

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

DISCUSSION SUR LA NEUTRALITÉ CONCURRENTIELLE

-- Note du Secrétariat --

27 et 28 octobre 2015

Cette note, qui a été examinée et approuvée par le Comité de la concurrence le 28 octobre 2015, contient les observations formulées par les délégués au Comité. Elle s'inscrit dans l'axe de travail du Comité de la concurrence consacré à la neutralité concurrentielle.

Une documentation plus complète est disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm

Antonio CAPOBIANCO : [Tél. : + 33 1 45 24 98 08 ; courriel : antonio.capobianco@oecd.org].

JT03402935

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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



COMPETITION POLICY & COMPETITIVE NEUTRALITY

Note by the Secretariat

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....3

1. POURQUOI LA CONCURRENCE EST IMPORTANTE ?4

2. CHAMP D'APPLICATION OBJECTIF : QUEL EST L'OBJET
DU DROIT DE LA CONCURRENCE ?5

 a. Ententes anticoncurrentielles (on parle également de collusion ou de conspiration)5

 b. Abus de position dominante / monopolisation6

 c. Fusions et acquisitions entravant une concurrence efficace6

3. CHAMP D'APPLICATION SUBJECTIF : À QUI S'APPLIQUE
LE DROIT DE LA CONCURRENCE ?7

 a. Difficultés de fond8

 b. Difficultés institutionnelles.....8

 c. Difficultés pratiques9

4. EXISTE-T-IL DES EXCLUSIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE ?9

5. QUEL EST LE CHAMP D'APPLICATION GÉOGRAPHIQUE DU
DROIT DE LA CONCURRENCE ?11

6. POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET POUVOIRS NON RÉPRESSIFS15

CONCLUSION.....16

Encadrés

APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LA PRATIQUE13

INTRODUCTION

1. Une application large et efficace du droit de la concurrence est essentielle pour assurer des conditions de concurrence équitables entre acteurs du marché, et la neutralité concurrentielle est indispensable pour garantir l'efficacité de la politique de la concurrence.

2. La neutralité concurrentielle peut être définie comme un principe selon lequel toutes les entreprises, publiques ou privées, nationales ou étrangères, soient soumises aux mêmes règles et que l'empreinte et l'intervention de l'État sur le marché de même que son rôle en tant qu'actionnaire ne créent pas, en droit ou dans les faits, un avantage concurrentiel injustifié par rapport à un acteur du marché existant ou potentiel¹.

3. La politique de la concurrence traite de la concurrence sur les marchés et des comportements des entreprises – propices ou non à la concurrence. Les marchés peuvent avoir une dimension locale, nationale, régionale ou mondiale selon la dynamique de la concurrence, et les entreprises peuvent être privées ou publiques. Si l'État intervient sur le marché, il est lui aussi assujéti au droit de la concurrence. À cet égard, les frontières, la nationalité, le statut et l'actionnariat ne jouent la plupart du temps aucun rôle. Par conséquent, le droit et la politique de la concurrence constituent un moyen d'action très efficace en soi, mais aussi pour appuyer d'autres politiques publiques. Cela ne signifie pas pour autant que l'application du droit de la concurrence n'est pas problématique lorsqu'il s'agit des entreprises publiques² ou dans un contexte transnational. Lors de la Table ronde de juin 2015, les autorités de la concurrence ont d'ailleurs examiné les moyens d'action de la politique de la concurrence et les difficultés tenant aux mesures à prendre pour assurer la neutralité concurrentielle³.

4. Le Comité de la concurrence a accepté d'approfondir cette thématique à l'aide de deux documents publiés par le Secrétariat :

i) la présente note, destinée principalement à servir les autres domaines de l'action publique : elle explique les principes fondamentaux et le champ d'application du droit de la concurrence, comment ce droit peut assurer des conditions de concurrence équitables et apporter une contribution positive à d'autres domaines d'action, sans se confondre avec eux⁴ ;

ii) un inventaire récapitulant les principales situations où la neutralité concurrentielle n'est pas respectée et qui préoccupent le Comité de la concurrence, ainsi que les moyens d'action et les politiques visant à favoriser la neutralité concurrentielle, utilisés par les différents pays en vue de mettre fin à ces situations⁵.

5. La présente note traite de la question de savoir : (I) Pourquoi la concurrence est importante, (II) Quel est le champ d'application du droit de la concurrence, (III) À qui s'applique le droit de la concurrence et pourquoi l'actionnariat n'a pas d'importance, (IV) S'il existe des exclusions, (V) Quel est le champ d'application géographique du droit de la concurrence et pourquoi la nationalité et les frontières n'ont pas d'importance et (VI) Quels sont les pouvoirs non répressifs.

