

Non classifié

Français - Or. Anglais

16 août 2023

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

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

Synthèse des discussions de la table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust

Annexe au compte rendu succinct de la 135ème reunion du Groupe de travail n°3

21 juin 2022

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée des discussions de la table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust, organisée par le Groupe de travail n° 3 le 21 juin 2022.

D'autres documents consacrés à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm>

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

JT03524181

Synthèse des discussions de la table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust

1. Introduction par le Président

1. Le 21 juin 2022, le Groupe de travail n° 3 de l'OCDE a organisé une table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust, présidée par Jonathan Kanter. Cinq experts ont pris part à la discussion :

- **Juliette Caminade**, Vice-Présidente, Analysis Group ;
- **Ian Forrester**, ancien Juge au Tribunal de l'Union européenne ;
- **Lars Kjolbye**, Associé, Latham & Watkins ;
- **Marcela Mattiuzzo**, Associée, VMCA ;
- **Rod Sims**, ancien Président de l'ACCC.

2. **Le Président** évoque tout d'abord le contexte dans lequel s'inscrit cette table ronde, marqué par les transformations profondes du monde de la politique de concurrence. Il remercie également la délégation ukrainienne de sa présence et de sa contribution à la table ronde. Il introduit ensuite le thème de cette table ronde, en soulignant la nécessité de stopper une conduite anticoncurrentielle avant même qu'elle ne se produise, ou avant que les marchés n'aient basculé et que la concurrence ne puisse plus se développer. Dans ce contexte, les mesures provisoires permettent aux autorités répressives d'avancer plus vite et d'éviter les difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de défaire des transactions. Le contrôle des fusions est l'exemple parfait de l'intérêt des mesures provisoires, puisqu'elles permettent d'intervenir avant que les marchés n'aient subi un préjudice.

3. **Le Président** souligne la nécessité d'envisager une répression ex ante, en plus des options habituelles que sont la réglementation ex ante et la répression ex post. Il demande ensuite au Secrétariat de présenter la note de référence qu'il a préparée pour cette session.

2. Note de référence rédigée par le Secrétariat

4. **Le Secrétariat** commence sa présentation en définissant les mesures provisoires, que l'on peut caractériser comme des mesures temporaires qui peuvent être adoptées pendant l'enquête sur des infractions potentielles au droit de la concurrence. Les mesures provisoires représentent donc un puissant outil pour les autorités de la concurrence, dans la poursuite d'un double objectif : empêcher le dommage pour la concurrence avant de parvenir à une décision sur le fond, d'une part, et garantir l'efficacité de cette décision finale, d'autre part.

5. Les mesures provisoires figurent dans l'arsenal des autorités de la concurrence depuis des décennies, mais leur adoption est très différente selon les juridictions. Toutefois, elles ont récemment suscité une attention accrue dans un contexte marqué par des marchés en mutation rapide et des préoccupations à propos de l'efficacité de la répression et de la longueur des enquêtes antitrust. Ces préoccupations ont ranimé le débat sur l'utilisation des mesures provisoires, et incité les juridictions à promouvoir des réformes dans deux directions principales : accorder aux autorités de la concurrence plus de pouvoirs pour imposer des mesures provisoires (plus particulièrement sur les marchés numériques), et

accélérer l'adoption de mesures provisoires en abaissant les critères légaux et en améliorant les procédures.

6. En ce qui concerne les critères légaux d'adoption de mesures provisoires, le Secrétariat explique que la plupart des juridictions s'accordent sur deux conditions : la probabilité d'une infraction et l'urgence d'empêcher un préjudice grave et irréparable. Pour atteindre leur objectif, les mesures provisoires doivent rester un outil souple qui peut s'adapter aux informations nouvelles collectées par l'autorité de la concurrence ou aux évolutions nouvelles du marché. En outre, les situations d'urgence dans lesquelles les mesures provisoires sont adoptées exigent une application immédiate, essentielle pour garantir leur respect par les entreprises concernées. L'adoption de mesures provisoires devrait être guidée par le principe de proportionnalité, tel qu'il s'applique à tous les autres aspects des procédures antitrust.

7. Le Secrétariat évoque ensuite la probabilité que les autorités de la concurrence imposent des mesures provisoires et leurs incitations à ce faire, qui reposent sur trois aspects. En premier lieu, les critères légaux d'évaluation des deux conditions requises pour prendre des mesures provisoires. En second lieu, les règles procédurales sauvegardant les droits de la défense des parties, qui varient selon les juridictions. Et en troisième lieu, le contrôle judiciaire des mesures provisoires. Enfin, le Secrétariat souligne que les mesures provisoires n'interviennent pas en vase clos et qu'elles devraient être associées à d'autres outils dont disposent les autorités de la concurrence, afin de garantir une action antitrust efficiente. Les mesures provisoires pourraient notamment servir à susciter des négociations afin d'aboutir à des engagements, à tester le marché afin d'affiner des mesures correctives potentielles ou encore à vaincre les difficultés auxquelles l'action répressive est confrontée sur des marchés rapidement changeants.

3. Discussion de la table ronde

8. **Le Président** remercie le Secrétariat de sa présentation, et évoque brièvement l'importance de l'intersection entre réglementation et répression, en ce sens que des mesures provisoires pourraient réduire le besoin de réglementation. Il invite ensuite Juliette Caminade à prendre la parole.

