

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

**Compte rendu de la table ronde sur la norme relative au bien-être des consommateurs -
Avantages et inconvénients par rapport à d'autres normes**

Annexe au compte rendu succinct de la 140e réunion du Comité de la concurrence

14-16 juin 2023

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la table ronde sur la norme relative au bien-être des consommateurs - Avantages et inconvénients par rapport à d'autres normes, organisée par le Comité de la concurrence le 15 juin 2023.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio CAPOBIANCO.
Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03559335

Compte rendu de la table ronde sur la norme relative au bien-être des consommateurs - Avantages et inconvénients par rapport à d'autres normes

Le 15 juin 2023, le Comité de la concurrence a organisé une table ronde sur les avantages et les inconvénients des normes relatives au bien-être des consommateurs, présidée par M. Frédéric Jenny.

Le **président** présente le thème. Il explique que le débat récent sur la norme relative au bien-être des consommateurs et ses limites potentielles pour l'application du droit de la concurrence offre l'occasion d'examiner l'origine des normes en matière de concurrence, leur relation avec d'autres éléments du droit de la concurrence, les raisons de leur utilisation et leur importance pour obtenir des résultats positifs en matière de concurrence. La table ronde n'avait pas pour objectif de déterminer la norme la plus efficace.

Le président présente les experts qui interviendront : **Anna Gerbrandy**, professeure titulaire de droit de la concurrence à l'Université d'Utrecht ; **Nicolas Petit**, professeur de droit de la concurrence à l'Institut universitaire européen de Florence ; et **Carl Shapiro**, professeur d'économie à l'Université de Californie, Berkeley. L'OCDE a reçu 13 contributions sur le sujet, et le président fait observer que les délégués sont libres d'intervenir au cours des débats.

La discussion s'articule autour de trois volets : a) les sources des normes, leurs interactions avec les objectifs du droit de la concurrence et la façon dont elles peuvent évoluer au fil du temps ; b) des études de cas sur les normes dans la pratique ; et c) les variantes à la norme du bien-être des consommateurs examinées sous l'angle de l'efficacité.

Le président demande au **Secrétariat** de présenter le document de référence de l'OCDE.

Le **Secrétariat** explique que ce document définit un cadre permettant d'évaluer les avantages et les inconvénients des normes. L'introduction décrit l'origine et la définition des normes en mentionnant diverses interprétations historiques et la jurisprudence. Le document établit ensuite quatre grandes catégories de normes (bien-être du consommateur ; bien-être total ou modifié ; bien-être du citoyen ; et protection de la concurrence) et définit cinq critères permettant d'évaluer leur efficacité :

1. Prévisibilité ;
2. Amélioration du bien-être social ;
3. Facilité d'administration ;
4. Crédibilité ou viabilité politique ;
5. Réduction du risque d'erreurs.

Le document évalue chacune des catégories de normes par rapport à ces critères et conclut qu'il n'existe pas de norme parfaite. L'efficacité des normes dépend plutôt du poids et de l'importance de chaque critère dans une juridiction en particulier, mesurés à l'aune des objectifs de la politique de la concurrence et des ressources qui lui sont allouées. Enfin, le Secrétariat souligne que si ce cadre est un outil utile pour guider la discussion sur les avantages et les inconvénients des normes, l'évaluation des normes est ponctuelle et limitée par l'évolution rapide du contexte général dans lequel s'inscrivent les interventions des autorités de la concurrence.

Le **président** remercie le Secrétariat et invite les experts à présenter le contexte et à situer le sujet dans le débat récent sur les normes. Il donne d'abord la parole à **Nicolas Petit**.

M. Nicolas Petit s'emploie à déconstruire les arguments dominants selon lesquels la norme du bien-être du consommateur, principalement dans le contexte du droit américain de la concurrence, doit être remplacée par une variante telle que la norme de protection de la concurrence ou une norme reposant sur des considérations d'intérêt public. Selon lui, le débat actuel et les efforts visant à abroger la norme du bien-être des consommateurs reposent sur quatre hypothèses erronées relatives à cette norme dans le droit américain de la concurrence, à savoir : a) elle exige d'établir que la conduite ou les transactions d'une entreprise entraînent une réduction de la production ou une augmentation des prix ; b) elle exige une compréhension approfondie, chronophage et exhaustive des faits et de la situation économique, ce qui est souvent irréalisable ; c) elle enfreint les règles de l'interprétation des lois, en particulier en excluant la prise en compte des préjudices non économiques ; et d) elle découle d'idées façonnées par l'École de Chicago, considérée comme favorable à la concentration industrielle et au pouvoir de monopole.

