



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/C.I/CLP/4
28 avril 2009

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission du commerce et du développement

Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Dixième session

Genève, 7-9 juillet 2009

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

Consultations et discussions au sujet des examens

collégiaux du droit et de la politique de la concurrence;

examen de la loi type; études relatives aux dispositions

de l'Ensemble de principes et de règles

**RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DANS LES AFFAIRES
DE CONCURRENCE**

Étude du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le droit de la concurrence fait intervenir des notions d'économie. L'évolution parallèle de l'économie industrielle et du droit de la concurrence se poursuit. Aujourd'hui, l'analyse économique fait presque toujours partie de l'enquête et de l'analyse dans les affaires de concurrence autre que les ententes instruites par de grands organismes de contrôle de la concurrence et elle se répand dans d'autres organismes. D'après les résultats d'une enquête de la CNUCED, l'économie, y compris l'économétrie, est très souvent utilisée par les organismes de la concurrence dans les pays en développement pour définir les marchés. Certains de ces organismes appliquent aussi l'économie et l'économétrie pour analyser les effets des fusions d'entreprises sur la concurrence et pour analyser aussi les abus de position dominante et les ententes verticales. Si la science économique n'est pas davantage utilisée par les pays en développement dans les procès en concurrence déloyale cela tient à la résistance des juristes, y compris des juges. Cette résistance tient peut-être à la crainte que l'économie ne rende le droit de la concurrence plus coûteux ou plus difficile à administrer. Des caractéristiques institutionnelles telles que l'obligation d'avoir des économistes dans les commissions d'enquête, les instances dirigeantes ou les tribunaux peuvent contribuer à inscrire l'économie dans le droit de la concurrence.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. FRÉQUENCE DU RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE.....	4
A. Incidence du recours à l'analyse économique	5
B. Questions institutionnelles	5
II. MÉTHODES D'ANALYSE ÉCONOMIQUE	9
A. Définition des marchés	9
B. Évaluation des fusions	11
C. Évaluation des restrictions verticales.....	15
D. Ententes horizontales	16
E. Économétrie	17
III. MANIÈRE DONT L'ANALYSE ÉCONOMIQUE EST REÇUE PAR LES PARTIES ET LES TRIBUNAUX	19
IV. QUESTIONS APPELANT UN EXAMEN PLUS POUSSÉ.....	22

Introduction

1. À sa neuvième session, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a souligné l'importance d'avoir recours à l'analyse économique dans les affaires de concurrence et prié le secrétariat de la CNUCED d'établir un rapport sur ce sujet grâce aux contributions des États membres. La présente étude est la réponse à cette demande. L'introduction résume l'évolution du débat sur le rôle de l'économie dans les affaires de concurrence et les efforts déployés en vue d'une approche plus économique. Les chapitres suivants examinent les facteurs qui peuvent influencer le volume et les types d'économie appliqués dans les affaires de concurrence. L'étude se termine sur un exposé des questions appelant un débat plus poussé.
2. Que l'étude de l'économie soit indispensable à l'exécution de la politique de la concurrence et à l'application du droit de la concurrence est une nécessité incontestée et qui a été souvent réaffirmée avec vigueur¹. Le juge Louis Brandeis déclarait en 1916 avec éclat qu'un «juriste qui n'a pas étudié l'économie ... risque fort de devenir un ennemi public»; plus récemment le juge Robert Bork affirmait en 1978: «négliger la théorie économique c'est renoncer à la possibilité d'une législation antitrust rationnelle». Si le lien entre le droit et l'économie est établi solidement, le poids donné aux considérations économiques dans le droit de la concurrence est un sujet de discussion récurrent. On considère qu'une analyse économique mal conduite contribue à des erreurs notamment, et c'est capital, à ne pas savoir distinguer les pratiques néfastes à la concurrence des comportements propices à la concurrence. Quoi qu'il en soit, le droit de la concurrence doit demeurer facile à administrer par les personnes et les institutions qui sont chargées concrètement de l'appliquer. La législation anticartel comprend donc une part nettement moindre d'économie.
3. Les critiques formulées par l'École de Chicago ont fortement contribué à susciter il y a plusieurs décennies une approche davantage axée sur l'économie dans la répression des ententes aux États-Unis². Depuis lors et même auparavant, les faits nouveaux intervenus dans l'étude de l'économie industrielle se sont étendus à la pratique de la concurrence dans le monde entier. Inversement, la pratique de la concurrence entraîne une évolution dans l'étude de l'économie industrielle. Les progrès de l'informatique facilitent l'analyse empirique tant sur le plan des coûts que sur le plan pratique. Les réformes relativement récentes de la politique de la concurrence dans l'Union européenne (UE)³, passant d'une approche fondée sur la forme

¹ On trouvera dans Kovacic W. E. et Shapiro C. (2000) un exposé sur l'évolution parallèle de l'économie et de la législation antitrust au cours du siècle dernier.

² White (2008) décrit les trois axes selon lesquels l'influence de la science économique s'est exercée sur l'action antitrust aux États-Unis: a) progrès des théories économiques; b) intervention directe d'économistes dans les procès intentés aux ententes et dans l'élaboration d'une politique générale; c) ouvrages écrits par des économistes sur certaines affaires précises.

³ Les réformes ont commencé en 1997 par les nouvelles directives relatives à la définition des marchés en cause (test SSNIP) et se sont poursuivies en 1999 et 2000 avec la révision des règles sur les restrictions verticales et horizontales à la concurrence, en 2004 avec la réglementation révisée des fusions et des directives sur les fusions horizontales, suivie en 2007 par l'adoption de directives sur les fusions non horizontales et la promulgation en décembre 2008 d'une nouvelle

à une approche plus fondée sur les effets, sont un exemple du recours plus fréquent à l'analyse économique.

4. Pourtant, bien que la pratique de la concurrence dans le monde paraisse s'orienter vers une dimension économique et des travaux empiriques spécialisés d'économie, il demeure préoccupant que dans certaines juridictions l'action menée pour faire respecter les règles de la concurrence s'écarte d'une approche économique cohérente et rigoureuse. Dans ce contexte, la présente étude examine l'aptitude et la propension des instances chargées de la concurrence à faire un usage approprié de l'analyse économique ainsi que les avantages que l'on pourrait gagner si ces instances dans le monde entier accordaient plus d'importance à l'analyse économique dans les procès touchant la concurrence.

I. FRÉQUENCE DU RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE

5. Une récente étude⁴ classe les régimes des États-Unis et du Royaume-Uni comme étant les meilleurs des pays développés pour la compétence technique en matière d'analyse économique des fusions et autres affaires. Ces régimes viennent au premier rang tant en ce qui concerne la qualité de l'analyse que la place qui est faite à l'économie dans l'étude des affaires de concurrence. La Commission européenne et la NMA (Autorité de la concurrence des Pays-Bas) viennent à la troisième et à la quatrième place respectivement. Certaines institutions des pays développés, bien que figurant parmi les meilleures, sont considérées comme étant en retard ou manquant de la rigueur nécessaire dans la réflexion économique et le recours à l'analyse économique. On peut en déduire que la compétence technique en matière d'analyse économique est subordonnée à l'apprentissage continu et à la mise à jour des connaissances et qu'elle peut varier dans le temps.

6. On ne dispose pas d'études comparables pour les pays en développement et les économies en transition⁵. Toutefois, il ressort d'études sur tel ou tel pays⁶ que les autorités de la concurrence de certains États ont la réputation de faire de bonnes analyses économiques (Pérou et Afrique du Sud) et que d'autres ont pris des mesures pour se donner les moyens d'entreprendre des analyses complexes en créant des services spécialisés dotés des ressources nécessaires pour faire des recherches eux-mêmes ou engager des consultants extérieurs (Brésil). Quelques pays

directive sur certains abus de position dominante (art. 82). Des travaux de révision des règles communautaires sur les restrictions verticales et horizontales sont prévus.

