Organisation de Coopération et de Développement Économiques

DAF/COMP/M(2019)2/ANN1/FINAL

Non classifié | Français - Or. Anglais

5 octobre 2020

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Compte rendu détaillé de la table ronde sur les Barrières à la Sortie et leurs effect sur la Concurrence

Annexe au compte rendu succinct de la 132e réunion du Comité de Concurrence

3-4 décembre 2019

Ce document établi par l'OCDE présente un résumé détaillé de la table ronde sur les Barrières à la Sortie et leurs effect sur la Concurrence tenue durant la 132e réunion du Comité de Concurrence le 3-4 décembre 2019.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :
http://www.oecd.org/daf/competition/barriers-to-exit.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mr Antonio CAPOBIANCO.
[Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

JT03466266

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Compte rendu détaillé de la table ronde sur les barrières à la sortie

Le 4 décembre 2019, le Comité de la concurrence a organisé une table ronde sur les barrières à la sortie, présidée par le Professeur Frédéric Jenny.

Le Président introduit le sujet et note que la littérature consacrée aux barrières à la sortie et à leur impact sur la concurrence est relativement limitée. La table ronde est structurée autour de quatre questions : la définition des barrières à la sortie et leur rôle dans l'application du droit de la concurrence ; les barrières juridiques et économiques à la sortie et la politique de la concurrence ; l'impact des différentes lois sur la faillite sur la capacité des entreprises à sortir du marché ; et finalement, l'impact des barrières à la sortie sur l'efficience allocative, l'innovation et la productivité. Les experts intervenants sont respectivement **Matthew Johnson**, Associé, Oxera ; **Mary E. Deily**, Professeur d'économie, Université Lehigh ; **Jocelyn Martel**, Professeur, Département Finance, Co-directeur, Chaire ESSEC - AMUNDI Asset & Risk Management ; et **Müge Adalet Mcgowan,** Économiste senior, Département des affaires économiques, OCDE.

Le Secrétariat commence par introduire le sujet en notant que bien qu'il n'existe aucune définition communément adoptée, les barrières à la sortie sont considérées comme des obstacles qui empêchent les entreprises de sortir du marché ou retardent cette sortie, en raison du fait que les coûts économiques encourus pour sortir du marché sont supérieurs à ceux qui sont encourus pour y rester. Le niveau des barrières à la sortie affecte le dynamisme du marché : l'abaissement des barrières à la sortie permet à des entreprises moins efficientes et innovantes de quitter plus facilement le marché, et contribue au renouvellement de la population des entreprises opérant dans l'industrie. Les barrières à la sortie peuvent être l'un des facteurs qui expliquent le déclin du dynamisme des entreprises dans de nombreux pays de l'OCDE depuis 2010.

Les coûts non récupérables, c'est-à-dire les coûts d'un investissement qui ne peuvent pas être récupérés en cas de sortie du marché, sont le type de barrière à la sortie le plus fréquemment cité dans la littérature ; les coûts non récupérables peuvent affecter la sortie, étant donné que les entreprises peuvent retarder leur sortie jusqu'à ce qu'elles aient amorti les coûts de cet investissement. Le coût de rupture des contrats à long terme est un autre type de barrière à la sortie étroitement lié au précédent. Parmi les autres exemples de barrières à la sortie, on peut citer les interventions publiques, tels les efforts de sauvetage d'entreprises menacées de faillite, les réglementations, telles les réglementations environnementales exigeant le nettoyage des sites, ou encore les coûts liés au personnel, tels les indemnités de licenciement et les engagements de retraite, et enfin des régimes de faillite inefficaces. Un grand nombre de ces mesures poursuivent des objectifs politiques spécifiques (par exemple, des objectifs de politique sociale, environnementale et de stabilité). En conséquence, la question clé est de savoir si ces politiques sont efficaces et proportionnées, et, en particulier, si ces politiques créent des barrières inutilement élevées à la sortie.

Les barrières à la sortie entravent le mécanisme de discipline du marché. Elles peuvent entraîner des problèmes de surcapacité, une plus forte concentration, et une mauvaise allocation des ressources, et ont un impact sur le type d'entrée sur le marché. Les autorités de la concurrence peuvent devoir intervenir sur les marchés affectés ou préconiser à d'autres autorités gouvernementales de réaliser leurs objectifs en produisant un impact minimal sur la concurrence.

La note de référence du Secrétariat soulève trois points clés : en premier lieu, les différentes approches adoptées par les autorités de la concurrence à l'égard des barrières à la sortie et la nécessité potentielle qu'elles soient plus transparentes ; en second lieu, la détermination des réponses politiques appropriées afin de traiter de la sortie, particulièrement lorsqu'il est fait pression sur les autorités de la concurrence pour qu'elles soient indulgentes en période de dépression économique ; et, en troisième lieu, les activités de plaidoyer en faveur de politiques qui pourraient réduire les barrières à la sortie inutilement élevées, ou en faveur d'une plus grande transparence des arbitrages qui sont en jeu dans le choix de politiques susceptibles d'avoir différents impacts sur la concurrence.

Le Président introduit le premier thème de discussion, à savoir la définition des barrières à la sortie et leur rôle dans l'application du droit de la concurrence.

Matthew Johnson estime que ce thème n'est pas exploré et qu'il est très souvent négligé. Il propose de définir l'expression « barrière à la sortie anticoncurrentielle » comme « quelque chose qui réduit la sortie du marché d'entreprises inefficientes », et le terme « sortie » comme « la sortie du marché d'une entreprise et de ses actifs inefficients ». Bien que l'on puisse en débattre, les deux définitions sont centrées sur des considérations tenant à la politique de la concurrence : la première est axée sur le processus de rivalité des entreprises ; la seconde s'écarte de l'idée conventionnelle de « sortie binaire » (c'est-à-dire le fait de se focaliser uniquement sur la présence d'une entreprise à l'intérieur ou à l'extérieur du marché) et introduit des considérations d'efficience.

