

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

**Compte rendu 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

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé des discussions tenues le 5 décembre 2017 lors 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]

JT03438185

Compte rendu de la table ronde

établi par le Secrétariat

1. Introduction

Le président ouvre la session et fixe l'objectif de la table ronde : examiner le rôle des règles et des présomptions dans l'application du droit de la concurrence. La difficulté consiste à parvenir à 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. Le président distingue ensuite deux grands types de règles qui sont le reflet de cette tension : les règles discriminantes et les normes. Puis, il présente la théorie de la décision qui offre un cadre permettant de choisir entre différents types de règles. Cette théorie recense un certain nombre de coûts qu'un système juridique devrait chercher à réduire autant que possible : les coûts des erreurs et les coûts d'application. Les règles discriminantes réduisent les coûts d'application mais peuvent engendrer des coûts importants en cas d'erreur et les normes requièrent une analyse approfondie, ce qui limite les coûts liés aux erreurs mais augmente les coûts d'application. Dans la pratique, les juridictions adoptent un certain nombre de mécanismes juridiques entre ces deux extrêmes de façon à réduire au minimum les coûts globaux.

Avant de commencer les discussions, le président explique que la session s'articulera autour de quatre thèmes : (1) la théorie de la décision et la conception des règles ; (2) les différents types de présomptions et de régimes de protection ; (3) leurs sources et leurs raisons d'être ; et (4) leurs applications pratiques.

2. Théorie de la décision et conception des règles

Le président présente les intervenants : M. Andrew Gavil, professeur de droit à la Howard University (États-Unis), M. David Bailey, professeur invité au King's College London (Royaume-Uni) et M. Damien Neven, professeur d'économie internationale à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève (Suisse).

Il invite ensuite le Secrétariat à situer le contexte de la table ronde. Le **Secrétariat** décrit brièvement la note de référence et recense les principales difficultés rencontrées par les juridictions partout dans le monde pour définir des règles d'application du droit de la concurrence efficaces.

Le Président remercie le Secrétariat et demande à **M. Gavil** de présenter son exposé. M. Gavil explique que les systèmes de concurrence recourent de plus en plus à des analyses économiques et se démarquent des anciens systèmes reposant sur des règles formelles qui ont été jugées trop dissuasives. Le recours accru aux analyses économiques réduit les coûts liés aux erreurs, en particulier aux faux positifs. Mais M. Gavil se demande s'il existe un stade où l'efficacité décroît, c'est-à-dire un stade où les coûts que suppose l'obtention d'informations supplémentaires ne compensent plus l'avantage généré par la réduction des coûts liés aux erreurs. Il montre ensuite en quoi les analyses structurées, qui réduisent l'impact et les coûts de l'analyse économique, pourraient témoigner de l'existence d'un tel phénomène. À la lumière de ces éléments et compte tenu des coûts d'application (engendrés

par la collecte d'informations, les analyses et les désaccords justifiés), il pourrait être préférable d'adopter une approche probabiliste de la prise de décision concernant l'effet éventuel de certains comportements d'entreprises plutôt que de chercher à réduire le plus possible les coûts liés aux erreurs. À cet égard, le recours à des présomptions et à la charge de la preuve revêt une importance cruciale — tout comme le degré de force probante de ces présomptions. M. Gavil distingue également la présomption d'innocence et la présomption de comportement anticoncurrentiel et explique en quoi cette différence peut justifier l'adoption de règles différentes en ce qui concerne les éléments d'appréciation, d'une part, et la charge de la preuve et la persuasion, d'autre part.

3. Types de présomptions légales et de régimes de protection

Le **président** passe à la discussion sur les différents types de règles et de présomptions légales dans le droit de la concurrence et demande à M. Bailey de présenter son exposé sur la question.

