

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

**Résumé de la table ronde sur les régimes de protection et les présomptions légales
dans le droit de la concurrence**

**Annexe au compte rendu succinct de la 128^e réunion du Comité de la concurrence tenue les
5-6 décembre 2017**

5 décembre 2017

Le résumé du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des discussions tenues le 5 décembre 2017 au titre du point 4 de l'ordre du jour de la 128^e réunion du Comité de la concurrence.

D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse :
www.oecd.org/daf/competition/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Pedro Caro de Sousa.
[téléphone : +(33-1) 85 55 64 49 -- courriel : pedro.carodesousa@oecd.org]

JT03438184

Résumé

établi par le Secrétariat¹

Considérant le contenu des discussions ayant eu lieu lors de la table ronde organisée par le Comité de la concurrence le 5 décembre 2017, les contributions des délégués, les présentations des membres du panel et la note de référence du Secrétariat, plusieurs points essentiels ont été dégagés :

1. Les régimes de concurrence sont confrontés à un problème difficile : faire en sorte à la fois que les décisions d'application soient correctes et que les mécanismes permettant d'aboutir à de telles décisions ne soient pas trop coûteux. Les présomptions et les régimes de protection jouent un rôle important pour parvenir à concilier ces deux objectifs.

Les régimes de concurrence doivent trouver un équilibre entre, d'une part, l'exactitude qu'une analyse économique détaillée permet et, d'autre part, la certitude juridique et la visibilité pour les entreprises que des règles claires peuvent apporter. La théorie de la décision offre un cadre permettant de trouver un tel équilibre. Elle identifie plusieurs coûts qu'un système juridique devrait chercher à réduire au minimum : les coûts liés aux erreurs et les coûts d'application. Elle met également en évidence deux types de règles qui limitent chaque type de coûts. Les règles discriminantes (qui définissent clairement les comportements autorisés et interdits) réduisent les coûts d'application, mais peuvent engendrer des coûts importants en cas d'erreur, et les normes (qui sont plus vagues que les règles et fixent généralement une référence, plus difficile à mesurer, comme le bien-être du consommateur) requièrent une analyse approfondie, ce qui limite le coût lié aux erreurs, mais augmente les coûts d'application.

Les systèmes de concurrence sont passés de l'utilisation de règles discriminantes formelles à celles des normes de preuve supposant une analyse économique approfondie. Cette évolution a permis de faire diminuer les coûts liés aux erreurs et en particulier ceux engendrés par les faux positifs. Toutefois, le recours accru à des analyses économiques complexes soulève la question suivante : y a-t-il un stade où l'efficacité décroît, c'est-à-dire un stade où l'augmentation des coûts d'application ne compense plus l'avantage généré par la réduction des coûts liés aux erreurs ? Il pourrait exister un stade où il serait nécessaire d'adopter des approches structurées et de s'appuyer sur des présomptions et sur la charge de la preuve pour permettre une bonne application du droit de la concurrence.

2. Les régimes de concurrence font usage d'un certain nombre de présomptions et de régimes de protection qui visent à garantir la simplicité d'administration du droit de la concurrence. Ces présomptions et ces régimes de protection facilitent le respect de la loi et rendent son application plus prévisible et plus fiable.

Les présomptions peuvent avoir plusieurs sources (législation, principes directeurs ou jurisprudence), être de différents types (présomptions de procédure, factuelles et juridiques) et leur poids peut être variable (présomptions réfragables et irréfragables). Les

¹ Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. Il rend compte des points essentiels qui se sont dégagés des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde ainsi que des contributions écrites, des présentations des experts membres du panel et de la note de référence du Secrétariat.

présomptions — et leur degré de force probante — reflètent les inférences tirées par les systèmes juridiques quant à l'effet probable et au traitement adéquat de faits précis rencontrés dans le cadre de procédures portant sur des affaires de concurrence. En cela, elles rendent les analyses économiques approfondies inutiles dans certains cas et par là, réduisent les coûts d'application et limitent le risque d'erreur.

Pour cette même raison, le droit de la concurrence utilise également des régimes de protection. Les régimes de protection sont des mécanismes qui rendent plus difficile l'établissement de la responsabilité des entreprises en ce qui concerne certains comportements. Les régimes de protection peuvent certes aboutir à des acquittements à tort, mais on considère généralement qu'un acquittement à tort est moins coûteux qu'une condamnation à tort d'un comportement proconcurrentiel. Afin de réduire au minimum les possibilités d'erreur, les régimes de protection peuvent être réfutés dans de nombreux cas par une analyse détaillée du marché.

3. Il existe différentes catégories de présomptions légales dans le monde, mais toutes reposent sur les mêmes justifications, à savoir l'expérience, la théorie économique, la proximité de la preuve et l'objectif de garantir la simplicité de l'administration du droit de la concurrence. Ces dernières années, les présomptions ont changé de manière à tenir compte des enseignements de la théorie économique et de l'expérience acquise par les autorités de contrôle.

Les présomptions reposent sur les mêmes justifications : l'expérience, la théorie économique, la proximité de la preuve et la simplicité d'application. Il est toutefois consensuellement établi que la simplicité d'application ne suffit pas en soi à justifier l'adoption d'une présomption.

De nombreuses juridictions ont cessé d'utiliser les présomptions d'illégalité et les ont remplacées par des analyses économiques détaillées. Ce changement reflète l'idée selon laquelle les présomptions constituent des outils pratiques qui visent à obtenir des résultats exacts. Or, dans de nombreuses situations, une analyse des effets particuliers du comportement examiné est nécessaire pour parvenir à de tels résultats. Cependant, certaines présomptions sont très difficiles à réfuter dans la pratique, ce qui peut conduire à des erreurs indues. Pour trouver un équilibre approprié entre coûts d'application et coûts liés aux erreurs, il peut être judicieux de recourir à des présomptions tout en veillant à ce qu'elles puissent être réfutées par des éléments prouvant que le comportement n'est pas anticoncurrentiel.

