

MESURES PROVISOIRES DANS LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE

Table ronde de l'OCDE sur la politique de la concurrence :
Note de référence

Merci de citer comme suit : OCDE (2022), *Mesures provisoires dans les enquêtes de concurrence*, Note de référence de la table ronde de l'OCDE sur la politique de la concurrence, www.oecd.org/fr/daf/concurrence/mesures-provisoires-dans-les-enquetes-de-concurrence.htm.

Ce document a été initialement publié sur O.N.E. en tant que document non classifié sous le code de référence : DAF/COMP/WP3(2022)1.

Crédits photo : Couverture © FabrikaCr | Getty Images

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

© OCDE 2022

Avant-propos

Cette note s'intéresse à la façon dont les mesures provisoires sont appliquées dans le cadre des enquêtes portant sur des pratiques anticoncurrentielles ainsi qu'à leurs implications pour la politique de la concurrence.

Elle identifie les normes juridiques et les principes fondamentaux à respecter pour imposer des mesures provisoires. Cette note se penche également sur l'incidence majeure de certaines règles de procédure sur cet outil d'application du droit.

Elle aborde ensuite plusieurs considérations de politique publique qui interviennent dans le choix d'adopter ce type de mesures, en commençant par identifier les théories du préjudice et caractéristiques du marché qui peuvent permettre de prendre des mesures provisoires plus adaptées ou plus efficaces. Sont ensuite examinés les différents intérêts et coûts associés aux mesures provisoires, ainsi que la façon dont le réexamen juridictionnel influe sur ces considérations.

Enfin, elle évoque les interactions entre les mesures provisoires et d'autres outils d'application du droit, ainsi que la portée et les avantages de la coopération internationale.

Elle conclut que les mesures provisoires peuvent constituer un outil puissant pour améliorer l'efficacité de l'application du droit et préserver la concurrence le temps de l'enquête, mais que leur utilisation doit être envisagée avec précaution, dans l'objectif d'atténuer les risques de faux positif et de faux négatif tout en préservant le droit à une procédure régulière.

La présente note a été établie par Matteo Giangaspero de la Division de la concurrence de l'OCDE, avec les commentaires et contributions d'Ori Schwartz, d'Antonio Capobianco, de Sabine Zigeliski et de Paulo Burnier da Silveira, également de la Division de la concurrence de l'OCDE. Thaianie Abreu, de la Division de la concurrence de l'OCDE, a contribué aux travaux de recherche.

Cette note a été préparée en tant que note de référence pour la discussion sur les « Mesures provisoires dans les enquêtes de concurrence » qui s'est tenue lors de la session de juin 2022 du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi du Comité de la concurrence de l'OCDE, <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/mesures-provisaires-dans-les-enquetes-de-concurrence.htm>.

Les opinions exprimées et les arguments employés ici sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou de ses pays Membres.

Table des matières

Avant-propos	3
1 Introduction	6
2 Les mesures provisoires dans les juridictions	8
2.1. Le pouvoir d'adopter des mesures provisoires	8
2.2. Domaines d'application	10
3 Principaux critères applicables aux mesures provisoires	12
3.1. Conditions juridiques	12
3.1.1. La probabilité d'une infraction	13
3.1.2. L'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable	13
3.2. Principes généraux applicables à la conception des mesures conservatoires	15
3.2.1. Caractère temporaire, réversible et adaptable	15
3.2.2. Effets immédiats et applicabilité	15
3.2.3. Proportionnalité	16
3.3. L'impact des règles de procédure sur les mesures provisoires	16
3.3.1. D'office ou suite à une plainte	16
3.3.2. Stade de l'enquête	17
3.3.3. Garanties procédurales	18
4 Considérations de politique publique pour des mesures provisoires efficaces	19
4.1. Théories du préjudice et marchés sur lesquels les mesures provisoires peuvent être efficaces	19
4.2. Les mesures provisoires en temps de crise	22
4.3. Mise en balance des intérêts et des coûts	23
4.4. Réexamen juridictionnel	25
4.5. L'interaction des mesures provisoires avec les engagements et les mesures correctives	26
4.6. Mesures provisoires et initiatives réglementaires sur les marchés numériques	27
4.7. Coopération internationale	28
5 Conclusion	29
Notes de fin	30
Références	38

Encadrés

Encadré 1. La Recommandation du Réseau européen de la concurrence sur les mesures provisoires et la Directive ECN+	9
Encadré 2. Les mesures provisoires dans les affaires relevant du droit de la concurrence et le rôle des tribunaux	10
Encadré 3. Les règles applicables aux injonctions préliminaires aux États-Unis	12
Encadré 4. Les mesures provisoires dans les enquêtes sur les marchés numériques : exemples choisis	20
Encadré 5. Exemples de mesures provisoires pendant la pandémie de Covid-19	22
Encadré 6. Un modèle économique pour les mesures provisoires	24
Encadré 7. La réforme proposée au Royaume-Uni	25
Encadré 8. La proposition de législation sur les marchés numériques de l'UE	28

1 Introduction

Les mesures provisoires sont des mesures prises par une autorité publique ou un tribunal dans un but de protection ou de correction, c'est-à-dire en tant que remède temporaire dans l'attente du règlement d'une affaire. De manière générale, leur utilisation ne se limite pas aux circonstances exceptionnelles. Elles supposent généralement que deux conditions essentielles soient réunies : la probabilité de succès sur le fond (*fumus boni iuris*) et l'urgence à prévenir un préjudice (*periculum in mora*).

Aux fins de la présente note de référence, les mesures provisoires sont des mesures temporaires qui peuvent être adoptées le temps d'une enquête portant sur des infractions potentielles au droit de la concurrence.¹ Leur objectif principal est d'empêcher une atteinte à la concurrence qui est susceptible de se produire avant qu'une décision soit prise sur le fond. Les mesures provisoires ne sont toutefois pas l'apanage du droit de la concurrence. Elles peuvent intervenir dans d'autres domaines du droit, comme les contentieux et arbitrages en matière civile et commerciale, ou dans les domaines de la propriété intellectuelle et de la protection des consommateurs. Les régulateurs sectoriels (comme les autorités de réglementation des marchés financiers, de la banque ou des assurances) sont également dotés de pouvoirs leur permettant d'imposer directement ou de requérir des mesures provisoires.

Il est relativement complexe de garantir l'utilisation optimale de ce puissant outil dans le contexte de l'application du droit de la concurrence. D'un côté, les mesures provisoires peuvent présenter un intérêt majeur pour les actes d'enquête des autorités de la concurrence. Dans un sous-ensemble d'affaires, elles pourraient constituer un moyen d'assurer l'efficacité de mesures d'application du droit et de préserver la concurrence au cours d'une enquête. D'un autre côté, les mesures provisoires peuvent être très intrusives et entraîner, lorsqu'elles sont utilisées à mauvaise escient ou de manière excessive, un préjudice grave pour la concurrence et, à terme, pour le consommateur. C'est donc un outil à employer avec précaution.

Alors qu'elles font partie de l'arsenal de mesures à la disposition de nombreuses autorités de la concurrence depuis des décennies, elles soulèvent depuis quelques années des préoccupations quant à l'efficacité de leur mise en œuvre et la durée des enquêtes, notamment sur les marchés qui évoluent rapidement, ce qui a relancé le débat sur l'utilisation optimale de cet outil.² Les voix qui se sont élevées en faveur d'un recours accru aux mesures provisoires concernent principalement les enquêtes sur des abus potentiels de position dominante.

Des réformes ont été proposées dans plusieurs juridictions. Elles s'orientent dans deux directions : (1) conférer aux autorités de la concurrence des pouvoirs supplémentaires pour imposer des mesures provisoires, notamment sur les marchés numériques ; et (2) modifier (assouplir) les conditions juridiques ou optimiser les procédures pour accélérer l'adoption de mesures provisoires.

Cette note de référence s'appuie sur des travaux antérieurs du Comité de la concurrence de l'OCDE. Un certain nombre de tables rondes ont été consacrées à des thèmes qui ont trait à ce sujet. Dernièrement, l'OCDE a ainsi organisé des tables rondes sur *L'abus de position dominante sur les marchés numériques* (OCDE, 2020^[1]), *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique* (OCDE, 2020^[2]), *Les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence* (OCDE, 2016^[3]), et *L'équité procédurale : les questions de transparence dans les procédures d'exécution civiles et administratives* (OCDE, 2010^[4]).

Cette note se concentre sur l'utilisation de mesures provisoires dans le cadre d'enquêtes portant sur le droit de la concurrence, et plus particulièrement sur les abus de position dominante et les accords anticoncurrentiels. Elle ne traite pas des mesures provisoires prises dans le cadre du contrôle des concentrations et d'autres procédures des autorités de la concurrence (comme les autorisations provisoires d'accords de coopération, le cas échéant). Tout en reconnaissant le rôle central des tribunaux, ce document ne s'attarde pas sur les règles du réexamen juridictionnel des décisions de mesures provisoires ; il ne couvre pas non plus les ordonnances provisoires prises par les tribunaux à l'encontre de décisions des autorités de la concurrence ou dans des contentieux privés. Cette note de référence s'articule comme suit.

- La **section 2** est consacrée aux pouvoirs permettant d'imposer des mesures provisoires et aux domaines dans lesquels elles interviennent.
- La **section 3** décrit les principes clés, les conditions juridiques et les règles procédurales applicables aux mesures provisoires.
- La **section 4** s'intéresse aux considérations de politique publique prises en compte lors de l'adoption de mesures provisoires, à l'impact du réexamen juridictionnel, ainsi qu'aux interactions entre les mesures provisoires et les autres outils d'application du droit.
- La **section 5** formule une conclusion.

2 Les mesures provisoires dans les juridictions

Cette section offre un aperçu du rôle des mesures provisoires dans les régimes juridiques de la concurrence. Elle s'intéresse aux pouvoirs directs ou indirects dont disposent les autorités de la concurrence pour appliquer des mesures provisoires. Elle identifie ensuite les domaines dans lesquels des mesures provisoires sont le plus susceptibles d'être appliquées.

2.1. Le pouvoir d'adopter des mesures provisoires

Diverses mesures provisoires peuvent être imposées au cours d'une enquête relevant du droit de la concurrence. Alors que certaines juridictions laissent une large liberté d'appréciation quant au type de mesures qui peuvent être adoptées, dans d'autres, les pouvoirs sont plus limités. Les mesures provisoires peuvent être classées dans deux grandes catégories selon qu'elles prennent la forme d'obligations de faire (injonctions positives) ou d'obligations de ne pas faire (injonctions négatives, ou ordonnances de cesser et s'abstenir). Aux États-Unis par exemple, les mesures provisoires visent le plus souvent à maintenir le *statu quo*, tant dans le contexte du contrôle des fusions que dans celui des pratiques anticoncurrentielles.³

De nombreuses autorités de la concurrence sont investies du pouvoir d'imposer directement (et unilatéralement) des mesures provisoires. Le pouvoir d'imposer des mesures provisoires peut ne pas découler d'une base juridique explicite mais être implicitement lié aux pouvoirs de l'autorité visant à éviter que la décision finale soit privée d'efficacité.⁴

Alors que les mesures provisoires figurent parmi les prérogatives de nombreuses autorités de la concurrence depuis des décennies, pour certaines, ce pouvoir a été introduit plus récemment. La Recommandation de 2013 du RCE *sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires*⁵ et la Directive ECN+ de 2019⁶ ont contribué à étendre ce pouvoir (voir Encadré 1). Depuis, les mesures provisoires font partie intégrante des outils d'application du droit de la concurrence au niveau de l'Union européenne (UE) (Burnside et Kidane, 2018, p. 6[5]).⁷

Encadré 1. La Recommandation du Réseau européen de la concurrence sur les mesures provisoires et la Directive ECN+

La Recommandation du RCE sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires

En 2013, le réseau européen de la concurrence, formé par les autorités nationales de la concurrence de l'UE et la Commission européenne, a adopté une recommandation sur les mesures provisoires pour « assurer une mise en œuvre effective des règles de concurrence de l'UE ». Elle reconnaît que les mesures provisoires constituent un outil important pour (1) veiller à ce qu'aucun préjudice irréparable ne puisse être causé tant qu'une enquête est en cours ; et (2) éviter que le pouvoir de prendre une décision sur le fond ne soit privé d'effet.

Plusieurs principes sont recommandés, dont (1) une base juridique claire ; (2) des conditions communes (minimales) ; (3) des mesures proportionnées et temporaires assorties d'une durée effective ; (4) des procédures souples et efficaces ; et (5) la garantie d'un respect effectif des mesures.

La Directive ECN+

En décembre 2018, le Parlement européen a adopté la Directive ECN+ qui a pour principal objet de renforcer les pouvoirs des autorités nationales de la concurrence et de garantir une application plus efficace des règles de concurrence de l'Union.

Elle stipule dans son article 11 que les « Les États membres veillent à ce qu'au moins dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités nationales de concurrence soient habilitées à agir de leur propre initiative, pour ordonner, par voie de décision sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction [...] l'imposition de mesures provisoires. » Elle dispose également que « Cette décision est proportionnée et s'applique, soit pour une durée déterminée, qui peut être renouvelée dans la mesure où cela est nécessaire et opportun, soit jusqu'à ce que la décision définitive soit prise ». Enfin, « Les États membres veillent à ce que la légalité, y compris la proportionnalité, des mesures provisoires [...] puisse être réexaminée dans le cadre de procédures de recours accélérées ».

La Directive ECN+ prévoit également que, dans un délai de deux ans à compter de la date de transposition (à savoir février 2021), la Commission européenne analyse « s'il est possible de simplifier l'adoption des mesures provisoires » pour permettre aux autorités de concurrence « de faire face plus efficacement aux évolutions rapides des marchés ».

Source : https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_interim_measures_09122013_en.pdf ; et <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>.

