

## Qu'est-ce que la concurrence par les mérites ?

**Qu'est-ce qui compte : la forme des pratiques ou leurs effets ?**

**Y a-t-il mieux à faire ?**

**Que sont les critères de la renonciation à bénéfice et de l'irrationalité économique ?**

**Qu'est-ce que le critère de l'entreprise aussi efficiente ?**

**Qu'est-ce que le critère de l'intérêt des consommateurs ?**

**Que faire d'autre ?**

**Pour plus d'informations**

**Références**

**Où nous contacter ?**

### Introduction

De l'avis général des autorités chargées de la concurrence dans les pays de l'OCDE, la politique de la concurrence a pour but de protéger la concurrence et non pas les concurrents. Dans la poursuite de cet objectif, nombre d'autorités et de tribunaux ne cessent d'employer l'expression « concurrence par les mérites » pour expliquer et justifier leurs vues sur la façon de distinguer des pratiques qui portent atteinte à la concurrence de celles qui la font progresser. Cette expression n'a pourtant jamais été définie de façon satisfaisante. Il en est résulté une jurisprudence dissonante qui utilise de multiples méthodes d'analyse. D'où, ensuite, des résultats imprévisibles et le discrédit de l'expression, ainsi que des politiques qu'elle est censée inspirer.

De manière générale, l'expression « concurrence par les mérites » sous-entend qu'une entreprise dominante peut légalement se livrer à des pratiques qui entrent dans le champ défini par cette expression, même s'il en résulte que des concurrents sont obligés de quitter le marché, ou qu'ils sont découragés d'y entrer ou de s'y développer. Toutefois, en dépit des nombreuses années d'application du droit de la concurrence dans les pays de l'OCDE, le périmètre de ce champ et les principes directeurs qui sont censés le définir restent le plus souvent imprécis. Même s'il peut être aisé de convenir que certains comportements sortent du champ des pratiques acceptables et d'autres non, il n'est pas toujours facile de s'entendre sur des critères ; quant à d'autres comportements, c'est déjà sur leur classement dans le champ des pratiques acceptables qu'il s'est avéré difficile de parvenir à un accord. Néanmoins, lorsque les tribunaux et les praticiens font état de la « concurrence par les mérites » dans le souci de distinguer les comportements licites de ceux qui ne le sont pas et d'en donner les raisons, ils le font en général en supposant qu'il existe une interprétation commune de cette expression. En d'autres termes, l'expression a trop souvent servi de raccourci qui glisse sur la difficulté de définir des principes et des normes précis pour donner corps à des politiques de la concurrence solides.

On peut comprendre que les entreprises dominantes craignent un traitement arbitraire de la part des autorités de la concurrence et des tribunaux qui viendraient à condamner leurs pratiques en s'appuyant sur l'expression « concurrence par les mérites », officielle en apparence, mais mouvante, pour justifier leur action disciplinaire. Aussi l'accord se fait-il sur la nécessité de réexaminer et de préciser les critères d'évaluation des pratiques de l'entreprise dominante en droit de la concurrence. Pour que la concurrence par les mérites soit un concept opératoire, il faut qu'elle aide par son principe à distinguer les pratiques préjudiciables d'exclusion des pratiques concurrentielles saines. ■

### Qu'est-ce qui compte : la forme des pratiques ou leurs effets ?

S'il est largement admis que la politique de la concurrence a pour but de protéger la concurrence et non pas les concurrents, les moyens d'y parvenir sont loin de faire l'unanimité. Dans de nombreux pays, pour déterminer si le comportement d'une société dominante porte atteinte à la concurrence, les autorités compétentes ont adopté une démarche essentiellement axée sur les effets et qui s'attache principalement aux conséquences économiques de ce comportement pour les consommateurs et pour la concurrence. Dans un certain nombre d'autres pays, notamment l'Allemagne et la Corée, elles ont opté pour une conception plus formelle, qui s'attache essentiellement à classer les diverses pratiques par catégorie. Néanmoins, l'analyse économique conserve un rôle important dans ces pays, et l'optique formelle assure sans doute une plus grande sécurité juridique et un règlement plus rapide du contentieux que les méthodes fondées sur les effets. Toutefois, certains observateurs pensent que les conceptions formelles posent un problème assez grave : un même type de comportement peut, selon les circonstances, correspondre à une « concurrence normale » ou à une « concurrence abusive ». Autrement dit, l'optique formelle n'offrirait aucun moyen indiscutable de déterminer qu'un comportement relève de la concurrence par les mérites, et toute tentative visant à recenser ainsi les comportements susceptibles d'être abusifs s'exposerait au risque de faux positifs ou de faux négatifs. Pour ces observateurs, il est essentiel de se concentrer sur les effets économiques des comportements pour déterminer avec précision leur véritable nature, et cette démarche est donc judicieuse, même si elle est plus longue que la méthode formelle. Sinon, l'application du droit de la concurrence risque de ne pas être en phase avec les objectifs économiques de la politique de la concurrence.