9. **Juliette Caminade** commence sa présentation en démentant le fait que sa société soit intervenue pour et contre un grand nombre des délégations participant à la discussion. Elle explique que sa présentation se concentrera sur un modèle économique simplifié, visant à aider les décideurs à faire le choix d'adopter ou non des mesures provisoires. Elle souligne que le modèle est très simplifié et peut être adapté aux critères de chaque juridiction. Ce modèle repose sur trois concepts économiques de base : la balance des risques, l'urgence et l'irréparabilité. La balance des risques renvoie à l'idée que les autorités doivent mettre en balance le risque de répression excessive si elles prennent une mesure provisoire injustifiée (erreur de type I), et le risque de répression insuffisante si elles attendent trop longtemps et n'adoptent pas de mesure provisoire (erreur de type II). L'urgence fait référence à l'imminence du préjudice. Et l'irréparabilité fait référence au caractère irréversible du préjudice.

10. Caminade insiste sur le fait qu'une répression excessive peut également causer un préjudice irréparable aux consommateurs et aux défendeurs. C'est pourquoi la règle de la décision optimale et son modèle économique jouent un rôle clé. En vertu de cette règle, les autorités devraient envisager d'imposer une mesure provisoire si le préjudice irréparable attendu pour les demandeurs et les consommateurs dans le cas où une mesure provisoire n'est pas imposée à tort est supérieur au préjudice irréparable attendu pour les défendeurs

et les consommateurs dans le cas où une mesure provisoire est imposée à tort. Peu importe l'ampleur de chacun de ces risques en valeur absolue, ce qui compte est l'équilibre ou l'asymétrie entre les deux.

11. On constate que des mesures provisoires ont commencé à être utilisées plus souvent, et deux facteurs critiques sont indispensables pour définir un régime approprié de mesures provisoires. Le premier est la nécessité de disposer d'estimations fiables des paramètres en jeu. Et le second est la nécessité de disposer d'une méthodologie cohérente et rigoureuse d'imposition de mesures provisoires. Certaines industries où les préjudices irréparables sont plus importants pourraient exiger un plus grand nombre de mesures provisoires, telle l'industrie numérique. Toutefois, Caminade souligne que les autorités risquent de basculer dans une répression excessive et de ternir leur réputation si elles appliquent des mesures provisoires de manière inappropriée. C'est pourquoi elle suggère que les autorités pourraient vouloir fixer un seuil en termes de probabilité de survenance d'un comportement anticoncurrentiel. Elle ajoute également que le modèle de décision optimale qu'elle présente est extrêmement linéaire, et que les autorités pourraient recourir à des analyses plus complexes.

12. Caminade suggère également que, plutôt que de se concentrer uniquement sur des mesures provisoires, les autorités devraient également examiner pourquoi les enquêtes prennent autant de temps. Est-ce en raison d'inefficiences du système ou parce qu'il est complexe de prendre une décision, ce qui prend donc du temps ? Enfin, elle explique que les effets de réseau et la dynamique suivant laquelle « le gagnant prend tout » pourraient rendre un régime de mesures provisoires plus utile sur des marchés numériques, où il est plus probable qu'un préjudice irréversible se produise. Toutefois, elle met en garde contre le risque que des mesures provisoires inappropriées nuisent aux consommateurs, et au développement de marchés innovants, raison pour laquelle les mesures provisoires devraient être envisagées au cas par cas.

13. Le **Président** remercie Caminade de sa présentation et lui demande de développer la question de la pondération des risques et de la probabilité du préjudice, au stade de la prise de mesures provisoires et au stade de la décision sur le fond.

14. **Caminade** répond que le modèle qu'elle a présenté se réfère à la probabilité que la conduite en question soit jugée illégale et anticoncurrentielle.

15. **Le Président** pose ensuite la question de la pondération des deux probabilités, c'est-à-dire probabilité de préjudice irréparable et probabilité de succès, et demande à Caminade dans quelle mesure la probabilité de préjudice irréparable peut être plus faible que celle de parvenir à une décision ou de prouver le bien-fondé de l'action répressive.

16. **Caminade** rappelle que le modèle est très simplifié, et que la pondération des possibilités a toujours été une source de difficultés, étant donné que le modèle est purement linéaire tandis que la réalité économique de cette pondération est non linéaire. C'est pourquoi la probabilité de préjudices ne peut pas être réellement calculée, et elle recommande de prendre en considération l'intervalle d'erreurs autour des préjudices.

17. **Le Président** pose ensuite la question du démantèlement difficile des transactions.

18. **Caminade** explique que cette question revient à celle de l'irréparabilité. Les mesures provisoires sont appropriées en matière de fusions, étant donné qu'il s'agit de transactions difficiles à démanteler.

19. **Le Président** estime que sur les marchés caractérisés par des effets de réseau ou qui sont plus susceptibles de basculer, la difficulté de démantèlement devient encore plus substantielle. Pour éviter le basculement des marchés, le Président indique que la balance devrait pencher vers une application excessive de mesures provisoires.

20. **Caminade** répond que le basculement des marchés est une question délicate, étant donné qu'il peut avoir eu lieu pour de bonnes raisons, et que des mesures provisoires destinées à revenir sur ce basculement pourraient être préjudiciables.

21. **Le Président** évoque le choix difficile entre la décision d'attendre qu'une entreprise se développe pour démanteler la transaction qui lui a permis d'assurer sa croissance, et la décision d'intervenir plus tôt en imposant des mesures provisoires qui évitent le basculement du marché.