Cette convergence au niveau de l'UE ne se retrouve pas nécessairement dans les autres juridictions. Dans certains pays, comme en Israël, en Lituanie,⁸ au Japon et aux États-Unis,⁹ les autorités de la concurrence ne sont pas habilitées à imposer directement des mesures provisoires, bien qu'elles puissent les requérir auprès des tribunaux. En outre, dans quelques juridictions qui réservent le pouvoir d'imposer des mesures provisoires aux tribunaux, les autorités de la concurrence peuvent ne pas avoir la possibilité d'en faire la demande, ce droit étant réservé aux plaignants. C'est par exemple le cas en Afrique du Sud, où le pouvoir d'imposer des mesures provisoires est réservé au tribunal compétent (qui est le Tribunal de la concurrence), et où seuls les plaignants disposent du droit de les requérir, ce qui exclut l'autorité de la concurrence (Lianos et Ivanov, 2019, p. 419₍₆₎).¹⁰

Encadré 2. Les mesures provisoires dans les affaires relevant du droit de la concurrence et le rôle des tribunaux

Dans la plupart des juridictions, les tribunaux ont le pouvoir d'examiner les décisions des autorités de la concurrence, y compris lorsqu'elles portent sur des mesures provisoires. Dans certaines, ils sont également habilités à adopter des mesures provisoires à la demande de l'autorité de la concurrence.

Le rôle des tribunaux dans les mesures provisoires est toutefois beaucoup plus large. Il convient de noter que, dans l'attente de l'examen d'un recours, les tribunaux peuvent imposer des mesures provisoires qui vont à l'encontre de la décision de l'autorité de la concurrence. Ils peuvent par exemple prendre des ordonnances qui suspendent totalement ou partiellement les effets (1) de décisions sur le fond (amendes comprises), (2) de demandes d'information, (3) de décisions en matière de confidentialité, et (4) de décisions concernant des mesures provisoires, qui ont pour conséquence d'octroyer un sursis à l'exécution d'autres mesures provisoires.

Enfin, dans la plupart des juridictions, les tribunaux peuvent imposer des mesures provisoires dans des contentieux privés.

Source : (OCDE, 2010^[4])

Enfin, dans certains cas (comme aux États-Unis), les mesures provisoires peuvent également découler d'un accord amiable entre l'autorité de la concurrence et les parties visées par l'enquête, ces dernières consentant à ne pas se livrer à des pratiques qui compromettraient les effets de mesures correctives (potentielles) qui pourraient être imposées.¹¹

2.2. Domaines d'application

Même lorsque les autorités de la concurrence ont le pouvoir d'imposer des mesures provisoires, les cas dans lesquels elles sont appliquées varient considérablement entre les juridictions.¹² Ces disparités sont généralement le reflet de divergences sur le plan des conditions juridiques (voir section 3.1), des règles de procédure (voir section 3.3) et des règles de réexamen juridictionnel (voir section 4.4).

L'application de mesures provisoires dans les affaires d'abus de position dominante se retrouve dans de nombreuses juridictions (comme l'Argentine, la Belgique, le Brésil, la Croatie, l'UE, la Finlande, la France, la Grèce, l'Inde, l'Italie, le Luxembourg, la Pologne, le Portugal, la Turquie et le Royaume-Uni). Dans ce contexte, elles sont principalement adoptées pour des refus de fourniture,¹³ des accords d'exclusivité et l'application de prix d'éviction. Des mesures provisoires ont également été imposées lors d'enquêtes portant sur des accords potentiellement anticoncurrentiels, en particulier des accords verticaux et des décisions d'associations d'entreprises visant à contrôler les prix ou à limiter l'offre. En outre, des autorités de la concurrence ont adopté des mesures provisoires suite à l'expiration d'engagements imposés antérieurement pour pallier des risques de vide juridique.¹⁴

Enfin, des mesures provisoires peuvent être imposées dans le domaine du contrôle des fusions. Le recours à des mesures provisoires est plus fréquent dans les régimes de contrôle *ex post* et de notification spontanée afin de préserver la concurrence le temps d'évaluer l'impact de l'opération.¹⁵ Toutefois, dans les régimes de contrôle *ex ante* et de notification obligatoire, des mesures provisoires peuvent également être imposées pour assurer l'exécution effective de l'obligation de suspension (pour prévenir des manquements à cette obligation).¹⁶ Dans certains cas exceptionnels, des mesures provisoires peuvent permettre de lever l'obligation de suspension. Le domaine du contrôle des fusions peut donner lieu à

d'autres scénarios de mesures provisoires, comme (1) les actions contre la violation d'un « jugement d'expédient » (comme aux États-Unis) ou de mesures correctives imposées (2) pour les mesures correctives reposant sur des cessions, les ordonnances de séparation des actifs ou la désignation de mandataires de contrôle pour veiller à ce que les actifs ne soient pas détériorés avant la cession ; et (3) une requête émanant de l'autorité de la concurrence tendant à faire prononcer par un tribunal des mesures conservatoires pour interdire la réalisation d'une fusion jusqu'à ce que le tribunal ait la possibilité de tenir une audience plus complète sur l'affaire (OCDE, 2010, pp. 473-475^[4]).

3 Principaux critères applicables aux mesures provisoires

Cette section présente les conditions juridiques et les grands principes applicables aux mesures provisoires. Elle analyse dans un premier temps les deux conditions largement acceptées que sont la probabilité d'une infraction et l'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable, et l'impact de l'interprétation de ces conditions (et des critères de preuve qui leur sont respectivement applicables) sur la justification et l'éventualité de mesures provisoires. Elle s'intéresse ensuite aux principes clés qui s'appliquent à la conception des mesures provisoires. Enfin, elle étudie les différentes règles de procédure qui jouent un rôle essentiel dans l'utilisation de cet outil d'application du droit.

3.1. Conditions juridiques

Les autorités de la concurrence sont soumises à différentes règles de droit et de preuve lorsqu'elles adoptent ou requièrent des mesures provisoires. Si ces règles varient suivant les juridictions, la plupart reposent sur des conditions similaires.¹⁷ L'adoption de mesures provisoires suppose généralement que deux conditions soient réunies : la probabilité d'une infraction (*fumus boni iuris*) (voir section 3.1.1) et l'urgence à prévenir un préjudice (*periculum in mora*) (voir section 3.1.2). Ces conditions suggèrent l'existence d'un lien logique entre les mesures provisoires et la procédure sur le fond (Arnaudo, 2016^[7]).

Encadré 3. Les règles applicables aux injonctions préliminaires aux États-Unis

La possibilité de recourir à des injonctions préliminaires est prévue dans les contentieux fédéraux, mais elles ne sont pas soumises à des critères uniformes par les règles fédérales américaines.

Les tribunaux retiennent généralement quatre critères : (1) la probabilité de succès sur le fond ; (2) la menace de préjudice irréparable ; (3) la mise en balance des préjudices (dans un souci de respect de l'équité, c'est-à-dire en se demandant si le préjudice potentiel est supérieur à celui que subira le défendeur si l'injonction est délivrée) ; et (4) la protection de l'intérêt général.

Toutefois, l'articulation de ces critères diffère en fonction des tribunaux, et leur application peut varier suivant que l'espèce concerne une application du droit d'origine administrative ou un contentieux privé. Par exemple, dans les affaires portant sur l'application d'une règle de concurrence fédérale par un organe administratif, les tribunaux peuvent retenir une présomption d'intérêt général. Certains tribunaux recherchent également si l'injonction préliminaire aura pour effet de préserver le *statu quo*.

Source : (Denlow, 2003^[8] ; OCDE, 2010, pp. 473-475^[4])

Alors que les deux conditions sont cumulatives, en pratique, un arbitrage peut être opéré en fonction de l'espèce (Schweitzer, 2020, p. 46^[9]). En cas d'urgence extrême par exemple, ou si l'ampleur du préjudice potentiel est particulièrement importante, les autorités de la concurrence (et les tribunaux) peuvent se

montrer plus souples quant au critère de probabilité de l'infraction. Inversement, plus l'infraction paraît constituée *prima facie*, plus le seuil de l'urgence à prévenir un préjudice pourra être bas.¹⁸ En pratique, ce point a son importance.

La façon dont ces conditions sont interprétées (et les règles de preuve qui leur sont respectivement applicables) ont un impact sur la probabilité que les autorités de la concurrence imposent des mesures provisoires (et sur leur motivation à le faire).¹⁹ De manière générale, plus ces conditions sont strictement interprétées, plus les mesures provisoires seront exceptionnelles. À l'inverse, une interprétation souple des critères aura tendance à traduire une plus faible aversion au risque, et une préférence pour les faux positifs plutôt que les faux négatifs.²⁰ Enfin, dans les juridictions dans lesquelles la jurisprudence sur les mesures provisoires est limitée, les critères sont plus incertains.

3.1.1. La probabilité d'une infraction

Dans la plupart des juridictions, la première condition de l'adoption de mesures provisoires est la nécessité d'établir la probabilité de l'infraction (*fumus boni iuris*). Il n'est donc en principe pas nécessaire de démontrer clairement une violation du droit de la concurrence.

Le caractère seulement « probable » de l'infraction tient au fait que les autorités de la concurrence ne disposent pas de la totalité des informations, et que celles qui sont disponibles au moment où elles agissent peuvent différer de celles qui le seront à l'issue de l'enquête, (Caminade, Chapsal et Penglase, 2020^[10]) ainsi qu'à ses différents stades. La nature provisoire des constatations devrait être exposée clairement dans les décisions d'adoption de mesures provisoires, notamment à la lumière du droit des parties à une procédure régulière ainsi que du contrôle juridictionnel (Art, 2015^[11] ; Tremolada, 2021, p. 609^[12]).

En principe, cette condition ne s'applique pas uniquement au comportement qui fait l'objet d'une enquête et s'étend à d'autres éléments de l'analyse qui reposent sur une évaluation *prima facie* comme la détermination du marché, les parts de marché et la position dominante,

Le niveau de probabilité semble varier suivant les juridictions. Ces disparités résultent de règles de preuve différentes qui, pourrait-on dire, peuvent aller au-delà des constatations *prima facie*. Par exemple, suivant le niveau de probabilité exigé, l'adoption de mesures provisoires peut nécessiter une évaluation des effets probables sur la concurrence du comportement anticoncurrentiel allégué ;²¹ cet exercice peut se révéler particulièrement complexe lorsque les mesures provisoires sont envisagées à un stade précoce de l'enquête ou qu'elles visent un comportement qui n'est pas encore pleinement mis en œuvre.²² En outre, lorsque le niveau de probabilité requis est élevé, les inefficiences potentielles ou les justifications objectives peuvent devoir être prises en compte dans l'évaluation globale.²³

3.1.2. L'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable

La seconde condition pour prendre des mesures provisoires est l'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable.²⁴

L'« urgence » désigne pour l'essentiel le fait que le préjudice se produit actuellement ou est imminent. La démonstration d'un préjudice prévisible dans le futur (proche) et d'un niveau adéquat de probabilité devrait être considérée comme suffisante pour satisfaire le critère de l'urgence.²⁵ Les considérations d'urgence sont également étroitement liées aux procédures applicables. Pour commencer, une procédure qui s'annonce longue avant la décision sur le fond peut constituer un indice clair de l'urgence à agir. Ensuite, si les mesures provisoires sont adoptées après des procédures de longue haleine, les parties visées par l'enquête pourraient arguer qu'il n'y a pas de réelle urgence (Ruiz Feases, 2020, p. 415^[13]).

Le « préjudice grave et irréparable » implique que le comportement cause (lien de causalité) un préjudice qui ne peut être réparé ou inversé de manière adéquate par la décision sur le fond. En d'autres termes, la

décision sur le fond (ou le jugement définitif dans un système judiciaire) serait privée d'effet. De manière générale, pour apporter la preuve d'un préjudice grave et irréparable, il conviendrait de démontrer que des concurrents ont déjà clairement planifié de sortir du marché ou pris des mesures en ce sens, et qu'une nouvelle entrée sur le marché pourrait se révéler particulièrement difficile au vu d'exemples antérieurs dans le secteur ou pour des raisons, par exemple, d'économies d'échelle (Kadar, 2021, p. 449_[14]).²⁶ En ce qui concerne le préjudice grave et irréparable, les juridictions divergent sur deux points principaux (Steenbergen, 2017_[15]):

Caractère irréparable contre caractère irréversible du préjudice

En règle générale, dans les juridictions qui soumettent les mesures provisoires à un critère d'irréparabilité, le préjudice causé par le comportement visé par l'enquête ne doit pas pouvoir faire l'objet d'une réparation, même financière. Dans les juridictions qui se fondent sur un critère d'irréversibilité, il suffit pour pouvoir imposer des mesures provisoires de démontrer qu'il ne serait pas possible de revenir au *statu quo* antérieur sur le marché.²⁷

Une interprétation stricte de l'irréparabilité exigerait qu'il n'y ait aucune possibilité d'obtenir des dommages et intérêts, même dans le cadre d'une action ultérieure (Ruiz Feases, 2020, p. 417_[13]). Toutefois, cette interprétation pourrait s'appliquer uniquement aux juridictions (voir ci-dessous) dans lesquelles l'évaluation du préjudice est fortement axée sur des concurrents ou des tiers. En d'autres termes, lorsque l'évaluation porte sur les modifications irrémédiables des conditions du marché, des mesures provisoires devraient être envisageables même lorsque le préjudice subi par des parties spécifiques est susceptible d'être réparé par des actions en dommages et intérêts.

Préjudice pour la concurrence contre préjudice pour certaines parties intéressées

Dans certaines juridictions, pour que des mesures provisoires soient applicables, il faudra démontrer un préjudice pour la concurrence (et, à terme, pour les consommateurs) résultant de modifications irrémédiables du marché (comme la sortie²⁸ ou la marginalisation de concurrents, et un choix réduit pour les consommateurs), tandis que dans d'autres, il suffira de prendre en considération les préjudices causés à des entreprises données, par exemple des concurrents, ou à d'autres tiers intéressés (fournisseurs ou consommateurs par exemple)²⁹.

Une politique qui fait le choix de n'évaluer que le préjudice pour la concurrence semble accorder clairement la priorité à la sauvegarde de l'intérêt général (Giosa, 2020_[16]).³⁰ D'un côté, le risque de faux positif pourrait en être atténué. Mais d'un autre côté, cela peut conduire à adopter moins fréquemment des mesures provisoires et à les réserver à un stade avancé de l'enquête (Steenbergen, 2017_[15]).

En outre, démontrer un impact général sur le marché plutôt que sur un concurrent donné (ou des consommateurs/fournisseurs) peut se révéler plus fastidieux.³¹ Il est possible de s'interroger sur la mesure dans laquelle le préjudice pour la concurrence peut être déduit de la preuve d'un préjudice pour les concurrents (O'Donoghue et Padilla, 2020_[17]). À cet égard, le fait qu'il suffise d'apporter la preuve du préjudice à un concurrent n'implique pas nécessairement un glissement de l'objectif du droit de la concurrence de la protection des consommateurs et de la concurrence au sens large à celle des concurrents étant donné que, notamment aux premiers stades de l'enquête, la preuve d'un préjudice pour un concurrent spécifique peut présager d'un problème plus large sur le marché (Ruiz Feases, 2020, pp. 422-423_[13]).

