verticale. Les engagements proposés consistaient à offrir une présentation plus visible aux concurrents dans le domaine de la recherche verticale (« mesures correctives liées à l'architecture ») et un étiquetage plus lisible (« mesures correctives liées à l'étiquetage »). Bien que la décision ne fasse pas expressément mention du biais de saillance, elle s'y réfère implicitement. Par exemple, en analysant le comportement des utilisateurs, la Commission a constaté que les résultats de recherche générique produisent à une grande partie du trafic vers un site web lorsqu'ils sont classés parmi les trois à cinq premiers résultats de recherche génériques sur la première page de résultats de recherche générale. Les cinq résultats de recherche générique les mieux classés sur la première page de résultats de recherche générale de Google reçoivent environ 77 % de tous les clics, tandis que les dix premiers représentent 95 %. Le début de la deuxième page de résultats de recherche générale ne génère qu'un peu plus de 1 % des clics (para. 454-457 de la décision)<sup>2</sup>.

L'autorité brésilienne de la concurrence, le CADE, a également examiné si Google privilégiait Google Shopping par rapport à ses concurrents brésiliens (Buscape, Bondfaro, etc.). Le CADE a notamment regardé si Google avait influencé et biaisé le choix des consommateurs au moyen de l'architecture de choix. Il a conclu que les consommateurs pouvaient choisir Google Shopping non pas parce qu'ils le préféraient réellement, mais en raison des incitations de Google qui exploitait les biais cognitifs des consommateurs. Toutefois, contrairement à la décision de la Commission européenne, le tribunal du CADE a rejeté l'affaire car il n'a trouvé aucune donnée probante indiquant une atteinte à la concurrence sur le marché.

Note : <sup>1</sup> Statcounter (2022), Search Engine Market Share Europe janvier 2020 – décembre 2021 (consulté le 7 novembre 2022). <sup>2</sup> Commission européenne (2017), affaire AT.39740, *Moteur de recherche Google (Shopping)*.  
Source : (OCDE, 2022<sup>[40]</sup>).

60. L'efficacité du type de mesures correctives adoptées au sein de l'UE dans les affaires *Google Android* et *Google Shopping* a fait l'objet de diverses études scientifiques. (Ostrovsky, 2021<sup>[43]</sup>) s'est intéressé aux enchères pour apparaître sur un écran multichois qui avaient été déployées dans 31 pays européens à la suite de la décision dans l'affaire *Google Android*. Il a constaté que si de telles enchères peuvent contribuer à créer des conditions de concurrence plus équitables, un détail apparemment mineur dans leur mise en œuvre, à savoir le fait qu'elles reposent sur une base « par apparence » ou « par installation », peut conduire à des résultats différents, altérant l'efficacité globale de la mesure corrective.

61. (Hyman, 2015<sup>[44]</sup>) a réalisé une étude empirique sur l'impact des mesures correctives liées à l'architecture et à l'étiquetage qui ont été imposées dans l'affaire *Google Shopping*. Il en ressort que « l'architecture de la page de résultats de recherche (c'est-à-dire la manière dont les résultats de la recherche sont disposés sur la page) est beaucoup plus importante que les étiquettes qui peuvent apparaître sur cette page. Les utilisateurs sont peu sensibilisés à l'étiquetage, et même des étiquettes beaucoup plus explicites que celles utilisées actuellement ne contribuent pas de manière significative à améliorer la connaissance qu'ont les consommateurs du caractère payant ou non du contenu. En d'autres termes, les connaissances et le comportement des consommateurs semblent être le résultat d'attentes rigides quant à la manière dont les résultats de recherche sont affichés, indépendamment de leur étiquetage. Ces conclusions suggèrent que l'impact d'éventuelles mesures correctives liées à l'architecture dépendra largement de la manière dont elles sont conçues, tandis que les éventuelles mesures correctives liées à l'étiquetage sont peu susceptibles d'avoir un impact significatif. Les autorités chargées de la réglementation et les juges devraient tenir compte de ces résultats au moment d'évaluer l'utilité d'ordonner une mesure corrective spécifique. »

62. Les deux études citées ci-avant montrent l'importance pour les autorités de la concurrence de bien comprendre le comportement réel des consommateurs en vue de concevoir des mesures correctives efficaces du côté de la demande.

63. En concevant des mesures correctives destinées aux consommateurs, les autorités de la concurrence doivent tenir compte du fait que les préférences des consommateurs, l'accès aux technologies, les compétences numériques et sectorielles (par exemple les connaissances financières), pertinentes pour les consommateurs tant dans un environnement hors ligne qu'en ligne, sont susceptibles de varier en fonction des pays et territoires et des marchés. Par exemple, pour les mesures destinées à faire jouer la concurrence, l'OCDE préconise de mettre au point des outils de comparaison numériques commerciaux et d'assurer leur gouvernance adéquate. Toutefois, elle souligne qu'étant donné que les outils de comparaison ne seront pas utilisés par tous les consommateurs, un problème particulier peut se poser si les prix affichés en ligne sont nettement inférieurs à ceux proposés hors ligne (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>). Plus important encore, le succès des mesures correctives destinées aux consommateurs dépend de leur capacité à permettre à ces derniers de surmonter leurs biais comportementaux, or, de telles mesures peuvent parfois s'avérer insuffisantes. Dans ces cas-là, si les mesures correctives du côté de l'offre sont également insuffisantes, une intervention réglementaire directe pourrait être justifiée.

# 4 Respect, suivi et évaluation *ex post*

64. Une application efficace suppose que les autorités de la concurrence conçoivent des mécanismes de suivi adéquats, disposent de pouvoirs d'action en cas de violation et consacrent des ressources suffisantes au suivi.

65. Un suivi efficace est fondamental pour garantir l'efficacité des mesures correctives. En effet, une mesure corrective qui est efficace en théorie peut se révéler peu efficace si les entreprises décident de la contourner, de la détourner ou de ne pas s'y conformer du tout, en supposant, sur la base des expériences passées de l'autorité concernée, que celle-ci ne contrôlera pas de près le processus de mise en œuvre. Si les entreprises en infraction peuvent rationnellement s'attendre à un risque faible d'amende ou de sanction d'une autre forme (à savoir l'imposition de mesures correctives plus sévères), la crédibilité des mesures correctives ou procédures d'engagement sera remise en question.

66. Pour le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives, les autorités de la concurrence ont généralement recours à l'obligation de faire des rapports et à la nomination d'un mandataire chargé du suivi dans le cas de mesures correctives particulièrement complexes et nécessitant un suivi intensif. Lorsque le suivi régulier se fonde principalement sur le respect contractuel des engagements, les autorités de la concurrence peuvent être suffisamment bien placées pour s'assurer d'un respect adéquat par les entreprises concernées. C'est notamment le cas des mesures correctives dites d'auto-suivi, pour lesquelles on peut attendre des acteurs tiers du marché qu'ils signalent les violations.

67. Le choix d'outils de suivi appropriés dépend des spécificités de l'affaire et du marché en question. Cela signifie, par exemple, que les obligations de faire des rapports, qui sont employées dans la plupart des affaires impliquant des mesures correctives comportementales, pourraient être imposées en appliquant une périodicité différente. Si, dans certains cas, des rapports annuels suffisent<sup>38</sup>, dans d'autres, des rapports plus fréquents peuvent être nécessaires, par exemple tous les six ou quatre mois<sup>39</sup>.

68. Un suivi permanent des mesures correctives comportementales est particulièrement coûteux lorsque leur efficacité dépend de l'adéquation et de la nature fortement contraignante des autres mesures correctives complémentaires ou auxiliaires.

