

Non classifié

Français - Or. Anglais

22 janvier 2025

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

Synthèse de la table ronde sur les gains d'efficience hors marché dans l'application du droit de la concurrence

Annexe au compte rendu succinct de la 141e réunion du Comité de la concurrence

5-6 décembre 2023

Cette synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions qui se sont dégagées de la table ronde consacrée aux gains d'efficience hors marché dans l'application du droit de la concurrence organisée par le Comité de la concurrence le 6 décembre 2023.

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

JT03558592

Synthèse de la table ronde sur les gains d'efficience hors marché dans l'application du droit de la concurrence

Par le Secrétariat¹

Le 6 décembre 2023, le Comité de la concurrence a organisé une table ronde sur les gains d'efficience hors marché dans l'application du droit de la concurrence. La note de référence, les contributions écrites, ainsi que les débats tenus par les délégations et les experts, ont fait ressortir les points suivants :

1. Le traitement des gains d'efficience hors marché varie selon les juridictions, et peu d'autorités de la concurrence sont enclines à en tenir compte dans des marchés différents de celui dans lequel se produit l'atteinte à la concurrence.

La discussion sur l'éventuelle recevabilité et le traitement des allégations de gains d'efficience dans des marchés différents de celui dans lequel se produit l'atteinte à la concurrence s'est concentrée sur les affaires dans lesquelles l'admission de ce type d'allégations pourrait permettre d'avaliser une opération de concentration ou un accord par ailleurs interdits, ou au moins de modifier des mesures correctives. La discussion a couvert les opérations de concentration et les accords anticoncurrentiels, Dans les affaires d'abus de position dominante et d'accords verticaux, le préjudice subi sur un marché est souvent rapporté aux bénéfices produits sur un autre marché, bien qu'ils soient rarement traités spécifiquement comme des gains d'efficience hors marché.

L'intérêt actuel pour cette question résulte principalement de sa pertinence dans deux contextes : les marchés multifaces, où les pratiques anticoncurrentielles produisent des effets différents selon le versant du marché, et les considérations de développement durable, où la question est de déterminer si le préjudice causé à des consommateurs par un accord peut être contrebalancé par des bénéfices environnementaux plus larges pour le public, notamment lorsque ces bénéfices se manifesteront dans un temps plus lointain.

Dans de nombreuses juridictions, les gains d'efficience hors marché ne sont pas du tout pris en considération, ou ne le sont que dans des circonstances étroitement définies. Par exemple, des accords anticoncurrentiels peuvent être exemptés pour les gains d'efficience qu'ils entraînent, y compris hors marché, dès lors que les consommateurs en reçoivent une partie équitable. Même dans les juridictions dont le cadre juridique autorise la prise en compte de gains d'efficience hors marché dans une certaine mesure, ce type d'allégation aboutit rarement.

2. L'adoption dans une juridiction d'une norme de bien-être et le traitement des gains d'efficience hors marché sont souvent liés.

Les juridictions qui appliquent une norme de bien-être global sont souvent plus enclines à tenir compte des gains d'efficience hors marché. Certaines juridictions qui appliquent une norme de bien-être des consommateurs admettent tout de même les gains d'efficience hors marché. Les critères non liés au bien-être et qui sont fondés sur la protection de la concurrence en tant que telle plutôt que sur l'évaluation d'un bien-être global sont en principe les moins compatibles avec les allégations hors marché.

¹ Cette synthèse ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Groupe de travail. Elle récapitule néanmoins les points essentiels des débats qui ont eu lieu au cours de la table ronde, en particulier les vues des intervenants et les contributions écrites et orales des délégations.

Les allégations peuvent être de nature très diverse et porter, par exemple, sur la sécurité des consommateurs et l'intérêt économique général, ou sur des bienfaits dans le domaine de l'emploi, des revenus, de la substitution aux importations, de l'investissement, de la protection de l'environnement, et des politiques relatives au genre.

Dans certaines juridictions, l'autorité de la concurrence peut autoriser une fusion si les entreprises démontrent que la concentration se traduira également par une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché. Ces améliorations doivent l'emporter sur les effets négatifs pour le marché sur lequel l'opération de concentration a lieu.

3. La distinction entre le traitement des gains d'efficacité dans le marché et des gains d'efficacité hors marché dépend largement de la définition du marché. Des gains d'efficacité considérés comme hors marché pour un marché étroitement défini peuvent être considérés comme se produisant dans le marché avec une définition plus large.

Ces dernières années, aux fins de l'examen de la concurrence, les limites du marché ont tendance à être définies de manière moins rigide que par le passé, ce qui n'est pas compatible avec une distinction stricte entre les allégations de gains d'efficacité dans le marché et hors marché. Certaines autorités peuvent définir les marchés de manière plus étroite qu'auparavant, ce qui peut avoir pour effet collatéral d'exclure davantage de gains d'efficacité simplement parce qu'ils se produisent en dehors du marché.

Le recours à la détermination du marché pour décider de l'admissibilité des gains d'efficacité a donné lieu à des difficultés particulières sur les marchés multifaces. Une autorité de la concurrence ou un tribunal qui considère les deux faces du marché comme des marchés distincts ne pourra peut-être pas tenir pleinement compte des liens entre les marchés si les gains d'efficacité hors marché sont exclus.

Outre la définition du marché, ce peut également être dû au fait que les gains d'efficacité se produisent à un niveau agrégé et qu'il est difficile de les attribuer à un marché spécifique.