Il évoque ensuite les barrières à la sortie dans le contexte de différentes affaires, à commencer par les fusions. Bien que tous les types de théories du préjudice puissent être affectés par la présence de barrières à la sortie, celles-ci ne sont pratiquement jamais prises en compte. Il estime que cela s'explique par une tendance à se focaliser sur les impacts supplémentaires produits par les fusions ; or, étant donné que les fusions tendent à avoir peu d'effet voire aucun sur les barrières à la sortie, ces dernières sont considérées comme un fait acquis et ne sont pas prises en compte dans l'analyse. Toutefois, il considère que les fusions, en particulier les fusions horizontales, ont un effet sur les barrières à la sortie. Il indique que dans l'affaire Statoil Fuel & Retail/Dansk-Shelle, les coûts de dépollution des sites liés à la fermeture des stations-service n'ont pas été pris en compte par la Commission européenne, en dépit de leur influence sur le fonctionnement du marché. L'approche stricte de l'application de l'exception de l'entreprise défaillante est également importante dans ce contexte, car elle peut agir comme une barrière à la sortie empêchant des entreprises inefficientes de sortir du marché. Dans ces cas, les autorités de la concurrence devraient se concentrer sur la question de savoir si des actifs efficients ou inefficients demeurent dans le marché ou en sortent.

Les barrières à la sortie sont rarement considérées dans des affaires d'accords anticoncurrentiels, que ce soit parce que ces accords affectent rarement des barrières à la sortie ou parce que ces barrières sont considérées comme un fait acquis, que ce soit dans le scénario de l'existence de l'accord ou dans le scénario contrefactuel de l'absence de l'accord. Toutefois, certains accords, telles les ententes de crise, créent des barrières à la sortie.

En ce qui concerne les affaires d'abus de position dominante, la théorie générale du préjudice implique l'exclusion de rivaux. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence appliquent le « test du concurrent aussi efficient » pour évaluer si l'entreprise dominante fait usage de sa puissance afin d'exclure un concurrent qui est au moins aussi efficient que l'entreprise dominante, ou qui est moins efficient. Dans le premier cas, l'atteinte à la concurrence est probable et justifie une intervention, contrairement au second cas. Le recours à ce type de test ne crée pas une barrière à la sortie et est donc conforme à l'objectif de promotion de l'efficience de la politique de la concurrence.

Les barrières à la sortie sont parfois un élément pertinent dans le contexte d'enquêtes sur le marché, bien qu'elles soient souvent présentées comme des barrières à l'entrée. À titre d'exemple, dans l'affaire United Kingdom Groceries, le fait de contraindre des supermarchés à céder des terrains qu'ils n'utilisaient pas pour exploiter des magasins a eu essentiellement pour conséquence de les contraindre à la sortie, de garantir une exploitation efficiente des terrains concernés et de réduire les barrières à l'entrée pour d'autres. Autre exemple : dans l'affaire Private Motor Insurance, les coûts non récupérables de publicité, qui sont à de nombreux titres une barrière à la sortie, ont été considérés comme une barrière à l'entrée plutôt que comme une barrière à la sortie en soi.

Les décisions concernant les aides publiques débattent explicitement des barrières qui empêchent des entreprises inefficientes de sortir du marché. Afin d'éviter que des entreprises inefficientes soient continuellement ressuscitées, les aides fournies afin de les sauver ou de les restructurer peuvent être accordées « une fois pour toutes ». Certaines aides sont subordonnées à des mesures correctives et s'écartent ainsi du modèle de sortie binaire ; ainsi, après la crise économique de 2008-2009, les banques du Royaume-Uni ont reçu des aides conditionnées à la cession de certaines de leurs succursales, ce qui a réduit leur part de marché. Ces mesures correctives ont été couronnées de succès dans le cas du Lloyds, mais se sont soldées par un échec dans le cas de Royal Bank of Scotland. Elles ont été conçues dans le respect du principe de la discipline du marché qui évince les entreprises inefficientes et récompense les entreprises efficientes. Enfin, une étude réalisée par Oxera pour l'Union européenne a montré que les aides n'ont eu aucun impact significatif sur la sortie des entreprises aidées, mais a révélé des preuves démontrant que des entreprises concurrentes de celles-ci avaient quitté le marché. Il peut être préoccupant que des entreprises inefficientes restent dans le marché tandis que des entreprises efficientes en sortent.

Si l'on se place dans la perspective plus large de la politique de la concurrence, la raison pour laquelle les barrières à la sortie sont mauvaises pour la concurrence tient à l'idée fondamentale que la concurrence est un moyen d'accroître l'efficience dans le marché. Les barrières à la sortie ont un impact négatif sur la restructuration externe, c'est-à-dire le processus qui conduit des entreprises soit à sortir complètement du marché, soit à se réorganiser en fermant des succursales ou des unités improductives. Ce processus est parfois plus important que le processus de restructuration interne, en vertu duquel la concurrence discipline les entreprises afin d'opérer de manière plus efficiente dans leur structure actuelle. Toutefois, il n'est pas certain que les barrières à la sortie soient toujours négatives. Par exemple, alors que la fourniture d'un produit particulier autonome puisse être non rentable, il peut être rentable de le fournir avec un produit complémentaire.

Il peut être intéressant d'examiner les barrières à la sortie au-delà de la définition traditionnelle du marché, étant donné qu'elles peuvent affecter simultanément plusieurs marchés différents. Par exemple, une boutique de vêtements liée par un bail peut être empêchée de sortir du marché, empêchant ainsi d'exploiter un restaurant à sa place.

Enfin, les lois sur l'insolvabilité et la faillite devraient faciliter la sortie d'entreprises ou d'actifs inefficients, tout en garantissant le maintien de ceux qui sont efficients. Dans ce contexte, il peut être judicieux de différencier les entreprises inefficientes et les actifs inefficients, étant donné qu'il y a des cas dans lesquels une mauvaise gestion ne fait que mal gérer un actif qui serait autrement efficient, qu'une gestion différente pourrait gérer de manière efficiente.

Le Président remercie Matthew Johnson et demande à l'Allemagne, à l'Union européenne, aux États-Unis et à la Russie de décrire la manière dont leurs autorités de la concurrence considèrent les barrières à la sortie.