4. Bien qu'elles soient étayées par des justifications similaires, la définition des présomptions légales et des régimes de protection fait apparaître des différences entre régimes d'application.

Le recours aux présomptions peut dépendre du mécanisme de contrôle applicable aux enquêtes en matière de concurrence. Ainsi, une décision administrative fait généralement l'objet d'un contrôle juridictionnel, ce qui signifie que l'autorité sera probablement traitée avec plus de sévérité en cas de faux positif (soumis au contrôle juridictionnel) que de faux négatif (seulement soumis au contrôle social ou politique). Cela signifie que la priorité de l'autorité lorsqu'elle fait appliquer le droit de la concurrence n'est pas de limiter les coûts liés aux erreurs, mais les coûts des faux positifs. Dans de telles circonstances, la norme de preuve est liée à la norme de contrôle — et l'instauration d'une nouvelle présomption ou d'un nouveau régime de protection est optimale si le coût marginal de l'obtention d'informations supplémentaires est égal à l'augmentation de la probabilité que la décision soit infirmée par un tribunal.

Par conséquent, l'ampleur du contrôle juridictionnel influe sur la définition des présomptions et des régimes de protection. En outre, la règle permettant d'instaurer une présomption ou un régime de protection de façon optimale peut être différente dans les systèmes où la décision constatant une infraction est prise par un tribunal. Par conséquent, même si la probabilité d'erreur et les coûts des enquêtes sont semblables d'une juridiction à l'autre, la définition de règles légales (comme les présomptions et les régimes de protection) varie selon l'ampleur du contrôle juridictionnel et les grands principes du régime d'application. Dans la pratique, les présomptions légales de responsabilité et les régimes de protection reflètent nécessairement les différences entre juridictions en matière de capacité d'application ainsi que le montant des coûts probables liés à leur application et aux erreurs. Cela donne lieu à des présomptions légales et à des régimes de protection différents alors que les juridictions s'appuient sur les mêmes justifications.

5. Les présomptions et les régimes de protection n'ont pas pour seule conséquence pratique de faciliter ou d'entraver l'établissement de la preuve qu'un comportement est anticoncurrentiel. Ils peuvent également présenter un intérêt pour définir les priorités en matière d'application, structurer les enquêtes et faire en sorte que les procédures judiciaires restent gérables.

La décision d'enquêter sur certains comportements d'entreprises résulte de certains a priori quant à la probabilité qu'un comportement soit favorable ou défavorable à la concurrence. Un certain nombre de juridictions expliquent que les présomptions légales les aident à déterminer les affaires sur lesquelles mener une enquête et qu'elles sont donc utiles pour définir les priorités en matière d'application.

En outre, les informations sont collectées les unes après les autres dans une enquête. La nature et l'étendue des informations recueillies sont liées aux présomptions légales et aux régimes de protection que l'instance chargée de l'enquête devra examiner pour prouver une infraction. Plusieurs juridictions soulignent qu'elles essaient de procéder par étape de façon à pouvoir obtenir des informations pertinentes et déterminantes dès les premiers stades de l'enquête et que les présomptions et les régimes de protection peuvent être utilisés pour s'assurer que les parties communiquent aux autorités de la concurrence toutes les informations pertinentes dès le début de l'enquête.

Enfin, il peut être nécessaire de recourir à des présomptions et à des régimes de protection pour que les procédures judiciaires en matière de concurrence restent gérables.

6. Les juridictions partout dans le monde ont une vaste expérience de l'application des présomptions et des régimes de protection. Dans la pratique, on distingue généralement les présomptions et les régimes de protection établis aux fins de l'application du droit de la concurrence et ceux applicables dans le cadre du contrôle des fusions.

Les présomptions sont souvent utilisées dans l'application du droit de la concurrence — pour définir à la fois les activités d'application prioritaires et les mesures d'application. Parmi les présomptions examinées durant cette session figurent la présomption d'innocence, les présomptions d'effet anticoncurrentiel des ententes injustifiables et certains types d'échange d'informations, les présomptions établies en fonction d'un seuil de parts de marché (qui sont utilisées à la fois pour faciliter la mise en évidence d'une position dominante et pour déterminer les situations relevant d'un régime de protection) et les présomptions de responsabilité de la société mère. Quant aux régimes de protection étudiés durant la session, il s'agit notamment de la doctrine de l'entité économique distincte dans le contexte des comportements collusoires ; des règles de légalité en soi et des

exemptions par catégorie qui soustraient certains comportements ou certains secteurs économiques à la surveillance des autorités de la concurrence.

Le contrôle des fusions utilise également des présomptions et des régimes de protection pour évaluer l'effet d'une transaction sur la structure du marché ou pour décider de soumettre une fusion à un examen simplifié ou non. Ces présomptions et ces régimes de protection figurent généralement dans les lignes directrices publiées par l'autorité de la concurrence. Le degré de force probante de ces présomptions et de ces régimes de protection est variable. En règle générale, les fusions qui entrent dans le champ d'application des régimes de protection prévus par les lignes directrices peuvent malgré tout faire l'objet d'une enquête supplémentaire. En effet, il est communément admis que la taille de l'entreprise et la concentration du marché ne constituent que le point de départ d'une analyse d'ensemble de la concurrence visant à déterminer si une fusion doit être interdite ou non.