M. Bailey explique que les présomptions peuvent avoir plusieurs sources (législation, principes directeurs ou jurisprudence), être de types différents (présomptions de procédure, factuelle et juridique) et leur poids peut être variable (présomptions réfragables et irréfragables). Trois grandes justifications permettent habituellement l'adoption d'une présomption : l'expérience, la théorie économique et la simplicité d'application. S'agissant de cette dernière justification, M. Bailey souligne qu'elle ne suffit pas à fonder l'adoption d'une présomption. Les présomptions changent au cours du temps. Les présomptions actuelles sont appelées à couvrir de nouveaux cas de figure et devront être actualisées (comme les présomptions reposant sur un seuil de parts de marché et leurs degrés de force probante) et de nouvelles présomptions apparaîtront. Enfin, M. Bailey souligne qu'il est important que les présomptions soient réfragables tant en théorie qu'en pratique.

Le **président** invite la **Lituanie**, dont la contribution répertorie de nombreux types de présomptions, à s'exprimer. La Lituanie explique qu'elle a cessé d'utiliser des présomptions dans le cas des comportements monopolistiques, car elle estime que les présomptions sont des outils pratiques qui doivent aider l'autorité à identifier un comportement anticoncurrentiel et non à sanctionner les grandes entreprises plus facilement. Le **président** demande si une présomption inutilisée est réellement préjudiciable. La **Lituanie** répond que l'existence de présomptions inutilisées peut nuire à la communication vis-à-vis du grand public concernant les activités de l'autorité de la concurrence et accroître les pressions auxquelles une agence peut être soumise.

La **Corée** décrit alors plusieurs de ses présomptions. En particulier, d'après la loi coréenne sur la concurrence, il y a présomption de position dominante dans les cas suivants : 1) la part de marché d'une entreprise est supérieure ou égale à 50 % ; ou 2) la part de marché cumulée de deux ou trois entreprises est supérieure ou égale à 75 % (en excluant les entreprises dont la part de marché est inférieure à 10 %). Ces présomptions ne s'appliquent pas aux entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 4 milliards de won. La Corée présente également une affaire où l'autorité de la concurrence a considéré trois entreprises distinctes comme une seule et même entité économique. Mais, les tribunaux ont estimé que cette interprétation était erronée et, qu'il n'y avait donc pas de position dominante. La Corée explique que les présomptions de position dominante peuvent en théorie être réfutées dès lors qu'existent des preuves économiques concluantes, mais cela ne s'est jamais produit dans la pratique.

Le **président** demande alors à **M. Bailey** quel devrait être le rôle des autorités de la concurrence en ce qui concerne les présomptions. M. Bailey explique que les autorités sont susceptibles d'avoir une influence sur l'évolution des présomptions, mais que les tribunaux ont également un rôle crucial à jouer. C'est pourquoi il est important que les juges veillent à se familiariser avec l'origine et la raison d'être de chaque présomption afin de déterminer si une présomption devrait être utilisée et comment.

Le **Mexique** explique comment il utilise les parts de marché et les indices de concentration pour définir des régimes de protection. Ainsi, il existe au Mexique des règles spécifiques applicables aux fusions dans les secteurs des télécommunications et de la diffusion audiovisuelle. Une fusion n'est pas considérée comme susceptible de diminuer la concurrence lorsque l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH) ou la variation de l'IHH après la fusion (ΔIHH) remplissent l'une des conditions suivantes : (1) $\text{IHH} \leq 2\,000$; (2) $2\,000 < \text{IHH} \leq 3\,000$ et $\Delta\text{IHH} \leq 150$; (3) $\text{IHH} > 3\,000$ et $\Delta\text{IHH} \leq 100$. Même si l'une de ces conditions est respectée, l'Institut fédéral des télécommunications peut toujours mener une enquête approfondie sur une opération de fusion, par exemple lorsque la société acquise est un franc-tireur. Le Mexique décrit ensuite l'usage qui est fait des régimes de protection dans tous les secteurs, notamment pour exempter les parties de l'obligation de notifier une fusion. Il explique également qu'un régime de protection applicable aux fusions dans le secteur des télécommunications s'est avéré inadapté pour prévenir une concentration nuisible du marché.

