

Non classifié

CCNM/GF/COMP(2004)1



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

17-Feb-2004

Français - Or. Anglais

**CENTRE POUR LA COOPERATION AVEC LES NON-MEMBRES
DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES**

CCNM/GF/COMP(2004)1
Non classifié

Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence

**REFORME DE LA RÉGLEMENTATION : BILAN DES EXAMENS DU DROIT
ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LES PAYS DE L'OCDE,
ET INTÉRÊT DE CETTE EXPÉRIENCE POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT**

Note du Secrétariat

La présente note du Secrétariat est soumise POUR EXAMEN dans le cadre de la Session I du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 12 et 13 février 2004.

JT00158422
ta21579

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

BILAN DES EXAMENS DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

-- Propositions de questions à examiner --

1. Introduction

1. Les politiques de la concurrence et les institutions chargées de ce volet de l'action publique de plus de vingt pays¹ font depuis 1998 l'objet d'examens mutuels approfondis. La plupart de ces examens ont été menés en liaison avec le programme horizontal de l'OCDE consacré à la réforme de la réglementation. Ce projet fournit aujourd'hui l'occasion d'examiner les leçons qui ont pu être tirées de ce processus. On trouvera en annexe à la présente note une synthèse des principales conclusions de ces examens, établie à partir d'un document en cours de rédaction à l'intention du Groupe spécial de l'OCDE sur la politique de la réglementation, qui s'appête à réexaminer les recommandations générales sur la réforme et la politique de la réglementation formulées dans le *Rapport sur la réforme de la réglementation* publié en 1997 par l'OCDE². Ce rapport de 1997 a servi de cadre aux examens du Comité de la concurrence.

2. Ces examens ont été menés selon plusieurs axes. Outre qu'ils se sont penchés sur le droit de la concurrence des pays concernés et sur les institutions chargées de son application, les examinateurs se sont attachés aux fondements de la politique et des institutions de la concurrence en les resituant dans le contexte des traditions commerciales, économiques, politiques et juridiques de ces pays. Ils ont également analysé la relation entre les institutions chargées de la réglementation et la concurrence, ainsi que les mesures de sensibilisation au bien-fondé de la politique de la concurrence. D'un côté, l'interaction entre politique de la concurrence et réglementation est affaire de procédure et de technique, mais de l'autre, elle suppose d'apprécier l'importance de la concurrence et des marchés dans la politique économique par rapport à d'autres objectifs et à d'autres domaines de l'action publique. Les dispositions de fond du droit de la concurrence et les procédures retenues pour sa mise en œuvre ont soulevé un intérêt considérable au cours des examens mutuels ; toutefois, formuler des recommandations à ce niveau de détail est impossible en pratique dans le contexte de la réforme de la réglementation, et en conséquence, le document de référence s'est moins attaché à ces questions. De toute façon, les différences de droit et de procédures apparaissent finalement moins importantes que les différences de cultures économiques et politiques lorsqu'il s'agit d'expliquer les variations observées dans l'efficacité de la mise en œuvre.

3. En dépit de ces différences, les examens ont mis en lumière de vastes zones de similitudes. D'une manière générale, le droit matériel prévoit des règles similaires pour des comportements identiques, et les institutions chargées de faire appliquer la législation ont généralement des formes comparables. D'une manière surprenante, l'étude a montré que la portée de la politique de la concurrence était également similaire, dans la mesure où dans la majorité des cas, ce sont les mêmes secteurs d'activité qui, dans tous les pays examinés, font l'objet d'exemptions ou d'un traitement spécial ou bien qui suscitent les mêmes problèmes en matière d'application et de défense de la loi. Ces similarités tiennent d'une part à la similitude des contextes juridiques et du développement économique dans les pays Membres examinés, mais même dans les pays qui diffèrent plus de ce point de vue des pays Membres de l'OCDE que les pays Membres ne diffèrent entre eux, la plupart des conclusions tirées de ces examens reste tout de même utiles et instructives.

4. En particulier, la plupart des pays examinés ont été le théâtre de toute une série de programmes ambitieux de réforme administrative, économique ou politique. A chaque fois, des programmes de réforme complets fondés sur la concurrence ont eu pour objectif de stimuler le développement et d'améliorer la performance économique. Plusieurs des pays examinés ont connu des bouleversements majeurs, passant d'un régime de planification centralisée à une économie de marché. Il pourrait être intéressant pour d'autres pays amenés à relever des défis de la même ampleur de savoir comment la politique de la concurrence a pu contribuer à des changements de cette ampleur.

2. Propositions de questions à examiner

5. Les recommandations de 1997 et les explications qui les accompagnent supposent que la politique de la concurrence bénéficie d'une position privilégiée dans le domaine de la réglementation. Les questions ci-dessous étudient ce que cela pourrait signifier. Cela signifie-t-il que l'on doit partir du postulat selon lequel des solutions orientées sur le marché sont les mieux à même de résoudre les problèmes ? Quelle devrait être la force de ce postulat ? Est-il réaliste d'exiger que d'autres politiques ne puissent être mises en œuvre que par des moyens qui n'exercent sur la concurrence que la distorsion minimale nécessaire pour y parvenir ? Si la réponse est négative, quelle marge de distorsion devrait-on autoriser ? Et qui devrait en décider ?

2.1 *Champ d'application de la politique de la concurrence : exclusions, exemptions et traitement spécial*

6. La mise en œuvre d'une réforme fondée sur la concurrence repose sur le postulat selon lequel la concurrence est un principe général d'organisation de l'économie. Il s'ensuit que la première recommandation de réforme concernant le droit de la concurrence est qu'elle devrait s'appliquer de la manière la plus large possible : "Comblent les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces." Ceci ne signifie pas que seule la concurrence compte, mais qu'il conviendra de justifier toutes les situations dans lesquelles un monopole ou une entente serait toléré. La réglementation peut parfois encourager, voir imposer, un comportement ou des conditions qui constitueraient autrement une violation du droit de la concurrence. Par exemple, la réglementation peut autoriser une coordination au niveau des prix, empêcher la publicité ou tout autre moyen utilisé par la concurrence, ou imposer une division territoriale du marché. Le principal motif de préoccupation reste la législation, ou toute autre mesure officielle de portée générale accordant un traitement spécial. Cela étant, les affirmations selon lesquelles le droit et la politique de la concurrence doivent être mis en balance face à d'autres législations et politiques peuvent être formulées dans d'autres contextes, y compris dans celui de l'application du droit de la concurrence lui-même.

- La portée et la nature des exclusions et des régimes spéciaux sont d'une manière générale comparables, c'est-à-dire qu'on les retrouve pour l'essentiel dans les mêmes secteurs et pour les mêmes types de comportement dans la plupart des pays examinés. Parmi les exemples communs, on peut citer l'agriculture et les coopératives, les services de l'emploi, les droits de propriété intellectuelle et droits d'exécution d'œuvres, les secteurs des infrastructures, les médias et les organismes de réglementation des services professionnels. Que conclure de ces similarités ? Quelles sont celles qui démontrent qu'à chaque fois que des problèmes identiques de lutte contre les mesures anti-concurrentielles ont été relevés, ils appellent des réformes partout ? Qu'implique le fait que des objectifs et valeurs semblables soient considérés partout comme plus importants dans ces secteurs ?
- L'instauration de règles *de minimis*, qui ont pour effet d'exempter des entreprises ou des transactions de taille modeste, peut constituer un moyen utile et transparent d'économiser

les ressources affectées à l'application de la législation, mais il est possible d'y adjoindre des définitions et des limites ayant pour effet de protéger certains intérêts privilégiés. La possibilité d'accorder un traitement spécial remet-elle en cause le principe selon lequel le droit de la concurrence s'applique à tous ? Ou bien le fait d'exempter les plus modestes garantit-il au public que la loi s'attachera en priorité aux abus exercés par les entreprises les plus puissantes ?

- Dans presque tous les pays, il est de règle d'exempter tout comportement autorisé ou imposé par une autre loi ou un autre règlement. Seuls quelques pays donnent la priorité à la politique de la concurrence. Faudrait-il établir une règle générale claire privilégiant la politique de la concurrence en cas de conflits en différentes législations ou réglementations ?
- Quelle est la procédure qui permet d'envisager d'exempter une entreprise d'une disposition du droit de la concurrence en se fondant sur d'autres considérations d'action publique ? La meilleure solution consiste-t-elle à confier ce soin aux institutions chargées de faire appliquer le droit de la concurrence, selon les procédures qui leur sont propres, ou bien cette mission devrait-elle être dévolue à une instance extérieure, selon des modalités différentes ?
- Certaines exclusions, notamment celles qui ont pour effet d'inverser certains efforts particuliers de mise en œuvre de la législation, apparaissent comme des opérations spéciales destinées à des secteurs politiquement puissants. Comment la politique de la concurrence peut-elle devenir un principe général et à vocation horizontale si sa portée est fonction d'un certain degré d'interférence politique ?
- Lorsque des intérêts gouvernementaux ou des actions publiques sont en jeu, il est courant que l'application de la politique de la concurrence pose des problèmes. Des activités menées par les pouvoirs publics peuvent donner lieu à des plaintes de la part d'usagers pour cause de monopole, ou de la part de fournisseurs du secteur privé pour concurrence déloyale. Il peut arriver que des fonctionnaires locaux encouragent des comportements non concurrentiels chez des acteurs du secteur privé ou refusent d'accorder des licences, ce qui revient à faire obstacle à l'entrée sur le marché. Comment le droit de la concurrence peut-il contribuer à réduire les failles observées dans le champ de la politique de la concurrence qui résultent du comportement des pouvoirs publics sur le marché ? Quelles leçons peut-on tirer de l'application d'interdictions juridiques à des actions officielles ou à des entités de la sphère publique ? Quelle part doit être faite aux mesures visant à convaincre du bien-fondé de la politique de la concurrence et à la réforme structurelle ?

2.2 Réglementation et déréglementation sectorielle

7. Certains traitements spéciaux ou programmes réglementaires connexes peuvent bien sûr être parfaitement compatibles avec une politique de la concurrence de large portée. Ils peuvent quelquefois constituer un moyen plus efficace d'appliquer des principes de concurrence généraux, en les adaptant à des schémas factuels récurrents. En particulier, dans les cas où le monopole a paru inévitable, la réglementation constitue quelquefois une tentative de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en contrôlant les entrées et l'accès au marché. La nécessité de réforme se fait sentir lorsque l'évolution de la technologie ou des modifications intervenant au sein d'autres institutions amène à reconsidérer le postulat de départ, selon lequel la politique de la concurrence ou les institutions chargées de sa mise en œuvre ne seraient pas à même de discipliner le pouvoir de marché. Les auteurs de la réglementation peuvent s'efforcer d'empêcher les ententes ou les abus dans un secteur d'activité, exactement de la même façon que le ferait la politique de la concurrence. Il peut cependant arriver que

différentes instances de réglementation appliquent des normes différentes, et des politiques qui paraissent semblables peuvent aboutir à des résultats distincts.

- Quelles sont les considérations qui entrent en ligne de compte dans les relations entre les institutions en ce qui concerne la mise en œuvre du droit de la concurrence et la réglementation par la politique de la concurrence ? Est-il possible à une autorité réglementaire spécifique à un secteur donné d'appliquer des lois sur la concurrence faites sur mesure pour ce secteur ? Ou bien, si les fonctions sont distinctes, vaut-il mieux que des institutions sectorielles appliquent le même droit positif et les mêmes analyses de fond ?
- Dans quel cas vaut-il mieux regrouper en une seule instance les institutions administratives qui appliquent les lois affectant la concurrence, y compris la réglementation économique des monopoles naturels ? Une telle mesure peut permettre d'économiser des ressources spécialisées, en particulier dans les petits pays. Cela étant, les fonctions de surveillance sectorielle diffèrent de celles de la mise en œuvre a posteriori et nécessitent quelquefois des règles et des procédures différentes.
- Lorsque l'intervention réglementaire est fondée sur un pouvoir de marché dans un secteur réglementé, l'autorité de la concurrence est quelquefois chargée de définir le marché et de déterminer si une entreprise donnée y dispose d'un pouvoir. Est-il suffisant d'obliger les autorités chargées de la réglementation sectorielle à consulter les spécialistes de la concurrence avant de prendre leurs décisions ? L'autorité de la concurrence devrait-elle avoir un contrôle juridique sur ces décisions, ou bien faudrait-il favoriser la cohérence en les soumettant à une instance d'appel commune ?
- Dans les secteurs d'infrastructures, promouvoir l'investissement et le développement peut constituer une préoccupation de poids, en plus de la défense de la concurrence et de l'efficacité. Ces considérations ne sont pas forcément incompatibles, mais les priorités, leur hiérarchisation et les réformes doivent tenir compte des capacités institutionnelles. Quel rôle une instance chargée de la concurrence devrait-il jouer dans l'examen de ces questions ainsi que dans la conception et la mise en œuvre des réformes et de la privatisation des infrastructures ?

2.3 Action publique et mesures de sensibilisation au bien-fondé des principes de la concurrence

8. Les problèmes de concurrence posés par la réglementation commencent souvent là où le pouvoir de mise en œuvre s'arrête. Dans la quasi-totalité des pays examinés, les organismes chargés de la politique de la concurrence s'efforcent de convaincre du bien-fondé d'une réforme des réglementations contraires à la concurrence. Cette fonction est particulièrement importante dans les pays où les institutions chargées d'instaurer un marché concurrentiel sont mal connues. Dans ces situations, l'œuvre de sensibilisation consiste à éduquer le public et les autres parties du gouvernement, et à donner un avis sur les mesures publiques et décisions officielles ayant un impact sur la concurrence. Mais la sensibilisation n'est pas toujours le fait de l'instance chargée de la mise en œuvre. Lorsqu'il existe un bureau ministériel distinct de l'autorité de mise en œuvre, c'est généralement le ministère qui participe au débat sur l'action publique mené au sein du gouvernement.

- A quel moment une autorité de mise en œuvre dispose-t-elle du statut et du pouvoir lui permettant de donner un avis sur des mesures qui sortent du champ de ses compétences en matière de mise en œuvre de la législation ? Faut-il y être autorisé par la loi pour se lancer dans des opérations de sensibilisation ?

- La contribution au débat public d'une instance de la concurrence indépendante est-elle plus crédible, du fait de son autorité et de son savoir-faire ? Ou bien le fait même de participer au débat compromet-il l'indépendance requise pour une mise en œuvre efficace ?
- Pour les autorités de la concurrence relativement jeunes ou encore peu solidement établies, les actions de sensibilisation sont-elles un bon moyen pour attirer l'attention du public sur l'importance de la concurrence ? Ou importe-t-il davantage de prendre des mesures pour faire appliquer la loi ?
- Quelles sont les ressources nécessaires pour mener à bien une action de sensibilisation efficace ? Quel rôle devrait être dévolu au personnel et aux fonctionnaires des autorités concernées et aux consultants et conseillers spécialisés extérieurs ?
- La procédure d'analyse des conséquences de la réglementation est liée aux travaux de sensibilisation et de définition de l'action publique menés à bien par les responsables de la concurrence. S'il existe une procédure systématique permettant d'évaluer et de corriger les réglementations existantes ou d'améliorer la qualité des réglementations en devenir, comment prend-elle la concurrence en compte ? Quel est le rôle des responsables de la politique de la concurrence dans ces processus ? Comment l'analyse des conséquences de la réglementation peut-elle être menée en appliquant le principe des « moyens les moins anti-concurrentiels » ?