22. **Caminade** reconnaît qu'il s'agit d'un choix compliqué car il est difficile de prédire le basculement.

23. **Le Président** fait observer que les autorités répressives doivent avoir pour première priorité d'intervenir avant que le marché n'ait basculé et d'éviter qu'un comportement anticoncurrentiel ne se produise. Il souligne également que notre économie est de plus en plus exposée à des effets de basculement (non pas seulement sur les marchés numériques), et qu'il y a donc un plus grand besoin de mesures provisoires. Le Président invite ensuite Rod Sims à prendre la parole.

24. **Rod Sims** précise tout d'abord qu'il ne travaille plus pour l'ACCC. Il commence sa présentation en se déclarant favorable à l'adoption accrue de mesures provisoires, en raison du contexte actuel, caractérisé par des risques élevés de répression insuffisante et l'accumulation croissante de pouvoir de marché. Il souligne également que l'adoption de mesures provisoires variera en fonction des régimes de répression en vigueur, selon que la procédure est judiciaire ou administrative, et ajoute que, dans le premier cas, les mesures provisoires posent plus de difficultés.

25. Sims cite l'exemple d'une affaire traitée par l'ACCC pendant la pandémie de Covid-19, où l'Autorité est intervenue pour autoriser des comportements anticoncurrentiels qui garantissaient une réponse coordonnée à la crise. Il explique que cette intervention est un bon exemple de mesure provisoire couronnée de succès. Toutefois, il soutient qu'il est plus difficile d'imposer des mesures provisoires dans les domaines où l'ACCC agit en tant qu'autorité de poursuite judiciaire, tel le contrôle des fusions. Il évoque une affaire de fusion dans le secteur de la FIV, où l'Autorité a obtenu une injonction d'annulation de la transaction proposée. Cette victoire judiciaire a contribué à envoyer un message aux entreprises australiennes, les avertissant de ne pas procéder à des fusions sans solliciter préalablement l'autorisation de l'Autorité.

26. Évoquant des affaires de conduites anticoncurrentielles unilatérales, Sims s'est déclaré préoccupé par les délais des procédures judiciaires, qui pourraient contribuer à consolider le comportement anticoncurrentiel de l'entreprise en place et repousser de nouveaux entrants. C'est pourquoi il préconise l'utilisation d'injonctions comme un moyen de combattre des pratiques anticoncurrentielles unilatérales.

27. Sims aborde ensuite l'évolution vers une réglementation ex ante sur les marchés numériques, et soutient que les réglementations proposées dans de nombreuses juridictions sont nécessaires et qu'elles donneront probablement lieu à des contentieux et à des mesures provisoires. Ce nouveau contexte brouillera la frontière entre réglementation ex ante et répression ex post. Il conclut en encourageant l'adoption de mesures provisoires, même dans les régimes de poursuites judiciaires où leur adoption peut prendre du temps.

28. **Le Président** souligne qu'il existe une législation aux États-Unis qui créerait une réglementation ex ante pour les marchés numériques. Selon lui, ces nouvelles réglementations pourraient également être considérées comme de nouveaux outils de répression, ce qui va dans le sens de la remarque de Sims selon laquelle les différences entre répression et réglementation s'estompent actuellement.

29. **Sims** en convient et explique que les marchés numériques et technologiques exigent une répression plus personnalisée, étant donné que la répression traditionnelle ex post n'est pas suffisante.

30. **Le Président** demande ensuite à Sims de développer son argument selon lequel il estime qu'une répression excessive n'est pas réellement possible dans le contexte actuel.

31. **Sims** indique qu'au cours de son expérience en tant que responsable des poursuites à l'ACCC, il n'a pas vraiment observé un risque de répression excessive qui ait refroidi la concurrence. Il estime d'ailleurs que cette notion de refroidissement de la concurrence est excessive, étant donné que les entreprises sont très robustes lorsqu'il s'agit de poursuivre leurs propres intérêts. Sims ajoute qu'un recours plus vigoureux à des mesures provisoires pourrait aider à protéger les normes de bien-être des consommateurs.

32. L'expert australien souligne également le biais faussant la concurrence qu'il a tenté de faire valoir auprès des juges. En raison des exigences élevées qui sont imposées aux autorités de la concurrence en matière de preuve, il est très difficile pour elles de prouver ce biais, ce qui conduit à une répression insuffisante.

33. **Le Président** souligne le traitement différent reçu par les mesures provisoires, selon qu'elles sont demandées dans le cadre d'actions privées ou d'actions publiques. À cet égard, lorsque des autorités publiques sollicitent des mesures provisoires, elles tendent à prendre en considération l'existence de préjudices irréparables.

34. **Sims** souligne que dans les affaires de concurrence, les juges tendent à s'aligner sur les arguments présentés par les entreprises, plutôt que sur ceux de l'ACCC, en raison de la confiance qu'ils portent au fonctionnement de l'économie de marché.

35. **Le Président** donne ensuite la parole aux délégations, en leur demandant de s'exprimer sur le fonctionnement de leurs régimes d'imposition de mesures provisoires. Il invite la Commission européenne à partager son expérience de la Directive ECN+ et de ses normes en matière de mesures provisoires.

36. **La Commission européenne** présente la Directive ECN+, qui harmonise les outils donnés aux autorités de la concurrence pour mettre en œuvre les règles de concurrence prévues dans le TFUE. Le délégué rappelle que c'est le Règlement 1/2003 qui façonne la procédure de répression. Toutefois, les autorités répressives nationales ont des compétences parallèles et peuvent, dans certains cas, devenir plus efficaces que la Commission pour assurer cette répression. Dans ce contexte, la Directive ECN+ pose des exigences minimales pour l'adoption de mesures provisoires, harmonisant ainsi les normes dans toute l'Union européenne.