M. Petit fait valoir que chacune de ces hypothèses est en définitive fautive. Il explique que la première assertion confond les moyens et les fins, car le droit de la concurrence n'instille pas directement la concurrence mais décourage plutôt des comportements spécifiques qui limitent la concurrence. L'affaire Microsoft de 1999 est un exemple dans lequel le Tribunal de district a condamné des pratiques non liées aux prix qui menaçaient d'ériger des obstacles à l'entrée et de réduire ou de retarder l'innovation. Deuxièmement, M. Petit indique que la norme du bien-être du consommateur peut conduire les tribunaux à exiger moins de preuves économiques que dans l'affaire Kodak aux États-Unis en 1999. Troisièmement, la pertinence des préjudices non économiques dans le droit de la concurrence a été invalidée au motif que la Sherman Act portait sur une question économique, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'affaire Northern Securities de 1903. M. Petit fait valoir qu'il a été démontré que la norme du bien-être du consommateur existait avant l'émergence de l'École de Chicago. Il conclut en affirmant que les critiques de la norme du bien-être des consommateurs sont exagérées et souhaite que les autorités de la concurrence et les tribunaux continuent de l'appliquer.

Le **président** remercie M. Petit. Il demande ensuite à **Carl Shapiro** de faire part de ses premières réflexions et de répondre à celles de Nicolas Petit.

Le professeur **Shapiro** explique que l'idée selon laquelle la législation américaine est exclusivement axée sur les consommateurs en aval est inexacte, et cite des exemples d'affaires examinées sous l'angle de l'innovation, des fournisseurs et de l'amélioration des produits. Toutefois, la charge de la preuve et le durcissement des normes de preuve font qu'il est difficile pour les autorités de la concurrence de remporter des affaires, et M. Shapiro suggère qu'un ajustement de ces normes pourrait améliorer la concurrence sans modifier les objectifs et principes fondamentaux du droit de la concurrence, à savoir la protection et la promotion de la concurrence. M. Shapiro met également en garde contre l'utilisation de la politique de la concurrence comme moyen d'atteindre des objectifs sociaux plus larges tels que la protection de l'environnement ou la défense des valeurs démocratiques. Il fait observer que si ces objectifs sont louables en soi, il existe de nombreuses lois différentes dans un pays et il n'est pas réaliste de miser sur une seule loi pour atteindre tous les objectifs potentiels.

Le **président** remercie Carl Shapiro et donne la parole à **Anna Gerbrandy** pour quelques remarques liminaires.

Mme **Gerbrandy** déclare partager l'avis des intervenants précédents quant au rejet de l'idée selon laquelle la norme relative au bien-être des consommateurs est appliquée de

manière restrictive. Toutefois, elle fait observer que lorsqu'on examine les normes et les objectifs du droit de la concurrence, il est important de comprendre le point de vue adopté. En effet, le débat sur les normes se déroule souvent sans définir clairement où on se situe. Selon elle, il existe différents angles d'approche (descriptif, normatif, philosophique), et la réflexion est très différente si l'on adopte le point de vue d'une autorité de la concurrence, qui se demandera probablement quelle est la norme en vigueur, tandis qu'un universitaire ou un responsable public cherchera davantage à déterminer quelle devrait être la norme. Si l'on ne détermine pas clairement le point de vue pertinent, on risque de confondre la norme telle qu'elle est, telle qu'elle pourrait être et telle qu'elle devrait être.

Le **président** remercie Mme Gerbrandy et suggère que les normes et leur interprétation peuvent évoluer au fil du temps en fonction des circonstances politiques. Il invite ensuite la **Pologne** à présenter sa contribution sur ce qu'elle appelle le « paradoxe des normes de concurrence ».

La **Pologne** décrit l'affaire Sucha Beskidzka pour mettre en évidence les divergences de points de vue entre différents tribunaux et la possibilité que la même norme soit appliquée de diverses manières. L'affaire concernait une entreprise de services d'eau et d'assainissement qui pratiquait des prix excessifs. Bien que le jugement initial ait condamné l'entreprise, la cour d'appel a néanmoins infirmé ce jugement, citant des affaires aux États-Unis telles que Trinko et soulignant la nécessité d'investissements importants dans les infrastructures. La Cour suprême a finalement annulé cette décision, en se fondant là encore sur une interprétation différente des objectifs du droit de la concurrence. Selon la Pologne, cette situation met en évidence un « paradoxe des normes de concurrence », en vertu duquel la norme relative au bien-être des consommateurs peut être appréhendée de différentes manières, en fonction des objectifs poursuivis et des règles de preuve retenues, entraînant des résultats différents tout en continuant d'être considérée comme une norme portant sur le bien-être des consommateurs.

