

Non classifié

DAF/COMP/GF(2008)4



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

22-Jan-2008

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

DAF/COMP/GF(2008)4
Non classifié

Forum mondial sur la concurrence

**L'INTERFACE ENTRE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE À L'ÉGARD
DES CONSOMMATEURS**

Note du Secrétariat

-- Session IV --

Ce document a été préparé en tant que Note du Secrétariat par Henry Ergas (Directeur Régional, Asie Pacifique, CRA International; Professeur, Département d'Économie, Faculté de Gestion et d'Économie, Monash University, Australie) et Professeur Allan Fels (Doyen, The Australia and New Zealand School of Government – ANZSOG). Ce document est soumis POUR DISCUSSION au titre de la Session IV du Forum Mondial de la Concurrence qui se tiendra les 21 et 22 février 2008.

JT03239024

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

Français - Or. Anglais

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	3
2. Les Liens entre Politique de la Concurrence et Politique à l'égard des Consommateurs	4
3. Difficultés Émergentes	7
3.1. L'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs	7
3.2. Extension du rôle des marchés	13
3.2.1. Agrément professionnel des professions libérales	14
3.2.2. Concurrence dans le secteur des services sociaux	16
3.3. Conclusions	18
4. Conception des Institutions et Difficultés Institutionnelles.....	19
4.1. Avantages de l'intégration.....	19
4.1.1. Le portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics	19
4.1.2. Partage des compétences	20
4.1.3. Soutien de la collectivité et responsabilité vis-à-vis du grand public.....	21
4.2. Coûts de l'intégration	22
4.2.1. Différences de nature et des conditions de mise en œuvre	22
4.2.2. Limites pratiques à l'intégration.....	24
4.3. Conclusions relatives aux questions de conception des institutions	25
5. Conclusions	26

INTERACTION ET COORDINATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DE LA POLITIQUE À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS : DIFFICULTÉS ET POSSIBILITÉS^(*)

-- Note du Secrétariat --

1. Introduction

1. On a souvent pu constater et on admet généralement que la politique de protection des consommateurs et la politique de la concurrence sont des instruments très interdépendants de la politique économique, visant toutes deux à rendre le fonctionnement des marchés plus efficace. On observe aussi généralement qu'il peut exister, et qu'il existe parfois, des tensions entre ces deux politiques. À cela s'ajoutent, dans la pratique, des différences dans la manière dont elles fonctionnent l'une et l'autre et dans la nature du processus de décision et de mise en œuvre qui leur est propre. Admettre l'existence de ces tensions et de ces différences conduit naturellement à examiner les dispositifs institutionnels à l'œuvre pour chacune d'entre elle et, particulièrement, ce qu'il convient de faire pour les coordonner.

2. Cette note analyse ces questions, mettant en relief les principaux thèmes essentiels à cet égard, sans tenter toutefois de les traiter de manière exhaustive. Elle dresse les principaux constats suivants :

- Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs partagent généralement un même objectif tout en reposant sur des instruments dissemblables pour y parvenir. En règle générale, elles se renforcent mutuellement, mais il n'est pas rare qu'elles entrent en conflit comme c'est le cas, par exemple, quand on utilise la politique à l'égard des consommateurs d'une manière qui a pour effet de restreindre inutilement la concurrence. À l'inverse, l'ouverture à la concurrence peut avoir lieu sans que soient suffisamment prises en compte les questions relatives à la protection des consommateurs (section 2).
- Si ces problèmes d'équilibre et de coordination de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part ne sont guère nouveaux, ils suscitent, depuis ces dernières années, un intérêt croissant pour un certain nombre de raisons et notamment :
 - les avancées de l'économie comportementale, qui ont mis en évidence les limitations cognitives ayant une incidence sur le comportement des consommateurs (section 3.1) ; et
 - l'extension de la concurrence à de nouveaux domaines complexes, (section 3.2), notamment les professions libérales et les marchés des services aux collectivités et des services plus généralement.

Si ces évolutions n'ont pas d'effet sur le rôle dévolu à la politique de la concurrence et à la politique à l'égard des consommateurs et sur leur poids respectif, elles appellent d'autant plus une coordination de ces deux volets de l'action publique.

^(*) Ce document a été préparé en tant que Note du Secrétariat par Henry Ergas (Directeur Régional, Asie Pacifique, CRA International; Professeur, Département d'Économie, Faculté de Gestion et d'Économie, Monash University, Australie) et Professeur Allan Fels (Doyen, The Australia and New Zealand School of Government – ANZSOG).

- Cela conduit logiquement à se demander comment on peut réussir à articuler au mieux ces politiques (section 4) :
 - S’il peut être avantageux d’intégrer au sein d’une seule et même institution la responsabilité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence et de la politique à l’égard des consommateurs, il n’en demeure pas moins que l’étendue et l’efficacité de cette intégration ne sauraient être que limitées.
 - Ainsi, la nature des missions attachées à ces deux domaines de l’action publique diffère à plusieurs titres et non des moindres ; de plus, la politique à l’égard des consommateurs met en jeu, par essence, un éventail d’instruments très divers, qui sont pour beaucoup propres à un secteur ou à une branche d’activité donnés et qui ne peuvent être aisément regroupés sous un seul étendard.
 - De ce fait, quel que soit le degré jugé approprié d’intégration institutionnelle de la mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit des consommateurs, il importe que cette intégration vise, à tout le moins, à assurer que l’autorité de la concurrence dispose des compétences requises pour pouvoir garder un œil sur les évolutions qui interviennent dans la définition et l’administration de la politique à l’égard des consommateurs et promouvoir la concurrence dans le cadre de ce processus. De même, on est en droit de penser que les organismes compétents en matière de consommation doivent être en mesure de surveiller et d’évaluer les problèmes de concurrence.
 - En outre, il convient sans doute de s’assurer qu’il existe, au sein de l’appareil d’État, une entité qui exercera, au nom de l’État dans son ensemble, un suivi en matière de protection des consommateurs, sans perdre de vue les préoccupations relatives à la concurrence.
 - L’examen régulier de certains instruments – comme les agréments professionnels ou les restrictions à l’encontre de la publicité – afin de vérifier qu’ils ne nuisent pas à l’efficacité de la concurrence, est susceptible de jouer un rôle utile et important pour structurer ce processus de coordination.

2. Les Liens entre Politique de la Concurrence et Politique à l’égard des consommateurs

3. Généralement, la politique de la concurrence vise à protéger et, chaque fois que cela est utile et nécessaire, à élargir la palette de choix des consommateurs. Parallèlement, la politique à l’égard des consommateurs s’attache à protéger et, chaque fois que cela est nécessaire, à améliorer la qualité de ce choix tout en assurant que les consommateurs peuvent réellement l’exercer, confiants en l’équité et l’intégrité des mécanismes du marché¹.

4. Il n’est pas difficile de démontrer que chacune de ces politiques contribue largement à promouvoir les objectifs visés par l’autre.

5. Ainsi, en général, le risque de disparition encouru par les entreprises sur les marchés réellement concurrentiels les incite à améliorer et à protéger leur réputation de fournisseurs fiables, car elles peuvent de ce fait tabler sur une répétition des transactions et une réduction de leur frais de commercialisation.

¹ Voir Muris, T. (2002), ‘The interface of competition and consumer protection’, notes préparées lors de la 29^e conférence annuelle sur le droit et la politique de la concurrence du Fordham Corporate Law Institute et Sylvan, L. (2004), ‘Activating competition: The consumer-competition interface’, 12 *Competition and Consumer Law Journal*.

Dans la mesure où les entreprises sont d'elles-mêmes incitées à satisfaire les attentes des consommateurs, voire à aller au-delà, la charge que représenterait la mise en œuvre de normes de produits et de services – charge qui retomberait, dans le cas contraire, sur la politique à l'égard des consommateurs – s'en trouve allégée d'autant. En ce sens, assurer qu'un marché est réellement concurrentiel peut permettre de résoudre l'une des préoccupations fondamentales de la politique à l'égard des consommateurs².

6. Dans le même ordre d'idée, les entreprises exerçant leur activité sur des marchés réellement concurrentiels et qui peuvent de ce fait espérer enlever des clients à leurs concurrents, seront incitées à réduire les coûts de changement de fournisseur pour lesdits clients, à la fois en les informant des avantages que leur procureront ce changement et en les aidant à assumer les coûts ponctuels qu'il induit. Or, si les entreprises investissent pour réduire les coûts de changement de fournisseur à la charge de leurs clients mutuels, cela peut avoir pour effet de dynamiser la concurrence tout en rendant moins nécessaires les interventions de la politique de protection des consommateurs pour les faire baisser. Là encore, la mise en place d'une structure de l'offre concurrentielle peut être un moyen efficace de résoudre ce qui serait parfois sinon un problème relevant de la politique à l'égard des consommateurs – en l'occurrence, les coûts de changement de fournisseur.

7. Cet exemple vaut aussi pour bien d'autres domaines d'intervention de la politique à l'égard des consommateurs. Ainsi les mesures visant à assurer que la publicité et les descriptions de produits sont honnêtes et raisonnablement informatives, que les conditions contractuelles qui y sont mentionnées sont compréhensibles et ne sont pas abusives et que les consommateurs peuvent raisonnablement escompter que les produits seront sûrs et conviendront à l'usage prévu, permettront aux consommateurs d'exercer leur choix plus efficacement (ce qui renforcera directement la concurrence) et obligera les entreprises à se faire concurrence sur leurs réels mérites (et non par des proclamations frauduleuses ou trompeuses ou en recourant à des conditions contractuelles déloyales)³. De la même façon, les normes de produits, peuvent renforcer à la fois le choix des consommateurs et le jeu de la concurrence en facilitant les comparaisons entre les produits, en leur permettant de remplacer facilement les produits d'un fournisseur par ceux d'un autre et en polarisant la concurrence sur l'utilité réelle d'emploi des produits plutôt que sur leurs aspects superfétatoires.

8. En somme, chacun de ces deux instruments de l'action publique peut être utilisé pour promouvoir les objectifs également visés par l'autre : la politique de la concurrence, en préservant la concurrence réelle des marchés, peut alléger la tâche dévolue à la politique à l'égard des consommateurs ; à l'inverse, la politique à l'égard des consommateurs, en renforçant la faculté des consommateurs à exercer leur choix, peut contribuer à rendre la concurrence des marchés plus efficace et contraindre les entreprises à se livrer concurrence sur leurs mérites respectifs, ce qui sert les visées de la politique de la concurrence.

9. Dans le même temps, chacun de ces deux instruments est susceptible de créer pour l'autre des difficultés.

10. Ainsi, l'ouverture à la concurrence d'un marché auparavant très réglementé peut fort bien susciter de nouveaux problèmes du point de vue de la protection des consommateurs :

- De nombreux pays de l'OCDE se sont trouvés confrontés à de nouveaux problèmes en matière de protection des consommateurs à la suite de la libéralisation des marchés de capitaux, qui, pour

² OCDE (2004), *Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché*, p. 3.