L'Allemagne explique qu'étant donné que l'incitation à entrer sur le marché décroît avec les coûts de sortie, les barrières à la sortie et les barrières à l'entrée sont considérées comme les deux faces de la même médaille. Les lignes directrices de l'Allemagne relatives aux fusions évoquent brièvement les barrières à la sortie, au motif qu'elles ont pour conséquence que des fournisseurs non rentables ou en situation d'échec restent dans le marché, ce qui pourrait réduire les perspectives offertes à de potentiels entrants. Parmi les exemples de barrières mentionnées dans les lignes directrices, on peut citer les contrats à long terme, les coûts de l'impact environnemental et les réglementations imposant des coûts lors de la fermeture de certaines installations ou de la cessation de certaines activités.

L'Allemagne indique que les barrières à la sortie ont été explicitement citées dans un très petit nombre d'affaires, notamment deux fusions entre des magasins de bricolage, où les permis de construire spécifiques de ces magasins ont été considérés comme des barrières à la sortie et à l'entrée. Ces fusions ont été autorisées, sous réserve de la cession de sites spécifiques.

L'Union européenne note que les barrières à la sortie ne jouent pas un rôle central dans ses décisions, et qu'il n'existe aucune définition spécifique de ce concept ni aucun cadre cohérent qui lui soit applicable dans les règles légales de l'Union européenne. Toutefois, les barrières à la sortie peuvent être un élément pertinent et qui sera pris en compte, en premier lieu en raison de leurs liens avec les barrières à l'entrée, et, en second lieu, en raison de la nécessité de traiter les affaires de fusion ou de collusion dans des marchés éprouvant des problèmes de surcapacité.

L'application stricte par les autorités de la concurrence de l'« exception de l'entreprise défaillante » est justifiée, et l'Union européenne peut tenir compte des difficultés de l'entreprise en dehors même de cette exception.

La question des barrières à la sortie dans le contexte des aides publiques est beaucoup plus centrale et un cadre est en place afin de traiter cette question. En principe, les aides publiques devraient se concentrer sur des actifs viables.

En ce qui concerne les activités de plaidoyer, la Commission travaille actuellement à l'élaboration d'une nouvelle politique industrielle qui devrait être publiée l'année prochaine, et il est important que les autorités de la concurrence contribuent à ce débat.

La Federal Trade Commission des États-Unis se concentre sur deux types supplémentaires de barrières à la sortie. Elle note que les réglementations qui protègent les entreprises en place contre la concurrence permettent à des producteurs inefficients de rester dans le marché et doivent donc être considérées comme des barrières à la sortie. Tel a été le cas dans l'industrie aéronautique dans les années 70, avant l'abaissement des barrières à l'entrée. Les règles restreignant ou même interdisant l'acquisition de sociétés naissantes (par exemple, des startups) par des entreprises en place sont un autre exemple de barrières à la sortie. Bien qu'il puisse y avoir un motif valable de refuser une acquisition particulière d'une société naissante par une entreprise dominante, une règle générale restreignant ces fusions est mauvaise, essentiellement pour trois raisons. En premier lieu, étant donné que cette règle est très radicale, elle dispense de l'exigence fondamentale de se livrer à une évaluation au cas par cas, ce qui peut conduire à refuser d'autoriser des fusions proconcurrentielles. En second lieu, interdire à de grandes entreprises d'acquérir des technologies nouvelles et des idées neuves peut réduire leur capacité à innover. En troisième lieu, cette interdiction pourrait priver les startups de bénéfices prévus et réduire leurs incitations et leur capacité à innover, particulièrement en raison du fait que les grandes entreprises tendent à payer un prix supérieur à celui que d'autres acteurs sont disposés à payer pour l'acquisition de startups. Ces règles seraient particulièrement problématiques

dans les industries de haute technologie, dont les acteurs, comme Elon Musk, comptent sur du « capital de sortie » pour financer leur prochaine entreprise.

La procédure formelle de la **Russie** ne prévoit pas que les barrières à la sortie doivent être obligatoirement examinées dans le cadre de l'analyse du marché, et ce pour deux raisons : la première est qu'il existe peu de cas dans lesquels cette analyse soit impérativement requise, et la seconde tient au fait que l'ajout de cette analyse à la procédure permettrait aux parties de faire appel de la décision du Service anti-monopole fédéral (« SAF »), au motif qu'il n'aurait pas procédé convenablement à cette analyse, y compris dans les cas où il n'existerait aucune nécessité pratique de ce faire. Toutefois, rien n'empêche le SAF d'analyser les barrières à la sortie si besoin est. Dans ces cas, et particulièrement dans des industries réglementées ou concentrées, le SAF examine les exigences réglementaires, la spécificité des contrats commerciaux, le niveau de concentration sur des marchés sectoriels, l'existence d'actifs spécifiques comme des droits de propriété intellectuelle et d'autres types de barrières à la sortie.

Le Président note une communauté de vues entre les autorités de la concurrence : elles s'accordent toutes à considérer que cette question n'est pas centrale, et qu'une fois établi un lien entre les barrières à l'entrée et les barrières à la sortie, il n'est généralement pas nécessaire de se concentrer sur les barrières à la sortie en tant que telles ; parallèlement, elles reconnaissent également que les barrières à la sortie peuvent réduire le niveau d'innovation et de concurrence. Il relève également que la contribution du BIAC évoque l'application du droit de la concurrence comme une barrière à la sortie potentielle.

La contribution du **BIAC** se concentre sur deux domaines dans lesquels l'application du droit de la concurrence peut créer des barrières à la sortie. Le premier concerne la « sortie intentionnelle » d'entrepreneurs ou d'inventeurs en série, dont beaucoup n'ont pas l'intention de commercialiser ou d'exploiter leurs inventions, mais comptent plutôt sur des tiers pour ce faire, ces tiers étant parfois de grandes entreprises concurrentes, voire même des entreprises dominantes. À titre d'exemple, il est clair que l'invention d'un nouveau composant pour un téléphone mobile est très différente de la production de ce même composant, et que certains inventeurs peuvent ne pas pouvoir ou vouloir exploiter leur invention.

Le second domaine est celui de la « sortie non intentionnelle » des entreprises défaillantes. Dans certains cas, les entreprises défaillantes sont peu disposées à reconnaître leur propre échec, qu'elles imputent à des entreprises dominantes. Dans ces cas, les autorités de la concurrence devraient veiller à ne pas prolonger la vie d'entreprises défaillantes. Au demeurant, la défaillance n'est pas nécessairement la conséquence de l'inefficience ; elle a parfois pour cause un manque de sens des affaires. Les autorités de la concurrence devraient envisager d'appliquer un « test du concurrent aussi astucieux » en plus du « test du concurrent aussi efficient » qu'elles appliquent déjà.