Le **président** se demande ensuite si les normes ont réellement une incidence sur les résultats en matière de concurrence et invite la **Lituanie** à expliquer dans quelle mesure elles peuvent donner lieu à interprétation, bien que la Constitution lituanienne fasse explicitement référence à la norme de concurrence libre et loyale.

La **Lituanie** explique que sa Constitution a été adoptée en 1992 lors de la transition d'une économie planifiée à une économie de marché. Comme le président l'a mentionné, elle comporte une exigence spécifique visant à protéger la concurrence libre et loyale. Ce principe constitutionnel régit divers domaines d'intervention de l'État, notamment la législation, l'application du droit de la concurrence, le pouvoir judiciaire et les activités des entreprises. La Lituanie explique que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle lituanienne confirme que l'application des règles de concurrence est essentielle pour concilier l'intérêt général et les intérêts privés. La Cour administrative suprême a également souligné l'importance que les entreprises agissent librement sur le marché et se livrent concurrence sur un pied d'égalité. Ainsi, l'interprétation extensive de la concurrence libre et loyale en Lituanie vise à garantir un processus concurrentiel équitable, qui contribue en définitive au bien-être des consommateurs, sans être explicitement axée sur ce critère.

Le **président** remercie la Lituanie et note que les autorités de la concurrence devraient, en principe, appliquer les normes fondamentales définies par leur législation. S'adressant au **Pérou**, il souhaite savoir pourquoi il semble y avoir une différence entre l'objectif législatif déclaré (améliorer le bien-être du consommateur) et l'application pratique du droit de la concurrence, faisant référence à une étude de cas présentée dans la contribution du Pérou qui indique que l'objectif est de protéger le processus concurrentiel.

Le **Pérou** explique que la Loi sur la concurrence et la Loi sur le contrôle des fusions mettent l'accent sur la promotion de l'efficacité économique au service du bien-être des consommateurs. Bien que le droit de la concurrence péruvien donne la priorité à l'efficacité économique et au bien-être des consommateurs, des considérations pratiques conduisent parfois à intégrer d'autres normes, comme celles relatives à la protection de la concurrence et au bien-être des citoyens. Par exemple, dans une affaire récente de collusion entre pharmacies, l'Indecopi a infligé une amende supplémentaire de 20 % pour des motifs tenant à la santé publique. Ainsi, l'Indecopi peut parfois appliquer implicitement une norme de bien-être des citoyens, allant au-delà du bien-être des consommateurs pour protéger des intérêts publics plus larges.

Le **président** remercie le Pérou et fait observer que les normes et leur interprétation sont connues pour évoluer au gré des changements politiques et sociétaux. Selon lui, la contribution de l'Argentine portant sur le concept d'intérêt économique général (IEG) illustre cette fluidité des normes. Le président demande à l'**Argentine** de relater son expérience en matière d'élaboration de lignes directrices à cet égard et de préciser la fréquence à laquelle elles doivent être mises à jour.

L'**Argentine** explique que le concept d'IEG existe depuis son adoption en 1980 et qu'il définit les objectifs de la politique de la concurrence en Argentine. L'objectif n'est pas seulement de promouvoir des marchés plus concurrentiels, mais aussi d'améliorer le bien-être général de la société. La norme IEG échappe à tout changement d'interprétation soudain ou dicté par des considérations politiques. Elle évolue plutôt en fonction de la jurisprudence, des jugements de la CNDC et des avis des tribunaux relatifs aux affaires traitées par l'autorité de la concurrence. Au fil des ans, l'interprétation de la norme IEG est progressivement passée d'une norme de bien-être total à une association plus étroite avec la norme de bien-être du consommateur. Plus récemment, elle s'est élargie pour englober divers facteurs, notamment les marchés du travail, le commerce extérieur, la distribution des revenus et d'autres considérations relatives au bien-être sociétal. Si la flexibilité de la norme peut être jugée souhaitable, l'Argentine souligne que les lignes directrices contribuent à la prévisibilité dans la compréhension de la portée et des exigences d'une norme appliquée à l'analyse de transactions. La récente réglementation relative à la notification des concentrations économiques illustre ces efforts en introduisant une nouvelle section qui évalue si une transaction est favorable ou défavorable à l'IEG. L'Argentine explique que prouver qu'une fusion contribue à l'IEG est aussi contraignant que démontrer l'existence de gains d'efficacité.

Le **président** invite alors les experts à faire part de leurs réactions avant de passer à la partie suivante de la discussion consacrée à la mise en pratique des normes.