⁴ KPMG 2007. Peer Review of Competition Policy. Rapport établi pour le Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni.

⁵ Il existe un certain nombre d'études et de recherches sur la puissance relative des régimes de la concurrence dans le monde mais elles ne sont ni complètes, ni comparables. Par ailleurs, beaucoup d'entre elles ne portent pas un jugement spécifique sur la compétence en matière d'analyse économique.

⁶ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), études collégiales sur les institutions chargées de la concurrence.

en développement ont aussi émis des directives sur leur approche de l'analyse des pratiques anticoncurrentielles (Brésil).

A. Incidence du recours à l'analyse économique

7. L'incidence de l'analyse économique dans les pays en développement est variable. Il ressort des réponses au questionnaire de la CNUCED que les analyses économiques sont plus ou moins poussées selon les pays, allant d'analyses extrêmement sommaires à des analyses complexes et quantifiées. En revanche, le recours à l'analyse économique dans la définition des marchés est fréquent. Beaucoup des réponses indiquent les méthodes spécifiques utilisées, par exemple pour estimer l'élasticité de la demande. Par contre, le recours à la science économique pour d'autres aspects de l'évaluation des fusions est moins souvent mentionné, encore qu'un bon nombre d'institutions ait effectivement utilisé des mesures quantitatives pour faire cette évaluation. Certains organismes ont répondu qu'ils se servaient de la science économique pour étudier les abus de position dominante et les ententes verticales. Au moins un utilisait, moins souvent, l'analyse économique pour évaluer les preuves indirectes de l'existence d'une entente lorsque les preuves directes faisaient défaut.

8. Les affaires de concurrence n'exigent pas toujours une analyse économique complexe; en particulier, les violations sont supposées par définition avoir presque toujours une incidence économique néfaste⁷. Lorsqu'on applique une *règle de bon sens*, on emploie habituellement l'analyse économique pour construire et mettre à l'essai des théories du dommage et évaluer les gains d'efficacité. La législation sur la concurrence peut même stipuler le type d'analyse économique nécessaire pour établir une violation (Mexique).

9. Avec le temps, les organismes chargés de la concurrence peuvent devenir plus habiles à pratiquer des analyses complexes. C'est ainsi que depuis quelques années l'éventail des techniques et le degré de raffinement de l'analyse économique augmentent régulièrement au Brésil. L'économie joue un rôle central dans l'analyse de certaines des affaires récentes qui ont eu un grand retentissement dans le pays (par exemple la fusion Ambev et l'acquisition du fabricant brésilien de chocolat Garoto par Nestlé).

10. L'influence du discours essentiellement nord-américain et européen concernant l'analyse économique dans la législation de la concurrence se fait sentir dans le monde entier. Parmi les rares réponses émanant de pays situés hors de ces régions qui abordaient la question des modèles économiques et des techniques économétriques, beaucoup ont cité des documents et rapports émanant de spécialistes d'Amérique du Nord et d'Europe et discutés entre eux.

B. Questions institutionnelles

11. Le recours à la science économique dans les affaires de concurrence peut être influencé par la physionomie des institutions. Les dirigeants des instances chargées de la concurrence peuvent être plus ou moins ouverts au discours économique pour un certain nombre de raisons. Ils peuvent avoir eu dans le passé l'occasion de travailler avec l'économie et les économistes

⁷ Les théories économiques évoluent avec le temps, quant au point de savoir quels sont les comportements qui entrent dans cette catégorie.

ou bien ils sont eux-mêmes économistes. Ainsi, dans bien des pays en développement, les lois sur la concurrence exigent qu'un ou deux responsables soient économistes de profession. Un autre choix institutionnel qui peut faire que les dirigeants sont plus ou moins perméables aux arguments économiques est le recrutement d'économistes.

12. Les instances de contrôle de la concurrence ont parfois du mal à trouver l'information leur permettant d'étayer leurs analyses économiques. D'après les réponses au questionnaire, l'absence de ressources financières, des sources d'information officielle médiocres ou des délais trop courts sont tous des facteurs qui peuvent entraver les moyens de conduire une analyse et une recherche économiques. Ainsi certaines instances ont indiqué que les parties privées à un procès sont souvent leur seule source d'information. L'information fournie n'est pas toujours vérifiable de façon indépendante, elle est parfois divulguée de façon partielle par les parties ou simplement difficile à obtenir. Les limites de l'accès à l'information peuvent limiter le degré de raffinement de l'analyse économique, de sorte que le rôle joué par l'analyse économique quantitative varie d'un jugement ou d'une décision à l'autre. Lorsque les données quantitatives sont insuffisantes, il faut recourir à d'autres types de preuves pour faire l'analyse. Une information moins abondante peut causer une plus grande incertitude quant au point de savoir si un modèle économique donné convient pour le cas d'espèce.

13. Quels facteurs contribuent-ils à la prédominance susmentionnée de l'analyse économique dans le régime de la concurrence des États-Unis? Pour certains commentateurs, c'est la composition du personnel (voir encadré 1). La Division antitrust du Département de la justice (DOJ) et la Commission fédérale du commerce (FTC) emploient à elles deux plus de 100 économistes, dont beaucoup, sinon la plupart, sont spécialisés en économie industrielle. De même, au Royaume-Uni, le Bureau de la concurrence et la Commission de la concurrence emploient en tout 77 économistes. Ces chiffres sont en contraste avec l'effectif beaucoup plus petit d'économistes qui constituent l'équipe spécialisée, de création récente, de la Commission européenne et qui font concrètement des analyses de technique économique⁸. Le rapport du nombre d'économistes à celui des juristes est aujourd'hui plus élevé à la Direction générale de la concurrence de la Commission (1:2) que dans l'Administration des États-Unis, mais la situation n'a changé que récemment, par comparaison aux premières années 90, où le rapport était de 1:7. Mais la composition du personnel est un résultat, et non une cause. Plus haut dans la chaîne de causalité, le droit européen de la concurrence a été appliqué au pied de la lettre, de façon légaliste, par la Commission et les tribunaux, plus tard que le droit comparable ne l'a été aux États-Unis⁹. Lorsque les décisions de justice sont fondées sur des arguments économiques, les parties ont intérêt à développer ces arguments et à les améliorer progressivement. Il n'entre pas dans le champ de la présente étude d'aborder les causes profondes de cette différence transatlantique.

⁸ Neven, 2007.

⁹ Oxera, 2009.

Encadré 1. Facteurs d'excellence aux États-Unis

Ces facteurs sont les suivants:

- a) Un plus long passé (depuis les années 70) de participation d'économistes à des affaires de concurrence, les économistes exerçant une influence non négligeable sur les décisions;
- b) Un long passé de participation d'éminents économistes aux travaux de l'administration fédérale de la concurrence;
- c) La FTC étend le champ de la réflexion économique sur l'économie industrielle et l'économie de la concurrence et ne craint pas de mettre à l'essai de nouvelles théories;
- d) Aptitude à demander les chiffres et détails nécessaires pour conduire des analyses économétriques solidement étayées;
- e) Présence d'employés possédant à la fois des antécédents universitaires et une expérience en tant que consultants qui leur permet d'appréhender des principes stratégiques;
- f) Faible différence de rémunération entre le secteur privé et le secteur public.

Source: Adapté de KPMG, 2007.