Le Président remercie le BIAC et prend acte de cet avertissement donné aux autorités de la concurrence. Le Président se tourne vers l'Espagne afin de discuter de ses efforts de plaidoyer en vue de faciliter la sortie dans le secteur de la production d'électricité.

L'Espagne évoque son travail de plaidoyer afin de s'opposer à des réglementations qui auraient créé des barrières à la sortie de centrales nucléaires. En l'occurrence, le gouvernement envisageait de soumettre l'approbation de la fermeture de centrales nucléaires à la réalisation de plusieurs conditions, dont celle que la fermeture ne menace pas la concurrence dans le marché de l'électricité. L'autorité de la concurrence a réagi en rappelant qu'une concurrence saine dépend de la liberté d'entrer sur le marché et d'en sortir. Ces réglementations ont été rejetées.

Le Président remercie l'Espagne et demande à la Colombie d'évoquer l'affaire de la fusion entre Quimpac et Mexichem. Cette affaire aborde le point qui a été soulevé par le BIAC, à savoir le fait que le contrôle des fusions peut agir comme une barrière à la sortie.

La **Colombie** a récemment refusé un projet de fusion entre Quimpac et Mexichem Colombia. La fusion posait de grands problèmes de concurrence sur des marchés de différents produits chimiques, et les mesures correctives proposées par les parties concernées ont été jugées insuffisantes afin de les atténuer. Le projet de fusion a donc été refusé en dépit de la tentative de Mexichem de sortir du marché au motif qu'il n'avait pas réalisé des profits suffisants sur son investissement. La Colombie estime que cette affaire illustre clairement le fait que le contrôle des fusions permet de maintenir le niveau de concurrence sur le marché dans le cas où une entreprise souhaite sortir du marché.

Le Président demande ensuite à l'Allemagne, à l'Union européenne et aux États-Unis de réagir à la proposition du BIAC selon laquelle les autorités de la concurrence créent parfois des barrières à la sortie et maintiennent des entreprises inefficientes dans le marché, et leur demande de donner des exemples d'affaires pertinentes à ce propos.

L'Allemagne indique qu'elle traite actuellement d'une affaire qui peut être intéressante sur ce point, mais qu'elle ne peut pas donner des détails pour le moment.

En ce qui concerne les fusions autorisées, l'**Union européenne** note que ces fusions ont lieu parce que les acteurs du marché accordent de la valeur aux actifs qu'ils ont l'intention d'acquérir et d'intégrer à leur propre entreprise. Il n'existe aucun précédent montrant qu'une fusion autorisée ait causé des inefficiences spécifiques.

Les **États-Unis** notent que leur objectif est de protéger la concurrence et non les concurrents. Les décisions rendues dans ce contexte sont prédictives par nature, et sont prises sur la base d'informations limitées et, par voie de conséquence, d'une compréhension limitée de la situation. Il est possible d'imaginer d'imposer à une entreprise dominante des mesures correctives qui protègent finalement un concurrent plus petit, ou des circonstances dans lesquelles l'exception de l'entreprise défaillante est rejetée. L'examen de la jurisprudence en matière d'application du droit de la concurrence est utile afin d'éclairer de futures décisions prédictives.

Matthew Johnson estime que la contribution du BIAC est intéressante, plus particulièrement l'idée d'un « test du concurrent aussi astucieux », car il aurait le mérite de distinguer les actifs de l'entreprise, d'une part et la manière dont ils sont gérés, d'autre part. Il reconnaît avec les États-Unis que l'objectif est de protéger la concurrence et non les concurrents, et il ajoute que, selon son expérience, les autorités de la concurrence rejettent de nombreuses réclamations pour ces motifs.

Le Président ouvre à présent la discussion sur les barrières à la sortie légales et réglementaires et le rôle des autorités de la concurrence à cet égard, et invite M^{me} Deily à prendre la parole.

Mary E. Deily présente l'expérience de l'industrie sidérurgique intégrée. Au début des années 1970, l'industrie était peuplée de grandes entreprises et la demande atteignait des sommets, mais dès les années 2000, la plupart des entreprises avaient été liquidées et des centaines de milliers de travailleurs avaient perdu leur emploi. Les coûts de sortie se sont élevés à des centaines de milliards de dollars, entre la perte d'actifs physiques spécifiques, les indemnités de licenciement, les engagements de retraite et les coûts de dépollution des sites. Toutefois, cette situation n'a pas découragé l'entrée sur le marché : les importations ont augmenté et des « mini-aciéries » ont commencé à produire de l'acier en utilisant de nouvelles technologies. Les barrières à la sortie des sidérurgistes traditionnels ont retardé leur sortie pendant longtemps. La situation a encore été aggravée car les attentes à propos

de la performance de l'industrie ont été lentes à changer. Il a fallu du temps pour que les entreprises évaluent leurs perspectives d'avenir et changent de comportement, annulent leurs plans d'expansion, diversifient leur gamme de produits, changent d'équipe de direction, fassent pression sur la main-d'œuvre pour obtenir des concessions et finalement ferment leurs usines. Bien que le monde d'aujourd'hui soit plus habitué à l'innovation disruptive, la même chose pourrait arriver dans d'autres industries, par exemple dans l'industrie bancaire. Certaines entreprises choisiront de lutter jusqu'au bout pour survivre. Cette stratégie a échoué dans l'industrie sidérurgique.

Les entreprises de l'industrie sidérurgique ont connu deux types de faillite – la restructuration et la liquidation. La restructuration a aidé quelques entreprises, comme LTV et Willing Pitt, à survivre pendant assez longtemps mais elle ont finalement été liquidées et certains de leurs actifs ont été vendus à d'autres entreprises, qui ont à leur tour fusionné avec d'autres entreprises ou ont également été liquidées. Certains actifs, y compris des usines, continuent d'être exploités, en particulier sous la bannière de groupes internationaux comme Wilbur Ross ou ArcelorMittal ; d'autres actifs ont été liquidés. Globalement, la capacité de l'industrie a été lentement réduite.