Toutefois, en pratique, ces considérations peuvent ne pas être pertinentes dans de nombreux cas, les intervenants et les délégations ayant avancé le manque de données empiriques mettant en évidence des gains d'efficacité suffisamment généralisés pour compenser le préjudice au sein d'un marché.

4. Le débat au fond sur les allégations de gains d'efficacité n'est pas tranché, et il subsiste des interrogations de nature procédurale et institutionnelle quant à leur recevabilité et leur traitement.

Les allégations de gains d'efficacité hors marché sont au moins soumises aux mêmes obstacles procéduraux que les allégations de gains d'efficacité dans le marché, auxquelles les autorités de la concurrence font rarement droit.

D'aucuns font valoir que la complexité accrue et le coût de l'examen de ces allégations pourraient conduire à ne pas enquêter sur des fusions et des comportements anticoncurrentiels lorsque les ressources de l'autorité de la concurrence sont limitées. Plusieurs délégations et spécialistes ont en outre fait observer que la mise en balance de différents marchés impose de soupeser le bien-être de différents consommateurs et que ce n'est pas le rôle des autorités de la concurrence et des tribunaux. Pourtant, dans certaines juridictions, le législateur a confié à l'autorité de la concurrence le pouvoir de mettre en balance les bénéfices sociaux et environnementaux et l'atteinte à la concurrence dans d'autres marchés.

Les spécialistes et les délégations ont proposé une alternative au principe d'exclusion totale des gains d'efficacité hors marché. Il s'agirait de considérer que les effets

anticoncurrentiels et les gains d'efficience n'ont pas à donner lieu à des arbitrages entre marchés ou même au sein d'un même marché dès lors que cela amène à sacrifier des groupes vulnérables d'un point de vue économique ou conduit à une répartition injuste des richesses. Toutefois, cette proposition n'a pas la faveur de tous car elle nécessite elle aussi de procéder à des arbitrages entre marchés et d'attribuer un poids au bien-être de différents groupes de consommateurs.

Les autorités de la concurrence ont généralement la possibilité de mettre en balance les gains d'efficience hors marché et des objectifs non liés à la concurrence lorsqu'elles décident de se saisir ou non d'une affaire. Or, donner la priorité à certaines affaires plutôt qu'à d'autres peut s'analyser comme une reconnaissance implicite des gains d'efficience produits par celles dont elles ne se saisissent pas.

5. La prise en compte des gains d'efficience hors marché est rarement déterminante pour l'issue de l'affaire étant donné qu'il est généralement possible de concevoir des mesures correctives pour remédier au préjudice causé par une opération de concentration ou un accord tout en préservant les bénéfices démontrés.

Tous s'accordent sur le fait que toutes les juridictions chercheront des mesures correctives permettant de conserver les gains d'efficience et de remédier à l'atteinte à la concurrence. Par conséquent, la question des gains d'efficience hors marché ne se pose réellement que dans de rares cas dans lesquels il est difficile voire impossible de concevoir des mesures correctives dissociant les gains du préjudice, comme dans les affaires de production conjointe.

Le secteur des compagnies aériennes fournit un bon exemple de marché dans lequel des gains d'efficience hors marché sont susceptibles de se produire. Sur ce marché, la concurrence que se livrent les compagnies aériennes porte généralement sur les liaisons exploitées, notamment celles où les activités des compagnies se chevauchent et dans le cadre desquelles elles coopèrent, tandis que les gains d'efficience se produisent presque toujours au niveau des correspondances. Lorsqu'elles examinent une alliance entre compagnies aériennes, les autorités s'efforcent de régler ce conflit potentiel en acceptant les engagements à remédier aux problèmes de concurrence de manière à pouvoir tirer parti des gains d'efficience hors marché.

6. Les accords de durabilité peuvent produire des bienfaits qui vont au-delà des consommateurs directement affectés par l'accord, ce qui soulève des questions sur le traitement de ces bienfaits.

Plusieurs autorités de la concurrence ont publié des lignes directrices ou des déclarations sur les bienfaits environnementaux des accords horizontaux. Dans de nombreux cas, ces effets positifs ne peuvent être admis que s'ils offrent une compensation totale aux consommateurs lésés, ce qui peut se produire s'ils se manifestent au sein du marché en cause ou si les consommateurs lésés sont substantiellement les mêmes que ceux qui profitent de ces effets positifs, même s'ils se produisent sur un marché distinct. Certaines autorités de la concurrence ont fait le choix d'une approche différente, en partant du principe que la compensation totale des consommateurs lésés ne devrait pas être exigée pour les gains d'efficience produits par certains types d'accords environnementaux, notamment ceux qui ont trait au changement climatique.

D'un point de vue pratique, les gains d'efficience hors marché tels que les bienfaits environnementaux et sociaux sont des avantages non pécuniaires et nécessitent des outils analytiques qui n'entrent pas dans les capacités des autorités de la concurrence, par exemple lorsqu'il faut évaluer le prix fictif d'un polluant ou déterminer un taux d'actualisation à long terme.

Certaines autorités de la concurrence qui prennent en considération les bénéfices environnementaux appliquent une approche qualitative, mais il existe des méthodologies permettant d'en fournir une estimation quantitative. Ces méthodologies bien établies sont d'ailleurs déjà appliquées dans d'autres domaines de politique publique.