### Encadré 8. Mesures correctives comportementales et complémentaires

Obligation d'autoriser l'accès : La simple obligation d'autoriser l'accès est susceptible de s'avérer infructueuse si les conditions d'accès ne sont pas spécifiées. L'obligation d'autoriser l'accès, qui revêt une importance centrale dans la réglementation sectorielle (à savoir les télécommunications, l'énergie, les transports) est généralement complétée par d'autres obligations qui visent principalement à garantir que l'accès est effectivement accordé. Ces obligations supplémentaires peuvent prendre de nombreuses formes et exigent, par exemple, la séparation comptable, le contrôle des prix, la transparence ou la non-discrimination. Étant donné que la nature précise d'au moins certains de ces termes est sujette à interprétation, les entreprises peuvent faire obstacle au respect du droit de la concurrence en contestant ces termes devant les tribunaux afin d'éviter, de neutraliser ou de minimiser les effets escomptés des mesures correctives imposées (les exemples du secteur des télécommunications, où les décisions en matière d'accès sont parmi les plus contestées, abondent). Pour garantir l'efficacité de mesures correctives auxiliaires comme la transparence ou la non-discrimination, il pourrait être nécessaire d'avoir accès aux indicateurs clés de performance des entreprises et d'en faire le suivi en permanence. Toutefois, cette forme de contrôle semble se prêter davantage à une autorité chargée de la réglementation sectorielle qu'à une autorité de la concurrence.

Remises : En avril 2020, le Conseil de la concurrence français a conclu une enquête menée depuis dix ans sur les remises de fidélité et les remises groupées anticoncurrentielles offertes par La Poste (l'opérateur postal historique français). L'autorité a modifié les engagements proposés afin de réduire le risque de contournement. Elle a notamment accepté des engagements visant à assurer l'efficacité d'autres engagements destinés à mettre fin aux offres groupées et à supprimer les effets de fidélisation résultant des remises. Ces engagements complémentaires prévoyaient la mise en place d'un outil d'archivage informatique adéquat pour conserver la trace des contrats clients, des devis, des remises, des factures, des logiciels utilisés pour calculer les remises, ainsi que l'organisation de formations spécifiques sur le droit de la concurrence.

69. Les autorités de la concurrence peuvent choisir de privilégier le recours à un mandataire chargé du suivi lorsque (i) leurs ressources sont limitées, ou (ii) lorsque les engagements proposés sont complexes et susceptibles de susciter des incertitudes quant à leur interprétation, pouvant ainsi nuire à leur efficacité et à leur efficacité<sup>40</sup>. Les mandataires chargés du suivi sont généralement désignés par l'entreprise et sont soumis à l'approbation de l'autorité de la concurrence. Par exemple, au Brésil, le guide du CADE sur les mesures correctives en cas de pratiques anticoncurrentielles, indique expressément qu'« étant donné que le CADE n'est pas en mesure de participer de manière directe et permanente au suivi de la mise en œuvre des engagements considérés comme des mesures correctives en cas d'infraction au droit de la concurrence, il est souhaitable qu'un mandataire chargé du suivi soit désigné pour aider l'autorité à contrôler et à garantir le respect des obligations »<sup>41</sup>. À cet égard, il convient de mentionner l'article 22 de la loi colombienne n° 1340 de 2009 relative à la concurrence, qui prévoit que les parties défenderesses qui ont offert des garanties en vue de l'autorisation d'un projet de fusion ou la clôture d'une enquête sur des pratiques anticoncurrentielles, doivent effectuer un paiement annuel couvrant le coût des activités de la SIC en matière de suivi du respect du droit de la concurrence<sup>42</sup>.

70. Un suivi efficace suppose que les autorités de la concurrence disposent d'outils adéquats en cas de violation. Par exemple, l'article 24(1)(c) du règlement n°1/2003 prévoit que la Commission européenne peut infliger des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour pour contraindre les entreprises à se conformer aux décisions d'engagement de l'article 9. En janvier 2022, la Colombie a promulgué la loi n° 2195, qui a apporté des modifications à plusieurs lois, y compris la loi n° 1340 de 2009 relative à la protection de la concurrence.

En particulier, la nouvelle loi considère désormais le non-respect des engagements imposés par l'autorité de la concurrence comme une circonstance aggravante dans le calcul des amendes<sup>43</sup>.

### Encadré 9. Exemples de violation d'engagements contraignants

Au **Mexique**, en 2018, Praxair a soumis des engagements à la COFECE en vue de clôturer une enquête concernant une présomption d'abus de position dominante sur le marché de la distribution et de la commercialisation de l'oxygène, de l'azote et de l'argon liquide industriel (dossier DE-006-2014). En juin 2022, le Conseil des commissaires de la COFECE a constaté que Praxair n'avait pas respecté les engagements et [a décidé d'infliger à l'entreprise une amende de 237 876 000 MXN](#). La société Praxair n'avait pas respecté ses engagements puisque, notamment, elle n'avait pas modifié, comme cela lui avait été demandé, ses contrats avec les clients et n'avait pas fourni les informations relatives au processus de vérification.

Au sein de l'**UE**, en 2013, la [Commission a infligé à Microsoft une amende de 561 millions EUR](#) en raison du non-respect de ses engagements consistant à proposer aux utilisateurs de Windows un écran multichoix leur permettant de sélectionner un navigateur web. À ce jour, c'est la seule décision constatant une violation au niveau de l'UE.

71. En ce qui concerne le cadre institutionnel, si certaines autorités peuvent choisir de mettre en place des unités distinctes pour le suivi, d'autres confient cette responsabilité à des services existants. Par exemple, la Division chargée du respect des engagements de la FTC des États-Unis apporte son concours aux négociations de règlement transactionnel et à la rédaction des documents y afférents. En outre, elle assure le suivi et l'application des jugements d'expédient. Le ministère de la Justice a annoncé la création en 2018 d'un bureau d'application des jugements afin de renforcer le respect par les parties des jugements d'expédient en vigueur et l'application de ces jugements par l'autorité (U.S. Department of Justice (DoJ), 2018<sup>[45]</sup>). La Colombie a modifié la structure de son autorité de la concurrence, la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC). Elle a ainsi mis en place, à la suite du décret 092 du 24 janvier 2022, la Direction chargée du respect des engagements (*Dirección de Cumplimiento*), désormais responsable, entre autres, du suivi du respect des garanties et conditions acceptées par l'autorité lors des enquêtes administratives portant sur les violations du droit de la concurrence, ainsi que de faire appliquer la loi en cas de non-respect de ces garanties<sup>44</sup>.

72. Dans le cadre du suivi du respect des engagements, les autorités de la concurrence peuvent agir seules ou demander la coopération d'autres autorités compétentes chargées de la réglementation sectorielle. Par exemple, en vertu de l'article 41 de la loi espagnole n° 15/2007 relative à la concurrence, la CNMC « peut requérir la coopération des organismes de la concurrence autonomes et des autorités chargées de la réglementation sectorielle dans le cadre du suivi et de l'exécution des obligations, résolutions et décisions ». En cas de fonctionnement séparé des autorités de la concurrence et de celles chargées de la réglementation sectorielle, leur coopération peut nécessiter l'adoption d'un protocole d'accord, une pratique courante, ou d'autres outils qui encadreraient une telle coopération. Si les protocoles d'accord ne régissent pas spécifiquement la coopération dans les affaires de concurrence, leurs dispositions générales sur les outils, comme la notification et la consultation, peuvent également être utilisées dans ce contexte (OCDE, 2022<sup>[46]</sup>). En revanche, lorsque les pouvoirs d'application en matière de concurrence et de questions sectorielles relèvent de la même autorité, ce qui est le cas des autorités à mandats multiples comme la CNMC en Espagne ou l'ACM aux Pays-Bas, la coopération dépendra en premier lieu de la capacité des unités respectives à partager les informations pertinentes en interne, au sein de l'autorité.

