

29 novembre 2017

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence****Note de référence du Secrétariat****5-6 décembre 2017**

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence au titre du point V de la 128<sup>e</sup> réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra les 5 et 6 décembre.

Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse :

[www.oecd.org/daf/competition/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law.htm)

M. Antonio Capobianco, Expert de haut niveau en droit de la concurrence  
Courriel : [Antonio.Capobianco@oecd.org](mailto:Antonio.Capobianco@oecd.org)

**JT03423811**

## *Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence\**

### *Résumé*

*Les tribunaux, les responsables de l'action publique et les experts débattent depuis longtemps des questions relatives au champ d'application approprié des règles et présomptions en droit de la concurrence. D'un côté, le droit de la concurrence comprend des règles qui interdisent certains comportements quels que soient leurs effets, comme la fixation délibérée des prix ; d'un autre côté, lorsque les effets d'un comportement sont ambigus, ce comportement ne peut être interdit que s'il est démontré qu'il a des effets anticoncurrentiels. À la suite de l'évolution de la théorie économique dans la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le droit de la concurrence s'est progressivement détourné des interdictions fondées sur la forme pour exiger que des analyses économiques approfondies soient réalisées avant de sanctionner certains comportements au motif qu'ils sont anticoncurrentiels. Cette évolution est née du constat qu'un grand nombre de comportements – comme les accords verticaux, les ventes liées et groupées ou la distribution exclusive – qui étaient auparavant considérés comme des infractions caractérisées au droit de la concurrence, sont, le plus souvent, proconcurrentiels.*

*Le recours accru à l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence a renforcé la crédibilité et la précision des mesures prises par les autorités de la concurrence. En contrepartie, il a également augmenté le coût d'application des règles de concurrence et introduit un degré plus élevé d'insécurité juridique relative aux comportements susceptibles d'être remis en question par le droit de la concurrence. On a donc assisté, au cours de la même période, à un recours accru aux analyses économiques détaillées mais aussi au développement des régimes de protection et des présomptions légales. Ces régimes de protection et ces présomptions facilitent le respect de la loi et rendent son application plus prévisible et fiable.*

*Cette note de référence présente une vue d'ensemble des discussions relatives à l'efficacité et à la simplicité d'administration, dans la pratique, du droit de la concurrence. Elle commence par décrire l'évolution du droit de la concurrence au siècle dernier ; elle tente ensuite d'expliquer les raisons de cette évolution en se référant à la théorie de la décision, également dénommée « analyse du coût des erreurs ». À partir de cette théorie et d'observations pratiques, elle s'attache ensuite à définir quelles sont les principales raisons justifiant l'adoption de règles et présomptions légales ainsi que les circonstances dans lesquelles des analyses économiques approfondies doivent être privilégiées.*

---

\* Cette note a été rédigée par Pedro Caro de Sousa et Federica Maiorano de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle a bénéficié des commentaires d'Antonio Capobianco et de Iratxe Gurpegui.

## *Table des matières*

<b>Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence.....</b>	<b>2</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Droit de la concurrence et règles de concurrence – Perspective historique .....</b>	<b>6</b>
<b>3. Règles de concurrence optimales .....</b>	<b>10</b>
<b>4. Les règles et présomptions légales et les régimes de protection dans le droit de la concurrence</b>	<b>15</b>
<b>5. Conclusion.....</b>	<b>26</b>

### **Encadrés**

Encadré 1. Règles discriminantes et analyses approfondies du marché dans le droit de la concurrence aux États-Unis et dans l'UE.....	9
Encadré 2. La présomption d'illégalité relative à la pratique du prix de vente imposé .....	20
Encadré 3. Distribution sélective dans les ventes en ligne .....	22
Encadré 4. Les régimes de protection dans la distribution exclusive .....	24
Encadré 5. Lignes directrices sur les restrictions verticales et les parts de marché.....	26

## 1. Introduction

1. Les tribunaux, les responsables de l'action publique et les experts débattent depuis longtemps des questions relatives au champ d'application approprié des règles et présomptions dans le droit de la concurrence. D'un côté, le droit de la concurrence comprend des règles qui interdisent certains comportements quels que soient leurs effets, comme la fixation délibérée des prix. D'un autre côté, lorsque ses effets sont ambigus, un comportement ne peut être interdit que s'il est démontré qu'il a des effets anticoncurrentiels. Les coûts d'une enquête portant sur les effets économiques soulèvent d'autres questions, qui concernent notamment l'entité la mieux placée pour effectuer l'analyse concurrentielle, la manière de comparer les coûts d'application et les coûts liés au à l'autorisation de maintien d'un comportement potentiellement anticoncurrentiel et le champ d'application approprié des règles et présomptions.

2. À la base, toutes ces questions reposent sur le constat suivant : si le droit de la concurrence s'efforce d'empêcher les pratiques des entreprises qui diminuent le bien-être économique, son application a des coûts. Premièrement, à la suite de l'évolution de la théorie économique, le droit de la concurrence a changé son approche de certaines pratiques<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'il a longtemps interdit des pratiques que la théorie économique a rétablies, les considérant comme essentiellement proconcurrentielles – comme les accords verticaux d'attribution de territoires<sup>2</sup> ou les interdictions de prix de vente maximaux<sup>3</sup>. En outre, dans le traitement des informations, les organes d'application se heurtent à des obstacles résultant à la fois d'informations imparfaites et de ressources limitées. En d'autres termes, les autorités compétentes ne sont pas infaillibles et des erreurs sont possibles. Deuxièmement, les mesures visant à assurer le respect des règles de concurrence sont coûteuses. Pour déterminer si elles sont justifiées, les coûts liés à l'application doivent être mis en balance avec les coûts qu'implique l'autorisation de maintien d'un comportement potentiellement anticoncurrentiel. Si les interdictions fondées sur les types de comportements sont plus faciles à appliquer, elles présentent également plus de risques d'erreurs que les analyses détaillées du marché. Il est plus coûteux de procéder à des analyses approfondies du marché que de déterminer si un certain type de comportement a eu lieu. Troisièmement, les organes d'application disposent de ressources limitées et doivent établir des priorités dans les mesures d'exécution visant certains types de comportements des entreprises. Dans la pratique, l'efficacité du droit de la concurrence dépend de son respect par les personnes concernées, à savoir les entreprises. Il y a lieu de penser que des règles claires définissant les pratiques licites des entreprises offrent une conformité et une sécurité juridique plus élevées que le fait de soumettre chaque pratique d'entreprise à une analyse détaillée du marché afin de déterminer ses effets anticoncurrentiels éventuels.

3. L'arbitrage implicite entre l'interdiction de certaines pratiques d'entreprises, quels que soient leurs effets, et le fait d'interdire un comportement uniquement s'il a des effets anticoncurrentiels est similaire à celui qui existe entre les règles discriminantes et les normes. Les règles discriminantes établissent clairement l'interdiction ou l'autorisation de certains comportements ; il peut s'agir, par exemple, d'une règle qui interdit les ententes sur les prix ou les accords de partage du marché entre des concurrents, indépendamment des effets de ces pratiques d'entreprises dans chaque cas d'espèce. Les normes sont plus vagues que les règles et elles fixent généralement des critères de référence plus difficiles à mesurer, comme l'interdiction d'un comportement préjudiciable pour le bien-être du consommateur.

4. Les normes présentent moins de risques d'erreurs d'application car elles se demandent directement si un comportement est anticoncurrentiel, c'est-à-dire s'il porte atteinte au bien-être du consommateur ; en revanche, leur application est beaucoup plus délicate car elle nécessite généralement des analyses économiques complexes. Les règles, pour leur part, sont plus faciles à appliquer mais elles peuvent donner lieu à des erreurs d'application ; c'est ainsi qu'une interdiction stricte d'entente sur les prix peut entraver les efforts de coopération entre des concurrents dans le domaine de la recherche et du développement, qui sont bénéfiques sur le plan social<sup>4</sup>. Entre ces deux extrémités – règles discriminantes et normes – il existe un large éventail de normes et présomptions qui visent à garantir la simplicité d'administration du droit de la concurrence. Il s'agit, par exemple, du recours aux parts de marché pour déterminer si le pouvoir de marché d'une entreprise est suffisant pour qu'elle soit responsable d'un comportement unilatéral ou de la présomption selon laquelle une entreprise a participé à une entente si elle a pris part à des réunions au cours desquelles des accords anticoncurrentiels ont été conclus, sans manifester d'opposition à ces accords.

5. Enfin, la difficulté consiste à parvenir à un équilibre entre la poursuite des objectifs du droit de la concurrence – à savoir, l'optimisation du bien-être – et la nécessité d'élaborer des règles simples à administrer. C'est cet équilibre que les autorités de contrôle recherchent sans relâche, dans le contexte de l'émergence de nouvelles pratiques d'entreprises et de l'évolution de la théorie économique. Les travaux consacrés, dans le monde entier, au traitement approprié des accords verticaux – en particulier, dans le cadre de la mise à jour des lignes directrices par les autorités de la concurrence – et les discussions sur le traitement des remises de fidélité ou sur la pertinence du critère du concurrent aussi efficace dans l'évaluation des pratiques de fixation des prix, illustrent les efforts déployés récemment pour parvenir à un juste équilibre.

6. Ce document de référence propose une vue d'ensemble des discussions relatives à l'efficacité et à la simplicité d'administration, dans la pratique, du droit de la concurrence, en faisant référence aux débats des experts et à l'expérience pratique. Les exemples cités dans ce rapport proviennent principalement d'Europe et des États-Unis car la littérature consacrée à cette question fait principalement référence à ces pays.

7. Ce document commence par décrire, à la section suivante, l'évolution du droit de la concurrence au cours du siècle dernier et sa recherche d'un équilibre entre l'interdiction de pratiques d'entreprises selon leur forme et la nécessité de procéder à des analyses économiques détaillées pour déterminer si ces pratiques doivent être interdites. Il résume, à la section 3, les contributions d'un domaine du droit et de l'économie qui étudie comment les règles peuvent avoir un impact social optimal – la théorie de la décision, également dénommée « analyse du coût des erreurs » – et décrit comment cette approche nous aide à comprendre la structure du droit de la concurrence et son évolution dans le temps. L'un des principaux constats de la littérature est que la condamnation à tort de pratiques d'entreprises au motif qu'elles sont anticoncurrentielles peut être très coûteuse. Si les règles discriminantes et les présomptions simplifient l'application du droit de la concurrence, il convient d'avoir une certitude suffisante que ces règles et présomptions sont appropriées, avant de les adopter. La section 4 est donc consacrée aux raisons justifiant l'adoption de règles et présomptions plutôt que la réalisation d'analyses détaillées du marché. Cette section comprend également une discussion sur les raisons expliquant que les autorités de contrôle soient plus souples à l'égard des règles et présomptions qui équivalent à des régimes de protection. Les régimes de protection peuvent donner lieu à des acquittements à tort, qui ne sont pas susceptibles d'être aussi coûteux que les condamnations à tort de pratiques d'entreprises et ils peuvent, dans

certains cas, être réfutés par des analyses détaillées du marché. La section 5 conclut ce document.

## 2. Droit de la concurrence et règles de concurrence – Perspective historique

8. La formulation générale des dispositions relatives au droit de la concurrence ne donne pas d'orientations précises sur les comportements prohibés. En revanche, les dispositions légales interdisent tout comportement équivalent à une « entrave au commerce », une « monopolisation » « une pratique qui a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » ou un « abus de position dominante »<sup>5</sup>. Les dispositions relatives au droit de la concurrence sont donc vagues.

9. Si son objectif fondamental est clair – interdire des pratiques d'entreprises qui diminuent le bien-être économique – le droit de la concurrence a, depuis toujours, éprouvé des difficultés à concrétiser cet objectif par des règles simples. Le droit de la concurrence régit un ensemble complexe et vaste de pratiques dont les effets sur le bien-être économique sont extrêmement variés. Il n'est donc pas possible de le réduire à quelques règles catégoriques établissant que certains comportements sont autorisés tandis que d'autres ne le sont pas<sup>6</sup>. En revanche, seules des analyses économiques, à la fois coûteuses et fastidieuses, permettent de mesurer les effets de ces comportements sur le bien-être économique.

10. Comme dans d'autres domaines du droit, le droit de la concurrence doit mettre en balance les avantages et les inconvénients de règles simples, faciles à appliquer mais souvent inappropriées, et ceux de règles plus exactes, dont l'application est à la fois plus onéreuse et mal définie<sup>7</sup>.

11. Depuis plusieurs années, cette question est au cœur des débats consacrés au champ d'application approprié du droit de la concurrence et à la manière de traiter certains comportements d'entreprises. Dans la plupart des écrits, l'origine de ce débat remonte à une décision de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle :

*« Le tribunal doit normalement prendre en compte les faits spécifiques de l'entreprise à laquelle s'applique la restriction ; sa situation avant et après l'imposition de la restriction ; la nature de la restriction et son effet, réel ou probable. Les antécédents de la restriction, les abus supposés exister, la raison de l'adoption d'une mesure correctrice spécifique, la finalité ou l'objectif recherché sont autant de faits pertinents. »*<sup>8</sup>

12. Ce critère – couramment dénommé « règle de raison » – est relativement large, au point de pouvoir affirmer qu'il est effectivement imprécis et implique des tribunaux qu'ils se livrent à des analyses complètes du marché avant de déterminer si une pratique d'entreprise est anticoncurrentielle. Étant donné le consensus selon lequel le droit de la concurrence vise à optimiser le bien-être économique et relève de la théorie économique, on peut dire que le règle de raison est conforme aux objectifs normatifs du droit de la concurrence car elle permet aux autorités compétentes de prendre en considération l'ensemble des faits pertinents dans le cadre des théories économiques applicables en la matière.

13. Néanmoins, même à un niveau plus élémentaire, les théories économiques demeurent techniques et complexes – et le sont même devenues davantage depuis

l'intégration de la théorie des jeux au cours des dernières décennies. Par ailleurs, les marchés sont complexes, encore plus que les modèles utilisés pour les étudier et prévoir leur comportement. Il est donc communément admis que les autorités compétentes rencontrent de réelles difficultés lorsqu'elles appliquent la théorie économique et, plus généralement, lorsqu'elles tentent de déterminer si certains types de comportements sont anticoncurrentiels. Même si elles permettaient de déterminer correctement, dans chaque cas, quelle serait l'issue d'une affaire, les analyses économiques approfondies seraient réservées à un nombre restreint de cas, en raison de leur coût<sup>9</sup>.

14. Selon certains observateurs, le fait que la règle de raison soit perçue comme impossible à maîtriser constitue un obstacle majeur à l'application effective du droit de la concurrence<sup>10</sup>. Il semble que cette opinion ait prévalu aux États-Unis entre le début des années 1940 et le début des années 1970. Au cours de cette période, les tribunaux ont élargi la catégorie des pratiques réputées illicites quels que soient leurs effets (dénommées interdictions en soi), confirmant ainsi l'opinion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle les tribunaux ont « *une utilité limitée en matière d'examen de problèmes économiques difficiles* »<sup>11</sup> et d'évaluation de leurs effets économiques<sup>12</sup>.

15. Depuis le début des années 1970, le droit de la concurrence a cependant adopté une approche moins formaliste, se détournant du type et de la forme des pratiques d'entreprises pour privilégier les effets anticoncurrentiels démontrables de ces pratiques. Cette évolution a pris forme, les tribunaux et les organes d'application – aux États-Unis<sup>13</sup> comme en Europe<sup>14</sup> – suivant les évolutions de la théorie économique, qui rétablissaient des pratiques autrefois condamnées comme illicites en soi, au motif que leurs effets pouvaient être pro concurrentiels ou l'étaient même principalement. Ce fut le cas des pratiques telles que les accords verticaux d'attribution de territoires, les restrictions de prix verticales et les remises de fidélité<sup>15</sup>.