2.4 *Institutions et mise en œuvre de la politique de la concurrence*

9. La recommandation d'une mise en œuvre énergique de la législation destinée à lutter contre les collusions, abus de position dominante et fusions anti-concurrentielles suppose l'existence d'institutions de mise en œuvre dynamiques et efficaces. A cet égard, la stature, la crédibilité de l'instance de mise en œuvre, et son indépendance vis-à-vis de toute influence politique, sont des considérations importantes, particulièrement si les décisions doivent être fondées sur les conséquences en termes de concurrence plutôt que mises en balance avec d'autres actions publiques. La politique de la concurrence est menacée par la recherche de rentes : plus grands sont les avantages potentiels que l'on pourrait retirer d'un monopole, plus fortes seront les motivations pour chercher à influencer les responsables de l'action publique en vue d'obtenir ou de sauvegarder ces avantages. Ainsi, il est souvent particulièrement important qu'un organisme chargé d'empêcher les monopoles soit préservé de toute influence dictée par la recherche de rente.

- Dans quasiment tous les pays, des efforts sont déployés pour mettre les applications de la politique de la concurrence à l'abri des pressions politiques, qu'elles émanent du pouvoir législatif ou du gouvernement. En revanche, il arrive que le schéma institutionnel fasse entrer en ligne de compte un point de vue non spécialisé et potentiellement politique dans la procédure de nomination ou dans la structure des institutions chargées de prendre les décisions. Quelle est l'efficacité des mesures couramment utilisées telles que la séparation administrative entre les ministères ou le gouvernement, l'établissement de budgets distincts, l'instauration de mandats à durée déterminée et la protection des mandats ? Quelles leçons peut-on tirer des expériences consistant à confier un pouvoir de décision à des organes qui comptent en leur sein des représentants de groupes d'intérêts ?
- L'obstacle le plus couramment rencontré à une mise en œuvre efficace et vigoureuse est la réticence des tribunaux à imposer des sanctions assez lourdes pour dissuader tout comportement anti-concurrentiel. On a certes vu se dégager une tendance assez nette en faveur de sanctions financières plus lourdes à l'encontre des ententes injustifiables, mais il

reste encore beaucoup à faire. Quelles mesures faudrait-il prendre pour former et persuader les juges et les responsables de l'action publique de l'importance qu'il y a à protéger la concurrence en prévenant et, si nécessaire, en punissant tout comportement susceptible d'y faire obstacle ? Dans quelle mesure d'autres réparations telles que des dommages et intérêts ou actions privées peuvent-elles compléter efficacement la mise en œuvre de la législation par les pouvoirs publics ?

2.5 *Liens avec d'autres politiques visant à favoriser le libre jeu du marché*

10. Parmi les domaines relevant de l'action publique qui sont fréquemment liés à la politique et aux institutions de la concurrence et qui ont en conséquence été souvent évoquées au cours d'un grand nombre d'examen, on peut citer la protection des consommateurs, la concurrence déloyale, les marchés publics, les subventions et aides de l'État, et le commerce international. La plupart, mais non la totalité, des objectifs et conséquences de ces politiques sont généralement considérés comme complémentaires de ceux de la politique de la concurrence, ou pour le moins compatibles avec eux.

- Quels sont les avantages et, à l'inverse, les inconvénients des pratiques consistant à combiner ces fonctions complémentaires avec la mise en œuvre de la politique et du droit de la concurrence, en particulier lorsque les ressources et les savoir-faire sont limités ?

2.6 *Le rôle de la politique de la concurrence dans une réforme à grande échelle*

11. La portée de la réforme sera différente en fonction de la diversité des contextes. Dans certains cas, il peut être nécessaire d'établir en premier lieu des institutions, et non de se contenter de réformer celles qui ne fonctionnent pas comme on l'espérait. Ou bien la réforme peut porter sur la structure de détention, la gouvernance, l'intervention ou la protection plutôt que sur les méthodes permettant de concevoir et d'appliquer la réglementation. Les examens ont montré que les efforts de réforme qui ont été couronnés de succès sont ceux qui comprenaient de solides éléments de politique de la concurrence. Un premier examen avait permis d'entrevoir les raisons qui expliquent le lien entre une réforme fondée sur la concurrence et une amélioration économique à long terme : « une saine concurrence habitue l'économie à s'adapter. » Cette observation a été faite par un représentant officiel d'un pays Membre qui a mené à bien, dans les années 90, un vaste programme de réforme à long terme fondé sur les principes de la concurrence et qui a mis en place pour la première fois de son histoire un système crédible de mise en œuvre du droit de la concurrence.

- La question de savoir sur la culture de la concurrence est assez forte pour servir de fondement à une réforme durable a été posée à plusieurs reprises pendant les examens. Quelles sont les conditions permettant de convaincre les responsables de l'action publique et le public lui-même des liens existant entre concurrence, réforme et développement ?
- Lorsque l'engagement envers la concurrence est peu ferme ou n'a pas encore été mis à l'épreuve, quel est le meilleur moyen de susciter une adhésion et un soutien de grande ampleur ? Est-il prudent, ou nécessaire, de confier à d'autres organismes ou ministères la charge et la mission de protéger et de promouvoir la concurrence ? D'un côté, il existe un risque d'incohérence, et de détournement par des groupes d'intérêt ; de l'autre, le fait de répandre la culture de la concurrence permet de combattre la notion selon laquelle la concurrence serait juste une spécialité technique plutôt qu'un principe fondamental.

NOTES

¹ Les pays examinés dans le cadre du programme de l'OCDE sur la réforme de la réglementation sont : l'Allemagne, le Canada, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Turquie. La plupart des rapports peuvent être consultés sur l'Internet à l'adresse www.oecd.org/comp . L'Afrique du sud et le Chili ont également fait l'objet d'un examen dans le cadre du programme de coopération avec les non-membres. Les rapports sont également disponibles à l'adresse www.oecd.org/comp .

² Le Rapport de 1997 sur la réforme de la réglementation est disponible sur le site www.oecd.org

ANNEXE

1. Le programme horizontal de l'OCDE sur la réforme de la réglementation a conduit le Comité de la Concurrence à procéder à des examens par les pairs approfondis des politiques et institutions de la concurrence de 20 Pays membres. Le Groupe spécial sur la politique de la réglementation (GSPR) a demandé aux Comités de faire le bilan des enseignements tirés de ce processus d'examen, en vue d'un rapport qui doit être présenté au Conseil en 2005.

2. Les recommandations du *Rapport de l'OCDE de 1997 sur la Réforme de la Réglementation* servent de cadre à cette vue d'ensemble. Les thèmes majeurs qui émergent des recommandations générales du *Rapport de 1997* sont respectivement le processus réglementaire, les réformes sectorielles, la mise en œuvre et la sensibilisation à l'impératif de la concurrence. Les 20 examens par pays ont analysé l'historique et le contexte de la politique de la concurrence, les normes de base, les structures institutionnelles et les pouvoirs de mise en œuvre, les exclusions et les problèmes sectoriels spéciaux ; ils ont également analysé les études nationales de la politique de la concurrence, et la question de la sensibilisation à l'impératif de la concurrence. Ces études nationales ont été réalisées selon un format standard, qui a été partiellement motivé par un ensemble de questions analytiques sous-jacentes au projet de 1998 visant à développer des indicateurs sur la qualité de la réglementation.

3. Cette étude se concentre sur les questions touchant le plus étroitement à la réglementation et au processus réglementaire. Elle parvient à la conclusion que les politiques de la concurrence sont plus fortes et plus cohérentes, et que les politiques réglementaires reconnaissent plus clairement la valeur de la concurrence sur le marché, lorsque ces deux politiques se sont mutuellement soutenues pour motiver la réforme, et lorsqu'un système indépendant de mise en œuvre défend les principes de la concurrence contre toute intervention opportuniste. Les recommandations de base du *Rapport de 1997* sont toujours valables, mais les espoirs formulés quant à leur mise en œuvre doivent être réalistes. Bien que la valeur de la concurrence soit largement reconnue, seul un petit nombre de pays s'accordent à reconnaître que les autres politiques doivent être promues par les moyens les moins anticoncurrentiels.

4. Les rapports soumis au Comité de la concurrence examinent les lois substantielles, le processus de mise en œuvre et les formes institutionnelles avec un degré de détail tel qu'ils ne pourront pas être directement exploités dans les travaux du GSPR concernant ces recommandations. En raison des variantes institutionnelles observées parmi les Pays membres, il est difficile de formuler des prescriptions générales qui seraient utiles dans ce contexte. Le niveau d'efficacité du système d'application de la loi sur la concurrence est largement similaire dans les Pays membres. Dans un petit nombre de pays, le système semble particulièrement efficace, tandis qu'il est particulièrement inefficace dans quelques autres pays, mais ces différences d'efficacité résultent probablement plus de différences de culture économique et politique que de différences de formes ou pratiques institutionnelles.

Les recommandations du rapport de 1997

5. La politique de la concurrence occupe une place prépondérante dans les sept recommandations de base du *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation de 1997*. Elles exhortent à des programmes formels de réforme, à un réexamen systématique des réglementations, à la transparence et à une application non discriminatoire, à une application efficiente de la politique de la concurrence, à un renforcement de l'efficacité de la politique de la concurrence et de son application, à la réforme des réglementations économiques anticoncurrentielles, à une réduction des obstacles réglementaires aux échanges et à l'investissement, et appellent à soutenir la réforme dans ses liens avec d'autres

objectifs politiques. Cinq des recommandations de 1997 traitent totalement ou partiellement de la politique de la concurrence ou de sa mise en oeuvre.¹ Considérées dans leur ensemble, les recommandations de 1997 et leurs explications justificatives impliquent que la politique de la concurrence devrait jouir d'un statut privilégié dans le domaine de la réglementation, en combinant deux éléments : une forte présomption en faveur de toutes solutions aptes à résoudre les problèmes d'une manière promouvant un marché concurrentiel, d'une part, et le principe que les autres politiques doivent être poursuivies exclusivement par des moyens ne faussant la concurrence que dans une mesure faible et strictement nécessaire à leur mise en oeuvre.

Principales recommandations du Rapport de 1997

1. Adopter, au niveau politique, de vastes programmes de réforme de la réglementation comportant des objectifs clairs et prévoyant des cadres précis pour leur mise en oeuvre.
2. Réexaminer systématiquement les réglementations pour vérifier si elles répondent toujours avec efficience et efficacité aux objectifs qui leur sont assignés.
3. Veiller à ce que les réglementations et les processus réglementaires soient transparents, non discriminatoires et appliqués avec efficience.
4. Réexaminer, et renforcer le cas échéant, le champ d'application et l'efficacité de la politique de la concurrence et les moyens de faire respecter les obligations qui en découlent.
5. Réformer les réglementations économiques dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence, et les éliminer sauf celles qui s'avèrent être le meilleur moyen de répondre aux intérêts généraux de la collectivité.
6. Supprimer les obstacles réglementaires inutiles aux échanges et à l'investissement en améliorant l'application des accords internationaux et en renforçant les principes internationaux.
7. Recenser les liens importants avec d'autres objectifs de l'action gouvernementale et élaborer des politiques qui permettent de réaliser ces objectifs en favorisant la réforme.

Source: Rapport de l'OCDE sur la Réforme de la Réglementation, 1997.

6. Les recommandations sur la qualité de la réglementation et le processus réglementaire reconnaissent qu'il est prioritaire de soutenir la concurrence sur le marché. Selon les critères posés par la première recommandation, une réglementation de qualité devrait notamment engendrer le moins possible de coûts et de distorsions sur le marché, et être compatible autant que possible avec les principes visant à faciliter la concurrence, les échanges et l'investissement.² Bien entendu, la qualité de la réglementation dépendra beaucoup de la mesure dans laquelle cela est "possible". Le Rapport appelle les gouvernements à mettre en place des dispositifs de réforme qui adopteront et appliqueront le principe exprès selon lequel la réglementation ne doit pas affecter la concurrence, les échanges et l'investissement plus que cela n'est nécessaire pour réaliser d'autres objectifs légitimes. La seconde recommandation, relative au réexamen systématique, renforce l'importance spéciale accordée à la concurrence et aux échanges,³ en notant que le réexamen de réglementations qui restreignent la concurrence et les échanges serait "en particulier" susceptible de produire les avantages les plus importants et les plus visibles.

7. Une recommandation traite exclusivement du champ d'application du droit de la concurrence et des pouvoirs et performances des autorités chargées de la concurrence :

- (4.) Réexaminer, et renforcer le cas échéant, le champ d'application et l'efficacité de la politique de la concurrence et les moyens de faire respecter les obligations qui en découlent :

- Comblent les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces.
- Faire respecter énergiquement le droit de la concurrence en cas de comportement de collusion, d'abus de position dominante ou de fusions anticoncurrentielles susceptibles de compromettre la réussite de la réforme.
- Doter les autorités responsables de la concurrence des pouvoirs et des moyens nécessaires pour convaincre du bien-fondé de la réforme.

Le premier point revêt une importance particulière dans le contexte réglementaire. Il réaffirme la pétition de principe selon laquelle la politique de la concurrence revêt une certaine priorité par rapport à d'autres politiques. Examiner les secteurs et pratiques qui sont exemptés de l'application du droit de la concurrence implique de se demander pourquoi la politique devrait tolérer ou préférer une situation de monopole ou de collusion. Un régime spécial sous forme d'exemptions limitées ou de structures spéciales d'application de la loi peut répondre à d'autres politiques ou d'autres forces politiques. Existe-t-il des méthodes institutionnelles pour appliquer un régime spécial dans un secteur qui parvient mieux que d'autres à l'équilibre souhaité ? En général, quelle est la nature de l'exemption pour une conduite qui est autorisée ou exigée par une autre loi ou réglementation ? Pratiquement toutes les juridictions se sont dotées d'une telle règle, mais seul un petit nombre de ces règles accordent la priorité à la politique de la concurrence. Quel est le processus suivi pour envisager des dérogations à certaines règles du droit de la concurrence, sur la base d'autres considérations politiques ? Ce processus est-il confié aux mêmes institutions que celles qui appliquent le droit de la concurrence ou à des institutions ou personnes extérieures, et est-ce le même processus que celui qui intervient pour l'application du droit de la concurrence ?