14. Une petite taille peut être un obstacle important à l'utilisation de l'analyse économique par les organismes de la concurrence. Ces derniers, particulièrement dans les pays en développement, peuvent être très petits. D'après les réponses au questionnaire de la CNUCED, l'effectif de personnel technique peut aller d'un seul économiste et un seul juriste à 60 économistes et 345 juristes (voir tableau 1), les pays développés étant regroupés dans la partie supérieure de la fourchette. Parmi les organismes cités au tableau 2, la plupart emploient plus de juristes que d'économistes. Peu d'organismes possèdent de nombreux économistes spécialisés en économie industrielle.

15. Une forte rotation des effectifs et la difficulté à recruter du personnel qualifié peuvent freiner le recours à l'analyse économique. À l'exception des États-Unis, il est difficile pour les administrations de recruter et de conserver des éléments qualifiés, à cause des différences assez élevées de salaire entre le secteur privé et le secteur public. Il y a généralement pénurie d'économistes spécialisés (c'est-à-dire ayant un diplôme de doctorat avec spécialisation en économie industrielle), particulièrement dans les pays les moins développés, et la concurrence avec le secteur privé pour le recrutement est féroce. Le taux élevé de rotation du personnel est un problème particulièrement aigu dans les pays en développement et les économies en transition.

Tableau 1

**Ventilation du personnel technique des administrations
de la concurrence selon les pays**

Pays	Économistes/juristes (nombre)	Diplôme de maîtrise (économie)	Doctorat (économie)
Albanie	18/10	n.d.	n.d.
Argentine	16/31	n.d.	n.d.
Bulgarie			
Chili	16/25	11	2
Colombie	13/16	n.d.	n.d.
États-Unis (DOJ)	60/345	n.d.	n.d.
États-Unis (FTC)	58/232	n.d.	n.d.
Fédération de Russie	99/108	n.d.	n.d.
Finlande	18/15	n.d.	n.d.
Hongrie	28/36	n.d.	n.d.
Indonésie	27/28	n.d.	n.d.
Japon	6/18	n.d.	n.d.
Malawi	2/0	n.d.	n.d.
Mexique ^a	41/29 ^b	majorité	minorité
Panama	6/6	5	n.d.
République de Corée	63/30	17	6
Royaume-Uni (CC) ^d	25/13 ^c	27	6
Royaume-Uni (BC)	52/35 ^c	n.d.	n.d.
Serbie	3/7	n.d.	n.d.
Sri Lanka	3/8	n.d.	n.d.
Suède	48/49	n.d.	9
Uruguay	1/1	n.d.	n.d.

Source: Enquête de la CNUCED sur l'analyse économique.

^a Trois des cinq membres de la Commission possèdent un doctorat en économie.

^b La politique de recrutement exige que les économistes aient des connaissances en économie industrielle et en réglementation économique.

^c Dans certains cas, le personnel est rompu aux techniques de l'économie ou du droit, ou des deux, de sorte que le nombre de juristes ou d'économistes est techniquement plus élevé qu'il n'apparaît dans les chiffres officiels.

^d En sus du personnel technique, 10 des 35 membres de la Commission, dont le Vice-Président, sont des économistes. Cinq membres possèdent un doctorat en économie.

n.d.: non disponible.

16. Certaines administrations complètent leurs ressources internes en faisant largement appel à des bureaux de consultants. Les parties privées font aussi appel à eux. Ainsi, en 2007, les services de consultants économiques dans l'Union européenne (la majorité des affaires correspondant au Royaume-Uni) représentaient environ 15 % des honoraires juridiques et économiques dans les affaires de concurrence, s'approchant des chiffres des États-Unis (Neven, 2007). La KFTC (Republic of Korea Competition Authority) fait aussi appel souvent à des experts extérieurs (habituellement des universitaires).

17. Toutes les administrations de la concurrence dans le monde estiment probablement que leurs décisions sont fondées sur un solide raisonnement économique. Pourtant, il y a de nettes différences dans l'analyse pratiquée, même dans un échantillon aussi petit que celui des organismes qui ont répondu au questionnaire de la CNUCED. Ces variations sont illustrées au chapitre qui va suivre.

II. MÉTHODES D'ANALYSE ÉCONOMIQUE

18. Le présent chapitre donne un aperçu des différentes méthodes économiques appliquées par les administrations de la concurrence. Le contenu est tiré en partie des réponses au questionnaire de la CNUCED. La définition des marchés et l'évaluation des fusions seront examinées. Le changement de l'évaluation des restrictions verticales est un exemple de la manière dont l'évolution de la science économique provoque des changements dans la législation. L'existence d'ententes horizontales sera examinée brièvement. Le chapitre éclaire les problèmes auxquels les administrations de la concurrence se heurtent dans leurs analyses économiques. Le tableau 2 présente le type de méthodes et de techniques d'analyse économique employées par les administrations de la concurrence, d'après les réponses au questionnaire du secrétariat.

19. Les directives donnent une idée de l'analyse économique pratiquée par les administrations de la concurrence. Il faut peut-être un effort pour le discerner, mais les directives reflètent généralement les modèles économiques qui sont le plus utilisés dans une administration. Les auditions publiques et les documents de travail établis au cours de l'élaboration des directives renvoient souvent de façon explicite à des modèles économiques précis. Les discours et les documents sont réfutés par les vagues successives de nouvelles théories qui se succèdent dans une administration. Les consultants, dans le cadre de leur action de commercialisation, font des commentaires sur les modèles et les techniques nouveaux. Bref, les modèles économiques utilisés par les administrations de la concurrence n'ont rien de confidentiel, ils sont accessibles au public.

A. Définition des marchés

20. Dans de nombreuses juridictions, la définition des marchés est une première étape déterminante dans l'analyse faite au titre des règles de la concurrence. C'est bien souvent un élément clef qui permet de déceler les pressions exercées par la concurrence sur un fournisseur. Elle permet de calculer les parts de marché et la concentration des marchés, qui entrent dans l'évaluation du degré de concurrence présent sur le marché ou qui constituent au moins un critère d'évaluation de cette concurrence. Par conséquent, la définition des marchés joue un rôle majeur dans l'évaluation ou tout au moins l'examen de nombreuses affaires de restrictions horizontales ou verticales, d'abus de position dominante et de fusion.

21. D'après les réponses à l'enquête, le test du monopoleur hypothétique (ou test SSNIP¹⁰) est la méthode la plus courante pour définir les marchés, mais la manière dont on exploite les données empiriques pour appliquer le test présente des variations.

22. On applique fréquemment l'analyse de «la perte critique» ou «l'élasticité critique de la demande» pour faire le test SSNIP. L'enquête de la CNUCED montre qu'elle est utilisée par beaucoup d'administrations¹¹.

23. Une affaire de fusion intervenue en 2004 en Argentine illustre bien l'analyse de la perte critique. L'entreprise Compañía de Alimentos Fargo avait été achetée par le Groupe Bimbo. La question était de savoir si le pain de fabrication artisanale empêchait le prix du pain industriel de monter. Les deux parties à la fusion fabriquaient du pain industriel: ensemble, elles produisaient 79 % du pain industriel du pays et étaient considérées comme la principale concurrente l'une de l'autre. La production de pain artisanal était très supérieure à celle du pain industriel. Les parties avaient présenté à l'Administration argentine de la concurrence des études économétriques estimant l'élasticité de la demande de pain industriel, études qui concluaient que les parties n'avaient pas intérêt à relever les prix. La commission avait jugé que la méthode était biaisée, notamment parce qu'elle ne tenait pas compte de la crise économique qui régnait au cours de la période considérée.

24. D'après les réponses au questionnaire, certaines administrations de la concurrence utilisent des critères de corrélation de prix et des critères de stationnarité pour définir les marchés. L'idée fondamentale est que si des produits sont des substituts, leurs prix doivent marquer une corrélation et le rapport entre ces prix doit être constant. Dans le test de stationnarité, on examine le rapport entre deux prix (deux produits différents ou le même produit en des lieux différents) pour savoir s'ils reviennent à une valeur constante après un choc. Malheureusement, si les prix subissent d'autres influences qui leur sont communes, comme le prix du pétrole, ils vont marquer une corrélation même s'ils ne sont pas des substituts. Or, faute d'information sur l'élasticité des prix, la non-stationnarité des rapports de prix ne révèle pas si les deux produits (ou lieux) se situent sur des marchés différents (CRAI, 2001).