Il est nécessairement difficile de concilier sécurité juridique, commodité d'administration et précision. L'optique formelle peut assurer une plus grande sécurité et son administration est plus facile, mais elle peut aussi aboutir à des conclusions erronées, étant donné les effets constatés sur le marché. Une démarche cas par cas ou axée sur les effets peut donner des résultats plus pertinents au regard des conséquences réelles d'une pratique donnée, mais il serait long, irréalisable et inapplicable d'exposer en détail toutes les circonstances de chaque affaire. Aucune des deux démarches, poussée à l'extrême, ne donne des résultats convaincants. ■

### Y a-t-il mieux à faire ?

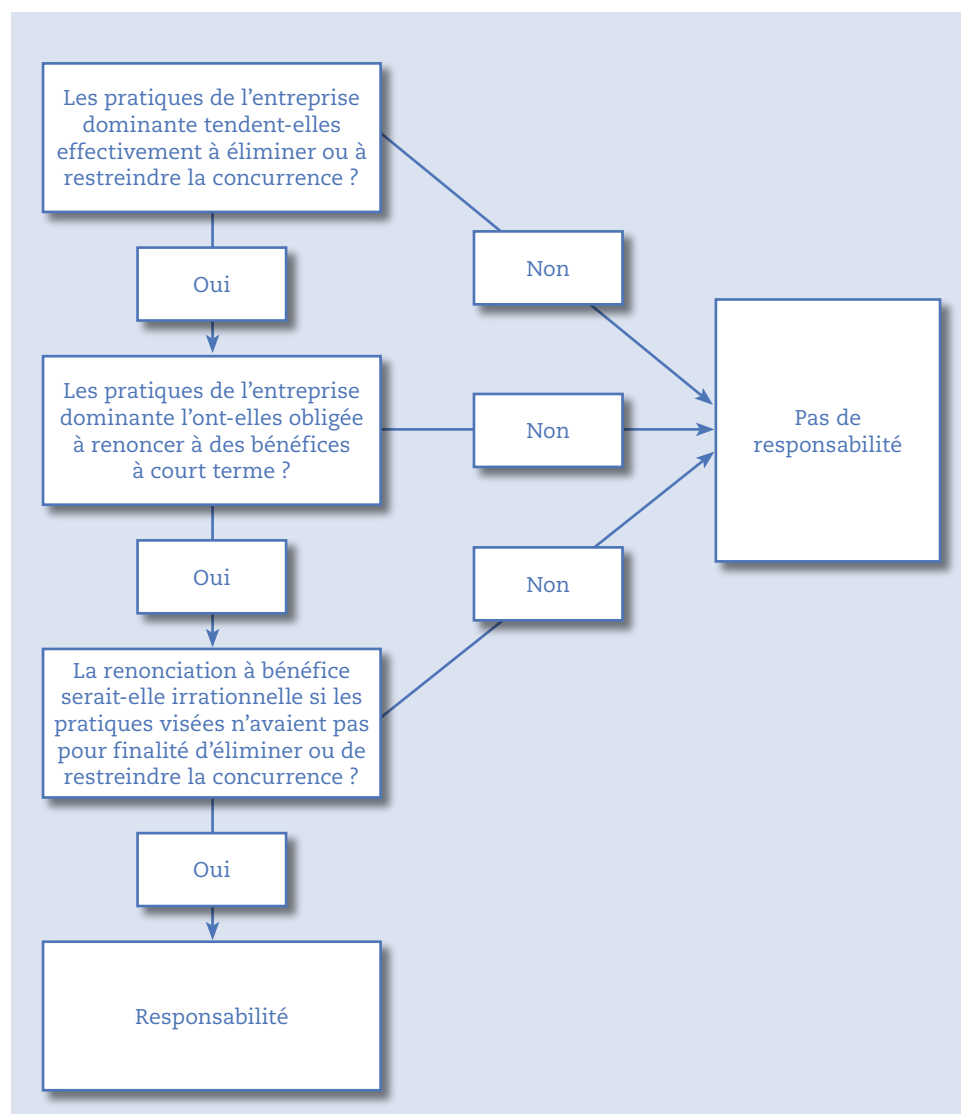
Dans certaines affaires, il est facile de conclure que les pratiques examinées relèvent manifestement de la concurrence par les mérites, quelque définition que l'on en donne, et qu'aucun abus de position dominante ou de monopolisation n'a été commis. Toutefois, les affaires plus complexes ont suscité une certaine insatisfaction face à l'ambiguïté de nombreuses règles de concurrence et à l'insuffisante définition d'expressions telles que « concurrence par les mérites ». Cette insatisfaction a incité les spécialistes à proposer un certain nombre de critères plus précis pour déceler les pratiques préjudiciables. Il s'agit du critère de la renonciation à bénéfice, du critère de l'irrationalité économique, du critère de l'entreprise aussi efficiente et de divers critères faisant intervenir l'intérêt des consommateurs. La plupart des spécialistes conviennent qu'aucun de ces critères n'est adapté à tous les types de situation, mais on constate aussi que le critère préféré des autorités n'est pas toujours le même. Chacune des quatre grandes catégories de critères a été utilisée par les tribunaux et les autorités de la concurrence. D'autres critères, par exemple celui que le Professeur Einer Elhauge a récemment mis au point, sont proposés au fur et à mesure que les chercheurs parviennent à mieux cerner la notion de concurrence par les mérites. Chaque critère a ses points forts et ses points faibles. ■