Faisant référence aux observations de la Pologne sur le paradoxe des normes de concurrence, **M. Petit** souligne qu'une norme juridique peut être mise en œuvre par des moyens contraignants ou incitatifs. Les moyens contraignants pourraient impliquer de prouver les effets réels sur les prix/la production, tandis que les moyens incitatifs pourraient consister à utiliser la norme comme principe directeur dans la hiérarchisation des efforts d'application du droit de la concurrence. À cet égard, par exemple, l'application du droit de la concurrence sur les marchés des produits de luxe peut être considérée comme incompatible avec les objectifs généraux de réduction des inégalités économiques.

Mme **Gerbrandy** précise qu'elle ne prétend pas que la politique influe directement sur le droit de la concurrence (ou inversement), mais qu'il est indéniable que les autorités de la concurrence ne peuvent pas faire abstraction des débats normatifs sur des priorités sociétales telles que la durabilité. En d'autres termes, les autorités de la concurrence n'agissent pas en vase clos et interviennent souvent dans des affaires portant sur des enjeux

importants, comme la durabilité, avant que le législateur ne rattrape son retard et crée des lois ou des réglementations ou modifie celles existantes.

Le professeur **Shapiro** souligne que la discussion a montré que la façon dont les autorités de la concurrence réagissent aux pratiques anticoncurrentielles et statuent sur les affaires est plus importante que l'identification et la qualification de la norme proprement dite.

À ce stade, le **président** lance la deuxième partie de la discussion sur les normes en pratique et donne la parole à la **Suède**.

La **Suède** résume sa contribution qui, en plus d'expliquer en détail comment le droit suédois de la concurrence s'articule avec la norme du bien-être des consommateurs, examine la possibilité d'étendre l'application du droit de la concurrence aux marchés du travail. Sur la base d'une analyse théorique, la Suède estime qu'il est possible de repérer les comportements anticoncurrentiels sur les marchés du travail à l'aide d'outils standard d'analyse économique. Toutefois, elle explique que les conséquences de tels comportements peuvent varier entre les marchés du travail peu qualifiés et très qualifiés. Sur les marchés du travail très qualifiés, les clauses de non-concurrence ou les accords de non-débauchage peuvent causer des préjudices en aval aux consommateurs en restreignant l'accès à la main-d'œuvre hautement qualifiée dont les entreprises ont besoin pour innover et offrir de meilleurs produits ou services au consommateur. Sur les marchés du travail peu qualifiés, en revanche, les effets en aval peuvent être davantage liés aux coûts, la préoccupation principale étant la distorsion du pouvoir de marché et le risque d'abus de position dominante. En outre, les comportements anticoncurrentiels sur les marchés du travail peuvent porter directement préjudice aux salariés, mais pour y remédier, il faudrait étendre les normes d'intervention au-delà du bien-être des consommateurs. Malgré ces nuances, la Suède conclut que les économistes de la concurrence sont capables d'analyser le comportement des entreprises sur les marchés du travail en utilisant les méthodes existantes.

Le **président** note que le CADE brésilien applique également la norme du bien-être des consommateurs à des domaines non traditionnels comme la protection et la qualité des données, puis donne la parole au **Brésil**.

Pour rédiger sa contribution, le Brésil a recensé les affaires récentes dans lesquelles le CADE a analysé les effets anticoncurrentiels des fusions, des comportements unilatéraux et des ententes en adoptant un point de vue plus large que l'analyse économique traditionnelle des prix, de la production et de l'efficacité. En l'espèce, l'analyse des effets anticoncurrentiels dans ces affaires a pris en compte des facteurs tels que la qualité des produits et services et le respect de la vie privée. Cela étant, le Brésil évoque le risque que la prise en compte de normes de bien-être de plus large portée puisse alourdir la charge qui pèse sur les autorités de la concurrence et dépasser leur capacité opérationnelle.

À ce stade de la discussion, le **président** note que plusieurs contributions allèguent que la norme du bien-être des consommateurs est suffisamment souple pour répondre à ses objectifs, tout en faisant observer que toutes les contributions ne partagent pas cet avis. Il invite les **États-Unis** à se joindre à la discussion et à expliquer leur réticence à l'égard de la norme du bien-être des consommateurs et quelles variantes peuvent être envisagées.

Les **États-Unis** expliquent que leur intérêt pour d'autres normes découle de l'expérience acquise dans des affaires où il est plus facile de prouver un préjudice concurrentiel que de démontrer des répercussions traditionnelles sur le bien-être des consommateurs, comme les effets sur les prix. Par exemple, une fusion aboutissant à un monopole avec des gains d'efficacité productive exige un exercice très complexe d'évaluation des effets sur les prix ou la démonstration d'effets d'éviction, alors que les implications pour la concurrence sont évidentes. Les États-Unis suggèrent que dans ce type d'affaires, le seul fait de démontrer

l'existence d'un préjudice concurrentiel devrait suffire à interdire un comportement anticoncurrentiel, mentionnant un arrêt de la Cour suprême en ce sens. Dans cet arrêt impliquant une association professionnelle d'ingénieurs, la Cour a jugé que la pratique de prix d'éviction s'apparentait à un préjudice concurrentiel et constituait une base suffisante pour interdire un tel comportement. En substance, la Cour suprême a affirmé que le préjudice concurrentiel implique une atteinte au bien-être du consommateur. Néanmoins, les États-Unis sont régulièrement confrontés à des litiges et à des arguments de la défense selon lesquels les effets réels sur les prix et la production sont une deuxième condition nécessaire, nonobstant un préjudice concurrentiel avéré.