### Encadré 10. Coopération des autorités de la concurrence et de celles chargées de la réglementation sectorielle en matière de conception et de suivi des mesures correctives

Les exemples sélectionnés montrent que l'interaction entre les autorités de la concurrence et celles chargées de la réglementation sectorielle peut permettre de minimiser le risque de décisions incohérentes et d'améliorer l'efficacité des mesures correctives. Même si certains de ces exemples concernent l'examen des opérations de concentration, néanmoins ils peuvent fournir des indications précieuses sur la coopération dans le suivi des mesures correctives portant sur les affaires d'abus de position dominante.

**Espagne** : En 2013, les compagnies pétrolières Disa et Shell ont conclu, sous réserve de mesures correctives, une entreprise commune pour la fourniture de carburant d'aviation aux îles Canaries. La situation sur le marché ne connaissant pas d'amélioration, en 2016 les mesures correctives initiales ont été prolongées. Pour suivre l'évolution du marché et contrôler le respect des mesures correctives, la Direction de l'énergie de la CNMC a remis des rapports trimestriels à la Direction de la concurrence de la CNMC.

**Portugal** : En 2015, VASP, un concurrent potentiel du CTT, l'opérateur postal historique portugais, a porté plainte auprès de l'AdC, l'autorité portugaise de la concurrence, au motif que le CTT abusait de sa position dominante en refusant l'accès à son réseau postal. L'AdC a ouvert une enquête et, en 2017, le CTT a proposé des engagements. À la même période, Iberomail, un autre concurrent potentiel, s'est également plaint de difficultés dans l'obtention d'un accès auprès de l'ANACOM, l'autorité portugaise chargée de la réglementation des télécommunications et de la poste, compétente en matière de différends liés à l'accès au réseau. En juin 2017, l'ANACOM a publié un projet de décision obligeant le CTT à élargir le périmètre de son offre d'accès au réseau postal. [À la lumière de cette décision](#), l'AdC a été amené à consulter l'ANACOM dans le cadre du processus d'évaluation des engagements afin de garantir un résultat cohérent.

**Pays-Bas** : Lorsque KPN et Reggefiber ont notifié la constitution d'une entreprise commune à la NMA et à l'OPTA (qui sont respectivement les anciennes autorités néerlandaises chargées de la concurrence et de la réglementation fusionnées pour former l'ACM), les deux autorités ont mis en place une coopération étroite. L'OPTA contrôlait les réseaux de cuivre et de fibre optique, tandis que la NMA a approuvé cette opération de fusion sous réserve de conditions cohérentes avec celles imposées par l'OPTA. Les conditions imposées par les autorités étant identiques dans une large mesure, l'OPTA était mieux placée pour servir de « premier interlocuteur des acteurs du marché en cas de non-respect des engagements pris en matière de fusion par KPN ou Reggefiber ». De cette façon, la NMA a pu imposer un régime étendu grâce à une bonne coopération avec l'OPTA. Cette coopération est particulièrement importante lorsque l'une des mesures correctives comportementales acceptées concerne la mise à disposition d'un accès sans discrimination à des prix réglementés (Pisarkiewicz, 2018<sup>[29]</sup> ; Hesseling, D. et T. Vermuelen, 2011<sup>[47]</sup>).

**Brésil** : Dans le cadre de l'autorisation récente d'une opération de fusion dans le secteur des télécommunications entre les plus grands opérateurs sous réserve de la cession d'actifs et de mesures correctives comportementales, le CADE a pris en compte les conditions imposées antérieurement par l'autorité chargée de la réglementation des télécommunications (ANATEL). En revanche, lorsqu'il a imposé des mesures correctives comportementales dans le cadre d'une opération de fusion impliquant le plus grand opérateur ferroviaire du Brésil et une société de logistique, préalablement approuvée par l'autorité chargée de la réglementation sectorielle, l'ANTT, sans aucune mesure corrective, le CADE a considéré qu'en présence d'intérêts multiples à exercer une discrimination post-fusion, il serait difficile

pour l'autorité chargée de la réglementation sectorielle de surveiller et de réprimer ces pratiques (OCDE, 2022<sup>[40]</sup>).

Si la collaboration entre les autorités de la concurrence et celles chargées de la réglementation dans les affaires relatives aux fusions présente de nombreux renseignements utiles, elle fait également apparaître certaines différences pertinentes. Lors de l'examen des opérations de fusion, l'évaluation faite par chaque autorité est inévitablement prospective. Cela implique qu'une autorité de la concurrence puisse rendre une décision en se fondant sur la possibilité que la réglementation sectorielle soit en mesure de freiner efficacement l'incitation et la capacité des entreprises à adopter un comportement anticoncurrentiel. En revanche, dans les affaires d'abus de position dominante, l'évaluation des autorités de la concurrence se fait *ex post*, ce qui signifie qu'elles n'ont pas à émettre d'hypothèses sur l'efficacité de la réglementation sectorielle. Elles peuvent au contraire examiner si cette réglementation a été imposée et appliquée de manière efficace.

#### 4.1. Évaluations *ex post*

73. Dans un environnement parfait, non seulement les autorités de la concurrence surveilleraient le respect par l'entreprise de la mesure corrective imposée, mais elles évalueraient également l'efficacité des mesures correctives. Les évaluations *ex post* s'intéressent aux effets de la décision d'application sur le marché quelque temps après que la décision a été rendue et cherchent à déterminer s'il existe un lien de causalité entre la décision et les changements sur le marché (OCDE, 2016<sup>[5]</sup>). De telles évaluations sont plus fréquentes dans le contexte des fusions que dans celui des abus de position dominante, où elles restent sporadiques. Cela s'explique par le fait que les affaires d'abus de position dominante sont beaucoup plus rares que les opérations de fusion, mais aussi parce qu'elles présentent un niveau de complexité plus élevé. Néanmoins, de tels exercices seraient extrêmement utiles car ils permettraient de concevoir des mesures correctives plus efficaces à l'avenir.

74. Théoriquement, l'objectif de l'évaluation *ex post* dans les affaires d'abus de position dominante serait de déterminer si l'intervention d'une autorité était appropriée, et en particulier si elle a permis de rétablir les conditions de concurrence sur un marché donné. Une telle évaluation est plus complexe dans les affaires d'abus de position dominante que celles relatives aux fusions. Les études d'évaluation s'intéressent à la manière dont le marché aurait évolué en l'absence de la décision. Dans le cas d'une fusion, la décision par une autorité d'autoriser une opération peut entraîner une diminution de la concurrence et ses effets peuvent être évalués par comparaison avec la situation antérieure à l'opération. En revanche, dans une affaire d'abus de position dominante, une étude d'évaluation *ex post* doit d'abord déterminer si le comportement abusif a effectivement faussé la concurrence avant de pouvoir évaluer si la décision d'une autorité de la concurrence a permis de supprimer les effets anticoncurrentiels potentiels du comportement abusif. Étant donné qu'un scénario contrefactuel idéal, qui devrait décrire la situation du marché en l'absence de comportement abusif, n'est pas toujours représentatif, l'identification du groupe de contrôle et du scénario contrefactuel approprié devra faire l'objet d'une réflexion plus approfondie (Commission européenne, 2017<sup>[48]</sup>).

## Encadré 11. Évaluation ex post des mesures correctives dans les affaires d'abus de position dominante

### Union européenne

En 2016 et 2017, la Commission européenne a procédé à une évaluation de l'impact économique de l'application des politiques de concurrence sur le fonctionnement des [marchés européens des télécommunications](#) et de l'énergie. Le rapport sur le marché des télécommunications comprenait une évaluation d'une décision d'interdiction dans l'affaire *Telekomunikacja Polska* (2011), tandis que le rapport sur le marché de l'énergie comprenait une évaluation d'une décision sur les engagements dans l'affaire *E.On* (2008). Ces deux exemples montrent que des évaluations *ex post* solides nécessitent de combiner une analyse descriptive de l'évolution du marché et des méthodes plus expérimentales, comme la méthode des doubles différences. Elles reposent également sur la disponibilité et l'accès à des données de qualité, ce qui représente souvent un défi. Étant donné que les acteurs du marché peuvent être peu enclins à fournir les données nécessaires, il est important de veiller à ce que les autorités de la concurrence soient habilitées à collecter ces données aux fins des évaluations *ex post*.