Enfin, certaines juridictions prennent en considération les deux types de préjudice. Ainsi, le Royaume-Uni prévoit la double possibilité de démontrer que des mesures provisoires sont nécessaires soit pour prévenir un dommage significatif à une personne ou à une catégorie de personnes, soit pour protéger « l'intérêt général », c'est-à-dire un secteur ou des consommateurs en particulier, ou la concurrence en général. La France a fait le choix d'un test similaire, l'autorité de la concurrence pouvant imposer des mesures

provisoires si le comportement est susceptible de porter atteinte à l'intérêt des entreprises plaignantes, des consommateurs ou du secteur intéressé, ou à l'économie en général.³² En théorie, ce type de test prévoyant plusieurs possibilités offre davantage de marge pour intervenir par le biais de mesures provisoires (Ruiz Feases, 2020, p. 423_[13]).³³

3.2. Principes généraux applicables à la conception des mesures conservatoires

Au vu de leurs effets potentiels, outre les conditions exposées ci-dessus, plusieurs grands principes devraient présider à la conception des mesures conservatoires.³⁴

3.2.1. Caractère temporaire, réversible et adaptable

Les mesures provisoires peuvent s'analyser en des mesures correctives de nature temporaire dans la mesure où elles produisent leurs effets dans l'attente de la résolution d'une affaire sur le fond.³⁵ La durée des mesures provisoires peut être fondée sur différents critères, comme le délai estimé pour prendre la décision sur le fond, ou les conditions spécifiques du marché (à savoir le temps nécessaire pour laisser « souffler » les concurrents). Dans certaines juridictions, comme en Allemagne,³⁶ le droit de la concurrence fixe une durée maximale. De la même manière, en Afrique du Sud, si l'audience n'est pas intervenue dans un délai de six mois à compter de l'ordonnance provisoire, le Tribunal de la concurrence peut prolonger cette dernière de six mois.³⁷ Dans d'autres pays, comme au Brésil, les mesures provisoires ne sont pas limitées dans le temps et peuvent donc s'appliquer pendant toute la durée de la procédure administrative.

La pertinence de la nature temporaire peut être limitée en pratique étant donné que, dans de nombreuses juridictions, les mesures provisoires sont renouvelables.³⁸ La possibilité de renouveler des mesures provisoires est essentielle à leur efficacité, notamment lorsque la nécessité d'empêcher un dommage grave et irréparable persiste.³⁹ Le renouvellement ne devrait pas être automatique, et devrait être soumis à une réévaluation.

Dans de nombreuses juridictions, les mesures provisoires doivent en outre être réversibles.⁴⁰ Cette condition ne facilite pas l'application de mesures provisoires telles que les cessions d'actifs. Par conséquent, même si la loi n'interdit pas d'imposer ce type de mesures, il est plus probable que les mesures provisoires adoptées soient de nature comportementale (O'Donoghue et Padilla, 2020_[17]).⁴¹ Ensuite, la condition de réversibilité peut être plus facile à satisfaire en pratique (1) lorsque les mesures provisoires se limitent au maintien du *statu quo* ou (2) lorsque la pratique anticoncurrentielle alléguée résulte d'une relation contractuelle entre des acteurs économiques et que, par conséquent, les mesures provisoires ne s'appliquent qu'aux contrats futurs ou visent à suspendre l'application des clauses à première vue anticoncurrentielles de contrats en cours.

Enfin, des mesures provisoires peuvent être adaptées par la suite sur la base de nouvelles informations révélées au cours de l'enquête et/ou en raison d'évolutions du marché.⁴² Ce point a son importance pour assurer l'efficacité continue de cet outil.

3.2.2. Effets immédiats et applicabilité

Les mesures provisoires étant imposées dans des situations d'urgence, elles requièrent généralement une mise en œuvre immédiate (ou dans un délai très limité). L'immédiateté de la mise en œuvre peut souffrir des exceptions lorsque les destinataires des mesures provisoires disposent d'un droit de recours contre la décision qui les a imposées et obtiennent du tribunal une ordonnance provisoire suspendant leurs effets.

Pour que cet outil puisse être utilisé efficacement, il est impératif d'assurer le respect des décisions de mesures provisoires. La soumission périodique de rapports par les destinataires des mesures facilite souvent le suivi assuré par les autorités de la concurrence.⁴³ Les obligations liées à ces rapports devraient

être détaillées dans les décisions qui imposent les mesures. Un suivi est également essentiel aux fins du renouvellement ou de la modification des mesures (Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 602^[18]).

Le droit de la concurrence prévoit souvent les conséquences, généralement des sanctions pécuniaires, d'une violation/du non-respect des décisions imposant des mesures provisoires.⁴⁴ Le pouvoir d'imposer des astreintes en cas de retard dans l'application des mesures peut également avoir un effet dissuasif important, ces retards pouvant alors être particulièrement lourds de conséquences. Cependant, dans certaines juridictions, l'autorité de la concurrence ne dispose pas du pouvoir d'imposer directement des sanctions et doit adresser une requête en ce sens à un tribunal.

3.2.3. Proportionnalité

Le principe de proportionnalité s'applique généralement à tout type de mesures, et donc aux mesures provisoires.

Premièrement, l'ampleur des mesures provisoires va dépendre des éléments de preuve disponibles au stade de l'enquête en question. À cet égard, Schweitzer (2020^[9]) précise que les mesures provisoires devraient être conçues avec davantage de prudence lorsque ces éléments sont moins complets.

Deuxièmement, l'évaluation de l'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable devrait tenir compte de principes de proportionnalité (Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 606^[18]) et déterminer les marchés sur lesquels il est urgent d'intervenir plutôt que d'imposer des mesures couvrant le champ de l'enquête dans son ensemble.⁴⁵ Les mesures provisoires ont donc souvent une portée plus réduite que les préoccupations identifiées ou ne s'appliquent qu'à certains accords ou pratiques à première vue anticoncurrentiels qui font l'objet de l'enquête. Autrement dit, à la lumière de ce principe, il est possible d'avancer que les mesures provisoires ne devraient pas excéder les mesures correctives qu'imposerait une autorité de la concurrence dans sa décision finale.⁴⁶

Enfin, le principe de proportionnalité, associé à celui de la réversibilité (voir ci-dessus), peut favoriser l'adoption, par l'intermédiaire des mesures provisoires, de mesures correctives comportementales plutôt que de mesures pour lesquelles il est plus difficile de revenir en arrière (comme les cessions d'actifs). De surcroît, le principe de proportionnalité peut être plus simple à satisfaire en pratique lorsque les autorités de la concurrence imposent des mesures « passives », c'est-à-dire qui ne requièrent pas une forme active de comportement de la part des destinataires. Quoi qu'il en soit, ces principes ne supposent pas nécessairement que les mesures provisoires soient strictement limitées à la préservation du *statu quo* (Schweitzer, 2020, p. 48^[9] ; Arnaudo, 2016, p. 5^[7]).

3.3. L'impact des règles de procédure sur les mesures provisoires

L'adoption de mesures provisoires par les autorités de la concurrence est soumise à des règles de procédure. Ces règles varient selon les juridictions et peuvent avoir un impact sur la propension à envisager ce type de mesures.

3.3.1. D'office ou suite à une plainte

Parmi les juridictions dans lesquelles les autorités de la concurrence ont le pouvoir d'imposer directement des mesures provisoires, une première distinction peut être opérée entre les régimes qui confèrent aux autorités le pouvoir d'imposer des mesures provisoires (1) d'office uniquement, c'est-à-dire qui excluent l'adoption de mesures à la demande d'un plaignant (comme l'UE⁴⁷ et l'Allemagne⁴⁸) ; ou (2) d'office et sur demande (comme en France⁴⁹, au Portugal, en Espagne ou au Royaume-Uni). Ces deux systèmes ont des implications importantes du point de vue de l'action publique. Ceci étant dit, même dans les juridictions qui peuvent seulement agir d'office, les parties ont toujours la possibilité de faire part de leurs préoccupations aux autorités de la concurrence (éléments de preuve à l'appui), ce qui peut déclencher

une intervention d'urgence par la voie de mesures provisoires. L'autorité n'a toutefois aucune obligation de rejeter formellement les demandes tendant à l'adoption de mesures provisoires (Arnaudo, 2016, p. 12^[7]).

Le pouvoir d'agir d'office peut largement contribuer à renforcer l'efficacité de cet outil⁵⁰, les autorités de la concurrence ayant alors l'avantage de pouvoir imposer des mesures provisoires sans même être saisies d'une plainte formelle.

Toutefois, les autorités de la concurrence qui peuvent seulement agir d'office peuvent être confrontées à des difficultés pratiques, comme un processus de réunion des preuves plus long (en raison d'un nombre important de demandes d'informations). Cela suggère qu'en pratique, les régimes qui permettent uniquement d'agir d'office ont pour effet de réduire les cas dans lesquels des mesures provisoires sont prises.⁵¹ Ce type de système tend également à indiquer une prise en compte réduite des intérêts (et préjudices) privés (Arnaudo, 2016, p. 10^[7]).

De surcroît, même dans les juridictions qui ne permettent pas d'adresser des plaintes aux autorités de la concurrence, les parties peuvent généralement requérir des mesures provisoires dans un contentieux privé. Les tribunaux et les autorités de la concurrence ne constituent toutefois pas des substituts parfaits aux plaignants. Premièrement, les frais judiciaires liés aux contentieux (ainsi qu'aux éventuelles demandes reconventionnelles ou obligations de verser une caution) peuvent être beaucoup plus élevés. Deuxièmement, il peut exister des disparités dans l'application des critères juridiques entre les autorités de la concurrence et les tribunaux, ces derniers étant souvent plus centrés sur le préjudice du plaignant que sur l'atteinte à la concurrence.⁵²

Les régimes juridiques prévoyant la possibilité pour les autorités de la concurrence d'imposer des mesures provisoires à la demande de plaignants incitent à l'utilisation de cet outil. Les statistiques au niveau de l'EEE indiquent que, entre 2015 et avril 2020, 70 % des mesures provisoires ont été adoptées à la suite d'une plainte.⁵³ La possibilité d'introduire une plainte en vue d'obtenir des mesures provisoires peut également inciter au *forum shopping* (« course aux tribunaux ») (Art, 2015, p. 61^[11]), et notamment à privilégier les juridictions dont la jurisprudence indique qu'il existe une probabilité d'obtenir gain de cause, avec un impact possible sur les plaintes au fond. Les plaignants peuvent également être influencés par la motivation première de l'autorité de la concurrence lorsqu'elle impose des mesures provisoires, à savoir empêcher une atteinte à la concurrence, ou un préjudice pour les parties intéressées (voir section 3.1.2).

Dans les régimes fondés sur des plaintes, l'examen de ces dernières peut exposer les autorités de la concurrence à des coûts administratifs supplémentaires, notamment lorsqu'elles sont tenues de les rejeter formellement et que le refus d'adopter des mesures provisoires peut faire l'objet d'un recours judiciaire. Les autorités de la concurrence devraient également veiller à empêcher le détournement de cet outil exceptionnel par des rivaux. Pour atténuer ce risque, certaines juridictions imposent que la plainte contre une mesure provisoire soit assortie d'une plainte au fond, appuyée par des éléments de preuve suffisants.

Enfin, dans la plupart de ces juridictions, les parties peuvent introduire des plaintes visant au prononcé de mesures provisoires à la fois auprès de l'autorité de la concurrence et des tribunaux. Bien qu'elles puissent généralement utiliser ces deux options parallèlement, comme indiqué précédemment, les tribunaux ont tendance à se concentrer sur le préjudice causé au plaignant, tandis que les autorités de la concurrence adoptent le plus souvent une approche basée sur une théorie du préjudice plus large. Le champ de l'analyse peut donc différer entre les tribunaux et les autorités de concurrence.

3.3.2. Stade de l'enquête

Les mesures provisoires sont généralement imposées dans le cadre d'une enquête. Une distinction peut être opérée entre les juridictions dans lesquelles les mesures provisoires peuvent être imposées avant même l'ouverture d'une enquête officielle, et celles qui nécessitent l'ouverture d'une telle enquête. Ces différences procédurales peuvent avoir des incidences importantes sur la propension de l'autorité de la

concurrence à imposer des mesures provisoires, et sur la satisfaction du critère du constat *prima facie* d'une infraction et du critère d'urgence.

Dans certains cas, la condition préalable d'une procédure formelle peut nuire à l'efficacité des mesures provisoires, étant donné que le marché peut déjà avoir subi des changements irréversibles.⁵⁴ Cependant, l'ouverture d'une enquête officielle peut constituer une étape essentielle en déclenchant des garanties procédurales (voir section 3.3.3). Elle peut également fournir un cadre bien délimité en définissant, par exemple, le marché de référence et les éléments *prima facie* à prendre en compte pour les mesures provisoires. En pratique, la différence peut être plus négligeable lorsque la décision d'adopter des mesures provisoires intervient rapidement après l'ouverture de l'enquête officielle.

Lorsqu'une enquête officielle est nécessaire, dans certains cas, des mesures provisoires peuvent être imposées dès son ouverture ; dans d'autres, ces décisions requièrent de retenir des charges formelles (par le biais d'une communication des griefs).

L'adoption de mesures provisoires dans les enquêtes bien avancées ne peut être exclue étant donné que la dynamique d'un secteur peut évoluer au cours des enquêtes (qui peuvent s'étaler sur plusieurs années) et requérir des mesures provisoires qui n'avaient pas été imposées à un stade plus précoce (Art, 2015^[11]).

3.3.3. Garanties procédurales

Les mesures provisoires peuvent constituer une « exception » au principe de la présomption d'innocence (Kadar, 2021, p. 451^[14]), en particulier lorsque l'autorité de la concurrence a le pouvoir de les imposer directement et que la décision est prise par le même organe administratif que celui qui évaluera le fond de l'affaire. Toutefois, ces préoccupations sont largement compensées par trois éléments : (1) la soumission des mesures provisoires à des règles de droit et de preuve rigoureuses (voir section 3), (2) la possibilité de former un recours contre les décisions imposant des mesures provisoires (et, dans la plupart des cas, de requérir une ordonnance de suspension) (voir section 4.4), et (3) des garanties procédurales.