¹ OCDE, Note de réflexion sur la neutralité concurrentielle du point de vue de la politique de la concurrence (2015).

² Le terme « entreprises publiques » s'entend au sens large, comme dans les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (nouvelle version 2015).

³ Table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle en politique de concurrence (2015)

⁴ Audition de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle (2015)

⁵ OECD, Inventory of Competitive Neutrality Distortions and Measures (2015).

1. POURQUOI LA CONCURRENCE EST IMPORTANTE ?

6. La concurrence se définit comme « l'activité qui consiste à ambitionner d'obtenir ou de remporter quelque chose en triomphant des autres ou en établissant sa supériorité sur eux »⁶. Une concurrence saine est une concurrence à laquelle se livrent les acteurs du marché en fonction de leurs qualités propres. On peut distinguer deux types de concurrence : la concurrence *pour* le marché et la concurrence *sur* le marché.

7. Il existe un large consensus sur le fait que la concurrence présente des avantages importants à la fois sur le plan microéconomique et macroéconomique. Au niveau microéconomique, la concurrence crée un environnement dynamique pour les entreprises, dans lequel les acteurs économiques sont encouragés à être plus efficaces, à investir, à innover, et à attirer des clients en leur offrant des biens et des services à moindre un prix⁷. Les consommateurs bénéficient d'un choix plus grand, de produits et de services modernes, de meilleure qualité, à des prix plus faibles, ainsi que du progrès. La concurrence stimule ainsi la croissance de la productivité et le bien-être des consommateurs. Sur le plan macroéconomique, cette amélioration de la productivité a pour effet une accélération de la croissance de l'économie dans son ensemble. La concurrence peut aussi favoriser un climat des affaires plus sain et plus équitable, dans lequel les entreprises qui réussissent sont celles qui sont les plus à même de satisfaire les besoins de leurs clients, et non pas celles qui disposent des relations les plus influentes ou des plus gros moyens financiers⁸.

8. Compte tenu de ces avantages, la concurrence peut également jouer un rôle important dans la réalisation des objectifs visés par d'autres politiques publiques, notamment les politiques en faveur de la protection des consommateurs, de l'entrepreneuriat, de l'innovation, de l'investissement, de la gouvernance d'entreprise, de l'égalité des chances, de l'efficacité des marchés publics, de l'ouverture des échanges, de la croissance et de la compétitivité. Les avantages de la concurrence sont également la raison d'être des politiques de libéralisation et de déréglementation décidées par les gouvernements, notamment dans les industries de réseau.

9. Parallèlement aux recommandations, lignes directrices et instruments de l'OCDE centrés sur la politique de la concurrence en tant que telle⁹, la concurrence fait partie intégrante des autres domaines et instruments de l'OCDE se rapportant à l'action publique comme le Cadre d'action pour l'investissement¹⁰, les Perspectives sur l'entreprise et la finance¹¹, les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales¹², les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques,¹³ la Recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaires¹⁴, la Recommandation sur

⁶ Traduction de la définition de l'*Oxford dictionary* ; étymologiquement, le terme *competition* en anglais provient du latin *competere*, qui signifie ambitionner.

⁷ La concurrence améliore la productivité des entreprises qui s'efforcent d'être plus productives et plus concurrentielles. Elle favorise également une efficacité allocative entre les entreprises, en garantissant que les biens et les services sont fournis par ceux qui sont les mieux à même de le faire, ce qui peut entraîner l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché, leur développement ou leur sortie du marché.

⁸ OCDE Macro-Economic Factsheet (Oct 2014).

⁹ Concurrence, OCDE, sources et documents : <http://www.oecd.org/daf/competition/>.

¹⁰ Cadre d'action pour l'investissement (nouvelle version 2015).

¹¹ Perspectives de l'OCDE sur l'entreprise et la finance (2015).

¹² Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (nouvelle version 2011).

¹³ Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques (nouvelle version 2015).

¹⁴ Recommandation de l'OCDE concernant la politique et la gouvernance réglementaires (2012).

l'évaluation d'impact sur la concurrence¹⁵, la Recommandation concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés¹⁶, la Recommandation sur la coopération entre pays membres dans les domaines de conflit potentiel entre la politique de concurrence et la politique commerciale¹⁷, et le rapport TNB (*Trust and Business*) de l'OCDE¹⁸.