L'exception de l'entreprise défaillante est surtout pertinente dans les industries stables ou en croissance ; en effet, dans les industries en déclin, l'objectif est d'obtenir une sortie de capacité afin de permettre aux prix de monter et d'aider les entreprises survivantes. Toutefois, la pression faite sur les autorités de la concurrence afin qu'elles autorisent des fusions horizontales dans ces marchés est extrêmement forte, bien que ces fusions ne fonctionnent pas toujours : ainsi, bien qu'elle soit issue de la fusion de trois des huit plus grandes entreprises de sidérurgie, LTV a fait faillite et a finalement été liquidée. D'autres types de fusions, notamment l'achat par US Steel d'entreprises pétrolières et gazières, ont parfois mieux réussi, mais cela n'est pas toujours le cas.

En résumé, il existe peu de preuves que les barrières à la sortie aient empêché de nouvelles entrées, mais il est prouvé que la sortie a été retardée. Ces retards s'expliquent par le fait que les entreprises concernées ont mis longtemps avant de revoir leurs espérances et par les faillites qui ont suivi une restructuration. La plus grande opération de fusion horizontale a échoué à créer un concurrent efficient capable de survivre.

Le Président remercie M^{me} Deily et note que cette expérience est différente de ce qui a été rapporté jusqu'ici par les autres intervenants, en ce sens qu'elle donne un exemple d'absence de lien direct entre les barrières à la sortie et les barrières à l'entrée. Le Président relève également la mise en garde contre les fusions d'entreprises défaillantes dans des industries en déclin. Le Président évoque à présent la question de savoir si la législation sociale peut créer une barrière à la sortie et demande à la Belgique de partager son expérience dans le secteur des supermarchés.

La **Belgique** indique qu'une étude sur les différences significatives entre les prix des supermarchés en Belgique et ceux des pays voisins a montré qu'un acteur majeur en Belgique était relativement inefficient comparé à ses concurrents, et manquait d'incitations pour se livrer à une concurrence féroce. L'une des raisons tenait à l'inefficience de la chaîne, qui avait essayé de se restructurer plusieurs fois, et était obligée de payer des salaires plus élevés que ses concurrents, en raison de la structure de la convention collective de travail à l'époque. Il était difficile pour les chaînes de supermarchés de s'adapter, précisément en raison de cette structure, surtout si leur personnel était âgé. Au fil du temps, la situation semble s'être améliorée grâce à des activités de plaidoyer, qui ont permis de changer la structure de la convention collective de travail, ont fait dépendre tous les employés de la même commission de négociation et ont fait pression pour que cette commission adopte des règles suffisamment flexibles. Il existe toujours des différences de prix, mais leurs causes ne sont plus exactement les mêmes.

Le Président remercie la Belgique et se tourne vers l'Espagne afin d'évoquer la concentration qui s'est opérée dans le secteur bancaire pendant la crise, comment ce processus de concentration a fait courir le risque de créer des barrières à la sortie, et comment ce risque a été atténué.

L'**Espagne** partage son expérience de la crise bancaire, qui a conduit à un mouvement de concentration dans le secteur bancaire. Avant la mise en place d'un programme d'assistance financière conditionnelle, le secteur bancaire espagnol a connu une concentration très rapide : entre 2008 et 2012, le nombre de banques d'épargne est passé de 45 à 15. Des études ultérieures ont montré que certaines des entités issues des fusions étaient plus grandes mais n'étaient pas plus fortes, et qu'elles continuaient de poser un risque pour la stabilité financière.

Le tournant décisif a été la mise en œuvre du programme d'assistance financière conditionnelle en 2012, qui a aligné les incitations des actionnaires et celles des équipes de direction en matière de sortie. Plusieurs mécanismes différents ont été mis en place à cet effet, tels la ségrégation des actifs des banques, la réception d'un soutien public, la recapitalisation et la restructuration des banques viables et la résolution des banques non viables s'il n'existe aucune perspective raisonnable que toute autre mesure de nature empêche leur défaillance. D'autres mesures, dont la réforme des structures de gouvernance, ont également été introduites. En 2015, l'Espagne a commencé à appliquer la directive de l'Union européenne sur le redressement et la résolution des banques, qui a introduit le régime général de faillite pour les banques défaillantes, à l'exception des banques qui font l'objet d'une résolution sur décision de l'autorité réglementaire compétente. L'aide publique a également été subordonnée à la résolution et à différents mécanismes visant à garantir le succès du renflouement externe. En 2013, l'aide publique était conditionnée à des apports des actionnaires et à d'autres apports subordonnés, ainsi qu'à l'adoption d'un plan de restructuration.

Le secteur a enregistré un mouvement de concentration très important – il existait 122 banques ou établissements de crédit en 2008, et leur nombre est passé à 61 aujourd'hui ; les actifs totaux ont baissé de 20% ; 20 000 agences – 44% de leur nombre total en 2008, ont été fermées ; 1/3 des emplois ont été perdus. Toutefois, la qualité semble meilleure et le contribuable est mieux protégé. Le niveau de l'indice HHI a augmenté de 500 pour passer au-dessous de 1 200, et demeure donc toujours inférieur à 1 800.

Cet exemple illustre un cas où des questions liées à la concurrence ont été traitées au moyen d'une régulation financière et de l'instauration de certaines conditions préalables. Il existe encore de nombreux défis pour la concurrence qui pourraient être traités par une régulation financière, au nombre desquels figure l'homogénéité du régime de résolution en Europe et l'hétérogénéité des régimes de faillite – une situation qui pourrait conduire à des résultats différents dans des situations similaires, et à des conditions de concurrence inégales. Une coopération étroite avec les différentes autorités réglementaires devrait donc être la règle.

Le Président remercie l'Espagne et se tourne vers l'Italie et l'interroge sur ses efforts de plaidoyer dans l'industrie des taxis afin de trouver une solution pour faciliter la sortie.