Sur ce dernier point, l'adoption de mesures provisoires requiert en effet de mettre en balance la nécessité d'une procédure accélérée pour agir en urgence (et efficacement) afin de prévenir un préjudice grave et irréparable, et celle de respecter les droits de la défense des parties impliquées. Les procédures en matière de mesures provisoires sont généralement assorties de garanties essentielles pour préserver ces droits. Par exemple, pour pouvoir imposer des mesures provisoires, la Commission européenne est tenue de procéder à la communication des griefs, de permettre au destinataire d'y répondre,⁵⁵ de garantir l'accès au dossier,⁵⁶ et d'auditionner la partie concernée (si elle en fait la demande), même si les délais sont plus courts que dans la procédure principale. D'autres juridictions ont fait le choix d'une procédure plus rapide.⁵⁷ Au Portugal, l'autorité de la concurrence peut prononcer des mesures provisoires (au moins transitoires) *inaudita altera parte* (sans entendre l'autre partie).⁵⁸ De manière similaire, dans les enquêtes relevant du droit de la concurrence, l'Italie prévoit deux procédures pour l'adoption de mesures provisoires, qui diffèrent essentiellement par la possibilité ou non pour les parties concernées de faire valoir leurs observations quant aux allégations. La procédure *inaudita altera parte* est réservée aux cas d'urgence extrême. Lorsque les mesures provisoires sont prises lors d'une procédure *inaudita altera parte*, elles sont de nature transitoire et soumises à confirmation après la réponse des parties aux griefs.⁵⁹

Si les droits procéduraux revêtent une importance incontestable pour un outil aussi intrusif que les mesures provisoires, il ne faut pas oublier que la lourdeur des procédures influe sur la décision des autorités de la concurrence de consacrer ou non des moyens substantiels à l'adoption de telles mesures. C'est d'autant plus vrai pour les affaires complexes et qui mobilisent d'importantes ressources, lorsque l'enquête est déjà bien avancée, ou que l'on peut craindre que la procédure liée aux mesures provisoires retarde l'enquête principale. De plus, la longueur des procédures peut encore réduire la propension des parties intéressées à requérir l'utilisation de cet outil par la voie de l'action publique, notamment si la procédure est beaucoup plus rapide devant les tribunaux que devant l'autorité de la concurrence.

4

Considérations de politique publique pour des mesures provisoires efficaces

La section 3 décrit les conditions juridiques, les principes clés et les règles de procédure applicables aux mesures provisoires dans les enquêtes relevant du droit de la concurrence. Cette section va au-delà des cadres juridiques pour s'intéresser aux considérations de politique publique qui interviennent dans l'adoption de mesures provisoires. Elle identifie dans un premier temps des théories du préjudice et caractéristiques du marché qui peuvent permettre de prendre des mesures provisoires plus adaptées ou plus efficaces. Dans un second temps, elle se penche sur les divers intérêts et coûts associés aux mesures provisoires. Elle analyse ensuite l'influence qu'exerce le réexamen juridictionnel sur ces considérations. Puis, elle expose les interactions des mesures provisoires avec d'autres outils d'application du droit. Enfin, elle s'intéresse à la portée et aux avantages de la coopération internationale dans ce contexte.

4.1. Théories du préjudice et marchés sur lesquels les mesures provisoires peuvent être efficaces

Au vu de leur caractère exceptionnel et de leurs effets potentiels, les mesures provisoires ne sont en principe applicables que dans un sous-ensemble d'affaires.

La condition *prima facie* (voir section 3.1.1) peut suggérer que les affaires basées sur des théories du préjudice bien établies (et non contestées) se prêtent davantage aux mesures provisoires. C'est encore plus vrai dans les juridictions dans lesquelles : (1) les décisions imposant des mesures provisoires sont soumises à des critères de preuve rigoureux (Mantzari, 2020^[19]) ; (2) les tribunaux exercent un réexamen juridictionnel strict et sont plus disposés à suspendre ou à annuler ce type de décisions (voir section 4.4) ; et 3) les autorités de la concurrence sont particulièrement soucieuses d'éviter les faux positifs.

Cependant, l'application de mesures provisoires à de nouvelles formes de comportements, notamment sur les marchés numériques (comme décrit plus avant ci-dessous) peut comporter plusieurs avantages de taille. Premièrement, lorsque les tribunaux contrôlent des mesures provisoires, la charge de la preuve peut être allégée par rapport aux décisions sur le fond (voir section 4.4), et les tribunaux peuvent fournir des orientations sur de nouvelles théories du préjudice qui peuvent être utiles au-delà de l'espèce examinée. Deuxièmement, comme nous le verrons ci-dessous, les mesures provisoires peuvent également favoriser le recours à des solutions négociées et ainsi soulager les autorités qui n'ont plus à satisfaire certains critères (plus) stricts pour ces affaires.

Les mesures provisoires peuvent également être particulièrement appropriées dans les enquêtes portant sur des produits ou des services dont les caractéristiques incitent les entreprises à se livrer concurrence pour remporter l'ensemble d'un marché plutôt que seulement des parts de celui-ci (concurrence pour le marché) (OCDE, 2019^[20]), étant donné l'ampleur des préjudices irréparables que de telles pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de causer. Les marchés d'appels d'offres en font partie, notamment

ceux qui sont caractérisés par des éléments d'exclusivité, où l'entrée est plus difficile et les atteintes à la concurrence plus probables, ainsi que les marchés qui évoluent rapidement et sont sensibles au basculement (Mantzari, 2020, p. 494^[19] ; Tremolada, 2021, p. 598^[12]).⁶⁰ Les mesures provisoires peuvent aussi se montrer particulièrement efficaces sur les marchés (1) sur lesquels les économies d'échelle sont très importantes, et où la persistance du comportement visé par l'enquête rendrait très difficile pour les concurrents de s'opposer à une entreprise dominante et compromettrait le retour à la situation antérieure du marché ; et (2) sur lesquels les acteurs du marché doivent planifier leurs stratégies commerciales très tôt.

Ces dernières années, de plus en plus de voix se sont élevées en faveur d'un recours plus fréquent et plus précoce aux mesures provisoires sur les marchés numériques (OCDE, 2020, p. 58^[21] ; Digital Competition Expert Panel, 2019, pp. 14, 104^[22]) (Digital Competition Expert Panel, 2019, p. 14; 104^[22] ; Lianos et Ivanov, 2019, p. 40^[6]), en particulier dans les affaires complexes, lorsque le marché est susceptible de basculer avant qu'une décision puisse intervenir sur le fond. La question de savoir si les règles juridiques, de preuve et de procédure applicables aux mesures provisoires devraient être modifiées, au moins pour les marchés spécifiques qui sont davantage susceptibles de basculer, fait également débat.⁶¹

Comme l'illustrent les exemples de l'Encadré 4, des mesures provisoires ont été envisagées ou imposées dans un certain nombre d'enquêtes récentes dans le domaine de la concurrence sur les marchés numériques.

Encadré 4. Les mesures provisoires dans les enquêtes sur les marchés numériques : exemples choisis

Brésil

En 2021, la CADE (Administrative Council for Economic Defense) a reçu deux plaintes contre iFood (une application de livraison de repas) visant des pratiques considérées comme abusives et liées à l'utilisation de contrats d'exclusivité avec des restaurants et bars, qui avaient pour conséquence d'exclure des concurrents. Par des mesures provisoires, la CADE a fait interdiction à iFood de signer de nouveaux contrats comportant des clauses d'exclusivité et de modifier les contrats en cours qui ne comportaient pas de clause d'exclusivité.

France

Entre 2019 et 2021, l'Autorité de la concurrence française a imposé des mesures provisoires à Google dans trois affaires. Deux d'entre elles faisaient suite à des plaintes concernant la plateforme publicitaire AdWords de Google (aujourd'hui Google Ads). Amadeus et Navx, deux entreprises qui utilisaient AdWords pour promouvoir leurs services, se sont plaintes auprès de l'Autorité de la concurrence de suspensions soudaines et discriminatoires de leurs relations commerciales avec la plateforme AdWords. Dans ces deux affaires, l'Autorité a enjoint à Google de clarifier les règles d'AdWords et de réexaminer la situation d'Amadeus et de Navx à la lumière des règles clarifiées. Dans la troisième affaire, des éditeurs et agences de presse ont saisi l'Autorité au motif que la mise en œuvre par Google de la nouvelle loi sur le droit d'auteur constituait un abus de position dominante. Les plaignantes ont notamment fait valoir que Google avait décidé unilatéralement que ses services n'afficheraient plus les extraits de presse, sauf à ce que les éditeurs lui donnent l'autorisation d'utiliser leurs contenus à titre gratuit. L'Autorité a pris des mesures provisoires enjoignant à Google de négocier de bonne foi la reprise et la rémunération de ces contenus. Par la suite, l'Autorité a infligé à Google une amende pour non-respect de ces mesures provisoires.

Japon

En 2020, la Japan Fair Trade Commission (JFTC) a saisi le Tribunal du district de Tokyo d'une requête tendant à l'adoption en urgence d'injonctions contre Rakuten. L'entreprise de commerce électronique et de vente au détail en ligne offrait un programme « Shipping Inclusive Program Measures » dispensant tous les marchands de Rakuten de collecter des frais de livraison auprès des clients. Rakuten a expliqué que, en raison de la pandémie de COVID-19, elle laissait le choix aux détaillants de participer ou non au programme. La JFTC s'est donc désistée de sa demande d'injonctions en urgence.

Afrique du Sud

En 2002, GovChat, une plateforme de messagerie développée par le gouvernement pour communiquer avec les citoyens sur la pandémie de COVID-19 et les aides sociales d'urgence, a introduit une plainte contre Facebook (aujourd'hui Meta). Selon GovChat, ce service avait été menacé d'éviction de l'application de messagerie payante WhatsApp Business. Par conséquent, parallèlement à l'affaire en cours devant la Commission de la concurrence, GovChat a introduit une demande urgente auprès du Tribunal de la concurrence d'Afrique du Sud afin que des mesures provisoires soient prises à l'encontre de Facebook pour lui interdire d'évincer GovChat de WhatsApp. Le tribunal a enjoint à Facebook de ne pas supprimer GovChat de la plateforme WhatsApp. Il a également ordonné à GovChat de ne pas étendre ses services ni d'ajouter des clients par le biais de la plateforme WhatsApp.

Turquie

En 2021, l'Autorité de la concurrence turque a ouvert d'office une enquête pour abus de position dominante contre Facebook/WhatsApp et imposé des mesures provisoires au motif que WhatsApp avait modifié ses conditions d'utilisation et sa politique de confidentialité afin que ses utilisateurs partagent des données avec d'autres sociétés de Facebook. La mesure provisoire a suspendu la mise en œuvre de la politique modifiée de WhatsApp et requis la communication par cette dernière de la suspension à tous ses utilisateurs.

Source :

<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impede-ifood-de-celebrar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes>;
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/related-rights-autorite-has-granted-requests-urgent-interim-measures-presented-press>;
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/31-january-2019-online-advertising-directory-enquiry-services-0>;
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/autorite-de-la-concurrence-ordonne-google-de-mettre-en-oeuvre-de-maniere>;
<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/February/200228.html>;
<https://www.comptrib.co.za/open-file?FileId=52581>;
<https://www.comptrib.co.za/Content/CaseFiles/1202/8800001-2021-01-22-GovChat-Interim-Arrangement-MediaRelease.html>

Parmi les arguments en faveur d'une utilisation plus intensive des mesures provisoires figure le fait que, dans les affaires impliquant les marchés numériques, il peut être plus simple de satisfaire le critère d'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable (voir section 3.1.2), et ce pour trois raisons majeures. La première est qu'un comportement anticoncurrentiel sur les marchés numériques peut engendrer un préjudice plus important (grave) en raison des caractéristiques susmentionnées de ces marchés (Tremolada, 2021, p. 600^[12]). La deuxième est que l'asymétrie en ce qui concerne l'ampleur des deux préjudices potentiels (pour la concurrence et pour la/les partie(s) incriminées) dans l'attente d'une enquête pourrait être aggravée. En d'autres termes, de petits changements sur les marchés auront probablement un impact réduit sur les grands acteurs mais pourront affecter irrémédiablement des petits concurrents ou de nouveaux venus (en provoquant leur sortie du marché) (Caminade, Chapsal et Penglase, 2020, p. 452^[10]). Enfin, la troisième raison tient au fait que l'urgence peut être plus facile à démontrer étant donné que l'irréversibilité du préjudice est plus manifeste sur les marchés numériques dynamiques, avec des effets de réseaux (Mantzari, 2020, p. 495^[19] ; Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 609^[18])

Quoi qu'il en soit, les rapides évolutions technologiques (et commerciales) auxquelles sont soumis les marchés numériques ajoutent à la complexité et accroissent les asymétries d'information entre les parties qui font l'objet d'une enquête et les autorités qui envisagent des mesures provisoires. Ainsi, en particulier sur les marchés numériques sans contrepartie financière, il peut être difficile de quantifier le préjudice probable lié à une qualité moindre ou à une diminution de l'innovation (OCDE, 2018^[23] ; OCDE, 2013^[24]). De surcroît, le risque d'engendrer des faux positifs (et les coûts qui y sont liés) et, à terme, de « choisir les gagnants » (ceux qui remportent la totalité ou la majeure partie du marché) peut être plus élevé (Mantzari, 2020, p. 495^[19]), et l'adoption à tort de mesures provisoires contre des grands acteurs peut entraîner un préjudice agrégé considérable pour les consommateurs.⁶² Ceci étant dit, la possibilité d'adapter les mesures provisoires par la suite (voir section 3.2.1) pourrait atténuer ces préoccupations. Les informations supplémentaires fournies par les parties intéressées peuvent aider à modifier les mesures imposées précédemment et réduire le manque d'informations sur les marchés numériques (Cordeiro et al., 2021, p. 200^[25]).

4.2. Les mesures provisoires en temps de crise

Le recours à des mesures provisoires par les autorités de la concurrence peut être intéressant sur les marchés qui connaissent des évolutions rapides en raison d'une crise ou d'un choc économique afin d'éviter un préjudice irréparable pour la concurrence. En temps de crise en particulier, d'ici à ce qu'une décision soit prise sur le fond, la structure du marché peut radicalement changer et des concurrents peuvent être évincés du marché (OCDE, 2020^[2]) si rien n'est fait en temps opportun pour pallier ces conséquences. Dans ce contexte, l'efficacité des mesures provisoires est encore plus tributaire de la rapidité avec laquelle les autorités de la concurrence peuvent intervenir, dans le respect des règles juridiques et procédurales.