10. Une concurrence saine et efficace ne résulte pas toujours naturellement de décisions privées, les acteurs économiques étant fortement tentés de la restreindre : pour augmenter leurs bénéfices et pour se faciliter la vie¹⁹, d'où la nécessité de « règles du jeu » et d'une surveillance exercée par les pouvoirs publics. C'est la raison pour laquelle des États, dans le monde entier, se sont dotés d'une politique de la concurrence, c'est-à-dire d'un droit de la concurrence, et d'une autorité de la concurrence pour le faire respecter. Aujourd'hui, quelque 130 pays disposent d'un régime de concurrence, qu'ils ont adopté le plus souvent au cours des 20 dernières années²⁰.

2. CHAMP D'APPLICATION OBJECTIF : QUEL EST L'OBJET DU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Qu'est-ce que le droit de la concurrence englobe, prescrit et proscriit ?

11. Le droit de la concurrence, ou droit *antitrust* dans le monde anglo-saxon, vise à protéger et à promouvoir la concurrence, la dynamique et les marchés concurrentiels²¹. Le droit de la concurrence interdit essentiellement aux entreprises de mener trois types de stratégies, jugées illégales :

a. Ententes anticoncurrentielles (on parle également de collusion ou de conspiration)

12. Les ententes anticoncurrentielles peuvent être constituées entre plusieurs concurrents (ententes horizontales) ou entre plusieurs acteurs situés à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement (ententes verticales)²². Les ententes horizontales, c'est-à-dire les ententes injustifiables, sont traitées comme la violation la plus flagrante du droit de la concurrence. Ces ententes comprennent les accords sur les prix, les restrictions de production, la répartition des marchés ; la collusion sur les marchés publics (soumissions

¹⁵ Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence (2009) ; voir également les indicateurs de réglementation du marché des produits.

¹⁶ Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle (nouvelle version 2011).

¹⁷ Recommandation de l'OCDE sur la coopération dans les domaines de conflit potentiel entre la politique de concurrence et la politique commerciale (1986).

¹⁸ Rapport TNB (Trust & Business) de l'OCDE (2014-2015).

¹⁹ « Une vie plus facile » comme le remarque l'économiste John Hicks. Tout en jetant les bases de la théorie de l'économie de marché, Adam Smith lui-même a souligné le risque des stratégies anticoncurrentielles : « *Il est rare que des gens du même métier se trouvent réunis, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation finisse par quelque conspiration contre le public, ou par quelque machination pour faire hausser les prix* ». (La Richesse des nations, 1776). D'où la nécessité de « prêter main forte à la main invisible » grâce au droit de la concurrence et à sa mise en œuvre.

²⁰ Le droit de la concurrence est une « disposition d'ordre public » : il est contraignant, impératif et d'application générale.

²¹ Le droit de la concurrence ne protège pas les concurrents en tant que tels ni le *statu quo ante* mais le processus et la dynamique concurrentiels au bénéfice des consommateurs.

²² Dans certains pays, la pratique des prix de vente imposés est un exemple d'accord vertical potentiellement anticoncurrentiel qui apparaît lorsqu'une entreprise en amont – une entreprise qui produit ou qui importe un bien ou un service – limite ou restreint la capacité d'une autre entreprise en aval – généralement son distributeur ou un détaillant – à fixer le prix de revente en aval.

concertées) ; et l'échange d'informations sensibles du point de vue de la concurrence²³. L'accord n'a pas besoin d'être formel pour être couvert par le droit de la concurrence : il suffit que les concurrents échangent des informations ou coordonnent leur action, activement ou passivement, par des moyens formels ou informels, de façon à savoir comment ils agiront sur le marché (sur les prix, le niveau de production, les soumissions aux appels d'offres, etc.), et ce faisant, réduisent ou éliminent la concurrence. S'agissant du risque de formation d'ententes, les associations professionnelles peuvent ainsi être un terrain miné. Deux recommandations de l'OCDE traitent de ce risque : les Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (2012)²⁴, et la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998)²⁵.

b. Abus de position dominante / monopolisation

13. Sous différents noms, la plupart des pays interdisent les pratiques anticoncurrentielles unilatérales menées par une entreprise qui bénéficie d'un pouvoir de marché. En l'absence d'un tel pouvoir, il n'y a pas d'abus, et donc pas de violation unilatérale possible du droit de la concurrence. Les approches varient quelque peu d'un pays à l'autre, mais plusieurs types de comportements peuvent être considérés comme anticoncurrentiels, comme la fixation de prix d'éviction, la subordination de vente, la compression des marges²⁶, l'application de tarifs ou de conditions de transaction discriminatoires ou inéquitables, les restrictions de l'accès aux infrastructures ou aux ressources nécessaires, détenues ou contrôlées par l'acteur dominant, le relèvement des coûts ou des obstacles à l'entrée pour les concurrents.