### Afrique du Sud

(Bonakele, 2020<sup>[49]</sup>) fait référence à trois analyses d'impact que la Commission de la concurrence a réalisées en matière de mesures correctives dans des affaires d'abus de position dominante en 2012 (*Pioneer Food Group Limited*) et en 2017 (*Telkom SA SOC Limited* et *Sasol Chemical Industries (Pty) Ltd*).

Dans l'affaire *Telkom SA SOC Ltd*, la Commission de la concurrence a accepté une séparation fonctionnelle qui nécessitait l'introduction d'une séparation comptable ainsi que la garantie que les services chargés du commerce de gros ne partagerait pas avec les services chargés du commerce de détail des informations sensibles sur le plan commercial concernant ses concurrents. L'étude d'évaluation d'impact de 2017 a montré que la dynamique de la concurrence dans le secteur a évolué : il y a eu des entrées sur le marché en amont et en aval, la part de marché des concurrents de Telkom a augmenté, tandis que les prix des principaux produits de connectivité d'accès ont baissé.

L'affaire *Sasol Chemical Industries* concernait la pratique de prix excessifs, le refus de fourniture, la discrimination par les prix, des pratiques d'entente sur les prix et de répartition des marchés entre des producteurs d'engrais verticalement intégrés. Pour répondre aux préoccupations relatives au comportement unilatéral, Sasol a accepté des mesures correctives structurelles et comportementales.

L'étude d'évaluation d'impact, réalisée en 2017, a démontré que la cession par Sasol de ses installations de mélange a facilité l'entrée et l'expansion sur le marché du mélange et de la distribution, constatant que : « Trois nouvelles entreprises de taille plus grande sont entrées grâce à l'acquisition des cinq usines cédées par Sasol et plusieurs mélangeurs et distributeurs plus petits sont également entrés sur le marché. Les petits entrants ont complété la fourniture d'engrais par les acteurs plus importants, en se concentrant sur la fourniture d'engrais spécialisés qui ne seraient généralement pas fournis par les acteurs importants. L'étude d'impact a également indiqué que le nombre de mélangeurs (et de négociants) est passé d'une quinzaine dans la période précédant l'intervention à environ soixante-cinq en Afrique du Sud. En outre, les mesures correctives ont permis de réduire les prix des engrais et de supprimer les différences de prix entre les régions. Ce dynamisme au sein du marché a permis aux consommateurs de réaliser des économies substantielles, de l'ordre de 1 à 10.5 milliards ZAR, entre 2010 et juin 2015. »

Source : (Bonakele, 2020<sup>[49]</sup>); (Commission sud-africaine de la concurrence, 2017<sup>[50]</sup>).

75. Comme mentionné précédemment, l'économie comportementale peut aider à concevoir des mesures correctives plus efficaces du côté de la demande, contribuant ainsi à une meilleure compréhension globale des comportements des entreprises et de leurs effets sur les consommateurs. Cependant, les biais comportementaux n'affectent pas seulement les acteurs du marché. Les pouvoirs publics peuvent également en souffrir<sup>45</sup>. Les autorités peuvent être particulièrement concernées par certains biais lors de la réalisation d'analyses d'impact et d'évaluations *ex post* des mesures correctives. Lors de l'évaluation de l'efficacité des mesures correctives imposées et des engagements acceptés, les autorités devront, par exemple, expliquer les répercussions de la mise en œuvre des mesures correctives. Ce faisant, elles peuvent être influencées par la « post-rationalisation », qui est étroitement liée au « biais rétrospectif », propension courante à considérer les événements comme plus prévisibles qu'ils ne le sont en réalité. Cela signifie que si un événement imprévisible se produit à la suite de la mise en œuvre d'une mesure corrective, les autorités pourront formuler des récits qui permettront d'expliquer de manière pratique comment l'élément imprévisible s'inscrit logiquement dans les hypothèses qu'elles avaient formulées préalablement (Busch, 2020<sup>[51]</sup>). Pour remédier à ces biais, les autorités de la concurrence devraient être tenues d'énoncer leurs hypothèses sur le choix des mesures correctives dans les décisions imposant les mesures en question. Bien que cela puisse exposer les autorités à davantage de critiques au cas où leurs décisions seraient fondées sur des hypothèses erronées, cette obligation pourrait également permettre de réaliser une évaluation *ex post* plus précise et, par conséquent, de prescrire des mesures correctives mieux calibrées à l'avenir.

# 5 Conclusions

76. Les mesures correctives sont un élément crucial de l'application de la politique de concurrence. Les marchés devenant de plus en plus complexes et dynamiques, il en va de même des mesures correctives qui seront nécessaires pour résoudre les problèmes de concurrence potentiels. La conception et la mise en œuvre de mesures correctives praticables est nécessairement une tâche difficile et compliquée. Toutefois, il est essentiel de la mener à bien afin de traiter efficacement les problèmes de concurrence identifiés. Par ailleurs, lors de la conception des mesures correctives, qui, contrairement aux engagements, ne sont pas proposées sur une base volontaire, les autorités de la concurrence devraient veiller tout particulièrement à ce que ces mesures soient proportionnées. Des mesures correctives disproportionnées ou inadéquates à un autre titre pourraient limiter l'autonomie de l'entreprise à un point tel que celle-ci se trouverait affaiblie et contrainte d'agir à l'encontre de ses intérêts. Si les incitations à agir de manière anticoncurrentielle proviennent de la structure même du modèle économique de l'entreprise, les autorités de la concurrence devraient envisager la possibilité d'imposer une mesure corrective structurelle, en tirant les enseignements des nombreuses cessions d'actifs réalisées de sa propre initiative ou des cessions d'actifs imposées dans le secteur des industries soumises à des réglementations sectorielles.

77. Pour ce qui est des engagements proposés volontairement, des recherches plus approfondies devraient être menées pour déterminer s'ils produisent effectivement des gains d'efficacité procédurale conduisant à des résolutions plus rapides. Dans l'affirmative, il faudrait toujours se demander si ces gains d'efficacité l'emportent sur leur valeur moindre en termes de précédent. Si une intervention rapide est particulièrement importante sur des marchés numériques en évolution rapide, les avantages et les inconvénients résultant de l'utilisation des engagements devraient être comparés à l'utilisation alternative ou améliorée d'une autre procédure, à savoir les mesures provisoires (OCDE, 2022<sup>[52]</sup>).

78. De surcroît, les autorités de la concurrence devraient tenir compte du fait que l'ensemble des acteurs, à savoir les consommateurs, les entreprises et les autorités elles-mêmes, peuvent être exposés à divers biais. Les connaissances issues de l'économie comportementale et de la politique publique comportementale pourraient aider à lutter contre ces biais. Enfin, pour garantir que les mesures correctives et les engagements produisent les meilleurs résultats possibles, les autorités de la concurrence devraient envisager de procéder à des évaluations *ex post* des mesures correctives et des engagements imposés afin d'évaluer leur efficacité dans le cas d'espèce et dans les différents secteurs. Bien que de telles évaluations soient plus courantes dans le contexte des mesures correctives liées aux fusions, elles devraient également être effectuées plus souvent dans les affaires d'abus de position dominante.

## Points principaux à retenir

La simple constatation d'un abus de position dominante ne favorisera pas la concurrence si elle n'est pas accompagnée d'une mesure correctrice efficace et proportionnée.