8. Le second point pourrait couvrir pratiquement l'intégralité du droit de la concurrence et de ses moyens de mise en oeuvre. La recommandation se concentre sur la manière dont la protection du droit de la concurrence remplace la protection de la réglementation. Bien que les rapports par pays aient essayé de mettre en lumière le lien entre le droit de la concurrence et la réglementation, le Comité s'est souvent intéressé à des aspects plus larges de la question lors de l'examen de ces rapports. L'appel à une application vigoureuse et effective du droit de la concurrence implique la nécessité d'institutions vigoureuses et effectives chargées de cette application. Le Comité s'est fortement intéressé à la structure et aux ressources institutionnelles, ainsi qu'aux pouvoirs et procédés d'application de la loi. La stature et la crédibilité de l'autorité de la concurrence, et son indépendance par rapport à toutes considérations politiques, sont autant de critères déterminants de l'équilibre entre la politique de la concurrence et d'autres politiques. Le troisième point souligne la nécessité de convaincre du bien-fondé de la réforme, car la compétence de l'autorité de la concurrence s'arrête souvent là où commencent les problèmes nés de la réglementation. Les questions pertinentes incluent le statut et la réputation de l'autorité, et son pouvoir de donner des avis sur des politiques sortant du cadre de sa sphère d'application de la loi, les ressources qui sont consacrées à cette fonction, son expérience et son palmarès d'efficacité. Ce troisième point est lié à deux autres recommandations, concernant la déréglementation et le lien avec d'autres politiques.

9. La recommandation séparée à propos du processus de déréglementation économique a également directement trait à la politique de la concurrence.⁴ Les implications de cette recommandation font l'objet de l'inventaire des chapitres sectoriels au sein du Groupe de travail n° 2. La recommandation finale concerne les liens avec d'autres objectifs et politiques, mais elle continue néanmoins d'impliquer une priorité pour la concurrence, notamment dans ses deux premiers sous paragraphes.⁵ Parmi les politiques fréquemment liées à la politique et aux institutions de la concurrence, et qui ont donc été évoquées dans un grand nombre des rapports nationaux, on citera la protection des consommateurs, la concurrence déloyale, les marchés publics, les subventions et aides publiques, et les échanges internationaux. La plupart des objectifs et effets

de ces politiques, sinon tous, sont habituellement considérés comme complémentaires à ceux de la politique de la concurrence, ou compatibles avec eux.

La politique de la concurrence dans les programmes de réforme

10. Les recommandations sur le processus réglementaire sont un indice de la culture de la concurrence. Chacun des rapports d'examen de la politique de la concurrence a commencé par examiner comment la politique de la concurrence trouve ses fondations dans les traditions commerciales, économiques, politiques et juridiques du pays. En évaluant comment le système politique comprend et apprécie les principes de la concurrence, les rapports ont posé la question de savoir comment ces principes avaient motivé le processus de réforme de la réglementation.

11. Pratiquement tous les pays Membres se sont actuellement dotés d'un programme formel de réforme de leur réglementation. Les occasions, motivations et justifications de ces programmes de réforme sont variables. Le stimulus immédiat d'un programme de réforme peut être une crise fiscale ou financière, une stagnation ou récession prolongée, ou un défi majeur, tels l'ouverture à l'économie de marché ou un changement de régime. La réforme peut être promue pour accroître l'efficacité, la productivité et la croissance, ou pour simplifier l'administration et réduire les charges administratives et la paperasserie. Ces objectifs ne sont ni exhaustifs ni mutuellement exclusifs, bien entendu. Par ailleurs, les programmes visant à lutter contre les lourdeurs administratives peuvent également inclure des considérations de performance économique. Tous les efforts approfondis de réforme sont susceptibles d'inclure des éléments promouvant une politique de la concurrence vigoureuse. Les exemples les plus éclatants sont les projets à grande échelle visant à remanier un système économique centralisé, parfois associés au remplacement d'un système politique non démocratique. La politique et les institutions de la concurrence ont parfois occupé une place centrale dans ces expériences de réforme totale.

12. Le lien entre la politique de la concurrence et la réforme est apparue longtemps avant le mouvement de déréglementation qui a commencé à la fin des années 1970. Les autorités américaines de la concurrence sont le produit des réformes "progressistes" du début du 20^{ème} siècle. La loi allemande sur la concurrence et le *Bundeskartellamt* ont été les pièces maîtresses des réformes qui ont vu le jour après la II^{ème} Guerre Mondiale et ont créé l'économie sociale de marché (et sa Réglementation sur les Ententes a été un élément clé du programme de réforme visant à juguler l'inflation galopante en 1923). Dans les deux pays, le large soutien politique et public dont bénéficie la concurrence affecte les perspectives de réforme et la forme que prend habituellement la réforme. Comme le fait observer l'étude consacrée aux Etats-Unis, du fait de l'acceptation culturelle d'une norme de concurrence dans la "constitution" économique américaine, des réformes mettant la concurrence en vedette peuvent être justifiées comme un retour aux racines politiques et économiques. La conception allemande de la politique de la concurrence explique également son itinéraire de réforme, car la réputation du *Bundeskartellamt* a encouragé les dirigeants politiques à s'appuyer sur la loi sur la concurrence, là où la plupart des autres pays se sont appuyés sur une intervention réglementaire sectorielle. La Hongrie fournit un exemple plus récent de situation dans laquelle la politique de la concurrence a été le moteur de la réforme économique. En 1984 et de nouveau en 1990, une loi générale sur la concurrence a été le premier produit d'une vague d'efforts de réforme, impliquant la reconnaissance du caractère fondamental de la concurrence. Lorsque le gouvernement librement élu a adopté la loi sur la concurrence en novembre 1990, le Premier Ministre a qualifié cette loi de « constitution » de la vie économique. Aux Pays-Bas, la loi d'ensemble sur la concurrence, entrée en vigueur en 1998, a été élaborée (bien qu'elle n'en forme pas officiellement partie) dans le cadre du vaste programme de réforme MDW fondé sur la concurrence, initialement lancé en 1994 et poursuivi après les élections de 1998. Plusieurs rapports ont attiré l'attention sur le modèle de la vaste réforme fondée sur la concurrence en cours en Australie.

Examen de la politique de la concurrence en Australie

En Australie, l'État fédéral et les États ont procédé à un examen approfondi de la réglementation afin d'en supprimer les effets anticoncurrentiels injustifiés. Cet examen est d'une portée et d'une ambition sans précédents dans les pays de l'OCDE. En 1993, le rapport sur la politique nationale de la concurrence a conclu que l'Australie était confrontée à des défis majeurs pour réformer son économie afin d'accroître le niveau de vie national et a recommandé de procéder à une réforme de la réglementation restreignant indûment la concurrence.¹

La législation sur la concurrence ne pouvant à elle seule éliminer les entraves réglementaires à la concurrence, car beaucoup d'entre elles découlaient d'autres lois, il était nécessaire de mettre en place un nouveau mécanisme impliquant :

Que les pouvoirs publics admettent le principe selon lequel il faut clairement démontrer que toute entrave à la concurrence est dans l'intérêt général.

Que les réglementations nouvelles fassent l'objet d'examen plus fréquents et que les restrictions importantes à la concurrence soient levées au bout d'une période déterminée, à moins d'être prorogées après avoir été soigneusement analysées dans le cadre d'un processus d'examen public.

Que les réglementations en vigueur imposant une restriction importante à la concurrence soient soumises à un examen systématique afin de déterminer si elles sont conformes au premier principe, et soient levées au bout de cinq ans, à moins d'être prorogées après avoir été soigneusement analysées dans le cadre d'un nouveau processus d'examen.

Dans la mesure du possible, que les examens des réglementations se situent dans une perspective économique.

En avril 1995, le Conseil des gouvernements australiens a signé le Competition Principles Agreement (accord sur les principes de protection de la concurrence), qui consacre ces recommandations, et un calendrier d'examen a été arrêté en 1996. Une partie substantielle du processus est actuellement achevée. Les grandes entreprises nationalisées devront désormais appliquer des principes de neutralité concurrentielle, ce qui signifie une compétition plus loyale avec le secteur privé. La plupart des 1.700 textes législatifs identifiés comme contenant des restrictions ont été examinés. Cette politique semble avoir également créé une culture de justifications rigoureuses pour les nouvelles réglementations concernant les entreprises.²

Une profonde réforme du marché du travail, des marchés financiers, de la politique fiscale et de la politique de la concurrence a renforcé les performances économiques de l'Australie. L'impact limité de la crise financière asiatique de 1997 sur l'Australie a démontré que son économie devenait plus résistante. Les études économiques que l'OCDE a consacrées à l'Australie établissent une corrélation entre le programme de réforme structurelle et la croissance de la production, des revenus, de l'emploi et de la productivité. La plus récente notait que les réformes structurelles des vingt dernières années ont été les principaux facteurs de la croissance de la productivité, et constatait que le programme avait amélioré la croissance de la productivité multifactorielle d'environ 1 point de pourcentage. Le PIB de l'Australie est actuellement d'environ 2½ pour cent supérieur à ce qu'il aurait été autrement, et les revenus annuels des ménages australiens ont augmenté d'environ A\$7 000, grâce aux réformes.³

1. Hilmer, F., Raynor, M. and Taperell, G. (The Independent Committee of Inquiry) (1993), *National Competition Policy*, Australian Government Publishing Service, Canberra.
2. OECD (2001) Étude économique de l'Australie.
3. OECD (2003) Étude économique de l'Australie.

13. Plusieurs examens ont évoqué la question de savoir si la culture de la concurrence est assez forte pour servir de fondement à une réforme durable. Par exemple, le rapport sur le Mexique observe que ses réformes ont été le produit des travaux d'experts du gouvernement, et que la loi et la politique de la concurrence manquent d'une base claire de soutien de la part du grand public, que les partisans de la politique de la concurrence ne sont pas bien identifiés, et qu'il y a eu peu d'efforts visibles pour motiver ces partisans jusqu'à présent. Le rapport sur le Japon observe que les appels à une application plus rigoureuse de la législation sur les ententes sont habituellement venus des associations de travailleurs et de consommateurs, qui sont souvent assez soupçonneux à propos d'autres aspects de la réforme. Ainsi, il n'est pas certain que les intérêts qui soutiennent la réforme apprécient l'importance que la concurrence doit jouer dans ce processus. Dans certains pays, notamment la Corée et la République tchèque, le problème clé de la réforme économique a été de corriger de graves faiblesses des finances et de la gouvernance d'entreprise. La motivation philosophique et politique de la politique de la concurrence soutient pleinement ces réformes financières et du droit des sociétés, mais les outils de la mise en œuvre du droit de la concurrence peuvent ne pas être les plus appropriés pour accomplir les tâches nécessaires. Néanmoins, si la réforme économique inclut ces changements structurels, les institutions de la politique de la concurrence peuvent jouer un rôle prééminent. La FTC de Corée a fait de la réglementation du *chaebol* une haute priorité, appliquant des lois spéciales à cet effet. Le programme de réforme d'ensemble entrepris au Mexique au début des années 1990 a assigné un rôle essentiel à la CFC, pour parvenir à des jugements analytiquement cohérents sur l'existence d'une puissance de marché, dans les opérations de privatisation.

14. La recommandation relative à l'examen systématique et à l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est liée aux travaux politiques et de sensibilisation du public des autorités de la concurrence. Elle traite également, d'une manière opérationnelle, de la priorité de la concurrence par rapport à d'autres objectifs politiques. S'il existe un processus systématique d'évaluation et de correction des « stocks » de textes réglementaires, ou d'amélioration de la qualité des flux réglementaires, comment tient-il compte de la concurrence ? Par ailleurs, comment le principe des « moyens les moins anticoncurrentiels » est-il appliqué dans les AIR ? Quel a été le rôle des autorités de la concurrence dans ces processus ?

15. Certains processus d'examen des projets de lois et réglementations sont pratiquement universels. Si les fonctions de fixation de la politique de la concurrence et de mise en œuvre de celle-ci sont confiées à des autorités séparées, l'autorité chargée de la politique sera plus susceptible d'être responsable d'examiner les projets afin de déterminer s'ils peuvent affecter la concurrence, alors que l'autorité chargée de la mise en œuvre pourra ne s'intéresser qu'aux projets qui affectent directement la manière dont la loi sur la concurrence est appliquée. L'autorité chargée de la mise en œuvre pourrait s'occuper du « stock » de réglementations, ainsi que du flux de nouvelles réglementations, mais d'une manière non systématique. En d'autres termes, elle pourra recevoir et instruire des plaintes à propos des restrictions à la concurrence qui résultent de la structure réglementaire existante et prôner la réforme de ces réglementations incriminées.

16. Certaines autorités ont joué des rôles particulièrement cruciaux dans la réforme des processus d'examen des réglementations en vigueur et des projets de réglementation. Le président de la Fair Trade Commission de Corée était le président du Comité de la Réforme de la Réglementation Économique de Corée à la fin des années 1990 et en est toujours membre, et d'autres dirigeants de la KFTC siègent dans ses sous-comités de travail. Pour le Mexique, le rapport recommande que la CFC prenne une position similaire au Conseil de Déréglementation Économique du Mexique. Pour l'Italie, le rapport a établi un lien entre le rôle de l'autorité et l'AIR, en recommandant que les impacts sur la concurrence deviennent un critère exprès de l'AIR, et que l'Autorité participe systématiquement au processus de l'AIR. À la date de publication du rapport, ces recommandations avaient déjà été mises en œuvre, de telle sorte qu'un représentant de l'Autorité a participé à l'*Observatorio* sur la simplification des règles et procédures, et que le guide sur l'AIR a consacré le critère de la concurrence sur le marché pour évaluer les nouvelles réglementations. Les autorités de la concurrence participent habituellement aux programmes de restructuration économique, mais il est moins habituel pour elles d'être activement impliquées dans le

processus formel d'examen et d'évaluation de la réglementation ou d'en être responsable, que ce soit pour élaborer des normes ou réaliser des évaluations effectives. Le point de savoir si elles doivent participer à ce processus dépend de leur structure institutionnelle. En Italie, où le rapport recommandait une participation formelle, il n'existe aucune autorité chargée de la politique de la concurrence qui soit chargée de cette fonction au sein d'un ministère.

17. Les recommandations relatives au processus réglementaire préconisent vigoureusement d'inclure la concurrence dans l'AIR. Cela n'imposerait pas à l'autorité chargée de la politique de la concurrence ou à celle chargée de sa mise en œuvre de revoir et d'avaliser chaque proposition. En revanche, un processus d'AIR bien conçu devrait inclure des critères afin d'identifier celles de ces propositions qui peuvent avoir des effets significatifs sur la concurrence, pour les transmettre à des experts de la politique de la concurrence qui pourraient ensuite en faire une étude plus approfondie. Le processus devrait décrire explicitement le rôle et le pouvoir de l'autorité chargée de la politique de la concurrence ou de celle chargée de sa mise en œuvre. Au minimum, si l'étude conclut que la proposition ou la réglementation entraînerait effectivement des restrictions significatives à la concurrence, l'auteur du projet ou le gouvernement devrait être tenu de répondre à cette conclusion, soit pour corriger la réglementation proposée afin d'éliminer ces effets, soit pour expliquer, publiquement, pourquoi elle est exigée dans l'intérêt public.