16. Cette évolution s'est accompagnée au départ d'une mobilisation visant à rendre certaines pratiques licites en soi – en particulier celles qui visaient un comportement unilatéral. C'est ainsi que l'École de Chicago a estimé que tous les accords verticaux devaient être licites en soi<sup>16</sup> et qu'un comportement unilatéral abusif ne devrait pas rentrer dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. Deux raisons principales expliquaient cette situation : premièrement, ces pratiques permettent généralement des gains d'efficacité ; deuxièmement, il est possible d'en déduire des « théorèmes d'impossibilité », démontrant que les entreprises n'étaient pas encouragées à recourir à des pratiques réduisant le bien-être<sup>17</sup>.

17. Une tendance inverse s'observe cependant depuis quelques années, des comportements jugés autrefois dépourvus de risque concurrentiel ayant été soumis à des analyses de marché détaillées, notamment les activités des entreprises qui rentraient dans le cadre des droits de propriété intellectuelle (par ex., les accords de paiements inversés ou le recours à des injonctions pour empêcher l'utilisation de brevets essentiels à une norme) ou les pratiques de prix supérieurs aux coûts de production par des entreprises dominantes<sup>18</sup>. Cela s'explique peut-être en partie par le développement, depuis le début des années 1980, des « théorèmes de possibilité » reposant sur la théorie des jeux<sup>19</sup>, qui ont ébranlé les fondements intellectuels des régimes de protection absolus en démontrant que certaines pratiques censées ne pas poser de problèmes concurrentielles – comme l'exploitation d'une position de monopole, certaines pratiques de prix supérieurs aux coûts de production et certains accords verticaux – pouvaient au contraire renforcer le pouvoir de marché et, sous certaines conditions, nuire au bien-être<sup>20</sup>.

18. Au cours des dernières décennies, le respect de règles strictes de légalité ou d'illégalité a donc reculé tandis que le recours à des analyses détaillées du marché augmentait. D'autre part, lorsque le comportement d'une entreprise ne relève pas d'une règle simple et incontestable, il n'est pas nécessairement soumis à une analyse économique détaillée de ses effets. Comme l'a expliqué la Cour suprême des États-Unis, pour que la règle de raison soit applicable : « ... *les tribunaux peuvent, par exemple, établir des règles de preuve, ou même des présomptions si cela est justifié, afin de faire de la règle de raison un moyen efficace et équitable d'interdire les restrictions anticoncurrentielles et de promouvoir celles qui sont proconcurrentielles* »<sup>21</sup>. Comme l'explique l'encadré ci-après, il est possible, dans la pratique, de définir différentes approches intermédiaires visant à garantir la simplicité d'administration du droit de la concurrence<sup>22</sup>.



**Encadré 1. Règles discriminantes et analyses approfondies du marché dans le droit de la concurrence aux États-Unis et dans l'UE**

Il existe, aux États-Unis, une distinction traditionnelle entre, d'une part, les règles discriminantes (sous forme de règles de légalité en soi et d'illégalité en soi) et, d'autre part, la norme exigeant une analyse détaillée du marché (sous forme de règle de raison). Un examen plus attentif permet cependant de distinguer un certain nombre d'approches intermédiaires, même si elles ne sont pas clairement établies par la jurisprudence ou les publications académiques<sup>23</sup>.

Premièrement, il est communément admis que les tribunaux américains ont élaboré une règle de raison simplifiée ou accélérée<sup>24</sup>. L'approche accélérée permet à un tribunal de décider si un nouveau type de comportement, qui semble à première vue anticoncurrentiel, devrait être considéré comme illicite en soi, avant toute analyse économique complète, en demandant au défendeur de justifier que son comportement est pro concurrentiel. Si le défendeur est en mesure de fournir des raisons économiques plausibles, expliquant pourquoi son comportement peut être pro concurrentiel, le tribunal examinera son comportement en appliquant la règle de raison et comparera ces justifications aux atteintes à la concurrence. Si l'efficacité ne peut pas être démontrée, le comportement sera réputé illicite en soi<sup>25</sup>.

Deuxièmement, de nombreux observateurs font valoir que la règle de raison devrait être interprétée comme un processus structuré de transfert de la charge de la preuve<sup>26</sup>. Plutôt que de mettre en balance les effets pro concurrentiels et anticoncurrentiels, les tribunaux qui se livrent à une analyse par la règle de raison opèrent un simple transfert de la charge de la preuve entre les parties en se référant aux éléments probants disponibles. Ce n'est que dans les cas extrêmes que les tribunaux mettent en balance les effets pro concurrentiels et anticoncurrentiels, en appliquant purement la règle de raison<sup>27</sup>.

Enfin, il a été avancé que même la distinction entre les interdictions en soi, l'analyse accélérée et la règle de raison est artificielle. Les organes d'application se livrent plutôt à différents degrés d'examen suivant un continuum ou une échelle mobile, en fonction des éléments nécessaires pour déterminer qu'un comportement est anticoncurrentiel<sup>28</sup>.

Des approches intermédiaires similaires s'observent dans l'Union européenne, qui établit traditionnellement une distinction entre les restrictions par objet et les restrictions par effet. Elles sont étroitement liées mais non identiques aux interdictions en soi à la distinction par la règle de raison, en vigueur aux États-Unis. Cette comparaison entre les États-Unis et l'Union européenne se caractérise par un certain nombre de différences importantes. Les restrictions par l'objet, qui sont présumées préjudiciables à la concurrence, peuvent être réfutées en démontrant que la restriction est nécessaire pour générer des gains d'efficacité<sup>29</sup>. En outre, on considère que le système de l'Union européenne a davantage recours à des « catégories » que le système américain. C'est le cas lorsqu'il s'agit de déterminer si la pratique d'une entreprise est anticoncurrentielle, selon la doctrine relative aux restrictions par objet et si ces comportements sont néanmoins justifiés, en appliquant les règlements concernant les exemptions par catégorie<sup>30</sup>. Enfin, compte tenu de la nature administrative du système, les tribunaux de

L'Union européenne traite beaucoup moins d'affaires que ceux des États-Unis et, lorsque c'est le cas, elles relèvent généralement du contrôle judiciaire. De ce fait, les modalités concernant les analyses relatives aux effets concurrentiels et la mise en balance des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels sont des questions qui se posent assez rarement devant les tribunaux de l'UE et restent relativement inexplorées<sup>31</sup>.

Les tribunaux européens se sont néanmoins livrés à des analyses concises pour déterminer si une pratique d'entreprise constitue une restriction par objet, ce qui n'est pas sans rappeler l'approche accélérée en vigueur aux États-Unis<sup>32</sup>. En outre, dans certaines affaires, les tribunaux européens semblent avoir élaboré une approche structurée, reposant sur des critères cumulatifs, qui est distincte d'un simple analyse des effets – la doctrine européenne des installations essentielles applique ainsi des critères structurés<sup>33</sup> qui évitent d'évaluer si un refus d'approvisionnement (ou d'octroi de la licence d'un droit de propriété intellectuelle) a des effets anticoncurrentiels dans un cas précis.<sup>34</sup>

### 3. Règles de concurrence optimales

19. Les évolutions du droit de la concurrence décrites ci-dessus - et les fluctuations des critères juridiques entre les règles strictes contrôlant le comportement des entreprises et des normes plus souples orientées sur les effets de ce comportement – montrent que le droit de la concurrence éprouve des difficultés à trouver un équilibre entre l'exactitude et la simplicité d'administration. Elles révèlent également que le droit de la concurrence ne s'intéresse pas uniquement à l'identification et à l'élimination des comportements anticoncurrentiels mais aussi à la conception des règles qui régissent son application.

20. Les travaux universitaires conviennent, de manière générale, que « la conception des règles sur la concurrence devrait tenir compte des coûts et avantages liés à l'examen individuel des pratiques incriminées »<sup>35</sup>. Il s'agit d'une référence à la définition du cadre de conception des règles élaboré par un certain nombre d'universitaires à partir des années 1970 – la théorie de la décision, également dénommée analyse des coûts – qui peut également contribuer à comprendre l'évolution dans le temps du droit de la concurrence<sup>36</sup>.

#### 3.1. Théorie de la conception de la règle optimale

21. La théorie de la décision s'efforce de concevoir des règles optimales pour la société. Elle est également dénommée analyse du coût des erreurs car elle poursuit cet objectif en comparant les coûts pour la société et les avantages des autres dispositifs juridiques. Cette approche commence par un certain nombre de postulats. Premièrement, toute règle administrative entraîne des erreurs (une règle interdisant un accord de partage du marché peut ainsi être justifiée dans l'ensemble mais, dans le contexte des réseaux de distribution, s'opposer à des pratiques optimisant le bien-être). Les erreurs peuvent revêtir deux formes. Les règles peuvent donner lieu à des « faux positifs » (fait de conclure à une infraction lorsqu'une pratique d'entreprise n'enfreint pas la concurrence) ou à des « faux négatifs » (fait de ne pas constater d'infraction alors qu'un comportement porte préjudice à la concurrence). Deuxièmement, il est possible d'abaisser le taux d'erreurs inhérent à une règle donnée par une autre procédure d'examen au cas par cas mais cela entraîne des

coûts réglementaires supplémentaires (notamment pour étudier, au cas par cas, si un accord de partage de marché est proconcurrentiel plutôt que d'appliquer une interdiction stricte de cette pratique)<sup>37</sup>.

22. Il est possible d'illustrer le fonctionnement de la théorie de la décision en se référant à la distinction entre les règles et les normes, qui correspond, en droit de la concurrence, à la distinction entre, d'une part les interdictions discriminantes et les régimes de protection et, d'autre part les analyses approfondies du marché. La distinction entre les règles discriminantes et les normes est commune aux disciplines juridiques. S'il n'existe pas de définition précise de ces concepts<sup>38</sup>, ils peuvent se résumer de la manière suivante :

- Les règles discriminantes font dépendre la responsabilité d'un ensemble précis de facteurs facilement observables, par exemple, pour déterminer s'il existe des ententes de prix entre les concurrents ;
- Les normes font dépendre la responsabilité de l'application d'un critère normatif imprécis qui devrait orienter l'évaluation juridique, sans définir préalablement l'ensemble (ou le nombre) de facteurs ou caractéristiques à utiliser pour cette évaluation, notamment pour déterminer si une pratique d'entreprise diminue le bien-être économique.

23. La distinction entre les règles discriminantes et les normes soulève la question du type de coûts correspondant à chaque type de norme. Les règles discriminantes procurent généralement des orientations claires aux entreprises et limitent les coûts réglementaires liés à leur application. Elles ont cependant une portée à la fois trop vaste et trop restreinte (par exemple, une règle stricte d'entente sur les prix interdirait un comportement qui n'est pas anticoncurrentiel, comme les accords accessoires de fixation des prix qui sont nécessaires aux activités de coopération favorisant la concurrence dans le domaine de la recherche et du développement<sup>39</sup> ; et elle autoriserait néanmoins un comportement visiblement anticoncurrentiel comme les accords de partage de marché, dont l'interdiction nécessiterait une autre règle)<sup>40</sup>. De manière générale, les normes diminuent les erreurs (faux positifs ou faux négatifs) par un examen plus attentif des effets concurrentiels des pratiques d'entreprises mais en contrepartie de coûts réglementaires plus élevés<sup>41</sup>.

### 3.2. Les arbitrages en droit de la concurrence

24. L'application du droit de la concurrence implique des arbitrages entre, d'une part, l'élément de certitude, la simplicité administrative et l'efficacité et, d'autre part, l'exactitude. La règle optimale dépendra du résultat de ces arbitrages car « *aucun individu sensé ne peut supposer que les règles sont toujours supérieures aux normes ou inversement.* »<sup>42</sup>

25. Si les coûts et les éléments d'incertitude ne posaient pas de problème, les normes seraient toujours préférables aux règles car elles sont plus susceptibles d'aboutir à un résultat correct et de parvenir à distinguer les avantages des effets anticoncurrentiels<sup>43</sup>. En droit de la concurrence, une jurisprudence fondée sur les normes serait également plus coûteuse qu'un système de règles simples<sup>44</sup>. En outre, les règles et présomptions qui facilitent l'identification d'un comportement anticoncurrentiel peuvent également avoir la préférence des entreprises et des organes d'application, malgré leur risque intrinsèque de faux positifs. En plus de faciliter l'application, ces règles permettent aux entreprises de s'organiser en conséquence et de ne pas prendre de décision sans avoir de certitude quant à la légalité ou l'illégalité de leur comportement. La sécurité juridique constitue un

élément déterminant de la règle de droit et les règles spécifiques qui définissent clairement les comportements anticoncurrentiels peuvent avoir un intérêt pour la légitimité du droit de la concurrence.

26. Ces arbitrages s'appliquent non seulement à la conception des règles de fond – entre les règles discriminantes relatives à l'interdiction des ententes et les normes telles que l'interdiction d'un comportement qui diminue le bien-être économique – mais aussi aux règles de preuve et aux présomptions. Les règles de preuve définissent le cadre d'adoption des décisions juridiques en réglementant le type de preuve à présenter dans le processus et la manière de l'évaluer<sup>45</sup>. Compte tenu des restrictions relatives au type de preuve pouvant être produit, aux circonstances dans lesquelles un élément probant peut être pris en compte ou bien à l'importance à accorder à des éléments de preuve spécifiques, il sera plus difficile de condamner effectivement une pratique au motif qu'elle est anticoncurrentielle. Plus il est difficile d'intenter, avec succès, un recours faisant suite à une infraction au droit de la concurrence, plus les coûts réglementaires nécessaires pour démontrer cette infraction seront élevés.

27. A titre d'exemple simplifié de ces arbitrages dans la pratique, imaginons qu'il existe une règle exigeant la preuve d'un accord entre des concurrents pour établir une collusion entre eux, même s'il peut être démontré qu'ils ont agi de manière similaire, c'est-à-dire qu'ils ont adopté, systématiquement et simultanément, les mêmes prix. Cette règle – ou une règle considérant que seule la preuve écrite de la collusion est recevable – aura notamment pour effet d'abaisser le pourcentage de condamnations à tort pour collusion (c'est-à-dire, de diminuer le nombre de « faux positifs » dans lesquels des cas de comportement parallèle non collusoire sont condamnés au motif de leur caractère anticoncurrentiel). Elle est bénéfique pour la société. Néanmoins, le fait qu'il soit plus difficile de démontrer l'existence d'une infraction a pour effet d'augmenter le pourcentage d'acquittements à tort (c'est-à-dire de faux négatifs), ce qui est préjudiciable sur le plan social. En effet, certains comportements collusoires peuvent être maintenus du simple fait de l'absence de preuve de l'accord. Faire en sorte qu'il soit plus facile de démontrer l'existence d'une infraction – en autorisant, par exemple, les condamnations pour infractions aux règles de concurrence en cas d'observation d'un parallélisme de comportement ou en autorisant les preuves par oui-dire – aurait l'effet inverse et se traduirait par une augmentation des coûts des condamnations et une diminution des coûts des acquittements à tort.

### 3.3. Conception des règles dans le droit de la concurrence

28. La conception de règles optimales qui tiennent compte des arbitrages décrits ci-dessus doit prendre en compte un certain nombre de facteurs. Premièrement, l'objectif consiste à diminuer le plus possible le coût global prévisible de l'ensemble des erreurs et non pas celui d'un cas précis. Le coût total des erreurs dépend de la probabilité d'erreur et du coût unitaire de chaque type d'erreur – et il n'est pas fondé sur les conséquences prévisibles d'un cas précis mais sur les probabilités d'occurrence des cas.