¹⁰ SSNIP: Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (hausse légère mais sensible et non passagère du prix). C'est la manière dont est décrite une partie récursive du test.

¹¹ «L'élasticité critique est l'élasticité maximum de la demande avant fusion pour un groupe de produits et une zone, telle qu'un monopoleur hypothétique sur ce marché cible augmenterait le prix d'au moins une valeur seuil, par exemple 5 %. La perte critique est la perte maximum de quantité vendue qu'un monopoleur serait disposé à subir pour maintenir une hausse de prix donnée.» Werden (2002). Pour utiliser la version la plus simple de cette méthode, l'analyste doit estimer le prix-coût marginal d'avant la fusion pour le marché cible et l'élasticité de la demande, et il doit savoir quel choix entraîne pour lui la notion de «légère mais sensible». L'idée fondamentale est d'utiliser le prix-coût marginal et la hausse du prix de seuil, par exemple 5 %, pour calculer quelle part de ventes pourrait être perdue sans réduire les bénéfices du monopoleur hypothétique. Il faudrait ensuite calculer l'élasticité estimée de la demande pour estimer si l'on perdrait plus ou moins de ventes. Il s'agirait enfin de comparer les deux chiffres.

25. Les enquêtes auprès de la clientèle et les études de marché sont d'autres sources d'information sur la substituabilité, d'après l'enquête de la CNUCED.

26. Plusieurs réponses font état de difficultés à obtenir les chiffres sur les prix, les coûts et les ventes qui sont nécessaires pour faire le test SSNIP et d'autres tests de substituabilité. Parmi ces difficultés figurent: l'absence de sources d'information fiables et de recherche fiable par des institutions spécialisées, l'absence des compétences comptables nécessaires pour extraire les données de l'information fournie le cas échéant par les entreprises, le caractère incomplet de l'information émanant des entreprises, le peu de moyens d'obliger les entreprises à fournir l'information, la difficulté à obtenir des ordres de perquisition, l'absence de statistiques chronologiques et le manque de ressources pour faire des enquêtes auprès de la clientèle et des études de marché. Il a été fait état aussi de la difficulté à élaborer des questionnaires d'enquête auprès des consommateurs qui soient propres à garantir la collecte de données fiables. Dans certains cas, on ne peut définir les marchés qu'à l'aide de données qualitatives, faute de statistiques suffisantes.

B. Évaluation des fusions

27. Dans chaque juridiction, la législation spécifie le critère à appliquer aux fusions. En général, il s'agit d'un critère économique, mais des considérations d'intérêt public peuvent entrer en ligne de compte. Par exemple, il peut s'agir de déterminer si la fusion en cause risque d'affaiblir sensiblement la concurrence ou bien de créer ou renforcer une position dominante. Par conséquent, l'évaluation tient compte des circonstances particulières de la fusion et s'appuiera sur un modèle économique permettant de faire des prévisions fiables en fonction de ces circonstances.

28. D'après les réponses à l'enquête, beaucoup d'organismes de la concurrence calculent des mesures de la concentration telles que HHI et CR_x ¹². Pendant une grande partie de la deuxième moitié du XX^e siècle, la prévision des effets des fusions envisagées était fondée sur la concentration du marché. Le paramètre structure-comportement-résultat était prépondérant. Il supposait que dans les marchés protégés par des obstacles à l'entrée, le degré de concentration était une indication de la compétitivité du marché. Ce paramètre était à la base de beaucoup des mesures de la concentration telles que CR1, CR4 et HHI. Or, l'observation empirique a montré que le paramètre structure-comportement-résultat était erroné. Dans un marché réel, la concentration n'est qu'une caractéristique parmi d'autres et pas nécessairement la plus importante. La décision rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1974 dans l'affaire *General Dynamics*¹³ a été considérée, rétrospectivement, comme élargissant la recherche en permettant de faire une large analyse quant au point de savoir si la part de marché d'une entreprise reflétait avec exactitude son aptitude à soutenir la concurrence¹⁴. Mais dans beaucoup

¹² CR1 correspond au degré de concentration de la plus grande entreprise, c'est-à-dire à la part du marché qui revient à cette entreprise. CR4 est la somme des parts de marché des quatre plus grandes entreprises. HHI est l'indice Herfindahl-Hirshmann, c'est la somme des carrés des parts de marché de toutes les entreprises.

¹³ *États-Unis c. General Dynamics Corp.* 415 U.S. 486 (1974).

¹⁴ Baker et Shapiro, 2007:4.

d'autres juridictions, la législation de la concurrence prescrit le critère des parts de marché pour déterminer une position dominante, ce qui déplace la charge de l'évaluation vers la définition du marché.

29. Aujourd'hui, la concentration du marché et les parts de marché demeurent importantes pour l'analyse des fusions, mais, dans certaines juridictions, elles sont peut-être plus importantes comme critère permettant de décider des fusions pour lesquelles il faudrait faire une enquête plus poussée. Des éléments empiriques donnent à penser que l'existence de marchés concentrés dans une même branche d'activité entraîne des prix plus élevés, mais ces statistiques ont moins de poids qu'auparavant dans certaines juridictions, où les organismes de la concurrence doivent aujourd'hui «démontrer de façon convaincante comment la fusion va effectivement entraîner un affaiblissement de la concurrence» (Baker et Shapiro, 2007:5). Cela veut dire qu'il faut examiner minutieusement toute une série de données pour en déterminer la pertinence et les incorporer dans la démonstration, c'est-à-dire dans le modèle économique élargi.

30. Les effets coordonnés et les effets unilatéraux sont deux moyens fondamentaux de démontrer comment la fusion va entraîner concrètement un affaiblissement de la concurrence, et ils ne s'excluent pas mutuellement.

a) Les expressions «effets coordonnés», «dominance conjointe» ou «collusion tacite» signifient que les entreprises présentes sur le marché ont davantage de probabilité, à la suite de la fusion, de se conduire de façon moins compétitive. La science économique fournit des modèles de la manière dont le phénomène peut se produire, des éléments qui sont nécessaires pour qu'il se produise et de la manière dont une fusion peut modifier les incitations de manière à modifier la probabilité ou l'ampleur d'une coordination. Les données empiriques confirment ou infirment l'application de tel ou tel modèle à une fusion donnée;

b) L'expression «effets unilatéraux» signifie que l'entreprise ayant fait l'objet de la fusion sera encline à relever ses prix après l'opération. Il y a des effets unilatéraux si des clients considèrent les entreprises qui ont fusionné comme étant leurs fournisseurs de premier rang et de second rang. Outre qu'elle démontre l'existence de ces clients, la simulation est un des outils qui peuvent servir à estimer l'ampleur des effets unilatéraux. Elle associe dans un modèle mathématique des données sur les substitutions d'acheteurs, le comportement des rivaux et les coûts de l'entreprise, afin de calculer la hausse de prix résultant de la fusion. Certains organismes de la concurrence ont indiqué dans leurs réponses à l'enquête qu'ils recourent parfois à des simulations de fusion.

31. Les modèles économiques comme ceux qui servent à évaluer les effets coordonnés et les effets unilatéraux doivent être adaptés aux circonstances de l'affaire. Chaque hypothèse du modèle doit être étayée par des faits ou soumise à une analyse de sensibilité¹⁵.