Pour concevoir et mettre en œuvre des mesures correctives efficaces, les autorités de la concurrence pourraient prendre en compte les points suivants :

- **Identifier les mesures correctives susceptibles d'être adéquates le plus tôt possible au cours du processus.** Pour ce faire, les questions suivantes doivent être posées :
  - La mesure correctrice est-elle suffisante mais aussi proportionnée par rapport au problème identifié ?
  - L'autorité dispose-t-elle du pouvoir d'imposer une telle mesure correctrice, ainsi que des ressources et de l'expertise nécessaires pour en assurer le suivi effectif ?
- **En règle générale, les mesures correctives comportementales doivent être appliquées dans les affaires d'abus de position dominante.** Étant donné que la position dominante n'est pas interdite en tant que telle par la plupart des lois, les mesures correctives structurelles resteront l'exception et exigeront un lien de causalité étroit avec le comportement abusif. Cela pourrait être le cas dans les industries de réseau avec des entreprises intégrées verticalement, et l'expérience en matière de réglementation peut éclairer les approches suivies par les autorités de la concurrence.
- **Des problèmes de concurrence complexes pourraient exiger des mesures correctives complexes.** Souvent, une seule mesure correctrice ne pourra pas offrir une solution adéquate, ce qui explique qu'un ensemble global de mesures correctives puisse être nécessaire. Il peut s'agir d'une panoplie de mesures correctives comportementales ou d'un mélange de mesures correctives structurelles et comportementales, qui peuvent être destinées à traiter les problèmes de concurrence tant du côté de l'offre que du côté de la demande sur le marché en question. Du côté de la demande (mesures correctives destinées aux consommateurs), il sera nécessaire de s'inspirer de l'économie comportementale pour identifier et traiter les biais existants chez les consommateurs. En revanche, des mesures correctives trop complexes risquent d'augmenter les coûts de suivi, d'entraîner des contentieux et, dans le pire des cas, d'être inefficaces. Un juste équilibre devra être trouvé.
- **Envisager d'adopter des lignes directrices sur l'utilisation des mesures correctives et des engagements dans les affaires d'abus de position dominante,** en mettant l'accent sur la conception et le suivi. Les lignes directrices, en tant que mesure non contraignante, offrent des informations utiles aux acteurs du marché sur l'approche attendue des autorités de la concurrence, contribuant ainsi à un niveau de prévisibilité plus élevé. Ces lignes directrices pourraient notamment :
  - Préciser les conditions dans lesquelles les mesures correctives structurelles ou comportementales seraient privilégiées et fournir une liste non exhaustive des mesures correctives comportementales qui pourraient être imposées.
  - Présenter des scénarios dans lesquels la désignation d'un mandataire chargé du suivi serait justifiée.
  - Lorsque le droit national prévoit à la fois des mesures correctives et des engagements, comme c'est le cas au sein de l'UE, préciser les différences qui existent entre les procédures régissant leur utilisation, en veillant à ce que ces deux outils soient distincts en termes d'incitations et d'avantages offerts.

Les lignes directrices sur l'utilisation des mesures correctives dans les affaires d'abus de position dominante pourraient s'inspirer de l'expérience importante acquise en matière d'utilisation des mesures

correctives dans les affaires de fusion, qui font l'objet d'examen beaucoup plus fréquents, en mettant en évidence les similitudes et les différences entre les approches privilégiées.

- **Garantir que les résultats obtenus en matière d'application et de suivi envoient des signaux forts aux acteurs du marché.** Pour rendre l'application du droit de la concurrence crédible, une autorité doit concevoir des mécanismes de suivi adéquats, disposer de pouvoirs d'action en cas de violation et consacrer des ressources suffisantes au suivi.
- **S'engager dans une coopération institutionnelle avec d'autres autorités pour améliorer la conception et le suivi des mesures correctives,** ce qui pourrait nécessiter une expertise de plus en plus pluridisciplinaire. Des accords adéquats avec les autorités de protection des consommateurs, de protection de la vie privée et de réglementation sectorielle devraient être mis en place.
- **Procéder à des évaluations *ex post*** de l'efficacité des mesures correctives dans des cas spécifiques pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés, ainsi que de l'impact global de l'approche d'une autorité en matière de mesures correctives sur (i) la dissuasion de manière globale, (ii) la fréquence du contentieux judiciaire, et (iii) les usages d'une autorité et le développement par celle-ci des compétences nécessaires en matière d'application.

# Notes de fin

<sup>1</sup> Voir par exemple (Gerard, D. et A. Komninos, 2020<sup>[72]</sup>) ; (Feasey, R. et J. Krämer, 2019<sup>[66]</sup>) ; (Gautier, A. et N. Petit, 2018<sup>[74]</sup>) ; (OCDE, 2016<sup>[71]</sup>) ; (Marquis, Lowe et & Monti, 2016<sup>[55]</sup>).

<sup>2</sup> Les autorités de la concurrence peuvent également clôturer l'affaire par une décision concluant à l'absence d'infraction ou éviter d'adopter toute décision si elles ne constatent aucune violation du droit de la concurrence.

<sup>3</sup> Le règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations utilise le terme « engagements » et ne mentionne pas une seule fois le terme « mesure corrective » pour désigner les moyens proposés par les entreprises qui sont parties à l'opération qu'elles veulent autoriser. En revanche, la communication de la Commission concernant les mesures correctives acceptables en vertu du règlement n° 139/2004 précise que les modifications apportées aux concentrations, en particulier les engagements, proposées par les parties sont généralement qualifiées de « mesures correctives », leur objectif étant de résoudre les problèmes de concurrence. En effet, la plupart des pays et territoires dans le monde font référence aux mesures correctives dans le contexte du contrôle des fusions.

<sup>4</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O. [2003] L 1/1/.

<sup>5</sup> Ainsi, la plupart des enquêtes réalisées par la Commission européenne dans le secteur de l'énergie se sont terminées par l'adoption de décisions d'engagements, alors que dans le secteur des télécommunications, la Commission a préféré adopter des décisions d'interdiction.

<sup>6</sup> [Décision de la Commission européenne \(2017\), affaire AT.39740 – Moteur de recherche Google \(Shopping\)](#).

<sup>7</sup> Voir, par exemple, (Hoppner, 2020<sup>[57]</sup>) et (Marsden, 2020<sup>[54]</sup>) pour un examen de l'ensemble des mesures correctives dans l'affaire *Google Shopping* de l'UE.

<sup>8</sup> Par exemple, la longueur moyenne des décisions d'interdiction rendues dans l'UE entre 2004 et septembre 2022 est de 246 pages, contre 25 pages pour les décisions d'engagements. À cet égard, il est intéressant de noter que les décisions d'engagements sont à peine plus longues que les décisions de rejet, lesquelles faisaient en moyenne 17 pages au cours de la même période. Ces informations ont été extraites des décisions de la Commission européenne consultées sur son site officiel : [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy\\_area\\_id=3](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3)

<sup>9</sup> L'article 16.2(5) prévoit que « Chaque partie autorise ses autorités nationales de la concurrence à résoudre les violations présumées de manière volontaire moyennant le consentement de l'autorité et de la personne visée par l'action coercitive. Une partie peut prévoir que ce règlement volontaire soit soumis à l'approbation d'un tribunal judiciaire ou indépendant ou à une période de consultation publique avant de revêtir un caractère définitif. »

<sup>10</sup> Loi n° 7246 modifiant la loi n° 4054 sur la protection de la concurrence. Avant ces amendements, la Turquie se fondait sur l'article 9(3) de la loi sur la concurrence, qui servait de base à une procédure de quasi-engagement, tandis que les sanctions en cas de violation de cette procédure étaient régies par les articles 16 et 17 de la loi. La principale différence entre l'article 9(3) et l'article 43 récemment introduit porte sur l'implication de tiers. La Turquie a également publié le communiqué 2021/2 sur les engagements à proposer dans le cadre des enquêtes préliminaires et des investigations concernant les accords, les pratiques concertées et les décisions restreignant la concurrence, ainsi que les abus de position dominante.