18. Les recommandations de 1997 impliquent que l'AIR doit inclure un principe exigeant que la mise en œuvre de la réglementation passe par les "moyens les moins anticoncurrentiels". Il s'agit d'un critère rigoureux. Le bilan des chapitres consacrés à la qualité de la réglementation, tel qu'il a été réalisé par le Comité de la gestion publique, démontre que les normes de l'AIR, lorsqu'elles sont formalisées, considèrent d'une manière ou d'une autre les effets sur la concurrence. Néanmoins, cet examen ne s'est pas focalisé sur l'utilisation du critère des "moyens les moins anticoncurrentiels", car il s'est concentré sur la Recommandation du Conseil de 1995 plutôt que sur les Recommandations de 1997. Seul un petit nombre des examens de la politique de la concurrence réalisés par ce Comité ont abordé les détails de la procédure de criblage de l'AIR. En Irlande, par exemple, le rapport s'inquiète du fait que les critères de l'AIR en matière de politique de la concurrence risquent d'être trop généraux pour guider des bureaucrates non experts, et suggère qu'une formation ou des informations supplémentaires leur soient dispensés pour les rendre plus pratiques et spécifiques. Bien que les rapports n'aient pas examiné cette question de manière systématique, il est raisonnable de conclure qu'un principe clair de mise en œuvre par les "moyens les moins anticoncurrentiels" n'est pas encore répandu.

19. La formulation de la recommandation de 1997, selon laquelle les réglementations doivent être compatibles "autant que possible" avec les principes visant à faciliter la concurrence, ne peut probablement pas être rédigée de manière plus précise. Il serait déraisonnable de recommander une checklist ou norme spécifique d'AIR à titre de prescription générale, car ce qui est approprié et faisable dépendra du point de savoir qui réalise effectivement l'AIR, et dans quel contexte économique et politique. Les critères sont susceptibles de varier selon les pays. Par exemple, si les critères de criblage incluent des critères structurels, comme le nombre ou la taille relative des entreprises d'une industrie affectée, ces paramètres pourront varier selon le volume des échanges et l'échelle de l'économie locale. Il pourrait également être contre-productif de proposer de rendre plus explicite le critère du "moindre mal pour la concurrence". En effet, il ne faut pas que ce critère signifie que seule la concurrence compte. En revanche, entre différentes solutions possibles à un problème produisant à peu près le même impact net, il doit imposer de choisir celle qui a le moindre impact sur la concurrence. Néanmoins, on pourrait tout aussi bien prétendre que le choix doit se porter sur la solution qui produit le moindre impact sur un autre paramètre, par exemple le respect de la vie privée ou la protection de l'environnement. Par ailleurs, on pourrait également soutenir que les aspects quantitatifs de l'analyse des impacts économiques inclura nécessairement une analyse des effets concurrentiels nets, de telle sorte que ce principe équivaldrait à comptabiliser deux fois les bénéfices de la

concurrence. Le fait que seul un petit nombre de pays ont un critère clair imposant le recours aux “moyens les moins anticoncurrentiels” implique que ces contre arguments pourraient avoir un poids substantiel.

Exclusions, exemptions et régimes spéciaux

20. Les Recommandations de 1997 appelaient à étendre la politique de la concurrence aussi largement que possible dans toute l'économie, et, dès lors, à réduire ou éliminer les exemptions faisant échapper à son champ d'application. La Recommandation attirait particulièrement l'attention sur les lacunes d'ordre sectoriel. Celles-ci peuvent résulter de décisions délibérées et de compromis dans la conception de la loi sur la concurrence elle-même, mais résultent plus souvent d'une autre législation. Chaque lacune ou exclusion signifie en effet qu'une autre politique est jugée plus importante que la concurrence.

Autorisation réglementaire

21. Le champ d'application de la politique de la concurrence ne peut généralement pas être déterminé à partir des textes des lois sur la concurrence. Les principes généraux d'interprétation peuvent créer des exclusions fondées sur d'autres lois ou décisions officielles, qui ne font elles-mêmes aucune référence explicite aux lois sur la concurrence. Les lois ou pratiques de tous les Membres examinés incluent, sous une forme ou une autre, un principe général de coercition ou d'autorisation réglementaire, qui exempte une conduite par ailleurs exigée ou autorisée par une autre autorité gouvernementale. Ce principe peut être inscrit dans la loi sur la concurrence elle-même, ou peut résulter de la pratique des tribunaux. En vertu d'un principe général d'interprétation de la loi, une loi sur la concurrence est considérée comme une loi d'application générale, mais des lois particulières ou spéciales incompatibles avec la loi générale créent des exclusions de son champ d'application. Il est difficile de dresser le catalogue de ces exclusions car les textes qui les instaurent ne se trouvent pas nécessairement rassemblés au même endroit. En outre, une exclusion ou exemption *de facto* peut résulter d'une restriction limitant les recours disponibles, voire même simplement d'une politique ou pratique de non-exécution dans certains secteurs ou situations, et ces sources peuvent être pratiquement impossibles à identifier de manière fiable.

22. Dans un petit nombre de juridictions, la loi sur la concurrence contient une disposition pour le traitement des réclamations faisant état d'un conflit avec cette loi. L'effet est généralement le même qu'en vertu du principe général habituel : la loi sur la concurrence n'a pas priorité, et d'autres réglementations ou programmes sont susceptibles de prévaloir sur elle, au moins dans des situations où il ne serait pas possible de se conformer aux deux. Le rapport sur les Pays-Bas attire l'attention sur les effets potentiels d'une délégation légale rédigée en termes larges :

[Cette] exemption ... jette le doute sur la force de l'engagement de réformer la réglementation sur la base des principes de la concurrence. Les interdictions édictées par la loi ne s'appliquent pas aux accords soumis à l'approbation d'une autorité administrative en vertu d'une autre législation, qui pourraient être déclarés nuls ou interdits par une autre autorité, ou qui ont pris naissance en vertu d'une autre exigence légale. La loi sur la concurrence se situe donc à l'extrémité de la chaîne de priorités. Le simple risque de conflit, telle la possibilité qu'une autre autorité puisse approuver, voire même désapprouver, la conduite, pourrait signifier que la loi sur la concurrence ne s'applique pas ... En l'absence même d'une exemption légale, un tribunal pourrait ne pas accorder la préséance à la loi sur la concurrence sur un système réglementaire entrant potentiellement en conflit avec elle. Mais si cela se produisait effectivement, sa décision pourrait probablement être corrigée par la législation. L'exemption en blanc tranche tous ces conflits par avance, et ce dans un sens contraire aux intérêts de la politique de la concurrence.

Plusieurs décisions de justice ont édicté, aux Etats-Unis, une règle qui semble favoriser la politique de la concurrence. Comme le note le rapport, les tribunaux américains répugnent à “prononcer des annulations

en application implicite' d'une autre disposition réglementaire et ne le font que dans des 'cas d'incompatibilité totale entre les dispositions antitrust et les dispositions réglementaires.' Cette doctrine consacre la primauté des principes de concurrence et signifie que, si le Congrès veut exclure une conduite de la loi sur la concurrence ou lui appliquer des règles spéciales, il doit le dire très clairement." En pratique, cependant, les tribunaux américains ont inféré certaines exemptions en l'absence d'intention législative claire, pour certains aspects de la réglementation boursière et pour les tarifs des transports publics. L'effet pratique de la règle américaine ne diffère pas beaucoup de l'effet des règles de neutralité concurrentielle appliquées dans d'autres juridictions.

23. La République tchèque et la Hongrie déploient des efforts législatifs instructifs afin de contrôler les actions gouvernementales et réglementations anticoncurrentielles. L'Office de la Concurrence hongrois peut contester des actions gouvernementales anticoncurrentielles devant les tribunaux. Il ne l'a jamais fait, mais la menace a parfois été persuasive. La loi sur la concurrence de la République tchèque a interdit aux autorités gouvernementales de prendre des mesures qui restreignent ou éliminent la concurrence économique. Le rapport conclut qu'il est précieux d'instaurer ce principe dans la loi, même en l'absence de sanction obligatoire en cas de violation de ce principe. Néanmoins, l'harmonisation a été jugée plus importante, et cette disposition a été remplacée par un texte repris dans la loi de l'UE concernant la conduite des entreprises prestataires de services publics ou bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs.

24. Les pays fédéraux qui délèguent aux autorités des gouvernements locaux peuvent de ce fait permettre de larges exemptions. En Allemagne, où les gouvernements locaux ne peuvent pas accorder une exemption du champ d'application de la loi nationale, la délégation prend la forme de l'application du droit national aux problèmes locaux, par les autorités des *Länder*. Par contraste, la doctrine de l'"action d'Etat" aux Etats-Unis permet une conduite privée anticoncurrentielle si elle intervient en vertu d'une politique de l'Etat visant à déplacer la concurrence, et si cette politique est clairement articulée, exprimée en termes affirmatifs et activement supervisée. La doctrine générale canadienne de l'autorisation réglementaire est appliquée le plus souvent dans le contexte de comités provinciaux de commercialisation et de commissions de fixation des prix. Étant donné que ces doctrines de l'exemption risquent "de faire ... de la politique nationale de la concurrence l'otage d'exemptions législatives locales," et que les gouvernements locaux, comme les gouvernements nationaux, peuvent choisir de protéger leurs producteurs plutôt que leurs consommateurs, les rapports sur les Etats-Unis et le Canada appellent à un examen approfondi de leurs effets réels. Mais les rapports admettent qu'il est peu probable que les doctrines seront modifiées, car la concurrence est jugée moins importante, dans chacun de ces pays, que les principes constitutionnels du fédéralisme et du respect des prérogatives provinciales.

Entités gouvernementales

25. L'application de la politique nationale de la concurrence à l'action réglementaire locale exige du doigté, même dans les pays non fédéraux. Les décisions locales peuvent autoriser une conduite privée anticoncurrentielle, ou des décisions comme le refus d'octroi de licences peut constituer une entrave à l'entrée sur le marché. Les interventions des gouvernements locaux peuvent évincer des prestataires plus efficaces du secteur privé et provoquer des plaintes pour concurrence déloyale.

26. Dans pratiquement tous les pays, la loi sur la concurrence s'applique aux opérations commerciales d'entités liées au gouvernement. Au Mexique, la constitution définit certains monopoles d'Etat, mais ils demeurent néanmoins soumis aux exigences de la loi, et ont été sanctionnés pour comportement d'exclusion affectant d'autres marchés. Il s'agit du modèle classique. Même si les entités gouvernementales bénéficient d'une certaine protection ou d'un monopole autorisé, les sociétés de droit public sont toujours soumises aux règles et sanctions normales de la loi sur la concurrence. Cette application revêt généralement une importance particulière en matière d'abus de position dominante. Il n'existe qu'un seul pays examiné, les Etats-Unis, dans lequel les entités publiques, y compris les sociétés

de droit public, échappent aux responsabilités découlant du droit des ententes. L'exemption anormale ainsi observée aux Etats-Unis s'explique par l'existence d'un système de poursuites judiciaires particulièrement virulent ; dans ces conditions, l'exemption vise probablement à protéger le trésor public contre des procès privés sollicitant un triplement des dommages intérêts.

27. L'application de la loi sur la concurrence aux opérations de l'Etat dépend dans une certaine mesure de leur forme juridique. Si la loi s'applique à des "entreprises", une opération de l'Etat pourra être exemptée s'il est déterminé, en fait ou en droit, qu'il ne s'agit pas d'une "entreprise." L'application dépend également du processus suivi et de l'intention sous-jacente à l'opération. La loi peut prescrire que les opérations de l'Etat obéissent à des principes de concurrence, mais les décisions sur la signification réelle de cette prescription peuvent être prises par des ministres ou fonctionnaires autres que l'autorité nationale de la concurrence. Les dispositions complexes du Danemark sur l'application de la loi sur la concurrence aux fonctionnaires locaux illustre cette difficulté. Généralement, la règle apparente inclut le principe du "moindre effet anticoncurrentiel" :

L'activité commerciale des administrations gouvernementales centrales ou locales est également couverte, en théorie, si elle affecte des conditions concurrentielles ; toutefois, la Loi ne s'applique évidemment pas à la production interne des autorités gouvernementales. Bien que le Conseil ne puisse pas intervenir contre les pratiques anticoncurrentielles d'une autorité gouvernementale, si celles-ci sont nécessaires pour les besoins des tâches qui lui sont assignées par la loi, une autorité municipale est néanmoins obligée de choisir des solutions comportant les moindres effets anticoncurrentiels. Par ailleurs, une municipalité ne peut pas réduire la concurrence dans des domaines qui ne relèvent pas de sa sphère d'autorité légale, ni fermer les yeux sur une conduite anticoncurrentielle si cela n'est pas nécessaire afin de remplir ses obligations légales. La difficulté d'application du principe tient, bien entendu, au fait que l'"autorité compétente", qu'il s'agisse du ministère ou du conseil local, décide si son action est nécessaire ou doit autrement l'emporter sur la politique de la concurrence. Il n'existe aucun moyen évident d'obtenir une décision judiciaire ou d'exercer un recours judiciaire contre cette décision.

28. C'est lorsque l'opération en cause est un service commercial ordinaire que la concurrence déloyale est la plus facile à identifier. Dans la configuration la plus classique, lorsque l'opération de l'Etat est liée à un service public ou à une politique, le conseil usuel est de séparer, si possible, les éléments qui sont principalement commerciaux et de les soumettre à la discipline du marché. Les Pays-Bas ont étudié ce sujet en profondeur :

La concurrence déloyale exercée par des entités liées au gouvernement a suscité une attention considérable ... [Un] rapport de 1997 rédigé par un panel d'experts désignés ... décrit un cadre conceptuel pour les organisations (semi) gouvernementales qui font concurrence à des sociétés privées sur le marché ... Le rapport parvient à la conclusion qu'il n'est pas souhaitable que ces entités se livrent à des opérations sur le marché, car il n'est pas possible d'empêcher la distorsion de la concurrence. Il conclut qu'en principe, les activités commerciales devraient être séparées de l'Etat et que ce dernier devrait s'en retirer, bien que l'on puisse admettre certaines exceptions à cette règle de séparation structurelle : les activités commerciales intrinsèques à [ses] obligations publiques, les activités commerciales liées à la recherche scientifique, les activités visant à soutenir le maintien d'une capacité industrielle physique minimum, ou une situation de concurrence pour la prestations de services d'intérêt public, telle la distribution d'électricité. Même pour ces exceptions, le rapport appelait à l'application de règles de conduite par une nouvelle autorité indépendante de supervision, afin de parvenir à des conditions concurrentielles égales.

29. Le contrôle des aides publiques vise également à empêcher ou corriger des distorsions du marché résultant d'une concurrence déloyale subventionnée. Il s'agit d'une question d'importance croissante en Europe, où les pays suivent le modèle ou l'exemple de l'UE et ajoutent cette question à leurs lois nationales. Le rapport sur la République tchèque note une forte mobilisation de ressources pour garantir que les subventions ou préférences accordées par les gouvernements locaux ou nationaux à tous les niveaux ne faussent pas la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certains produits. L'OPEC a le pouvoir d'ordonner à des entreprises de rembourser l'aide reçue ou d'ordonner à l'autorité ayant fourni cette aide d'éliminer la distorsion concurrentielle. L'autorité de la concurrence joue un rôle similaire en Pologne et en Espagne, et le rapport sur la Turquie recommande une mesure similaire.

30. Quelques autorités de la concurrence contrôlent le respect des règles sur les marchés publics et les avis d'appel d'offres. Ce rôle renforce un objectif de la réforme, à savoir rendre les opérations de l'Etat plus efficaces en se fondant si possible sur des mécanismes de marché. Il peut également appuyer l'engagement de poursuites afin de lutter contre les soumissions concertées, qui représentent un problème courant en matière de politique de la concurrence.