¹⁵ L'analyse de sensibilité pose la question suivante: «Si l'on suppose une valeur différente de la variable, comment évolue la prévision du modèle?».

Encadré 2. Manière dont a été appliquée la clause de l'intérêt public en Afrique du Sud

Dans les affaires de concurrence, le rôle de l'intérêt public semble marginal par rapport au souci général d'efficacité, malgré l'incorporation dans la législation sud-africaine de considérations d'intérêt public axées sur les objectifs généraux de développement et l'emploi, les petites entreprises et l'égalité des chances dans l'accession à la propriété pour les Sud-Africains auparavant désavantagés (black economic empowerment (BEE)). En conséquence, il y a lieu de tenir compte des questions d'intérêt public dans toutes les opérations de fusion; toutefois, jusqu'à présent, il y a très peu de cas où les considérations d'intérêt public ont apporté une différence concrète dans le résultat de l'évaluation d'une fusion.

Il ressort de l'examen des grosses opérations de fusion évaluées par la Commission de la concurrence et le Tribunal de la concurrence jusqu'en 2008 qu'en général les effets positifs pour l'intérêt public ne sont pas un facteur de poids lorsqu'on estime qu'une fusion a de puissants effets anticoncurrentiels. De même, bien que des effets néfastes à l'intérêt public aient été constatés dans quelques cas de fusion, on a l'impression globale qu'ils sont rarement jugés comme un motif assez puissant d'interdire la fusion. De même, les considérations BEE n'ont jamais infléchi une décision de la Commission ou du Tribunal. Par ailleurs, l'aptitude d'une entreprise à soutenir la concurrence sur les marchés internationaux n'a jamais été un critère important dans une décision des organismes de la concurrence, bien que ce soit un argument souvent invoqué par les parties à la fusion.

Le principal avantage de l'inclusion explicite de considérations d'intérêt public dans la législation de la concurrence est peut-être qu'elle rend plus visibles ces impératifs de l'action des pouvoirs publics et qu'elle contribue à donner de la cohérence à cette action dans divers domaines. En outre, elle impose ces questions à l'attention des entreprises; or c'est à l'échelon de l'entreprise que la prise en compte de l'intérêt public peut vraiment être utile.

Source: Hartzenbergh, 2008.

32. On peut aussi utiliser la méthode de la forme réduite, en se demandant par exemple quel est l'effet de la présence de certaines sociétés sur les prix ou sur les autres mesures du fonctionnement du marché.

a) Dans l'affaire de la fusion Staples-Office Depot, la Commission fédérale de la concurrence des États-Unis a appliqué la méthode de la forme réduite pour examiner un ensemble de données comprenant un indice des prix pratiqués par plus de 400 magasins Staples dans plus de 40 villes pendant dix-huit mois. Elle n'a employé aucune méthode statistique (témoignages et documents) pour exclure les distorsions dues à des variations non observables de coûts, c'est-à-dire pour s'assurer qu'il n'y avait pas d'autre raison expliquant une variation des coûts d'un magasin à l'autre. Elle a constaté que l'indice des prix était plus élevé dans les villes où Office Depot (ou toute autre grande surface spécialisée en articles de bureau) était absent.

Elle a estimé l'effet de la fusion envisagée entre Staples et Office Depot sur les prix et recommandé d'interdire la fusion¹⁶;

b) La République de Corée a procédé de la même façon pour évaluer une fusion entre des chaînes de supermarchés¹⁷. La KFTC a constaté que la fusion nuirait à la concurrence et elle a ordonné la cession de supermarchés dans trois marchés géographiques. Elle a comparé le niveau des prix dans différents endroits et constaté que la présence ou l'absence d'autres supermarchés avait un effet, alors que celle de grands magasins n'en avait pas. Par conséquent elle a rejeté l'argument des parties selon lequel le marché comprenait des grands magasins. La Commission a constaté aussi que les prix de l'entreprise acheteuse étaient en moyenne inférieurs de 4,2 % lorsqu'elle se trouvait à proximité des magasins de l'entreprise achetée. Cette constatation l'a amenée à conclure que la fusion, telle qu'elle était envisagée, risquait de nuire à la concurrence;

c) La Commission européenne a utilisé elle aussi la méthode de régression dans son évaluation de la fusion Ryanair-Air Lingus afin de déterminer si la présence d'une des deux parties avait un effet sur les prix de l'autre partie. Elle a pris comme variable le tarif net moyen pratiqué pendant un mois sur un itinéraire donné. Outre la présence de l'autre partie sur cet itinéraire au cours du mois en question, elle a ajouté d'autres variables explicatives afin de tenir compte des influences systémiques sur les tarifs. Deux techniques économétriques ont été utilisées: l'analyse de régression transversale (qui examine les différences de prix sur les différents itinéraires) et la régression à effets fixes (qui exploite l'évolution des différences de la structure de marché de chaque itinéraire, par exemple avant et après l'entrée d'un rival sur le marché ou sa sortie)¹⁸.

Ces trois exemples d'analyse par la méthode de la forme réduite montrent qu'il ne suffit pas de chercher simplement les différences de niveaux de prix selon que l'autre partie à la fusion est présente ou non sur le marché local. Un gros travail est nécessaire pour éviter que les résultats ne soient faussés¹⁹.

33. On peut aussi analyser les dossiers d'appels d'offres pour estimer l'effet compétitif d'une entreprise, ainsi qu'il est dit dans une réponse à l'enquête. Par exemple, la fréquence à laquelle deux entreprises font des soumissions dans les mêmes marchés publics peut révéler dans quelle mesure elles sont «proches» ou analogues. Si l'on dispose de renseignements sur les autres compétiteurs, on peut déterminer à quelle fréquence les deux entreprises sont les deux soumissionnaires les plus compétitifs, c'est-à-dire combien elles se font concurrence mutuellement. Avec d'autres renseignements et dans certaines formes d'appel à la concurrence, on peut détecter l'effet de la présence de l'autre entreprise sur les prix de soumission.

¹⁶ Baker et Rubinfeld, 1999.

¹⁷ République de Corée, réponses au questionnaire.

¹⁸ Commission européenne, réponses au questionnaire.

¹⁹ Les mêmes problèmes se posent lorsqu'il s'agit d'estimer le dommage causé par les cartels, estimation qui se fait aussi à l'aide de la méthode de la forme réduite.

Toutefois, l'analyse des données d'appels d'offres doit tenir compte de la forme précise du marché proposé, y compris de renseignements sur «qui sait quoi et quand», par exemple concernant le moment où les soumissionnaires apprennent l'identité de leurs rivaux.

34. L'exposé qui précède présuppose que le critère d'après lequel une fusion est évaluée est l'intérêt du consommateur ou éventuellement l'intérêt global, mais certaines lois sur la concurrence exigent l'application de critères multiples pour évaluer une fusion. Cette prescription limite-t-elle l'utilité de l'analyse économique? À en juger par l'expérience, ce n'est pas le cas. Ainsi, l'Afrique du Sud (voir encadré 2) applique à la fois des critères multiples et l'analyse économique.