14. Les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante constituent l'essentiel de l'application publique *ex post* du droit de la concurrence (ou des mesures de lutte contre les ententes). Les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante font l'objet d'amendes très lourdes²⁷, qui peuvent être de nature administrative ou pénale et, dans certains pays, être sanctionnées par une interdiction d'exercer voire des peines de prison.

c. Fusions et acquisitions entravant une concurrence efficace

15. Les fusions et acquisitions sont courantes dans le monde des affaires. La grande majorité d'entre elles ne sont pas anticoncurrentielles et peuvent permettre de dégager des synergies et de réaliser des gains de productivité importants. D'autres cependant peuvent restreindre la concurrence – or il peut s'avérer difficile de défaire une fusion une fois qu'elle a eu lieu. Le contrôle des fusions représente le volet préventif du régime d'application du droit de la concurrence : il vise à empêcher les entreprises d'acquérir, sur le marché, une position qui les inciterait à exploiter un pouvoir de marché ou de coordonner leur action avec d'autres acteurs du marché, et le leur permettrait. Les opérations qui peuvent être qualifiées de « fusions » ou d'« acquisitions » selon le droit de la concurrence doivent être notifiées dans les différents

²³ Les ententes injustifiables sont généralement réputés illégales (c'est-à-dire illégales par effet ou en soi), tandis que d'autres accords ont suscité un débat sur la question de savoir si elles pouvaient être jugées illégales en soi ou si elles ont seulement des effets anticoncurrentiels (autrement dit, elles sont illégales par effet). Ce débat a lieu par exemple dans le secteur pharmaceutique avec les accords de « paiement contre délai » (« paiement inversé ») lorsqu'un laboratoire obtient d'un concurrent qu'il reporte la commercialisation de son générique.

²⁴ Recommandation de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées (2012).

²⁵ Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998).

²⁶ Les entreprises intégrées verticalement peuvent comprimer les marges de leurs concurrents en aval en augmentant le coût d'accès aux intrants/infrastructures essentiels en amont, ce qui peut exclure les concurrents du marché d'aval, même s'ils sont efficaces.

²⁷ Jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial de la société mère de l'entreprise dans certains pays.

pays où les seuils de notification sont atteints (évaluation au titre de l'obligation de notification)²⁸. Les autorités de la concurrence déterminent alors si le projet de fusion risque d'amoindrir ou d'entraver une concurrence efficace sur les marchés concernés (appréciation sur le fond). Une même opération peut être examinée simultanément par différentes autorités de la concurrence rendant ainsi nécessaire une coopération entre celles-ci pour assurer la cohérence de leurs décisions.

3. CHAMP D'APPLICATION SUBJECTIF : À QUI S'APPLIQUE LE DROIT DE LA CONCURRENCE ?

À tout le monde ?

16. Oui. Dans la plupart des pays de l'OCDE et partout dans le monde, le droit de la concurrence s'applique à toute « personne » ou « entreprise », ce qui peut être interprété au sens large comme englobant n'importe quelle entité qui pratique une *activité économique*, quels que soient ses actionnaires, ses sources de financement, son statut juridique, son lieu d'activité ou sa nationalité. La notion d'activité économique désigne également, au sens large, la fourniture de biens ou de services dans un but lucratif ou non.

Aux États ou aux entreprises ?

17. D'autres domaines – comme les politiques relatives aux échanges, à l'investissement et à la fiscalité – sont essentiellement centrés sur des comparaisons entre États et entre pays (comme la concurrence fiscale dommageable entre les États, ou la protection inéquitable des investissements étrangers d'un pays à l'autre). Le droit de la concurrence est différent en ce sens qu'il s'applique directement aux entreprises ou aux activités économiques. Il s'intéresse au comportement des entreprises entre elles et vis-à-vis des consommateurs, des clients et des fournisseurs, pour déterminer si ce comportement affecte la concurrence sur le marché. Dans bon nombre de pays, l'État peut tomber sous le coup du droit de la concurrence dès lors qu'il exerce lui aussi une activité économique.

Aux entreprises publiques ou aux entreprises subventionnées ?