<sup>11</sup> Inde (2022), [Projet de loi de 2022 sur la concurrence \(amendement\)](#).

<sup>12</sup> Par exemple, au Japon, la procédure d'engagement ne s'applique pas aux affaires dans lesquelles une entreprise a fait l'objet d'une mesure légale définitive et contraignante pendant / dix ans avant la date [...]. Elle ne s'applique pas non plus aux affaires portant sur des violations brutales et graves présumées qui sont considérées comme ayant une influence étendue sur la vie des gens, en raison d'une restriction substantielle de la concurrence dans un domaine commercial particulier, comme décrit dans les « *Policies on Criminal Accusation and Compulsory Investigation of Criminal Cases Regarding Antimonopoly Violations* » (Politiques de la JFTC sur les poursuites pénales et les enquêtes obligatoires dans les affaires pénales concernant les violations des règles antimonopole). JFTC (autorité de la concurrence du Japon) (2018).

<sup>13</sup> La nature consensuelle de la procédure d'engagement implique que les entreprises qui ont proposé les engagements n'ont généralement pas intérêt à les contester devant les tribunaux. Si elles devaient le faire, elles pourraient faire valoir que les engagements finaux sont disproportionnés. Quant aux tiers, ils pourraient affirmer que les engagements adoptés sont soit disproportionnés, soit insuffisants. Dans ce cas, ils doivent d'abord avoir qualité pour faire appel de la décision. Les chances de succès dépendront alors de la question de savoir si les règles et la jurisprudence applicables ont fixé des limites excessives au pouvoir discrétionnaire de l'autorité de la concurrence.

<sup>14</sup> Par exemple, au Japon, les engagements ne donnent pas lieu à des ordonnances de paiement d'amendes administratives (OCDE, 2016<sup>[70]</sup>). Les amendes infligées au titre de l'abus de position dominante ont augmenté dans la plupart des régions au cours de la période 2015-18. Selon (OCDE, 2022<sup>[11]</sup>), ces amendes ont augmenté de 1 149 % en 2018 par rapport à 2015, ce qui correspond à un taux de croissance annuel composé de 132 %. Par la suite, les amendes pour abus de position dominante ont chuté de 64 % en 2019, et de 55 % en 2020. Le pic de 2018 était principalement dû aux affaires d'abus de position dominante traitées dans un petit nombre de pays et territoires d'Europe, ainsi que dans certains pays d'Amérique. En outre, la plupart des affaires dans l'UE concernaient majoritairement des infractions sur les marchés numériques.

<sup>15</sup> [Décision de la Commission européenne \(2017\), affaire AT.39740 – Moteur de recherche Google \(Shopping\)](#).

<sup>16</sup> [affaire C-119/97 P, Union Française de l'Express \(UFEX\)](#), ECLI:EU:C:1999:116, para. 94. Voir également (Hellström et Maier-Rigaud, 2009<sup>[58]</sup>)

<sup>17</sup> *Brunswick Corp. c. Riegel Textile Corp.*, 752 F.2d 261, 267 (7<sup>e</sup> Cir. 1984).

<sup>18</sup> Cour suprême des États-Unis (2003), [Verizon Communications, Inc. c. Law Offices of Curtis c. Trinko, LLP, 540 U.S.](#)

<sup>19</sup> Par exemple, la Commission a rendu les engagements contraignants pour une période de sept ans dans l'affaire AT.39.654, *Codes d'instruments financiers de Reuters (RIC)* (2012) et pour une période de dix ans dans l'affaire COMP/39.351, *Interconnexions suédoises* et dans l'affaire AT.40394, *Aspen*. La période exceptionnellement longue de dix ans dans l'affaire *Interconnexions suédoises* (2010) était nécessaire selon la Commission car elle contenait des éléments relatifs au comportement, en ce qui concerne notamment la modification de la configuration des zones distinctes qui pourrait être nécessaire afin de tenir compte de l'évolution de l'offre et de la demande d'électricité au fil du temps (para. 96 de la décision). Dans l'affaire *Aspen*, la Commission a décidé que la mesure corrective sous forme de réduction des prix nets d'Aspen s'appliquerait pendant une période de dix ans, avec un réexamen possible après cinq ans. Selon la Commission, un tel engagement de fourniture initial de cinq ans, complété par un engagement supplémentaire de cinq ans, est à la fois proportionné et suffisamment long pour protéger les intérêts des tiers. Ces informations concernant la durée de la période d'application ont été extraites des décisions de la Commission européenne consultées sur son site officiel : [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy\\_area\\_id=3](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3)

<sup>20</sup> [Décision de la Commission européenne \(2004\), affaire COMP-37.792 – Moteur de recherche Google \(Shopping\)](#).

<sup>21</sup> [Communication de la Commission européenne concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE](#), J.O. [2011] C 308/6.

<sup>22</sup> Affaire C-441/07 P, [Commission européenne c. Alrosa Company Ltd](#), ECLI:EU:C:2010:377.

<sup>23</sup> Affaire T-616/18, [Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. \(PGNG\) c. Commission européenne](#), ECLI:EU:T:2022:43.

<sup>24</sup> Cette approche découle du paramètre structure-comportement-résultat, qui prévoit que la structure du marché façonne le comportement des entreprises, lequel détermine à son tour les performances sur le marché.

<sup>25</sup> Il peut s'avérer plus facile de prouver la proportionnalité d'une mesure corrective structurelle si elle est proposée volontairement par l'entreprise elle-même (Loertscher, 2020<sup>[56]</sup>) en référence à la décision de la Commission, affaire AT.39759 – *ARA Verrouillage du marché* (2016).

<sup>26</sup> Toutefois, à mesure que les modèles économiques évoluent, il est nécessaire d'évaluer soigneusement si le cœur de l'activité de l'entreprise a été déplacé afin de s'assurer qu'une fois séparées, les parties principales et auxiliaires resteront viables.

<sup>27</sup> Décision de la Commission du 22 juin 2011, affaire [COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska](#).

<sup>28</sup> Comme expliqué par (Cave, 2006<sup>[59]</sup>), il existe différentes formes de séparation, allant de la séparation comptable à la séparation totale de la propriété. (Kwoka et Valletti, 2021<sup>[28]</sup>) observent que dans les secteurs réglementés, les formes plus douces de réglementation se sont souvent révélées insuffisantes ou inefficaces.

<sup>29</sup> Il est intéressant de noter que les gestionnaires d'infrastructures de télécommunications semblent obtenir de meilleurs résultats que les opérateurs de télécommunications dont elles ont été extraites. Voir par exemple (BCG, 2022<sup>[61]</sup>).

<sup>30</sup> Décision de la Commission européenne, [affaire AT.40394 – Aspen](#).