### Que sont les critères de la renonciation à bénéfice et de l'irrationalité économique ?

Selon le critère de la renonciation à bénéfice, une pratique doit être considérée comme illicite lorsqu'elle implique une renonciation à bénéfice qui serait irrationnelle si elle ne tendait pas à éliminer ou à restreindre la concurrence. Sous l'une de ses formes, ce critère est utile pour appréhender la pratique de prix d'éviction, mais il ne paraît pas satisfaisant dans d'autres types d'affaires parce qu'il est à la fois trop large et trop étroit. Il est trop large parce qu'il peut amener à retenir certains comportements qui profitent aux consommateurs, même s'ils excluent en même temps les concurrents. Par exemple, les coûts de recherche-développement d'un nouveau médicament peuvent être si lourds que les dépenses de développement du médicament ne seraient rationnelles que si le médicament est suffisamment efficace pour exclure les concurrents et donner à l'entreprise innovante une position de force sur le marché. Mais est-il judicieux de décourager un tel investissement ? En revanche, certaines pratiques peuvent n'imposer aucune renonciation à bénéfice à court terme alors qu'elles portent atteinte à la concurrence. Le diagramme 1 schématise le fonctionnement du critère de la renonciation à bénéfice.

Diagramme 1.

#### LE CRITÈRE DE LA RENONCIATION À BÉNÉFICE

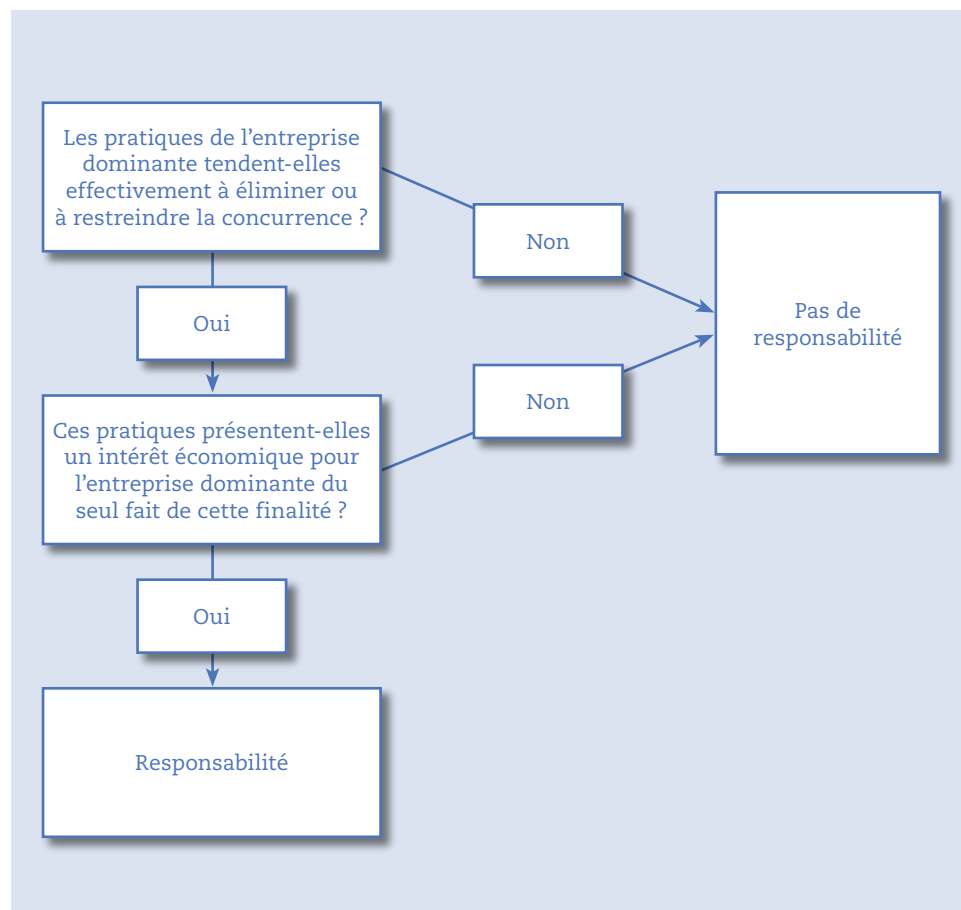