18. Oui, dans la plupart des pays, le droit de la concurrence s'applique quels que soient l'actionnariat, le statut juridique et la source de financement de l'entreprise. Le fait qu'une entreprise soit publique, qu'elle soit contrôlée ou aidée par l'État, n'est pas pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence dès lors que l'entreprise exerce une activité économique. Cela fait du droit de la concurrence un moyen d'action efficace permettant de prendre en compte les entreprises publiques présentes sur le marché. De manière générale, cela vaut aussi bien pour les entreprises publiques nationales et étrangères, qu'elles exercent leurs activités sur le marché national ou à l'étranger.

19. Ainsi, la responsabilité d'une entreprise publique peut être engagée, de même que celle de n'importe quelle autre entreprise, si elle se livre à des pratiques anticoncurrentielles, ce qui serait par exemple le cas dans les situations suivantes :

- un producteur d'amont du secteur de l'énergie impose à ses distributeurs d'appliquer un certain tarif (« prix de vente imposé »),
- une compagnie aérienne publique se concerte avec ses concurrentes sur les prix ou les suppléments,
- Un opérateur téléphonique public s'entend avec ses concurrents pour se répartir le marché, ou pour boycotter certains fournisseurs ou certains clients,
- un opérateur public de chemins de fer applique des prix d'éviction (tellement faibles que ses concurrents ne peuvent survivre),

²⁸

Chaque droit de la concurrence définit des seuils de notification. Ces seuils sont généralement calculés au moyen des paramètres fondés sur la taille des parties et/ou sur le montant de l'opération.

- une entreprise publique du secteur de l'électricité, verticalement intégrée, refuse l'accès à des infrastructures ou des ressources essentielles (par exemple son réseau électrique) ou pèse sur les marges de ses concurrents en aval (en facturant un prix trop élevé pour ses ressources en amont).

20. Lorsqu'il s'agit des entreprises publiques, des difficultés de fond, ou de nature politique ou pratique peuvent néanmoins entraver l'application du droit de la concurrence :

a. Difficultés de fond

21. Les règles de concurrence de fond, c'est-à-dire les règles qui définissent ce qui constitue un abus, une entente ou une fusion, se fondent sur le postulat que les acteurs du marché sont essentiellement des entités économiques qui cherchent à maximiser leurs bénéfices. Par ailleurs, pour lancer une enquête sur la formation d'une entente ou la réalisation d'une fusion, les autorités partent du principe que cette opération a lieu entre des entités séparées. Cependant :

- les entreprises publiques ne cherchent pas nécessairement à maximiser leurs bénéfices, de sorte que les règles fondées sur les prix, les coûts et les bénéfices par exemple (comme celles relatives à la fixation de prix d'éviction et à la compression des marges) peuvent s'avérer inutiles pour démontrer de manière concluante un abus de leur part ;
- les entreprises publiques sont souvent des entités hybrides, c'est-à-dire quelles sont investies d'une mission de service public en parallèle de leurs activités économiques, ce qui rend parfois ardue la distinction entre les activités économiques et les activités non économiques, notamment lorsque ces deux types d'activités ne font pas l'objet d'une distinction comptable claire, lorsque ces activités sont interdépendantes ou en cas de subventions croisées ;
- dans un même pays, différentes entreprises publiques peuvent être considérées comme des entités séparées ou ne pas l'être. C'est la raison pour laquelle certaines juridictions, telles que l'UE, ont défini des critères pour savoir si les entreprises publiques doivent être traitées séparément de l'État auquel elles appartiennent, et séparément les unes des autres²⁹. Cette distinction est importante pour déterminer l'éventualité d'une entente ou d'une fusion, ainsi que pour calculer le chiffre d'affaires aux de notification d'une fusion.

b. Difficultés institutionnelles

22. Même si la plupart des autorités de la concurrence mènent des enquêtes et rendent des décisions en toute indépendance, elles pourraient être exposées au risque que l'État concerné n'exerce une influence indue ou ne s'ingère dans leurs activités lorsqu'une entreprise publique est en cause. Ce risque existe, que l'entreprise publique contrôlée soit nationale ou étrangère. Par ailleurs, les entreprises publiques opèrent souvent même dans les secteurs des services aux collectivités ouverts à la concurrence : dans certains pays, les autorités de la concurrence et les autorités de tutelle sectorielles peuvent avoir des prérogatives convergentes ou parallèles, dans le cadre de l'examen des fusions par exemple (les unes en application du droit de la concurrence, et les autres en vertu de principes sectoriels).