La crise du Covid-19 aurait pu être l'occasion d'accentuer le recours aux mesures provisoires (Costa-Cabral et al., 2020, pp. 11-13^[26]). Pendant la crise, quelques autorités ont pris des mesures pour empêcher qu'un comportement anticoncurrentiel, tel qu'une hausse drastique des prix ou des accords de non-sollicitation, ne cause un préjudice grave et irréparable. Des mesures provisoires ont également été adoptées pour remédier à l'incertitude quant à la façon dont les marchés évolueraient, ce qui a fortement compliqué les consultations sur les engagements proposés.

Encadré 5. Exemples de mesures provisoires pendant la pandémie de Covid-19

Portugal – Ligue de football portugaise

En mai 2020, l'autorité portugaise de la concurrence a pris des mesures provisoires à l'encontre de la ligue de football portugaise et lui a enjoint de suspendre immédiatement un accord interdisant de solliciter ou de recruter des joueurs de football qui avaient mis fin unilatéralement à leur contrat (accord de non-sollicitation). L'accord se fondait sur des circonstances liées à la pandémie de Covid-19. Il visait en particulier à pallier le risque que des joueurs mettent fin à leur contrat de travail en réaction aux baisses de salaires et à la prolongation de la saison professionnelle qui avaient été décidées pour limiter l'impact du Covid-19 sur les clubs de football. L'accord de non-sollicitation aurait eu des conséquences immédiates pour les joueurs lors de la « fenêtre de transferts » à venir.

En avril 2022, l'autorité portugaise de la concurrence a prononcé une décision finale constatant l'infraction et imposé une amende totale de près de 11.3 millions EUR.

Royaume-Uni – Accord Atlantic Joint Business

En septembre 2020, la Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume-Uni a pris des mesures provisoires qui ont prolongé de trois ans certaines conditions des engagements négociés entre les parties (à savoir American Airlines et International Consolidated Airlines Group) et la Commission européenne en 2010. L'adoption de ces mesures résultait du fait que la CMA ne pouvait clôturer son enquête avant l'expiration de divers accords en raison de l'incertitude que faisait peser la pandémie de Covid-19 sur le secteur de l'aviation, ce qui aurait entraîné un « vide juridique ».

En avril 2022, en raison de la persistance de l'impact de la crise du COVID-19 sur le secteur de l'aviation et d'une reprise plus longue que prévu, les mesures provisoires de 2020 ont été prolongées jusque mars 2026.

Source :

<https://www.concorrenca.pt/index.php/en/articles/covid-19-adc-imposes-interim-measure-portuguese-football-league-suspends-no-poach>;

<https://www.concorrenca.pt/index.php/en/articles/adc-issues-sanctioning-decision-anticompetitive-agreement-labor-market-first-time>

<https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-of-the-atlantic-joint-business-agreement>

Malgré quelques initiatives efficaces et prises en temps utile, les mesures provisoires sont restées un outil exceptionnel, et leur utilisation n'a pas augmenté de manière significative.

4.3. Mise en balance des intérêts et des coûts

Les mesures provisoires requièrent de se livrer à un exercice de pondération dans l'objectif d'atténuer le risque de faux positifs (erreurs de type I), qui constitue la préoccupation principale si elles sont largement imposées en raison d'une sur-application du droit, et le risque de faux négatifs (ou erreurs de type II), qui se rencontre surtout avec les approches plus conservatrices des mesures provisoires qui conduisent à une sous-application.

Pour cet exercice de pondération, deux aspects fondamentaux doivent être pris en considération. Ces aspects sont liés aux conditions juridiques (voir section 3.1). Premièrement, il faut se pencher sur la probabilité que la conduite incriminée soit anticoncurrentielle. Deuxièmement, et c'est le point le plus important aux fins de cet exercice de mise en balance, il convient d'évaluer l'ampleur du préjudice irréparable en tenant compte non seulement du préjudice pour la concurrence (ou les concurrents/tiers) si des mesures provisoires ne sont pas prises, mais également du préjudice, tant commercial que pour la réputation, que des mesures provisoires imposées (à tort) pourrait causer aux destinataires des mesures, même si la loi peut ne pas le requérir expressément (Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 602^[18] ; Caminade, Chapsal et Penglase, 2020^[10]).⁶³ L'une des importantes considérations de politique publique qui entre en jeu est la question de savoir si la pondération doit se faire entre l'intérêt général représenté par la préservation de la concurrence et le préjudice « privé » que peuvent entraîner les mesures provisoires pour les parties visées par l'enquête, ou s'il faut également tenir compte du préjudice que pourraient causer les mesures provisoires plus largement à l'environnement concurrentiel.

Encadré 6. Un modèle économique pour les mesures provisoires

Caminade, Chapsal et Penglase ont développé un modèle économique pour guider les autorités de la concurrence dans leur décision lorsqu'elles envisagent d'adopter des mesures provisoires. Il repose sur plusieurs paramètres clés :

- Des mesures provisoires peuvent être envisagées lorsque le préjudice irréparable présumé pour les consommateurs (ou le plaignant) qui se produirait en l'absence de mesures provisoires est supérieur au préjudice irréparable présumé pour les consommateurs (ou le défendeur) si des mesures provisoires sont imposées à tort.
- La balance penche en faveur de mesures provisoires si (1) la probabilité que le comportement sera jugé anticoncurrentiel est élevée ; et (2) il existe une asymétrie entre les préjudices, avec un préjudice de type II plus élevé que celui de type I.
- L'évolution à la hausse de ces deux préjudices peut ne pas être identique au cours de l'enquête et donc modifier cet équilibre, par exemple si la probabilité d'un basculement du marché ou d'une sortie de concurrents augmente substantiellement au fil du temps.
- Les autorités de la concurrence devraient disposer d'un seuil minimal pour évaluer la probabilité qu'une pratique soit anticoncurrentielle afin d'éviter d'imposer des mesures lorsque l'ampleur du préjudice irréparable est importante, mais que les éléments issus du constat *prima facie* sont faibles.

Source : (Caminade, Chapsal et Penglase, 2020^[10])

En outre, l'application comme la non-application de mesures provisoires ont un coût.

Il s'agit en premier lieu des coûts administratifs (supplémentaires) résultant d'une charge de travail plus lourde liée à l'enquête et à la conception des mesures provisoires appropriées. La longueur des procédures et les garanties procédurales ont un impact évident sur ces coûts. Ces éléments peuvent expliquer que certaines juridictions soient réticentes à utiliser cet outil.⁶⁴ Le suivi, direct ou indirect, des mesures provisoires entraîne également des coûts administratifs. Les contentieux engagés suite à une décision imposant des mesures provisoires peuvent en outre accroître fortement ces coûts. Toutefois, bien que cela ne soit peut-être pas le cas dans toutes les juridictions, les parties peuvent être moins disposées à contester ce type de décisions en raison de leur nature provisoire et de leur modification possible (Cordeiro et al., 2021, p. 204^[25]). Enfin, lorsqu'une décision qui a imposé des mesures provisoires est infirmée, l'exposition aux dépens (et au paiement de dommages et intérêts⁶⁵) peut faire naître des préoccupations similaires à celles suscitées par des erreurs de jugement sur le fond (Ruiz Feases, 2020, p. 411^[13]).

Deuxièmement, les mesures provisoires comportent des coûts (et des avantages) pour la réputation des autorités de la concurrence. Sur ce point, certains auteurs avancent que ces dernières pourraient préférer ne pas imposer de mesures provisoires dans des affaires qui l'exigeraient parce que le coût pour leur réputation semble moins important qu'en imposant des mesures provisoires à tort, ces coûts étant asymétriques (ils ne surviennent que si des mesures provisoires sont prises) (Caminade, Chapsal et Penglase, 2020, p. 449^[10]). Ceci étant dit, les mesures provisoires peuvent également avoir des retombées positives pour la réputation, notamment lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une suspension et qu'elles sont, à terme, confirmées par les tribunaux. Il peut être particulièrement utile pour les responsables de l'application du droit de dresser un historique des mesures provisoires qui ont fait leurs preuves, car cela peut dissuader de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles et accélérer la résolution d'affaires qui soulèvent des préoccupations (voir section 4.5).

4.4. Réexamen juridictionnel

Dans les juridictions qui habilitent les autorités de la concurrence à imposer directement des mesures provisoires, ces décisions sont généralement susceptibles de recours. La possibilité de réexamen est d'autant plus courante dans les juridictions dans lesquelles seuls les tribunaux peuvent ordonner des mesures provisoires, même si le champ du recours peut être plus restreint.⁶⁶

Un réexamen juridictionnel effectif et en temps opportun peut contribuer à l'équité procédurale dans l'application du droit de la concurrence, et en particulier préserver les droits de la défense.⁶⁷ Le périmètre du réexamen des mesures provisoires fait toutefois débat, principalement parce que les critères retenus influent sur les décisions des autorités de la concurrence d'adopter ou non des mesures provisoires, et peuvent avoir une incidence sur leur aversion au risque.⁶⁸

Lorsque les décisions imposant des mesures provisoires sont soumises à un réexamen complet de la part des tribunaux ou que ces derniers jouissent d'un large pouvoir d'appréciation, les autorités de la concurrence peuvent avoir à (1) consacrer des moyens importants à la constitution d'un dossier solide ou afin d'anticiper les réponses à des arguments qui pourraient être soulevés à l'appui d'un recours devant les tribunaux (Art, 2015, p. 66_[11]) ; et (2) consacrer des moyens importants au contentieux, ce qui peut encore retarder l'examen de l'affaire en lui-même. De plus, un recours accru aux mesures provisoires peut entraîner un durcissement des critères retenus par les tribunaux chargés du réexamen, en particulier dans les juridictions qui ne disposent pas d'une jurisprudence bien établie.

Encadré 7. La réforme proposée au Royaume-Uni

Le rapport de 2019 du Panel d'experts sur la concurrence dans le numérique

Le rapport du Panel d'experts sur la concurrence dans le numérique du Royaume-Uni a estimé que les recours devaient mettre en balance « les droits des défendeurs à être protégés contre une sur-application » et « les droits de ceux qui auraient à pâtir d'une sous-application ». Pour ce qui est des mesures provisoires, il relève en outre que « si une mesure provisoire peut faire l'objet d'un recours au fond, l'[autorité de la concurrence] sera moins disposée à en faire usage, surtout si cela peut retarder l'examen de l'affaire en lui-même », et recommande que « le réexamen... soit modifié pour en restreindre le cadre et les fondements », et de l'assortir « de structures décisionnelles... plus indépendantes » au sein de l'autorité de la concurrence.

La consultation sur la « Réforme de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs »

En avril 2022, le gouvernement du Royaume-Uni a répondu par voie de publication à la consultation sur la « Réforme de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs ».

Il considère que le cadre actuel « donne la priorité à la prévention de l'application induite de mesures provisoires, sans tenir suffisamment compte du risque que les mesures provisoires ne soient pas appliquées lorsqu'elles sont justifiées ». Il envisage donc de réformer ce cadre « afin que les recours intentés contre les décisions imposant des mesures provisoires suivent les principes du réexamen en droit, plutôt que d'un réexamen portant sur l'ensemble des motifs des décisions », et ce pour les raisons suivantes :

- La rapidité est essentielle, et l'application des mesures provisoires prendra probablement davantage de temps si l'ensemble des motifs font l'objet d'un réexamen lors du recours.
- Une décision imposant des mesures provisoires implique un certain niveau de savoir technique, notamment lorsqu'il s'agit de mettre les différents préjudices en balance.

- Il n'est pas nécessaire de parvenir à une vision définitive de la bonne interprétation du droit de la concurrence pour appliquer des mesures provisoires.

Note : d'autres observateurs sont relativement sceptiques quant à cette volonté de restreindre le cadre du réexamen judiciaire des décisions imposant des mesures provisoires (Ruiz Feases, 2020, p. 415^[13]).

Source : (Digital Competition Expert Panel, 2019, pp. 105-108^[22]), <https://www.gov.uk/government/consultations/reforming-competition-and-consumer-policy/outcome/reforming-competition-and-consumer-policy-government-response>.

En outre, en pratique, si le recours contre des mesures provisoires aboutit, il peut y avoir un risque de compromettre l'enquête principale, avec de possibles effets de contamination de la décision au fond, en particulier lorsque les mesures se basent sur de nouvelles théories du préjudice. Dans le même temps, une issue négative pour les mesures provisoires peut indiquer que la suite de l'affaire est compromise (pourrait ne pas résister à l'examen du tribunal) et, par conséquent, mettre un terme à l'enquête et ainsi économiser des ressources à un stade plus précoce du processus.

Enfin, il importe de veiller à ce que les considérations d'urgence soient prises en compte et à ce que l'examen judiciaire suive une procédure accélérée.⁶⁹ Une procédure trop longue pourrait affecter considérablement l'efficacité des mesures provisoires et décourager les autorités de la concurrence d'en faire usage. C'est notamment le cas lorsque les parties peuvent requérir (et souvent obtenir) une suspension des mesures provisoires (Mantzari, 2020, p. 491^[19]). Le pouvoir de suspendre des décisions de mesures provisoires, associé au fait que la partie qui requiert la suspension ait seulement à démontrer qu'à première vue, l'évaluation est erronée ou qu'elle fait naître de sérieux doutes⁷⁰, peut fortement dissuader d'adopter des mesures provisoires (Art, 2015, p. 65^[11]).

4.5. L'interaction des mesures provisoires avec les engagements et les mesures correctives

La plupart des autorités de la concurrence peuvent accepter des mesures correctives (ou « engagements »)⁷¹ proposées par les parties pour remédier aux problèmes identifiés au cours d'une enquête relevant du droit de la concurrence. En règle générale, dès lors qu'ils sont acceptés, ces engagements deviennent contraignants pour la partie concernée et aucune infraction au droit de la concurrence n'est constatée (OCDE, 2016^[27]).

Les mesures provisoires et les engagements peuvent être considérés comme des outils complémentaires dans les enquêtes portant sur le droit de la concurrence.