³ Commission européenne (2004), 'Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché', Note présentée à l'OCDE pour examen lors de la réunion conjointe du Comité de la concurrence et du Comité de la politique à l'égard des consommateurs, le 13 octobre 2004, pp. 2-3

bénéfique qu'elle ait été, a placé les consommateurs face à de nouveaux risques et de nouvelles difficultés⁴.

- De même, l'introduction de la concurrence sur certains marchés de services collectifs (comme l'électricité et les télécommunications) a suscité des difficultés du point de vue de la réglementation de la qualité des services et des problèmes tels que la gestion des résiliations d'abonnements, des plaintes des consommateurs et des interruptions de service en cas de non-paiement⁵. Elle a également suscité des interrogations quant à l'aptitude des consommateurs à comprendre des dispositifs tarifaires souvent complexes et à exercer leur choix en conséquence.
- Enfin, la libéralisation des services professionnels pose des questions complexes liées à l'équilibre entre la pression concurrentielle (en termes de prix et de marketing, de publicité notamment) d'une part et la protection des consommateurs d'autre part, dans des situations se caractérisant par des asymétries de l'information et des coûts d'erreur qui peuvent être importants.

11. De plus, lorsqu'un marché est plus exposé à la concurrence qu'il ne l'a été (par exemple du fait de la suppression d'obstacles aux échanges), les incitations des acteurs du marché peuvent évoluer, ce qui peut susciter des préoccupations quant à la protection des consommateurs :

- Ainsi, les entreprises en place, confrontées à des consommateurs plus volages, peuvent tenter de retenir leurs clients par divers moyens, notamment en leur imposant contractuellement des pénalités de résiliation. Si de tels dispositifs peuvent être tout à fait raisonnables dans certains cas, ils peuvent aussi, dans d'autres, poser des problèmes tant du point de vue de la concurrence que de la protection des consommateurs.
- De plus, une entreprise en position dominante qui se rend compte qu'elle risque de perdre des parts de marché, voire d'être complètement évincée, sera d'autant moins incitée à investir dans des actifs à long terme comme sa réputation et d'autant plus déterminée à tirer profit de chaque client captif, ou vulnérable de toute autre façon.
- En outre, une entreprise dominante, qui opérait auparavant en position de monopole dans des conditions très réglementées, n'aura que très peu axé sa politique commerciale sur le consommateur. Aux premiers stades de l'ouverture à la concurrence tout particulièrement, lorsqu'elle s'emploiera à freiner et à décourager l'arrivée de nouveaux concurrents et que des mesures claires de protection des consommateurs n'auront pas encore été mises en place, cette entreprise pourra être tentée de recourir à des méthodes qui ne sont pas pleinement conformes aux pratiques commerciales de rigueur.
- Dans le même temps, le marché libéralisé peut attirer des opérateurs qui « disparaissent du jour au lendemain », dont les pratiques sans scrupules peuvent saper la confiance des consommateurs dans l'ensemble du marché, amoindrir leur propension à se fier aux informations que leur fournissent les

⁴ Ces problèmes sont examinés par le Secrétaire australien au Trésor dans Henry. K. (2007), 'Connecting consumers and the economy: The big picture', allocution de clôture du congrès national des consommateurs, pp. 7-8, disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.treasury.gov.au/ncc/content/download/Presentations/Transcripts/connecting_consumers_and_the_economy.rtf

⁵ Certains de ces problèmes sont analysés dans Waddams, C. 'Reality bites - The problems of choice' et d'autres notes consécutives, dans OCDE (2006) *Table ronde : L'économie de la demande et la politique à l'égard des consommateurs*.

entreprises exerçant sur ce marché et émousser, de ce fait, les incitations à agir honnêtement de l'ensemble des entreprises qui y opèrent. De plus, les entreprises qui agiront loyalement seront par là même contraintes de supporter des coûts supplémentaires (car elles tenteront de convaincre les consommateurs de la meilleure qualité des informations qu'elles leur procurent), ce qui aura pour effet d'augmenter les prix et de réduire à la fois le surplus du consommateur et le surplus du producteur⁶.

12. De la même façon, certaines évolutions de la politique de protection des consommateurs peuvent avoir des conséquences défavorables sur la concurrence, et produiront, en dernier ressort, des résultats contraires aux buts communs de la politique à l'égard des consommateurs et de la politique de la concurrence. Il s'agit classiquement, entre autres, de l'interdiction de la publicité comparative, des normes de produits obligatoires qui excluent les nouveaux entrants et produits à faible coût ou encore des obligations de transparence et d'affichage des prix qui favorisent la collusion⁷.

13. En somme, la relation entre la politique de la concurrence d'une part et la politique à l'égard des consommateurs d'autre part est relativement complexe. Généralement, elles se confortent mutuellement, mais des tensions ou des conflits entre elles peuvent survenir.

3. Difficultés émergentes

14. Les problèmes liés au juste dosage entre politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs suscitent, depuis peu, de plus en plus d'intérêt, en partie en raison de l'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs (examiné plus loin, en section 3.1) et en partie en raison de l'évolution de l'étendue et du fonctionnement des marchés (examinée en section 3.2).

3.1 *L'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs*

15. L'économie de la protection des consommateurs a été considérablement stimulée ces dernières années par les avancées de « l'économie comportementale » qui ont mis en évidence l'incidence des limitations cognitives sur le choix des consommateurs. L'économie comportementale est en réalité un domaine très vaste et il n'est pas possible, ni souhaitable, d'en faire le tour ici. Cela étant, il est utile de prendre en compte certains des aspects importants des enseignements présentés dans les publications qui y sont consacrées pour illustrer comment les préoccupations de la politique de la concurrence et celles de la politique à l'égard des consommateurs interagissent.

16. Ainsi, les économistes n'ont pas manqué de constater depuis longtemps que l'information est coûteuse et imparfaite, de sorte que les consommateurs peuvent être dans l'incapacité d'allouer leur budget pour se procurer à tout coup les produits qu'ils préfèrent, au meilleur prix et donc auprès du fournisseur le plus efficace. Ce modèle standard du choix rationnel dans des conditions d'information coûteuse et imparfaite reste un moyen très utile de comprendre les problèmes de politique de concurrence et de politique à l'égard des consommateurs et, pour les pouvoirs publics, d'élaborer les réponses qui s'imposent. L'apport de l'économie comportementale par rapport à ce modèle est de mettre l'accent sur les comportements qui s'écartent apparemment d'un processus rationnel de décision, du moins tel que l'entend l'analyse classique. Ces biais par rapport au comportement de « l'acteur rationnel » pourraient amener les consommateurs à prendre des décisions apparemment contraires à la maximisation de leur bien-être, même

⁶ À l'extrême, on aboutit au problème d'antisélection examiné dans Akerlof, G. (1970), « The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism ». *Quarterly Journal of Economics* 84 (3): 488–500

⁷ On peut trouver une étude de cas traitant des interventions inappropriées sur le marché des services juridiques. Voir OCDE (2004), Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché, pp. 6-10.

lorsque les marchés sont raisonnablement concurrentiels et que les coûts de recherche et d'information ne sont pas particulièrement élevés. De fait, certaines conclusions de l'économie comportementale donnent à penser qu'une concurrence accrue, dès lors qu'elle induit une prolifération des choix pour les consommateurs, peut ne produire que des gains de bien-être limités, sinon négatifs⁸.

17. Si nombre de ces observations sont expérimentalement confirmées⁹, on peut aussi comprendre que leur interprétation puisse prêter à controverse¹⁰. Mais surtout, on ne saurait en conclure qu'elles plaident en faveur d'une orientation plus interventionniste ou « paternaliste » de la politique de protection des consommateurs en général ou encore diminuent en quoi que ce soit la nécessité – ou l'intérêt – de protéger et (le cas échéant) de promouvoir la concurrence. De fait, ne plus compter essentiellement sur la concurrence des marchés pour donner plus de pouvoir aux consommateurs voire adopter une approche plus interventionniste de la politique de protection des consommateurs pourrait coûter très cher. Il n'est besoin que de citer en exemple les coûts qui résulteront des erreurs de réglementation, inhérents à toute approche paternaliste, surtout si celle-ci a pour corollaire de limiter le choix des consommateurs.

18. De plus, ces coûts doivent être mis en regard du fait que, si certains gains des échanges peuvent ne pas être réalisés en raison de ces limitations cognitives, les entreprises peuvent alors être incitées à rechercher d'elles-mêmes des moyens de les réaliser. En d'autres termes, le marché peut trouver lui-même des solutions à certaines pertes de bien-être que pourraient causer, s'il s'en dispensait, les limitations de la rationalité des individus. Pour dire les choses un peu différemment, la concurrence et les mécanismes de marché peuvent être, en eux-mêmes, un moyen de remédier aux préoccupations relatives à l'efficacité des choix complexes auxquels sont confrontés les consommateurs. En effet, les entreprises opérant sur des marchés concurrentiels peuvent être incitées à proposer aux consommateurs des « solutions » qui leur permettront de profiter plus pleinement l'ensemble des gains des échanges éventuels.

19. Pour ne prendre qu'un seul cas de figure, lorsque la versatilité du consommateur – concernant, par exemple, ses engagements d'épargne – constitue par exemple la principale difficulté, des produits peuvent être mis au point pour tenter à tout le moins de réduire cette difficulté en y associant diverses formes de pré-engagement. Ainsi, un plan épargne retraite facultatif mis en place avec succès en Australie, proposé par un certain nombre de gros employeurs du pays à leurs nouveaux salariés, repose sur le fait que les salariés choisiront moins probablement de sortir d'une situation par défaut que d'y entrer – autrement dit, le produit repose sur un effet de dotation. S'ils ne choisissent pas de « sortir » de cette situation par défaut, le système les oblige alors à verser des cotisations de retraite supérieures au taux obligatoire.

20. De même, l'existence d'un « confusopole » – à savoir, les tentatives apparemment délibérées de certaines entreprises pour proposer aux consommateurs des choix de nature à créer une certaine confusion, par exemple en affichant des prix qu'ils auront du mal à comparer aux autres offres présentes sur le marché – peut parfois représenter un problème sérieux pour certains consommateurs. Cela étant, de même que

⁸ Voir Ergas, H (2007) "Policy Implications of behavioural economics: the case of consumer protection", *Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australie.

⁹ Voir de manière générale, Guala, F. (2005) *The Methodology of Experimental Economics*. Cambridge University Press.