²⁹

Considérant 22 du règlement (CE) du Conseil n° 139/2004, et section C.IV.5.4 de la Communication sur la compétence, d'après lesquels : « dans le secteur public, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée par une concentration, il faut donc tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment du mode de détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables. » Pour une affaire récente, voir COMP/M.5655 - *SNCF/LCR/Eurostar*.

c. Difficultés pratiques

23. Pour contrôler efficacement une fusion ou établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, une part importante des informations nécessaires doivent être fournies par l'entreprise faisant l'objet de l'examen. Deux obstacles peuvent compliquer l'enquête et les efforts de collecte d'informations : (i) les entreprises publiques hybrides pour lesquelles il n'existe pas de distinction comptable claire entre les activités économiques et les activités non économiques, et (ii) la réticence de l'État à répondre aux demandes d'informations (qu'il s'agisse de l'État de l'entreprise publique concernée ou d'un État étranger). De même, lorsque des amendes ou des mesures correctives sont imposées après qu'une infraction a été constatée, certains obstacles pratiques peuvent faire obstacle à leur application à l'entreprise concernée ou à l'État qui la contrôle.

24. Ces difficultés n'ont pas dissuadé les autorités de la concurrence d'engager des poursuites pour infraction au droit de la concurrence à l'encontre d'entreprises publiques, comme le montre la recherche approfondie menée par l'OCDE sur les entreprises publiques sur le marché et sur la neutralité concurrentielle entre entreprises publiques et privées³⁰. Les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (2015) renforcent encore les principes de bonne gouvernance, notamment les obligations de diffusion de l'information et de transparence, de responsabilité et de loyauté de la concurrence.

4. EXISTE-T-IL DES EXCLUSIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Le droit de la concurrence ne s'applique pas.

25. Puisque le droit de la concurrence s'applique à toute entité ou personne exerçant des activités économiques, celles qui exercent des activités *non économiques* n'y sont pas assujetties :

- Les activités qui relèvent des fonctions *régaliennes* de l'État, comme la justice et la police, ne sont pas de nature économique. En cas de contestation, les autorités de la concurrence et les tribunaux doivent faire la distinction entre les activités économiques et les activités régaliennes, comme ce fut le cas pour l'OPEP³¹.
- Plusieurs États considèrent également que les *services publics*, même s'ils sont assurés en contrepartie d'un paiement, ne relèvent pas du droit de la concurrence (par exemple les transports publics ou la distribution d'eau). Toutefois, d'autres juridictions, telles que l'Union européenne, ont considéré que les services d'intérêt général (i) peuvent être de nature économique, et (ii) relèvent du droit de la concurrence dans la mesure où ils ne compromettent pas l'exécution de la mission de service public³². Cela nécessite de trouver un équilibre entre les avantages découlant de l'application du droit de la concurrence, d'une part, et les autres objectifs visés par l'action publique, d'autre part. Lorsque l'exercice de la concurrence *sur le marché* est impossible

³⁰ Voir la bibliographie pour des références détaillées aux publications de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.

³¹ Un tribunal américain a considéré que la définition, par des États souverains (par l'intermédiaire de l'OPEP) des conditions d'extraction d'une ressource naturelle primordiale, à savoir le pétrole brut, sur son territoire était en soi une fonction régaliennne, et qu'en tant qu'États souverains étrangers, les défenseurs bénéficiaient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux américains : voir : *International Ass'n of Machinists & Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 477 F. Supp. 553 (C.D. Cal. 1979), *aff'd on other grounds*, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), *cert. denied*, 454 U.S. 1163 (1982). Des questions similaires peuvent se poser en ce qui concerne, par exemple, les activités satellitaires d'un gouvernement, ou l'octroi d'une concession sur le domaine public.

³² Appelée « services d'intérêt économique général » (SIEG) en vertu de l'article 106 du TFUE.

(en raison du manque d'infrastructures, par exemple), il pourrait au moins y avoir concurrence *pour* le marché, à savoir une procédure ouverte de passation de marchés publics afin de sélectionner le meilleur fournisseur pendant une période donnée.

Le droit de la concurrence s'applique, mais certains acteurs peuvent-ils en être exemptés (exclusion subjective) ?

26. Les pouvoirs publics peuvent également décider que certains acteurs, même s'ils exercent une activité économique, doivent malgré tout être exemptés, notamment certaines entreprises publiques exerçant leur activité dans des secteurs stratégiques ou encore les « champions nationaux ». Les municipalités suscitent également une préoccupation grandissante pour les autorités de la concurrence, non seulement parce qu'elles détiennent un nombre important d'entreprises mais aussi parce qu'elles peuvent soustraire celles-ci au droit de la concurrence³³.