Le **président** demande aux États-Unis de préciser comment ils définissent le préjudice concurrentiel (calcul du nombre de concurrents ou autre). Les États-Unis répondent que la rivalité entre concurrents en est un élément. Selon eux, la définition du marché à travers le prisme des concurrents permet d'évaluer le préjudice avec plus de précision que l'identification du nombre, de la puissance et de la volonté des concurrents de rivaliser, ajoutant que ces informations sont généralement disponibles dans les documents/preuves recueillis par les autorités de la concurrence.

Le **président** revient à la question de savoir si la norme du bien-être des consommateurs incarne au mieux les objectifs normatifs du droit de la concurrence, et invite le **BIAC** à répondre à cette question, sachant que dans sa contribution, le BIAC voit dans cette norme un outil souple et pragmatique, indépendamment de la complexité des affaires.

Reconnaissant que d'autres normes peuvent offrir des avantages et présenter un certain attrait, le **BIAC** estime que la norme du bien-être des consommateurs reflète au mieux les objectifs normatifs que le droit de la concurrence vise à atteindre et repose sur le postulat que le droit de la concurrence est conçu pour protéger et promouvoir la concurrence, et non les concurrents, et que des prix bas et des niveaux élevés de production sont une conséquence indirecte de ce processus. Le **BIAC** énumère quatre avantages par rapport à d'autres normes de bien-être : a) la cohérence avec la logique économique et la tradition juridique des lois sur la concurrence ancrées dans la protection des intérêts des consommateurs et la promotion de l'efficacité économique ; b) l'adaptabilité à l'évolution des marchés et des économies sans sacrifier ses valeurs fondamentales ; c) la prévisibilité et l'objectivité car elle repose sur des indicateurs vérifiables et mesurables ; et d) la sécurité juridique car elle fournit des orientations cohérentes aux entreprises, aux organismes de réglementation et aux tribunaux, réduisant le risque d'application arbitraire et d'influence politique. Cela étant, la norme du bien-être des consommateurs peut être recalibrée pour favoriser une application plus agressive du droit de la concurrence, et le **BIAC** se demande si les normes de preuve pourraient constituer un point de départ approprié, en prenant note des arguments avancés précédemment par les professeurs Shapiro et Gerbrandy.

Le **président** demande s'il est possible d'analyser les atteintes à la concurrence en appliquant la norme du bien-être des consommateurs. Le **BIAC** fait observer que, quelle que soit la complexité de l'affaire, les autorités de la concurrence ont l'obligation de montrer comment la concurrence est affectée, ce qui englobe inévitablement l'impact et le préjudice pour les consommateurs, au lieu de s'appuyer uniquement sur des hypothèses générales concernant le marché, fondées sur le nombre de concurrents restants sur le marché concerné.

Le professeur **Petit** est de nouveau invité à participer à la discussion et fait observer que, jusqu'à présent, le débat portait essentiellement sur la question de savoir s'il fallait appliquer un filtre supplémentaire, la norme du bien-être du consommateur, en plus des éléments existants du droit de la concurrence. Selon lui, le filtre du bien-être du consommateur peut être appliqué dans deux scénarios. Le premier est celui dans lequel les atteintes observables à la concurrence ne sont pas forcément corrélées avec des coûts en

termes de bien-être. Par exemple, dans les secteurs caractérisés par des effets de réseau, les secteurs à forte intensité capitalistique ou les accords de distribution, une réduction de la concurrence n'entraîne pas toujours des pertes d'efficacité. La norme du bien-être des consommateurs permet de faire la distinction entre une exclusion efficace et une exclusion inefficace. Le second est celui dans lequel un comportement ou une fusion ne produit pas d'effets immédiats sur la concurrence. C'est le cas dans des affaires de fusion verticale ou conglomérale ou dans certaines affaires de restrictions verticales où l'effet immédiat sur la concurrence n'est pas évident. Le filtre du bien-être du consommateur aide à porter des jugements plus éclairés, en particulier dans les cas de comportement abusif, de comportement discriminatoire ou de conditions commerciales déloyales, où les données à l'appui de preuves de préjudice concurrentiel font défaut. M. Petit insiste sur le fait que la discussion doit s'appuyer sur des faits empiriques concernant le fonctionnement de l'économie dans divers contextes et secteurs, plutôt que sur des propositions générales concernant l'efficacité de la rivalité. L'objectif est de veiller à ce que les autorités de la concurrence soient bien informées et puissent traiter efficacement des affaires spécifiques en tenant compte à la fois de la concurrence et du bien-être des consommateurs.