¹⁰ Par exemple, Plott et Zeiller, « Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory? », *American Economic Review*, septembre 2007, et Plott et Zeiller, « The Willingness to Pay–Willingness to Accept Gap, the 'Endowment Effect', Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuation », *American Economic Review*, juin 2005, donnent à penser que les résultats qui paraissent se conformer aux modèles comportementaux du choix peuvent aussi parfaitement être explicités par les modèles classiques du choix rationnel.

certaines entreprises cherchent à gagner des clients en rendant leurs offres difficiles à étudier ou à comparer, d'autres peuvent tenter au contraire de gagner des clients en se démarquant de la confusion ambiante et en adoptant une grille de prix simple que les consommateurs trouvent attrayante. Les tentatives de certaines entreprises en place pour « créer de la confusion » peuvent ainsi inciter un ou plusieurs nouveaux fournisseurs à se différencier en introduisant une grille de prix plus simple et de ce fait plus attrayante. On a pu constater, sur plusieurs marchés en Australie, combien ce mécanisme peut être efficace.

21. Ainsi, dans de nombreux pays, les premiers stades de la déréglementation du secteur ont vu proliférer les offres tarifaires complexes, notamment pour les services longue distance, ne permettant que très difficilement aux consommateurs de se faire une idée du rapport qualité-prix. Récemment, cependant, on a pu observer une tendance à la simplification et à lisibilité de la tarification avec la généralisation d'offres proposant un accès illimité à travers le groupage de multiples services.

22. De même, dans le secteur aérien australien, la concurrence entre les compagnies « classiques » impliquait une discrimination par les prix complexe, s'articulant autour de restrictions sur la date, le jour et l'heure d'arrivée, assorties notamment d'obligations de durée minimale du séjour et de nuitée sur place du samedi au dimanche. Les marges relativement élevées qui s'en sont suivies ont créé des conditions propices à l'entrée de nouveaux concurrents à bas coûts. Ces compagnies aériennes (comme SouthWest in aux États-Unis, RyanAir en Europe et Virgin Blue en Australie) ont introduit une structure tarifaire bien plus simple, sans obligation de durée de séjour minimum, reposant sur des prix principalement fixés en fonction de la date d'achat du billet. Face à cette forme de concurrence, les compagnies *full service* ont réagi en simplifiant leur propre tarification, favorisant ainsi l'efficacité du choix des consommateurs.

23. Dans la grande distribution aussi, les soldes et autres promotions sont utilisées comme des formes de discrimination par les prix, mais elles augmentent les coûts de recherche pour les consommateurs (ce qui est, en pratique un facteur important du fonctionnement de la discrimination par les prix). Aux États-Unis Walmart a brisé ce schéma en adoptant un modèle fondé sur des « prix bas tous les jours », reposant sur des marges commerciales faibles mais constantes. Ce modèle a été repris dans le monde entier. Les études menées ont démontré que les enseignes qui l'ont adopté ont, en général, bénéficié d'une augmentation importante de leur part de marché et de leur rentabilité relative alors même que la concurrence dans le secteur de la distribution s'est intensifiée¹¹.

24. Il ressort essentiellement de tous ces exemples que les modes de décision ne sont pas le seul fait des consommateurs, mais qu'ils dépendent aussi de l'action des entreprises. Les entreprises qui maximisent leurs bénéfices sont incitées à mettre à profit les gains des échanges, dont elles seraient privées dans le cas contraire, notamment en renforçant la faculté des consommateurs à agir selon leurs préférences. Ces incitations seront sans doute plus fortes pour les entreprises les plus efficaces, qui ont davantage à gagner de la réduction des coûts de recherche qu'elles assurent au consommateur. Par conséquent, les entreprises peuvent prendre, et prennent souvent, des mesures en vue « d'internaliser » et par conséquent de compenser le manque à gagner (autrement dit les gains des échanges dont elles seraient privées) qu'induirait, si elles s'en dispensaient, les limitations cognitives aux décisions prises par les clients. Cet

¹¹ Hoch, Stephen J. et Dreze, Xavier et Purk, Mary E. (Oct 1994), *EDLP, Hi-Lo, and Margin Arithmetic*, Journal of Marketing, 58 ; Lal, Rajiv et Rao, Ram (1997), *Supermarket Competition: The Case of Every Day Low Pricing*, Marketing Science, 16 (1) ; Ortmeyer, Gwen et Quelch, John A. et Salmon, Walter (Automne 1991), *Restoring Credibility to Retail Pricing*, Sloan Management Review, 55 (12) ; et Tang, Christopher S. et Bell, David R. et Ho, Teck-Hua (Hiver 2001) *Store Choice and Shopping Behaviour: How Price Format Works*, California Management Review, 43 (2).

aspect de la dynamique de la concurrence est généralement absent des conditions de la plupart des études menées en laboratoire dans le domaine de l'économie comportementale¹².

25. La réaction des entreprises face aux limitations cognitives qui ont un effet sur les consommateurs est aussi largement absente des modèles de marché se caractérisant par des « attributs dissimulés » – ce qui est le cas lorsque certains consommateurs, et d'autres non, n'ont pas connaissance des coûts cachés de certains produits (comme ceux des cartouches pour imprimantes à jet d'encre ou encore la facturation des connexions à haut débit dans les chambres d'hôtel)¹³. Dans ce cas, les producteurs peuvent ne pas avoir intérêt à divulguer les coûts cachés, tant que les consommateurs les mieux informés ont la possibilité de les éviter tout en continuant à acheter les produits les moins onéreux grâce à la « subvention » que leur procurent les consommateurs naïfs.

26. Ces modèles, fondés sur des « attributs dissimulés », sont séduisants et peuvent donner matière à réflexion¹⁴, mais ils sont largement théoriques. Plus précisément, tout comme les théories classiques – et complexes – de la rationalité individuelle exigeaient de résoudre des problèmes du même type, on peut toujours présupposer qu'aucune entreprise n'aurait vraiment avantage à être la première à s'écarter de la stratégie des « coûts cachés »¹⁵. Cette hypothèse semble cependant quelque peu contredire les enseignements présentés brièvement plus haut, qui montraient que certaines entreprises ont pu tirer d'importantes rentes d'innovation en étant les premières à tirer profit de gains des échanges jusque là non réalisés¹⁶.

27. Donner à penser que les mécanismes de marché peuvent, du moins en partie, corriger certains biais et certaines limitations du choix des consommateurs ne signifie pas que les entreprises ne tenteront pas d'exploiter ces biais et limitations. De fait, l'inverse sera sans doute vrai, surtout dans le domaine du marketing et de la publicité, qui s'appuie de plus en plus sur une compréhension fine de la manière dont les consommateurs exercent leur choix. Il importe donc que les autorités de tutelle prennent en compte ces

¹² L'une des rares tentatives de reproduire les effets de ce genre d'innovation est exposée dans la note de Chu, Y. P et R. L. Chu (1990) « The Subsistence of Preference Reversals in Simplified and Market like Experimental Settings » *The American Economic Review*, vol 80, pp. 902-911. Les auteurs introduisent l'arbitrage dans un jeu de pompe monétaire. Il est intéressant de noter qu'ils arrivent à la conclusion que, si les sujets affichent des renversements de préférences en l'absence d'arbitrage, en revanche, une fois placés face à un arbitrage, leurs préférences se rapprochent des normes de « l'acteur rationnel ».

¹³ Voir Ellison, G. (2005) « A Model of Add-On Pricing » *Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, pp. 585-638 et Gabaix, X. et D. Laibson (2006) « Shrouded Attributes, Consumer Myopia and Information Suppression in Competitive Markets » *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, pp. 505-540.

¹⁴ Voir par exemple, l'application d'un tel modèle aux prêts immobiliers résidentiels dans Campbell, J. Y. (2006) « Household Finance » *The Journal of Finance*, vol. 61, pp. 1553-1603.

¹⁵ Campbell part ainsi de l'hypothèse que les entreprises ne sont dotées d'aucune forme de protection de la propriété intellectuelle ou que cette protection est si faible qu'il n'existe pas de rentes d'innovation. De plus, ce type de modèle est généralement très sensible à la répartition précise de la population des consommateurs « avisés » et des consommateurs « naïfs », à la propension à payer de chacun de ces groupes et aux coûts de recherche.

¹⁶ Il est intéressant de noter que les économistes supposent très souvent que les entreprises ne peuvent réaliser sur la durée de gains unilatéraux en s'écarter d'une stratégie de prix concertée, car ces stratégies sont faciles à reproduire. (Ce constat sous-tend le concept « d'équilibre de la réponse rapide », tel qu'il est matérialisé dans la courbe de demande coudée.) Dans la réalité commerciale cependant, il est généralement extrêmement compliqué de définir et d'appliquer des stratégies tarifaires et cela implique de modifier les différents systèmes, les dispositifs de formation et de facturation, de comptabilité et de vérification des comptes. En conséquence, il est souvent très difficile de reproduire les changements importants d'une structure de prix, et surtout de le faire à bon escient et rapidement.

biais et limitations pour évaluer les pratiques en la matière, notamment lorsqu'elles concernent des produits ayant des conséquences directes sur la santé et la sécurité. Il n'en demeure pas moins que dans la mesure où les biais et limitations cognitifs empêchent les consommateurs d'exercer un choix réellement conforme à leurs préférences – quel qu'en soit la nature ou le bien fondé – l'un des moyens par lesquels les entreprises peuvent tenter de s'assurer un avantage concurrentiel (et tirer profit d'une meilleure réalisation des gains des échanges) sera d'aider les consommateurs à améliorer leurs choix.

28. En somme, si les conclusions de l'économie comportementale peuvent donner à penser qu'une réponse de la politique à l'égard des consommateurs – allant dans le sens d'un plus grand paternalisme – peut être nécessaire, il n'empêche que certains des problèmes qu'elles soulèvent peuvent parfois être mieux résolus par le jeu de la concurrence, autrement dit, en assurant l'efficacité des mécanismes du marché.

29. Même s'il importe d'admettre ces limites des interférences entre les politiques, que les observations de l'économie comportementale ont mises au jour à raison, on aurait cependant tort de laisser entendre que les incitations du marché pourront remédier d'elles-mêmes à toutes les limitations cognitives.

30. Les économistes admettent ce fait depuis longtemps pour les marchés dont le fonctionnement est faussé par des allégations trompeuses, qui peuvent être, sous leurs formes extrêmes, assimilées à des fraudes. Comme toutes les asymétries de l'information, la tromperie peut induire des inefficiences allocatives, (puisque les échanges ne reflèteront pas la valeur exacte des biens échangés) et des inefficiences de production (du fait de l'augmentation des coûts de recherche pour les consommateurs, la production pourra être affectée aux entreprises les moins efficaces et non à celles qui le sont le plus, et les entreprises peuvent être amenées à gaspiller leurs ressources soit à mentir, soit à tenter de se démarquer en prêchant la vérité). À l'extrême naturellement (et même dans les modèles classiques du choix rationnel), la mauvaise information chasse la bonne, aucune entreprise n'est en mesure de dire la vérité ou n'y est incitée et le marché disparaît de lui-même¹⁷.