27. Que se passe-t-il si les dérogations valables dans un pays ne sont pas reconnues dans un autre ? Si une entité qui n'est pas soumise au droit de la concurrence du pays A a abusé de sa position dominante dans un pays B, ou y a participé à une entente ou envisage d'y acquérir une société, l'autorité de la concurrence du pays B est libre de décider si cette entité relève ou non de son droit de la concurrence. En d'autres termes, les dérogations du pays A n'ont pas d'effet sur l'autorité du pays B.

Le droit de la concurrence s'applique, mais certaines pratiques peuvent-elles être exclues (exclusion objective) ?

28. Les acteurs du marché ne peuvent pas déroger au droit de la concurrence, dans la mesure où il s'agit d'une loi d'ordre public. Les pouvoirs publics peuvent, toutefois, exclure certaines pratiques de son champ d'application, des deux manières suivantes : les exemptions (ou immunités) et les moyens de défense :

a. Exemptions. Le gouvernement peut, par voie législative ou par décret ou ordonnance, exonérer ou immuniser certaines pratiques du droit de la concurrence³⁴. Tel est parfois le cas des accords restrictifs conclus dans des secteurs d'activité jugés stratégiques par les pouvoirs publics : des transporteurs aériens formant une alliance, par exemple, peuvent demander au ministère des transports américain une immunité du droit de la concurrence³⁵. Certaines fusions peuvent également être exemptées du contrôle des fusions par le ministre en charge, si des intérêts publics sont en jeu, comme cela peut être le cas, en Hongrie, pour les fusions impliquant des entreprises ou des actifs publics³⁶.

b. Moyens de défense. Les moyens de défense se fondent sur la jurisprudence. Il s'agit d'actions en justice des défendeurs qui tentent de convaincre le tribunal que, dans leur cas, le droit de la concurrence ne doit pas s'appliquer. Le moyen de défense de la « contrainte de l'État » est le plus couramment invoqué, mais rarement avec succès. Les acteurs économiques mis en cause y ont recours en faisant valoir que leur conduite anticoncurrentielle leur a été imposée par l'État, les privant de toute marge d'appréciation. Par exemple, un opérateur d'infrastructures ou une association professionnelle peut adopter des mesures restrictives qui lui sont favorables en exerçant ses prérogatives pour réglementer l'accès aux infrastructures détenues par ses membres ou contrôler l'accès à la profession

³³ Ces préoccupations ont été exprimées par l'Allemagne et l'Italie, par exemple.

³⁴ Ou permettre à certaines agences ou à certains ministères d'accorder des exemptions sous certaines conditions.

³⁵ L'idée étant que ces alliances peuvent permettre d'atteindre certains objectifs importants visés par les politiques de transport, et que leur autorisation est donc justifiée malgré leurs effets anticoncurrentiels.

³⁶ Article 24/A de la loi sur la concurrence hongroise.

qu'elle représente. Récemment, aux États-Unis, la Cour suprême, dans sa décision concernant l'affaire *Dental Board*, a clairement indiqué que le recours à des moyens de défense doit être exceptionnel et soumis à des conditions strictes, et a jugé que celui que le défendeur avait invoqué en l'espèce irrecevable³⁷.

Quid des exclusions ?

29. Le principe de neutralité concurrentielle exige que l'ensemble des acteurs du marché soient soumis indifféremment au droit de la concurrence, faute de quoi une application asymétrique fausse la concurrence. Les exclusions – immunités, exemptions ou moyens de défense – doivent donc être restreintes, voire supprimées, et en tout état de cause interprétées de manière restrictive :

- Elles sont souvent issues d'un malentendu : le droit de la concurrence peut servir d'autres objectifs de l'action publique (comme l'efficacité des transports et l'accès universel), et la politique de la concurrence peut être compatible avec d'autres politiques publiques. Lorsque différents objectifs sont en jeu, la recherche du bon équilibre entre chacun d'eux pour parvenir au meilleur résultat peut s'avérer plus efficace pour la société dans son ensemble qu'une exonération pure et simple.
- Elles faussent le jeu de la concurrence entre les acteurs du marché, dans la mesure où elles peuvent être consenties à certains types d'accords (comme les alliances) plutôt qu'à d'autres (comme les fusions) sur un même marché, ou à certains secteurs (comme le transport aérien) et non aux autres (comme le transport ferroviaire).
- Elles suppriment les avantages qui résultent d'une application efficace et rigoureuse du droit de la concurrence, permettant de tenir compte des avantages et des gains d'efficacité découlant des ententes, abus de position dominante ou fusions faisant l'objet du contrôle et de les mettre en balance avec les préoccupations suscitées par les restrictions de concurrence dont ces pratiques ou opérations sont ou peuvent être à l'origine³⁸.