L'**Italie** a acquis une expérience significative de l'évaluation des barrières à la sortie dans le contexte de ses activités de plaidoyer. De nombreux secteurs de l'économie souffrent de barrières importantes à l'entrée et à la sortie, qui conduisent à une fragmentation excessive et à des opérations à faible échelle, et empêchent de s'attaquer aux défis de la mondialisation et de l'innovation. Le manque de concurrence et de sortie des entreprises inefficientes ne sert pas l'intérêt de la promotion du bien-être social. Les barrières à la sortie représentent un élément important de la dynamique concurrentielle des marchés, qui s'entrecoupe avec d'autres politiques publiques. La politique de la concurrence dans ce

domaine devrait compléter d'autres politiques publiques et ne devrait pas décrédibiliser l'évaluation faite par le gouvernement ou le parlement. Traiter les problèmes liés aux barrières à la sortie peut jouer un rôle clé pour éliminer l'opposition à des réformes de libéralisation hautement nécessaires.

L'autorité de la concurrence italienne évoque certaines dispositions du droit social visant à promouvoir la sécurité d'emploi, qui peuvent constituer des barrières à l'entrée et à la sortie dans le contexte de la libéralisation de différents secteurs. Ces barrières sont particulièrement importantes lorsque les coûts de main-d'œuvre sont relativement élevés. L'autorité a longtemps plaidé pour une réforme totale de l'industrie des taxis – effort qui a été intensifié avec l'introduction de plates-formes de transport numériques. L'autorité a proposé d'indemniser des chauffeurs de taxis en place, afin de faciliter leur sortie possible, bien que cette mesure sorte du cadre des pouvoirs de l'autorité. Bien qu'elle ne soit pas directement liée à des aspects concurrentiels, cette proposition peut être considérée comme un outil complémentaire afin d'améliorer la concurrence.

Les autorités antitrust ne peuvent pas ignorer le fait que la transition vers des économies globales et digitales peut entraîner des coûts sociaux significatifs, plus particulièrement en temps de crise économique. Toutefois, entraver la concurrence en protégeant les entreprises en place n'est pas une mesure propre à améliorer le bien-être. Les politiques conçues pour accompagner la sortie d'entreprises inefficientes peut jouer un rôle important pour améliorer la concurrence. Les politiques devraient favoriser la concurrence au lieu de se protéger contre elle.

Le Président remercie l'Italie et note les questions importantes qui se posent à propos de ce que doit être l'étendue des activités de plaidoyer, et du point de savoir jusqu'où les autorités de la concurrence devraient aller pour recommander des politiques complémentaires afin de faciliter la sortie. Le Président se tourne ensuite vers la Turquie et le Mexique afin qu'ils évoquent leur expérience des contrats à long terme en tant que barrières à la sortie.

La **Turquie** indique qu'elle a explicitement traité des barrières à la sortie dans son enquête sur le marché du gaz naturel. Plusieurs barrières ont été identifiées, dont l'exigence d'investissements de grand volume, le temps nécessaire afin de les amortir, la difficulté de liquider des actifs en vue de leur utilisation dans d'autres industries, et l'existence de contrats d'importation-exportation de longue durée.

Le **Mexique** précise que l'Institut fédéral des télécommunications, qui a pour mission de réguler la concurrence dans l'industrie des télécommunications et de la radiodiffusion, considère les barrières à la sortie dans la même perspective que les barrières à l'entrée, étant donné que ces dernières ne sont pas prévues par le droit de la concurrence et, qu'en général, les décisions d'entrée sont basées sur la taille et la nature des investissements, y compris les coûts non récupérables. Les barrières à l'entrée ou à la sortie ne sont considérées comme telles qu'à condition qu'elles réduisent la contestabilité du marché. Les coûts non récupérables, les restrictions légales ou les exigences qui augmentent les coûts de sortie, et les contrats à long terme ou les clauses qui retardent la sortie ou limitent l'utilisation d'actifs productifs, sont généralement considérés comme des barrières à la sortie. Dans le secteur des télécommunications, les coûts non récupérables concernent en particulier les investissements dans l'infrastructure de transmission et les licences de spectre ; dans le secteur de la radiodiffusion, ils concernent les contrats de licence de contenu de longue durée. La politique de la concurrence a joué un rôle important dans la réduction de ces barrières à la sortie. En outre, les dispositions relatives à la concurrence qui figurent dans la loi mexicaine sur les télécommunications imposent l'interconnexion et le partage de l'infrastructure de télécommunication active et passive, ainsi que la durée des contrats, et habilitent l'autorité de la concurrence à contrôler les prix et les obligations des

acteurs afin de permettre un accès non discriminatoire. En outre, le régime des licences de spectre permet la négociation des droits corrélatifs sur des marchés secondaires.

Le Président remercie la Turquie et le Mexique et demande à l'Ukraine de décrire les relations entre l'aide publique et les barrières à la sortie.

L'**Ukraine** fait observer qu'elle a acquis une vaste expérience dans le domaine de l'aide publique : le Comité anti-monopole a réalisé deux études de marché dans le secteur de l'électricité et a accompagné le développement du régime de l'aide publique au moyen d'une législation et d'accords avec l'Union européenne. Le Comité a contribué activement à l'élaboration d'un régime transparent de fourniture d'une aide par les pouvoirs publics, dans le but de réduire au minimum les distorsions de la concurrence. Le Comité a également participé à la formulation d'une résolution concernant l'aide publique en faveur des mines de charbon, et estime qu'il est indispensable de mettre un terme aux subventions afin de développer la concurrence dans le secteur de l'électricité. Cette résolution est actuellement examinée par le Cabinet des ministres.

Le Président note qu'il existe différentes sources de barrières à la sortie, ainsi que différentes politiques qui les réduisent ou les augmentent. Il passe ensuite au thème suivant du débat, à savoir la question des procédures de faillite et de leurs effets sur la sortie, et fait observer que les autorités de la concurrence pourraient être intéressées à préconiser des réformes des régimes de faillite. Le Président invite le Professeur Martel à prendre la parole.

M. Jocelyn Martel explique qu'en général, lorsqu'une entreprise connaît de graves difficultés financières, ses créanciers entrent en lice pour récupérer ses actifs. Toutefois, ses actifs ne suffiront généralement pas à satisfaire tous les créanciers. Les lois sur la faillite visent à créer des procédures permettant une allocation optimale des ressources dans ces situations, en proposant des procédures collectives qui évitent un problème de « propriété commune ». Dans certains cas, cela implique de geler les droits des créanciers et d'évaluer les actifs du débiteur ainsi que les droits des créanciers. L'idée est soit de liquider l'entreprise si elle n'est pas viable, soit d'organiser des négociations entre le débiteur et les créanciers pour permettre une restructuration.

