

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

**Compte rendu succinct des discussions de la table ronde sur les mesures provisoires
dans les enquêtes antitrust**

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

21 juin 2022

Ce compte rendu succinct rédigé par le Secrétariat de l'OCDE résume les conclusions principales qui se sont dégagées 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

JT03524182

Compte rendu succinct des discussions de la table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust

Rédigé par le Secrétariat*

Le 21 juin 2022, le Groupe de travail n° 3 a organisé une table ronde sur les mesures provisoires dans les enquêtes antitrust.

Les principaux enseignements qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites des délégués et des interventions des experts et délégués qui ont pris part aux débats sont les suivants :

- 1. Les mesures provisoires peuvent être un moyen efficace de protéger la concurrence et de sauvegarder l'efficacité de l'action répressive pendant que l'autorité de la concurrence enquête sur des infractions potentielles. Les mesures provisoires sont essentiellement de nature conservatoire, et leur application devient de plus en plus complexe.**

Un grand nombre d'autorités de la concurrence disposent de pouvoirs (explicites ou tacites) leur permettant d'imposer directement des mesures provisoires ou de demander au tribunal de les imposer. Les mesures provisoires poursuivent deux objectifs principaux : (1) empêcher le préjudice pour la concurrence qui peut être causé avant une décision sur le fond ; et (2) contribuer à l'efficacité de la répression.

La plupart des autorités disposent d'un vaste pouvoir d'appréciation du type de mesures provisoires à imposer. Exception faite d'un petit nombre de juridictions, les mesures provisoires ne se limitent pas à des obligations de ne pas faire, mais englobent également des obligations de faire. Concevoir des mesures efficaces et bien ciblées est un exercice complexe, particulièrement dans les affaires où la conduite qui donne lieu à l'enquête est le résultat de relations commerciales de longue durée recouvrant différents produits et zones géographiques relevant de conditions différentes. Les mesures provisoires récemment imposées incluent la suspension de clauses contractuelles, l'octroi d'un accès provisoire à une infrastructure ou à un intrant essentiel, l'obligation de fournir à certaines conditions et la résiliation de contrats. Dans le contexte d'une action pénale, les mesures provisoires comprennent la saisie d'actifs, l'interdiction de participer à des appels d'offres et la révocation de licences professionnelles.

Dans certaines juridictions, les mesures provisoires servent également à imposer des obligations aux parties à une opération de fusion, pendant le déroulement de la procédure de contrôle de cette fusion.

Les préoccupations suscitées par l'efficacité de l'action répressive – en particulier par la longueur des enquêtes sur des marchés en mutation rapide – ont relancé le débat sur l'utilisation optimale de cet outil, en déclenchant des propositions visant à doter les autorités de pouvoirs supplémentaires d'imposition de ces mesures, et à réviser les critères légaux et les procédures en la matière.

* Ce compte rendu succinct ne reflète pas nécessairement un consensus au sein du Comité de la concurrence. Il 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 délégués.

2. Bien que les critères d'imposition de mesures provisoires ne soient pas uniformes, la plupart des juridictions exigent deux conditions : la probabilité de l'infraction et l'urgence à prévenir le préjudice.

L'interprétation des deux conditions légales – probabilité de l'infraction et urgence à prévenir le préjudice – ainsi que les normes de preuve requises, ont un impact sur la probabilité que des mesures provisoires soient appliquées et sur les incitations à les appliquer.

Les normes posées pour déterminer la probabilité de l'infraction diffèrent selon les juridictions. En général, plus la norme de preuve est difficile à atteindre dans l'affaire au fond, et plus élevée est la norme de preuve pour les mesures provisoires. Néanmoins, la norme de preuve doit nécessairement être moins élevée que celle requise dans l'affaire au fond. Dans certaines juridictions, il suffit de démontrer qu'une infraction serait probable ou, à tout le moins, qu'il ne serait pas manifestement déraisonnable de penser qu'elle soit commise.