31. Des questions similaires, concernant l'efficacité des propriétés des marchés à remédier d'eux-mêmes aux problèmes, peuvent se poser, bien que sans doute sous une forme nettement moins extrême, dans certaines des situations étudiées dans les publications traitant de la politique à l'égard des consommateurs sous l'angle de l'économie comportementale.

32. Par exemple, même lorsque le marché propose de lui-même des solutions aux problèmes – à l'existence d'un « confusopole » ou aux prix des « attributs dissimulés », par exemple – il peut arriver que ces solutions ne ciblent que les consommateurs les plus avisés (qui auront, en tout état de cause, été le moins lésés), laissant toujours les autres sans protection.

33. De fait, on pourrait faire valoir que la montée en puissance de l'Internet comme circuit de commercialisation a aggravé le problème des consommateurs vulnérables. Dans la pratique, les circuits de distribution en ligne fournissent aux entreprises des possibilités considérables de différencier leurs offres selon les segments de clientèle et, de manière plus évidente et immédiate, en distinguant les consommateurs qui utilisent l'Internet le plus fréquemment et avec le plus de confiance de ceux qui ne le font pas. De ce fait, cela réduit d'autant la capacité des consommateurs avisés « à protéger sur la question des prix » les consommateurs qui ne le sont pas. Si ces problèmes ne sont sans doute pas appelés à perdurer

¹⁷ Il s'agit là d'un cas extrême d'antisélection où le marché s'effondre, de sorte que tous les éventuels gains des échanges sont perdus. Voir Akerlof, G. (1970) « The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, pp. 488-500 et Hillier, B (1997) *The Economics of Asymmetric Information*. St. Martin's Press, Inc., New York, N.Y., pp. 46-49. On peut aussi aboutir à ce constat en notant que la défiance absolue impose son propre équilibre : voir par exemple, Gambetta, D. (1998) « Concatenations of Mechanisms » dans Hedstrom, P. et R. Swedberg (1998) *Social Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, Royaume-Uni, pp. 102-124.

pour certaines catégories de consommateurs – qui auront de plus en plus recours à l’Internet et bénéficieront de ce fait à leur tour des avantages commerciaux qu’il procure – ils subsisteront pour d’autres, comme les personnes intellectuellement diminuées, les personnes très âgées et (du moins dans des pays comme l’Australie) des pans importants de la population indigène. Du point de vue de l’action publique, il convient donc de se demander si les consommateurs les plus vulnérables seront mieux protégés par des instruments généraux de protection des consommateurs, ou par des interventions plus ciblées.

34. De plus, en ce qui concerne certaines limitations cognitives mises en évidence par la recherche comportementale, il peut simplement arriver que le marché lui-même n’apporte aucune solution. Un exemple en ce sens peut être celui des produits suscitant une dépendance puisque, avant la dépendance, les consommateurs n’ont pas toujours la possibilité de se faire une opinion suffisante sur les variantes non addictives pour leur permettre d’éliminer du marché les produits les plus préjudiciables¹⁸. Là encore, il est probable que les risques les plus lourds retomberont sur les consommateurs vulnérables, comme les jeunes très exposés à la séduction des publicités pour les cigarettes, l’alcool et autres produits susceptibles de créer une dépendance.

35. Cela dit, il faut veiller, en protégeant les consommateurs les plus vulnérables ou les moins bien informés, à ne pas indûment porter préjudice aux rétributions des consommateurs qui investissent pour collecter des informations.

36. Dans certains cas, la nature des informations, devenues un véritable bien public, signifie incontestablement que la duplication des efforts de recherche n’est que pure perte de temps et d’argent¹⁹ ; mais dans de nombreux autres cas, l’investissement consenti, à titre privé, pour s’informer est souhaitable pour la collectivité, car il contribue à guider le processus de découverte du prix de sorte qu’il tienne compte de l’évolution constante des valeurs fondamentales. Si tel est le cas, les efforts menés pour améliorer la situation des consommateurs moins bien informés peuvent minorer la rémunération que retirent d’autres consommateurs de l’investissement qu’ils ont consenti pour s’informer et donc amoindrir la qualité du processus de découverte du prix et le bien-être dans son ensemble.

37. Cet arbitrage a été étudié en détail dans le contexte des problèmes de protection des consommateurs sur les marchés de titres ; rappelons juste que la plupart des économistes accorde une importance considérable au fait qu’il est indispensable de veiller à ce que les obligations d’information n’éliminent pas les incitations à acquérir des informations à grand prix, tout en favorisant une large participation sur les marchés concernés²⁰. Cela ne signifie pas que les consommateurs vulnérables ne doivent pas être protégés, mais plutôt que les mesures de protection doivent être conçues de façon à ne pas porter inutilement préjudice aux incitations des consommateurs qui sont en mesure d’investir pour s’informer.

¹⁸ Cependant, pour avoir une opinion contraire concernant les stupéfiants, voir O’Flaherty, Brendan (2005) *City Economics*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., chapitre 17.

¹⁹ Voir Barzel, Y. (1982) « Measurement costs and the organisation of markets » *Journal of Law and Economics*, vol. 25, pp. 27-48 qui étudie ces cas, mais conclut que, lorsque les conditions nécessaires sont réunies, les producteurs prennent des mesures pour éviter une vaine duplication de la recherche d’informations.

²⁰ Voir O’Hara, M. (1995) *Market Microstructure Theory*, Blackwell Publishing et Harris, L. (2003) *Trading and Exchanges*, Oxford University Press, Oxford, Royaume-Uni. La nécessité de protéger le retour sur investissement dans le domaine de l’information et de maintenir sur le marché une juste répartition des différentes catégories d’investisseurs, peut justifier certaines limitations des obligations d’information, comme l’allègement des règles de transparence pour les négociations de bloc (diffusion réduite d’informations avant et après l’opération).

38. En somme, on ne peut conclure avec certitude, à partir des observations de l'économie comportementale, à des interférences généralisées de la politique à l'égard des consommateurs et de la politique de la concurrence, d'autant que les autorités de tutelle ne sont pas épargnées, elles non plus, par les limitations cognitives, l'imperfection de l'information et autres restrictions à la prise de décision. En revanche, il importera de se demander, en tout état de cause, quel instrument il convient d'utiliser pour corriger les imperfections du marché dues aux limitations cognitives qui entravent la faculté des consommateurs à exercer des choix complexes.

39. Cette question est importante parce que les observations de l'économie comportementale semblent objectivement utiles pour *définir* ce que seront les interventions de la politique de protection des consommateurs, sinon pour en déterminer le périmètre idéal²¹.

40. En d'autres termes, le rôle de l'économie comportementale peut être bien plus de contribuer à formuler *comment* les organismes de protection des consommateurs doivent intervenir que de déterminer s'ils doivent intervenir. Ainsi, les obligations d'étiquetage doivent tenir compte du fait que « l'excès d'information » peut dégrader la qualité des décisions prises par les consommateurs. De même, il peut être utile de connaître les biais liés à une situation de dotation ou de défaut pour décider comment doivent être structurés les plans comportant une option de sortie (par exemple, en ce qui concerne la responsabilité). De même, il peut être utile de tenir compte des effets de cadrage pour élaborer les réglementations relatives au matériel publicitaire, en ce qui concerne, par exemple, la teneur en graisse et en sucre des aliments. Enfin, le recours de l'économie comportementale aux essais expérimentaux a entraîné une amélioration considérable de la pratique et de la méthodologie de l'économie expérimentale ; les organismes de protection des consommateurs ont ainsi désormais très largement la possibilité de mettre à profit ces expérimentations pour mettre au point les instruments de l'action publique (comme les normes d'étiquetage) et peut-être aussi pour examiner certaines situations (pour déterminer, par exemple, si une publicité donnée est effectivement trompeuse).

3.2 *Extension du rôle des marchés*

41. Il peut être surtout essentiel d'assurer que les apports et les méthodes de l'économie comportementale sont mis à profit pour définir quelles seront les interventions de la politique à l'égard des consommateurs dans les domaines situés à l'intersection de la politique de la concurrence.

42. Ces quinze dernières années ont été marquées par un vaste processus de libéralisation à la fois dans les pays de l'OCDE et dans de nombreux pays en développement.

43. Une étude à paraître, conclut ainsi que dans un échantillon composé des 57 plus grandes économies mondiales examinées depuis 1970, *56 d'entre elles sont devenues moins réglementées au cours de cette période*, seul le Venezuela faisant exception à cette tendance générale²². En ce qui concerne les 21 pays de l'OCDE représentés dans l'échantillon, c'est le Portugal qui a connu le plus fort reflux des interventions ayant un effet restrictif sur le marché, suivi de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et de la Suède. Au nombre des pays avancés, Israël se classe en tête. En ce qui concerne les pays en développement, le Mexique, l'Égypte, la Turquie, l'Inde, le Brésil, l'Argentine, le Chili et le Pérou font partie de ceux qui ont fortement réduit l'ampleur des interventions publiques ayant un effet restrictif sur le marché. De plus, il importe de noter qu'en ce qui concerne le recours aux mécanismes du marché, l'écart entre le groupe des pays de l'OCDE et les autres « économies avancées » d'une part et les pays en développement et les anciens pays communistes d'autre part, s'est sensiblement réduit depuis 1970.

²¹ Voir en particulier Mulholland, J (2007), « Behavioral Economics and the Federal Trade Commission », *Paper for the Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australie.

²² Henderson P. D. (2007) « The Uneasy Trend to Greater Economic Freedom » document non publié.

44. Cette évolution qui témoigne, dans bien des pays, d'une meilleure appréciation des mérites de la concurrence en tant que moyen d'affecter les ressources de la collectivité, a aussi créé d'importantes difficultés du point de vue de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs. Ces difficultés se posent avec le plus d'acuité dans des secteurs comme celui des services aux collectivités classiques où les problèmes sont notamment les difficultés pour empêcher une élimination de la concurrence naissante ou celles auxquelles se heurtent les consommateurs pour exercer un choix dans des secteurs qui ont été longtemps monopolistiques. Des difficultés importantes ont également été rencontrées sur les marchés de capitaux déréglementés, notamment du point de vue de la protection des consommateurs appelés à exercer des choix souvent très complexes.

45. Récemment, l'ampleur de l'ouverture à la concurrence et, dans des biens des cas, le mouvement même d'ouverture à la concurrence, des professions libérales et des services sociaux (que sont par exemple l'éducation, la santé et la prise en charge des personnes âgées) ont suscité des débats. Il s'agit là de marchés souvent complexes pour les consommateurs, d'autant plus qu'ils sont relativement nouveaux ou évoluent rapidement. De plus, les décisions que prennent les consommateurs sur ces marchés peuvent parfois avoir des conséquences très graves – comme c'est le cas, à l'évidence, de l'éducation, de l'épargne retraite et des soins de santé – alors même que la qualité et le « rapport qualité-prix » y sont difficiles à appréhender et à évaluer. Là encore, ces difficultés se posent toutes avec plus d'acuité, et peuvent avoir de plus graves conséquences, pour les consommateurs à faible niveau d'éducation ou particulièrement vulnérables pour toute autre raison, comme les personnes âgées, malades ou fragiles.