Secteurs bénéficiant d'un régime spécial

31. La capacité de la politique de la concurrence à fournir un cadre convenable pour une vaste réforme de la réglementation est partiellement déterminée par l'étendue et la justification des exemptions générales ou du régime spécial dont bénéficient certains types d'entreprises ou d'actions. Ce régime peut représenter une application efficace des principes de la concurrence, en adaptant les règles aux spécificités factuelles d'une industrie. Le contrôle des monopoles infrastructurels en fournit un exemple courant. Toutefois, ce régime spécial peut également représenter des choix législatifs de redistribution.

32. L'exclusion trouve habituellement sa source dans une loi autorisant ou exigeant une conduite qui limite la concurrence. Elle peut prendre la forme d'un monopole légal, d'un contrôle des prix ou d'une réglementation à l'entrée qui limite la concurrence. Elle peut permettre une conduite qui serait autrement interdite, par exemple des prix de revente imposés, ou habiliter un administrateur ou autre préposé à contrôler l'entrée sur le marché afin d'empêcher la concurrence. Dans la plupart des cas, le régime spécial ne confère pas une exemption complète de tous les contrôles de la concurrence. Dans le tableau ci-dessous, le "x" indique qu'il existe un certain type d'exclusion ou d'exemption, ou des règles concurrentielles spéciales pour le secteur ou le produit concerné. Un "o" indique qu'il existe une autre loi ou autorité chargée des questions de concurrence du secteur, sous la forme d'un contrôle des prix ou de l'entrée, ou parfois pour l'application des règles de concurrence.⁶ L'exclusion étant rarement totale, et sachant que l'existence d'une loi ou autorité séparée ne signifie pas nécessairement que la concurrence est abolie, il ne serait pas justifié de tirer des conclusions ou corrélations quantitative significatives à propos de l'effet ou de l'étendue des "exemptions", sur la base des informations générales de ce tableau. Le tableau montre quels secteurs ou situations sont généralement considérés comme méritant une attention ou dérogation spéciale.

Tableau 1 : Exclusions, règles spéciales, autorités d'exécution de la loi et autorités réglementaires

	AUSTRALIA	BELGIUM	CANADA	CZECH REP.	DENMARK	EU	FINLAND	FRANCE	GERMANY	GREECE	HUNGARY	IRELAND	ITALY	JAPAN	KOREA	MEXICO	NETHERLANDS	NEW ZEALAND	NORWAY	POLAND	PORTUGAL	SLOVAK REP.	SPAIN	SWEDEN	SWITZERLAND	TURKEY	UNITED KINGDOM	UNITED STATES	TOTAL
General																													
Labour			x	x	x	x					x					x		x						x			x		10
SMEs	x							x	x					x														x	4
R&D JVs			x	x	x													x										x	5
Standards			x	x					x									x											4
Primary production																													
Agriculture, co-ops	x	xo			xo	x	x	x	x	x	xo			x	x			x	x	x				x	x		x	xo	17
Sugar																												o	1
Fishing			x								x																		3
Mining																												o	1
Nuclear energy																	x												1
Oil & gas	x		o	o								o				xo				o									6
Petrochemicals																x													1
Infrastructure																													
Electricity	x	xo	o			o	o			o		o		o	x	o		o	o	xo	o	o		o		o	o	o	18
Natural gas	x						o			o						xo		o	xo	o	o						o	o	10
Water	x							x												xo	o						o		5
Telecoms	o	o	xo	o	o		o	o		o		o		o	xo	xo		o	o	xo	o			o		o	o	o	19
Postal service				o								o			x			o			o	x		o					7
Transport																													
Railways					xo			x	x	o		o				o	o				o			o		o	xo		11
Air transport, mergers		o		xo					x					x		o	o	x		o						o	x		10
Water transport		xo		xo					x			o	x	x	o		x					x					xo		10
Road transport				o	xo	o			o		o	o	x			o		o				o			o		xo		11
Taxis					o						o	o							o					x	o				6
Business																													
Finance, insurance		xo	o		x	o		x				o	x		xo	xo	x			xo							xo		12
Bank mergers		o	o				x								o										x				5
Commercial agents										x																			1
Distribution co-ops				x													x												2
Export cartels		x												x	x												x		4
Motor vehicle distribution					x																								1
Services, health, culture, morals																													
Services, professions	o	x							x	x		o	x	x	o	o		x				o			x				12
Health care								x										x							x				3
Pharmacies, drug prices				o	o	o					o	o										x		o	o				8
IP, performing rights		x						x						x	x	x		x	x						x				8
Performing ass'ns		x																											1
Sports			x					x																			x		3
Media, broadcasting	x		o	o							o	o														o	o		8
Movie theatres																													1
Publications (RPM)				x			x	x	x					x	x		x	x				x							9
Publishing		o										o														o	x		4
Alcoholic beverages						o								x	o				o						o				5
Pubs											o																		1
Tobacco				x						x													x						3

Source: Rapports par pays du Secrétariat de l'OCDE, rapports annuels et autres documents soumis au Comité de la Concurrence.

33. Une évaluation complète de ces dispositions spéciales supposerait de procéder à une analyse de type AIR, afin d'examiner leurs objets et leurs effets, et de se demander si elles servent un intérêt public primordial qui ne pourrait pas être servi d'une manière moins anticoncurrentielle. Ces analyses détaillées ont rarement été observées dans les pays examinés. Il n'entraîne pas dans le champ du projet de réforme de la réglementation de réaliser ces analyses pour toutes ces questions dans tous les pays examinés. Les rapports ont pris note des études qui étaient disponibles, et ont été souvent liées à des programmes de recherche sur l'autorité de la concurrence et de sensibilisation du public à l'impératif de la concurrence.

34. Les exclusions générales les plus courantes incorporent des choix évidents de politique publique ou permettent des groupements d'entreprises qui sont susceptibles d'être efficaces et même favorables à la concurrence. L'exemption générale la plus répandue évite une interdiction littérale inappropriée des restrictions et monopoles sur le marché du travail. Habituellement, les exemptions accordées sur le marché du travail ne s'étendent pas aux accords visant à restreindre la concurrence sur les marchés de produits. Les exemptions en matière de propriété intellectuelle évitent des conflits avec ces droits de propriété, si la politique publique visant à récompenser l'innovation et la créativité permet un certain degré de "monopole." Les exemptions en faveur d'organisations de normalisation, d'établissements de recherche et de développement, et de sociétés d'auteurs et compositeurs permettent des catégories de groupements d'entreprises qui sont susceptibles d'être efficaces. Il n'existe aucun motif de contester les principes sous-jacents à ces exemptions, bien qu'il faille évaluer certains cas particuliers avec beaucoup de soin et d'attention, afin de s'assurer que l'application de ces exemptions ne va pas plus loin que cela n'est nécessaire pour réaliser leurs objectifs.

35. Certaines lois sur la concurrence incluent des dispositions spéciales dites "*de minimis*" ou "*bagatelle*" au profit des petites et moyennes entreprises. Ce régime permet aux petites entreprises de se grouper pour être plus efficaces, et permet d'économiser des ressources en autorisant les autorités de mise en oeuvre à ignorer une conduite si elle ne risque pas de réduire significativement la concurrence. Il est difficile de concevoir ces règles de telle sorte qu'elles ne soient ni trop larges ni trop étroites. Sur des marchés de petite taille ou en se groupant avec d'autres entreprises, les petites entreprises peuvent, elles aussi, détenir une puissance de marché. Fonder une exemption sur la taille de l'entreprise revient à oublier la puissance de marché sur des petits marchés. Mais fonder une exemption sur des critères plus axés sur les effets, comme la part de marché, accroît l'incertitude pour les entreprises. Afin de minimiser le risque de conséquences fâcheuses si le champ d'application est imprécis, et de maintenir la cohérence dans le traitement des problèmes les plus importants, ces exemptions ne s'étendent généralement pas à des conduites "injustifiables", comme la fixation de prix minimum.

36. L'agriculture bénéficie presque partout d'un régime spécial. Des exemptions ou règles spéciales permettent des accords de coopération dans la transformation des matières premières et la distribution, et elles s'étendent souvent à des secteurs fonctionnellement similaires, comme les pêcheries et l'industrie forestière. Leur principal objet est de se prémunir contre les caprices du temps, de lutter contre des influences extérieures dues au caractère de biens publics de certaines de ces ressources, et de compenser la position prétendument plus faible des producteurs dans les négociations avec les acheteurs en aval. Ce régime spécial peut également s'expliquer par la volonté de permettre une coordination dans le contexte de programmes de subventions fondés sur des soutiens des prix. Dans la mesure où la production primaire est structurellement atomisée, le régime spécial pourrait ici être analogue à l'exemption accordée sur le marché du travail. Mais l'analogie s'effondre si une coopérative peut monopoliser un produit final important. Les monopoles dans l'industrie laitière sont un motif fréquent de contentieux à propos de la légitimité et de l'étendue acceptable de ces exemptions.

37. Les seuls autres produits de base ou industriels qui suscitent fréquemment une attention spéciale sont le pétrole et le gaz. Des objectifs de politique nationale et de gestion des ressources expliquent probablement le monopole ou le contrôle sur la production primaire. Des règles spéciales sur la distribution et l'importation sont plus souvent manifestement destinées à limiter la concurrence. Certaines sont motivées par le souci de préserver de petits concurrents, en disciplinant implicitement ou handicapant la distribution contrôlée par de grandes sociétés pétrolières internationales. Néanmoins, il est plus probable que ces contraintes soutiennent ou imitent le partage du marché et la collusion existante sur le marché.

38. Le secteur financier fait couramment l'objet d'un régime spécial, spécialement dans le domaine des fusions. Les autorités de réglementation bancaire examinent la conformité des fusions aux normes prudentielles, et peuvent également être chargés d'évaluer les effets sur la concurrence, soit en vertu de la

législation bancaire, soit en vertu de la loi sur la concurrence. Aux Pays-Bas, l'autorité de réglementation bancaire a conservé les deux rôles à titre de mesure transitoire après l'introduction d'une nouvelle loi sur la concurrence. En Turquie, les fusions bancaires ont été exemptées du contrôle exercé en vertu de la loi sur la concurrence, car la crise financière nationale exigeait une action immédiate pour traiter les questions prudentielles et systémiques. Plus généralement, il se peut que les pouvoirs d'examen soient concurrents ou consécutifs. L'Italie pratique le partage de responsabilités le plus inhabituel ; les banques sont soumises à la loi générale sur la concurrence, mais la loi est appliquée dans ce secteur par l'autorité de réglementation bancaire, qui est la Banque d'Italie. Le rapport sur l'Italie observe que le fait d'avoir confié à l'autorité de réglementation bancaire la responsabilité d'appliquer la loi n'ouvre pas seulement des perspectives nouvelles à l'autorité de la concurrence sur cette application, mais peut également avoir encouragé une application plus vigoureuse de la loi.

39. Dans le domaine de la distribution et des échanges, plusieurs pays reconnaissent et exemptent expressément les accords de coopération, sous réserve de respecter certaines conditions. Néanmoins, seuls 2 de ces pays l'ont mentionné en décrivant leurs exemptions et régimes spéciaux. Il est probable que des groupes similaires bénéficient d'un régime équivalent dans la plupart des pays, au moyen d'exemptions au cas par cas ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans la fixation des priorités d'application de la loi. Les groupements d'exportateurs sont spécifiquement exemptés par certaines lois, mais ils sont généralement tolérés, même en l'absence d'exemptions expresses. Un petit nombre de juridictions revendiquent leur compétence pour sanctionner une conduite anticoncurrentielle si son effet défavorable n'est ressenti qu'au-delà de leurs frontières. (Par contraste, le critère des "effets" intérieurs est désormais courant, et les pays revendiquent le pouvoir d'appliquer leurs lois pour faire sanctionner des conduites extérieures à leurs frontières qui nuisent à la concurrence à l'intérieur de ces frontières).

40. Il est fréquent que le secteur des services et des professions libérales soit autorisé à exercer une certaine forme d'auto-réglementation, par l'intermédiaire d'une organisation syndicale ou professionnelle qui est équivalente à un accord horizontal à grande échelle. Des accords de cette envergure attirent inévitablement l'attention des autorités de la concurrence. La protection législative peut soustraire le processus au contrôle antitrust. Cette protection est un objectif commun des efforts de réforme, qui cherchent à introduire la concurrence dans la mesure où cela est compatible avec la protection des consommateurs dans des situations d'information asymétrique. Les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence s'intéressent également de très près aux lignes de démarcation des exemptions et au régime spécial de l'auto-réglementation.

41. Le secteur de la santé bénéficie occasionnellement d'un régime spécial. Les prestataires eux-mêmes sont habituellement couverts par l'exemption bénéficiant aux professions auto régulées. La motivation de ce régime spécial est souvent le désir du gouvernement de réguler les coûts et la qualité du service, puisque le gouvernement paie ce service. Pour la même raison, les prix des produits pharmaceutiques font souvent l'objet de contrôles minutieux. La pratique répandue du contrôle de l'entrée dans le secteur de la pharmacie au détail, fondé sur la constatation d'un besoin économique plutôt que sur la simple justification de qualifications professionnelles suffisantes, s'avère plus problématique. En effet, elle est trop souvent justifiée, de manière non convaincante, par la volonté de contrôler les coûts de remboursement et de garantir un service accessible.

42. Un grand nombre de pays se sont dotés de lois spéciales sur le tabac et les boissons alcoolisées. Elles saisissent l'occasion de profiter de la demande non élastique de ces produits, de la contrôler ou de la taxer. Le problème le plus notoire de politique de la concurrence observé en Irlande découle des réglementations qui empêchaient l'ouverture de nouveaux pubs, initialement adoptées un siècle plus tôt pour faire baisser la consommation excessive d'alcool, et probablement également pour empêcher une concurrence excessive. Un grand nombre de pays contrôlent ou monopolisent la vente au détail ou en gros de boissons alcoolisées, et un petit nombre maintiennent le contrôle de l'Etat sur l'industrie du tabac ou

imposent des règles comme des prix fixes ou permettent la pratique de prix imposés de revente au détail. Certaines de ces politiques sont liées à des lois sur les taxes à la consommation ; en d'autres termes, elles régularisent la structure et les pratiques du secteur afin de simplifier et de surveiller le recouvrement des taxes. L'effet de ces politiques sur la concurrence est révélé par le nombre de consommateurs qui traversent les frontières, lorsque cela est possible, pour acheter dans des pays qui n'ont pas de contrôles similaires.