Quant à l'urgence de prévenir le préjudice, bien que certaines juridictions appliquent un critère strict d'irréparabilité, d'autres admettent également que des mesures provisoires soient imposées lorsque le préjudice serait difficile à réparer. En général, plus le degré d'urgence est élevé et plus la norme de preuve de la probabilité d'infraction sera basse. En outre, certaines juridictions se concentrent sur le préjudice causé à la concurrence ou au processus de concurrence, tandis que d'autres considèrent également le préjudice causé à une partie spécifique (par exemple, un concurrent) ou à une catégorie particulière. L'urgence peut être prouvée en démontrant qu'un intrant particulier est menacé d'être éliminé, ou que le basculement du marché fait sortir d'autres acteurs du marché. Si la conduite qui fait l'objet de l'enquête est en place depuis un certain temps, la preuve de l'urgence pourra exiger de démontrer quel changement intervenu sur le marché justifie une intervention immédiate, en particulier si des mesures provisoires ne sont pas prises rapidement.

2. Adaptabilité, réversibilité, caractère exécutoire et proportionnalité des mesures provisoires sont autant de principes clés que doivent respecter les autorités de la concurrence pour concevoir des mesures provisoires efficaces

Les mesures provisoires sont temporaires par nature. L'outil doit demeurer souple, en permettant de modifier les mesures en fonction des changements du marché ou des nouvelles constatations de l'enquête. Certaines juridictions imposent que les mesures provisoires n'excèdent pas une certaine durée maximale, qui peut être étendue en vertu d'une décision dûment motivée. Dans la pratique, toutefois, la réversibilité des mesures provisoires (et de leurs effets) pourrait être problématique si, par exemple, des mesures, même de nature comportementale, peuvent modifier substantiellement la structure de marchés.

Les mesures provisoires doivent également être nécessaires et proportionnées, c'est-à-dire demeurer centrées sur les préoccupations clés spécifiques à l'affaire et faire la balance entre les intérêts légitimes de ceux qui font l'objet de ces mesures et l'intérêt public à préserver une concurrence efficace.

Contrôler le respect de ces mesures est important. En effet, la possibilité d'imposer des amendes, y compris des astreintes en cas de non-respect ou de retard à respecter des mesures provisoires, est capitale pour garantir une utilisation efficace de cet outil.

4. Les aspects procéduraux peuvent contribuer à l'efficacité des mesures provisoires, et inciter à les appliquer.

Les mesures provisoires doivent intervenir au bon moment pour être efficaces. On peut établir une distinction entre les juridictions où les autorités de la concurrence ont le pouvoir d'imposer directement des mesures provisoires, et celles où le pouvoir d'imposer des mesures provisoires est réservé aux tribunaux. Dans les régimes où la procédure est judiciaire, il peut être plus complexe d'utiliser cet outil en raison de la nécessité d'engager une procédure judiciaire nécessitant beaucoup de ressources, tout en avançant dans l'enquête sur le fond. Même dans certaines juridictions administratives, les mesures provisoires ne sont pas efficaces pour le moment, car la procédure n'est pas suffisamment rapide. En réalité, les mesures provisoires n'accélèrent pas toujours la procédure, en particulier si les normes, les critères et les procédures répliquent, pour l'essentiel, ceux qui s'appliquent à la procédure sur le fond.

Certaines exigences procédurales sont toutefois des sauvegardes importantes, afin de préserver le droit à une procédure équitable, et la plupart des juridictions accordent aux parties le droit d'être entendues. Il existe quelques rares juridictions dans lesquelles des mesures provisoires peuvent être prises avant d'entendre les parties intéressées, dans des cas d'extrême urgence.

Certaines juridictions reconnaissent l'importance que les demandes de mesures provisoires soient faites par des parties privées. D'autres, en revanche, prévoient que des mesures provisoires ne peuvent être imposées que d'office, de telle sorte que les autorités de la concurrence n'ont pas la charge de statuer formellement sur des demandes de ces parties.

Les décisions imposant des mesures provisoires sont généralement susceptibles d'appel. L'étendue et la rapidité du contrôle judiciaire influencent les incitations à recourir à des mesures provisoires. Certaines juridictions ont institué un contrôle judiciaire accéléré, qui se limite à vérifier la légalité de la décision et n'a pas d'effet suspensif, tandis que d'autres soumettent la décision ordonnant des mesures provisoires à un réexamen complet du bien-fondé de la décision, qui suspend les effets de celle-ci.