Tandis que l'objectif premier des mesures provisoires est d'éviter un préjudice grave et irréparable, elles peuvent également constituer un moyen efficace de provoquer des négociations en vue d'obtenir des engagements qui, dans la plupart des juridictions, sont soumis à la bonne volonté des parties visées par l'enquête (Mantzari, 2020, p. 495^[19] ; Cordeiro et al., 2021^[25] ; Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 610^[18] ; Kadar, 2021, p. 451^[14]).⁷² Par ailleurs, les mesures provisoires peuvent dissuader les parties de retarder ces négociations car (1) elles s'exposent aux risques pour leur réputation associés à des mesures provisoires et (2) elles peuvent mieux évaluer les risques pour leur activité qui résulteraient d'éventuelles constatations d'infraction (Steenbergen, 2017^[15]).⁷³ De plus, dès lors qu'elles sont confrontées à la menace de mesures provisoires décidées unilatéralement, les parties visées par l'enquête peuvent mieux apprécier les avantages d'engagements négociés.⁷⁴

Les mesures provisoires peuvent également permettre aux autorités de la concurrence de disposer de plus amples informations en vue des négociations d'engagements, puisqu'elles doivent mener en amont des investigations afin de concevoir ces mesures de manière adéquates (Kadar, 2021, p. 451^[14]). En outre,

les mesures provisoires qui débouchent à un stade précoce sur des engagements négociés ont un impact positif sur les ressources des autorités de la concurrence.

Les mesures provisoires et les engagements pourraient également être vus, d'un point de vue pratique, comme des outils accessoires pour assurer une application efficace du droit de la concurrence (Lianos et Ivanov, 2019^[6]) et parvenir à un règlement rapide des affaires complexes (Mantzari, 2020, p. 494^[19]) en restaurant la contestabilité du marché. Cela peut notamment se vérifier lorsque les engagements ne sont pas l'outil le plus adapté, par exemple parce que l'autorité de la concurrence entend imposer une amende.⁷⁵ Les mesures provisoires pourraient également constituer une alternative aux engagements pour les affaires inédites, en particulier lorsque ces engagements, comme mentionné précédemment, ne se prononcent pas sur l'existence ou non d'une infraction. Toutefois, au moins à première vue, il semble y avoir un conflit avec la nécessité d'établir la probabilité d'une infraction dans le contexte des mesures provisoires.⁷⁶

Enfin, les considérations sur les mesures correctives définitives dans les décisions établissant (par la suite) une infraction ne devraient pas influencer de manière décisive sur des décisions d'espèce impliquant des mesures provisoires. Ces décisions devraient continuer d'être majoritairement guidées par les critères évoqués précédemment (voir section 3). En outre, les mesures provisoires et les mesures correctives finales peuvent grandement varier dans leur portée, les premières étant souvent plus limitées que les secondes. Ceci étant dit, les mesures provisoires peuvent également servir un objectif supplémentaire, celui de « tester le marché », et permettre d'affiner les mesures correctives qui pourront être adoptées dans la décision finale (Ruiz Feases, 2020, p. 428^[13] ; Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 610^[18]).⁷⁷

4.6. Mesures provisoires et initiatives réglementaires sur les marchés numériques

Les mesures provisoires et la réglementation *ex ante* ne partagent pas toujours les mêmes justifications et objectifs, mais elles peuvent toutes deux constituer des outils efficaces pour remédier aux problèmes de concurrence. Plusieurs considérations de politique publique s'appliquent à l'interaction potentielle entre ces outils.

En l'absence d'instruments réglementaires, les mesures provisoires peuvent offrir un remède opportun et produire des effets tangibles sur le marché (Maier-Rigaud et Lowe, 2008, p. 609^[18]). En effet, dans les juridictions dans lesquelles la réglementation est encore limitée, les mesures provisoires constituent un puissant outil pour intervenir sur les marchés qui évoluent rapidement (par ex. en Argentine, au Brésil et en Turquie).

Au contraire, dans d'autres juridictions, le choix d'une approche plus réglementaire des marchés numériques pourrait atténuer le besoin de prendre des mesures provisoires, puisqu'il est possible de privilégier des solutions réglementaires (autres). Les initiatives réglementaires peuvent toutefois octroyer de nouveaux pouvoirs en matière de mesures provisoires aux autorités de la concurrence et aux régulateurs. Dans ce contexte, les mesures provisoires servent un objectif de précaution et d'intervention en temps opportun, alors qu'une procédure pourrait ne pas permettre d'intervenir à temps pour empêcher la survenance d'un préjudice irréparable.⁷⁸ En outre, la réglementation peut renforcer des pouvoirs existants en mettant en place une procédure moins lourde pour les mesures provisoires sur les marchés sensibles au basculement. À cet égard, Schweitzer (2020, p. 47^[9]) avance par exemple qu'avec des procédures réglementaires/quasi-réglementaires de nature non pénale (ou quasi-pénale), il devrait être possible d'assouplir les garanties procédurales par rapport aux enquêtes dans lesquelles les autorités sont soumises aux principes de présomption d'innocence.

Encadré 8. La proposition de législation sur les marchés numériques de l'UE

En décembre 2020, la Commission européenne a formulé une proposition de Législation sur les marchés numériques (DMA) afin de réglementer *ex ante* les marchés numériques. L'objectif de cette initiative législative est de « permettre aux plateformes de libérer tout leur potentiel en traitant au niveau de l'UE les cas les plus marquants de pratiques déloyales et la faible contestabilité afin de permettre aux utilisateurs finaux comme aux entreprises utilisatrices de tirer pleinement parti de l'économie des plateformes et de l'économie numérique en général, dans un environnement contestable et équitable. » La DMA entend réglementer les contrôleurs d'accès numérique en imposant certaines obligations.

Parmi les outils envisagés dans la proposition de législation actuelle figurent les mesures provisoires. L'article 22 dispose que, dans le contexte de procédures qui ont été ouvertes dans la perspective d'adopter une décision d'infraction, la Commission européenne peut ordonner des mesures provisoires à l'encontre des contrôleurs d'accès (1) sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction à une ou plusieurs obligation(s) ; et (2) en cas d'urgence justifiée par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé aux entreprises utilisatrices ou aux utilisateurs finaux des contrôleurs d'accès. L'article 22 précise en outre que cette décision « est applicable pour une durée déterminée et peut être renouvelée dans la mesure où cela est nécessaire et opportun ».

Note : Commission européenne : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), soumise le 15 décembre 2020 ;
Source : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>; (Crawford, Rey et Schnitzer, 2020^[28]); (Motta et Peitz, 2020^[29]).

4.7. Coopération internationale

Les mesures provisoires peuvent produire leurs effets au-delà d'une juridiction, notamment lorsqu'elles sont imposées dans le cadre d'une enquête visant des parties qui ont des activités mondiales, ou une pratique ou des accords anticoncurrentiels *prima facie* couvrant de multiples pays.

Les mesures provisoires adoptées dans une juridiction peuvent également avoir des effets de contagion importants non seulement sur les économies d'autres pays, mais également sur des enquêtes de droit de la concurrence ouvertes dans d'autres juridictions. Dans ces procédures, la coopération internationale est essentielle, mais la nécessité d'agir rapidement peut nuire à son efficacité. Les divergences en termes de procédures peuvent en outre amener à prendre des mesures provisoires à des étapes différentes de l'analyse. Par conséquent, il faudrait que les procédures liées aux mesures provisoires soient suffisamment souples pour que les autorités de la concurrence puissent être efficaces dans les affaires portées à l'attention de plusieurs autorités.⁷⁹

Dans le contexte d'enquêtes parallèles portant sur une même pratique (ou une pratique similaire), les formes de coopération comme les « équipes communes d'enquête » ou les modèles de « juridiction chef de file », peuvent présenter un intérêt sur le plan des mesures provisoires. À cet égard, l'adoption, par une instance chef de file, de mesures provisoires qui produiraient leurs effets dans plusieurs juridictions pourrait contribuer à (1) préserver l'efficacité de l'application du droit dans plusieurs juridictions ; et (2) éviter à d'autres autorités de réaffecter les moyens consacrés à leur enquête principale aux procédures liées aux mesures provisoires. Plusieurs de ces points ont été soulevés en 2014 lors de l'*Audition de l'OCDE consacrée au renforcement de la coopération dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*⁸⁰ et feront l'objet de nouvelles discussions lors de l'*Audition de l'OCDE sur le thème Thinking out of the Competition Box: Enforcement Co-operation in Other Policy Areas* (« Au-delà de la concurrence : la coopération dans la mise en œuvre du droit dans d'autres domaines ») en juin 2022.

5 Conclusion

Les mesures provisoires peuvent constituer un outil puissant pour améliorer l'efficacité de l'application du droit et préserver la concurrence le temps de l'enquête. Néanmoins, elles ne sauraient être appréhendées en vase clos. Elles peuvent en effet avoir une incidence sur l'issue de l'enquête et, surtout, produire des effets sur le marché qu'il pourrait être difficile d'inverser. Le recours aux mesures provisoires doit donc être soigneusement réfléchi, au cas par cas.

Les mesures provisoires requièrent de se livrer à un exercice de pondération afin d'atténuer les risques de faux positifs et de faux négatifs. Les autorités de la concurrence qui envisagent d'adopter ou de requérir des mesures provisoires doivent répondre à deux questions principales : (1) Les avantages attendus des mesures sont-ils supérieurs aux coûts qui y sont associés ? (2) La pondération des intérêts doit-elle suivre une politique de neutralité ou d'aversion face aux risques ?

La manière d'interpréter les deux conditions juridiques que sont la probabilité de l'infraction (*fumus boni iuris*) et l'urgence à prévenir un préjudice grave et irréparable (*periculum in mora*), et les critères de preuve qui s'y appliquent, ont un impact sur la façon dont ces questions sont traitées et, par conséquent, sur la probabilité que des mesures provisoires soient adoptées. Les règles procédurales, la nécessité de garantir les droits de la défense et à une procédure régulière, sont des facteurs tout aussi déterminants dans la décision de prendre ou non des mesures provisoires. Le réexamen judiciaire et, plus généralement, les tribunaux (par le biais des contentieux privés) jouent également un rôle fondamental à cet égard.

Face aux évolutions rapides qui caractérisent les marchés numériques, des voix se sont élevées pour demander un recours plus fréquent aux mesures provisoires. En effet, sous réserve qu'elles respectent les conditions juridiques et les règles de preuve, les mesures provisoires peuvent être particulièrement appropriées sur les marchés sensibles au basculement en raison des caractéristiques de leurs produits ou de services. Dans ce contexte, les mesures provisoires peuvent présenter un intérêt majeur pour les actes d'enquête des autorités de la concurrence. Elles ne constituent toutefois pas l'unique solution pour accélérer les enquêtes menées sur les marchés numériques (ou tout autre marché sensible au basculement). Dans certaines circonstances, elles peuvent au contraire être utilisées à mauvais escient, dans le but de ralentir la procédure principale.

Parce qu'elles constituent un outil puissant, elles doivent être appréhendées avec précaution. Adoptées à tort, elles peuvent porter gravement atteinte à la concurrence et aux consommateurs et nuire à l'action (et à la réputation) des autorités de la concurrence, avec des effets de contagion potentiels sur l'enquête principale, voire au-delà. Par conséquent, les affaires basées sur des théories du préjudice bien établies, plutôt que novatrices, se prêtent peut-être davantage aux mesures provisoires. Dans d'autres circonstances, alors que les mesures provisoires restent un instrument intéressant pour intervenir à temps, des solutions réglementaires pourraient être préférables.

Notes de fin

¹ Suivant leur nature et la procédure, les mesures provisoires sont également désignées par d'autres termes comme « mesures conservatoires », « mesures d'urgence », « ordonnances d'interdiction temporaire », ou « injonctions préliminaires ».

² Voir par exemple Financial Times, 2 juillet 2017, *EU considers tougher competition powers* (« L'UE envisage un renforcement des pouvoirs dans le droit de la concurrence »), disponible à l'adresse www.ft.com/content/7068be02-5f19-11e7-91a7-502f7ee26895.

³ Les autorités de la concurrence des États-Unis peuvent requérir à la fois des ordonnances d'interdiction temporaire et des injonctions préliminaires. Une ordonnance d'interdiction temporaire est une mesure visant à maintenir le *statu quo* jusqu'à ce que le tribunal puisse tenir une audience, et qui peut être émise sans notification à (ou comparution de) la partie adverse. Elle est limitée dans sa durée, et n'est généralement pas susceptible de recours. L'injonction préliminaire nécessite davantage d'éléments de preuve, et la partie concernée doit avoir la possibilité de contester son application. Elle peut être prise pour une durée indéterminée et faire immédiatement l'objet d'un recours (U.S. Department of Justice - Antitrust Division, s.d., pp. IV-8^[41]).

⁴ C'était également le cas dans l'UE avant le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO L 1 du 4.1.2003*, p. 1–25 (Règlement (CE) n° 1/2003). Voir Ordonnance de la Cour du 17 janvier 1980, *Camera Care Ltd contre Commission*, Affaire 792/79, R: EU.C:1980:18, para. 18

⁵ Voir Recommandation de 2013 du RCE *sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires*, disponible sur https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_interim_measures_09122013_en.pdf.

⁶ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 *visant à doter les autorités de la concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur* (« Directive ECN+ »).

⁷ L'autorité de la concurrence irlandaise a ainsi été dotée en 2022 du pouvoir d'imposer des mesures provisoires (« avis d'interdiction ») dans le cadre d'enquêtes relevant du droit de la concurrence. Voir Loi sur la concurrence (amendement) de 2022, article 15H, disponible à l'adresse <https://enterprise.gov.ie/en/Legislation/Legislation-Files/Competition-Amendment-Bill-2022.pdf>.

⁸ En Lituanie, les demandes de mesures provisoires sont limitées aux injonctions « positives », c'est-à-dire aux ordonnances imposant aux entreprises d'accomplir certains actes. Voir l'article 26 de la loi lituanienne sur la concurrence, disponible à l'adresse <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>.

⁹ Voir, par exemple, (U.S. Department of Justice - Antitrust Division, s.d., pp. IV-7-31^[41]) qui relève que « les mesures préliminaires sont particulièrement appropriées dans les affaires relevant de l'article 7 mais peuvent également intervenir dans d'autres types d'affaires, y compris celles intentées au titre des articles 1 et 2 de la loi Sherman. »

¹⁰ Article 49C de la loi sur la concurrence de l'Afrique du Sud. Voir également (Lewis, 2013, pp. 50-55^[31]).

¹¹ En pratique, les parties concluent ces accords dans le but principal d'éviter des frais de contentieux et les coûts d'une atteinte à leur réputation.