L'**Argentine** fait part de l'expérience de son autorité de la concurrence dans ses rapports avec la classe politique, en particulier dans le cadre du récent débat sur l'inscription d'une présomption légale de position dominante dans le droit de la concurrence. Plusieurs membres du Congrès ont proposé d'instaurer un seuil de présomption de position dominante de 40 % lors de l'examen du projet de loi sur la concurrence par le Parlement. Cette présomption n'a finalement pas été inscrite dans la loi, en partie sous l'effet des pressions exercées par l'autorité de la concurrence. L'Argentine fait remarquer qu'il est difficile d'expliquer les risques des faux positifs aux responsables politiques.

La **Lettonie** présente les présomptions de responsabilité prévues par le droit letton. Ces présomptions sont majoritairement des présomptions simples et elles peuvent également permettre d'engager des actions en dommages-intérêts. Elles ont pour objectif d'accroître l'effet dissuasif du droit de la concurrence et sont globalement efficaces. On peut citer, par exemple, la présomption de responsabilité de la société mère, qui s'est révélée utile pour limiter les stratagèmes des entreprises coupables d'infractions pour échapper à l'amende.

M. Bailey souligne que les présomptions de responsabilité de la société mère sont réfragables en Europe, mais difficiles à réfuter dans la pratique. Il serait souhaitable de donner des orientations claires sur les moyens de réfuter ces présomptions, comme dans le cas de la présomption qui considère comme membre d'une entente tout participant à une réunion où sont abordées des questions concernant une entente.

La **Turquie** explique que son droit distingue les présomptions de fond irréfragables (relatives aux ententes) et les présomptions de preuve qui relèvent de la charge de la preuve.

La **Belgique** axe son intervention sur les régimes de protection applicables aux fusions. Elle explique que ces derniers ont forcé l'autorité belge à s'appuyer sur des dispositions relatives aux abus de position dominante pour essayer de contrôler les fusions qui ne relevaient pas de sa compétence. En particulier, d'après les règles de contrôle des fusions prévues dans la loi belge sur la concurrence, l'autorité de la concurrence ne peut empêcher une fusion lorsque les entreprises concernées contrôlent au plus 25 % d'un marché

pertinent (horizontal ou vertical). Elle peut toutefois engager des poursuites si l'opération n'est pas soumise à une obligation de notification à condition de pouvoir mettre en évidence un abus indépendamment de la simple concentration.

Le **BIAC** met l'accent sur l'importance des présomptions et des règles dans l'application du droit de la concurrence. Cependant, la dimension de diligence raisonnable doit également être prise en compte. Il existe un risque important de faux positifs découlant des présomptions d'illégalité. Les régimes de protection engendrent également des risques d'erreurs, mais ces risques sont généralement plus faibles. De ce fait, il est très important que le recours à des présomptions légales n'empêche pas de mener un contrôle juridictionnel approprié.

4. Source des présomptions légales et des régimes de protection

Le **président** passe à la discussion sur les sources des présomptions légales et des régimes de protection.

M. Neven présente l'économie des présomptions légales dans le droit de la concurrence. Il décrit les présomptions en utilisant la théorie de Bayes : les présomptions seraient des propositions énonçant qu'il est probable que quelque chose soit vrai si un autre fait se produit. Il estime que les présomptions devraient être différentes selon le système d'application et qu'au-delà de la recherche d'une application optimale, il faudrait également s'intéresser aux effets de dissuasion.