29. Deuxièmement, il n'est pas possible de définir une règle optimale en se fondant uniquement sur les coûts des erreurs. En effet, la règle optimale est celle qui limite à la fois les coûts des erreurs et les coûts réglementaires. Les règles discriminantes ont certes des coûts d'application très faibles mais elles sont également beaucoup plus susceptibles de condamner un comportement pro concurrentiel ou d'excuser un comportement anticoncurrentiel. Les normes ont des coûts d'application très élevés mais elles comportent moins de risques d'erreurs<sup>46</sup>. La définition de la règle optimale applicable à

un cas précis dépendra du montant total de l'erreur et des coûts réglementaires que chacune des règles peut entraîner. Les règles optimales ne donnent pas lieu à des décisions correctes dans chaque cas individuel mais elles visent plutôt à abaisser le plus possible le coût global de leur application pour la société en tenant compte de l'ensemble des cas<sup>47</sup>.

30. Troisièmement, les règles optimales seront en fin de compte celles qui offrent le meilleur résultat en combinant les trois facteurs suivants : probabilité de l'erreur, coût de l'erreur et bénéfices nets escomptés dans le cadre d'une procédure de remplacement qui implique la collecte et l'évaluation d'informations supplémentaires (par ex., dans le cadre d'une enquête approfondie ou d'un procès).

31. Selon le point de vue dominant dans la littérature, le droit de la concurrence devrait s'intéresser particulièrement au coût des erreurs résultant de faux positifs, c'est-à-dire les coûts induits par la condamnation par erreur d'un comportement proconcurrentiel. Selon Franck Easterbrook, l'application d'un cadre sur le coût des erreurs doit commencer par :

*« partir du principe que les coûts des condamnations à tort dans le cadre du droit de la concurrence sont susceptibles d'être nettement supérieurs aux coûts des acquittements à tort, les erreurs judiciaires qui excusent à tort une pratique anticoncurrentielle pouvant être finalement annulées par des autorités de la concurrence, dont l'attention aura été attirée par la présence de rentes de monopoles. À l'inverse, les erreurs judiciaires qui condamnent à tort une pratique proconcurrentielle sont susceptibles d'entraîner des coûts plus élevés pour la société car ces pratiques avantageuses sont délaissées par les entreprises et ne sont pas compensées par des forces stabilisatrices sur le marché pour en atténuer l'impact »<sup>48</sup>.*

32. Cette perspective a été adoptée par la Cour suprême des États-Unis qui a considéré que :

*« Nous devons mettre en balance les avantages minimes d'une mesure relevant du droit de la concurrence et l'évaluation réaliste de ses coûts (...). Les inférences erronées et les condamnations à tort en résultant sont particulièrement coûteuses car elles découragent le comportement que le droit de la concurrence est censé protéger »<sup>49</sup>.*

33. De ce point de vue, le droit de la concurrence doit appliquer une norme stricte aux pratiques d'entreprises dont les conséquences sont incertaines, qui ne devraient être interdites que s'il existe une preuve précise et convaincante que la pratique concernée est anticoncurrentielle<sup>50</sup>. L'interdiction de fixation des prix entre concurrents est ainsi justifiée car la théorie économique et l'expérience démontrent que ce type de pratique n'a que très rarement des effets positifs et qu'il réduit presque toujours la concurrence.

34. Ce point fait référence à une dimension de la théorie de la décision que nous ne pourrions pas aborder en détail dans cette note de référence mais qui la concerne directement : les normes de preuve prévues en ce qui concerne l'attribution de la responsabilité en raison de pratiques anticoncurrentielles. Du point de vue de la théorie de la décision, ces règles de preuve suscitent la même interrogation que les règles de fond : quel est le degré de certitude supplémentaire obtenu par des éléments de preuve supplémentaires et de meilleure qualité et l'emporte-t-il sur les coûts d'obtention de cette preuve supplémentaire<sup>51</sup> ?

### 3.4. Conception des règles et cadre institutionnel

35. Une autre dimension de la théorie de la décision a trait au niveau de complexité des organes décisionnels. L'exposé ci-dessus a décrit comment les systèmes de concurrence sont passés de l'utilisation de règles fondées sur le comportement à la réalisation d'une analyse économique approfondie. Compte tenu des connaissances et de l'expérience accumulées et du fait que les organes d'application acquièrent les ressources nécessaires pour appliquer le droit de la concurrence, la probabilité d'erreurs d'application du droit de la concurrence diminue, ce qui peut parfaitement justifier d'engager des coûts réglementaires supplémentaires liés à l'application.

36. Le taux d'erreurs et le niveau des coûts réglementaires consacrés à l'application du droit de la concurrence dépendent, dans la pratique, du cadre institutionnel dans lequel le droit de la concurrence est appliqué – qui peut, à son tour, avoir une incidence sur la conception optimale des règles de concurrence. L'adoption fréquente par la Cour suprême des États-Unis des interdictions en soi, entre les années 1940 et le début des années 1970, s'expliquait en partie par le fait que les tribunaux n'avaient pas les moyens d'évaluer les arguments économiques et les éléments de preuve, qui auraient dû être fournis dans le cadre d'une évaluation approfondie de la concurrence des pratiques des entreprises<sup>52</sup>. Par ailleurs, la nécessité de règles simples peut être moins impérieuse dans le cadre de l'application administrative, les autorités de la concurrence disposant de davantage de ressources et de pouvoirs que les parties privées ou les tribunaux pour se livrer à des analyses de marché détaillées, ou dans le cadre des mécanismes en place dans la mesure où ils disposent des connaissances et de l'expérience requises pour limiter les erreurs et les coûts réglementaires.

37. Selon certaines études juridiques et économiques, qui ne sont pas consacrées spécifiquement au droit de la concurrence, les règles discriminantes sont bien adaptées aux pays dont l'expérience, les ressources et le capital humain sont limités<sup>53</sup>. Cette théorie part du principe que le choix optimal entre les règles et la norme dépend également du capital humain dont on dispose pour adopter et appliquer des normes juridiques. Si les juges et les organes d'application peuvent avoir accès à des informations plus précises et, par conséquent, être en mesure de réduire au minimum les coûts des erreurs par rapport à l'application de règles discriminantes, le taux d'erreurs dépendra du capital humain disponible pour l'application. La formulation de règles nécessite moins de capital humain, ce qui permet de limiter le nombre total d'erreurs si les ressources sont allouées *ex ante* à la conception des règles, qui permettent d'abaisser les coûts des erreurs d'application. Lorsqu'elle est associée à la diminution des coûts réglementaires générés par l'application de règles discriminantes, une telle approche permet une diminution optimale des coûts pour la société<sup>54</sup>. Enfin, la mise en balance du taux d'erreurs pouvant survenir pendant les phases d'élaboration et d'application des lois, et des coûts d'application permettra de trancher<sup>55</sup>.

38. Les différences entre les juridictions en termes de capacités institutionnelles peuvent donc justifier l'adoption de différents types de normes. Les règles discriminantes peuvent être préférables lorsqu'un certain nombre de conditions habituellement observées dans des juridictions mieux établies ne sont pas réunies (par exemple, forte sensibilisation des entreprises au droit de la concurrence, tribunaux hautement compétents, organes d'application qualifiés, droit de la concurrence et pouvoirs publics solides). Dans ce contexte, il peut être justifié d'adopter des règles simplifiées pour faire connaître aux entreprises leurs obligations, les informer des décisions d'application des autorités de la concurrence et orienter les tribunaux dans l'évaluation des comportements mis en cause<sup>56</sup>.

Des règles discriminantes bien formulées permettent d'utiliser la réglementation pour limiter le montant total des coûts liés aux erreurs et à l'administration lorsque les ressources d'application sont limitées – et, dans le domaine de la concurrence, le recours à l'expérience et aux règles adoptées dans des juridictions mieux établies peut faciliter ce processus.

#### 4. Les règles et présomptions légales et les régimes de protection dans le droit de la concurrence

39. La distinction ci-dessus entre les règles discriminantes et la mise en œuvre des normes est particulièrement utile à des fins analytiques. Dans la pratique, il peut être plus fiable d'envisager les normes juridiques comme faisant partie d'un spectre qui comprend, à ses extrémités, des règles discriminantes et des normes et, entre les deux, diverses formes intermédiaires<sup>57 58</sup>.

40. Comme on l'a vu plus haut, si les coûts réglementaires n'étaient pas en jeu, l'application du droit de la concurrence reposerait exclusivement sur des analyses détaillées du marché portant sur les conséquences des comportements individuels des entreprises car cela limiterait les coûts des erreurs. Attendu que les coûts de réglementation existent effectivement et qu'ils sont extrêmement importants dans la pratique, il va de soi que d'autres types de règles sont nécessaires pour garantir la simplicité d'administration du droit de la concurrence.

41. Cette section s'attache à déterminer les circonstances dans lesquelles il est indiqué d'adopter des règles et des présomptions en droit de la concurrence. À cet égard, il convient de commencer par comparer les règles et les présomptions.

##### 4.1. Règles et présomptions

42. L'adoption de règles de preuve et de fond peut être justifiée du point de vue de la théorie de la décision car elles limitent les coûts d'application de la loi tout en optimisant son efficacité. Ces règles peuvent être considérées comme des preuves simplifiées qui répondent à cet objectif, en limitant la nécessité de procéder à des évaluations économiques approfondies. Les mêmes observations s'appliquent également aux présomptions.

43. Une partie – publique ou privée – qui fait valoir qu'une pratique est anticoncurrentielle sera tenue de démontrer les conséquences de cette pratique sur le bien-être économique sauf s'il existe une règle spécifique en la matière. La preuve doit être apportée conformément aux règles de preuve en vigueur. Les règles de preuve reposent sur deux piliers principaux :

- La charge de la preuve, qui est presque toujours définie comme l'obligation de produire la preuve nécessaire pour convaincre une autorité responsable que certains faits se sont produits<sup>59</sup>, et
- La norme de preuve, également appelée le fardeau de persuasion, qui fait référence au niveau et à la qualité de la preuve que la loi exige d'une personne afin de prouver une allégation. La norme de preuve dépend du domaine concerné<sup>60</sup>.

44. Les règles sur la norme et la charge de la preuve peuvent également varier d'une juridiction à l'autre. Dans chaque cas individuel, la charge juridique de la preuve incombe généralement à la partie qui est tenue légalement de l'établir pour obtenir gain de cause.

45. Certaines règles de preuve – comme les présomptions – modifient parfois l'attribution normale de la charge de la preuve entre les parties ou peuvent même exclure la production de preuves dans certains domaines, si elles sont irréfragables (ou incontestables). Les présomptions peuvent également avoir une incidence sur le type d'inférences tirées des preuves. Les ententes étant généralement opaques et les preuves disponibles le plus souvent fragmentaires et éparses, les tribunaux européens ont ainsi accepté qu'en l'absence d'autre explication plausible, plusieurs facteurs concomitants et indices permettent de conclure à la présence d'un comportement anticoncurrentiel<sup>61</sup>. Une présomption de ce type peut s'observer dans le cadre de la « présomption structurelle » en vigueur dans le contrôle des fusions aux États-Unis. Si une fusion conduit à une augmentation significative de la concentration d'entreprises sur le marché et à ce qu'une entreprise contrôle une certaine part de marché, on peut présumer que cette fusion est susceptible, par nature, de diminuer la concurrence de manière substantielle. Sur cette base, la fusion doit être interdite, en l'absence de preuve démontrant clairement qu'elle n'est pas susceptible d'avoir de tels effets anticoncurrentiels<sup>62</sup>.

## 4.2. Types de présomptions

46. Comme le souligne ce bref exposé, il existe différents types de présomptions juridiques. Une typologie simplifiée est présentée ci-après.

### 4.2.1. *Présomptions réfragables et irréfragables*

47. Il convient d'établir une distinction entre les présomptions réfragables, dans lesquelles une partie peut démontrer que l'inférence tirée de la présomption est incorrecte et les présomptions irréfragables qui ne peuvent pas être contestées. La pertinence de la distinction entre les présomptions réfragables et les présomptions irréfragables peut néanmoins être remise en question compte tenu de la difficulté à réfuter une présomption dans la pratique. Cette difficulté peut être liée au type de preuve pouvant être utilisé pour réfuter une présomption ou à la norme de persuasion que cette preuve doit respecter<sup>63</sup>.

### 4.2.2. *Présomptions de procédure, de preuve et de fond*

48. Outre la distinction entre les présomptions réfragables et irréfragables, il existe habituellement trois types de présomptions : les présomptions de procédure, de preuve et de fond<sup>64</sup>. Nous allons maintenant examiner chacune des catégories.

#### *(a) Les présomptions de procédure*

49. Les présomptions sont parfois utilisées à des fins de procédure. Elles sont, le plus souvent, établies pour des questions de commodité. L'exemple de présomption de procédure le plus connu est probablement la présomption d'innocence, qui exprime de manière spécifique le principe selon lequel, dans une affaire pénale, la partie qui accuse l'autre partie a la charge de la preuve. Cette présomption est également adoptée par certaines juridictions en droit de la concurrence compte tenu de la gravité des violations du droit de la concurrence et des sanctions<sup>65</sup>.

50. D'autres types de présomptions de procédure peuvent régir la manière dont les parties interagissent avec une autorité de la concurrence ou un tribunal dans le cadre de



procédures administratives ou judiciaires. C'est ainsi que dans les procédures administratives européennes, lorsqu'une entreprise omet de déterminer, dans un délai donné, quelles sont les informations confidentielles, on peut supposer que les documents ou les déclarations concernées ne contiennent pas d'informations confidentielles. Une présomption semblable s'applique aux informations qui datent de plus de cinq ans<sup>66</sup>. Une présomption de procédure, qui a davantage de conséquences sur le fond, est présente lorsqu'une fusion est définitivement présumée approuvée si l'autorité de contrôle des fusions concernée ne prend pas de décision dans un certain délai<sup>67</sup>.

### (b) *Présomptions de preuve*

51. Les présomptions de preuve sont également appelées « inférences » et elles considèrent qu'il est possible d'établir un fait précis par référence à un autre fait. La présomption de preuve a souvent pour effet de transférer la charge de la preuve incombant normalement à une partie vers une autre partie<sup>68</sup>.

52. En Europe, la présomption selon laquelle une entreprise, qui demeure active sur le marché, tient compte des informations échangées avec ses concurrents est un exemple de présomption de preuve d'un comportement illégal. Il s'agit d'une inférence tirée de l'expérience, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux entreprises concernées de rapporter<sup>69</sup>. Dans la pratique, l'infirmité de cette présomption peut être extrêmement difficile car la partie concernée devra apporter des éléments de preuve suffisants pour démontrer que l'échange d'informations n'a eu aucune influence, quelle qu'elle soit, sur son propre comportement sur le marché<sup>70</sup>.

53. Dans le contexte des ententes, une société est également supposée avoir participé à une entente si elle a pris part à des réunions au cours desquelles des accords anticoncurrentiels ont été conclus : « *Lorsque la participation à de telles réunions a été établie, il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur.* »<sup>71</sup>

54. Les présomptions de preuve existent également à l'égard d'un comportement unilatéral. Deux conditions doivent être réunies pour que des pratiques unilatérales constituent une infraction au droit de la concurrence : l'entreprise concernée doit disposer d'un pouvoir de marché suffisant et le comportement doit être illégal. Il existe ainsi, dans l'Union européenne, des présomptions relatives au pouvoir de marché détenu. La détention durable de parts de marché d'une grande ampleur peut être utilisée pour démontrer qu'une entreprise occupe une position dominante, sauf circonstances exceptionnelles<sup>72</sup>. Les tribunaux européens ont établi la présomption réfragable selon laquelle une part de marché supérieure à 50 % représente une position dominante<sup>73</sup>.