43. Le secteur de l'édition, des médias et des droits de diffusion bénéficie généralement d'un régime spécial, bien que l'intention soit parfois de le contrôler plus étroitement, plutôt que de l'exempter. Certaines exemptions empêchent toutes contestations formalistes de groupements d'entreprises efficaces. Les exemples incluent les sociétés de collecte des redevances et des droits de représentation, et les ligues sportives. Mais le "monopole" des droits de diffusion pour les événements les plus populaires peut être réglementé. Il existe souvent des règles spéciales à propos de la propriété et de la concentration dans les médias. Elles peuvent être interprétées comme compatibles avec les valeurs concurrentielles de libre entrée et de libre choix du consommateur, mais sont généralement expliquées dans d'autres termes, à savoir la diversité et l'équilibre des points de vue. Les règles relatives aux fusions et concentrations dans le secteur des médias semblent être plus rigoureuses que la loi sur la concurrence ne le serait dans le même contexte, mais leur effet réel dépendrait de la manière dont l'analyse de la loi sur la concurrence caractériserait réellement les effets sur les marchés et la concurrence. Une autre disposition spéciale courante permet, voire exige, des prix imposés pour les livres ou périodiques. L'imposition de prix maximum de revente peut protéger les consommateurs contre la puissance de marché des distributeurs, mais ces règles s'étendent généralement également à l'imposition de prix minimum de revente. Les effets de ces règles sont contestés. La suppression de ces règles dans certains pays n'a pas fait baisser les ventes de livres, bien qu'elle ait pu changer les méthodes de distribution. Ces règles ont probablement pour effet d'augmenter les prix moyens. En Espagne, le Tribunal a estimé que les économies annuelles que les consommateurs réaliseraient si des remises plus importantes étaient autorisées atteindraient plus de 10% des ventes au total. Le traitement dérogatoire des produits culturels appelle des justifications, afin de démontrer que les produits culturels, considérés dans un contexte de marché, présentent des caractéristiques spéciales qui expliqueraient des différences dans la manière dont ils doivent être traités. Il s'agit de produits "expérimentaux", dont la qualité est souvent inconnue avant leur consommation. Les consommateurs exigent du produit qu'il soit à la fois connu et nouveau, combinaison paradoxale qui rend difficile toute prévision du marché par les producteurs. Cette combinaison implique un taux d'innovation rapide et un haut risque d'échec. Comme certains autres secteurs qui contestent l'analyse de base, les produits culturels comme les livres sont produits à un coût fixe relativement élevé mais à un coût marginal pratiquement insignifiant. La coordination le long de la chaîne de distribution peut être parfaitement justifiée par la volonté de répartir les risques et de soutenir l'innovation exigée par les consommateurs. Mais une exemption formelle et expresse, à moins d'être formulée avec le plus grand soin, risquerait d'augmenter les prix ou de réduire la production dans une mesure supérieure à celle qui est nécessaire à cet effet.

44. Un grand nombre des autres exclusions particulières ou des pratiques d'octroi d'un régime spécial ressemblent à des reliques historiques ou à des réponses à la pression exercée par des groupes d'intérêts ayant dû faire face à des poursuites judiciaires en application de la loi. La Norvège autorise des monopoles municipaux d'exploitation de salles de cinéma, héritage d'il y a un siècle, époque à laquelle le cinéma était encore une nouveauté. La Corée autorise des restrictions territoriales sur une spécialité nationale, le vin de riz. Le système du régime spécial révèle souvent les présuppositions fondamentales de politiques nationales très anciennes. Au Japon, l'une des cibles principales de la réforme a été l'habitude de contrôler l'entrée au moyen de jugements portés par l'administration sur l'équilibre probable de l'offre et de la demande, qui était caractéristique de sa tradition de politique industrielle. En Allemagne, les efforts de réforme ont critiqué les pratiques et exigences découlant de la tradition des maîtres artisans, qui accroît actuellement les coûts d'entrée et entrave la flexibilité pour l'exercice de ces activités. Au Canada, des controverses impliquant de grandes entreprises nationales, nées à propos de transactions particulières dans

le secteur bancaire et des compagnies aériennes, a conduit le législateur à fixer des règles et procédures spéciales ; néanmoins, ces règles n'accordent pas nécessairement un traitement plus clément aux industries concernées. Aux Etats-Unis, les parties à des actions judiciaires ont parfois persuadé le Congrès d'intervenir et de sanctionner les autorités qui avaient engagé ces actions, par exemple pour permettre des contrats de distribution restrictive de boissons non alcoolisées. Lorsque le législateur met en balance d'autres intérêts et valeurs et la loi, la politique et les traditions de la concurrence, il est fréquent que les intérêts industriels prévalent. En créant des règles spéciales pour une industrie après qu'elle ait été dans le collimateur de l'autorité chargée d'appliquer le droit de la concurrence, le législateur semble faire signe à cette autorité de regarder ailleurs. Cependant, les législateurs semblent répugner à rejeter totalement les principes de la concurrence. Peu de ces régimes spéciaux créent des exemptions complètes en faveur de cas flagrants de monopoles ou de prix imposés. Ils sont plus susceptibles de tailler des règles sur mesures pour l'industrie concernée, et ces règles spéciales sont parfois à peu près aussi astreignantes que le seraient les règles du droit commun de la concurrence.

Réglementation sectorielle de la concurrence

45. L'infrastructure est le contexte le plus courant dans lequel s'inscrivent les régimes spéciaux de politique de la concurrence. La loi sur la concurrence était sans objet pour les services publics fournis par des monopoles naturels d'Etat, jusqu'à ce que la concurrence commence à apparaître sur certains de leurs services ou fonctions. La plupart font actuellement l'objet d'une réglementation pour contrôler l'exploitation de l'élément « monopole naturel » de la grille ou du réseau. Les régimes spéciaux et exemptions sont plus difficiles à justifier dans le domaine des transports, exception faite des aspects qui impliquent également une infrastructure de réseau-grille. Les contrôles des prix et de l'entrée (ou les exemptions qui autorisent des ententes de fixation des prix) pour les transports routiers, aériens et maritimes ont été justifiés par la volonté d'empêcher une concurrence excessive. Les transports routiers et aériens ont été déréglementés dans une mesure substantielle (bien que certains problèmes de services internationaux restent à résoudre), mais les exemptions ou régimes spéciaux demeurent courants pour les transports maritimes, les autocars et les taxis. En théorie, un régime sectoriel peut être un moyen d'appliquer les principes généraux de la concurrence de manière plus efficiente aux problèmes communs à une industrie particulière. Il conviendrait au minimum de contrôler attentivement le bien-fondé de cet argument d'efficacité accrue, plus particulièrement lorsque les règles spéciales ou le régime particulier apparaissent dans des situations autres que la réglementation d'une infrastructure constituant un monopole naturel.

46. La plupart des aspects de la réglementation sectorielle visant à promouvoir ou protéger la concurrence sont couverts dans l'inventaire des chapitres sectoriels. Cette étude se concentrera sur les relations entre les institutions qui sont chargées de promouvoir ou protéger des politiques qui affectent la concurrence. L'autorité de la concurrence et l'autorité sectorielle peuvent ne pas toujours concevoir des problèmes similaires en termes similaires. Le rapport sur l'Italie expose la problématique générale :

La force de l'engagement sur le thème des politiques de la concurrence varie dans les différents rouages de l'Etat. En principe, une structure raisonnable de consultation est en place entre l'Autorité et les agences sectorielles qui partagent certaines responsabilités avec elle. En pratique, il demeure possible pour l'Autorité et une autre autorité réglementaire de traiter de la même conduite, en appliquant des règles tirées de sources différentes. Le problème conceptuel commun de savoir qui réglemente l'accès à un service public monopolistique lorsque cet accès est contrôlé par le prix, demeure encore dans les limbes en termes d'attribution de compétence. La fixation d'un prix supérieur au coût de revient pour un service public essentiel peut constituer un abus de position dominante, tout comme la fixation d'un prix inférieur au coût de revient afin d'exclure la concurrence peut constituer une pratique de prix prédateurs, mais il est difficile d'en juger pour une autorité réglementaire et l'autorité chargée de poursuivre les ententes illicites, en

raison de la difficulté de déterminer les coûts économiques. Les différentes autorités concernées ne stockent pas les mêmes informations et ne peuvent pas toujours s'échanger ces informations, en raison des différences de contraintes et protections légales qui s'appliquent aux moyens dont les informations sont obtenues.

47. Les travaux d'examen ont révélé quelques modèles cohérents de variation institutionnelle, dans les similitudes entre les lois et les autorités, et dans les systèmes de coordination et de contrôles et équilibres. Le modèle le plus courant consiste à rendre les autorités réglementaires responsables des prix et services des monopoles naturels, alors que le traitement des différends à propos de l'accès au réseau est assuré en coordination avec les autorités de la concurrence, qui appliquent les principes généraux relatifs à l'abus de position dominante pouvant couvrir la même conduite. En d'autres termes, la compétence en matière de différends liés à l'accès est partagée. Dans certains pays, la loi sectorielle reconnaît explicitement que chaque autorité peut l'appliquer, et définit un protocole ou impose une obligation de concertation entre les autorités chargées de l'exécution de la loi. Si les relations ne sont pas claires et s'il en découle des problèmes, les rapports recommandent parfois des améliorations pour y remédier. En Irlande, le rapport suggère ce qui suit :

...un processus structuré de coordination et un fondement légal pour que les autorités puissent s'en remettre les unes aux autres, sans risque et sans diluer ni compromettre l'application de la politique de la concurrence. L'Autorité et les autorités de réglementation sectorielle devraient se concerter sur des affaires dont elles sont respectivement saisies, et se concerter lorsqu'elles sont chargées de poursuites dans la même affaire. Afin d'y parvenir, elles doivent avoir le droit de s'échanger des informations. La présence d'un représentant de l'Autorité dans les instances d'appel des décisions de l'autorité de réglementation sectorielle est une excellente idée pour intégrer des perspectives politiques.

Mais il est beaucoup moins important d'instituer des protocoles formels que de partager des conceptions politiques. Si les autorités sont en désaccord sur ce qui doit être fait ou pourquoi, un protocole formel ne fera que structurer leur désaccord.

48. Le protocole formel peut donner un rôle de contrôle à l'autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence peut notamment, si l'intervention réglementaire se fonde sur la puissance de marché détenue dans l'industrie réglementée, être responsable de définir le marché et de déterminer si une entreprise détient une puissance de marché sur celui-ci. La structure la plus développée et la plus systématique de ce genre se trouve au Mexique. Dans ce pays, la CFC s'occupe directement d'aspects concurrentiels de la réglementation sectorielle spécifique et de l'allocation des licences et permis. La CFC peut déterminer quels agents économiques peuvent participer aux procédures d'appel d'offres pour l'adjudication de marchés, concessions, licences et permis. Par ailleurs, la CFC peut déterminer s'il existe une concurrence effective, ou si l'un des agents détient un pouvoir de marché substantiel, à titre de condition pour qu'une autorité de réglementation sectorielle impose une réglementation comme un plafonnement des prix. A cet égard, la CFC peut également déterminer que la concurrence a été restaurée en raison de changements des conditions du marché, de telle sorte que la réglementation peut être abrogée. L'application des mêmes normes par la même autorité experte dans tous ces contextes permet d'intégrer la politique de la concurrence dans la politique réglementaire. Mais la structure formelle n'empêche pas les désaccords qui peuvent s'élever à propos du pouvoir de l'autorité de réglementation sectorielle d'exercer un certain nombre de voies et moyens de droit.

49. Dans un petit nombre de pays, une autorité sectorielle spécifique applique des lois sur la concurrence qui sont taillées sur mesures pour ce secteur. Les Etats-Unis en sont l'exemple type. Cette structure peut créer de graves incohérences. En raison de leur expérience limitée de l'analyse de la concurrence, et, dans certains cas, en raison de leur obligation de promouvoir le bien-être de l'industrie, l'attitude des autorités de réglementation sectorielle peut comporter un biais systématique, qui consiste à

voir le monde de la manière dont l'industrie qu'ils réglementent le voient eux-mêmes. Des autorités de réglementation sectorielle ont approuvé des fusions —contre l'avis de la Division Antitrust—qui ont conduit à créer une puissance de marché dans le domaine du transport aérien et à des problèmes de monopole dans les transports ferroviaires. D'autres régimes spéciaux couvrent les transports maritimes, les coopératives agricoles, les pêcheries et le conditionnement de la viande. Les établissements financiers sont soumis à des règles de concurrence spéciales, particulièrement en matière de fusions, qui sont appliquées par 4 autorités de réglementation différentes et la Division Antitrust également, qui appliquent les mêmes directives formelles mais peuvent aboutir à des résultats différents en appliquant des présomptions différentes à propos des marchés de produits et des marchés géographiques. Le rapport sur les Etats-Unis appelle à éliminer les vestiges restants de ce morcellement de l'analyse et de l'application de la loi.

50. Par ailleurs, l'existence d'institutions sectorielles qui appliquent la même loi substantielle et la même analyse de fond semble mieux fonctionner qu'un système de règles spéciales pour chaque secteur. Le schéma "Une loi-plusieurs autorités de réglementation" est le modèle de base utilisé au Royaume-Uni, et l'Italie l'emploie dans le secteur bancaire, tandis que les Etats-Unis en appliquent une version dans certains secteurs. L'application de la même loi de base encourage évidemment la convergence et réduit les conflits entre les politiques et les autorités, particulièrement lorsque les lois explicitent clairement que les principaux généraux prévalent. Les lois américaines sur les télécommunications et l'énergie n'évincent pas les lois antitrust, de telle sorte que les autorités de réglementation sectorielle doivent réaliser leurs objectifs de manières compatibles avec la loi sur la concurrence. Le rapport sur les Etats-Unis a décrit comment ce processus fonctionne dans le secteur de l'énergie :

La structure réglementaire n'a pas complètement évincé la loi sur la concurrence, mais coexisté avec elle. Les tribunaux ont donné instruction à l'autorité de réglementation d'inclure la politique de la concurrence dans sa compréhension et son application des critères plus larges d'"intérêt public", et l'autorité de réglementation a suivi cette instruction. Le Congrès a clairement soutenu le mouvement de déréglementation, en prenant, à la fin des années 1970, des mesures qui ont commencé à supprimer les contrôles des prix sur le gaz, et à introduire des alternatives concurrentielles pour la production d'électricité. Par ailleurs, les autorités de la concurrence ont encouragé ces mouvements à un stade précoce, en offrant des conseils et une assistance informels et formels.

Le Royaume-Uni a instauré un partage complexe de fonctions entre les nombreuses institutions qui sont responsables à la fois de la politique de la concurrence, de son application et de la réglementation sectorielle. Les nombreuses autorités de réglementation partagent généralement l'objectif de protéger et promouvoir la concurrence, ce qui est compatible avec les tâches réglementaires qui incluent des aspects de contrôle de l'industrie pouvant engendrer une puissance monopolistique. Les autorités de réglementation dans le secteur du gaz, de l'électricité, des télécommunications, de l'eau et des transports ferroviaires ne partagent pas seulement des objectifs, mais ont les pleins pouvoirs pour appliquer la Loi sur la Concurrence (*Competition Act*) aux côtés de l'OFT. Plusieurs caractéristiques de l'approche britannique essaient d'empêcher des applications divergentes de la loi par les différentes autorités. Toutes appliquent les mêmes procédures, y compris un "point unique de notification" à l'OFT. Les directives des autorités de réglementation sectorielle à propos du respect de la loi sur la concurrence sont élaborées conjointement avec l'OFT. Plus important encore, les appels de toutes les décisions prononcées en vertu de la Loi sur la Concurrence, qu'elles soient rendues par l'OFT ou des autorités de réglementation sectorielle, suivent la même voie vers une juridiction désormais dénommée « Cour d'Appel de la Concurrence » (*Competition Appeal Tribunal*), qui peut garantir la concordance entre elles.