37. Avant l'adoption du Règlement 1/2003, les normes d'imposition de mesures provisoires avaient été définies par la jurisprudence. L'affaire Camera, à la fin des années 1970, a posé les conditions préalables à cet égard, qui ont ensuite été incorporées dans l'article 8 du Règlement 1/2003. Ce Règlement contient en effet les deux exigences déjà évoquées par le Président : l'identification *prima facie* d'une infraction grave au droit de la concurrence et l'urgence due à un préjudice irréparable causé à la concurrence. Une troisième exigence, qui ne figure pas dans le Règlement, a été ajoutée par la jurisprudence : le principe de proportionnalité, qui se réfère à la balance entre l'intérêt de l'entreprise en cause et l'intérêt public. En conclusion, le délégué de la Commission européenne évoque l'affaire Broadcom de 2019, dans laquelle ce régime de mesures provisoires a été appliqué.

38. **Le Président** demande ensuite à la Belgique de prendre la parole.

39. **La Belgique** évoque les normes peu élevées prévues par sa jurisprudence pour l'adoption de mesures provisoires. À cet égard, l'autorité répressive est uniquement tenue

de prouver qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer qu'il pourrait y avoir une infraction. Les décisions sur les mesures provisoires doivent être adoptées dans un délai de deux mois. Cependant, cela ne veut pas dire que des mesures provisoires peuvent être adoptées librement : une balance décisive doit être faite entre le préjudice potentiel pour le demandeur si des mesures provisoires sont refusées et le préjudice potentiel pour le défendeur si des mesures provisoires sont adoptées mais qu'aucune infraction n'est finalement constatée. Ces normes jurisprudentielles ont été codifiées dans une réglementation de 2019, qui a remplacé la notion de préjudice irréparable par celle de préjudice « difficile à réparer ».

40. **Le Président** demande une précision sur le délai requis afin d'adopter des mesures provisoires et la durée de la procédure nécessaire pour statuer sur les infractions sous-jacentes.

41. **La Belgique** répond qu'étant donné que l'application des règles de concurrence est administrative, il n'est pas nécessaire de recourir à une procédure judiciaire. Dans ce contexte, l'adoption de décisions prend généralement entre un et deux ans, et l'intérêt pour une décision finale décroît généralement après l'adoption de mesures provisoires.

42. **Le Président** invite ensuite la délégation ukrainienne à prendre la parole.

43. **L'Ukraine** souligne qu'il est important de déployer une gamme complète d'instruments juridiques afin de pouvoir régler rapidement les conflits en matière de concurrence sur le marché. L'Ukraine explique que, comme pour d'autres juridictions, les mesures provisoires sont à la fois une source de difficultés et d'opportunités. À cet égard, les mesures provisoires risquent d'être perçues par la société comme des interventions excessives dans l'activité économique des entreprises. C'est pourquoi, parallèlement aux mesures provisoires, l'Ukraine a élaboré des recommandations à titre d'instrument alternatif, qui font office d'engagements volontaires de mettre un terme à l'infraction au droit de la concurrence. Le délégué ukrainien explique que la réforme de la législation antitrust actuellement en cours dans le pays prévoit de conférer aux autorités chargées de l'application du droit de la concurrence le pouvoir d'imposer des mesures provisoires de leur propre initiative, sans qu'il soit besoin d'une requête à cet effet.

44. **Le Président** présente l'ancien juge Ian Forrester et l'invite à prendre la parole.

45. **Ian Forrester** souligne que les mesures provisoires sont de plus en plus utiles et nécessaires pour l'application des règles de concurrence. Les mesures provisoires deviennent encore plus pertinentes dans le contexte de décisions qui exigent des délais extraordinairement longs, ce qui rend leur contrôle judiciaire très compliqué. Forrester ajoute que la longueur et la proximité des décisions sont autant d'éléments qui nuisent à la répression et au contrôle judiciaire. Il explique également que sur les marchés de la haute technologie, il est préférable d'approcher la concurrence en examinant si la conduite en cause est ou non conforme à la réglementation, plutôt que comme une punition.

46. Forrester présente les deux questions clés qui découlent du contrôle judiciaire des mesures provisoires : la première est de savoir si l'autorité est légitime afin de les imposer ; et la seconde est de savoir si les faits justifient les mesures provisoires qui ont été imposées. Il critique ensuite l'extrême longueur des décisions en matière de concurrence, qui s'explique par le fait que les autorités s'inquiètent à la perspective du contrôle judiciaire et du fait que leurs décisions risquent d'omettre des informations. Dans ce contexte, les décisions des autorités de la concurrence sont rédigées non pas pour informer mais pour protéger leurs auteurs. Forrester considère que cette approche est inappropriée, particulièrement dans le cas des marchés de la haute technologie. Il rappelle qu'il a reçu, en tant que juge, de nombreuses décisions qui ne se concentraient pas sur des infractions essentielles, mais racontaient plutôt une histoire avec trop de fioritures, difficile à

comprendre pour les autorités judiciaires. C'est pourquoi les décisions en matière de concurrence gagneraient à être plus brèves et plus concentrées sur les questions essentielles.