C. Évaluation des restrictions verticales

35. Peu de réponses à l'enquête traitent directement de l'emploi des sciences économiques dans l'évaluation des restrictions verticales. C'est pourtant un domaine où l'économie a provoqué des changements au cours des dernières décennies, comme en témoigne le changement dans la manière dont la Commission européenne aborde les restrictions verticales. Avant 1999, les dispositions des accords verticaux conclus entre entreprises étaient évaluées sur la base de listes, noire, blanche et grise. Les dispositions figurant sur la liste noire étaient interdites à moins d'avoir été avalisées au moyen d'une procédure laborieuse «d'exemption au cas par cas»; les dispositions de la liste blanche faisaient l'objet d'une «exemption par catégorie» et les dispositions de la liste grise pouvaient figurer dans des accords faisant l'objet d'une exemption par catégorie. Dans sa demande d'observations concernant son *Livre vert*, étape du processus de réforme, la Commission indiquait qu'une des plaintes formulées le plus fréquemment était: «On attache trop d'importance à l'analyse des clauses et pas assez à l'incidence économique des accords»²⁰. Le règlement de 1999, avec ses dispositions de «safe harbours» fondées sur les parts de marché des parties à l'accord et sur la durée des accords, marquait une orientation vers l'utilisation accrue de l'analyse économique. La manière dont le règlement a été appliqué a fait faire de nouveaux progrès dans la réflexion économique. Dans l'ancien système, une foule de restrictions verticales étaient notifiées à la Commission européenne. D'après les réponses à son questionnaire, la Commission a indiqué qu'elle n'avait pas été saisie ces dernières années de nombreuses affaires de restriction verticale, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il y ait eu moins d'accords de concentration verticale.

36. Une récente décision qui a modifié les règles de jugement dans les affaires de prix minimum imposé aux États-Unis illustre l'influence de l'économie. L'arrêt rendu par la Cour suprême en 2007 dans l'affaire *Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.* a mis un terme au traitement *per se* des accords de prix imposé de revente en faveur d'une analyse par la règle de la raison. Le phénomène qui nous intéresse ici est la prise en compte explicite de l'économie dans l'arrêt et dans l'opinion dissidente. Le premier paragraphe de l'arrêt comprend la phrase suivante, immédiatement après avoir fait état de l'abandon du critère de l'illégalité intrinsèque d'autres restrictions verticales: «Des analystes économiques réputés, en outre, concluent que les restrictions verticales de prix peuvent avoir des effets favorables à la concurrence.». Les arguments économiques sont longuement développés dans l'arrêt.

²⁰ Commission adopts Green Paper on vertical restraints in EU competition policy, discours de L. Peepkorn, 20 janvier 1976, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_002_en.html.

L'opinion dissidente, rendu par 5 voix contre 4, examine elle aussi les arguments économiques et fait état d'études économiques empiriques relatives aux effets des prix minimum imposés. Elle continue en ces termes:

«Les analyses économiques, telles que les études sur lesquelles la Cour s'appuie, peuvent contribuer à donner une réponse à ces questions, et, de ce fait, la loi antitrust peut et doit s'appuyer sur l'économie. En revanche, la loi antitrust ne peut pas et ne doit pas reprendre littéralement les opinions (parfois contradictoires) des économistes. En effet, contrairement à l'économie, le droit est un système administratif dont les effets dépendent du contenu de règles et de précédents uniquement tels qu'ils sont appliqués par les juges et les jurés des tribunaux et par les avocats dans les conseils qu'ils donnent à leurs clients. Cela veut dire que les tribunaux font souvent intervenir leur propre jugement administratif...».

L'opinion dissidente évoque les éléments empiriques concernant la fréquence des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. Une grande partie de son argumentation est axée sur la nécessité de pouvoir administrer la loi, notamment sur la différence entre l'annulation d'un précédent établi de longue date et ayant servi de fondement à de nombreuses décisions économiques, et l'élaboration d'une règle entièrement nouvelle.

D. Ententes horizontales

37. Les organismes de la concurrence divergent dans le recours à l'économie pour faire la preuve de l'existence d'une entente. Au moins un organisme ayant répondu à l'enquête de la CNUCED a indiqué qu'il se servait de l'économie comme preuve indirecte de cette existence.

38. L'hypothèse de l'existence d'une entente reposant essentiellement sur des preuves économiques a été discutée aussi dans une autre organisation²¹. Les preuves économiques peuvent servir à définir les éléments précis qui doivent prouver l'existence d'une entente. Un type de preuve réside dans la conduite d'une entreprise: elle peut donner à penser qu'une entente a été conclue. Un deuxième type de preuve réside dans la structure du marché: elle peut donner à penser que la cartellisation est possible, par exemple, si le marché est très concentré. Un troisième type de preuve réside dans l'existence de pratiques facilitatrices, c'est-à-dire de pratiques commerciales qui permettent de conclure et de maintenir plus facilement un accord. Les conduites parallèles – politiques de prix, réduction de capacité ou modalités suspectes d'appel à la concurrence – sont un signal très important; ce sont des indications mais non des preuves. Un obstacle de taille est qu'une conduite qui est conforme à l'intérêt unilatéral ne constitue pas, en l'absence d'accord, une preuve suffisante dans une affaire d'entente. Il faut aussi avoir des éléments témoignant de l'existence d'une communication. Les modèles économiques peuvent mettre en lumière chacun de ces types de preuve; les preuves ne peuvent pas être comprises si elles ne sont pas structurées dans un modèle économique.

²¹ OCDE, Forum mondial sur la concurrence 2006, Table ronde sur les poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord (DAF/COMP/GF(2006)3).

39. Une pratique voisine dans quelques-uns au moins des organismes de la concurrence consiste à se servir de l'économie pour déterminer si certaines conduites permettent aux concurrents de se concerter plus facilement, au lieu d'essayer d'établir s'il y a effectivement collusion entre les entreprises. Ainsi, dans les premières années 90, un organisme des États-Unis a réglé un différend faisant intervenir plusieurs compagnies aériennes qui utilisaient leur système de réservation informatisé pour coordonner leurs prix²².

E. Économétrie

40. Un certain nombre d'organismes de la concurrence ont indiqué qu'ils utilisaient rarement les techniques économétriques (sauf la régression pour définir les marchés) parce qu'on avait besoin de données de haute qualité pour obtenir des résultats suffisamment fiables.

Les organismes qui utilisent ces techniques mettent parfois en œuvre des moyens permettant d'économiser du temps et de l'argent en évitant de refaire les travaux accomplis par les parties. Ces moyens concernent le format précis des données et des communications directes entre économétriciens concernant les méthodes, les techniques, les logiciels, etc. Le but visé est de susciter la confiance et la compréhension mutuelle quant aux conclusions qui peuvent ou non être tirées des données²³.

41. En résumé, le recours aux analyses économiques plus complexes, que ce soit aux fins d'évaluation des fusions ou à d'autres fins, ne paraît pas si fréquent. Outre les limitations ayant trait aux données, cela tient notamment aux motifs suivants: limitations des ressources en personnel et des compétences techniques, aggravées par les contraintes de temps (en particulier pour les fusions) et obligation moindre d'appliquer des analyses économiques complexes dans certaines juridictions (par exemple, dans certaines, l'organisme de la concurrence n'est pas tenu par la loi de prendre en compte l'argument de l'efficacité lorsqu'il analyse une fusion, ou bien dans d'autres juridictions il n'y a pas de précédent d'entreprises ayant invoqué l'argument de l'efficacité pour justifier une entente ou un comportement anticompetitif).

²² *United States c. Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) ParA. 70,687 (D.D.C. 1994) (final consent decree), cité dans Kovacic et Shapiro, 2000:56.

²³ Un exemple récent axé sur l'économétrie mais d'une portée plus large concerne le Royaume-Uni: «Suggested best practice for submissions of technical economic analysis from parties to the Competition Commission». www.competition-commission.org.uk.