### (c) *Présomptions de fond*

55. Les présomptions de fond sont fréquentes en droit de la concurrence. Ces présomptions ne tirent pas d'inférences factuelles d'un autre fait mais déduisent plutôt que certains faits produisent certains effets (juridiques), notamment pour conclure s'il y a eu une infraction au droit de la concurrence.

56. Dans la pratique, il est souvent difficile de distinguer les présomptions de fond des règles juridiques<sup>74</sup>. Si une présomption de fond est réfragable, elle pourrait être généralement formulée comme une règle de droit, à laquelle une exception pourrait

s'appliquer. Mais si une présomption de fond est irréfragable, sa structure et ses effets seront généralement identiques à un critère juridique établi par une règle juridique de fond<sup>75</sup>.

57. Ainsi, aux États-Unis, la règle d'interdiction en soi est parfois présentée comme une présomption de fond irréfragable : la preuve de l'existence d'une pratique interdite, comme une entente sur les prix, suffit à établir la responsabilité, et les justifications relatives aux conséquences de cette pratique, qui s'appuient sur l'absence de pouvoir de marché et de pratique proconcurrentielle, n'ont pas lieu d'être<sup>76</sup>.

58. Des règles moins probantes peuvent également constituer de solides présomptions de fond selon lesquelles un comportement enfreint le droit de la concurrence. En Europe, par exemple, les restrictions par objet sont souvent décrites comme des présomptions de fond réfragables<sup>77</sup> – un comportement qui équivaut à une restriction par objet peut être cependant autorisé s'il respecte les conditions énoncées à l'article 101(3) des TFUE<sup>78</sup>. Ces présomptions peuvent être néanmoins très difficiles à infirmer, ce qui a fait dire à certains observateurs qu'il s'agit, d'ans la pratique, d'interdictions absolues<sup>79</sup>.

59. La littérature donne également des exemples de présomptions légales sur le fond, selon lesquelles, dans certaines circonstances, il n'est pas possible que le comportement d'une entreprise enfreigne le droit de la concurrence. Premièrement, il existe, de part et d'autre de l'Atlantique, un régime de protection de la coordination au sein des groupes d'entreprises. Ce régime de protection est appelé doctrine de « l'entité distincte » aux États-Unis<sup>80</sup> et doctrine de « l'entité économique distincte » dans l'UE<sup>81</sup>. Selon la théorie économique des transactions, un changement de règles juridiques qui ne produit pas le même effet sur des transactions de pleine concurrence et sur des transactions au sein d'une entreprise intégrée, devrait uniquement provoquer une intégration ou une désintégration, et non un changement de comportement effectif des acteurs économiques<sup>82</sup>. Néanmoins, du point de vue du droit de la concurrence, la différence entre une pratique d'entreprise qui est illégale et une pratique qui ne l'est pas peut dépendre du fait que les entreprises se livrant à la pratique concernée font partie ou non du même groupe d'entreprises.

60. Le deuxième exemple de régime de protection est celui de la règle selon laquelle la pratique de prix supérieurs aux coûts de production exclut toute fixation de prix d'éviction. Cette règle peut être considérée comme une présomption de fond car elle part du principe que de telles pratiques de fixation des prix n'ont pas d'effets anticoncurrentiels ; et parce que la présomption ne s'applique que si le comportement concerné ne rentre pas dans le champ d'application de pratiques de prix supérieurs aux coûts, qui peuvent être considérées comme anticoncurrentielles, comme la compression des marges<sup>83</sup>.

### 4.3. Quand faut-il adopter des règles et des présomptions ?

61. La littérature décrit un certain nombre de raisons justifiant l'adoption de règles et de présomptions, qui sont exposées ci-après.

#### 4.3.1. *Certitude raisonnable que certains faits produisent certains effets*

62. L'établissement d'une présomption selon laquelle un fait A correspond à un fait B s'explique principalement par le fait qu'il existe une probabilité élevée que, dans la plupart des cas, le fait A entraîne le fait B. Dans ce contexte, exiger d'une partie qu'elle apporte la preuve de ce qui a de très fortes probabilités de se produire, entraînerait des

coûts inutiles pour la société<sup>84</sup>. Il convient alors d'adopter des présomptions car elles diminuent les coûts réglementaires sans augmenter, de manière significative, les coûts liés aux erreurs<sup>85</sup>. La confiance dans la fiabilité des présomptions peut s'expliquer par un certain nombre de raisons :

1. Expérience antérieure concluante : Lorsque l'expérience d'un type de fait donné permet de conclure qu'un fait en entraîne généralement un autre, on peut présumer sans risque que ces faits sont liés. Ainsi, s'agissant de l'interdiction de certains comportements collusoires, ces comportements sont condamnés car ces pratiques « *peuvent être considérées comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs* »<sup>86</sup>.
2. Théorie économique : Le droit de la concurrence élabore généralement les présomptions et régimes de protection à partir des enseignements de la théorie économique dominante relatifs à l'impact économique de certains types de comportements. On peut citer, par exemple, les discussions consacrées aux dispositions sur le prix de vente imposé dans les accords verticaux, décrites dans l'encadré ci-après.
3. Le bon sens : Le bon sens entre en jeu lorsqu'un fait précis est tellement susceptible de découler d'un autre fait que l'autorité responsable peut conclure sans risque que le fait original est démontré<sup>87</sup>.

### Encadré 2. La présomption d'illégalité relative à la pratique du prix de vente imposé<sup>88</sup>

Un accord qui impose un prix de vente fixe ou minimal à un distributeur est présumé préjudiciable pour la concurrence dans l'Union européenne et dans d'autres juridictions, comme le Japon<sup>89</sup>, la Corée<sup>90</sup> et la Suisse<sup>91</sup>. Ainsi, selon le Règlement de la Commission européenne sur l'exemption par catégorie des accords verticaux<sup>92</sup>, une disposition relative au prix de vente imposé constitue une restriction caractérisée de la concurrence<sup>93</sup>. Une disposition de ce type est donc présumée préjudiciable mais les parties peuvent réfuter la présomption en démontrant que la pratique permet des gains d'efficacité<sup>94</sup>. La fixation de prix maximaux ou l'établissement de prix recommandés est, par contre, présumée légale. Dans d'autres juridictions, comme les États-Unis, la pratique du prix de vente imposé est évaluée selon la règle de raison. La pratique du prix de vente imposé était auparavant illégale en soi aux États-Unis, conformément à la décision sur l'affaire Dr Miles<sup>95</sup>. Elle a néanmoins été assouplie par la suite, la Cour Suprême autorisant des entreprises qui ne sont pas détentrices d'un monopole à appliquer une restriction par le prix de vente imposé, à la condition qu'il ne s'agisse pas d'un monopole. Dans l'affaire Leegin, la Cour suprême a reconnu que la pratique des prix de vente imposés pouvait être proconcurrentielle et ne devait pas être illégale en soi<sup>96</sup>. En outre, la Cour suprême a déterminé trois facteurs qu'il convient d'évaluer dans un cas de prix de revente imposés : (i) le nombre d'entreprises recourant aux restrictions par prix de vente imposé ; (ii) le motif des restrictions, l'accord étant plus susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel si ce sont les distributeurs eux-mêmes qui le réclament ; et (iii) la question de savoir si le fournisseur ou le distributeur en amont détiennent un pouvoir de marché<sup>97</sup>.

Le choix d'une présomption peut se fonder sur l'expérience antérieure de son application et/ou sur des considérations économiques. C'est ainsi qu'il a été tenu compte de l'expérience des affaires précédentes pour définir la présomption d'illégalité, tout au moins au niveau de l'UE. En se fondant principalement sur des exemples d'application nationaux entre 2000 et 2009, le Règlement révisé de la Commission européenne sur l'exemption par catégorie des accords verticaux, publié en 2009, a considéré que la pratique de prix imposés constituait toujours une restriction caractérisée et qu'elle était donc présumée illégale.<sup>98</sup>

De nombreux économistes ont souligné la difficulté d'établir des présomptions dans ce domaine, attendu que les prix de vente imposés peuvent avoir à la fois des effets concurrentiels et anticoncurrentiels et que les preuves empiriques sont rares. Bennett et al. ont conclu qu'il n'existe pas d'éléments de preuve suffisants pour traiter la pratique des prix imposés par une approche fondée sur les effets plutôt que sur une présomption d'illégalité, pour les raisons suivantes : (i) le rôle de la pratique des prix de vente imposés dans la facilitation de la coordination, ce qui semble être confirmé par les exemples d'application, et (ii) le fait que la plupart des avantages de la pratique des prix imposés puissent être obtenus par d'autres restrictions verticales, du moins selon certaines hypothèses, puisque d'autres restrictions permettent d'atteindre le même objectif<sup>99</sup>.

Des propositions de modification de la présomption ont été également formulées. Ainsi, compte tenu du fait qu'il est peu probable d'obtenir des effets significatifs en l'absence de pouvoir de marché, Motta et al. ont considéré que des restrictions caractérisées, notamment les prix de vente imposés et les restrictions territoriales, ne devaient pas donner lieu à une présomption d'illégalité lorsque les parties n'ont pas de pouvoir de marché<sup>100</sup>.

### 4.3.2. Définition de critères opérationnels pour l'application de la loi

63. Comme le souligne clairement l'exposé des sections précédentes, les règles discriminantes et les présomptions procurent des critères opérationnels pour l'application de la loi. Dans un contexte où les facteurs économiques sont davantage pris en compte dans l'évaluation de fond des pratiques des entreprises, les règles et présomptions peuvent contribuer à créer un système économiquement sain permettant une prévisibilité maximale<sup>101</sup>. Les règles discriminantes et les présomptions font partie d'un cadre analytique à la fois réaliste sur le plan économique et facile à gérer<sup>102</sup> : elles maintiennent les ressources des autorités de la concurrence et du système judiciaire et garantissent l'application effective du droit de la concurrence<sup>103</sup>.

64. De ce fait, les règles discriminantes et les présomptions doivent être adoptées lorsqu'elles sont moins coûteuses que les analyses détaillées et les autres solutions disponibles. Parmi ces autres solutions, certaines peuvent consister en des dispositifs procéduraux pour maîtriser les asymétries de l'information et les autres problèmes de preuves. La plupart des systèmes juridiques confèrent aux juges des pouvoirs procéduraux concernant notamment la communication, les conclusions défavorables et les normes de preuve « moins élevées »<sup>104</sup>. Par ailleurs, dans de nombreux cas, les règles discriminantes et les présomptions ne sont pas appropriées en raison de l'absence de certitude relative aux conséquences d'une pratique ou d'un comportement. Néanmoins, comme l'indique cet article, les règles discriminantes et les présomptions demeurent un outil précieux pour garantir l'efficacité et la facilité d'administration du droit de la concurrence dans la pratique.

### 4.3.3. Proximité des preuves

65. Les présomptions de preuve reposent parfois sur la notion que la preuve doit être produite par la partie qui peut y accéder plus facilement. Il s'agit du « principe de proximité de la preuve », dont on peut dire qu'il sous-tend non seulement les présomptions de preuve mais aussi les règles génériques sur la charge de la preuve<sup>105</sup>.

66. La charge de la preuve peut ainsi être transférée à une partie qui a assisté à une réunion dans une entente, qui devra ensuite démontrer qu'elle n'a pas pris part à l'entente malgré sa présence à la réunion<sup>106</sup>. Dans de tels cas, l'adoption d'une présomption de preuve entraînant un transfert partiel de la charge de la preuve pourrait être considérée comme justifiée car il est probable que la preuve concernant certains faits soit en possession de la partie à l'encontre de laquelle la présomption s'applique ou bien soit plus accessible à cette dernière.

### 4.3.4. Autres considérations stratégiques sous-jacentes

67. Il arrive parfois que la loi utilise les règles discriminantes et les présomptions légales pour faire valoir des intérêts stratégiques. La loi peut ainsi juger utile de confirmer la position d'un requérant lorsqu'il est très difficile, par ailleurs, de rassembler les éléments de preuve nécessaires ; elle peut aussi estimer qu'il est préférable d'adopter une règle simple de responsabilité lorsque l'application d'une norme exigeant une analyse de marché approfondie dépasse la capacité des autorités compétentes et risque d'entraîner une application imparfaite de la loi<sup>107</sup>.

68. Les règles qui facilitent l'identification d'un comportement anticoncurrentiel peuvent également avoir la préférence des entreprises et des organes d'application, malgré le risque intrinsèque de faux positifs, c'est-à-dire d'interdiction à tort d'un

comportement pro concurrentiel. En plus de faciliter l'application, ces règles font en sorte que les entreprises puissent s'organiser en conséquence et éviter d'engager leur responsabilité au regard du droit de la concurrence.

69. Comme indiqué à la section 2, les règles et présomptions peuvent évoluer dans le temps. En outre, certaines pratiques peuvent devenir plus fréquentes dans le contexte de l'évolution du marché et les orientations actuelles des autorités de la concurrence et des tribunaux ne les prennent pas toujours pleinement en compte. L'encadré ci-dessous en fournit un exemple.

### **Encadré 3. Distribution sélective dans les ventes en ligne**

Dans l'Union européenne, qui semble concentrer la plupart des mesures d'application sur les interdictions et restrictions des ventes en ligne<sup>108</sup>, les affaires nationales et les décisions de la CJUE ont souvent porté sur les limites des régimes de protection prévus par le Règlement de la Commission européenne sur l'exemption par catégorie des accords verticaux<sup>109</sup>.

Deux questions principales ont été débattues :

- Le fait d'interdire à un distributeur de vendre en ligne constitue-t-il une restriction caractérisée – auquel cas, le régime de protection accordé par le règlement sur l'exemption par catégorie des accords verticaux ne s'appliquerait pas à l'accord. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales précisent que l'interdiction de vente en ligne est considérée comme une restriction caractérisée<sup>110</sup>. Cela a été confirmé par l'affaire *Pierre Fabre*, si souvent citée<sup>111</sup>, dans laquelle un fabricant de cosmétiques, qui distribuait majoritairement ses produits par l'intermédiaire de pharmacies, n'a pas été autorisé à interdire la vente de ses produits en ligne. Les tribunaux européens ont établi que l'accord tombait sous le coup de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et qu'il constituait une restriction caractérisée de la concurrence.
- Le fait d'interdire à un distributeur de vendre sur des plateformes tierces, dans le cadre d'un système de distribution sélectif, devrait-il être autorisé ? Selon les Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, « un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs »<sup>112</sup>.

70. Des règles claires peuvent avoir pour effet de limiter un éventuel « effet démotivant » consécutif à l'application du droit de la concurrence - ce qui justifie également l'adoption de régimes de protection.

#### **4.4. L'importance des régimes de protection**

71. L'expression « régimes de protection » est généralement utilisée en référence à différents types de règles ; certaines ont des conséquences sur le fond, d'autres renvoient à de simples évaluations des preuves. Un régime de protection peut ainsi désigner des règles établissant que, dans certaines conditions, la responsabilité ne sera pas liée au comportement d'une entreprise, indépendamment du fait qu'une pratique spécifique ait

des conséquences négatives sur le bien-être économique dans la pratique (par ex., règles de légalité en soi)<sup>113</sup>. Un régime de protection peut aussi faire référence à des concepts juridiques qui excluent totalement certaines situations du champ d'application du droit de la concurrence, comme la défense d'une entité unique<sup>114</sup>, qui crée un régime de protection pour la coordination au sein d'une entité unique<sup>115</sup>. Enfin, les régimes de protection font parfois référence à des présomptions de légalité (réfragables). On peut citer, à cet égard, l'utilisation des parts de marché à titre de présomption de position dominante ou d'absence de cette dernière, qui est une condition préalable à un comportement unilatéral relevant du droit de la concurrence.