51. Un autre modèle consiste regrouper en une seule institution toutes les institutions administratives qui appliquent des lois affectant la concurrence, y compris la réglementation économique des monopoles naturels. Ce regroupement peut conduire à confier toutes ces fonctions à l'autorité de la concurrence. Certaines autorités de la concurrence ont eu recours aux dispositions des lois générales sur la concurrence

qui prohibent l'abus de position dominante pour réguler les prix des monopoles infrastructurels. Mais les fonctions de contrôle sectoriel diffèrent de l'exécution *a posteriori* de la loi, et peuvent appeler des procédures et règles différentes. Les Pays-Bas reconnaissent ces différences en utilisant une variante de ce modèle : lorsque le rapport a été rédigé, l'autorité de réglementation du secteur de l'électricité était en cours de transformation en chambre au sein du NMa.

52. Le contrôle exercé par les tribunaux encourage la cohérence et tranche les conflits. Certains pays ont délibérément constitué des juridictions d'appel spécialisées pour traiter à la fois des autorités de réglementation sectorielle et du droit de la concurrence. Au Royaume-Uni, la Cour d'Appel de la Concurrence (*Competition Appeal Tribunal*) sert cette fonction ; en outre, la Commission de la Concurrence joue un rôle intégrateur, car elle assume la double fonction de réviser les décisions réglementaires et d'enquêter et statuer sur des questions de concurrence. En Pologne, le Tribunal anti-monopoles démontre le rôle de cette institution dans l'intégration de considérations politiques. Constitué en tant qu'instance judiciaire indépendante chargée de contrôler l'administration d'Etat, ce Tribunal devient une force importante dans le développement de la politique. L'un des motifs qui ont conduit à créer un tribunal spécialisé au sein du système judiciaire, composé de magistrats expérimentés en droit commercial, a été la volonté de rompre avec l'approche formaliste généralement rencontrée dans les juridictions administratives. Sa compétence élargie, qui englobe désormais des affaires provenant de l'office de la concurrence et des autorités de réglementation de l'énergie, des télécommunications et des transports ferroviaires, ainsi que des questions de droit de la consommation comme les contrats d'adhésion, augure que les politiques seront désormais appliquées de manière cohérente dans les affaires de concurrence et la réglementation sectorielle. La création d'une juridiction d'appel commune pour les affaires de concurrence peut marquer une volonté délibérée de s'écarter de la pratique habituelle. En Allemagne et en France, par exemple, ce sont les juridictions de droit privé qui sont familières des contentieux du droit des affaires et du droit commercial, plutôt que les juridictions de droit administratif qui traitent des contentieux avec l'administration, qui statuent sur les appels des décisions appliquant le droit de la concurrence et des décisions des autorités de réglementation sectorielle tranchant des différends relatifs à l'accès au réseau.

53. La coordination, voire même la centralisation, est recommandée pour éviter les incohérences. Néanmoins, dans certains pays où la culture de la concurrence était par ailleurs faible au sein du gouvernement, les examens ont suggéré de donner aux ministres des rôles explicites en matière de politique de la concurrence. Ces rôles n'iraient cependant pas jusqu'à des mesures d'exécution forcée de la loi. Il s'agirait plutôt de les rendre responsables d'éliminer les restrictions à la concurrence dans leurs propres sphères de compétence, ce qui élargirait le champ de la politique de la concurrence et soulignerait sa vaste importance horizontale. Les examens ont noté que les ministres et autorités de réglementation sectorielle pouvaient créer des offices anti-ententes pour travailler avec l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence et de conseiller les industries sur leurs obligations de se conformer à la loi sur la concurrence.

54. Les exclusions et régimes institutionnels spéciaux incorporent un équilibre entre la politique de la concurrence et d'autres politiques ou objectifs. Cet équilibrage peut intervenir au cas par cas, plutôt qu'en vertu de règles généralement applicables. Quelques régimes de droit de la concurrence le prévoient d'ailleurs explicitement. Exceptionnellement, les lois peuvent permettre à l'autorité chargée de l'exécution de fonder sa décision sur des considérations autres que de politique de la concurrence.⁷ Le processus d'octroi ou de refus des exemptions des interdictions légales, qui est usuel pour de nombreuses autorités d'exécution, revient généralement à faire la balance des effets économiques nets, selon des principes de "bon sens", mais les critères autorisés peuvent inclure d'autres considérations, tel l'emploi.⁸ Les autorités chargées de l'exécution du droit de la concurrence n'assument généralement pas elles-mêmes la responsabilité de faire la balance avec d'autres considérations politiques. Le processus de décision peut néanmoins établir cette balance, si les décisions de première instance sont prises par des tribunaux non

spécialisés dont les membres représentent des groupes d'intérêts, ou par des magistrats non spécialisés jouissant d'un pouvoir d'appréciation souveraine pour l'interprétation des preuves des effets, ou la détermination des sanctions à infliger ou des réparations à ordonner. Dans un petit nombre de pays, les processus institués par le droit de la concurrence autorisent le gouvernement ou un ministre à invoquer d'autres politiques afin d'annuler des décisions d'exécution. Ce type d'intervention est particulièrement fréquent en matière de fusions. Ces interventions apparemment *ad hoc* posent des problèmes de transparence, de prévisibilité et de loyauté.

55. L'étendue des exclusions ou règles spéciales pour certains secteurs particuliers est désormais très homogène d'un pays à l'autre. Des pays qui avaient auparavant de longues listes d'ententes expressément exemptées ont désormais supprimé la plupart de celles-ci. La corrélation entre l'étendue des régimes sectoriels spécifiques et l'efficacité de la politique n'est pas évidente. Une exécution active de la loi peut stimuler des correctifs législatifs ; les Etats-Unis, qui ont la réputation d'exécuter vigoureusement la loi sur la concurrence, ont plus d'exemptions et de régimes spéciaux que la plupart des autres pays. La Recommandation de 1997, invitant à combler lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces, demeure parfaitement valable et pertinente. Mais il faut être réaliste à propos du volume de travail restant à accomplir pour y parvenir. Pour les régimes spéciaux ou exclusions les plus courants, les lacunes ne sont pas importantes et des considérations d'intérêt public légitimant une certaine forme de régime spécial sont plausibles. Dans l'application de cette recommandation, il conviendrait de focaliser l'attention sur les différences de réglementation ou d'application qui protègent les monopoles et sur les conditions ou pratiques manifestement anticoncurrentielles.

Institutions chargées du droit de la concurrence et de son application

Indépendance

56. La politique de la concurrence est compromise par la recherche de rente : plus le potentiel de profit à tirer d'un monopole est élevé, et plus forte est l'incitation à essayer d'influencer les décideurs afin d'obtenir ou de protéger ce profit. Ainsi, il peut être particulièrement important pour une autorité responsable d'empêcher les monopoles d'être protégée contre toute influence dictée par la recherche d'une rente.. Pratiquement toutes les juridictions déploient certains efforts pour séparer les applications de la politique de la concurrence des décisions politiques du parlement ou du gouvernement. La promesse abstraite d'indépendance s'appuie généralement sur d'autres garanties institutionnelles.

57. Certaines autorités de la concurrence sont délibérément placées en dehors de la structure des ministères, afin d'être autosuffisantes sur le plan administratif et substantiel. Un petit nombre d'autorités de la concurrence ont elles-mêmes reçu le statut ou le rang de ministères. Ce statut peut renforcer leur indépendance décisionnelle. Plusieurs autorités ou fonctionnaires qui sont décrits comme indépendants sont néanmoins connectés à un ministère. Dans certains pays où le fonctionnaire ou l'autorité de décision a un statut spécial, la bureaucratie sur laquelle il s'appuie fait partie du ministère. Mais même dans les cas où l'autorité ou le fonctionnaire chargé de la politique de la concurrence fait intégralement partie d'un ministère, la nécessité d'une décision indépendante et non politique peut être officiellement reconnue dans une certaine mesure. Il est fréquent que le Ministre ait interdiction de donner des instructions à propos des mesures ou décisions à prendre dans certains cas particuliers.

58. Afin de reconnaître à la fois la nécessité de l'indépendance et le désir de contrôle fonctionnel, l'application de la loi sur la concurrence peut exiger l'intervention de plusieurs autorités à différents niveaux. Elles peuvent inclure le secrétariat d'un ministère, responsable d'ouvrir les enquêtes et de recommander les actions à entreprendre, d'un expert, d'un conseil représentatif ou d'un tribunal extérieur

au gouvernement qui agit en tant que décideur indépendant, et, peut-être également, d'un tribunal ou d'une cour spécialisée afin de statuer sur les appels de ces décisions. Des institutions complexes tendent à augmenter les coûts et à rallonger la durée des procédures, et les désaccords entre elles à propos de la politique à tenir peuvent être un facteur d'incertitude. Par ailleurs, la possibilité d'apporter des corrections au fil de ce processus peut améliorer l'étude des affaires et les résultats de leur traitement.

59. Le pouvoir de nommer le décideur est le principal obstacle politique à l'indépendance décisionnelle. Dans les pays à régime présidentiel, cette nomination est généralement effectuée par le président. Lorsque le chef de l'Etat procède à cette nomination, celle-ci est généralement proposée par le gouvernement ou soumise à l'approbation du parlement. Dans certains pays cependant, le pouvoir de nomination est exercé au niveau ministériel. Une forte influence ministérielle sur la nomination tend à avoir pour corollaire une impression de moindre indépendance. Reconnaissant que l'intervention des politiques dans le processus de nomination pourrait conduire à un contrôle politique indirect, plusieurs pays tentent de mettre des obstacles à une politisation excessive. Certains pays encouragent le professionnalisme en sollicitant des candidatures pour les positions les plus élevées et en les soumettant à plusieurs tours de sélection préalables. D'autres prescrivent des qualifications et une expérience professionnelle pour garantir que l'autorité soit composée de technocrates spécialisés. Un petit nombre réserve des places à des fonctionnaires de carrière au comité chargé de prendre les décisions. Mais, pour certaines autorités de décision plus grandes, le système adopte l'approche opposée, allant même jusqu'à désigner des membres afin de représenter certains groupes d'intérêts particuliers. Cette représentation prescrite par la loi garantit à ces groupes d'intérêts que leurs préoccupations seront entendues, mais fait apparaître l'autorité comme une instance politique, statuant sur les affaires sur la base d'une négociation et d'un marchandage sur les intérêts économiques. La protection des mandats est aussi importante que la transparence de la nomination. Les plus fortes protections des mandats des hauts dirigeants sont probablement celles de la CFC mexicaine, dont les membres restent en fonctions pendant un seul mandat non renouvelable de 10 ans. Dans la plupart des autorités comprenant de multiples membres, les durées de mandat sont échelonnées pour garantir la continuité.

60. Les vertus fonctionnelles de l'indépendance décisionnelle peuvent être dupliquées dans les structures des autorités elles-mêmes. La HCO de Hongrie est substantiellement indépendante du gouvernement, mais inclut en outre un organisme décisionnel séparé, le Conseil de la Concurrence, qui est foncièrement indépendant du reste de la HCO. Ses membres fonctionnaires bénéficient de l'équivalent d'une protection à vie de leur mandat, d'une manière assez comparable à celle des divisions de décision du *Bundeskartellamt* en Allemagne.

61. Le contrôle des ressources, du budget ou du personnel confère un contrôle indirect sur la politique et l'action. Peu d'autorités sont entièrement libres de cette influence. Pour certaines, le budget de l'autorité de la concurrence est un poste séparé du budget qui doit être examiné et approuvé par le parlement. Pour beaucoup, le budget et les autres politiques de ressources sont entre les mains d'un ministre, qui peut être soit le ministre auquel l'autorité est rattachée, soit le ministre des finances qui prépare le budget national. Peu de pays ont essayé de fournir une source de financement qui ne dépendrait pas d'une dotation parlementaire. Toutefois, la possibilité pour l'autorité de se financer grâce à des redevances ou en conservant une partie des amendes infligées pourrait créer des incitations perverses à engager des poursuites.

62. Le degré approprié d'indépendance diffère selon qu'il s'agit de définir la politique, d'ouvrir des enquêtes et d'engager des poursuites, ou de prendre des décisions. Il est rare que toutes ces fonctions soient assignées à une seule autorité. L'élaboration de la politique est habituellement une responsabilité ministérielle, bien que des autorités de la concurrence séparées aient généralement au minimum un rôle consultatif à propos de la politique. La fixation de priorités et l'engagement de poursuites sont des fonctions "exécutives", mais les fonctionnaires qui en sont responsables occupent des postes de

fonctionnaires de carrière ou des mandats protégés. Les fonctions de décision sont celles pour lesquelles l'indépendance est la plus importante, et qui sont le plus souvent accomplies par une autorité extérieure au gouvernement.

63. Dans les cas où aucune autorité indépendante de cette nature ne traite spécifiquement des questions de concurrence, les tribunaux tendent à devenir les décideurs clés. Les autorités spécialisées qui ont été créées pour statuer sur les appels des décisions administratives peuvent faire office, dans une mesure croissante, d'instances de décision de première instance. Si le principal décideur est un tribunal indépendant, il y a moins de raisons d'être inquiet à propos de l'indépendance de l'autorité. Toutefois, le fait de s'en remettre à des tribunaux peut rendre difficile d'établir des priorités dans l'ordre des poursuites à engager. Dans certains pays Membres, les tribunaux ont été lents à s'intéresser à l'importance des questions de concurrence.

64. Les préoccupations et controverses à propos de l'indépendance se sont principalement élevées à propos d'affaires structurelles complexes, de monopole, de privatisation et de fusions. Pour poursuivre l'exécution de la loi à l'encontre d'ententes et d'abus flagrants, il est probable qu'il existe une plus grande indépendance de fait et moins de besoins de moyens de la garantir. Pour les affaires structurelles qui ont des implications en termes de politique industrielle, application de la loi et intervention coexistent dans la plupart des juridictions. Un grand nombre de juridictions prévoient explicitement une intervention ministérielle dans les affaires de fusions. Dans un petit nombre de pays, les décisions sur les fusions relèvent de la responsabilité du gouvernement. Dans certains pays, un ministre peut avoir le pouvoir discrétionnaire de renvoyer ou non un projet de fusion à l'autorité de la concurrence, pour étude et contrôle. Si le ministre est déterminé à l'autoriser, elle ne sera pas soumise à l'autorité de la concurrence, et le ministre évitera donc l'embarras d'autoriser une transaction que l'autorité indépendante de la concurrence déclare contraire à l'intérêt public. Le ministre ou le gouvernement peut avoir le pouvoir d'infirmer la décision de l'autorité de la concurrence en appel, ou d'invoquer d'autres objectifs politiques pour annuler des décisions ou recommandations fondées sur la concurrence. La publicité est un puissant barrage à l'abus de ce pouvoir discrétionnaire. Les soupçons que le règlement transactionnel d'une grande affaire de fusion aux Etats-Unis ait été motivé par des considérations politiques ont conduit à une législation qui exige dorénavant une procédure publique de notification et de commentaire, avant qu'un tribunal ne puisse approuver le règlement négocié par le gouvernement d'affaires antitrust.