Tableau 2

Méthodes d'analyse économique

Pays	Définition des marchés	Fusions/concentration	Divers	Économétrie
Argentine	SSNIP, sondages auprès de la clientèle, estimations de l'élasticité, analyses de marché	Simulation de fusion		
Bulgarie	SSNIP, estimations d'élasticité			
Chili	SSNIP, sondages auprès de la clientèle, estimations de l'élasticité			A été utilisée dans des affaires de comportement prédateur
CE	SSNIP, corrélation de prix, tests de stationnarité, analyse de la perte critique, sondages auprès de la clientèle			Souvent utilisée
Colombie	SSNIP, Elzinga-Hogarty	HHI		
Fédération de Russie	SSNIP			
Hongrie	Tests de stationnarité, sondages auprès de la clientèle		Tests de type <i>Delimitis</i>	
Indonésie	SSNIP, MCO	HHI, CR		
Japon	SSNIP, estimations d'élasticité croisée	Simulations de fusion		A été utilisée (collusion entre soumissionnaires)
Lettonie	SSNIP, analyse de la perte critique, estimations de l'élasticité, méthode des 5 forces de Porter	HHI, CR, indicateurs de rentabilité	Test Arreda-Turner	
Malawi	SSNIP			Pas utilisée
Mexique	SSNIP	HHI, CR		
Panama	Estimations de l'élasticité, sondages auprès de la clientèle, modèles probit	HHI, CR, Indice de Lerner		
République de Corée	Analyse de la perte critique, Elzinga-Hogarty, modèles probit, sondages auprès de la clientèle, estimations de l'élasticité, analyses du taux de détournement	Simulations de fusion, HHI		Utilisée souvent si données disponibles
Serbie	SSNIP			
Suisse	SSNIP, corrélation de prix, tests de stationnarité	HHI, CR		Rarement utilisée, sauf pour des MCO pour définir les marchés
Uruguay	Données qualitatives			

III. MANIÈRE DONT L'ANALYSE ÉCONOMIQUE EST REÇUE PAR LES PARTIES ET LES TRIBUNAUX

42. La manière de concevoir l'analyse économique dans les affaires de concurrence est influencée par des considérations de certitude juridique. Les opposants à l'emploi d'éléments de preuve économique font souvent valoir le genre d'argument suivant: a) l'analyse économique, contrairement aux preuves juridiques, est trop théorique, elle repose sur des modèles et des hypothèses qui, s'ils sont modifiés ne serait-ce que légèrement, peuvent aboutir à des résultats très divergents; b) il n'est pas rare qu'il y ait désaccord entre les économistes, qui présentent des analyses apparemment solides mais contradictoires, ce qui aboutit à la conclusion inévitable que l'on ne peut pas se fier à des éléments de preuve économique; c) les avocats et les juges ne comprennent pas bien les considérations économiques ou ne sont guère intéressés par elles.

43. Ce genre d'argument a été écarté catégoriquement par de nombreux experts (Neven, 2007, Freeman, 2006, Potocki, 1996), qui font valoir que, si les preuves économiques n'ont pas une valeur absolue, elles sont néanmoins très solides si elles s'appuient sur des hypothèses logiques et qu'elles sont utilisées en liaison avec des faits exacts et pertinents²⁴. Le droit traite souvent de questions techniques (par exemple le droit médical et le droit des brevets); le droit de la concurrence n'a rien d'exceptionnel. En outre, les avocats et les juges ne sont pas imperméables à des arguments complexes. Beaucoup reconnaissent que le droit de la concurrence diffère d'autres domaines techniques du droit en ce que les notions économiques sont au moins greffées sur le droit de la concurrence, voire inhérentes à ce droit.

44. Le rôle de l'économie dans le droit de la concurrence a des limites. Dans l'opinion dissidente rendue dans l'affaire *Leegin* en 2007, évoquée précédemment, le juge Breyer fait valoir que, contrairement à l'économie, le droit est un système administratif. Il produit ses effets par l'intermédiaire des juges et des avocats. Il s'ensuit que le droit de la concurrence doit pouvoir être administré dans un système concret. «Le droit antitrust ne peut pas et ne doit pas se contenter de refléter purement et simplement les opinions (parfois contradictoires) des économistes.». Cette affirmation concernant les limites de l'économie dans le droit de la concurrence se rapproche d'un commentaire formulé par deux éminents spécialistes de la concurrence au début du millénaire. Ils ont défini la difficulté, pour les responsables de la législation de la concurrence, comme consistant à adapter des techniques analytiques faisant une distinction claire entre les pratiques anticompétitives et les pratiques compétitives à des règles faciles à administrer, des règles qui puissent être appliquées par les gardiens de la concurrence et les tribunaux, et qui soient stables et prévisibles afin que les entreprises puissent s'appuyer sur elles (Kovacic et Shapiro, 2000:58).

45. Aux États-Unis et dans l'UE, les tribunaux ont accepté et même exigé le recours à des éléments de preuve économique et économétrique dans les affaires de concurrence. Bien entendu, les preuves économiques ne sont pas toujours convaincantes pour les tribunaux. Ainsi, en Finlande, on s'est aperçu récemment qu'en invoquant des théories économiques plus complexes on ne renforce pas nécessairement sa position par rapport à l'argumentation juridique,

²⁴ D'ailleurs, on peut faire une analyse de sensibilité, qui étudie les effets d'un changement d'hypothèse sur le résultat du modèle économique, afin de mesurer la solidité d'un modèle économique.

aux témoignages ou aux preuves présentés (Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), 2008). Il faut trouver un équilibre: la CE a subi une série de revers devant la Cour de justice des Communautés européennes dans des affaires de fusion (Airtours, Tetra/Laval et GE/Honeywell), où la Cour a préconisé une plus grande rigueur économique. En Europe et en Amérique du Nord, les parties en cause dans une affaire de concurrence et leurs avocats attendent aujourd'hui des analyses économiques poussées. Les avocats ont appris comment traiter l'analyse et les analystes économiques.

46. Dans bien des pays en développement, d'après certaines réponses au questionnaire de la CNUCED, les parties et leurs conseillers juridiques sont moins versés en économie. Ils sont donc enclins à s'intéresser à la forme légaliste plutôt qu'aux effets d'un comportement économique, ce qui peut empêcher l'organisme de la concurrence d'adopter une approche plus axée sur l'économie, particulièrement lorsque cette attitude affecte aussi l'examen des affaires de concurrence par la justice. C'est là un phénomène qui a son importance car, comme on l'a vu précédemment, l'attitude des tribunaux a été déterminante dans le passage à une approche plus économique dans la CE et les États-Unis.

47. Dans les pays en développement, les tribunaux considèrent de façon variable les preuves économiques. Dans quelques-uns d'entre eux, dont le Brésil, Israël, l'Indonésie et l'Afrique du Sud, les tribunaux utilisent l'analyse économique pour rendre leur décision. L'influence de l'économie sur les décisions gagne du terrain, particulièrement dans les juridictions qui ont une plus longue expérience de la répression des pratiques anticoncurrentielles. On reconnaît de plus en plus que l'économie occupe une place capitale dans le droit de la concurrence et dans l'analyse des affaires de concurrence.

48. L'attitude des juges à l'égard de l'utilisation de l'économie dans les affaires de concurrence n'a, semble-t-il, guère d'importance dans la justice administrative. D'après les réponses au questionnaire de la CNUCED, la plupart des juridictions appliquent le droit de la concurrence par l'intermédiaire d'un système administratif. Les tribunaux n'interviennent qu'au stade des recours, qui est habituellement limité à des questions de droit matériel ou à des questions de procédure. Pourtant, l'expérience montre que dans les affaires de concurrence, des considérations juridiques peuvent souvent conduire à réviser des théories économiques.