Selon le critère de l'irrationalité économique, une pratique ne doit être condamnée que si seule sa vocation à éliminer ou à restreindre la concurrence lui donne un sens économique. Ce critère évite la critique de l'étroitesse, parce qu'il n'exige pas la renonciation à bénéfice. Il peut être utilisé de façon offensive, c'est-à-dire en faisant valoir que la pratique avait un effet d'exclusion parce qu'elle n'avait aucune justification économique, et de façon défensive, c'est-à-dire pour démontrer que la pratique n'est pas condamnable parce qu'elle a effectivement une justification économique. Il semble toutefois que ce critère présente, lui aussi, des difficultés d'application aux pratiques dont les effets sont mitigés. Le diagramme 2 schématise le fonctionnement du critère de l'irrationalité économique. ■

### Qu'est-ce que le critère de l'entreprise aussi efficiente ?

Selon le critère de l'entreprise aussi efficiente (parfois dénommé « critère du concurrent efficient »), une pratique doit être considérée comme illicite si elle paraît devoir exclure un concurrent qui est au moins aussi efficient que l'entreprise dominante. Ce critère vise surtout à distinguer les atteintes à la concurrence des inconvénients pour les concurrents et il s'inspire de l'idée que, sans pratique « répréhensible », quelle que soit la forme qu'elle revête, une entreprise dominante ne saurait éliminer les concurrents aussi efficaces qu'elle. Toutefois, ce critère peut n'être pas assez rigoureux si son interprétation permet