72. La caractéristique commune à toutes les définitions des régimes de protection est de faire référence à des mécanismes qui ne permettent pas d'établir facilement la responsabilité de certaines pratiques d'entreprises. Les raisons exposées à la section 4.3, qui sous-tendent d'autres règles discriminantes et présomptions, justifient également l'adoption des régimes de protection. Comme pour les autres règles, on attend notamment des régimes de protection qu'ils correspondent à des pratiques d'entreprise dont l'expérience, la théorie économique et le bon sens laissent penser qu'elles n'ont pas d'effets anticoncurrentiels. Les régimes de protection sont également des outils qui permettent de garantir la facilité d'administration du droit de la concurrence et tiennent compte des préoccupations des pouvoirs publics : compte tenu de la préférence du droit de la concurrence pour les « faux négatifs » – c'est-à-dire, en cas de doute, le fait de ne pas interdire des comportements qui peuvent être anticoncurrentiels – il est généralement plus facile de justifier que l'adoption de régimes de protection est appropriée que d'adopter des règles et présomptions qui permettent d'établir la responsabilité au regard du droit de la concurrence.

73. Par ailleurs, les règles de légalité peuvent être extrêmement utiles. Elles prévoient d'exonérer de responsabilité un comportement commercial aux conséquences ambiguës mais généralement positives sur le plan du bien-être social, qui pourrait être par ailleurs remis en question par le droit de la concurrence<sup>116</sup>. En déterminant les régimes de protection que les entreprises peuvent appliquer avec certitude, ces règles évitent de consacrer des ressources à l'évaluation de l'impact de pratiques qui renforcent généralement la concurrence ou, tout au moins, ne la compromettent pas.

74. Pour les autorités de la concurrence, les régimes de protection ont l'avantage de permettre de déterminer des priorités en termes de mesures d'application et d'économiser des ressources pour les consacrer à la poursuite de violations plus graves de la concurrence. Les régimes de protection peuvent être particulièrement utiles dans les juridictions dans lesquelles les entreprises courent un risque élevé que d'autres parties privées considèrent le comportement de l'entreprise comme anticoncurrentiel et d'être ainsi contraintes d'engager des coûts importants pour démontrer que ce comportement respecte la concurrence<sup>117</sup>.

#### Encadré 4. Les régimes de protection dans la distribution exclusive

Aux États-Unis, le monomarquisme/la distribution exclusive font l'objet d'une approche fondée sur la règle de raison, comme toutes les autres restrictions verticales. Dans le cadre de l'approche élargie de la règle de raison, les tribunaux ont élaboré certains régimes de protection pour le monomarquisme/la distribution exclusive<sup>118</sup> :

- Accords « de courte durée ou résiliables selon son gré ». Un accord d'une durée inférieure à un an a été présumé légal<sup>119</sup>. S'agissant de la facilité de résiliation, un accord prévoyant un préavis de 30 jours a été considéré comme résiliable à tout moment<sup>120</sup>.
- Accords qui « excluent une fraction suffisamment petite du marché de distribution ». Dans l'affaire Jefferson Parish<sup>121</sup>, la Cour Suprême a jugé qu'un accord de distribution exclusive excluant 30 % du marché n'était pas interdit par la loi Sherman. D'autres décisions ont confirmé qu'il peut exister une présomption de légalité lorsque l'éviction du marché est inférieure à 40 % du marché concerné<sup>122</sup>.

Ces régimes de protection ont toutefois été contestés dans d'autres affaires, en particulier au regard de leur durée. Il a été établi que les accords de fourniture exclusive entre une entreprise de fabrication dominante et ses distributeurs étaient anticoncurrentiels, même si ces accords peuvent être résiliés à volonté<sup>123</sup>. Des facteurs autres que la capacité légale de résilier un accord à son gré – comme des coûts de transfert élevés – ont été pris en compte et considérés comme une restriction effective de la possibilité de résilier les accords dans la pratique. A l'instar du régime de protection concernant les faibles taux d'éviction, il a été avancé que, s'ils subsistent en théorie, les tribunaux les ont souvent écartés dans la pratique<sup>124</sup>.

75. Les régimes de protection s'observent à la fois dans les principales règles relatives à la concurrence et dans les instruments accessoires ou dans les lignes directrices. Ces instruments accessoires et lignes directrices contiennent généralement un grand nombre de précisions et une réglementation concernant les régimes de protection.

76. Les exemptions par catégories constituent un bon exemple de régimes de protection présents dans les instruments accessoires. Dans l'Union européenne, ces exemptions préservent un certain nombre de comportements d'une vérification au regard du droit de la concurrence, alors qu'ils auraient normalement attiré l'attention des tribunaux et des organes d'application. En Europe, les exemptions par catégories concernent à la fois les accords verticaux et un certain nombre d'accords horizontaux : distribution exclusive et achats, recherche et développement, transfert de technologie et accords de spécialisation<sup>125</sup>. Les exemptions par catégorie prévoient des régimes de protection pour certains types de comportements d'entreprises mais cette protection n'est pas absolue. En effet, les exemptions par catégories ne s'appliquent que si certaines conditions spécifiques sont réunies. Ces conditions imposent notamment que des seuils de part de marché (servant d'indicateurs approximatifs du pouvoir de marché) ne soient pas dépassés et qu'un certain nombre de restrictions caractérisées soient exclues des accords d'exemption<sup>126</sup>. En outre, la Commission européenne a normalement le pouvoir de « retirer le bénéfice » d'une exemption par catégorie applicable dans les autres cas lorsqu'un accord spécifique semble néanmoins menacer la concurrence<sup>127</sup>.



77. Des régimes de protection peuvent être également présents dans les lignes directrices publiées par les autorités de la concurrence. Les lignes directrices ne se contentent pas de donner des informations aux autorités de la concurrence. Elles fournissent également des orientations non contraignantes aux autres autorités compétentes (comme les tribunaux).

78. Les lignes directrices relatives au contrôle des fusions, qui sont publiées par un certain nombre d'autorités de la concurrence dans le monde entier, en sont un bon exemple. Elles prévoient généralement des régimes de protection en déterminant des seuils de parts de marché après la fusion, en-deçà desquels on peut présumer que la fusion ne pose pas de problème<sup>128</sup>. La solidité de cette présomption est variable ; une enquête supplémentaire n'est généralement pas exclue pour les fusions qui entrent dans le champ d'application des régimes de protection prévus par les lignes directrices concernées. Il est communément admis, en particulier, que la taille de l'entreprise et la concentration du marché ne constituent que le point de départ d'une analyse d'ensemble de la concurrence afin de déterminer si une fusion doit être interdite<sup>129</sup>. Ces lignes directrices permettent néanmoins aux entreprises et aux autorités d'évaluer si une fusion présente des risques et de prévoir leurs activités en conséquence en créant une zone qui est, de prime abord, dépourvu de contrôles relatifs à la concurrence.

79. Les lignes directrices contiennent aussi habituellement des régimes de protection portant sur les accords verticaux. Ces régimes de protection sont souvent octroyés sur la base de l'absence d'interrogations concernant des accords verticaux entre des entreprises qui ne détiennent pas de pouvoir de marché. Comme l'expose l'encadré ci-dessous, les lignes directrices utilisent généralement les parts de marché comme indicateurs du pouvoir de marché et pour créer des régimes de protection dans ce domaine.

#### **Encadré 5. Lignes directrices sur les restrictions verticales et les parts de marché**

À quelques différences près entre les juridictions et les pratiques, un faible niveau de part de marché permet la création de régimes de protection applicables à certaines restrictions verticales. Les lignes directrices publiées par la Commission japonaise des pratiques commerciales équitables (JFTC) prévoient ainsi un régime de protection pour les entreprises dont la part de marché est inférieure ou égale à 20 %. Le Règlement de la Commission européenne sur l'exemption par catégorie des accords verticaux fixe la part correspondante à 30 %<sup>130</sup>. Lorsque les entreprises détiennent des parts de marché supérieures au seuil fixé, l'accord doit être évalué au cas par cas.

La fixation d'un seuil de part de marché est considérée comme permettant une « certitude et une prévisibilité »<sup>131</sup>. Les autres observations relatives aux seuils sont les suivantes :

- Les régimes de protection applicables aux restrictions verticales peuvent être structurés de manière à ce qu'un seuil de part de marché s'applique tant au marché amont qu'au marché aval. L'un des arguments invoqués contre cette approche est que « tant qu'il existe une concurrence suffisante entre les marques, le fait qu'une marque soit vendue exclusivement par un distributeur ne devrait pas importer »<sup>132</sup>. À l'inverse, il a été avancé que l'extension du critère de part de marché au marché amont et au marché aval permet une vision plus globale de l'impact de la restriction et d'une éventuelle éviction de la concurrence<sup>133</sup>. En effet, les distributeurs détiennent parfois un pouvoir de marché tel qu'ils peuvent convaincre un fournisseur d'utiliser les restrictions verticales pour atténuer davantage la concurrence au niveau de la distribution, notamment en imposant des prix de vente fictifs pour faciliter la coordination des prix de détail.
- Outre les seuils de parts de marché, certaines lignes directrices (notamment celles de la Commission européenne et de la JFTC) font explicitement référence aux « réseaux » d'accords. La Commission européenne a la pouvoir d'exclure des exemptions par catégories « les réseaux parallèles de restrictions verticales similaires lorsqu'ils couvrent plus de 50 % d'un marché en cause »<sup>134</sup>. Cette disposition repose sur le constat tiré de la littérature selon lequel les restrictions verticales à l'échelle d'une branche d'activité peuvent avoir pour effet de réduire la concurrence<sup>135</sup>.

Si la définition d'un seuil de part de marché spécifique offre une visibilité aux entreprises, elle n'entraîne pas une évaluation automatique. Ainsi, s'il n'existe pas de précédent établi permettant de définir le marché concerné, les entreprises qui concluent l'accord peuvent avoir une incertitude relative à leurs parts de marché puisque qu'elles dépendent de l'étendue du marché.

## 5. Conclusion

80. La modernisation des règles de concurrence a eu pour effet d'accroître les évaluations approfondies du marché. Néanmoins, si une analyse plus attentive des conséquences de chaque cas particulier permet de réduire les erreurs par rapport à des règles plus simples, elle est également susceptible d'augmenter les coûts liés à l'administration du système d'application.

81. L'analyse du coût des erreurs, également appelée théorie de la décision, constitue le cadre analytique sous-tendant la définition de règles optimales, notamment les présomptions et régimes de protection en droit de la concurrence. Ce cadre tente de mettre en balance les coûts pour la société et les avantages des autres dispositifs juridiques. D'un côté, les règles discriminantes (comme les interdictions en soi et les restrictions par objet) favorisent la clarté et la facilité d'administration du droit de la concurrence ; d'un autre côté, des analyses détaillées du marché limitent les erreurs mais entraînent, en contrepartie, des coûts réglementaires plus élevés. Dans la pratique, il existe un certain nombre d'approches intermédiaires entre les interdictions en soi/les restrictions par objet, d'une part, et les évaluations du marché à part entière, d'autre part.

82. Les autorités de la concurrence et les tribunaux tentent de définir des règles qui permettent de trouver un compromis. Elles reposent généralement sur l'interprétation économique des différentes pratiques et sur l'expérience de l'application. Ainsi, Peepkorn explique que le classement d'une restriction dans les restrictions par objet devrait être fondé sur « *une expérience suffisante ou d'autres données empiriques démontrant que la restriction concernée aura généralement un impact globalement négatif sur la concurrence et les consommateurs* »<sup>136</sup>.

83. Les présomptions et les régimes de protection permettent une simplification en limitant la nécessité de procéder à des évaluations économiques approfondies. S'ils offrent des avantages évidents en termes de simplicité d'administration du droit de la concurrence, les régimes de protection et les présomptions présentent un risque accru d'erreurs. Comme l'expose ce document, si le droit de la concurrence s'efforce de limiter les erreurs dans leur ensemble, il s'intéresse particulièrement aux « faux négatifs », c'est-à-dire aux condamnations à tort d'activités proconcurrentielles. C'est la raison pour laquelle il est parfois plus facile de justifier l'adoption de régimes de protection ou de présomptions susceptibles de donner lieu à des « faux positifs », c'est-à-dire à l'absence de condamnation de pratiques anticoncurrentielles.

84. Pour les autorités de la concurrence, les présomptions et les régimes de protection permettent d'établir un ordre de priorité dans les activités d'application et d'économiser des ressources pour les consacrer à la répression des pratiques les plus dommageables pour la concurrence. En définissant les régimes de protection selon lesquels les entreprises peuvent exercer leurs activités avec certitude, ces règles réduisent également les ressources consacrées par les entreprises et les organes d'application à l'évaluation de l'impact de pratiques qui renforcent généralement la concurrence ou, tout au moins, ne la compromettent pas.

## Notes de fin

<sup>1</sup> Crane, D. (2007), « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », *Washington and Lee Law Review* 64(1) 50, pp. 51-52.

<sup>2</sup> *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 59 (1977).

<sup>3</sup> *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 735-36 (1988)

<sup>4</sup> Voir, par exemple, l'art. 5(5) du Règlement (UE) N° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 335, 18.12.2010, p. 36), qui autorise « la fixation des prix appliqués aux clients directs ou la fixation du montant de la licence appliqué aux preneurs directs de licences lorsque l'exploitation en commun des résultats s'étend à la distribution conjointe des produits contractuels ou à la concession conjointe de licences relatives aux technologies contractuelles » dans le cadre des accords de recherche et de développement.

<sup>5</sup> Il s'agit des notions de base contenues dans les sections 1 et 2 de la loi Sherman (États-Unis) et dans les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Partout dans le monde, les lois sur la concurrence sont généralement formulées de manière aussi vague.

<sup>6</sup> Crane, D., « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », p. 54, 82.

<sup>7</sup> Baker, Jonathan B. (2015), « Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis » (2015) *Antitrust Law Journal* 80 1, p. 31.

<sup>8</sup> *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), at 238.

<sup>9</sup> Hovenkamp, H. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution* (Harvard, 2008), pp. 45-47.

<sup>10</sup> Christiansen A. et W. Kerber (2006), « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs. Rule of Reasons” », *Journal of Competition Law and Economics* 2(2) 215, p. 217.

<sup>11</sup> *Topco Assocs., Inc. v. United States*, 405 U.S. 596, 609-610 (1972)

<sup>12</sup> Kovacic, William E. et A. Jones, (2017) « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union : Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework », *Antitrust Bull.* 62 254, p. 262.

<sup>13</sup> Crane, D., « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », pp. 51-52.

<sup>14</sup> Le programme de modernisation de la Commission avait promis de renoncer progressivement à l'approche formaliste antérieure des articles 101 et 102 au profit d'une approche axée sur les effets, s'appuyant sur le bien-être économique du consommateur. Voir, par exemple, le Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant les accords verticaux et les pratiques concernées, JO L 102 et les Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010/C 130/1 ; les « Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes », JO C 45, 24.2.2009. Voir également Kovacic, William E. et A. Jones, « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », p. 279.

<sup>15</sup> Aux États-Unis, voir *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) (accords verticaux d'attribution de territoires) ; *Nw. Wholesale Stationers, Inc. c. Pac. Stationery & Printing*

Co., 472 U.S. 284 (1985) (expulsions de membres d'associations professionnelles), *State Oil v. Khan* 522 U.S. 3 (1997) (prix de vente maximum) ou *Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) (prix de vente minimum).