En théorie, les lois sur la faillite devraient respecter quelques principes de base. Le premier de ces principes est de fournir les bonnes incitations afin d'éviter la faillite ; le second est de maximiser la valeur de l'entreprise et le montant que les créanciers récupéreront en cas de faillite ; le troisième est de sauver les entreprises viables et d'éliminer celles qui ne le sont pas ; le quatrième est de respecter des règles de priorité absolues, qui visent essentiellement à donner à ceux qui sont les plus affectés par la faillite un plus grand pouvoir de contrôle sur l'avenir de l'entreprise et réduisent l'intervention externe, par exemple l'intervention des juges, des autorités gouvernementales, etc. ; et enfin, le dernier est de réduire les coûts de la faillite, étant donné qu'ils peuvent également affecter la capacité des entreprises à sortir du marché. Ces principes peuvent entrer mutuellement en conflit. À titre d'exemple, déroger aux règles de priorité et permettre un « atterrissage en douceur » des dirigeants peut sauver des entreprises viables qui auraient autrement été liquidées.

En 1993, le Canada a réformé son régime de faillite pour le faire évoluer vers un système pro-débiteur. Cette réforme a modifié l'attitude de nombreux acteurs concernés : en effet, un régime pro-débiteur tend à réduire l'élimination d'entreprises viables, mais également à sauver plus d'entreprises non viables. Changer les systèmes n'est donc pas chose facile et peut donc avoir de nombreuses implications en termes d'efficience. Il n'existe aucune loi optimale – différents pays se sont dotés de différentes lois, reposant sur différents critères et poursuivant différents objectifs, qui ont des implications sur la manière dont les gens se

comportent. La réforme adoptée au Canada visait à encourager la restructuration financière afin de sauver des emplois qui auraient été perdus en cas de liquidation. Cela étant, sauver des emplois ne devrait pas être un objectif en soi. Au contraire, l'objectif doit être de sauver des entreprises viables afin de sauver des emplois viables. En pratique, le nombre de procédures de redressement judiciaire a été multiplié par 10, étant donné que les entreprises étaient beaucoup plus petites, étaient en mauvaise situation financière avec un nombre très élevé de dettes à l'égard de créanciers privilégiés (Trésor public et autres organismes sociaux), et avaient proposé des taux de « dividende » très faibles aux créanciers chirographaires ; en revanche, le taux de succès des restructurations n'a connu aucun changement. Il semble que l'intention de sauver des emplois ait conduit à sauver de nombreuses entreprises non viables – ce qui n'est pas la bonne voie à suivre du point de vue de l'efficience.

Les lois sur la faillite, les sociétés et les ententes sont souvent liées à l'histoire et à la culture des pays concernés, et il faut donc faire preuve de prudence avant de modifier l'une ou l'autre de ces lois, car elles forment partie d'un système global. Une abondante littérature est consacrée à l'impact des régimes de faillite sur la productivité. Des lois clémentes peuvent être favorables à des entrepreneurs qui peuvent chercher un « nouveau départ » et encourager l'innovation, mais sont moins importantes pour des sociétés dont les actifs peuvent être redéployés afin d'être affectés à d'autres utilisations.

La loi sur la faillite et la loi sur le contrôle des ententes partagent l'objectif commun de promouvoir une allocation efficiente des ressources, mais elles peuvent s'appliquer de manière à se contredire l'une l'autre. Ainsi, la loi sur la faillite peut permettre à des entreprises en difficultés de résoudre une crise au moyen d'une fusion, mais cette fusion peut elle-même soulever des préoccupations sur le plan concurrentiel, qui sont incompatibles avec la loi sur le contrôle des ententes. Les deux lois s'inscrivent dans des perspectives différentes : la loi sur la faillite est une procédure rétrospective, traitant d'un problème qui est né auparavant, qui touche des investisseurs et des créanciers en amont et exige une solution rapide. En revanche, la loi sur le contrôle des ententes est une procédure prospective, qui se concentre sur l'atteinte future à la concurrence et le préjudice futur causé aux consommateurs ; l'analyse prend donc plus longtemps et est coûteuse. Ces conflits peuvent conduire à une résolution inefficiente des difficultés financières d'une entreprise, lorsque la solution de procéder à une fusion, qui serait optimale du point de vue de la loi sur la faillite, serait bloquée pour des motifs tenant à la loi sur le contrôle des ententes ; ils pourraient également conduire à une mauvaise application de la loi sur le contrôle des ententes si des tribunaux, soumis à des pressions pour statuer rapidement, n'appliquent pas convenablement la loi sur le contrôle des ententes. Les deux régimes sont compatibles si les conditions requises pour accepter l'exception de l'entreprise défaillante sont remplies, étant précisé que ces conditions sont très strictes et qu'il n'est pas simple de les remplir. Ces conflits soulignent l'importance de la coopération entre les autorités réglementaires, spécialement dans des cas impliquant de grandes entreprises, qui portent sur des actifs et des sommes d'argent de volume important et affectent un grand nombre de salariés et de créanciers. Cette coopération peut contribuer à trouver des solutions optimales dans ces cas ; à défaut, la mauvaise allocation des ressources s'aggravera.

Le Président évoque le dossier Eurotunnel – une opération de fusion consécutive à une faillite, dans laquelle l'autorité de la concurrence française s'est opposée à la vente d'un ensemble particulier d'actifs – qui illustre bien le conflit qui peut exister entre la loi sur la faillite et la loi sur le contrôle des ententes. Il se demande si les autorités de la concurrence devraient s'impliquer davantage dans la réforme des lois sur la faillite. Il aborde ensuite la dernière partie de la discussion, - à savoir replacer les questions débattues dans une perspective macroéconomique – et invite Müge McGowan à prendre la parole.