Diagramme 2.  
LE CRITÈRE  
DE L'IRRATIONALITÉ  
ÉCONOMIQUE

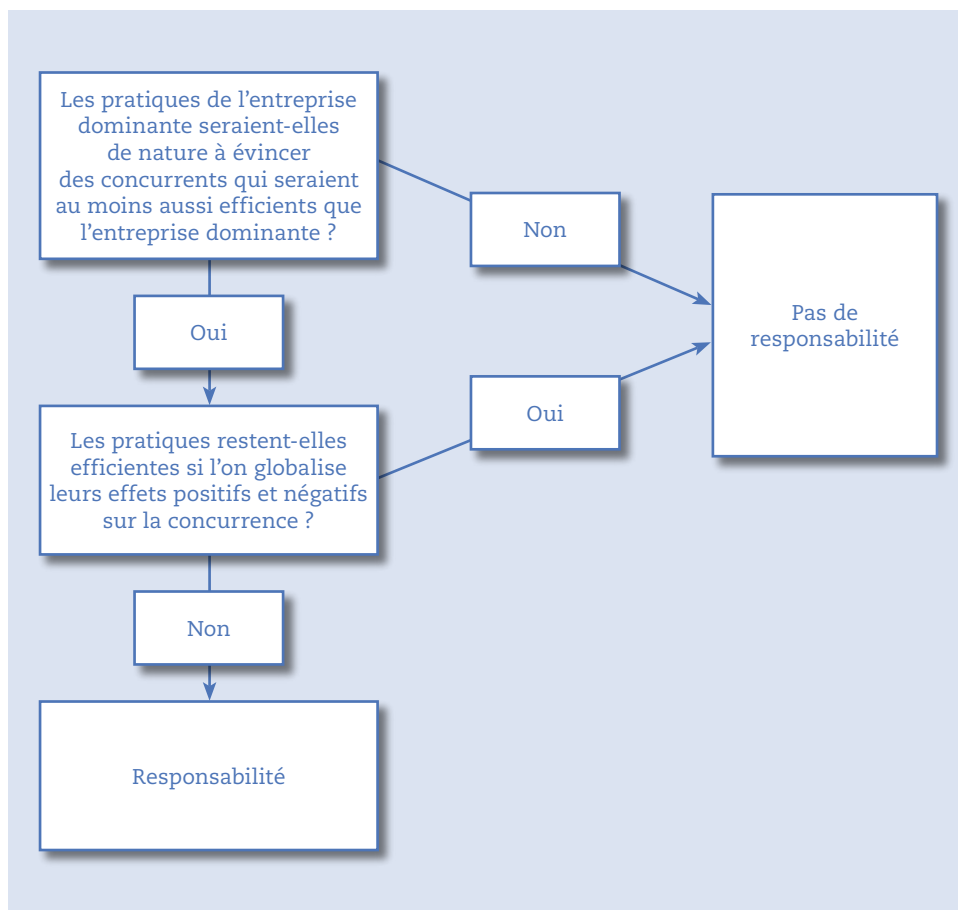


l'élimination de nouvelles entreprises qui ne sont pas encore aussi efficaces que l'entreprise en place, mais qui, à terme, le seraient devenues, et auraient même surpassé cette entreprise si elles avaient pu survivre assez longtemps. De plus, si une entreprise aussi efficace peut entrer sur le marché et survivre, cela ne veut pas nécessairement dire qu'elle peut exercer une pression concurrentielle. Aussi la seule probabilité qu'elle survive ne garantit-elle pas que la concurrence soit préservée. ■

### Qu'est-ce que le critère de l'intérêt des consommateurs ?

Le critère de l'intérêt des consommateurs vérifie la licéité d'une pratique en demandant que les décideurs mettent en balance les effets positifs et négatifs de cette pratique sur l'intérêt des consommateurs. Le critère de l'intérêt des consommateurs se présente sous plusieurs formes. Elles exercent toutes un certain attrait immédiat parce qu'elles s'attachent aux effets directs sur l'intérêt des consommateurs et non pas à des facteurs indirects comme la renonciation à bénéfice, pour évaluer le comportement de l'entreprise dominante. Malheureusement, bien qu'il soit parfois possible de déterminer si une pratique favorise ou défavorise les consommateurs, il peut être très difficile, voire impossible, de mesurer l'ampleur de cet effet. Lorsque la pratique exerce à la fois des effets positifs et négatifs sur l'intérêt des consommateurs, une mise en balance est nécessaire pour déterminer quels sont ceux qui l'emportent. Aussi