- <sup>31</sup> Commission européenne (2012), [affaire AT.39654 – Codes d’instruments financiers de Reuters \(RIC\)](#).
- <sup>32</sup> Commission européenne (2005), [affaire COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola](#).
- <sup>33</sup> Commission européenne (2021), [affaire AT.40394 – Aspen](#) ; Commission européenne (2013), [affaires AT.39678 et AT.39731 – Deutsche Bahn I et II](#) ; Conseil français de la concurrence (2020), [décision no 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis](#).
- <sup>34</sup> Commission européenne (2012), [affaire AT.39654 – Codes d’instruments financiers de Reuters \(RIC\)](#).
- <sup>35</sup> Conseil français de la concurrence (2020), [décision no 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis](#) ; Tribunal de la concurrence d’Afrique du Sud (2009), [affaire no 31/CR/May05 – The Competition Commission and Sasol Chemical Industries Ltd](#).
- <sup>36</sup> Commission européenne (2016), [affaire AT.39745 – CDS Information Market](#).
- <sup>37</sup> Voir par exemple (De Moncuit, 2020<sup>[73]</sup>), (OCDE, 2017<sup>[63]</sup>) et (Walker, 2017<sup>[53]</sup>).
- <sup>38</sup> Voir par exemple, les décisions suivantes de la Commission européenne : affaire COMP/A.39.116/B2, *Coca-Cola* (2005) ; affaire COMP/39.386, *Contrats à long terme France* (2010).
- <sup>39</sup> Une périodicité de six mois a été imposée pour faire des rapports dans l’affaire AT.39.654, *Codes d’instruments financiers de Reuters (RIC)* (2012) alors qu’une périodicité de quatre mois a été imposée dans l’affaire AT.39740, *Google Shopping (Moteur de recherche)*.
- <sup>40</sup> Voir par exemple, Commission européenne (2012), [affaire AT.39654 – Codes d’instruments financiers de Reuters \(RIC\)](#), para. 68-72.
- <sup>41</sup> Bien que le guide du CADE sur les mesures correctives en cas d’infraction au droit de la concurrence ne concerne que les opérations de fusion et d’acquisition, il reconnaît que les mesures correctives peuvent également être appliquées aux pratiques anticoncurrentielles.
- <sup>42</sup> [Loi colombienne no 1340 de 2009 relative à la concurrence](#).
- <sup>43</sup> Colombie, [Loi no 2195 de 2022](#).
- <sup>44</sup> Colombie (2022), *Décret n° 092 de 2022 portant modification de la structure de la Surintendance de l’industrie et du commerce et déterminant les fonctions de ses directions* ([Decreto 092 de 2022 por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias](#)).
- <sup>45</sup> Les travaux de recherche sur l’administration publique comportementale explorent les biais cognitifs et décisionnels des bureaucrates. Bien qu’elle ne soit pas encore généralisée, elle a connu une croissance remarquable au cours de la dernière décennie. Voir, par exemple, (Gofen, A. et al, 2021<sup>[76]</sup>).

# Références

- ACCC (2021), *Digital Platform Services Inquiry – September 2021 Report on market dynamics and consumer choice screen in search services and web browsers. Issues Paper*, [62]  
[https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20September%202021%20report%20-%20Issues%20paper\\_0.pdf](https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20September%202021%20report%20-%20Issues%20paper_0.pdf).
- Autorité britannique de la concurrence et des marchés (2015), *Remedies: Guidance on the CMA’s approach to the variation and termination of merger, monopoly and market undertakings and orders*, [25]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/453150/CMA11\\_Remedies\\_Guidance\\_revised\\_August\\_2015.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/453150/CMA11_Remedies_Guidance_revised_August_2015.pdf).
- Autorité de la concurrence (France) (2020), *Décision n° 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis*, [69]  
[https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral\\_texts/2020-04/20-d-06.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2020-04/20-d-06.pdf).
- BCG (2022), « *Telecom, Tower Companies Soared While Operators Struggled* », [61]  
<https://www.bcg.com/publications/2022/tower-companies-soared-while-operators-struggled-in-telcom>.
- Bonakele, T. (2020), « *Remedies in Practice Outside the EU: The Case of South Africa* » in Gerard, D. et A. Komninos (dir. pub.), *Remedies in EU Law. Substance, Process and Policy*, Wolters Kluwer.. [49]
- Bonakele, T. (2020), *Remedies in Practice Outside the EU: The Case of South Africa in Remedies in EU Law. Substance, Process and Policy*, Gerard, D. et A. Komninos (dir. pub.), Wolters Kluwer. [60]
- Botswana Competition and Consumer Authority (2013), *Monopolisation and Abuse of Dominance Guidelines*, [19]  
<https://www.competitionauthority.co.bw/sites/default/files/CCA%20Guidelines%20Abuse%20of%20Dominance.pdf>.
- Busch, C. (2020), *Connecting the Dots: The Art and Science of Creating Good Luck*, Penguin Random House UK. [51]
- Cave, M. (2006), « *Six Degrees of Separation Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation* », *Communications & Strategies*, vol. n° 64, p. 89. [59]

- Choné, P., S. Souam et A. Vialfont (2014), « On the optimal use of commitment decisions under European competition law », *International Review of Law and Economics*, vol. 37, pp. 169-179. [16]
- Citizens Advice (2022), « *One-in-seven customers still paying the loyalty penalty despite cost-of-living crisis* », <https://www.citizensadvice.org.uk/about-us/about-us1/media/press-releases/one-in-seven-customers-still-paying-the-loyalty-penalty-despite-cost-of-living-crisis/>. [75]
- Citizens advice (2020), *The loyalty penalty in essential markets – two years since the super complaint*, <https://www.citizensadvice.org.uk/about-us/our-work/policy/policy-research-topics/consumer-policy-research/consumer-policy-research/the-loyalty-penalty-in-essential-markets-two-years-since-the-super-complaint/>. [64]
- Commission européenne (2018), *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_4581). [42]
- Commission européenne (2017), *Economic impact of competition policy enforcement on the functioning of telecom markets in the EU*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5a579e1c-969e-11e7-b92d-01aa75ed71a1>. [48]
- Commission européenne (2009), *Abus de position dominante : la Commission accepte les engagements proposés par Microsoft pour permettre aux utilisateurs de choisir leur navigateur web*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_09\\_1941](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_09_1941). [41]
- Commission sud-africaine de la concurrence (2017), *The impact on competition in the fertiliser industry after the Sasol divestiture of blending facilities in 2010*, <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2017/11/CC-2017-01-Grimbeek-S.-Giya-G.-Mahlalela-Q-2017-The-impact-on-competition-in-the-fertiliser-industry-after-the-Sasol-divestiture-of-blending-facilities-in-2010.pdf>. [50]
- Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni (2021), *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8 (Updated December 10, 2021)*, <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases#fnref:97>. [8]
- Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni (2019), *Merger remedy evaluations. Report on case study research*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/811252/Merger\\_remedy\\_evaluations\\_2019.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/811252/Merger_remedy_evaluations_2019.pdf). [35]
- Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume Uni (2018), *Merger Remedies*, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>. [20]
- Conseil administratif de la défense économique (CADE) du Brésil (2021), *Guide to Antitrust Remedies*, <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/guidelines/GuideRemdiosAntitrusteEN.pdf>. [67]
- Cosnita-Langlais, A. et J. Tropeano (2022), « Learning by litigating: An application to antitrust commitments », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 80. [17]