Müge Adalet McGowan présente les résultats d'une vaste étude de l'OCDE sur les entreprises zombies et les barrières à la sortie, réalisée voici quelques années. Cette étude a été effectuée en raison de la préoccupation suscitée par une baisse de la productivité dans plusieurs économies de l'OCDE. Les données disponibles concernent généralement les barrières à l'entrée, qui sont la première source de préoccupation pour les dirigeants politiques. Mais il n'en demeure pas moins que l'amélioration de la productivité exige que l'entrée dans le marché et la sortie du marché s'effectuent dans des conditions saines, de telle sorte que l'étude a cherché à améliorer la compréhension et la disponibilité des données sur la sortie. Le cadre analytique qui se concentre sur l'objectif de l'amélioration de la productivité et sur les politiques poursuivant cet objectif emprunte deux canaux : en premier lieu, l'importance de la sélection du marché ; et, en second lieu, la réaffectation des ressources des entreprises sortantes au profit d'entreprises plus productives. L'étude s'est concentrée sur deux politiques, qui affectent ces deux canaux : les barrières à une concurrence effective et le rôle des régimes de faillite inefficients.

L'analyse des données au niveau des entreprises a démontré qu'il existe des « entreprises zombies » dans plusieurs pays de l'OCDE, c'est-à-dire des entreprises qui devraient sortir du marché ou être restructurées, mais qui demeurent en activité bien qu'elles se trouvent dans une mauvaise situation financière. Bien qu'elles puissent suggérer l'existence de barrières à la sortie dans ces pays, ces données n'indiquent pas, même implicitement, quelles politiques devraient être réformées. Trois conclusions principales découlent de cette analyse, qui sont les suivantes : en premier lieu, le fossé se creuse entre les entreprises les plus productives et les entreprises les moins productives, particulièrement dans le secteur des services ; en second lieu, les ressources sont mal affectées et il devient de plus en plus difficile pour les meilleures entreprises d'attirer plus de ressources, particulièrement dans des pays qui ont subi une crise ; en troisième lieu, le dynamisme des entreprises baisse dans plusieurs pays de l'OCDE, ainsi qu'en attestent la baisse des entrées sur le marché et l'augmentation de la charge constituée par les entreprises zombies ; au fil du temps, le nombre d'entreprises zombies a augmenté, même après la fin de la crise, et elles sont devenues moins productives par rapport à des entreprises qui ne sont pas des zombies.

Plusieurs raisons expliquent que des entreprises zombies soient devenues un frein à la croissance de la productivité. Certaines sont liées à la crise financière, à un environnement caractérisé par de faibles taux d'intérêt, à l'affaiblissement du secteur bancaire dans certains pays et à la baisse des aides publiques en faveur des petites et moyennes entreprises, par exemple. Les barrières à la concurrence et des régimes de faillite non satisfaisants peuvent également l'expliquer.

Une partie de l'étude visait à élaborer des indicateurs afin d'évaluer l'efficience des régimes de faillite. L'analyse des réponses que des pays membres ont fournies à un questionnaire sur la faillite des personnes physiques et morales a révélé des différences significatives entre les régimes des pays membres. L'analyse empirique établissant une corrélation entre les indicateurs d'évaluation et les données au niveau des entreprises a fait apparaître que le nombre d'entreprises zombies affecte la réaffectation du capital en faveur d'autres entreprises, ce qui nuit à la croissance de la productivité. Elle a également montré qu'une faible croissance de la productivité des entreprises peut être améliorée par une diffusion plus efficiente de la technologie.

L'étude révèle également que des entreprises faibles survivent en raison des pratiques moratoires des banques : les banques peuvent ne pas être incitées à traiter ou ne pas être en capacité de traiter des prêts non performants et peuvent, dès lors, réaliser des pertes qui seront inscrites dans leurs bilans. L'analyse montre que les entreprises zombies sont plus susceptibles d'être liées à des banques en mauvaise situation financière et qu'il est donc plus difficile pour des entreprises saines d'accéder au crédit dans des marchés encombrés

par des entreprises zombies. Cette analyse livre également une autre conclusion empirique, soulignant l'importance de politiques complémentaires : l'amélioration du système bancaire en soi réduit la part des entreprises zombies, mais l'effet est amplifié si les régimes de faillite sont également améliorés. Enfin, l'étude a démontré que les politiques en matière d'entrée sur le marché et de sortie du marché se complètent mutuellement : les politiques visant à améliorer l'entrée en réduisant les charges administratives pesant sur les start-ups ne peuvent être efficaces pour booster la croissance de la productivité que dans des pays où les barrières à la sortie sont faibles.

L'Irlande note que, comme l'a mentionné Matthew Bennet, les barrières à la sortie ne sont généralement pas affectées par une fusion ou une convention particulière. La question dépasse largement les frontières d'un marché unique. Elle affecte des industries ou des secteurs dont beaucoup sont réglementés pour différentes raisons. Le partage d'expériences entre les autorités de la concurrence peut leur permettre de savoir ce que les autorités de régulation ont fait dans différents secteurs et d'utiliser ces expériences comme une boîte à outils pour d'autres affaires. Mieux vaut intervenir précocement que d'attendre qu'une crise éclate. Le renflouement de banques irlandaises a été subordonné à des conditions de cession de certains actifs et d'échange, mais cette intervention est intervenue trop tardivement et les consommateurs se sont donc retrouvés avec moins de possibilités de choix.

Le Président fait observer que les barrières à l'entrée et les barrières à la sortie ne fonctionnent pas de la même manière, et devraient donc être traitées différemment, comme cela a été le cas dans l'industrie de la sidérurgie, où des entreprises ont continué d'entrer sur le marché en dépit de barrières élevées à la sortie. En conséquence, la concurrence peut être faussée et il est possible que des efforts de promotion de la concurrence puissent ne pas être aussi efficaces que le serait l'élimination d'entreprises faibles. Tous ces facteurs contribuent au déclin de la croissance de la productivité. Il ajoute que les débats ont analysé les différentes sources de barrières à la sortie et l'intersection des politiques en la matière avec la politique de la concurrence, et ont laissé de côté la question de savoir si les autorités de la concurrence devraient faire part de leurs perspectives à propos de ces politiques, afin qu'elles servent de matière à réflexion. Le Président remercie les intervenants, en particulier pour avoir éclairé les participants à propos de l'interaction entre la politique de la concurrence et la politique en matière de faillite.