Il présente un cadre reposant sur l'idée selon laquelle une autorité de la concurrence est une entité qui tient compte des informations les unes après les autres et qui a certains a priori quant à la probabilité qu'un comportement soit favorable ou défavorable à la concurrence, ce qui est relativement utile pour réfléchir à la façon optimale de mener les enquêtes ou les examens de contrôle des fusions. La raison pour laquelle une autorité de la concurrence effectue une enquête détaillée est que sa décision fera 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 l'objectif des autorités de la concurrence n'est pas de réduire au minimum les seuls coûts liés aux erreurs, mais de limiter autant que possible les coûts des faux positifs. Autrement dit, la norme de preuve est liée à la norme de contrôle — et que l'instauration d'une nouvelle présomption ou d'un nouveau régime de protection est optimale si le coût marginal de nouvelles informations est égal à l'augmentation de la probabilité que la décision soit infirmée par un tribunal. Les présomptions légales doivent en tenir compte dans la pratique.

Le **président** se tourne alors vers les délégations pour savoir comment les pays ont relevé le défi que constitue la définition de règles et de présomptions légales qui facilitent l'application du droit de la concurrence.

L'**Union européenne** recense un certain nombre de *justifications* des présomptions légales : expérience, éléments probants antérieurs, efficacité et proximité des preuves. L'UE souligne que les présomptions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans l'application du droit de la concurrence étant donné que certains comportements anticoncurrentiels sont secrets et que les enquêtes mettent en jeu un très grand nombre d'éléments. Ce rôle s'explique aussi par l'importance du facteur temps dans les affaires de concurrence : il est nécessaire d'agir rapidement pour atténuer les effets d'un

comportement anticoncurrentiel et offrir une sécurité juridique aux entreprises. L'utilisation des présomptions permet également de poursuivre plus d'affaires.

La **Roumanie** explique comment elle a utilisé une enquête auprès de consommateurs pour définir une présomption concernant la définition du marché dans le commerce de détail. À partir des résultats de cette enquête, l'autorité roumaine de la concurrence devrait à l'avenir s'intéresser aux marchés pertinents suivants : (1) si la cible est un magasin de proximité (moins de 400 m²), la définition du marché englobera les magasins de proximité situés à moins de 10 minutes à pied et les grands magasins (plus de 400 m²) situés à moins de 10 minutes en voiture de la cible ; (2) si la cible est un grand magasin, la définition du marché inclura tout type de magasin situé à moins de 10 minutes en voiture du magasin cible.

Le **Japon** présente la récente modification de ses lignes directrices sur les restrictions verticales et le contrôle des fusions. Par exemple, les lignes directrices établissent des régimes de protection applicables à certaines restrictions verticales (comme les restrictions sur les transactions avec des concurrents) lorsque la part de marché d'une entreprise est « inférieure ou égale à 20 % ». D'autres comportements, comme les prix de revente imposés, ne font l'objet d'aucun régime de protection. Les lignes directrices révisées relèvent le seuil de part de marché nécessaire pour instaurer un régime de protection, initialement « égal à 10 % ou moins », car il a été affirmé que son champ d'application était trop restrictif pour les entreprises. Le Japon fait également remarquer qu'il analyse les effets anticoncurrentiels des différents types de comportements, ses propres décisions et les lignes directrices adoptées par d'autres juridictions dans le cadre de leurs réformes.

Le **Portugal** explique l'évolution des présomptions dans son droit de la concurrence. Auparavant formelles, elles intègrent désormais les enseignements économiques récents, en partie sous l'effet du processus entrepris par l'Union européenne pour moderniser le droit de la concurrence et adopter une « approche plus économique ». Le Portugal présente un exemple de fusion dans lequel l'autorité, qui aurait pu recourir à des présomptions fondées sur les parts de marché, a décidé de mener une analyse économique plus approfondie.

L'**Union européenne** souligne qu'en raison des incertitudes, la prise de décision dans le droit de la concurrence est souvent probabiliste et que les présomptions peuvent s'avérer utiles dans un tel contexte. **M. Bailey** indique que les affaires touchant à la concurrence mettent tout autant en jeu un très grand nombre d'éléments que de nombreuses affaires commerciales dans d'autres domaines. Cette complexité engendre des incertitudes quant à la légalité de certains comportements. L'existence de ces incertitudes ne justifie pas en soi l'adoption de présomptions — en revanche, elle peut justifier la réalisation d'une analyse encore plus rigoureuse et détaillée.