46. Les problèmes que cela pose en termes d'interaction de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs peuvent être illustrés au moyen de deux exemples que sont l'agrément professionnel, des professions libérales notamment, et l'introduction de la concurrence sur les marchés des services sociaux.

3.2.1 *Agrément professionnel des professions libérales*

47. Dans l'économie moderne, le terme de « professions libérales » recouvre une grande variété de services, englobant aussi bien les comptables, les architectes, les avocats, les professions médicales et paramédicales, les ingénieurs-experts, peut-être les agents immobiliers et d'autres catégories professionnelles exerçant diverses activités qualifiées comme les électriciens, les plombiers et bien d'autres. Dans la majorité, sinon dans tous les pays, l'accès à ces professions est réglementé, de même que les comportements des personnes qui sont agréées pour les exercer.

48. L'imperfection de l'information est la principale justification de ces réglementations.

49. Ainsi, une personne qui achète des biens et des services a besoin d'en évaluer la qualité. Les conséquences d'une erreur d'appréciation (à savoir le risque) pour un bien relativement simple, présentant peu de spécificités, seront assurément limitées, notamment dès lors que les consommateurs peuvent en estimer la valeur avec suffisamment de précision.

50. En revanche, les consommateurs ont nettement plus de mal à évaluer les services professionnels. Cinq de leurs caractéristiques fondamentales amplifient l'asymétrie de l'information et ses conséquences. Premièrement, les consommateurs ne peuvent examiner la qualité de ces services qu'après l'acquisition, car ils ne sont pas en mesure de les inspecter avant l'achat aussi directement qu'ils peuvent le faire avec la plupart des produits. Deuxièmement, les services professionnels sont par nature complexes et il faut souvent être doté de compétences considérables pour les fournir et les adapter aux besoins des consommateurs. De ce fait, ceux-ci peuvent avoir du mal à évaluer la qualité du service avant l'achat. Troisièmement, la qualité de nombreux services peut être difficile à évaluer même *après* l'achat. Par exemple, si une personne fait appel à un avocat dans le but d'intenter un procès, et qu'elle le perd au bout

du compte, elle peut avoir du mal à savoir si cela tient à la piètre qualité des services juridiques fournis ou au fait que l'affaire était en soi difficile à gagner. Quatrièmement, de nombreux consommateurs ne consomment que très occasionnellement ce type de services. Ils n'effectuent donc pas d'achats répétés qui les aideraient à en évaluer la qualité. Cinquièmement, les conséquences de l'achat de services professionnels de mauvaise qualité peuvent être lourdes. Le service peut ainsi entraîner une grosse dépense pour le consommateur et un service (un pontage coronarien, par exemple) défectueux peut occasionner des dommages graves et irréversibles²³.

51. Ces caractéristiques peuvent servir à justifier la mise en place d'une réglementation visant à assurer la qualité des prestations. De tels dispositifs sont destinés à garantir aux consommateurs une certaine qualité de service et par conséquent, à réduire les risques associés à l'achat de services professionnels. Dans une certaine mesure, ils se substituent aux efforts de recherche et de collecte de l'information menés par les particuliers car la collecte de l'information et l'évaluation du service s'effectuent par le biais d'un quelconque mécanisme réglementaire. Ils peuvent réduire les coûts de transaction pour les consommateurs et permettre au marché de fonctionner efficacement.

52. Cela étant, l'expérience montre aussi que ces réglementations ont généralement des effets qui vont au-delà d'une assurance de la qualité, ou de la recherche d'une assurance de la qualité, des services que les consommateurs acquièrent. Au nombre de ces effets, citons notamment :

- La *création d'un monopole* du fait que la pratique et l'activité sont exclusivement réservées aux membres de la profession. À cela peut s'ajouter une nouvelle subdivision du travail, certaines prestations étant à leur tour exclusivement réservées à des sous-catégories précises de ladite profession, comme c'est le cas de la chirurgie esthétique qui ne peut être réalisée que par des « chirurgiens esthétiques ».
- La mise en place de *restrictions anticoncurrentielles à l'accès* à une profession, par des dispositifs d'agrément ou d'accréditation ou par des restrictions à l'accès des étrangers ou des personnes venues d'une autre région d'un pays.
- L'imposition de *restrictions anticoncurrentielles aux comportements*, par exemple en matière de prix, de publicité ou d'éthique.
- Des *formes particulières de comportements anticoncurrentiels* peuvent également exister, comme des ententes sur les prix ou des boycottages collectifs qui, sur d'autres marchés, seraient sans conteste en infraction au droit de la concurrence.

53. Face à ces conséquences, le plus difficile, du point de vue de l'action publique, est de trouver comment tenir compte des préoccupations légitimes liées à la nécessité d'une assurance de la qualité, tout en permettant aux mécanismes concurrentiels de s'exercer bien plus pleinement que cela n'est généralement le cas. À cette fin, il faudra réussir à combiner et à articuler les instruments de la politique de la concurrence et ceux de la politique de protection des consommateurs :

- Les instruments de la politique à l'égard des consommateurs doivent rechercher des moyens efficaces de protéger les consommateurs, sans pour autant restreindre indûment ou inutilement la concurrence ; alors que

²³ Voir Allan Fels, David Parker, Blair Comley et Vishal Beri (2001) « Occupational Regulation », dans *Anticompetitive Impact of Regulation*, resp. pub. Guiliano Amato, Laraine L. Laudati, Edgar Elgar, pp. 104-115.

- La politique de la concurrence doit faire en sorte, sous réserve que les indispensables mesures de protection des consommateurs sont en place, que la concurrence est autorisée à s'exercer là où elle le peut, notamment en éliminant les restrictions injustifiées à l'entrée et aux comportements concurrentiels²⁴

3.2.2 Concurrence dans le secteur des services sociaux

54. Un même besoin de coordination étroite de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs se fait aussi sentir au regard des évolutions visant à introduire des mécanismes de marché ou assimilables au marché dans le secteur des services sociaux classiques.

55. Ainsi, comme on l'a vu, de nombreux pays de l'OCDE prennent des mesures pour élargir la palette de choix des consommateurs dans le secteur des services sociaux traditionnellement fournis par les pouvoirs publics²⁵. Un certain nombre d'économies en développement sont elles aussi allées dans ce sens, notamment la Colombie (qui a récemment lancé un programme de chèques-éducation, donnant aux élèves la possibilité de choisir une école privée)²⁶, le Chili²⁷ et l'Indonésie²⁸. De plus, la Banque mondiale a mis en évidence la manière dont la concurrence peut venir étoffer l'offre de services tels que l'enseignement et la santé de façon à assurer une utilisation efficiente des ressources limitées dont les pays en développement disposent pour investir dans l'infrastructure sociale²⁹.

56. Bien que ces évolutions soient de nature à renforcer considérablement l'efficacité de la prestation de tels services³⁰, elles soulèvent également des problèmes très difficiles du point de vue à la fois de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs.

²⁴ L'expérience australienne à cet égard est analysée dans Allan Fels (2006) « The Australian Experience Concerning Law and the Professions » chez Ehlermann (éd.) *Competition Law and the Professions*, European University Institute, Florence.

²⁵ Pour une vue d'ensemble de la question, voir Lundsgaard, J. 2002, 'Ouverture à la concurrence et efficacité des services à financement public', *Revue économique de l'OCDE*, disponible à l'adresse Internet suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/42/36/22027701.pdf>

²⁶ Angrist, J. et al 2002, 'Vouchers for private schooling in Colombia: Evidence from a randomized natural experiment', *American Economic Review* 92(5).

²⁷ Hsieh, Chang-Tai et Urquiola, Miguel S., « When Schools Compete, How Do They Compete? An Assessment of Chile's Nationwide School Voucher Program » (octobre 2003). NBER Working Paper No. W10008

²⁸ Bedi, A. et A. Garg 2000, 'The effectiveness of private versus public schools: The case of Indonesia', *Journal of Development Economics* 61(2).

²⁹ Hanushek, E. et L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, Banque mondiale, pp. 20-21.

³⁰ Hanushek, E. et L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, Banque mondiale, pp. 20-21; M Harrison 2004, *Education Matters: Government, Markets and NZ Schools*, NZBR, Wellington ; C. Hoxby 1994, 'Do Private Schools Provide Competition for Public Schools?', NBER Working Paper No. W4978. S Bradley et J. Taylor 2002, 'The Effect of the Quasi-market on the Efficiency-equity Trade-off in the Secondary School Sector', 54, *Bulletin of Economic Research* p. 295-314 ; E Hanushek, et S. Rivkin 2003, 'Does Public School Competition Affect Teacher Quality?', *The Economics of School Choice* ; G Holmes, J. DeSimone et N. Rupp 2003, 'Does School Choice Increase School Quality?' NBER Working Paper No. W9683 May ; et P Bayer et R. McMillan 2005, 'Choice and Competition in Local Education Markets', NBER Working Paper No. W11802..

57. Ainsi, alors que la plupart des pays sont depuis longtemps dotés d'un secteur scolaire privé, la faculté des parents à exercer un choix au sein du système public est souvent limitée par les règles d'affectation des enfants à certains établissements (généralement en fonction de leur lieu de résidence). Parallèlement, les règles de financement limitent les possibilités d'ajustement des aides publiques allouées aux établissements scolaires suivant les flux d'élèves, ce qui fausse la concurrence à la fois au sein du système public (dans la mesure où les établissements qui attirent davantage d'élèves ne sont pas proportionnellement mieux financés) et entre le secteur public et le secteur privé. Donner une plus grande liberté de choix aux parents et faire davantage dépendre de ce choix les flux de revenus des établissements peut être une manière très efficace de renforcer la réactivité du système éducatif aux préférences des parents³¹.

58. Cela étant, préserver ces gains, et assurer qu'ils profitent bien, au bout du compte, aux élèves et à la collectivité pose une multitude de problèmes pour la conception des politiques publiques. Dès lors que les établissements scolaires entrent dans la sphère concurrentielle, il devient indispensable de traiter certains problèmes difficiles relatifs à la diffusion des informations (qui sont essentielles à l'exercice du choix, mais qui peuvent aussi fausser les incitations du personnel enseignant et administratif)³², au partage de l'information, à la coopération entre les établissements et à la façon de concilier des échanges souhaitables d'informations et une concurrence efficace³³.