<sup>16</sup> Posner, Richard A. (1981), « The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality », *University of Chicago Law Review*, 48 6, p. 23.

<sup>17</sup> Evans, D. et J. Padilla, (2005), « Designing Antitrust Rules for “Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach » », *University of Chicago Law Review* 73, p. 74.

<sup>18</sup> Crane, D. « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », p. 63 ; Edwards, Linsey M. et J. D. Wright (2016) « The Death of Safe Harbours: Causes and Consequences » *George Washington Working Papers George Mason Law Review* 23 (5) 1205, pp. 1227-1236. En outre, les accords verticaux ne sont pas dispensés de contrôles en vertu du droit de la concurrence même s'ils sont généralement censés être proconcurrentiels.

<sup>19</sup> Ces théorèmes ont été cependant critiqués à leur tour au motif que leur utilité serait limitée dans la pratique. Compte tenu du nombre limité de faits, ce type de modèle est susceptible de présenter des équilibres multiples ou des résultats. Tandis que l'un de ces résultats peut être anticoncurrentiel, ni le modèle en tant que tel, ni le critère empirique ne permettent d'indiquer la probabilité d'aboutir à ce résultat. Par ailleurs, si le modèle intègre davantage d'hypothèses pour le rendre plus précis, il devient difficile à appliquer dans la pratique. De ce fait, le recours à de tels théorèmes en droit de la concurrence a fait l'objet de critiques. Voir Kobayashi, Bruce H. (1997), « Game Theory and Antitrust: A Post-Mortem » *George Mason Law Review* 5 411 ; Fisher, J. (2001) « Can Post-Chicago Economics Survive Daubert », *Akron L. Rev.* 34 795 ; Joskow, Paul L., « Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies » (2002) *J L, Econ, & Org* 18 95, p. 104 ; Lopatka, John. et W. Page « Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases » (2005) *Cornell L. Rev.* 90 617, p. 700 ; Evans, D. et J. Padilla, « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach », pp. 79-80.

<sup>20</sup> Winston, Michael D., « Tying, Foreclosure and Exclusion » (1990) *American Economic Review* 80 837 ; Evans, D. et J. Padilla, « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago », p. 74 ; O'Brien, Daniel P., (2008) « The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems », *Konkurrensverket* 40, pp. 61-74.

<sup>21</sup> *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.* 551 U.S. (2007) 877, 898–899

<sup>22</sup> Lemley, M. et C. Leslie, « Categorical analysis in antitrust jurisprudence » (2008) *Iowa Law Review* 93 1207, p. 1211, soulignent que le droit de la concurrence comprend de nombreuses distinctions par catégories et règles.

<sup>23</sup> Elles sont complétées par un certain nombre de filtres mis au point pour éliminer les cas d'entente à un stade précoce du processus judiciaire, avant toute analyse détaillée du marché. Ces filtres ont été récemment renforcés. Si le recours aux jugements sommaires a été traditionnellement modéré en droit de la concurrence, dans l'affaire *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio* 475 U.S. 574 (1986), la Cour suprême a considéré que si « le contexte factuel rend la plainte des défendeurs non plausible – si la plainte ne tient pas du bon sens économique – les défendeurs doivent présenter des éléments probants plus convaincants à l'appui de leur plainte qu'il ne serait nécessaire autrement » afin d'éviter un jugement sommaire à leur rencontre. Une autre décision a imposé un examen plus strict à un stade précoce du processus. Il s'agit de l'affaire *Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 127 S.Ct 1955 (2007), dans laquelle une analyse approfondie de la plausibilité économique des effets anticoncurrentiels théoriques a été imposée avant la phase de plaidoirie, au moment d'évaluer les demandes de rejet de la plainte. Il s'agit d'un point qui est étroitement lié aux normes de preuve visant à établir une infraction au droit de la

concurrence, qui ne relèvent pas du champ d'application de ce document, malgré leur indéniable pertinence.

<sup>24</sup> *California Dental Association v. FTC* 526 U.S 679, 688, 696 (1978).

<sup>25</sup> Lemley, M. et C. Leslie, « Categorical analysis in antitrust jurisprudence », p. 1215.

<sup>26</sup> Un certain nombre d'auteurs ont cherché à définir précisément cette structure. Voir Hovenkamp, H., *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, pp. 106-108, 149 ; Areeda, P. et H. Hovenkamp, *Antitrust Law (vol. 7)* (3e éd., 2010), para. 1504-1507 ; Kovacic, William E. et A. Jones, « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », pp. 273-275.

<sup>27</sup> Carrier M. (1999), « The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect » (1999) *BYU L. REV.* 1265, p. 1268, explique qu'entre 1977 et 1999, il n'existait pas de mise en balance des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels dans 96 % des cas d'application de la règle de raison, 98 % des cas impliquant des restrictions verticales, 99 % des cas de refus de vente, 97 % des cas de ventes liées, 94 % des affaires de concurrence déloyale et 86 % des cas impliquant des règles ou pratiques d'association. Une étude complémentaire publiée en 2009 – Carrier, Michael A., « The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21<sup>st</sup> Century » (2009) *George Mason Law Review* 16(4) 827 – précise qu'entre 1999 et 2009, la mise en balance n'a concerné que 2 % des cas. Autre constat, peut-être encore plus significatif : 221 affaires sur 222 se sont conclues en faveur du défendeur – la seule exception étant l'affaire *US v. VISA* 344 F.3d.229 (2<sup>e</sup> circuit, 2003). Une autre étude, plus récente, vient appuyer ce constat – en établissant qu'entre 1998 et 2013, seules 6 affaires sur quelque 300 ont fait l'objet d'une mise en balance selon la règle de raison – Fundakowski, Daniel, « The Rule of Reason: From Balancing to Burden Shifting », *Perspectives in Antitrust* 1(2) 1

<sup>28</sup> ABA Antitrust Section, Monographie n° 23, « The Rule of Reason » 10 (1999) ; Kovacic, William E. et A. Jones « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », p. 274. Dans l'affaire *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 476 (1978), la Cour suprême a fait valoir que : « lorsqu'elle est interprétée correctement, l'analyse par la règle de raison n'est pas distincte de l'analyse en soi. En revanche, les accords illicites en soi ne représentent que l'une des nombreuses catégories d'accords qui entravent indûment les échanges ; la démonstration de leur illégalité requiert moins de preuves mais ils violent néanmoins la règle de raison fondamentale. »

<sup>29</sup> Les parties doivent démontrer que les conditions de l'article 101, paragraphe 3 des TFUE ne sont pas remplies. En somme, les parties doivent démontrer que l'accord ou la pratique concertée auront (ou ont eu) des effets positifs et que la restriction était « indispensable » pour obtenir ces effets.

<sup>30</sup> Kovacic, William E. et A. Jones, « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », p. 280.

<sup>31</sup> 6, p. 287.

<sup>32</sup> Affaire T-168/01 *GlaxoSmithKline* ECLI:EU:T:2006:265, para. 119–120 ; affaire T-472/13 *Lundbeck*, ECLI:EU:T:2016:449, para. 438.

<sup>33</sup> Le tribunal impose la concession d'une licence de propriété intellectuelle uniquement si (1) elle est indispensable aux entreprises si elles veulent entrer en concurrence sur un marché secondaire, (2) l'absence de licence de propriété intellectuelle éliminerait la concurrence de ce marché secondaire, (3) la propriété intellectuelle est nécessaire à la création d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, et (4) il n'existe pas de justification objective au refus d'octroi de la licence.

<sup>34</sup> Selon certains, cela s'expliquerait par le fait que les conditions des critères limitent l'octroi obligatoire de licence aux cas dans lesquels les avantages sociaux prévisibles sont si importants qu'ils compensent les effets paralysants des incitations à innover : Ahlborn, C., D. S. Evans. et A. J. Padilla, « The Logic and Limits of the s "Exceptional Circumstances Tests" in Magill and IMS Health » (2004) *Fordham International Law Journal* 28(4) 1109, p. 1111. Des critères similaires semblent cependant s'appliquer à d'autres situations de refus de fourniture d'une installation ou d'une composante essentielle, dans lesquelles les avantages de l'innovation sembleraient absents : voir Wish, R. et D. Bailey, « Competition Law » 8<sup>e</sup> éd. (OUP, 2015), p. 740.

<sup>35</sup> Richard Posner *Antitrust Law* 2<sup>e</sup> éd. (University of Chicago Press, 2001), dans (ix).

<sup>36</sup> Posner, Richard A. « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration » (1973) *J. Legal Stud.* 2 399 ; Ehrlich, I. et R. A. Posner, « An Economic Analysis of Legal Rulemaking » (1974) *J. Legal Stud.* 3 257. Ces notions sont apparues dans les principaux travaux de recherche de Joskow, Paul L. et A. K. Klevorick « A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy » (1979) *Yale L.J.* 89 213, pp. 222–25.

<sup>37</sup> Les coûts de réglementation dépassent les frais de litige et comprennent notamment : (i) les coûts engagés pour définir les règles ; (ii) les coûts de collecte des informations par les éventuelles parties au litige ; (iii) les coûts engagés pour l'examen des cas individuels ; (iv) les coûts de surveillance et de conformité ; (v) les coûts liés à l'effet dissuasif de règles peu claires. Christiansen A. et W. Kerber (2006), « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per Se Rules vs. Rule of Reasons" », pp. 231-234 ; Kaplow, L. « Rules Versus Standards: mAn Economic Analysis » *Duke L.J.* 42 557.

<sup>38</sup> Voir, entre autres, George Paton, *A Textbook of Jurisprudence* § 48, at 236-38 (4e éd.) (Oxford, 1972) (une règle juridique est un précepte établissant que l'existence de certains faits entraîne des conséquences précises ; une règle fonctionne par l'intégration de normes ou de concepts ; les normes sont souples tandis que les concepts constituent des abstractions figées) ; Ehrlich, I. et R. A. Posner, « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », p. 258 (le terme « norme » fait référence à un « critère général de choix social », comme l'obligation de promouvoir la « concurrence ». Le terme « règle » renvoie à une affirmation plus précise qui limite l'examen des facteurs pertinents pour une décision en fonction de la norme) ; Roscoe Pound, « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law » (1933) *Tul. L. Rev.* 7 475, pp. 482-83, 485-86 (les règles prescrivent des conséquences juridiques certaines et précises correspondant à un ensemble déterminé de faits précis ; en revanche, les normes fixent une limite générale de comportement acceptable, qui doit être appliquée compte tenu des faits spécifiques du cas d'espèce) ; Schäfer, Hans-Bernd., (2006) « Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries », *Supreme Court Economic Review* 14 113, p. 115 (Les règles sont des obligations juridiques qui distinguent, de manière exhaustive et précise, un comportement illicite d'un comportement licite. Les normes sont des critères flous et approximatifs, qui nécessitent une interprétation juridique complexe).

<sup>39</sup> Voir l'exemple des ententes illicites sur les prix de la note 4 ci-dessus.

<sup>40</sup> Coleman Jules « Rules and Social Facts » (1991) *Harv. J.L. & Pub. Pol't* 14 703, p. 710 (estimant que les « règles sont nécessairement trop larges et trop restrictives par rapport à l'ensemble des raisons qui les justifient ou les étayent) ; Schauer, Frederick. « Playing by the Rules: « A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-making in Law and Life » (OUP, 1993), p. 17-31 (qui décrit les règles comme « des généralisations probabilistes brutes » qui peuvent aboutir à des décisions suboptimales ou même manifestement erronées) et aux paragraphes 31-34 (décrivant les règles comme des généralisations bien établies, susceptibles d'être trop larges ou trop restrictives dans certains cas).

<sup>41</sup> Baker, Jonathan B. « Taking the Error Out of "Error Costs" Analysis », p. 31.

- <sup>42</sup> Posner, R. dans l'affaire *MindGames, Inc. c. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652, 657 (7e circuit 2000).
- <sup>43</sup> Evans D. et J. Padilla, « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices », p. 85-87.
- <sup>44</sup> Crane, D., « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », p. 54 ; Mark Lemley et C. Leslie « Categorical analysis in antitrust », pp. 1256-1257.
- <sup>45</sup> Allen, R. « Burdens of Proof, Uncertainty and Ambiguity in Modern Legal Discourse » (1994) *Harv. J.L. & Pub.* (OUP, 627), p. 633.
- <sup>46</sup> En principe, si une règle ne permet pas de distinguer les comportements anticoncurrentiels des comportements pro concurrentiels, elle n'est généralement pas appropriée. Par ailleurs, il n'est pas tenu compte des coûts de réglementation : l'adoption d'une règle discriminante relativement inappropriée peut être néanmoins justifiée si une norme plus détaillée (et coûteuse), impliquant une analyse du marché approfondie, ne permet pas des résultats sensiblement plus précis – voir Salop, S. (2015) « The Evolution and Vitality of Merger Presumptions: A Decision Theoretic Approach », *Antitrust Law Journal* 80
- <sup>47</sup> Baker, Jonathan B. « Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis », p. 5 ; Lindsey M. Edwards et J. D. Wright « The Death of Safe Harbours: Causes and Consequences », p. 1223.
- <sup>48</sup> Easterbrook, Franck H. « The Limits of Antitrust » (1984) *Tex. L. Rev.* 63 1, p. 4.
- <sup>49</sup> *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis Trinko* 540 U.S. 398, 414 (2004).
- <sup>50</sup> Easterbrook, Frank H. « Ignorance and Antitrust » in Jorde, T.M., Teece, D.J. (eds.), *Antitrust, Innovation, and Competitiveness* (OUP 1992) 119, p. 129 ; David Evans et J. Padilla « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices », pp. 85-87; *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS*, 127 S. Ct. 2705 (2007) dans 2729 (Breyer J, en opposition).
- <sup>51</sup> Gavil, A. « The Challenges of Economic Proof in a Decentralized and Privatized European Competition Policy System: Lessons from the American Experience » (2007) *Journal of Competition and Law Economics* 4(1) 177, p. 182.
- <sup>52</sup> Voir la discussion dans l'affaire *United States v. Topco Assocs. Inc.*, 405 U.S. 569, 609-10 & n. 10 (1972).
- <sup>53</sup> Davis, Kevin E. (2006) « Law-Making in Small Jurisdictions », *The University of Toronto Law Journal* 56(3) 151, p. 152.
- <sup>54</sup> Schäfer, Hans-Bernd. « Rules versus Standards in Rich and Poor Countries », pp. 114, 119-133.
- <sup>55</sup> Davis, Kevin E. « Law-Making in Small Jurisdictions », pp. 177-178.
- <sup>56</sup> Kovacic, William E. et A. Jones, « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », p. 264.
- <sup>57</sup> Lemley, M. et C. Leslie, « Categorical analysis in antitrust jurisprudence », p. 1211.
- <sup>58</sup> Certains auteurs sont allés jusqu'à rechercher une solide base théorique à ce raisonnement. Christiansen et Kerber ont tenté notamment d'élaborer un modèle relatif à l'adoption de règles parfaitement différenciées. Selon ce modèle, il peut être justifié de renforcer le degré de différenciation des règles de concurrence en tenant compte de critères d'évaluation supplémentaires jusqu'au point où les coûts réglementaires supplémentaires l'emportent sur le gain en termes de diminution du coût des erreurs. Par conséquent, la complexité (ou la précision) optimale des règles de concurrence sera fonction des types de comportements des entreprises. Christiansen, A. et W. Kerber, « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs. Rule of Reason” », pp. 217, 228



<sup>59</sup> Bailey, D. (2010) « Presumptions in EU competition law » (2010) *European Competition Law Review* 9 20, p. 20.