Le professeur **Shapiro** intervient et remercie les États-Unis d'avoir clarifié leurs préoccupations concernant la norme du bien-être des consommateurs. À son avis, ces préoccupations concernent principalement les exigences en matière de preuve, en particulier la difficulté de démontrer les effets quantitatifs spécifiques. Exprimant sa propre déception, M. Shapiro évoque l'affaire American Express dans laquelle les atteintes au processus concurrentiel étaient évidentes, mais où la Cour suprême n'a pas été convaincue par la quantification de l'effet sur les consommateurs.

Les **États-Unis** précisent que si les objectifs du droit de la concurrence sont également en cours de débat, les décisions rendues dans des affaires comme celle de Northern Pacific confirment le fait que la concurrence soutient l'efficacité allocative en tant que meilleure méthode d'organisation de l'économie, tout en offrant un environnement propice à la préservation des institutions politiques et sociales démocratiques. Les États-Unis estiment qu'il n'y a pas d'incohérence intrinsèque à reconnaître que le droit de la concurrence peut promouvoir à la fois la liberté et la prospérité, et soulignent que cette question fait débat depuis longtemps.

Le **président** remercie les États-Unis et invite la **Nouvelle-Zélande** à ouvrir la troisième partie de la discussion, consacrée aux normes autres que celles relatives au bien-être des consommateurs.

La **Nouvelle-Zélande** explique comment fonctionne en pratique son régime mixte, qui associe une norme fondée sur le bien-être des consommateurs et une norme modifiée de bien-être total. La *Commerce Act* a pour objet de promouvoir la concurrence dans l'intérêt à long terme des consommateurs, ce qui s'apparente au départ à un modèle de norme relative au bien-être des consommateurs. Toutefois, le régime comporte une soupape de sécurité appelée régime d'autorisation, qui autorise certains comportements anticoncurrentiels si un avantage sociétal global peut être démontré. Son fonctionnement consiste à pondérer les considérations liées au bien-être en fonction de différents groupes. Par exemple, la restriction de la publicité pour les préparations pour nourrissons a été compensée par la promotion de l'allaitement maternel ou par l'autorisation d'une fusion de sites d'enfouissement qui a réduit les émissions liées aux transports.

La Nouvelle-Zélande a une expérience positive de cette approche flexible, et le **président** invite l'**Équateur** à faire part de son point de vue. La contribution de l'Équateur expose les défis associés à l'existence de plus de huit normes, qui peuvent être évidemment source d'incertitude pour les entreprises et les juristes, et la façon dont le pays gère ce système complexe.

Le droit de la concurrence équatorien se décline en une série de normes portant sur l'équité, les droits des consommateurs et des utilisateurs, le processus concurrentiel, l'ordre public et le bien-être des consommateurs, entre autres. L'Équateur explique qu'il ne donne pas de poids explicite à une norme ou à un critère en particulier ; au contraire, le choix d'une norme plutôt qu'une autre est simplifié par l'application de la norme prescrite dans l'article de la conduite faisant l'objet de l'enquête. Par exemple, pour les infractions d'abus de position dominante ou d'accord restrictif, la norme la plus souvent appliquée est celle du processus concurrentiel. L'avantage est que, dans ce scénario, la législation n'impose pas de réaliser une analyse économique de l'impact sur les consommateurs, ce qui permet d'économiser des ressources par ailleurs limitées dévolues aux enquêtes. L'Équateur explique également que, bien que la « norme du bien-être général des consommateurs et des utilisateurs » (celle qui prévaut dans le pays) n'ait pas encore été appliquée concrètement, l'autorité de la concurrence la considère comme un principe directeur général qui englobe des éléments autres que le prix, tels que la qualité, le choix et l'innovation, et interprète les consommateurs comme incluant les consommateurs intermédiaires. Même si sa législation comporte de nombreuses normes, l'Équateur garantit la prévisibilité et la stabilité pour les entreprises en appliquant de manière cohérente la norme pertinente associée au comportement.

Le **président** remercie l'Équateur et estime qu'une certaine souplesse est souhaitable, car les discussions menées jusqu'à présent ont montré que la transparence et la prévisibilité juridique sont des attributs importants des normes pour de nombreuses juridictions et leurs tribunaux.