¹² Dans certaines juridictions, les mesures provisoires sont rarement imposées par les autorités de la concurrence, mais les tribunaux ordonnent régulièrement des mesures de ce type dans des contentieux privés.

(PaRR Analytics, 2020^[39]) fournit des statistiques sur les mesures provisoires adoptées par type d'affaires et par secteur dans l'espace économique européen entre 2015 et avril 2020.

¹³ Recommandation du RCE *sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires*, para. 3.

¹⁴ À l'instar de la CMA au Royaume-Uni dans l'accord *Atlantic Joint Business* (voir <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-of-the-atlantic-joint-business-agreement>).

¹⁵ Voir (OCDE, 2014, p. 20^[40]) (« Si la fusion a déjà été menée à bien, les mesures provisoires sont normalement adressées à l'acquéreur et ont pour but d'empêcher toute poursuite de l'intégration des activités de la cible sans l'approbation de l'autorité de la concurrence. Si la fusion n'a pas encore été réalisée, les mesures provisoires sont adressées aux deux parties et, selon le stade d'intégration, l'autorité de la concurrence peut avoir pour but d'empêcher (i) l'échange d'informations sensibles entre les parties, (ii) toute tentative de poursuite de l'intégration des deux entreprises, (iii) toute activité commerciale conjointe des parties et (iv) toute décision concernant les effectifs qui pourrait toucher la société absorbée. »)

Dans l'affaire *Virtus Health/Adora Fertility* (2021), la Cour fédérale australienne a fait droit à la requête de l'Australian Competition & Consumer Commission (Commission australienne de la concurrence et des consommateurs) (« ACCC ») visant à faire prononcer en urgence une injonction bloquant l'acquisition par Virtus Health d'Adora Fertility le temps de la procédure devant l'ACCC. À l'appui de sa demande, l'ACCC a avancé que les informations fournies par les parties n'étaient pas suffisantes pour permettre la délivrance précoce d'une autorisation de fusion. Virtus Health a malgré tout fait part de son intention de mener l'opération à son terme (voir <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-seeks-urgent-injunction-to-halt-virtus-acquiring-adora-fertility-clinics>).

Dans l'affaire *Facebook/Giphy* (2020), soumise au régime de notification spontanée du Royaume-Uni, les parties ont clôturé l'opération sans l'autorisation de la CMA. En juin 2020, la CMA a ouvert une enquête officielle pour examiner l'opération et pris, comme à son habitude, une ordonnance d'application provisoire renfermant plusieurs obligations qui visaient, pour l'essentiel, à empêcher Facebook d'intégrer l'activité de Giphy avant la clôture de l'enquête. Par la suite, la CMA a imposé par deux fois des amendes à Facebook pour manquement aux obligations que lui imposait l'ordonnance (voir <https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry>).

¹⁶ Dans l'affaire *Illumina/Grail* (2021), Illumina a annoncé avoir réalisé l'acquisition de Grail alors qu'une enquête de la Commission européenne était en cours, et que les parties à la fusion étaient donc soumises à une obligation de suspension. En octobre 2021, la Commission européenne a adopté des mesures provisoires pour prévenir les effets néfastes potentiellement irréparables de l'opération, ainsi qu'une éventuelle intégration irréversible des parties (voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_5661).

¹⁷ La Directive ECN+ vise à harmoniser ces règles au niveau de l'UE tout en laissant la possibilité aux autorités nationales de mettre en place des conditions moins rigoureuses.

¹⁸ De nombreux tribunaux américains s'autorisent à une certaine pondération de sorte que, s'il est amplement démontré que l'un des critères est rempli, ils seront susceptibles d'accorder, jusqu'à un certain point, une importance moindre à un autre critère. Voir par ex. : *Hoosier Energy Rural Elec. Co-op., Inc. c. John Hancock Life Ins. Co.*, 582 F.3d 721, 725 (7e Circuit, 2009) (selon lequel plus le préjudice net que peut prévenir l'injonction est important, plus les allégations sur le fond peuvent être faibles). Mais voir également *Respect Maine PAC v. McKee*, 622 F.3d 13, 15 (1er Circuit, 2010) (même s'ils doivent être mis en balance, les critères de probabilité de succès sur le fond et de préjudice irréparable « doivent être démontrés au-delà de la simple possibilité »).

¹⁹ Les critères peuvent différer entre les affaires portant sur un contentieux privé et celles qui portent sur l'application du droit par une administration.

²⁰ Il apparaît que, bien que le Royaume-Uni ait assoupli ses critères en 2014, l'application de mesures provisoires y reste relativement limitée. Voir la Loi de 2013 sur les entreprises et la réforme de la réglementation et l'ancien article 35 de la loi sur la concurrence de 1998, à l'adresse www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents/enacted.

²¹ En pratique, dans l'affaire *Broadcom*, la Commission européenne a procédé à l'évaluation *prima facie* des effets probables sur la concurrence en s'appuyant sur plusieurs éléments de preuve, dont des documents internes, des études de marché et des réponses à des demandes d'information (Kadar, 2021, pp. 447-448^[14]).

Plus largement, certains commentateurs ont mis en avant la difficulté de concilier, pour de nombreuses pratiques anticoncurrentielles, la condition *prima facie* avec une approche basée sur les effets (Mantzari, 2020, p. 490^[19] ; Tremolada, 2021, p. 601^[12]).

²² Voir par exemple l'affaire *Rakuten* au Japon, en 2020, dans laquelle la JFTC a requis des mesures provisoires contre Rakuten pour une politique commerciale annoncée mais pas encore mise en œuvre (voir JFTC, Communiqué de presse du 28 février 2020, disponible à l'adresse www.concurrences.com/IMG/pdf/japanese_ftc_the_jftc_has_filed_a_petition_for_an_urgent_injunction_against_rakuten_inc_press_release_originally_28_february_2020_updated_10_march_2020.pdf?58289/3076af3fc77a1ec039696bb6e7c107717f67dbbd).

²³ Dans l'affaire *Broadcom*, la Commission européenne a étudié des arguments tenant à des justifications objectives *prima facie* (décision de la Commission européenne du 16 octobre 2019, affaire AT.40608 – *Broadcom*, disponible au lien suivant https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40608/40608_2791_11.pdf).

C'est généralement à la partie visée par l'enquête qu'incombe la charge de démontrer (à première vue) les efficiences ou les justifications objectives.

²⁴ Cette condition souffre des exceptions. Ainsi, dans le système américain, les tribunaux ont estimé qu'une autorité de la concurrence agissant en qualité de plaignant n'avait pas à démontrer un préjudice irréparable, ce dernier découlant implicitement de la menace de violation d'une loi destinée à protéger l'intérêt général (voir *United States v. Siemens Corp.*, 621 F.2d 499, 506 (2e Circuit, 1980)). Par

conséquent, si l'autorité de la concurrence parvient à démontrer un succès probable sur le fond, elle n'aura pas nécessairement à apporter séparément la preuve d'un préjudice irréparable (Marquis, s.d.^[30]).

Aux États-Unis, la procédure à laquelle est soumise la Federal Trade Commission présente quelques différences avec celle qui s'applique au ministère de la Justice (Marquis, s.d.^[30]).

²⁵ Ainsi, la position de la Commission européenne semble être que, dans un souci d'efficacité, la possibilité de prendre des mesures provisoires ne devrait pas se limiter aux cas de préjudice imminent, mais s'étendre aux « évolutions progressives et cumulatives du marché dès lors que ce dommage est grave et irréparable » (voir l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant (468)). Voir également (Kadar, 2021, p. 448^[14]).

²⁶ Voir Art (2015, pp. 59-70^[11]) qui soutient que l'évaluation est similaire à l'analyse contrefactuelle menée dans les affaires de contrôle des fusions et que, en ce qui concerne le lien de causalité et la preuve, « les enseignements tirés du contrôle des fusions peuvent largement être transposés aux procédures en matière de mesures provisoires ».

²⁷ Au Royaume-Uni, l'article 43 de la Loi de 2013 sur les entreprises et la réforme de la réglementation a remplacé « préjudice grave, irréparable » par « dommage significatif ». La France applique quant à elle un critère d'irréversibilité.

²⁸ Voir par exemple : affaire *Rappy c. iFood* (enquête administrative n° 08700.004588/2020-47) au Brésil (Cordeiro et al., 2021, p. 202^[25]).

²⁹ En règle générale, dans les juridictions dans lesquelles les autorités de la concurrence ne tiennent compte que du préjudice pour la concurrence, les entreprises ont la possibilité de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation de leur propre préjudice.

³⁰ Voir également (Arnaudo, 2016^[7]) en ce qui concerne l'Italie.

³¹ Pour les parties qui font l'objet de l'enquête, des arguments tirés d'un préjudice pour la concurrence peuvent être plus difficiles à réfuter que ceux tirés d'un préjudice pour un (ou plusieurs) concurrent(s) (O'Donoghue et Padilla, 2020^[17]).

³² Article L- 464-1 du Code de commerce français.

³³ L'évaluation du préjudice pour un concurrent/consommateur/fournisseur donné peut être plus appropriée lorsque les pratiques font l'objet d'une enquête au titre de dispositions relatives à l'abus de dépendance économique (ou de dispositions similaires).

³⁴ Ces principes s'appliquent également dans les juridictions dans lesquelles les autorités de la concurrence jouissent d'un large pouvoir d'appréciation quant au type de mesures provisoires qui seront prises.

³⁵ Aux États-Unis, les tribunaux peuvent ordonner des injonctions préliminaires pour une « durée indéterminée », c'est-à-dire jusqu'à la clôture de la procédure sur le fond (*pendente lite*), même s'ils ont le pouvoir d'annuler ou de modifier ce type d'injonction (U.S. Department of Justice - Antitrust Division, s.d., pp. IV-13^[41]).

³⁶ Article 32a)(2) de la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence.

³⁷ Article 49C(5) de la loi sud-africaine sur la concurrence.

³⁸ Voir par exemple article 8(2) du Règlement CE n° 1/2003.

³⁹ Recommandation du RCE sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires, para. 7.

⁴⁰ Au Brésil par exemple, une étude menée par la CADE a conclu qu'entre 2015 et 2020, 73 % des demandes de mesures provisoires ont été rejetées en raison de risques d'irréversibilité (Cordeiro et al., 2021, p. 200^[25]). Cependant, le principe d'irréversibilité ne s'applique pas dans toutes les juridictions. Ainsi, en France, l'autorité de la concurrence semble pouvoir imposer des mesures provisoires dont les effets sont irréversibles.

⁴¹ Malgré leur nature comportementale, ces mesures peuvent toujours avoir pour objectif de préserver la structure du marché.

⁴² Voir par exemple, au Brésil, l'affaire *Gympass* (appel n° 08700.007228/2021-88 ; et enquête administrative n° 08700.004136/2020-65), <https://www.lexology.com/commentary/competition-antitrust/brazil/vmca/cade-suspends-exclusivity-contracts-on-wellness-platforms-market> et https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddao4CLluheitNDM1fOgdMXqkCesuVxdtc2g9s-YxRgzQ5fNyBFaThd3HqZ_E1sjdqnjC_Y8XxyjXUswHCn-rfMz.

⁴³ Voir par exemple l'affaire *Google News* dans laquelle l'Autorité française de la concurrence a enjoint à Google de lui transmettre des rapports de suivi au cours des négociations avec les éditeurs.

⁴⁴ Le montant maximal des amendes qui peuvent être imposées est variable. Dans certaines juridictions, l'amende maximale est équivalente à celle qui peut être imposée pour la violation de décisions sur le fond. Dans d'autres, elle se situe en-deçà du plafond applicable aux amendes pour violation des décisions sur le fond ou équivalentes au montant maximal sanctionnant des violations procédurales.

⁴⁵ Voir (O'Donoghue et Padilla, 2020^[17]) qui appellent à une approche plus normalisée.

⁴⁶ Maier-Rigaud et Lower (2008, p. 602^[18]) relèvent que les mesures provisoires peuvent toujours être assorties « d'obligations accessoires visant à répondre aux circonstances particulières de la période provisoire ».

⁴⁷ Article 8 du règlement CE n° 1/2003. Voir également *Projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*, OJ C 101, 27.4.2004, p. 65–77, para. 80 (« Il ressort clairement de l'article 8 du règlement n° 1/2003 qu'un plaignant ne peut pas demander des mesures provisoires au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003. Les demandes de mesures provisoires formées par des entreprises peuvent être portées devant les juridictions nationales qui sont bien placées pour statuer sur ces mesures. »)

⁴⁸ Article 32(a)(1) de la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence. En Allemagne, les demandes de mesures provisoires doivent être portées devant les tribunaux.

⁴⁹ Après transposition de la Directive ECN+.

En France, les plaintes tendant à l'adoption de mesures provisoires devraient être doublées d'une saisine au fond. Les « plaintes » recouvrent également les saisines du ministre de l'Économie et d'autres institutions comme les régulateurs.

⁵⁰ Voir à cet égard la Directive ECN+, article 11.

⁵¹ Kadar (2021, p. 444^[14]) note ainsi (1) que l'une des possibles raisons pour lesquelles la Commission européenne s'est montrée particulièrement réticente à imposer des mesures provisoires au cours des deux dernières décennies tient au mécanisme introduit par le Règlement (CE) n° 1/2003, qui a supprimé la possibilité d'introduire des plaintes en vue de faire adopter des mesures provisoires ; et (2) que les mesures provisoires adoptées par la Commission européenne avant cette réforme faisaient le plus souvent suite à des plaintes de tiers.

⁵² Au Brésil par exemple, le Tribunal de la CADE a admis que les conditions de l'adoption de mesures provisoires devant lui et devant les tribunaux brésiliens n'étaient pas identiques. C'est principalement dû à la configuration de la condition de péril imminent (*periculum in mora*). Alors que la CADE a le pouvoir/l'obligation d'analyser tout préjudice pour le marché qui est irréparable ou difficile à réparer, les tribunaux ont pour mission de régler un litige entre des parties. Voir à cet égard (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018^[34]).

⁵³ (PaRR Analytics, 2020^[39]).

⁵⁴ Voir à cet égard, (Herbert Smith Freehills, 2019^[42])

⁵⁵ Même si le délai prescrit pour répondre aux griefs retenus dans la procédure portant sur des mesures provisoires est généralement plus court que dans la procédure principale.