<sup>60</sup> Dans la pratique, la charge de la preuve dépend souvent de la norme de preuve requise et de la capacité apparente de la partie ayant la charge de la preuve à respecter la norme de preuve – voir McNaughton, J. (1955) « Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion », *Harv. L. Rev.* 68 1382.

<sup>61</sup> Affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6, para. 55-57. Il existe une présomption similaire concernant la durée de la violation, sous réserve que les différentes activités de l'entreprise relèvent d'une violation unique et continue : voir l'affaire C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission* ECLI:EU:C:2006:592, para 98. ; Volpin, C. (2014) « The ball is in your court: Evidential burden of proof and the proof-proximity principle in EU competition law », *CML Rev.* 1159, p. 1170.

<sup>62</sup> Voir l'affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963). Cette présomption a été entérinée par la suite dans les lignes directrices américaines concernant les fusions en 1968, 1992 et, plus récemment, en 2010, qui prévoient que cette « présomption structurelle » peut être réfutée en démontrant que certains facteurs compensatoires cités étaient présents. Selon Herbert Hovenkamp et Carl Shapiro, la présomption structurelle s'appuie sur deux notions économiques significatives. La première est que la perte d'un concurrent important sur un marché concentré est susceptible de conduire à un renforcement du pouvoir de marché. La seconde est que les barrières à l'entrée de marchés concentrés sont souvent importantes – voir Hovenkamp, H. et C. Shapiro (2017), « Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof », *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper* 17/42, p. 5 (consulté le 30 octobre 2017).

<sup>63</sup> Harvie Wilkinson III, « Toward a Jurisprudence of Presumptions » (1992) *New York University Law Review* 907, p. 907 ; Cyril Ritter « Presumptions in EU Competition Law » (consulté le 10 juillet 2017), accessible sur le site SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2999638>, p. 11.

<sup>64</sup> Bailey, D., « Presumptions in EU competition law », p. 20-21.

<sup>65</sup> Affaire C-235/92 P, *Montecatini v. Commission* ECLI:EU:C:1999:362, para 176.

<sup>66</sup> Voir l'article 16(3) du règlement n° 773/2004 ; l'affaire T-271/03 *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:T:2006:163, para. 45, l'affaire C-162/15 P *Evonik Degussa* ECLI:EU:C:2017:205, para. 64 ; et Ritter, C. « Presumptions in EU Competition Law » (consulté le 10 juillet 2017), accessible sur le site SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2999638>, p. 6.

<sup>67</sup> Article 10(6) du règlement CE sur les concentrations ; Loi Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act de 1976, 15 U.S.C. § 18a.

<sup>68</sup> Bailey, D., « Presumptions in EU competition law », p. 21.

<sup>69</sup> Affaire C-49/92 P, *Montecatini v. Commission* ECLI:EU:C:1999:356, para 121.

<sup>70</sup> Affaire C-199/92 P *Hüls v Commission* ECLI:EU:T:1992:31, para. 167 ; Affaire C-455/11 P *Solvay*, ECLI:EU:C:2013:796, para 42-43 ; C-449/11 P *Solvay Solexis*, ECLI:EU:C:2013:802, para. 38.

<sup>71</sup> Affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6, paras. 81 ; affaire T-303/02 *Westfalen Gassen*, ECLI:EU:T:2006:374, paras. 95 et 115. Voir Volpin, C. « The ball is in your court », pp. 1168-1169.

<sup>72</sup> Affaire 85/76 *Homan La Roche v.. Commission* ECLI:EU:C:1979:36 41.

<sup>73</sup> Affaire C-62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission* ECLI:EU:C:1991:286, para 60.

<sup>74</sup> Bailey, D., « Presumptions in EU competition law », p. 23-24.

<sup>75</sup> Les tribunaux européens ont notamment affirmé que les règles de fond portant sur les restrictions par l'objet équivalent à une présomption (de fond) – « *Qualifier un accord ou une pratique de restrictif de la concurrence par son objet équivaut à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence.* » : Conclusions de l'avocat général Cruz Villalon dans l'affaire C-32/11 *Allianz Hungária*, ECLI:EU:C:2012:663 ; para. 64.

<sup>76</sup> Bork, R. (1966), « The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division » 75 *Yale L.J.* 373, p. 387 ; Lemley, M. et Leslie, C. « Categorical analysis in antitrust jurisprudence », pp 1213-1214. Pour une description précise des interdictions en soi interprétées comme des présomptions irréfragables, voir Gavil, A. (2008) « Burden of Proof in US Antitrust Laws », *Issues in Competition Law and Policy* 125, p. 128.

<sup>77</sup> Pour plus de précisions sur les restrictions par objet interprétées comme des présomptions de fond, voir Bailey, D. « Presumptions in EU competition law », p. 22-23 ; Conclusions de l'avocat général Villalon dans l'affaire C-32/11 *Allianz Hungária* ECLI:EU:C:2012:663, para. 64 ; Volpin, C. « The ball is in your court », p. 1166 ; Ritter, C. « Presumptions in EU Competition Law », p. 11.

<sup>78</sup> Ces conditions stipulent qu'un accord ou une pratique concertée entraîne des gains d'efficacité, l'apport d'une partie équitable du profit aux consommateurs ; n'impose que les restrictions de concurrence qui sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et qui n'éliminent pas la concurrence.

<sup>79</sup> Voir Kovacic, William E. et A. Jones « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union », p. 281.

<sup>80</sup> Pour plus de précisions, voir Edwards, Lindsey M. et J. D. Wright, « The Death of Safe Harbours : Causes and Consequences », p. 1213. Cette doctrine sort du champ d'application du droit de la concurrence relatif à la coordination entre les entreprises détenant des filiales à cent pour cent – *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752 (1984) – et des filiales détenues partiellement - *Bell Atl. Bus. Sys. Servs. v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 849 F. Supp. 702, 706-07 (N.D. Cal. 1994); *Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477, 1486 (D. Or. 1987) ; *Novatel Commc'ns, Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc.*, No. C85-2674A, 1986 WL 798475, dans \*9-10 (N.D. Ga. Dec. 23, 1986) –; coordination entre des entreprises contrôlées par la même entité mère – *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 131, 138 (3<sup>e</sup> circuit 2001) ; *Directory Sales Mgmt. Corp. v. Ohio Bell Tel. Co.*, 833 F.2d 606, 611 (6<sup>e</sup> circuit 1987) – ou sous le contrôle d'une même entité – *Guzowski v. Hartman*, 969 F.2d 211, 214 (6<sup>e</sup> circuit 1992) ; *Century Oil Tool, Inc. v. Prod. Specialties, Inc.*, 737 F.2d 1316, 1317 (5<sup>e</sup> circuit 1984) ; *D'Last Corp. v. Ugent*, 863 F. Supp. 763, 768-69 (N.D. Ill. 1994), confirmé, 51 F.3d 275 (7<sup>e</sup> circuit 1995) ; *Orson, Inc. v. Miramax Film Corp.*, 862 F. Supp. 1378, 1385 (E.D. Pa. 1994), confirmé en partie et annulé en partie, 79 F.3d 1358 (3<sup>e</sup> circuit 1996). Voir également la restriction imposée récemment à la portée de cette doctrine par l'affaire *American Needle, Inc. v. NFL* 560 U.S. 183, 200-01 (2010).

<sup>81</sup> Cela sous-tend le concept « d'entreprise » en droit européen de la concurrence, qui « *comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* » – voir l'affaire C-41/90 *Höfner et Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECLI:EU:C:1991:161, para. 21. Dans ce cadre, une entreprise « *doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, d'un point de vue juridique, cette unité est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales* (16). – voir l'affaire C-597/13 *Total* [2015] ECLI:EU:C:2015:613, para. 33.

<sup>82</sup> Lemley, M. et C. Leslie. « Categorical analysis in antitrust jurisprudence ». Cela découle de l'économie des coûts de transaction, qui est elle-même issue de la théorie de l'entreprise de Ronald Coase – voir Coase, Ronald H. (1937), « The Nature of the Firm » (1937) *Economica* 4 386.

<sup>83</sup> *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp* 509 U.S. 209 (1993); *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc* 555 U.S. 438 (2009); Affaire C-62/86 *AKZO c. Commission des communautés européennes* [1991] ECLI:EU:C:1991:286. Les pratiques de prix supérieurs aux coûts de production peuvent être néanmoins considérées comme anticoncurrentielles selon d'autres théories du préjudice ; il convient de noter que la Cour d'appel des États-Unis (6<sup>e</sup> circuit) a estimé que, même en cas de fixation de prix d'éviction pour un seul produit, une entreprise dominante n'a pas de moyen de défense absolu si elle a fixé des prix supérieurs à ses coûts – voir *Spirit Airlines, Inc. v. Nw. Airlines, Inc.*, 431 F.3d 917 (6<sup>e</sup> circuit 2005).

<sup>84</sup> Bailey, D., « Presumptions in EU competition law », p. 25.

<sup>85</sup> Ritter, C. « Presumptions in EU Competition Law », p. 17.

<sup>86</sup> Voir l'affaire C-67/13 P *Cartes Bancaires* ECLI:EU:C:2014:2204, para. 51. Pour les États-Unis, voir l'affaire *Arizona v. Maricopa County Medical Society* 457 U.S. 332 (1982). En ce qui concerne la littérature consacrée aux cas précédents d'adoption de règles et présomptions en droit de la concurrence, voir également Lemley, M. et C. Leslie, « Categorical analysis in antitrust jurisprudence », p. 1257 ; Bailey, D. « Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU » (2012) *CML Rev.* 49 559, p. 565 ; et Ritter, C. « Presumptions in EU Competition Law », p. 17-18.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>88</sup> La pratique du prix imposé a fait l'objet d'une table ronde sur les prix de vente imposés, voir OCDE (2008) « Table ronde sur les prix de vente imposés » DAF/COMP(2008)37.

<sup>89</sup> Accessible sur le site [www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines.files/170616.pdf](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/170616.pdf) (consulté le 25 août 2017).

<sup>90</sup> Voir OCDE (2013) « Table ronde sur les restrictions verticales dans les ventes en ligne » DAF/COMP(2013)13, conclusion de la Corée ; et « Global Competition Review, The Asia-Pacific Antitrust Review 2017 – Korea: Overview », accessible sur le site <http://globalcompetitionreview.com/benchmarking/the-asia-pacific-antitrust-review-2017/1138986/korea-overview>.

<sup>91</sup> Accessible sur le site <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> en français, allemand et italien (consulté le 25 août 2017).

<sup>92</sup> Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel de l'Union européenne, 2010, (L 102) 1.

<sup>93</sup> Les restrictions caractérisées dans les règlements concernant les exemptions par catégories peuvent être généralement considérées comme désignant des restrictions par objet. Voir Commission européenne « Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice », [Lignes directrices relatives aux restrictions par objet aux fins de définir quels sont les accords qui peuvent bénéficier de la communication de minimis] SWD(2014) 198 final, p. 5.

<sup>94</sup> Elles sont définies à l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et détaillées dans la note de bas de page 79 du présent document. Les lignes directrices qui l'accompagnent, à la section 1.3.2, expliquent comment elles sont appliquées aux restrictions verticales.

<sup>95</sup> *Dr Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911). Cette règle a été quelque peu assouplie par la suite, les entreprises ne détenant pas de monopole étant autorisées à imposer des prix de revente - voir Edwards, Lindsey M. et J. D. Wright, « The Death of Safe Harbours: Causes and Consequences », p. 1209.

<sup>96</sup> *Leegin Creative Leather Proods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

<sup>97</sup> *Leegin Creative Leather Proods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), pp.12-14

<sup>98</sup> Voir OCDE (2013) « Table ronde sur les restrictions verticales dans les ventes en ligne » DAF/COMP(2013)13, conclusion de l'Union européenne.

<sup>99</sup> Bennett, Matthew., A. Fletcher, E. Giovanetti et D. Stalibrass (2011) « Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy » *Fordham International Law Journal*, 33 4 1295.

<sup>100</sup> Motta, Massimo. et al. (2009) « Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view » (consulté le 17 juillet 2017), accessible sur [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore\\_restrictions\\_under\\_BER.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf). Un argument similaire est avancé par Reindl, Andreas. (2011) « Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach » *Fordham International Law Journal* 33 4.

<sup>101</sup> Lowe, P. « Taking Sound Decisions on the Basis of Available Evidence » in C.D. Ehlermann & M. Marquis (eds.) *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (Hart, 2009) 157.

<sup>102</sup> Lemley, M. et C. Leslie, « Categorical analysis in antitrust », p. 1257; Bailey, D., « Presumptions in EU competition law », p. 26.

<sup>103</sup> Cette opinion a été clairement exprimée de part et d'autre de l'Atlantique. En Europe, on la retrouve dans les conclusions de l'avocat général Kokott à propos de l'affaire C-8/08, *T-Mobile*, [2009] ECLI:EU:C:2009:110, para 43; aux États-Unis, voir *Continental TV Inc v. GTE Sylvania Inc*, 433 US 50, note de bas de page 16 (1977), et Breyer J dans *Leegin Creative Products, Inc v. PSKS Inc*, 551 US 877 (2007).

<sup>104</sup> Volpin, C., *The ball is in your court*, p. 1163.

<sup>105</sup> Id., p. 1173-1177. Les autres raisons à l'appui des règles relatives à la charge de la preuve comprennent la limitation du montant du différend et la possibilité de statuer avec efficacité dans une affaire.

<sup>106</sup> Bailey, D., *Presumptions in EU competition law*, p. 26; Ritter, C., *Presumptions in EU Competition Law*, p. 19.

<sup>107</sup> Bailey, D., *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, p. 565; Ritter, C., *Presumptions in EU Competition Law*, p. 19; Kovacic, William E. et A. Jones, *Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union*, p. 262.

<sup>108</sup> ICN (2015), *Online Vertical Restraints Special Project Report*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1130.pdf>

<sup>109</sup> Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories

d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel de l'Union européenne, 2010, (L 102) 1.

<sup>110</sup> Communications – Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010/C 130/1, para. 56.

<sup>111</sup> Affaire C-439/09 *Pierre Fabre* ECLI:EU:C:2011:649.

<sup>112</sup> Communications – Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010/C 130/1, para. 54.

<sup>113</sup> Cette notion est similaire au concept de présomptions de légalité sur le fond, examiné ci-dessus.

<sup>114</sup> Aux États-Unis, voir *Copperweld Corp. v. Indep. Tube Corp.* 467 U.S. 752, 767–68 (1984).

<sup>115</sup> Edwards, Lindsey M. et J. D. Wright, *The Death of Safe Harbours : Causes and Consequences*, p. 1205.

<sup>116</sup> Crane, D., *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, p. 99.

<sup>117</sup> Cela explique peut-être pourquoi les tribunaux américains ont créé la règle de légalité en soi pour certaines pratiques. Ces régimes de protection s'appliquent à un certain nombre d'accords (par ex., activité relevant des droits de propriété intellectuelle ; bien-fondé des accords de distribution exclusive ; contrats d'exclusivité de courte durée), aux pratiques unilatérales (par ex., fixation de prix supérieurs aux coûts de production ; refus de négociation unilatéraux et prix monopolistiques ; innovations et licences de brevets) et même au contrôle des fusions (notamment les concentrations qui entraînent une part de marché inférieure à 35 pour cent après la fusion). Edwards, Lindsey M. et J.D. Wright, *The Death of Safe Harbours : Causes and Consequences*, p. 1205-1206.