Il invite ensuite le **professeur Gerbrandy** à introduire la dernière partie de la discussion sur les normes en général et la voie à suivre.

La protection des valeurs sociétales au moyen d'arbitrages avec le bien-être des consommateurs est considérée par certains comme un appel à l'action adressé aux autorités de la concurrence, et le **professeur Gerbrandy** estime que les autorités de la concurrence devraient disposer de mécanismes, comme celui du « régime d'autorisation » de la Nouvelle-Zélande, qui sert de soupape de sécurité, pour réagir face à des affaires portant sur des enjeux tels que la pluralité des médias, la liberté d'expression, le processus démocratique, la durabilité, etc. En d'autres termes, les autorités de la concurrence doivent réagir lorsqu'elles sont confrontées à des affaires, qu'il existe ou non une législation spécifique pour traiter ces questions.

Dans le prolongement de cette introduction, le **président** invite l'Afrique du Sud à expliquer en quoi sa norme reposant sur des considérations d'intérêt public permet d'opérer certains arbitrages entre l'efficacité économique et d'autres objectifs socio-économiques, en dépit des arguments selon lesquels ce modèle est difficile à administrer et manque de prévisibilité.

L'Afrique du Sud explique d'abord que la loi sud-africaine sur la concurrence est influencée par l'histoire politique et économique du pays, et intègre des considérations d'équité, de justice et de large participation à l'économie. La norme du bien-être des consommateurs est limitée dans trois domaines. Le premier concerne les fusions, pour lesquelles l'Afrique du Sud a établi une évaluation distincte de l'intérêt public fondée sur quatre facteurs, menée parallèlement à l'évaluation de la concurrence, ce qui évite de devoir mettre en balance les effets concurrentiels, appréciés au moyen d'une norme de bien-être des consommateurs, et les considérations d'intérêt public. Le deuxième domaine se rapporte aux affaires d'abus de position dominante, surtout en lien avec les effets anticoncurrentiels sur les petites et moyennes entreprises. L'Afrique du Sud souligne qu'il est difficile de prouver que la concurrence est sensiblement restreinte ou empêchée dans les cas où les effets négatifs sur les différents acteurs ne se traduisent pas par des impacts

plus larges sur le marché. Les récentes modifications apportées à la loi sur la concurrence ont remédié à ce problème en examinant les répercussions sur les PME par le prisme de différentes normes, comme l'équité et les obstacles à la participation. Le troisième domaine d'intérêt concerne la nécessité de tenir compte des violations des droits constitutionnels.

Le **président** invite la **Grèce** à évoquer le concept de droit de la concurrence polycentrique comme base utile pour appliquer différents critères de fond.

En premier lieu, la **Grèce** reconnaît que les normes peuvent être appréciées différemment en fonction du contexte institutionnel, mettant en lumière les différences entre les États-Unis et l'Europe. La Grèce met l'accent sur les normes fondées sur l'action publique plutôt que sur les principes, car certaines normes poursuivent des objectifs de justice ou d'équité plutôt que d'effets économiques. Le concept de « norme polycentrique du droit de la concurrence », expliqué en détail dans la contribution de la Grèce, remet en question les hypothèses qui sous-tendent les normes relatives au bien-être des consommateurs ou du bien-être total. La contribution suggère que le droit de la concurrence devrait tenir compte à la fois des préférences du marché et de celles exprimées dans la sphère sociale et démocratique plus large. En effet, les préférences exprimées par les individus sur le marché pourraient entrer en conflit avec leurs préférences en tant que citoyens participant à d'autres sphères de la vie publique. La Grèce fait également observer que le Traité constitutionnel européen illustre la nécessité d'aligner le droit de la concurrence sur des objectifs plus larges tels que la durabilité et les objectifs de l'UE. Dans l'ensemble, la Grèce encourage une approche du droit de la concurrence plus souple et fondée sur des données probantes qui prenne en compte un ensemble plus large de préférences et d'objectifs allant au-delà de considérations strictement économiques.

Le **président** remercie la Grèce et donne la parole au **Canada**.