47. Forrester présente ensuite sa vision à propos des marchés numériques, en disant qu'ils ne doivent pas être abordés d'une manière punitive, mais plutôt sous un angle réglementaire, étant donné que la condamnation à des amendes pourrait diaboliser les acteurs du marché et détourner l'attention de conduites sur le marché qu'il faut essayer de changer. Il avance également l'idée d'introduire un contrôle public final des décisions de la Commission en matière de concurrence, afin d'éviter les lenteurs d'un contrôle judiciaire. Pour conclure, il souligne que la répression en matière de droit de la concurrence ne devrait pas viser à la perfection, mais plutôt à être adéquate et claire, et ajoute que l'adoption de mesures provisoires devrait se fonder sur des décisions concises et faciles à comprendre.

48. **Le Président** reconnaît que trop de fioritures dans les décisions les rend difficiles à comprendre lorsqu'elles concernent le numérique. Il demande ensuite à Forrester pourquoi les mesures provisoires sont si rares à son avis.

49. **Forrester** répond que la raison tient peut-être à la timidité des autorités. **Le Président** ajoute que cette timidité pourrait également être qualifiée d'aversion au risque, laquelle conduit à des décisions longues et manquant de clarté.

50. **Sims** intervient pour ajouter qu'en plus de la timidité, la longueur des décisions des autorités s'explique également par un manque de clarté de la pensée qui les sous-tend.

51. **Forrester** ajoute que plus l'application du droit de la concurrence est vue comme une punition, et plus il est difficile de la voir comme un instrument de régulation du marché.

52. **Lars Kjøbye** prend la parole pour ajouter que non seulement les décisions sont trop longues, mais que les enquêtes sont également excessivement imprécises. Le manque de vision claire à propos de l'enquête fait perdre un temps précieux au regard de l'urgence des mesures provisoires.

53. **Le Président** évoque la notion de norme de bien-être du consommateur actuellement discutée aux États-Unis et le besoin de clarté.

54. **Forrester** met l'accent sur l'utilité d'une contribution judiciaire éventuelle au règlement des différends en matière de concurrence, et cite l'exemple des tribunaux de l'Union européenne, qui ont le pouvoir de convoquer les parties afin d'explorer les possibilités de règlement.

55. **Le Président** présente ensuite Lars Kjøbye et lui donne la parole.

56. **Kjøbye** dévoile la juridiction dans laquelle son cabinet d'avocats traite actuellement des affaires de concurrence, et indique également qu'il a précédemment représenté Broadcom dans une affaire concernant des mesures provisoires imposées par la Commission européenne. Il souligne que la rareté des mesures provisoires s'explique peut-être également par le fait qu'elles rallongent le délai nécessaire pour parvenir au prononcé de la décision sur le fond.

57. **Le Président** indique que c'est précisément lorsque la décision imposant des mesures provisoires devient trop longue et reproduit finalement une décision complète qu'elle devient également trop longue pour faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

58. **Kjøbye** souligne qu'il n'a pas voulu dire qu'il est actuellement si difficile d'adopter des mesures provisoires qu'il n'existe plus de différence entre elles et l'enquête sur le fond. En ce qui concerne les conditions de leur adoption, l'expert rappelle que les mesures provisoires sont conservatoires par nature, et que c'est l'urgence et le risque de

préjudice irréparable qui justifient leur adoption. Les mesures provisoires doivent permettre d'éviter que les victimes de l'infraction soient mortes au moment où la décision sur le fond est adoptée, et c'est pourquoi elles doivent être adoptées en raison de l'urgence à intervenir. L'identification d'une infraction *prima facie* garantit que le dossier, examiné à ce stade préliminaire de la procédure, est suffisamment solide.

59. **Le Président** demande à Kjøbye, revenant sur son argument à propos du risque de décès des victimes de l'infraction, de s'exprimer sur les cas dans lesquels les victimes sont le public et les processus de concurrence.

60. **Kjøbye** répond que la victime est la concurrence et non un concurrent particulier. Cela étant, lorsqu'il s'agit des mesures provisoires et de l'urgence à les adopter, il existe généralement un nouvel entrant sur le marché qui est menacé d'élimination. C'est pourquoi, lorsque l'urgence est correctement définie, il sera facile de déterminer quel aspect particulier de la concurrence est menacé. Il fait ensuite référence à une affaire française concernant le marché des journaux sportifs, et à l'affaire Intel devant la Commission européenne, qui sont deux cas dans lesquels de nouveaux entrants sont menacés et où des mesures provisoires sont nécessaires.

61. **Le Président** pose la question de savoir si les autorités pourraient justifier des mesures provisoires lorsque la conduite anticoncurrentielle a eu lieu depuis un certain temps de telle sorte que le préjudice s'est accumulé.

62. **Kjøbye** exprime des doutes sur la question puisqu'il n'y aurait pas d'urgence dans la situation évoquée par le Président, sachant que la conduite anticoncurrentielle aurait été en place depuis longtemps.

63. **Le Président** demande ensuite dans quelle mesure les théories du préjudice déterminent la nécessité de mesures provisoires. Il explique avoir observé une tendance, dans les affaires impliquant ce type de conduite, à considérer que l'éviction est le principal préjudice causé à la concurrence. Il pose la question de savoir si cette approche est cohérente avec notre réalité actuelle, dans laquelle les pratiques anticoncurrentielles visent autant à empêcher la concurrence en aval qu'à construire des douves autour des entreprises dominantes.