- De Moncuit (2020), « *Relevance and shortcomings of behavioural economics in antitrust deterrence* », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol 11, Issue 5-6, pp. 228–237., <https://academic.oup.com/jeclap/article/11/5-6/228/5816282>. [73]
- Feasey, R. et J. Krämer (2019), *Implementing Effective Remedies for Anti-competitive intermediation bias on vertically-integrated platforms (CERRE Report)*, [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/cerre\\_report\\_intermediation\\_bias\\_remedies.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/cerre_report_intermediation_bias_remedies.pdf). [66]
- Fletcher, A. (2019), « The EU Google Decisions: Extreme Enforcement or the Tip of the Behavioural Iceberg », *CPI Antitrust Chronicle*, <https://www.behavioural-science.ac.uk/documents/cpi-fletcher.pdf>. [38]
- Fletcher, A. (2016), *The Role of Demand-Side Remedies in Driving Effective Competition: A Review for Which?*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, [https://www.regulation.org.uk/library/2016-CCP-Demand\\_Side\\_Remedies.pdf](https://www.regulation.org.uk/library/2016-CCP-Demand_Side_Remedies.pdf). [39]
- Gautier, A. et N. Petit (2018), « *Optimal enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty* », *European Journal of Law and Economics*, pp. 195-224., <https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-018-9578-7>. [74]
- Geradin, D. et E. Mattioli (2017), « The Transactionalization of EU Competition Law: A Positive Development », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8/10, pp. 634-642. [12]
- Gerard, D. et A. Komninos (2020), « *Remedies in EU. Competition Law: Substance, Process and Policy* », *Wolters Kluwer*. [72]
- Global Competition Review (GCR) (2021), « Non-structural remedies », *Global Competition Review*, <https://globalcompetitionreview.com/guide/the-guide-merger-remedies/fourth-edition/article/non-structural-remedies>. [37]
- Gofen, A. et al (2021), « *Behavioural governance in the policy process: introduction to the special issue* », *Journal of European Public Policy*, vol. 28, no. 5., <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1912153>. [76]
- Hellström, P. et F. Maier-Rigaud (2009), « Remedies in European Antitrust Law », *Antitrust Law Journal*, *American Bar Association*, pp. 43-63. [58]
- Hesseling, D. et T. Vermuelen (2011), « *Access to Networks Through Competition Law: The Case of KPN – Reggefiber* », *Network Industries Quarterly*, vol. 13, n° 1, pp. 14-16.. [47]
- Hoppner, T. (2020), *Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision. A study based upon empirical data of 25 comparison shopping services.*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3700748](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3700748). [57]
- House of Lords du Royaume-Uni (2016), « *Online Platforms and the Digital Single Market* », *10th Report of Session 2015-16, paras. 188 et 191*, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf> (consulté le 4 September 2022). [11]
- Hyman, D. (2015), « *Search bias and the limits of antitrust: An empirical perspective on remedies* », *Jurimetrics*.. [44]

- Japan Fair Trade Commission (JFTC) (2018), *Policies Concerning Commitment Procedure*, [65]  
[https://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/antimonopoly\\_rules\\_files/policies\\_concerning\\_commitment\\_procedures.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/antimonopoly_rules_files/policies_concerning_commitment_procedures.pdf).
- Jenny, F. (2015), « *Worts Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in Context and the future of Commitment Decisions* », *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n° 3), pp. 701-770.. [26]
- Khan, L. (2019), « The Separation of Platforms and Commerce », *Columbia Law Review*, [32]  
 vol. 119/4, pp. 973-1098, [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2789/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2789/).
- Kovacic, W. (1999), « Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct' », [21]  
*Connecticut Law Review*.
- Kwoka, J. et T. Valletti (2021), « Unscrambling the eggs: breaking up consummated mergers and dominant firms », *Industrial and Corporate Change*, vol. 30, pp. 1286-1306. [28]
- Landes, W. et R. Posner (1976), « Legal precedent: a theoretical and empirical analysis », *The Journal of Law & Economics*, vol. 19/2, pp. 249-307. [14]
- Loertscher, B. (2020), « *On the Consistency of the European Commission's Remedies Practice* » in Garard, D. et A. Komninos (dir. pub.), *Remedies in EU Competition Law*, Wolter Kluwer. [56]
- Lowe, P. et M. Marquis (dir. pub.) (2014), *Negotiated Remedies in the Modernization Era: The Limits of Effectiveness*, Hart Publishing. [9]
- Maier-Rigaud, F. et B. Loertscher (2020), « Structural vs. behavioural remedies », *CPI Antitrust Chronicle*, [36]  
[https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2020/PUB\\_CPI\\_Remedies.pdf](https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2020/PUB_CPI_Remedies.pdf).
- Makris, S. (2020), *Responsive Antitrust: A study of commitment decisions of Art. 9 Regulation 1/2003*, PhD thesis, Institut universitaire européen. [7]
- Malaysia (2010), *Competition Act 2010 (As of August 15, 2016), Article 43. Power to accept undertaking*, <https://www.mycc.gov.my/sites/default/files/Competition%20Act%202010%20-%2022092020.pdf>. [4]
- Mariniello (2014), « Commitments or Prohibitions? The EU Antitrust Dilemma », *Bruegel Policy Brief* 2014/01. [10]
- Marquis, M., P. Lowe et G. & Monti (2016), *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law*, Hart. [55]
- Marsden, P. (2020), « *Google Shopping for the Empress's New Clothes – When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)* », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, n° 10, pp. 553-560., <https://academic.oup.com/jeclap/article/11/10/553/5906456>. [54]
- McKinsey (2020), *Can telcos create more value by breaking up?*, [33]  
<https://www.mckinsey.com/industries/technology-media-and-telecommunications/our-insights/can-telcos-create-more-value-by-breaking-up>.

- Monti, G., Marquis, M. et P. Lowe (2016), *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law (in particular Part I.2 on Effective Remedies, pp. 85-230)*, Bloomsbury USA.. [68]
- OCDE (2022), *Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges*, [30]  
<http://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges-2022.pdf>.
- OCDE (2022), *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement – Note by Brazil*, [40]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2022\)53/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2022)53/en/pdf).
- OCDE (2022), *Interactions between competition authorities and sector regulators*, [46]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/interactions-between-competition-authorities-and-sector-regulators-2022.pdf>.
- OCDE (2022), *Interim Measures in Antitrust Investigations*, [52]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm>.
- OCDE (2022), *OECD Competition Trends 2022*, [1]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>.
- OCDE (2021), *Asia-Pacific Competition Law Enforcement Trends*, [2]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-asia-pacific-competition-law-enforcement-trends-2021.pdf>.
- OCDE (2021), *Recommandation sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*, [22]  
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0465>.
- OCDE (2019), *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*, [13]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>.
- OCDE (2019), *The divestiture of assets as a competition remedy. Stocktaking of international experiences*, [24]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>.
- OCDE (2018), *Designing and Testing Effective Consumer-Facing Remedies*, [6]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)2/en/pdf).
- OCDE (2017), « Use of Behavioural Insights in Consumer Policy », *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n° 36, Éditions OCDE, Paris, [63]  
<https://doi.org/10.1787/c2203c35-en>.
- OCDE (2016), *Antitrust Settlements: The culture of consent*. [18]
- OCDE (2016), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, [71]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm>.
- OCDE (2016), *Commitment decisions in the Japanese context*, [70]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)54/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)54/en/pdf).
- OCDE (2016), *Décisions d'engagements dans les affaires de concurrence*, [5]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/fr/pdf).

- OCDE (2011), *Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0310>. [31]
- OCDE (2006), *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, <https://www.oecd.org/daf/competition/38623413.pdf>. [3]
- Ostrovsky, M. (2021), *Choice Screen Auctions*, Stanford University. [43]
- Pisarkiewicz, A. (2018), *Margin Squeeze in the Electronic Communications Sector: Critical Analysis of the Decisional Practice and Case Law*, Wolter Kluwer., <http://hdl.handle.net/1814/62565>. [29]
- Schweitzer (2012), « *Judicial Review in EU Competition Law* », in Geradin, D. et I. Lianos (dir. pub.), *Research on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, <https://ssrn.com/abstract=2129147>. [27]
- Stones, R. (2019), « Commitment Decisions in EU Competition Enforcement: Policy Effectiveness v. the Formal Rule of Law », *Yearbook of European Law*, vol. 38/1, pp. 361-399. [15]
- Sullivan, E. (2003), « Antitrust remedies in the U.S. and EU: advancing a standard of proportionality », *The Antitrust Bulletin*, vol. Summer, pp. 377-425. [23]
- U.S. Department of Justice (DoJ) (2020), *Merger Remedies Manual*, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>. [34]
- U.S. Department of Justice (DoJ) (2018), « *Remarks of Assistant Attorney General Makan Delrahim at Competition and Deregulation Roundtable #2* », p. 6., <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1057841/download> (consulté le 4 September 2022). [45]
- Walker, M. (2017), « « Behavioural economics: the lessons for regulators », *European Competition Journal*, vol. 13, n ° 1, pp. 1-27 », <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1298338>. [53]