⁵⁶ Le rapport du Groupe d'experts sur la concurrence numérique au Royaume-Uni (*UK Digital Competition Expert Panel report*) a considéré que des modifications procédurales du système du pays « présenteraient l'intérêt de faciliter l'adoption de mesures provisoires » et a recommandé d'alléger la charge de la preuve qui pèse sur l'autorité de la concurrence tout en préservant les droits procéduraux en accordant, par exemple, un accès limité au dossier, qui porterait uniquement sur les documents pertinents pour les mesures provisoires (Digital Competition Expert Panel, 2019, pp. 104-105^[22]).

Le gouvernement du Royaume-Uni a fait part de son intention « de modifier les règles régissant l'accès au dossier de la CMA sur l'affaire lorsqu'elle prend des mesures provisoires afin de renforcer la proportionnalité du processus (voir le document « Réformer la politique de la concurrence et à l'égard des consommateurs : la réponse du gouvernement » du 20 avril 2022, disponible à l'adresse www.gov.uk/government/consultations/reforming-competition-and-consumer-policy/outcome/reforming-competition-and-consumer-policy-government-response). Cependant, en pratique, il peut être difficile de faire le tri entre les différents éléments du dossier dans le contexte d'une enquête en cours (Ruiz Feases, 2020, p. 428^[13]).

⁵⁷ En ce qui concerne la France, voir Tremolada (2021, p. 605^[12]).

⁵⁸ Article 34 de la loi portugaise sur la concurrence n° 19/2012.

C'est également le cas d'autres autorités comme l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA). Voir (Ruiz Feases, 2020, p. 426^[13]) consacré aux mesures provisoires que l'ESMA peut imposer sur les marchés financiers.

⁵⁹ Voir, par exemple, Autorité italienne de la concurrence, Comunicazione relativa all'applicazione dell'Articolo 14 bis della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (en italien). Voir également (Arnaudo, 2016^[7]).

⁶⁰ Directive ECN+ Directive, considérant (38).

⁶¹ Ainsi, le rapport *BRICS* recommande de « veiller à mettre en place un cadre procédural efficace et à faire une utilisation plus ciblée et plus intensive des mesures provisoires » sur les marchés numériques (Lianos et Ivanov, 2019, p. 40^[6]).

Alexiadis et De Streel (2020^[33]) sont sceptiques quant aux « changements fondamentaux des procédures en matière de droit de la concurrence sur certains points comme la charge de la preuve, les règles du contrôle juridictionnel ou les critères juridiques déterminant l'adoption de mesures provisoires ».

⁶² Cette évaluation peut différer entre les grandes et les petites juridictions, les mesures provisoires imposées par ces dernières sur les marchés numériques pouvant ne pas être aussi efficaces sur la

concurrence sur les marchés mondiaux, tout en portant potentiellement préjudice aux consommateurs nationaux (Caminade, Chapsal et Penglase, 2020, pp. 452-454^[10]).

⁶³ Voir par exemple le cas de l'Allemagne, dont le Bundeskartellamt ne peut ordonner des mesures provisoires « dans la mesure où l'entreprise concernée démontre de manière plausible que la mesure lui causerait un tort inéquitable et qui ne serait pas justifié par des intérêts publics prépondérants » (article 32(a)(1) de la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence).

O'Donoghue et Padilla (2020^[17]) notent que « la menace d'éviction de tous les concurrents ... devrait dans la plupart des cas constituer un préjudice pour la concurrence susceptible de prévaloir sur celui causé aux destinataires de mesures provisoires. »

⁶⁴ Par exemple, Maier-Rigaud et Lowe (2008, p. 609^[18]) relevaient, à l'égard des procédures de l'UE, que les mesures provisoires « ajoutent une procédure complète... à l'enquête principale », et que « les ressources affectées aux [mesures provisoires] ne le sont donc pas à l'enquête principale. »

⁶⁵ Voir, *Mundt calls for 'rethink' of remedies, injunctions for Internet economy*, 23 novembre 2016, disponible à l'adresse https://content.mlex.com/#/content/845371?referrer=search_linkclick.

⁶⁶ Par exemple, il apparaît que la recevabilité des recours devant les cours d'appel des États-Unis afin de voir réexaminer le prononcé (ou le refus) d'injonctions préliminaires par un tribunal de district est fondée sur l'abus de pouvoir. (Denlow, 2003, pp. 514-516^[8])

⁶⁷ Recommandation du RCE *sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires*, para. 4.

⁶⁸ Dans la plupart des juridictions, des réformes législatives seraient nécessaires pour limiter le réexamen judiciaire.

⁶⁹ Voir Directive ECN+, considérant (38).

⁷⁰ Voir (O'Donoghue et Padilla, 2020^[17]).

⁷¹ La terminologie utilisée pour désigner ces mesures consensuelles de clôture accélérée des affaires n'est pas uniforme. Elles peuvent être désignées par les termes suivants : « décision d'engagement », « jugement d'expédient », « ordonnance sur consentement », « engagement » ou « engagement écrit ».

⁷² Voir également Lettre de Lord Andrew Tyrie (alors président de la CMA du Royaume-Uni) au Secrétaire d'État du Royaume-Uni à la stratégie commerciale, énergétique et industrielle, 21 février 2019, p. 17, disponible à l'adresse https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/781151/Letter_from_Andrew_Tyrie_to_the_Secretary_of_State_BEIS.pdf

En France, cinq affaires sur sept qui avaient donné lieu à des mesures provisoires entre mars 2009 et mars 2018 se sont soldées par des engagements (Idot, 2018^[32]). Quoi qu'il en soit, la complémentarité entre les mesures provisoires et les engagements peut varier selon les juridictions étant donné que les aspects procéduraux jouent un rôle important dans la relation entre ces deux outils.

⁷³ Steenbergen (2017^[15]) note que cet effet ne se limite pas aux décisions imposant des mesures provisoires. Les décisions de rejet de demandes de mesures provisoires comportent des avantages similaires.

⁷⁴ En pratique, dans certaines hypothèses, il peut suffire de faire état de l'éventualité de mesures provisoires et de l'ouverture d'une procédure en ce sens pour accroître la motivation à négocier des engagements.

⁷⁵ Voir Règlement CE n° 1/2003, considérant (13).

⁷⁶ « Un dilemme pourrait faire obstacle à ce que les mesures provisoires puissent être utilisées comme alternative aux engagements. Alors que l'un des principaux inconvénients de cette dernière procédure réside (sans doute) dans le fait que les nouvelles théories du préjudice dans les secteurs qui évoluent rapidement pourraient être réglées par des engagements sans un contentieux complet sur le fond qui ferait jurisprudence, c'est précisément lorsque [l'autorité] cherche à appliquer de nouvelles théories juridiques que les tribunaux peuvent être particulièrement réticents à imposer [ou confirmer] des mesures provisoires » (Marquis, s.d.^[30]).

⁷⁷ Ce raisonnement s'applique également aux mesures provisoires et aux mesures correctives dans le contexte du contrôle des concentrations (OCDE, 2003^[38]).

Selon Maier-Rigaud et Lowe (2008, p. 610^[18]), imposer des mesures comportementales par le biais de mesures provisoires pourrait constituer une première étape pour appuyer « les arguments en faveur de mesures structurelles dans les affaires débouchant sur une interdiction si les mesures [provisoires] ne parviennent pas à produire tous les effets souhaités. »

⁷⁸ Voir (Schweitzer, 2020, pp. 44-45^[9]).

⁷⁹ Recommandation du RCE *sur le pouvoir d'adopter des mesures provisoires*, para. 9.

⁸⁰ Pour un résumé de la discussion, voir [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M\(2014\)2/AN/N2/FINAL&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)2/AN/N2/FINAL&doclanguage=en).

Références

- Alexiadis, P. et A. De Stree (2020), *Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*, [33]
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3630267>.
- Arnaudo, L. (2016), « Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale », *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 6, [7]
https://www.academia.edu/1076772/Le_misure_cautelari_nel_diritto_antitrust_comunitario_e_nazionale.
- Art, J. (2015), « Interim Relief in EU Competition Law: a Matter of Relevance », *Italian Antitrust Review*, vol. 1, pp. 55-74, [11]
<https://doi.org/10.12870/iar-11379>.
- Burnside, A. et A. Kidane (2018), « Interim Measures: An overview of EU and national case law », *e-Competitions Interim measures*, [5]
<http://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/interim-measures-en/dominance/interim-measures-an-overview-of-eu-and-national-case-law>.
- Caminade, J., A. Chapsal et J. Penglase (2020), « Interim Measures in Antitrust Investigations: an Economic Discussion », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17/2, pp. 437-457, [10]
<https://academic.oup.com/jcle/article/17/2/437/6055142>.
- Competition and Markets Authority britannique (2021), *Reforming Competition and Consumer Policy - Driving growth and delivering competitive markets that work for consumers*, [36]
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1022615/Reforming_Competition_and_Consumer_Policy_publication_4.10.21.pdf.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2018), *Voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Recurso Voluntário nº 08700.005723/2018-57*. [34]
- Cordeiro, A. et al. (2021), *Brazil: Interim Measures as an Enforcement Policy in Digital Markets*, [25]
<https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/first-edition/article/brazil-interim-measures-enforcement-policy-in-digital-markets>.
- Costa-Cabral, F. et al. (2020), « EU Competition Law and COVID-19 », *TILEC Discussion Paper* n° DP2020-007, [26]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561438.
- Crawford, G., P. Rey et M. Schnitzer (2020), *An Economic Evaluation of the EC's Proposed "New Competition Tool"*, [28]
https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0320680enn.pdf.
- Denlow, M. (2003), « The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard », *The Review of Litigation*, vol. 22/3, pp. 495-539, [8]
https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/md_pim2.pdf.
- Digital Competition Expert Panel (2019), *Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, [22]
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

- Giosa, P. (2020), *Interim Measures: A Remedy to Deal with Price Gouging in the Time of COVID-19?*, <http://www.competitionpolicyinternational.com/interim-measures-a-remedy-to-deal-with-price-gouging-in-the-time-of-covid-19/>. [16]
- Herbert Smith Freehills (2019), *A First in 20 years: EU Commission imposes interim measures on Broadcom*, <https://hsfnotes.com/crt/2019/10/18/a-first-in-20-years-eu-commission-imposes-interim-measures-on-broadcom/>. [42]
- Idot, L. (2018), « Urgence et concurrence : Mesures provisoires, référés-suspension... Toujours trop tard ? », *Concurrences*, vol. n° 3-2018, <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-3-2018/conferences/urgence-et-concurrence-mesures-provisoires-referes-suspension-toujours-trop>. [32]
- Kadar, M. (2021), « The Use of Interim Measures and Commitments in the European Commission's Broadcom Case », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12/6, pp. 443-451, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa105>. [14]
- Lewis, D. (2013), *Enforcing Competition Rules in South Africa - Thieves at the Dinner Table*, Edward Elgar Publishing. [31]
- Lianos, I. et A. Ivanov (2019), *Digital Era Competition BRICS Report*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3901413>. [6]
- Maier-Rigaud, F. et P. Lowe (2008), « Quo Vadis Antitrust Remedies, chapitre 20, pp. 597-611, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1827669> », *2007 Fordham Competition Law Institute*, pp. 597-611, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1827669. [18]
- Mantzari, D. (2020), « Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11/9, pp. 487-498, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa045>. [19]
- Marquis, M. (s.d.), *Mesures provisoires*, *Concurrences*, <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/mesures-provisoires>. [30]
- Ministre des affaires, de l'énergie et de la stratégie industrielle (Royaume-Uni) (2021), *Reforming Competition and Consumer Policy: Driving growth and delivering competitive markets that work for consumers*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1004096/CCS0721951242-001_Reforming_Competition_and_Consumer_Policy_Web_Accessible.pdf. [35]
- Motta, M. et M. Peitz (2020), *Intervention triggers and underlying theories of harm - Expert advice for the impact assessment of a new competition tool*, <https://op.europa.eu/s/vUnD>. [29]
- OCDE (2020), *Abus de position dominante sur les marchés numériques*, <https://www.oecd.org/daf/competition/l-abus-de-position-dominante-sur-les-marches-numeriques-2020.pdf>. [1]
- OCDE (2020), *Abus de position dominante sur les marchés numériques*, <https://www.oecd.org/daf/competition/l-abus-de-position-dominante-sur-les-marches-numeriques-2020.pdf>. [21]

- OCDE (2020), *The Role of Competition Policy in Promoting Economic Recovery*, [2]
<https://www.oecd.org/daf/competition/the-role-of-competition-policy-in-promoting-economic-recovery-2020.pdf>.
- OCDE (2019), *La concurrence pour le marché*, [20]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/fr/pdf).
- OCDE (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*, [37]
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>.
- OCDE (2018), *Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière*, [23]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/fr/pdf).
- OCDE (2016), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, [3]
<https://www.oecd.org/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm>.
- OCDE (2016), *Décisions d'engagements dans les affaires de concurrence*, [27]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/fr/pdf).
- OCDE (2014), *Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration*, [40]
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)1&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)1&docLanguage=Fr).
- OCDE (2013), *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, [24]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- OCDE (2010), *Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings*, [4]
<https://www.oecd.org/daf/competition/48825133.pdf>.
- OCDE (2003), *Merger Remedies*, [38]
<https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf>.
- O'Donoghue, R. et J. Padilla (2020), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Bloomsbury Publishing. [17]
- PaRR Analytics (2020), *Increasing interim measure use stirs consequences debate*, [39]
<https://www.parr-global.com/parr-analytics-increasing-interim-measure-use-stirs-consequences-debate>.
- Ruiz Feases, A. (2020), « Sharpening the European Commission's tools: interim measures », [13]
European Competition Journal, vol. 16/2-3, pp. 404-430,
<https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1805697>.
- Schweitzer, H. (2020), *The New Competition Tool - Its institutional set up and procedural design: expert study*, [9]
<https://op.europa.eu/s/vUwC>.
- Steenbergen, J. (2017), « Pour des mesures conservatoires efficaces et équitables », [15]
Concurrences, vol. 4, pp. 1-3, <http://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2017/editorial/pour-des-mesures-conservatoires-efficaces-et-equitables>.
- Tremolada, R. (2021), « Interim measures in digital markets: an enforcement tool rediscovered? », [12]
European Competition Law Review, vol. 42/11, pp. 598-610.
- U.S. Department of Justice - Antitrust Division (s.d.), *Antitrust Division Manual (Fifth Edition) - UNDER REVISION*. [41]

www.oecd.org/concurrence