65. L'accès aux décideurs est important pour que les autorités de la concurrence puissent jouer leur rôle de sensibilisation à l'impératif de la concurrence, et les vertus de l'indépendance pourraient devenir des handicaps pour cette fonction. Néanmoins, la pratique dément cette observation. En Hongrie et en Corée, la possibilité pour les fonctionnaires chargés de la politique de la concurrence, de haut rang mais indépendants, d'accéder directement au processus de décisions ministérielles, a apporté un soutien efficace à cette politique. En effet, ce rôle de sensibilisation du public est d'autant plus efficace qu'il est joué par une autorité indépendante, dont les avis politiques sont crédibles car son historique d'application de la loi lui a conféré la réputation d'être honnête et libre de toute influence. Néanmoins, rien ne garantit dans certains pays que les avis de l'autorité seront entendus, précisément parce qu'elle est extérieure à la structure gouvernementale. Dans certains pays où d'autres agences sont admonestées de se concerter avec l'autorité indépendante de la concurrence sur des propositions politiques, cette admonestation reste souvent lettre morte.

66. Dans la quasi-totalité des pays Membres examinés, les autorités chargées de la politique de la concurrence s'appliquent activement à convaincre du bien-fondé de la réforme ou à empêcher des réglementations anticoncurrentielles. Mais ce rôle n'est pas toujours assumé par l'autorité chargée de faire appliquer la législation de la concurrence. Lorsqu'il existe un organisme ministériel chargé de la politique de la concurrence, séparé de l'autorité chargée de l'application de la législation de la concurrence, cet organisme ministériel participe habituellement au débat politique au sein du gouvernement. Il n'en

demeure pas moins qu'une autorité indépendante a plus de possibilités de contribuer au débat public. Certains pays ont exprimé la crainte que l'implication dans des questions politiques et réglementaires ne sape l'indépendance indispensable à une application efficace de la loi. Les examens ont néanmoins révélé la volonté de confier un rôle plus étendu à l'autorité chargée de l'application de la loi, y compris dans ces contextes, en raison de la contribution unique qu'elle peut apporter au débat politique en raison de son expérience sur le terrain et de sa position indépendante. Dans les cas où la structure d'application de la législation est encore très faible et le statut et l'indépendance de l'autorité n'est pas encore très bien établie, les examens reconnaissent qu'il est hautement prioritaire de renforcer l'application de la loi. Plusieurs autorités chargées de l'application de la loi, solidement établies, rapportent qu'elles consacrent 10% ou plus de leurs ressources à des études et démarches de sensibilisation touchant à des problèmes que la simple application de la loi ne peut pas résoudre.

Questions d'application de la Loi

67. L'examen des lois substantielles a révélé certaines questions techniques qui affectent leur application lorsque la réglementation est importante. L'"auto-réglementation" est un problème courant, si les concurrents d'un secteur l'utilisent pour contrôler la concurrence. Les associations sont le vecteur habituel de ce type de réglementation et, dès lors, la cible usuelle des poursuites engagées pour faire appliquer la loi. Certaines lois contiennent des règles interdisant expressément les agissements anticoncurrentiels d'une association, obviant ainsi à la nécessité de prouver ou d'inférer un accord particulier entre les membres impliqués dans chacun de ces agissements. L'application de sanctions efficaces afin de dissuader ce type de conduite peut également exiger des règles spéciales, par exemple afin de rendre les membres responsables des actes de l'association, ou d'imputer le chiffre d'affaires des membres à l'association, en utilisant ce total comme base de calcul de l'amende. Dans un petit nombre de pays, la coopération horizontale dans l'industrie a été soutenue par les "conseils administratifs" des fonctionnaires. Ces instructions n'ont pas autant de forces qu'une autorisation ou injonction réglementaire, mais elles ont historiquement produit des effets similaires. Les réformes visant à régulariser les pratiques administratives et à accroître la transparence peuvent aider à réduire cet abus. Néanmoins, la tâche est une gageure. D'autres autorités ou ministères peuvent essayer de minimiser la trace de leurs conseils en ne les délivrant qu'oralement — exactement comme les entreprises qui imposent des prix de revente ne le font pas en vertu d'accords écrits, à présent que les sanctions sont plus lourdes. Par ailleurs, les entreprises qui préféreraient ignorer les conseils et informer l'autorité de la concurrence du problème pourront néanmoins ne pas vouloir prendre le risque de contrarier un fonctionnaire ministériel important. Lorsque ces problèmes peuvent être surmontés, et lorsque les doctrines formelles de l'autorisation réglementaire ou de l'action d'Etat ne sont pas un obstacle, l'intervention du droit de la concurrence a été utilisée pour réformer des restrictions d'auto-réglementation, essentiellement dans le secteur des professions libérales et autres services, qui bénéficiaient de l'appui des autorités réglementaires.

68. Le droit de la concurrence a également été un important outil de réforme dans le processus de contrôle et de restructuration des monopoles infrastructurels. Les examens ont fait état de situations et de problèmes communément rencontrés. Dans un petit nombre de pays, l'interdiction d'abus de position dominante posée par la loi sur la concurrence a directement servi à réguler les prix monopolistiques. Dans le processus de déréglementation et de réforme, qui consiste à ouvrir des secteurs antérieurement monopolisés à de nouveaux entrants et à contrôler les abus commis par le détenteur historique de l'ancien monopole, le droit de la concurrence a souvent ouvert la voie ou servi de fondement à des règles sectorielles sur l'accès et la discrimination. Toutefois, les principes généraux de la concurrence et les doctrines sectorielles divergent parfois. La fixation de seuils de parts de marché pour identifier la puissance sur le marché en est un exemple notable. Un seuil inférieur inflexible pourrait constituer une application transitoire efficace des principes généraux à un problème sectoriel particulièrement épineux, pêchant par excès de zèle pour corriger le comportement du détenteur opiniâtre d'un monopole historique. Mais l'application impassible de ce seuil à de nouveaux entrants, au moment où ils acquièrent eux-mêmes une

position significative sur le marché, irait à l'encontre du but recherché. Dans quelques rares cas, l'application de la loi sur la concurrence a servi à séparer les éléments monopolistiques et concurrentiels dans une industrie en cours de déréglementation. Le principal exemple de cette application a été le procès antitrust qui a brisé le monopole téléphonique national aux Etats-Unis. Un petit nombre de lois confèrent ce grand pouvoir à la loi sur la concurrence et à sa procédure d'application, et les pouvoirs analogues conférés dans d'autres pays n'ont jamais été utilisés à cet effet. Dans l'immense majorité des cas, un texte de loi spécifique est généralement adopté pour opérer des restructurations de cette envergure.

69. De nombreux examens par pays ont mis en lumière certains aspects du processus quasi-réglementaire d'examen et de contrôle des fusions. Il a souvent été question de l'équilibre avec d'autres politiques, explicitement ou implicitement, dans l'évaluation des partages de responsabilité entre les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence, les tribunaux dotés d'un pouvoir de décision indépendant et les ministères détenant d'autres portefeuilles. L'étendue du réexamen, et, dès lors, de la balance coût/bénéfice des règles et procédures d'application du droit de la concurrence en matière de fusions, a attiré l'attention sur un pays, la Grèce, où une "réforme" qui exigeait de l'autorité qu'elle consacre toutes ses ressources à l'examen et à l'approbation des fusions, l'a empêchée de prendre toute mesure à propos d'autres problèmes plus importants. Par ailleurs, dans un petit nombre de pays, les réexamens ont recommandé de réviser les réglementations sur le contrôle des fusions afin de faciliter le respect du droit des fusions, notamment en éliminant le critère de la part de marché de la liste des conditions déclenchant une obligation de notification.

70. Les Recommandations de 1997 appellent à faire respecter énergiquement et efficacement le droit de la concurrence. L'efficacité des mesures d'application forcée de la loi dépend de questions juridiques techniques qui relèvent de juridictions spécialisées, et pour lesquelles des recommandations généralisées ne seraient guère utiles. Toutefois, une préoccupation générale combine ces questions juridiques à un principe économique, et peut s'exprimer en une double question : les sanctions sont-elles assez fortes pour dissuader une conduite anticoncurrentielle, et d'autres solutions, tels des dommages intérêts ou des actions privées, sont-elles suffisantes pour corriger ses conséquences ? Seules comptent les sanctions et recours appliqués en pratique, bien plus que ce qui est prévu par la loi, et la pratique réelle dépend elle-même des tribunaux. Dans certains pays, seul un tribunal peut imposer des sanctions ou accorder toute autre réparation. Même lorsqu'une autorité peut infliger une amende, le traitement par les tribunaux de l'appel qui s'ensuit indique si les questions de concurrence sont prises au sérieux. On observe une tendance claire à infliger des pénalités financières plus lourdes à l'encontre des ententes injustifiables, mais il reste encore beaucoup à faire. Il est fréquemment indiqué que les amendes infligées dans des affaires de prix imposés et de soumissions concertées sont les plus fortes jamais prononcées dans des affaires de délinquance en col blanc ; dans certains pays cependant, les amendes effectives ne représentent toujours qu'une très faible fraction du gain économique probable des violations. Un très petit nombre de pays imposent des sanctions à des décideurs individuels. Si les sanctions sont trop faibles pour dissuader des violations, les mesures d'application forcée de la loi ne sont pas encore assez efficaces pour que la politique de la concurrence empêche une conduite anticoncurrentielle qui pourrait contrecarrer la réforme.

NOTES

1. Les recommandations de 1997 accordent plus d'attention à la concurrence que ne le faisait la Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle. La Recommandation du Conseil de 1995 et la checklist qui l'accompagne se concentrent principalement sur le processus administratif, bien qu'elles notent l'importance de supprimer les entraves à la concurrence afin d'accélérer la réforme structurelle et l'adaptation à la mondialisation. Le Comité de la Concurrence est intervenu activement dans le processus qui a produit le Rapport de 1997, et l'intérêt soutenu manifesté par le Comité explique sans aucun doute pourquoi la politique de la concurrence a une place plus prééminente dans ce Rapport.

2. Texte intégral de la Recommandation 1 :
 1. Adopter, au niveau politique, de vastes programmes de réforme de la réglementation comportant des objectifs clairs et prévoyant des cadres précis pour leur mise en oeuvre.
 - Définir les principes d'une "réglementation de qualité" afin de guider la réforme, en s'inspirant de la Recommandation de 1995 du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle. Une réglementation de qualité devrait : (i) être nécessaire pour répondre à des objectifs clairement définis, et de nature à assurer la réalisation de ces objectifs ; (ii) reposer sur un fondement juridique rationnel ; (iii) procurer des avantages qui justifient les coûts, compte tenu de la répartition des effets produits dans l'ensemble de la collectivité ; (iv) engendrer le moins possible de coûts et de distorsions sur le marché ; (v) promouvoir l'innovation au moyen des mécanismes d'incitation du marché et d'approches fondées sur des objectifs ; (vi) être claire, simple et pratique pour les utilisateurs ; (vii) concorder avec les autres réglementations et politiques ; et (viii) être compatible autant que possible avec les principes visant à faciliter la concurrence, les échanges et l'investissement aux niveaux national et international.
 - Créer, au sein de l'administration, des mécanismes efficaces et crédibles pour assurer la gestion et la coordination de la réglementation et de sa réforme ; veiller à ce que les compétences des autorités responsables de la réglementation et des divers niveaux d'administration ne se chevauchent pas ni ne fassent double emploi.
 - Encourager la réforme à tous les niveaux d'administration et au sein d'organismes privés comme les organismes de normalisation.

3. Texte intégral de la Recommandation 2 :
 2. Réexaminer systématiquement les réglementations pour vérifier si elles répondent toujours avec efficacité et efficacie aux objectifs qui leur sont assignés.
 - Réexaminer les réglementations (économiques, sociales et administratives) à la lumière des principes relatifs à une réglementation de qualité et selon le point de vue de l'utilisateur plutôt que celui du responsable de la réglementation. Axer ce réexamen sur les réglementations dont la réforme produira les avantages les plus importants et les plus visibles, en particulier sur celles qui apportent des restrictions à la concurrence et aux échanges et affectent les entreprises, notamment les PME.
 - Examiner aussi bien les propositions relatives à de nouvelles réglementations que les réglementations existantes.
 - Intégrer l'analyse d'impact de la réglementation dans la définition, le réexamen et la réforme des réglementations.
 - Actualiser les réglementations en prévoyant des mécanismes de révision automatique comme les clauses de caducité automatique.

4. Texte intégral de la Recommandation 5 :

(5.) Réformer les réglementations économiques dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence, et les éliminer sauf celles qui s'avèrent être le meilleur moyen de répondre aux intérêts généraux de la collectivité :

- Examiner en toute priorité les dispositions des réglementations économiques qui apportent des restrictions à l'entrée sur le marché, à la sortie du marché, à la tarification, à la production, aux pratiques commerciales habituelles et à diverses formes d'organisation de l'activité industrielle et commerciale.
- Promouvoir l'efficacité et le passage à une situation de concurrence effective dans les cas où les réglementations économiques restent nécessaires à cause d'un risque d'abus de position de force sur le marché. En particulier : (i) séparer les activités potentiellement concurrentielles des réseaux de services d'utilité publique réglementés, et procéder par ailleurs aux restructurations requises pour réduire l'influence économique des entreprises en place ; (ii) garantir l'accès aux réseaux essentiels à tous les entrants sur le marché dans des conditions de transparence et de non discrimination ; (iii) recourir au plafonnement des prix et à d'autres mécanismes pour encourager les gains d'efficacité si des mesures de contrôle des prix s'imposent pendant la période de transition vers une situation de concurrence.

5. Texte intégral de la Recommandation 7 :

(7.) Recenser les liens importants avec d'autres objectifs de l'action gouvernementale et élaborer des politiques qui permettent de réaliser ces objectifs en favorisant la réforme :

- Adapter en tant que de besoin, les politiques prudentielles et autres politiques sociales telles que, par exemple, les politiques de la santé, concernant la sécurité, la protection des consommateurs, la sécurité d'approvisionnement énergétique de manière à ce qu'elles répondent à leurs objectifs aussi efficacement que possible dans le cadre d'un environnement concurrentiel.
- Examiner les dispositifs non réglementaires, entre autres, les subventions, la fiscalité, les politiques de passation des marchés publics, les instruments commerciaux tels que les droits de douane et autres dispositifs de soutien, et les réformer lorsqu'ils faussent indûment la concurrence.
- Faire en sorte que les programmes conçus pour réduire les coûts potentiels de la réforme de la réglementation soient bien ciblés, aient un caractère transitoire et facilitent la réforme au lieu de la retarder.
- Mettre en oeuvre la totalité des recommandations issues de l'Etude de l'OCDE sur l'emploi afin d'améliorer la capacité des travailleurs et des entreprises à s'adapter et à mettre à profit les nouvelles perspectives qui peuvent s'offrir pour les entreprises et l'emploi.

6. Les informations données dans ce tableau à propos des pays qui n'ont pas été examinés dans le cadre du programme de réforme de la réglementation proviennent de documents soumis dans le cadre du projet sur les indicateurs réglementaires et des rapports annuels.

7. L'Afrique du Sud, pays non-membre, est l'un des pays qui se sont dotés de ce système.

8. L'un des critères d'exemption apparemment assez large souvent invoqué en Europe, celui de la promotion du progrès technique ou économique, est souvent interprété au sens étroit, c'est-à-dire en termes d'efficacité.