64. **Kjøbye** estime que l'observation du Président est pertinente pour les marchés numériques, dans lesquels les barrières pour les nouveaux entrants ne consistent pas tant à créer des services concurrents qu'à pouvoir les monétiser. Or, la méthode la plus courante de monétisation est la publicité, un marché qui est actuellement dominé par deux grands acteurs. Dans ce contexte, des interventions rapides des autorités sont essentielles.

65. **Le Président** indique que, d'après son expérience, la concurrence ne vient pas actuellement de concurrents directs, mais de technologies ou d'entreprises qui réduisent la profondeur des douves entourant les entreprises dominantes.

66. **Kjøbye** reconnaît que pour les marchés numériques, ce serait une erreur de penser que le service le plus similaire à celui de l'entreprise dominante en place est le concurrent le plus proche. Sur ces marchés, il faut être différent pour attirer les consommateurs, et ce sont donc des services différents qui doivent être considérés comme des concurrents potentiels.

67. **Le Président** souligne le rôle des mesures provisoires dans l'émergence de ces nouveaux services différents qui peuvent contester le pouvoir de monopole des entreprises en place.

68. **Kjøbye** revient sur la question de l'urgence des mesures provisoires, qui implique que les autorités doivent argumenter sur la base des théories du préjudice pour justifier

qu'elles ne peuvent pas attendre pour imposer des mesures provisoires. Mieux ce récit de l'urgence sera transmis, et moins il sera difficile d'établir l'existence d'une infraction *prima facie*.

69. **Le Président** demande si, lorsqu'un préjudice pour la concurrence s'est accumulé (plutôt qu'en cas d'éviction directe ou de préjudice limité à un seul cas), il serait possible de prouver l'urgence à un moment quelconque.

70. **Kjølbye** répond qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'un préjudice cumulé s'aggrave pour adopter des mesures provisoires. En cas d'aggravation d'un préjudice cumulé, les autorités devraient attendre avant de prendre leur décision finale.

71. **Le Président** demande ensuite si cet argument implique que rien ne justifie l'adoption de mesures provisoires lorsque le préjudice est déjà là.

72. **Kjølbye** explique que telle n'est pas la conclusion de son argument. Les autorités pourront imposer des mesures provisoires si elles peuvent prouver que le préjudice cumulé s'accroît. À cet égard, l'urgence pourrait être justifiée si les tendances du marché révèlent un risque de basculement. L'expert estime que des critères légaux plus élevés applicables à la décision sur le fond conduiront à un seuil plus élevé pour justifier *prima facie* l'imposition de mesures provisoires.

73. **Forrester** ajoute que l'infirmité de décisions des autorités publiques à l'issue du contrôle judiciaire est quelque chose de sain, et critique ce qu'il a qualifié de tolérance zéro pour les revers judiciaires.

74. **Le Président** rappelle certains des points évoqués par Forrester au cours de ses interventions, notamment : « les revers judiciaires sont parfaitement sains », « trop de fioritures nuisent à la compréhension », « perdre est un moyen de se renforcer » et « les amendes sont une distraction ». Il ouvre ensuite un chapitre de la discussion qui se concentrera sur les aspects procéduraux des mesures provisoires et leur impact sur les enquêtes en cours et le contrôle judiciaire. Il invite la Suisse et le Royaume-Uni à prendre la parole pour faire part de leurs expériences.

75. **La Suisse** précise que ses critères d'imposition de mesures provisoires dans les affaires antitrust sont élevés. Trois exigences s'appliquent à cet égard : la menace d'un désavantage concurrentiel auquel il ne peut pas être facilement remédié, l'urgence de l'intervention et la proportionnalité des mesures. Néanmoins, l'autorité de la concurrence du pays a imposé des mesures provisoires dans vingt-trois affaires ces dernières années. Le délégué suisse souligne que l'autorité applique des mesures provisoires qui peuvent être combinées à des engagements, et ajoute que dans une récente affaire, les mesures provisoires ont été conçues sur la base d'engagements antérieurs.

76. D'après l'expérience suisse, les économies de temps résultant de mesures provisoires ne sont pas significatives. La raison en est la nature inquisitoire de la procédure suisse en matière de concurrence, qui rend difficile de trouver le bon équilibre entre des interventions rapides et une enquête suffisante sur les faits. En outre, du fait des recours judiciaires, il est difficile de mettre rapidement en œuvre des mesures provisoires, car elles suspendent l'enquête. Le délégué présente ensuite deux affaires récentes illustrant comment, pour des raisons tenant au respect des principes de l'État de droit, une intervention rapide des autorités n'est pas toujours possible, même dans le cas de mesures provisoires.

77. Le **Royaume-Uni** concentre ses contributions sur les réformes actuelles des mesures provisoires. Le délégué explique que l'autorité de la concurrence britannique, la CMA, a le pouvoir d'imposer des mesures provisoires dans des situations d'urgence, lorsque ces mesures sont nécessaires pour empêcher des préjudices significatifs. Ces

pouvoirs ont été réformés en 2014. Avant cette date, le seuil légal pour imposer des mesures provisoires correspondait au critère à satisfaire pour empêcher des préjudices graves et irréparables. La CMA n'a imposé des mesures provisoires que dans une seule affaire, dans le secteur de l'aviation.