5. Application des présomptions légales et des régimes de protection dans la pratique

Un certain nombre de pays interviennent pour décrire les effets des présomptions légales et des régimes de protection sur les actions d'application au-delà de la détermination factuelle des affaires individuelles.

Le **Royaume-Uni** explique que l'autorité de la concurrence fait usage de son pouvoir discrétionnaire pour soustraire une fusion à une enquête détaillée au titre d'un renvoi lorsqu'elle estime que l'importance du marché ou des marchés au(x)quel(s) s'applique l'obligation de renvoi est insuffisante pour justifier un tel renvoi. Cette exception a été

instaurée afin de pouvoir éviter les renvois pour lesquels les coûts engendrés par l'analyse seraient disproportionnés par rapport à la taille des marchés concernés. Le Royaume-Uni explique ensuite comment ont été adoptées les lignes directrices applicables aux fusions *de minimis* reposant sur une analyse coût-avantages.

La **Suède** présente son usage des présomptions pour classer par ordre de priorité les enquêtes portant sur des accords verticaux. Il existe différentes présomptions et le classement par ordre de priorité repose sur le préjudice qu'un comportement peut causer aux consommateurs. Elle décrit alors l'affaire 13:e Protein Import concernant les prix de revente imposés traitée par l'autorité suédoise de la concurrence en 2013. Il existait une présomption que le comportement de cette entreprise était illégal, mais l'autorité a décidé de ne pas affecter de ressources à l'ouverture d'une enquête, car il était peu probable que ledit comportement entraîne un préjudice important pour les consommateurs.

Le **Chili** explique qu'il utilise les présomptions pour définir ses actions prioritaires en matière d'application du droit de la concurrence. Il montre pourquoi un certain nombre de présomptions concernant le contrôle des fusions a permis de soustraire certaines transactions d'un contrôle strict voire purement et simplement de l'obligation de notification. Une telle approche libère des ressources précédemment utilisées pour examiner des transactions dénuées de risques pour la concurrence afin d'en faire un meilleur usage et de traiter des problèmes plus urgents.

Israël indique que son droit de la concurrence répertorie les comportements considérés de façon absolue comme des abus de position dominante. Toutefois, cette liste comprend des considérations générales concernant l'équité et l'effet de l'action sur la concurrence. Par conséquent, les tribunaux ont conclu qu'il était nécessaire d'examiner l'effet que le comportement étudié pourrait avoir sur le marché afin d'établir l'existence d'une infraction.

L'**Allemagne** explique que la principale fonction des présomptions légales est d'inciter fortement les entreprises à communiquer à l'Office fédéral des ententes toutes les informations dont il a besoin pour réaliser une évaluation complète de l'affaire dès le début de l'enquête. L'incitation pour les entreprises obligées de fournir des preuves réfutant la présomption dont elles font l'objet est manifeste. Une autre fonction des présomptions est de fournir aux tribunaux un instrument les aidant à cantonner les questions soulevées lors des procédures judiciaires dans des limites raisonnables.

6. Conclusions

Le **président** se prépare à clore la session. Il invite les intervenants à faire part de leurs derniers commentaires.

M. Gavil souligne qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur des présomptions lorsqu'existent des preuves directes. Il explique également que les cadres de transfert de la charge de la preuve sont importants et que la théorie de la décision peut être utile dans les évaluations réalisées par les autorités de la concurrence. Enfin, il préconise de poursuivre les petites affaires qui établissent un précédent approprié, plutôt que de ne s'intéresser qu'à l'effet du comportement sur le bien-être du consommateur.

M. Bailey souhaite insister sur le fait que les présomptions peuvent avoir diverses origines et rappelle qu'il est important qu'elles évoluent au cours du temps

Le président remercie les experts et les délégations et clôt la session.