³¹ Voir Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, notamment les pp. 15-23. Ces considérations valent tout autant pour les pays en développement dans lesquels, comme on l'a vu, les pouvoirs publics se sont livrés à un très grand nombre d'expérimentations – voir, par exemple, Patrinos, H. 2006, 'Public-Private Partnerships: Contracting Education in Latin America', Banque mondiale ; Barrera-Ororio, F. 2007, 'The Impact of Private Provision of Public Education: Empirical Evidence from Bogota's Concession Schools', Banque mondiale ; et Patrinos, H. et S. Sosale (resp. pub.) 2007, 'Mobilizing the Private Sector for Public Education: A View from the Trenches', Banque mondiale.

³² Passant en revue la littérature économique, Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, concluent (p. 16) que : « Pour que le choix s'exerce, le côté de l'offre doit répondre aux (évolutions de) la demande. Mais la forme que prennent ces réponses dépend du type d'indicateurs de performance utilisés et des incitations ainsi créées. Si le choix des parents repose sur les informations que contiennent les indicateurs de performance, les établissements scolaires sont incités à améliorer les performances ainsi mesurées. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il s'ensuit une amélioration des résultats réels... Il peut être justifié d'utiliser différents indicateurs de performance pour servir différents objectifs de responsabilisation et simplifier l'éventail de choix ». Les effets d'une définition d'objectifs et de la divulgation d'information sur les prestataires (et les conséquences inattendues qu'ils peuvent avoir) sont examinés dans Hood, C. (2006) « Gaming in Targetworld », *Public Administration Review*, 66(4), 515.

³³ Ce point trouve une illustration dans certaines affaires survenues au Royaume-Uni et aux États-Unis où des établissements scolaires et universitaires ont fait l'objet d'enquêtes et de poursuites à la suite d'allégations de comportement anticoncurrentiel ayant trait au partage d'information et à des pratiques de concertation. Au Royaume-Uni, une enquête a été ouverte, fin 2006, à l'encontre d'écoles privées qui s'étaient échangé des informations sur leurs futurs frais de scolarité – voir Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/05/2006, 'Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools', 20 novembre 2006. Aux États-Unis, en 1993, l'État fédéral a réussi à engager un recours pour contester une entente entre plusieurs universités limitant la concurrence dans le domaine de l'allocation des bourses universitaires, par le biais d'un contrat au terme duquel l'aide financière ne devait être accordée que sous conditions de nécessité, établies selon un mode de calcul commun – voir *United States v Brown Univ.* 5 F.3d 658.

59. Des problèmes de même nature se posent dans le secteur de la santé. Dans des pays comme l'Australie particulièrement, caractérisés par un vieillissement rapide de la population³⁴, les questions que l'on doit se poser pour assurer l'efficacité de la prestation des services de santé sont en train de changer. Si la prestation de soins pour les pathologies aiguës conserve à l'évidence toute son importance, la priorité est de plus en plus accordée (et les ressources sont de plus en plus allouées) au traitement des maladies chroniques, comme les diverses pathologies du vieillissement (comme la démence sénile), ou de l'obésité ou encore de celles liées aux modes de vie³⁵. Il s'agit là de formes de prise en charge pour lesquelles le choix des consommateurs (ou de leur famille) peut être particulièrement important, du fait que la nature même de la prise en charge implique en tout état de cause un choix de mode de vie (comme c'est le cas pour les résidences médicalisées pour personnes âgées), ou du fait que les incitations et la motivation des patients sont déterminantes pour l'efficacité du traitement (comme dans le cas des pathologies liées aux modes de vie).

60. Cela étant, faire en sorte que le choix puisse s'exercer efficacement dans ces domaines n'est pas aisé ; comme pour le secteur scolaire, il s'ensuit des questions difficiles tant en termes de diffusion de l'information qu'en ce qui concerne les droits et obligations des consommateurs. En résultent également des problèmes complexes concernant la façon de concilier la concurrence entre les prestataires et les objectifs sociaux plus généraux qui doivent aussi être poursuivis. Là encore, différentes sortes de compétences – celles des praticiens et des spécialistes de la santé, celles des autorités de la concurrence et celles des spécialistes de la protection des consommateurs – doivent être mises à profit pour concevoir des instruments de marché (ou assimilables au marché)³⁶.

3.3 Conclusions

61. En somme, les problèmes liés à l'interaction entre la protection des consommateurs et la politique de la concurrence ont suscité un intérêt considérable ces dernières années, notamment à la suite des observations des chercheurs concernant les limitations inévitables de la qualité et de l'efficacité du choix des consommateurs. Il est cependant trop tôt et on aurait probablement tort d'en conclure pour autant qu'il faille moins s'en remettre au choix des consommateurs, sur un marché concurrentiel, pour promouvoir au mieux l'efficacité et le bien-être collectif. Cela étant, ces études sont importantes pour définir l'action publique et, de toute évidence, les mesures de protection des consommateurs. Dès lors que la politique de la concurrence et la politique à l'égard des consommateurs gagnent de nouveaux domaines – comme les marchés émergents des services sociaux qui étaient jusque là fournis par les pouvoirs publics – il convient de mettre pleinement à profit les enseignements qui en sont tirés.

³⁴ L'exemple de l'Australie illustre bien la tendance générale observée dans les pays de l'OCDE. Ainsi, l'après les projections démographiques actuelles, le nombre d'Australiens âgés de 85 ans et plus va passer de 330 000 en 2006 à 580 000 en 2021 et à plus de 1.6 million en 2051 – voir en général sur cette question Ergas, Henry et David Cullen (2007) *Providing and Financing Aged Care in An Aging Society*, (en cours d'impression) disponible à l'adresse Internet suivante : www.greenwhiskers.com.au.

³⁵ En extrapolant à partir de tendances similaires observées aux États-Unis – Voir Reynolds, S. L., Y. Saito et E. M. Crimmins, 2005, 'The Impact of Obesity on Active Life Expectancy in Older American Men and Women', *The Gerontologist*, vol. 45, pp. 438-444. Voir Ergas, Henry et David Cullen, *ibid.*, pour l'analyse des tendances observées en matière de pathologies chroniques et de leurs implications sur la prestation de services aux personnes âgées et sur le choix de la prise en charge dans ce domaine.

³⁶ Pour une étude de bonne qualité sur l'impact du choix des consommateurs dans les marchés de la santé, voir Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, pp. 25-33.

4. Conception des institutions et difficultés institutionnelles

62. L'analyse qui précède a mis en évidence l'interdépendance de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part, et la nature commune des objectifs qu'elles poursuivent. Elle montre aussi la manière dont elles doivent aller de pair lors de la définition de l'action publique, notamment lorsque la concurrence gagne de nouveaux domaines. Cela conduit tout naturellement à s'intéresser au cadre institutionnel de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs, et notamment à se demander si elles doivent toutes deux être « logées » au sein d'une unique institution, ce qui présenterait à la fois des avantages et des coûts.

63. Nous analyserons d'abord ces avantages, avant d'évaluer les coûts.

4.1 *Avantages de l'intégration*

64. Intégrer la responsabilité première de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs au sein d'une institution unique présente trois grands avantages :

- les gains tirés du traitement de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs en tant qu'instruments que l'on peut articuler avec souplesse et gérer, plus généralement, au sein d'un seul et même portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics,
- les gains tirés du renforcement et du partage des expériences dans ces deux domaines,
- les gains tirés du fait que la collectivité a une vue plus claire de ces politiques et comprend mieux les préoccupations relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs.

4.1.1 *Le portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics*

65. En préservant une réelle concurrence sur les marchés, la politique de la concurrence peut alléger la charge de travail de la politique de protection des consommateurs ; de la même façon, cette dernière peut renforcer l'aptitude des consommateurs à exercer un choix, peut aider les marchés à être plus efficacement concurrentiels et obliger les entreprises à se livrer concurrence sur leurs mérites respectifs, contribuant ainsi aux visées de la politique de la concurrence. Cette interdépendance est importante car elle signifie qu'il existe des possibilités de substitution mutuelle de ces divers instruments. Par conséquent, regrouper lesdits instruments au sein d'un même arsenal peut permettre de réaliser à la fois ces deux objectifs pour un coût net moins élevé (ou pour un gain net plus élevé), puisque cela permettra d'utiliser l'instrument le moins onéreux pour chaque situation à régler.

66. Ainsi, mise à part l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, la politique de la concurrence n'a en général guère de moyens pour rendre les marchés structurellement plus concurrentiels qu'ils ne le seraient autrement ; en outre, les politiques visant une déconcentration des marchés oligopolistiques, soit en contraignant les entreprises à procéder à des cessions, soit en subventionnant les nouveaux entrants ou en les aidant de toute autre manière à s'implanter, sont souvent contestables et semblent en général de nature à occasionner des coûts bien plus importants que les avantages qui en découlent. En ce sens, les autorités de la concurrence n'ont parfois guère de moyens pour influencer sur le côté de l'offre, en vue de discipliner la concurrence et de la rendre ainsi plus efficace. En revanche, dans ces cas là, les mesures portant sur le côté de la demande peuvent constituer une solution efficace. Par exemple, si une meilleure information des consommateurs ou une réduction des coûts de changement de fournisseur accroît

l'élasticité de la demande pour chaque entreprise, cela l'incitera généralement à adopter une stratégie de prix plus agressive, quelle que soit la structure du marché³⁷.

67. L'intérêt de voir ces instruments regroupés au sein d'un portefeuille commun est amplifié par le fait que la politique à l'égard des consommateurs peut s'ajuster aux besoins de certains marchés donnés, ce que la politique de la concurrence ne pourrait ou ne saurait faire. Il ne serait ainsi pas souhaitable qu'une série d'instruments de la politique de la concurrence vise spécifiquement (à titre d'exemple) le secteur de la distribution d'équipements électriques ; en revanche, les problèmes particuliers que posent, sur ce marché, la nécessité d'une meilleure information des consommateurs peuvent être correctement traités par les instruments de la politique à l'égard des consommateurs (par des campagnes d'information, par exemple) s'adressant spécifiquement à ce marché. Si, de ce point de vue, la politique de la concurrence est, par nature, un instrument assez peu incisif, les interventions du côté de la demande permettent, quant à elles, de s'attaquer de manière bien plus pointue aux spécificités de chaque secteur.

68. Dans le même temps, gérer ces instruments au sein d'un seul et même portefeuille peut être une manière efficace d'identifier, et donc de supprimer ou de réduire, les incohérences de l'action publique. Ainsi, les normes de produits obligatoires peuvent restreindre la concurrence en entravant l'entrée sur les marchés de producteurs à bas coûts et de moindre qualité. Cet effet préjudiciable aura plus de chance d'être mis au jour et de donner lieu à des mesures correctrices au sein d'une institution qui aura été accoutumée à promouvoir la concurrence et qui sera amenée, de par ses fonctions, à effectuer des enquêtes de concurrence sur des marchés très divers, que si tel n'était pas le cas. Plus généralement, en assurant que chaque marché, et que les instruments utilisés pour agir sur ce marché, sont pris comme un tout – et concernent le fonctionnement de ce marché à la fois du côté de l'offre et du côté de la demande – il sera possible de mieux maîtriser le risque que l'un des volets de l'action publique ne soit utilisé pour saper les effets de l'autre.