78. Le délégué soutient que, dans leur forme actuelle, les mesures provisoires ne sont pas efficaces car elles ne peuvent pas être mises en œuvre rapidement pour empêcher le basculement du marché. Sous l'empire de la réglementation actuelle, par exemple, la CMA est tenue de fournir un accès complet au dossier de l'affaire avant l'adoption de mesures provisoires. Cet accès au dossier prend généralement du temps et retarde donc l'adoption des mesures provisoires. C'est pourquoi le gouvernement réexamine actuellement l'étendue de l'accès au dossier qui est accordé avant l'adoption de mesures provisoires. Enfin, le délégué britannique évoque le contrôle judiciaire des mesures provisoires, qui tend également à être antagoniste avec le besoin d'intervenir en urgence. C'est la raison pour laquelle le gouvernement étudie également la possibilité de réduire l'intensité du contrôle, de telle sorte que des mesures provisoires puissent être adoptées plus rapidement.

79. Le **Portugal** explique qu'au cours des deux dernières décennies, son autorité de la concurrence n'a imposé des mesures provisoires que dans deux affaires. Aucune de ces décisions n'a subi de revers judiciaire. Le Portugal évoque ensuite l'effet suspensif de l'appel, que la loi portugaise exclut afin de garantir le bon fonctionnement des mesures provisoires. Enfin, la législation portugaise exige un avis du régulateur, qui n'est pas juridiquement contraignant, lorsque les mesures provisoires proposées concernent un secteur réglementé, ce qui permet de voir clairement si ces mesures seront efficaces.

80. La **Lettonie** présente sa procédure administrative de répression des infractions au droit de la concurrence, dans laquelle l'autorité de la concurrence peut adopter des mesures provisoires qui peuvent ensuite être contrôlées par les tribunaux. Toutefois, ce contrôle judiciaire doit avoir lieu dans les quatorze jours suivant l'adoption de la mesure provisoire. Le contrôle judiciaire n'intervient qu'une seule fois et n'a pas d'effet suspensif sur la décision. Les décisions d'imposition de sanctions provisoires doivent respecter les principes du droit à un procès équitable.

81. Le **BIAC** exprime son puissant soutien au respect du droit à un procès équitable et de l'équité procédurale dans les procédures concernant le droit de la concurrence, deux dimensions qui sont profondément impactées par les mesures provisoires. Le délégué alerte sur le fait que les mesures provisoires, si elles sont appliquées trop tôt dans la procédure d'enquête, peuvent avoir un impact négatif sur les entreprises. En outre, le BIAC évoque l'affrontement entre la procédure au fond et les mesures provisoires. Les autorités devraient fournir la preuve de l'infraction *prima facie* et de l'urgence de leur intervention. Dans un contexte d'adoption plus fréquente de mesures provisoires, le respect du droit à un procès équitable devrait également être encore plus rigoureux. En conclusion, le BIAC souligne le fait que les mesures provisoires doivent être levées au moment où l'autorité statue sur l'infraction, et que ces mesures ne sont pas destinées à traiter plus rapidement les affaires.

82. Le **Président** donne ensuite la parole à la France et à la Suède, afin qu'elles puissent indiquer, d'après leur expérience, quelles affaires bénéficient le plus des mesures provisoires.

83. La **France** estime que la numérisation de l'économie a prouvé la nécessité pour les autorités de recourir à des outils permettant une réaction rapide. Dans ce contexte, l'intérêt pour les mesures provisoires s'est accru. Le délégué français convient qu'il est difficile d'accuser les autorités d'une utilisation excessive de ces mesures, et que les marchés numériques se prêtent plus à leur adoption en raison de leurs idiosyncrasies spécifiques. La jurisprudence française subordonne l'imposition de mesures provisoires à de multiples

conditions préalables et à la prise en considération de multiples intérêts. Les affaires concernant les marchés numériques remplissent généralement ces conditions préalables, en raison de l'impact des effets de réseau qui créent un plus grand risque que des concurrents soient expulsés du marché. Le délégué présente ensuite deux affaires dans lesquelles des mesures provisoires ont été imposées en France et conclut que l'importance des mesures provisoires sur les marchés numériques ne devrait pas nous faire oublier qu'elles doivent être jugées nécessaires et proportionnées au cas par cas.

84. La **Suède** présente deux affaires dans lesquelles son autorité de la concurrence a appliqué des mesures provisoires. La première concerne une plateforme d'agrégation de fitness, qui avait signé des accords d'exclusivité avec plusieurs studios de fitness à Stockholm. Dans un marché caractérisé par de puissants effets de réseau indirects, l'autorité a considéré que ces accords d'exclusivité pourraient causer un préjudice irréparable à la concurrence si aucune mesure n'était prise, en faisant basculer le marché en faveur de la plateforme. C'est pourquoi des mesures provisoires ont été adoptées, empêchant la plateforme d'appliquer les accords d'exclusivité avec les studios de fitness. La seconde affaire présentée par la délégation suédoise impliquait deux entreprises liées par une relation contractuelle sur le marché des données sur les prix de l'immobilier. Au cours d'une renégociation contractuelle, l'une des entreprises a refusé de continuer d'accorder à l'autre le droit de publier des statistiques sur les prix de l'immobilier. L'autorité suédoise a considéré que cette action constituait un abus potentiel de position dominante susceptible de causer un préjudice potentiellement irréparable et a ordonné, en conséquence, l'adoption de mesures provisoires. Le délégué suédois conclut que ces deux affaires démontrent que les marchés numériques peuvent être plus exposés à des préjudices concurrentiels irréversibles, en raison de la présence d'effets de réseau indirects qui conduisent au basculement du marché. C'est pour cette raison que l'adoption de mesures provisoires à un stade précoce de l'enquête devient un outil important pour les autorités.