49. Comment les juges pourraient-ils opérer une transition pour mieux exploiter les sciences économiques dans les affaires de concurrence? On voit manifestement l'intérêt qu'il y aurait à inculquer aux juges des notions d'économie en matière de lutte contre les cartels et c'est une idée qui est préconisée par les organismes de la concurrence du monde entier. Même les juridictions les plus avancées en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles éprouvent encore des difficultés qui tiennent à l'absence de connaissances d'économie chez les juges. Ainsi, une récente étude de l'American Bar Association (ABA) a révélé que 24 % seulement des 42 économistes interrogés estimaient que les juges des tribunaux fédéraux comprenaient «habituellement» l'enjeu économique d'une affaire. L'ABA, entre autres, recommande que les juges soient mieux formés aux aspects économiques de la lutte antitrust. Toutefois, la formation des juges peut prêter à controverse. Ainsi, aux États-Unis, certains programmes de formation ont été critiqués comme ayant été conçus pour influencer la prise des décisions judiciaires et endoctriner les juges dans telle ou telle théorie économique. L'opposition suscitée par ces programmes a récemment débouché sur une proposition de loi qui aurait pour effet d'interdire les programmes de formation des juges fédéraux financés de source privée.

50. Il existe de meilleurs moyens de faire connaître l'analyse économique aux personnes qui n'ont aucune notion d'économie ni d'expérience du droit de la concurrence. Les juges sont parfois confrontés à ce genre d'analyse au début d'une affaire par les pièces de procédure ou par des procédures leur permettant de poser rapidement les questions soulevées par les conclusions des parties. Les juges peuvent désigner leurs propres experts économiques chargés de définir à leur intention les points de divergence entre les experts des parties. Ou bien les juges peuvent demander aux experts des parties en litige de s'entendre sur leurs domaines de divergence, afin de mieux cibler l'enquête.

51. La composition des tribunaux ou des comités d'experts peut influencer sur la manière dont les preuves économiques sont acceptées. Dans les juridictions qui ont un système administratif (ou qui ont des tribunaux spécialisés comprenant des juges expérimentés spécialistes du droit de la concurrence), des économistes figurent habituellement dans les organes délibérants pour leur permettre de mieux comprendre la théorie économique de la concurrence.

52. L'encadré 3 présente certaines des techniques employées par les organes de la concurrence pour aider les juges à comprendre des dossiers économiques complexes²⁵. Au Bureau de la concurrence du Royaume-Uni, les avocats se sont révélés souvent habiles à présenter aux tribunaux des arguments économiques dans des termes que les juges non rompus à l'économie trouvent convaincants.

Encadré 3. Présentation aux juges d'arguments économiques complexes

Les arguments économiques sont imbriqués avec les preuves de fait et sont fondés sur une théorie économique reconnue.

Les modèles économiques sont présentés de façon non technique mais exacte, avec des explications sur la manière dont ils fonctionnent, sur la raison pour laquelle celui qui a été choisi convient au cas d'espèce et comment ils aboutissent à telle ou telle conclusion en fonction des circonstances de l'affaire. Les hypothèses sur lesquelles on s'appuie sont exposées, avec indication des motifs pour lesquels d'autres hypothèses et paramètres n'ont pas été retenus, en fonction des connaissances, de l'expérience et des éléments de preuve relatifs à l'affaire.

Les arguments économiques sont présentés d'une manière conforme à la structure du raisonnement judiciaire.

Des documents visuels tels que tableaux, graphiques et diagrammes sont présentés à l'appui des explications verbales.

Source: OCDE, 2008.

²⁵ L'opinion dissidente dans l'affaire *Leegin* mentionnée précédemment donne une idée de la façon de présenter une argumentation économique aux juges: «je ne crois pas que nous devions accorder trop de crédit à des arguments que les parties n'expliquent pas de façon suffisamment claire pour pouvoir être compris par un juge généraliste».

53. Les témoignages économiques n'ont pas tous un poids égal. Les différentes juridictions ont leurs propres règles quant au point de savoir si les témoignages d'experts, et lesquels, sont recevables devant un tribunal. Ainsi, aux États-Unis, certaines décisions et les Règles fédérales disposent que «les témoignages économiques d'experts dans les affaires [de concurrence] ne sont pas recevables à moins que a) le témoin ne soit expert de la branche pertinente de l'économie; b) le témoignage ne s'appuie solidement sur cette branche de l'économie; c) le témoignage n'applique les outils de l'économie aux circonstances de l'affaire». Dans un commentaire concernant les Règles, il est dit ce qui suit: «le témoin qui déclare s'appuyer sur des méthodes économétriques ou des modèles économiques doit les décrire de façon assez détaillée pour faire comprendre les méthodes ou les modèles précis sur lesquels il s'appuie. Le témoin doit aussi expliquer pourquoi les méthodes ou les modèles sont pertinents et comment ils étayent la conclusion à laquelle il est parvenu»²⁶.

IV. QUESTIONS APPELANT UN EXAMEN PLUS POUSSÉ

54. Un pays qui n'utilise guère l'analyse économique dans les affaires de concurrence et qui voudrait l'utiliser davantage aurait à assumer des coûts non négligeables d'apprentissage pour le personnel, les praticiens du droit de la concurrence et les juges. Une partie de cet apprentissage n'est pas propre à un secteur, il peut s'appliquer aisément dans d'autres domaines de la politique microéconomique comme la réglementation économique de l'infrastructure. Les considérations habituelles de mobilité du personnel après la formation dispensée par les organismes de la concurrence s'appliquent alors. Étant donné ces coûts et étant donné les externalités positives et négatives, quelle est l'utilisation optimale de l'analyse économique dans un petit organisme de la concurrence d'un pays en développement?

55. Y a-t-il des domaines, des sujets ou des types d'affaire où il faudrait concentrer des ressources limitées pour faire des analyses économiques? Où il ne faudrait pas les concentrer?

56. Sur la base de l'expérience acquise, quels moyens se sont-ils révélés efficaces pour améliorer la capacité d'un organisme petit ou nouveau de procéder à des analyses économiques? A-t-on besoin à cet effet de ressources ou de connaissances spécifiques?

57. Lorsque les organismes de la concurrence de différentes juridictions collaborent dans une même affaire, leurs analyses économiques (choix des modèles, étalonnage des modèles) convergent-elles? Pourquoi?

58. Les lois sur la concurrence à objectifs multiples font-elles une moindre place à l'analyse économique?

²⁶ Werden, 2007.

Bibliographie

Baker J. B. et Shapiro C. (2007). Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement. October 2007, Prepared for the Kirkpatrick Conference on Conservative Economic Influence on U.S. Antitrust Policy, Georgetown University Law School, avril 2007.

<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>.

Baker J. B. et Rubinfeld D. L. (1999). Empirical methods in antitrust litigation: Review and critique, Boalt Working Papers in Public Law, University of California, Berkeley, paper 43.

CRAI (2001). Competition Memo: June 2001. Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy. <http://www.crai.com/ecp/assets/Stationarity.pdf>.

Freeman P. (2006). Competition law and economics: a partnership of equals or a struggle for supremacy? Talk by Peter Freeman at ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 22 mars 2006.

Oxera (2009). The new guidance on Article 82 – does it do what it says on the tin? Oxera Agenda, janvier. www.oxera.com.

Hartzenbergh T. (2008). Competition policy in South Africa: towards development? Paper presented at DPRU Conference 2008, School of Economics, University of Cape Town, 27-29 octobre.

Kovacic W. E. et Shapiro C. (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14:43–60.

KPMG (2007). Peer Review of Competition Policy. Rapport établi pour le Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni.

Neven D. (2007). Competition economics in Europe. Introduction. The 2007 Handbook of Competition Economics. Peut être consulté à l'adresse:

http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/intro_competition_economics.pdf.

OCDE (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. DAF/COMP(2008)31.

Potocki A. (1996). Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence. Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence, OCDE. OECDE/GD(97)200.

Werden G. J. (2002). The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm.

Werden G. J. (2007). The admissibility of expert economic testimony in antitrust cases. Prepared for ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy*, chapter 35: 9.

White L. J. (2007). Economics, economists and antitrust: a tale of growing influence. Paper presented at the American Economics Association session on Better Living Through Economics (V)", New Orleans, 5 janvier 2008.