**Diagramme 3.**  
**LE CRITÈRE DE L'ENTREPRISE AUSSI EFFICIENTE**

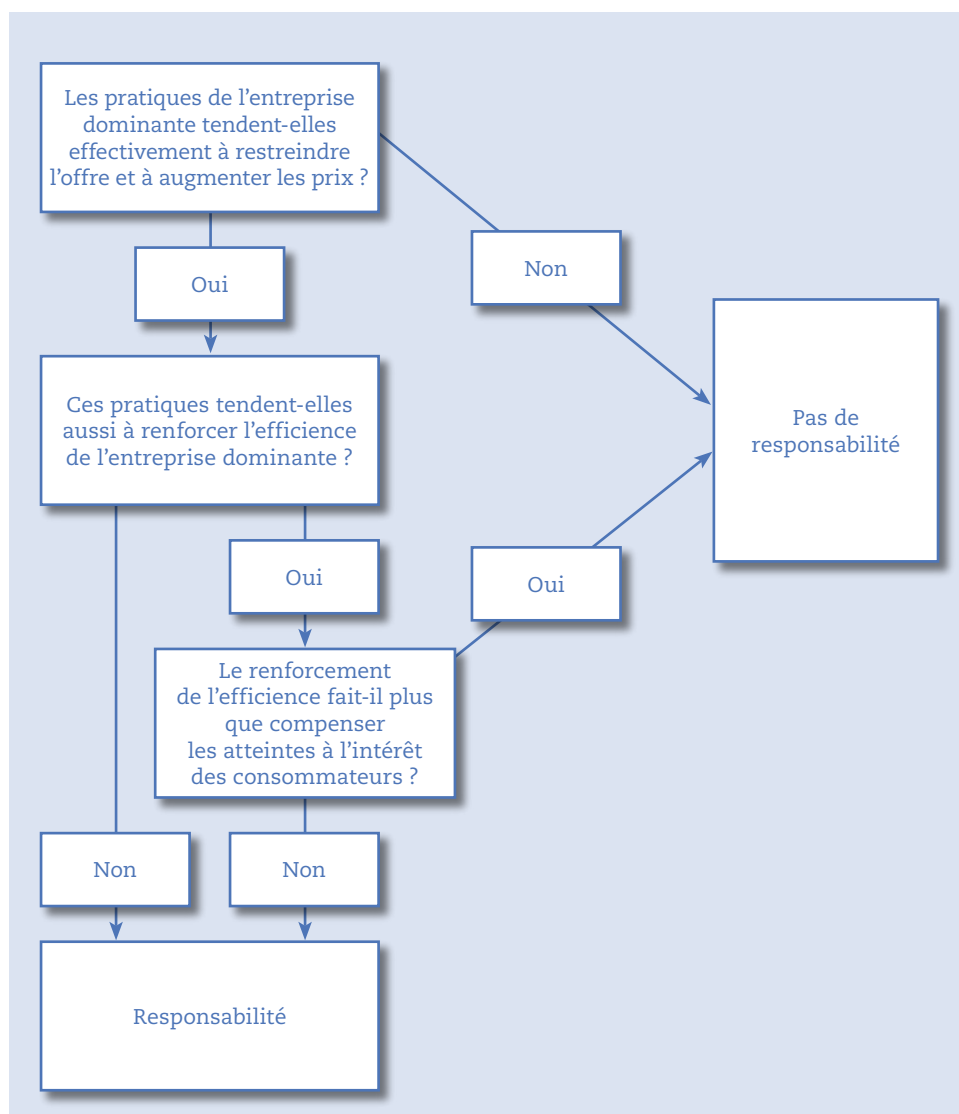


est-il difficile d'être sûr que les critères qui nécessitent cette mise en balance sont exacts, objectifs et cohérents. De plus, on ne voit pas bien quel est l'horizon temporel à retenir pour appliquer ces critères, alors que ce choix est déterminant pour juger des stratégies dynamiques comme la fixation de prix d'éviction. ■

**Que faire d'autre ?**

Il est souhaitable de rendre plus transparente la logique des décisions des autorités de la concurrence, de façon à clarifier l'interprétation et l'application du droit de la concurrence. L'examen de certains critères, leur développement et leur application sont certes utiles, mais en définitive, pour déterminer si une pratique est abusive, les tribunaux et les autorités de la concurrence s'appuieront en général sur les précédents établis par des décisions motivées. On peut tirer des enseignements de toutes les affaires, qu'elles aient ou non donné lieu à des poursuites. Néanmoins, certaines autorités de la concurrence ne publient pas systématiquement leurs motifs lorsqu'elles classent une affaire. Pour ces