4.1.2 *Partage des compétences*

69. Dans les économies de petite taille notamment, mais pas uniquement, il est probable que le gisement de compétences dont dispose le secteur public pour analyser les problèmes complexes relevant de l'action publique qui ont trait à la structure et au fonctionnement des marchés sera très limité. Comme la politique à l'égard des consommateurs et la politique de la concurrence s'appuient l'une et l'autre sur un même genre de compétences, gérer, au sein d'une institution unique, celles qui sont disponibles permettra de les utiliser de façon plus efficiente.

70. Parallèlement, cette gestion intégrée peut offrir des opportunités de promotion professionnelle des individus concernés qui seront appelés à traiter à la fois de questions relevant de la politique de la concurrence et de questions relevant de la politique à l'égard des consommateurs, et approfondiront leurs connaissances dans ces deux domaines. Cet aspect est particulièrement important lorsqu'il est indispensable de recourir à des analyses couvrant à la fois le côté de l'offre et le côté de la demande.

71. Par exemple, il peut être difficile de comprendre (vu du côté de l'offre) certains accords qui peuvent sembler indûment restrictifs, si l'on ne comprend pas la manière dont fonctionne le côté de la demande d'un marché donné. Les accords permettant aux assureurs de « diriger » les consommateurs vers

³⁷ Tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, sur un marché en croissance rapide, les coûts de changement de fournisseur peuvent inciter les entreprises à démarcher plus agressivement les clients de façon à bénéficier d'effets de captivité ultérieurs. Diminuer artificiellement ces coûts sur un tel marché peut réduire la concurrence sur les prix, du moins durant la phase de croissance. Cela étant, la réduction de la concurrence durant cette phase peut être contrebalancée par une intensification de la concurrence, une fois que la taille du marché s'est stabilisée. En conséquence, même dans ces cas là, il faut trouver un compromis entre les coûts de changement de fournisseur et la concurrence.

certaines prestataires de services de carrosserie – en les obligeant à ne recourir qu'à leur seul carrossier attitré – constituent un bon exemple. De tels accords semblent restreindre la concurrence sur le marché de la carrosserie. Cela étant, ils se justifient essentiellement par le fait qu'ils limitent les problèmes d'aléa moral qui, dans le cas contraire, se feraient jour sur ce marché. Les problèmes d'aléa moral se posent du fait que les consommateurs n'assument pas la totalité du coût des services de réparation et qu'il est difficile d'en évaluer pleinement la qualité. Alors même qu'il semble limiter le choix des consommateurs, l'assureur est, en fait, directement en mesure de réduire les coûts et d'améliorer la qualité de la prestation, tout en incitant les carrossiers à se livrer concurrence sur les prix et la qualité, et non en exploitant les consommateurs et assureurs. De toute évidence, dans ce genre de situation, bien comprendre le comportement des consommateurs permet d'évaluer correctement ce qui peut passer, à première vue, pour une restriction induite de la concurrence.

72. De la même façon, il peut être important de bien comprendre la politique à l'égard des consommateurs, et les instruments de cette politique, pour évaluer les mutations éventuelles – comme celles induites par des projets de fusion – de la structure d'un marché. Au niveau le plus simple, savoir que dans un secteur d'activité donné, les consommateurs sont confrontés en permanence à des problèmes concernant les conditions générales de service peut aider à analyser les plaintes relatives au fonctionnement passé des marchés concernés et à déterminer comment ils pourraient fonctionner dans l'avenir. En effet, si les consommateurs se sont heurtés à des coûts d'information élevés, la structure du marché qui sera issue de la fusion pourra offrir encore plus de possibilités de les exploiter, surtout si, après l'opération, la concurrence dépend fortement de l'arrivée de nouveaux entrants ou du développement de fournisseurs plus petits et peu connus. Dès lors, une bonne connaissance des problèmes rencontrés par les consommateurs peut aider à mettre au point les mesures correctrices qui s'imposent – obligations d'information ou de dégroupage des produits, par exemple.

4.1.3 *Soutien de la collectivité et responsabilité vis-à-vis du grand public*

73. Enfin, l'intégration peut produire des avantages en matière de soutien de la collectivité et de responsabilité vis-à-vis du grand public.

74. En ce qui concerne la question du soutien qu'elle peut apporter, la collectivité reconnaît tout naturellement l'intérêt et l'importance de la protection des consommateurs. En reliant les activités relevant de la politique de la concurrence avec les priorités de la protection des consommateurs d'une part, et en expliquant les liens existant entre les décisions prises en matière de politique de la concurrence et la promotion de l'intérêt des consommateurs d'autre part, les autorités de la concurrence peuvent renforcer l'adhésion du grand public à la politique qu'elles poursuivent. Cela peut être particulièrement important dans les pays où cette politique est un élément relativement récent dont l'importance, le rôle et la nature ne sont pas bien compris. Il peut s'avérer plus facile de prendre des décisions qui pourront être très controversées – comme le rejet d'une fusion entre de puissantes entreprises nationales – et de s'y tenir si on peut expliquer sans équivoque qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une mission plus générale de protection et de promotion des intérêts des consommateurs.

75. Pareillement, du moins dans certains pays, la question de la protection des consommateurs a eu du mal à se hisser au niveau des grandes priorités politiques et donc à obtenir le soutien des plus hauts responsables du gouvernement et de l'administration. Par voie de conséquence, cet état de fait lui a compromis l'accès à des financements permanents et a amoindri son aptitude à attirer les éléments les plus ambitieux du secteur public. Au contraire, le fait qu'il existe une autorité de la concurrence bien dotée passe généralement pour l'un des aspects importants d'une saine gestion économique. En outre, les jeunes talents peuvent considérer comme un choix de carrière séduisant le fait de travailler pour une autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence a ainsi un meilleur accès aux ressources humaines et financières,

dont la politique de protection des consommateurs pourra bénéficier plus facilement dans les pays où ces deux volets de l'action publique seront regroupés au sein d'une seule institution.

76. De même qu'elle apporte des gains en termes de soutien de la collectivité, l'intégration des missions de ces deux politiques peut aussi renforcer leur responsabilité vis-à-vis du grand public. Le champ d'application de la politique de la concurrence couvre généralement l'ensemble de l'économie. Telle ou telle action ou décision prise par les autorités de la concurrence aura un intérêt général pour les milieux d'affaires, juridiques et universitaires, qui la considéreront comme un précédent dont la portée pourrait s'étendre au-delà des entreprises et des secteurs qu'elle a directement visés. De ce fait, le comportement des autorités de la concurrence, dans leur domaine d'action, fait l'objet d'un suivi plutôt attentif et efficace, qui permet de garantir un fonctionnement raisonnablement satisfaisant de ces organismes.

77. Au contraire, la politique à l'égard des consommateurs est parfois très spécifique à un secteur donné, et impose en outre de prendre de nombreuses décisions dont chacune n'aura que d'assez faibles retombées dans l'absolu, autrement dit pour l'économie dans son ensemble. Il peut s'ensuivre que seul un assez petit nombre d'acteurs sociaux sera incité à garder l'œil sur les décisions prises par les organismes de protection des consommateurs ou sera en mesure de le faire. Cette absence de suivi attentif peut entraîner des lacunes de la réglementation. En outre, l'organisme concerné pourra, de ce fait, s'enfermer dans une stricte idéologie de la protection des consommateurs – qui ne lui permettra pas d'apprécier correctement les coûts induits par la réglementation – ou devenir l'otage d'entreprises réglementées qui auront intérêt à utiliser la politique de protection des consommateurs pour ériger des barrières à l'entrée et entraver le développement de nouveaux acteurs. Ces risques seront sans doute moindres au sein d'une entité qui sera aussi dotée de responsabilités en matière de politique de la concurrence, à la fois en raison de la culture interne qui prévaudra en son sein et de l'étroit suivi dont elle sera naturellement l'objet.

4.2 Coûts de l'intégration

78. Si l'intégration de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs présente certains avantages, elle induit aussi des coûts. Ces coûts résultent des différences inhérentes à la nature et aux conditions de la mise en œuvre de ces instruments mais aussi aux obstacles à l'intégration totale que ces différences induisent dans la pratique.

4.2.1 Différences de nature et des conditions de mise en œuvre

79. Même si ces politiques peuvent viser des objectifs communs, les instruments spécifiques sur lesquels elles reposent sont dissemblables, de même que les conditions dans lesquelles elles sont mises en œuvre.

80. Ainsi, généralement, la politique de la concurrence est mise en œuvre par le biais de l'application du droit de la concurrence, et mêle donc procédures administratives (comme celles utilisées pour autoriser une fusion et pour autoriser -et approuver administrativement- des accords) et procédures judiciaires. Le plus souvent, le nombre d'affaires traitées est relativement faible, chacune d'entre elle ayant en revanche souvent des retombées très importantes dans l'absolu. De plus, l'interaction directe avec le grand public est généralement plutôt limitée, la plupart des informations n'étant communiquée qu'au travers de procédures très formelles, comme la remise de rapports et la recherche documentaire par exemple. Ces caractéristiques de leur travail influent fortement sur la structure et le comportement des organismes concernés, notamment du point de vue de la formation du personnel, du type de compétences requises, des perspectives de carrière et de la façon dont les salariés expérimentés affectent leur temps et mobilisent leur attention.

81. Au contraire, la politique à l'égard des consommateurs est en soi plus variée, de par ses instruments, sa forme et sa nature. En ce qui concerne les instruments à sa disposition, si elle est aussi dotée d'une composante classique de mise en œuvre du droit (plus marquée dans les cas de comportements mensongers ou trompeurs), son périmètre d'action couvre aussi les poids et mesures, les normes de qualité et de sécurité des produits, les codes de conduite sectoriels, la réglementation des pratiques professionnelles et les mécanismes de médiation avec les consommateurs et de règlement des différends. Si certains de ses instruments importants couvrent l'économie dans son ensemble, ils sont souvent parallèlement assortis d'un arsenal important d'instruments spécifiques à un secteur ou à un marché donné. Il s'agit d'instruments très divers qui peuvent dans certains cas (comme en matière d'information et d'éducation des consommateurs par exemple) prendre la forme d'une réglementation très « allégée ». De plus, généralement le processus de formulation et de mise en œuvre de la politique est lui aussi par nature très varié et, à bien des égards, poreux, puisqu'il se nourrit d'une grande implication directe du grand public, du flux des nombreuses petites affaires traitées et de l'apport considérable des différents secteurs à la définition de l'action publique. Ces caractéristiques aboutissent à un processus bien plus décentralisé – de par la diversité des intervenants concernés – mais géographiquement bien plus circonscrit que ne le sont la formulation et la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

82. Il découle notamment de ces différences que la politique à l'égard des consommateurs, lorsqu'elle est intégrée au sein d'un organisme exerçant aussi des responsabilités en matière de politique de la concurrence, peut avoir du mal à susciter l'attention qu'elle mérite. Compte tenu de la nature très variée des affaires qui en relèvent et du fait que nombre d'entre elles sont relativement petites et ont de faibles retombées dans l'absolu (même si chacune d'entre elles peut avoir une grande importance pour les consommateurs), cette politique peut donc retenir moins qu'elle ne le devrait l'intérêt et l'adhésion des hauts responsables. Du fait de la décentralisation de ses liens avec d'autres organismes et d'autres échelons territoriaux de l'État, il peut s'ensuivre que les missions soient confiées à des collaborateurs relativement jeunes et inexpérimentés et que cette politique ne dispose pas des financements, des ressources et de la visibilité qu'obtient invariablement la politique de la concurrence – avec son lot incessant de différends très médiatisés et de grande envergure.