85. Le Président remercie la Suède d'avoir évoqué le rôle du retour d'expérience et des effets de réseau dans le contexte des mesures provisoires. Il donne ensuite la parole à Marcela Mattiuzzo afin qu'elle expose les aspects procéduraux des mesures provisoires et leur interaction avec la procédure sur le fond.

86. **Mattiuzzo** informe qu'elle intervient actuellement dans plusieurs affaires devant l'autorité de la concurrence brésilienne, la CADE. Elle explique qu'en vertu de la législation brésilienne, la CADE peut imposer des mesures provisoires au cours des enquêtes, sans devoir obtenir une autorisation judiciaire préalable. Le rôle des tribunaux se limite au contrôle des mesures provisoires. Elle indique que sur les dix-neuf injonctions imposées par la CADE depuis 2012, quinze ont été des mesures provisoires imposées dans le cadre des enquêtes et quatre ont été des mainlevées « inductives » [sic] consenties dans le cadre de contrôles des fusions. Les mesures provisoires adoptées dans la conduite des enquêtes se sont principalement concentrées sur des abus de position dominante, et bien qu'un grand nombre d'entre elles visaient des marchés numériques, Mattiuzzo indique que la discussion devrait s'étendre à tous les types de marchés.

87. Elle explique que l'objectif principal des mesures provisoires est de stopper un comportement anticoncurrentiel, mais que leurs objectifs sont devenus plus complexes dans certaines affaires. Elle présente une affaire similaire à celle de la Suède, qui impliquait des accords d'exclusivité imposés par une plateforme d'agrégateur de fitness. Dans ce scénario, les mesures provisoires de la CADE ne visaient pas seulement à faire cesser le comportement en cause, mais à ordonner également aux entreprises concernées de faire une offre juridiquement contraignante. Cette affaire a montré à quel point la nature des mesures provisoires devient actuellement plus complexe.

88. En termes de contrôle judiciaire, Mattiuzzo souligne que toutes les mesures provisoires adoptées par la CADE ont ensuite été annulées par les tribunaux. Le système judiciaire brésilien est devenu moins disposé à accueillir ces mesures.

89. **Le Président** commente en disant que des revers judiciaires constants pourraient effectivement être malsains. Il demande ensuite à l'experte si elle s'attend à ce que la CADE réduise l'adoption de mesures provisoires dans ce contexte de défiance judiciaire.

90. **Mattiuzzo** répond qu'elle ne prévoit pas nécessairement un déclin de l'utilisation des mesures provisoires, mais plutôt une approche plus prudente en termes d'étendue des mesures afin d'éviter leur annulation en justice.

91. Le **Brésil**, représenté par la CADE, ajoute que son approche des mesures provisoires a été très prudente et qu'il envisage actuellement dix mesures provisoires dans différentes affaires. Le délégué brésilien souligne également que d'autres mesures provisoires adoptées par la CADE n'ont pas été frappées d'appel et ne font pas l'objet d'une judiciarisation. Enfin, le Brésil présente une affaire concernant un marché numérique, qui a souligné la nécessité d'adopter des mesures provisoires dans le contexte de la pandémie de Covid 19.

92. **Mattiuzzo** ajoute que les tribunaux brésiliens sont débordés, croulent sous des masses énormes de dossiers et n'ont pas de juges spécialisés dans l'antitrust. C'est pourquoi les décisions sur les mesures provisoires devraient être claires et concises, afin de garantir que les juges peuvent les comprendre et, ce faisant, réduire le risque d'annulation.

93. Le **Brésil** fait observer que la décision dans l'affaire qui a été présentée était concise et brève. Le Brésil évoque également les difficultés liées au contrôle judiciaire et le manque de spécialisation des juges dans les affaires antitrust. Dans ce contexte, la Cour suprême a récemment reconnu que les décisions de la CADE doivent être respectées par l'autorité judiciaire en raison de la spécialisation de cette autorité.

4. Conclusion

94. Le **Président** invite les experts intervenants à partager leurs observations finales.

95. **Mattiuzzo** souligne le consensus des participants sur la nécessité croissante d'imposer des mesures provisoires. Elle met également l'accent sur l'interaction entre ces mesures et les réglementations ex ante.

96. **Kjølbye** soutient que l'histoire se répète et qu'il ne faudrait jamais oublier le fait que les autorités de la concurrence disposent d'immenses pouvoirs qui leur imposent également la responsabilité de bâtir des dossiers solides.

97. Le **Président** observe que les mesures provisoires deviennent plus importantes dans le contexte de marchés caractérisés par des effets de réseau et un comportement anticoncurrentiel émanant des douves construites autour des entreprises en place plutôt que de l'éviction des concurrents en aval.

98. **Caminade** encourage les autorités à procéder à une analyse économique sérieuse de leurs mesures provisoires, en se concentrant sur ce qui est considéré comme un préjudice irréparable par rapport à un simple préjudice.

99. **Forrester** invite les juridictions à se doter d'une instance administrative d'appel au sein de l'autorité de la concurrence, avant le contrôle judiciaire des décisions. Il encourage également à privilégier la réglementation à la diabolisation, et exhorte les autorités à être courageuses et concises dans leurs décisions.

100. **Sims** est d'avis que les tribunaux devraient envisager de ne pas lire des décisions excessivement longues.

101. Le **Président** remercie les délégations et les experts intervenants de leur participation à la table ronde.