**Diagramme 4.**  
**LE CRITÈRE DE L'INTÉRÊT**  
**DES CONSOMMATEURS**



autorités, et aussi pour le public, il serait très utile de faire connaître les motifs du classement des poursuites, car on saurait mieux aussi comment des affaires similaires sont susceptibles d'être analysées à l'avenir. De plus, la transparence des motivations de toutes les décisions des autorités de la concurrence peut ouvrir des débats et permettre ainsi d'affiner le droit de la concurrence et son application. L'autorité irlandaise de la concurrence, par exemple, rend publique son analyse en cas de classement des poursuites et, aux États-Unis, la *Federal Trade Commission* a également l'intention de commenter ses décisions dans ce cas.

Les délégués de plusieurs pays font valoir que les décisions en matière de pratiques unilatérales doivent à la fois assurer la sécurité juridique et apporter une analyse claire et structurée des éléments factuels du marché dans une optique économique axée sur les effets. Davantage de faits importants peuvent être pris en considération dans les décisions de poursuivre, même si l'optique formelle ne l'exige pas. De même, il faut que le classement des poursuites indiquent très clairement pourquoi une pratique qui pourrait paraître illicite à première vue relève en fait de la concurrence par les mérites si on l'examine posément compte tenu des circonstances de marché. ■

### Pour plus d'informations

De plus amples informations sur cette Synthèse et sur la Division de la concurrence de l'OCDE peuvent être obtenues auprès de Jeremy West.  
Courriel : [jeremy.west@oecd.org](mailto:jeremy.west@oecd.org), tél. : +33 1 45 24 17 51,  
site web : [www.oecd.org/competition](http://www.oecd.org/competition).



## Références

OCDE, **La concurrence par les mérites** (Table ronde sur les bonnes pratiques) (2005), adresse Internet : [www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf).

OCDE, **L'éviction des marchés** (Table ronde sur les bonnes pratiques) (2004), adresse Internet : [www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf).

---

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :  
[www.oecd.org/librairie](http://www.oecd.org/librairie)

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles  
sur notre bibliothèque en ligne : [www.SourceOCDE.org](http://www.SourceOCDE.org)

---

## Où nous contacter ?

### SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS

2, rue André-Pascal  
75775 PARIS Cedex 16  
Tél. : (33) 01 45 24 81 67  
Fax : (33) 01 45 24 19 50  
E-mail : [sales@oecd.org](mailto:sales@oecd.org)  
Internet : [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

### ALLEMAGNE

Centre de l'OCDE de Berlin  
Schumannstrasse 10  
D-10117 BERLIN  
Tél. : (49-30) 288 8353  
Fax : (49-30) 288 83545  
E-mail :  
[berlin.contact@oecd.org](mailto:berlin.contact@oecd.org)  
Internet : [www.oecd.org/deutschland](http://www.oecd.org/deutschland)

### ÉTATS-UNIS

Centre de l'OCDE  
de Washington  
2001 L Street N.W., Suite 650  
WASHINGTON DC 20036-4922  
Tél. : (1-202) 785 6323  
Fax : (1-202) 785 0350  
E-mail : [washington.contact@oecd.org](mailto:washington.contact@oecd.org)  
Internet : [www.oecdwash.org](http://www.oecdwash.org)  
Toll free : (1-800) 456 6323

### JAPON

Centre de l'OCDE de Tokyo  
Nippon Press Center Bldg  
2-2-1 Uchisaiwaicho,  
Chiyoda-ku  
TOKYO 100-0011  
Tél. : (81-3) 5532 0021  
Fax : (81-3) 5532 0035  
E-mail : [center@oecdtokyo.org](mailto:center@oecdtokyo.org)  
Internet : [www.oecdtokyo.org](http://www.oecdtokyo.org)

### MEXIQUE

Centre de l'OCDE du Mexique  
Av. Presidente Mazaryk 526  
Colonia: Polanco  
C.P. 11560 MEXICO, D.F.  
Tél. : (00 52 55) 9138 6233  
Fax : (00 52 55) 5280 0480  
E-mail :  
[mexico.contact@oecd.org](mailto:mexico.contact@oecd.org)  
Internet :  
[www.oecd.org/centrodemexico](http://www.oecd.org/centrodemexico)

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques  
et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.