<sup>118</sup> Nous reprenons ici les exemples proposés par Edwards, Lindsey M. et J. D. Joshua, *The Death of Safe Harbours: Causes and Consequences*, qui citent quelques décisions confirmant ce régime de protection. Voir en particulier la note 87, p. 1215 ; la note 92, p. 1216 ; et la note 177, p. 1231.

<sup>119</sup> *Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.* 749 F.2d 380 (7<sup>e</sup> circuit 1984).

<sup>120</sup> *U.S. Healthcare, Inc. v. Healthsource, Inc.* 986 F.2d 589, 596 (1<sup>er</sup> circuit 1993).

<sup>121</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 c. Hyde* 466 U.S. 2 (1984).

<sup>122</sup> Edwards, Lindsey M. et J. D. Wright, *The Death of Safe Harbours : Causes and Consequences*, p. 1216.

<sup>123</sup> *United States v. Dentsply, Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 193-94 (3<sup>e</sup> circuit 2005).

<sup>124</sup> Edwards, Lindsey M. et J. D. Wright, *The Death of Safe Harbours : Causes and Consequences*, p. 1231-1233.

<sup>125</sup> Il existe également un certain nombre de règles sectorielles spécifiques – dans l'agriculture, le transport aérien, les assurances, les véhicules à moteur, les services postaux et les transports.

<sup>126</sup> Les accords verticaux rentrent ainsi dans le champ d'application des exemptions par catégories lorsque le vendeur et l'acheteur détiennent une part de marché inférieure à 30 % du marché sur lequel ils vendent et achètent respectivement les biens et services concernés. Cette disposition est généralement associée à une obligation supplémentaire imposant aux entreprises de ne pas se livrer à une restriction caractérisée. De Stefano G. (2010), « The new EU Vertical Restraints Regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions », *European Competition Law Review Issue* 12 487, p. 488.

<sup>127</sup> Voir, par exemple, les considérants 13 à 15 du Règlement (UE) N° 330/2010 et les paragraphes 74 à 78 des dernières Lignes directrices.

<sup>128</sup> Voir, par exemple, le § III.A.1.a des lignes directrices américaines sur les fusions de 1982 ; le § 2.211, 2.22 des lignes directrices sur les fusions de 1992 et le § 1 des lignes directrices sur les fusions de 2010. Dans l'Union européenne, voir le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel n° L 024, considérant 32 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (2004), Journal officiel n° C 031, para. 18 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (2008), Journal officiel C 265, para. 25.

<sup>129</sup> Pickford, M. et Qing Gong Yang (2011), « Safe Harbours in Merger Guidelines: What Should They Be? » *Australian Competition Review* 44(1) 13, p. 13.

<sup>130</sup> Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel de l'Union européenne, 2010, (L 102) 1.

<sup>131</sup> Voir *Joint comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law on The Japan Fair Trade Commission's draft revisions to the Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act*, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_salsil\\_2\\_0170509.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_salsil_2_0170509.authcheckdam.pdf).

<sup>132</sup> RBB Economics « Comments on proposed changes to EC Commission Guidelines on Vertical Restraints » (2009), p. 5, accessible sur [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/rbbeconomics\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/rbbeconomics_en.pdf) (consulté le 15 octobre 2017).

<sup>133</sup> Il semble que cela soit le point de vue des *Joint comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law on the proposal of the European Commission for a revised Block Exemption Regulation and Guidelines on supply and distribution agreements*. [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments\\_proposal-ec.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_proposal-ec.authcheckdam.pdf).

<sup>134</sup> Ce pouvoir est conféré par l'article 6 du Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel de l'Union européenne, 2010, (L 102) 1. Voir également le para. 79 des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

<sup>135</sup> Motta, M. et al., *Hardcore Restrictions under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View*.

<sup>136</sup> Peeperkom, Luc. « Defining “by object” restrictions » (2015) *Concurrences* 3-2015 40, p. 44.

## Références

- ABA Antitrust Section (1999), « The Rule of Reason 10 », *Monograph*, n° 23.
- ABA Antitrust Section conjointement avec la International Law Section (2017), « Joint Comments of the American Bar Association Section of antitrust law and section of international law on the Japan Fair Trade Commission's draft revisions to the Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act », voir :  
[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_salsil\\_20170509.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_salsil_20170509.authcheckdam.pdf).
- Ahlborn, C., D. Evans et J. Padilla (2004), « The Logic and Limits of the 'Exceptional Circumstances Test' in Magill and IMS Health », *Fordham International Law Journal*, vol. 28, n°4, p. 1109.
- Allen, R. (1994), « Burdens of Proof, Uncertainty and Ambiguity in Modern Legal Discourse », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, p. 627.
- Areeda, P. et H. Hovenkamp (2010), *Antitrust Law*, vol. 7, 3<sup>e</sup> édition.
- Baker, J. (2015), « Taking the Error Out of 'Error Cost' Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 1.
- Bailey, D. et R. Whish (2015), *Competition Law*, 8<sup>e</sup> édition, OUP.
- Bailey, D. (2010), « Presumptions in EU competition law », *European Competition Law Review*, vol. 31, n° 9, p. 362.
- Bailey, D. (2012), « Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU », *Common Market Law Review*, vol. 49, n° 2, p. 559.
- Bennett, M. et al. (2011), « Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy », *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n° 4, p. 1295.
- Bork, R. (1965), « The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division », *Yale Law Journal*, vol. 74, p. 775.
- Carrier, M. (1999), « The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect », *Brigham Young University Law Review*, p. 1265.
- Carrier, M. (2009), « The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21<sup>st</sup> Century », *George Mason Law Review*, vol. 16, n° 4, p. 827.
- Coase, R. (1937), « The Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, n° 16, p. 386.
- Coleman, J. (1991), « Rules and Social Facts », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, p. 703.

- Crane, D. (2007), « Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication », *Washington and Lee Law Review*, vol. 64, n° 1, p. 50.
- Christiansen, A. et W. Kerber (2006), « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of ‘Per Se Rules vs. Rule of Reason’ », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 2, n° 2, p. 215.
- Davis, K. (2006), « Law-Making in Small Jurisdictions », *University of Toronto Law Journal*, vol. 56, n° 3, p. 151.
- De Stefano, G. (2010), « The new EU Vertical Restraints Regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions », *European Competition Law Review Issue*, vol. 31, n° 12, p. 487.
- Easterbrook, F. (1992), « Ignorance and Antitrust » in Jorde, T.M., Teece, D.J. (dir. pub.), *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, vol. 26, n° 4, p. 119.
- Easterbrook, F. (1984), « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63, n° 1.
- Edwards, L. et J. Wright (2016), « The Death of Safe Harbours: Causes and Consequences », *George Mason Law Review*, vol. 23, n° 5, p. 1205.
- Evans, D. et J. Padilla (2005), « Designing Antitrust Rules for ‘Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach’ », *University of Chicago Law Review*, vol. 72.
- Fisher, J. (2001), « Can Post-Chicago Economics Survive Daubert », *Akron Law Review*, vol. 34, p. 795.
- Fundakowski, D. (2013), « The Rule of Reason: From Balancing to Burden Shifting », *Perspectives in Antitrust*, vol. 1, n° 2, p. 1.
- Gavil, A. (2008), « Burden of Proof in US Antitrust Laws », *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, p. 125.
- Gavil, A. (2007), « The Challenges of Economic Proof in a Decentralized and Privatized European Competition Policy System: Lessons from the American Experience », *Journal of Competition and Law Economics*, vol. 4, n° 1, p. 177.
- Global Competition Review (2017), « The Asia-Pacific Antitrust Review 2017 – Korea: Overview », voir : <http://globalcompetitionreview.com/benchmarking/the-asia-pacific-antitrust-review-2017/1138986/korea-overview>.
- Hovenkamp, H. (2008), *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution* (Harvard).
- Hovenkamp, H. et C. Shapiro (2017), « Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof », University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper 17/42.



- Kobayashi, B. (1997), « Game Theory and Antitrust: A Post-Mortem », *George Mason Law Review*, vol. 5, n° 3, p. 411.
- Joskow, P. (2002), « Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies », *Journal of Law Economics & Organisation*, vol. 18, n° 1, p. 95.
- Joskow, P. et A. Klevorick (1979), « A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy », *Yale Law Journal*, vol. 89, n° 2, p. 213.
- Kaplow, L. (1992), « Rules Versus Standards: An Economic Analysis », *Duke Law Journal*, vol. 42, n° 3, p. 557.
- Kovacic, W. et A. Jones (2017), « Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework », *Antitrust Bulletin*, vol. 62, n° 2, p. 254.
- Lemley, M. et C. Leslie (2008), « Categorical analysis in antitrust jurisprudence », *Iowa Law Review*, vol. 93, p. 1207.
- Lopatka, J. et W. Page (2005), « Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases », *Cornell Law Review*, vol. 90, p. 617.
- McNaughton, J. (1955), « Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion », *Harvard Law Review*, vol. 68, n° 8, p. 1382.
- Motta, M. et al. (2009), « Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view », voir : [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore\\_restrictions\\_under\\_BER.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf).
- O'Brien, D. (2008), « The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems », *Konkurrensverket*.
- OCDE (2013), Roundtable on vertical restraints for on-line sales, DAF/COMP(2013)13.
- OCDE (2008), Roundtable on Resale Price Maintenance, DAF/COMP(2008)37.
- Paton, G. (1972), *A Textbook of Jurisprudence*, 4<sup>e</sup> édition, OUP.
- Peeperkorn, L. (2015), « Defining 'by object' restrictions », *Concurrences*, n° 3-2015, p. 40.
- Pickford, M. et Q.G. Yang (2011), « Safe Harbours in Merger Guidelines: What Should They Be? », *Australian Competition Review*, vol. 44, n° 1, p. 13.
- Posner, R. (2001), *Antitrust Law*, 2<sup>e</sup> édition, University of Chicago Press.
- Posner, R. (1981), « The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality », *University of Chicago Law Review*, vol. 48, n° 1, p. 6.
- Posner, R. (1973), « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *Journal of Legal Studies*, vol. 2, n°2, p. 399.

- Posner, R. et I. Ehrlich (1974), « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », *Journal of Legal Studies*, vol. 3, p. 257.
- Pound, R. (1933), « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law », *Tulane Law Review*, vol. 7, n° 4, p. 475.
- RBB Economics (2009), « Comments on proposed changes to EC Commission Guidelines on Vertical Restraints », [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/rbbeconomics\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/rbbeconomics_en.pdf).
- Reindl, A. (2011), « Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach », *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n° 4.
- Ritter, C. (2017), « Presumptions in EU Competition Law » (consulté le 10 juillet 2017), voir : <https://ssrn.com/abstract=2999638>.
- Salop, S. (2015), « The Evolution and Vitality of Merger Presumptions: A Decision Theoretic Approach », *Antitrust Law Journal*, vol. 80.
- Schäfer, H. (2006), « Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries », *Supreme Court Economic Review*, vol. 14, p. 113.
- Schauer, F. (1993), *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-making in Law and Life*, OUP.
- Volpin, C. (2014), « The ball is in your court: Evidential burden of proof and the proof-proximity principle in EU competition law », *Common Market Law Review*, vol. 51, n° 4, p. 1159.
- Wilkinson, III H. (1992), « Toward a Jurisprudence of Presumptions », *New York University Law Review*, vol. 67, n° 5, p. 907.
- Winston, M. (1990), « Tying, Foreclosure and Exclusion », *American Economic Review*, vol. 80, n° 4, p. 837.

## Jurisprudence

### UE

- Affaire 85/76 *Homan La Roche v. Commission* ECLI:EU:C:1979:36
- Affaire C-41/90 *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECLI:EU:C:1991:161
- Affaire C-62/86 *AKZO v. Commission des communautés européennes* ECLI:EU:C:1991:286
- Affaire C-49/92 P *Commission v. Anic Partecipazioni SpA* ECLI:EU:C:1999:356
- Affaire C-199/92 P *Hüls v. Commission* ECLI:EU:T:1992:31
- Affaire C-235/92 P *Montecatini v. Commission* ECLI:EU:C:1999:362
- Affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6
- Affaire T-168/01 *GlaxoSmithKline* ECLI:EU:T:2006:265
- Affaire C-105/04 P, *Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission* ECLI:EU:C:2006:592
- Affaire T-271/03 *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:T:2006:163
- Affaire T-303/02 *Westfalen Gassen*, ECLI:EU:T:2006:374
- Affaire C-8/08, *T-Mobile* ECLI:EU:C:2009:110
- Affaire C-439/09 *Pierre Fabre* ECLI:EU:C:2011:649
- Affaire C-32/11 *Allianz Hungária*, ECLI:EU:C:2012:663
- Affaire C-455/11 P *Solvay*, ECLI:EU:C:2013:796
- Affaire C-449/11 P *Solvay Solexis*, ECLI:EU:C:2013:802
- Affaire C-67/13 P *Cartes Bancaires* ECLI:EU:C:2014:2204
- Affaire C-597/13 *Total* [2015] ECLI:EU:C:2015:613
- Affaire T-472/13 *Lundbeck*, ECLI:EU:T:2016:449
- Affaire C-162/15 P *Evonik Degussa* ECLI:EU:C:2017:205

### États-Unis

- Dr Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911)
- Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918)
- United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963)
- Topco Assocs., Inc. v. United States*, 405 U.S. 596 (1972)
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1977)

*United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978)  
*California Dental Association v. FTC* 526 U.S. 679 (1978)  
*Arizona v. Maricopa County Medical Society* 457 U.S. 332 (1982)  
*Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984).  
*Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752 (1984)  
*Century Oil Tool, Inc. v. Prod. Specialties, Inc.*, 737 F.2d 1316 (5<sup>e</sup> circuit, 1984)  
*Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.* 749 F.2d 380 (7<sup>e</sup> circuit, 1984)  
*Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985)  
*Novatel Commc 'ns, Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc.*, No. C85-2674A, 1986 WL 798475 (N.D. Ga. 23 décembre 1986)  
*Directory Sales Mgmt. Corp. v. Ohio Bell Tel. Co.*, 833 F.2d 606, 611 (6<sup>e</sup> circuit, 1987)  
*Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987)  
*Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.* 485 U.S. 717 (1988)  
*Airlines, Inc.*, 969 F.2d 211 (6e Cir. 1992)  
*Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp* 509 U.S. 209 (1993)  
*U.S. Healthcare, Inc. v. Healthsource, Inc.* 986 F.2d 589 (1<sup>er</sup> circuit, 1993)  
*Bell Atl. Bus. Sys. Servs. v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 849 F. Supp. 702 (N.D. Cal. 1994)  
*D'Last Corp. v. Ugent*, 863 F. Supp. 763 (N.D. Ill. 1994)  
*Orson, Inc. v. Miramax Film Corp.* 79 F.3d 1358 (3<sup>e</sup> circuit, 1996)  
*State Oil v. Khan* 522 U.S. 3 (1997)  
*Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio* 475 U.S. 574 (1986)  
*MindGames, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652 (7<sup>e</sup> circuit, 2000)  
*Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 131 (3<sup>e</sup> circuit, 2001)  
*US v. VISA* 344 F.3d.229 (2<sup>e</sup> circuit, 2003)  
*Verizon Communications v. Law Offices of Curtis Trinko* 540 U.S. 398 (2004)  
*United States v. Dentsply, Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181 (3<sup>e</sup> Cir. 2005)  
*Spirit Airlines, Inc. v. Nw. Airlines, Inc.*, 431 F.3d 917 (6e Cir. 2005)  
*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)  
*Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 127 S.Ct 1955 (2007)  
*Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc* 555 U.S. 438 (2009)  
*American Needle, Inc. v. NFL* 560 U.S. 183 (2010)