Le **Canada** fait état des consultations publiques en cours sur l'efficacité de la Loi sur la concurrence pour protéger la concurrence. À l'heure actuelle, l'approche du Canada en matière de normes varie en fonction de l'article de la loi appliqué (par exemple, les ententes sont traitées comme des violations par nature, tandis que d'autres activités d'application du droit de la concurrence, comme l'analyse des fusions, utilisent le critère de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, fondé sur la capacité des entreprises qui fusionnent ou qui occupent une position dominante à exercer un pouvoir de marché). En particulier, le moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité appliqué dans les affaires de fusion, qui détermine si les gains d'efficacité générés par une fusion sont plus importants que la diminution ou l'empêchement de la concurrence, a conduit à mettre l'accent sur la quantification du préjudice anticoncurrentiel lors des audiences devant les tribunaux et dans les décisions de justice, et le Bureau de la concurrence préconise d'y renoncer en faveur d'une approche qui considère les gains d'efficacité comme un facteur discrétionnaire parmi d'autres. Le Bureau attend la réponse du gouvernement à plus de 540 contributions de parties prenantes et du grand public, qui façonneront l'orientation future de la politique de la concurrence au Canada.

Le **président** invite le **Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC)** à s'exprimer au nom des consommateurs qui craignent que les autorités de la concurrence ne renoncent à appliquer le droit de la concurrence dans l'optique de l'intérêt ou du bien-être des consommateurs.

Le **BEUC** estime que la norme du bien-être des consommateurs est suffisamment élaborée pour répondre aux nouvelles tendances et aux conditions de concurrence dynamique sur les marchés numériques, et se dit confiant dans la flexibilité de la norme de l'UE et sa capacité à résoudre efficacement des problématiques non liées aux prix telles que la qualité et l'innovation. À l'appui de ce point de vue, le BEUC fait référence à l'affaire d'infraction

au droit de la concurrence Google et Android, dans laquelle le tribunal a conclu que les pratiques de Google qui limitent les variantes à son moteur de recherche étaient préjudiciables aux intérêts des consommateurs de disposer de diverses sources d'information sur Internet. Enfin, le BEUC met en garde contre les tentatives de politiser l'application du droit de la concurrence de crainte d'aboutir à donner la priorité à la compétitivité des entreprises plutôt qu'à la concurrence.

Le **président** fait observer que, malgré l'existence de multiples points de vue sur les avantages et les inconvénients des normes, personne ne plaide en faveur d'une interprétation dogmatique ou d'une préférence pour une norme par rapport à une autre. En examinant les qualités qu'elles doivent réunir, la discussion a montré qu'une combinaison de ces attributs détermine en grande partie l'intérêt de telle ou telle norme. Le président suggère que des lignes directrices peuvent être source de prévisibilité pour les parties prenantes, surtout dans les régimes dans lesquels des normes différentes sont appliquées à des pratiques différentes. Il donne ensuite la parole aux experts pour leurs remarques finales.

Le professeur **Shapiro** souligne la nécessité de prendre soigneusement en compte la flexibilité et les différentes normes, tout en gardant à l'esprit les risques potentiels et les conséquences fortuites qui pourraient survenir. Par exemple, il est opposé à une protection des petites entreprises de la concurrence exercée par des entreprises plus grandes et plus efficaces parce que, selon lui, ce type de flexibilité va à l'encontre des principes de concurrence et la réalisation de cet objectif devrait passer par l'adoption d'une loi distincte. En revanche, il est favorable à ce que l'autorité de la concurrence fasse usage de son pouvoir discrétionnaire pour choisir les affaires dans lesquelles les entreprises collaborent en vue d'atteindre des objectifs de durabilité pourvu que l'influence politique ne soit pas l'élément moteur de cette prise de décision.

Le professeur **Petit** fait écho aux observations de M. Shapiro concernant l'influence politique indue et invite instamment les autorités de la concurrence à se garder d'opter pour des méthodes d'application de la loi qui s'écartent de la théorie économique et de la compréhension empirique. Selon lui, le discours actuel sur la concurrence est souvent en décalage avec la réalité et soumis à l'arbitraire politique. Il souhaiterait que l'on revienne à une approche plus objective et fondée sur des données probantes, suggérant que des enjeux tels que le changement climatique devraient être traités par le biais de réformes juridiques appropriées plutôt que par la politique de la concurrence.

Le professeur **Gerbrandy** fait observer que les accords internationaux, concernant le changement climatique par exemple, confèrent aux autorités de la concurrence la légitimité nécessaire pour mener à bien leur mission d'application de la loi d'une manière qui soit complémentaire à ces engagements plus larges des pouvoirs publics, mais il met en garde contre le risque d'investir d'autres domaines tels que la protection de la démocratie, la pluralité des médias, etc. tant que le législateur n'aura pas élargi la marge de manœuvre des autorités de la concurrence en ce sens.

Le **président** remercie les participants en soulignant l'utilité de la discussion sur les normes pour les sessions ultérieures sur la durabilité et l'économie circulaire. En dépit des divergences de vues et de l'application de plusieurs normes, le président souligne que la table ronde a en fait mis en évidence un terrain d'entente sur l'application des normes et sur les attributs que les autorités de la concurrence jugent importants pour que les normes soient efficaces.