5. Les mesures provisoires peuvent influencer l'issue des enquêtes, de telle sorte qu'il convient d'examiner attentivement leur interaction avec des solutions négociées, des mesures correctives finales et la réglementation.

En premier lieu, les mesures provisoires ont certes pour objectif principal d'empêcher un préjudice grave et irréparable, mais elles peuvent également être un moyen efficace de susciter des négociations afin d'aboutir à des engagements ou à un règlement de l'affaire. Toutefois, les mesures provisoires n'accélèrent pas toujours ces négociations.

En second lieu, bien que des considérations liées aux mesures correctives finales ne devraient pas avoir une influence décisive sur des mesures correctives provisoires, les mesures provisoires peuvent servir l'objectif supplémentaire d'affiner les mesures correctives potentielles qui seront prononcées lorsque l'affaire aura été jugée sur le fond.

En troisième lieu, selon l'ampleur de l'évolution vers une approche réglementaire sur des marchés en changement rapide, les mesures provisoires pourront être moins nécessaires. Simultanément, les mesures provisoires demeurent un puissant outil pour s'attaquer aux difficultés posées par l'action répressive. Elles pourraient réduire la nécessité d'une réglementation *ex ante* et pourront toujours être très utiles lorsque cette réglementation peut conduire à de longues procédures.

6. Les mesures provisoires deviennent de plus en plus nécessaires dans l'application des règles de concurrence. Toutefois, elles demeurent un recours exceptionnel réservé à des circonstances limitées.

La décision de prendre des mesures provisoires exige de mettre en balance les risques d'une répression excessive (en prenant des mesures provisoires qui ne sont pas nécessaires) et d'une répression insuffisante (en ne prenant pas des mesures provisoires qui sont nécessaires).

Afin de calculer le préjudice et les coûts découlant de la prise d'une mauvaise décision, les autorités devraient prendre en considération la probabilité, l'ampleur et l'asymétrie des deux préjudices (celui qui est causé à la concurrence et celui qui est causé à ceux qui font l'objet des mesures provisoires), ainsi que le préjudice causé à la réputation de l'autorité si elle recourt à des mesures provisoires de manière inappropriée.

Jusqu'à présent, la plupart des mesures provisoires qui ont été imposées l'ont été dans des affaires d'abus de position dominante. Ces affaires concernent essentiellement des théories du préjudice fondées sur l'éviction du marché au moyen de clauses d'exclusivité, de ventes liées et de refus de vente (par exemple, refus d'approvisionner des clients existants). Les mesures provisoires sont également imposées dans des affaires de restriction verticale (par exemple, des accords de distribution sélective) et, dans certaines juridictions, elles ont également été utilisées dans des enquêtes sur des ententes (y compris des soumissions concertées).

Les mesures provisoires peuvent être plus bénéfiques dans des industries où le préjudice irréparable peut être très important. Des affaires récentes concernent des secteurs traditionnels comme les ports, la gestion des déchets, la gestion de l'eau et les marchés numériques.

La dynamique de marché qui s'exerce sur les marchés numériques peut rendre les mesures provisoires plus fréquentes (et nécessaires). À titre d'exemple, il peut être plus facile de prouver la probabilité d'une infraction si des effets de réseau accroissent le pouvoir de marché et facilitent l'éviction de concurrents et de partenaires commerciaux.

Les effets de réseau peuvent également influencer l'évaluation de l'irréparabilité et de l'urgence, étant donné que le préjudice peut se produire plus vite. En outre, la question est de savoir si les effets de réseau peuvent provoquer une plus grande asymétrie, causant ainsi un préjudice potentiel plus important.

Certaines juridictions plaident pour intervenir plus souvent avec des mesures provisoires avant que les marchés ne basculent, en pesant les probabilités dans le sens d'une répression excessive. Les mesures provisoires pourraient protéger la capacité des entreprises à exister et à croître sur ces marchés, y compris pour des concurrents qui ne fournissent pas exactement les mêmes services que l'entreprise en place. Un petit nombre de juridictions, toutefois, sont plus réticentes à appliquer des mesures provisoires dans des marchés complexes et en mutation rapide, en particulier dans des affaires fondées sur des théories du préjudice nouvelles – plutôt que bien établies -.