83. Ces problèmes sont liés à la nature dissemblable des instruments et des missions respectifs que ces deux types de politiques impliquent. Théoriquement, bien sûr, cela pourrait changer.

84. En particulier, il pourrait être avantageux de centraliser la politique à l'égard des consommateurs, en la dotant d'une assise juridique et institutionnelle plus unifiée, et, en l'assimilant de cette façon un peu plus à la politique de la concurrence. De fait, dans une étude très récente consacrée à la politique australienne de protection des consommateurs, la Productivity Commission (qui conseille les pouvoirs publics australiens sur les questions ayant un effet sur l'efficacité économique) a déclaré qu'il serait préférable de s'appuyer sur un droit générique, plutôt que de recourir à des réglementations sectorielles, pour traiter de nombreux problèmes concernant les consommateurs³⁸. En effet, faire appel à un droit générique :

- favorise la cohérence de l'approche adoptée pour l'ensemble des consommateurs et des marchés,
- permet aux autorités de tutelle de s'attaquer aux problèmes émergents sans avoir besoin de nouvelles législations – ce qui est un aspect très important du fait de l'évolution rapide des marchés de consommation,

³⁸ Productivity Commission (2007) *Review of Australia's Consumer Policy Framework: Draft Report*, Canberra.

- permet, de manière générale, d'éviter les problèmes de délimitation des responsabilités et les lacunes de la réglementation qui peuvent s'ensuivre,
- impose des coûts relativement faibles à la très grande majorité des fournisseurs qui agissent correctement vis-à-vis des consommateurs.

85. Au regard de ces avantages, les réglementations sectorielles de protection des consommateurs visent, quant à elles, expressément à empêcher certains agissements précis et non l'effet dissuasif général que peut avoir, en cas d'infraction au droit général, la menace de poursuites pénales ou civiles. Dès lors, y recourir serait, de l'avis de la Productivity Commission, sans doute souhaitable lorsque :

- le risque de préjudice pour les consommateurs est élevé ou que le préjudice subi si la situation tourne mal est important et sans doute irrémédiable. (Ces aspects justifient principalement le recours à des réglementations spécifiques dans le domaine de la médecine ou du crédit à la consommation),
- le caractère adéquat et la qualité des services est difficile à évaluer avant, ou même après, l'achat (c'est l'argument utilisé pour justifier de nombreux régimes d'agrément professionnel), ou
- du fait de la nature technique du produit ou service, l'autorité de tutelle sectorielle peut plus facilement déterminer les infractions au comportement de rigueur par rapport à certaines normes « objectives ».

86. Ces arguments sont fondés, et du moins en ce qui concerne l'Australie, donnent à penser qu'il peut être avantageux de recourir un peu plus à des instruments juridiques qui soient applicables à l'économie dans son ensemble pour réaliser des objectifs de protection des consommateurs. Néanmoins, même si l'on va dans ce sens, les principales différences évoquées précédemment, entre la nature des missions, des compétences et des processus à l'œuvre dans le cadre de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part subsisteront sans doute.

87. Dans ces conditions, lorsque l'on tentera d'administrer ces deux fonctions au sein d'un seul et même organisme public, des difficultés pratiques se poseront immanquablement. Ces difficultés ne sont certes pas insurmontables, mais elles limitent les économies d'échelle entre ces fonctions et peuvent plaider en faveur de leur administration distincte.

4.2.2 *Limites pratiques à l'intégration*

88. Du fait en grande partie des caractéristiques déjà citées, il s'ensuit que tout régime efficace de protection des consommateurs impliquera nécessairement l'intervention d'un certain nombre d'organismes publics assez divers. En outre, il peut arriver que ces organismes couvrent plusieurs régions administratives, surtout dans les pays dotés d'une structure fédérale. L'intervention de multiples organismes est particulièrement prononcée lorsque des problèmes de protection des consommateurs se font jour dans des secteurs d'activité soumis à une réglementation sectorielle exhaustive, comme les services financiers et la santé. Les autorités de tutelle sectorielles jouent alors naturellement un rôle essentiel en ce qui concerne les problèmes de protection des consommateurs et en assument de ce fait généralement la principale responsabilité.

89. En règle générale, il n'est donc pas possible de centraliser la responsabilité de la politique à l'égard des consommateurs comme on peut le faire de la responsabilité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Même lorsque certains aspects de ces fonctions sont regroupés au sein d'une institution

unique (comme c'est le cas de l'ACCC en Australie), de nombreuses facettes de la politique de protection des consommateurs n'entrent pas dans ses attributions et il n'y a pas vraiment de raison que cela change.

90. Dans la pratique, l'intégration de ces instruments de l'action publique ne sera donc jamais totale. Au lieu de cela, toute intégration sera sélective et de ce fait ne devra porter que sur les aspects les plus imbriqués de ces politiques, ceux où les économies d'échelle en matière de définition et de mise en œuvre des politiques sont les plus importantes.

4.3 *Conclusions relatives aux questions de conception des institutions*

91. Dans l'ensemble, l'intégration, au sein d'une institution unique, de la responsabilité de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs peut présenter des avantages à de nombreux égards et notamment :

- des avantages liés à une meilleure coordination de l'action publique, particulièrement en ce qui concerne le choix des instruments disponibles à utiliser pour faire face aux exigences de telle ou telle situation,
- une meilleure compréhension par les pouvoirs publics et les instances répressives intervenant dans l'un de ces deux domaines du rôle et des limites de l'autre domaine,
- la possibilité de réaliser des économies d'échelle en ce qui concerne l'accès aux ressources et l'efficacité du suivi et des processus de responsabilisation.

Cela étant, les possibilités d'intégration sont en elles-mêmes limitées :

- La nature des missions requises pour mettre en œuvre la politique à l'égard des consommateurs diffère largement de celle des missions requises pour administrer la politique de la concurrence, ce qui réduit les économies d'échelle qui découleraient de l'intégration,
- toute politique efficace de protection des consommateurs impliquera nécessairement des organismes très divers et (surtout dans les États fédéraux) couvrira plusieurs régions administratives.

92. À l'évidence, des approches assez diverses peuvent être adoptées pour régler ces contradictions. Dans la pratique, il importe surtout :

- d'assurer que l'autorité de la concurrence dispose, en interne, des compétences nécessaires à la formulation de la politique à l'égard des consommateurs ou ait, à tout le moins, une vue d'ensemble des questions qui s'y rapportent, ainsi que de la possibilité d'influer sur les décisions relevant de cette politique qui sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes du point de vue de la concurrence,
- de s'assurer qu'il existe, au sein de l'appareil d'État, un organisme qui puisse exercer, au nom de l'État dans son ensemble, un suivi des questions en matière de protection des consommateurs, sans perdre de vue les préoccupations relatives à la concurrence.

93. À cet égard, l'examen régulier de certains instruments – tels les agréments professionnels ou les restrictions à l'encontre de la publicité – afin de vérifier qu'ils ne minent pas l'efficacité de la concurrence, pourrait jouer un rôle utile et important. Ces enquêtes pourraient donner régulièrement l'occasion de déterminer si les objectifs visés par les éventuelles restrictions qui sont imposées par le biais de ces

instruments ne pourraient être atteints de manière moins restrictive ou plus efficiente. Il pourrait être utile d'arrêter un calendrier, commençant par l'examen des instruments susceptibles d'être le plus inutilement restrictifs, afin de structurer ce processus et de lui imposer une échéance précise.

5. Conclusions

94. Une étude a récemment mis en évidence la manière dont la politique à l'égard des consommateurs peut « dynamiser » la politique de la concurrence, contribuer à donner naissance à des mécanismes concurrentiels et leur donner le souffle dont ils ont besoin pour réaliser l'objectif de fonctionnement efficient et efficace des marchés³⁹.

95. Ce constat vaut même s'il se peut que les instruments de la politique à l'égard des consommateurs soient utilisés pour restreindre une concurrence par ailleurs souhaitable et non pour servir les intérêts des consommateurs. Avec l'intégration croissante des marchés mondiaux, ce risque est de plus en plus présent d'autant que certaines justifications paternalistes sont parfois avancées pour défendre divers objectifs qui ne sont pas tous souhaitables pour la collectivité.

96. On ne saurait cependant en conclure qu'il y a lieu de remettre en cause le rôle de la politique à l'égard des consommateurs. Les préoccupations de longue date quant à la nécessité de protéger les consommateurs, surtout les plus vulnérables, conservent toute leur validité, et sont d'autant plus importantes que les mécanismes de marché gagnent toujours plus de pans de nos économies et de nos sociétés. L'introduction de la concurrence dans ces nouveaux domaines doit être étroitement coordonnée avec la mise au point de mesures efficaces de protection des consommateurs. Cette difficulté est encore loin d'être surmontée. Il est donc plus impératif que jamais de coordonner ces politiques.

97. Il se pourrait bien toutefois qu'il n'existe pas de « formule magique » pour y parvenir. Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs différeront toujours, de par la diversité des instruments sur lesquels elles reposent, les principaux aspects des missions à accomplir pour les mettre en œuvre et les différents échelons de l'État impliqués. De même que les usages passés, c'est un facteur qui peut limiter l'ampleur de l'intégration institutionnelle. Par conséquent, il importe surtout que les autorités de la concurrence soient dotées des compétences nécessaires pour assurer que la cause qu'elles défendent est prise en compte dans les nombreuses dimensions de la politique à l'égard des consommateurs et que de leur côté, les organismes de protection des consommateurs ont aussi des compétences en matière de politique de la concurrence. Il faudrait également qu'au niveau central de l'État, on accorde une attention constante à l'indispensable cohérence de ces deux instruments de l'action publique. L'examen régulier de certains instruments – comme les agréments professionnels et les restrictions à la publicité – destiné à vérifier qu'ils ne portent pas atteinte à l'efficacité de la concurrence pourrait jouer un rôle utile et important à cet égard.

³⁹ Sylvan, L. 2004, « Activating competition: The consumer – competition interface », *Competition & Consumer Law Journal*, pp. 191-206.