30. Les exclusions doivent donc être régulièrement réévaluées pour déterminer si elles restent justifiées, et savoir de quelle manière viser d'autres objectifs d'action publique tout en tirant le meilleur parti possible des avantages procurés par la concurrence, tout en assurant une application égale du droit à l'ensemble des accords, abus et fusions qui pourraient revêtir un caractère anticoncurrentiel.

5. QUEL EST LE CHAMP D'APPLICATION GÉOGRAPHIQUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

31. Le droit de la concurrence ne connaît pas de frontières, bien qu'il soit adopté par le parlement de chaque pays au niveau national ou supranational. Toutefois, à la différence d'autres domaines de l'action publique (par exemple les échanges, l'investissement, l'emploi, la fiscalité, les législations sectorielles et le droit industriel), les distinctions entre acteurs étrangers et nationaux, activités nationales et internationales, ou entre pays d'origine et pays d'accueil, n'ont généralement pas lieu d'être en droit de la concurrence. La politique de la concurrence s'intéresse aux marchés, et non pas aux relations d'État à État. La raison en est que l'impact sur la concurrence des éventuels ententes, abus et fusions est évalué par rapport aux *marchés pertinents sur lesquels s'exerce la concurrence*, autrement dit sur lesquels les effets anticoncurrentiels peuvent se faire sentir. Ces marchés peuvent être locaux, nationaux, régionaux ou

³⁷ Pour en savoir plus, voir la Table ronde sur les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée de l'OCDE (2011)

³⁸ Sauf pour les violations en soi du droit de la concurrence (comme les ententes injustifiables).

mondiaux en fonction des conditions de marché prévalant dans chaque cas³⁹. Les entreprises doivent avoir conscience qu'elles peuvent faire l'objet de contrôles partout où leurs activités et leurs pratiques sont susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence.

Si les frontières n'ont pas d'importance, comment savoir alors quelle est l'autorité de la concurrence compétente ?

32. De manière générale, une autorité de la concurrence a compétence pour ouvrir une affaire et rendre une décision si l'affaire a un *lien local* avec son pays ou territoire. En d'autres termes, l'affaire doit contenir des éléments ayant un lien avec le pays ou territoire de l'autorité de la concurrence : le lieu où l'entreprise exerce ses activités, détient des actifs ou une clientèle, réalise un chiffre d'affaires, a adopté la conduite qui fait l'objet du contrôle ou s'y est livrée (comme des réunions en vue de former une entente) et/ou le lieu où les effets s'en sont fait sentir. De nombreux pays ont adopté une approche fondée sur les effets, c'est-à-dire que leur autorité de la concurrence est compétente pour agir sous réserve que la pratique anticoncurrentielle (comme la surfacturation, ou le boycott d'un client) a eu, ou devrait avoir, des effets sur leur territoire. Par conséquent, une entente ou un abus de position dominante peuvent aboutir à plusieurs enquêtes et décisions au niveau mondial.

33. Ce « lien local » est également prévu par les règles de contrôle des fusions. La plupart des pays ont adopté des seuils de notification préalable à une fusion fondés sur la valeur des actifs ou le chiffre d'affaires enregistré sur leur territoire par les parties à la fusion ou par la société cible. C'est la raison pour laquelle une fusion peut faire l'objet d'un examen, et doit être approuvée par plusieurs autorités de la concurrence avant d'être menée à bien. Ainsi, l'acquisition des activités énergie d'Alstom par GE a fait l'objet d'un contrôle des fusions dans plusieurs pays (Afrique du Sud, Brésil, Canada, Chine, États-Unis, Israël et Union européenne)⁴⁰.

34. L'OCDE s'emploie depuis longtemps à favoriser la coopération internationale pour faire respecter ces règles, démarche qui a culminé en 2014 avec l'adoption de la Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la Coopération Internationale dans le cadre des Enquêtes et Procédures portant sur des affaires de concurrence⁴¹. L'OCDE a également collecté des modèles d'accords bilatéraux fondés sur des accords conclus entre des autorités de la concurrence du monde entier. Le Comité de la concurrence de l'OCDE et le Forum mondial sur la concurrence constituent également des forums qui permettent aux autorités de la concurrence du monde entier de discuter des défis communs auxquels elles sont confrontées ainsi que de partager et propager les meilleures pratiques⁴².

³⁹ Les marchés pertinents présentent deux paramètres : (i) l'ensemble des produits et services (et donc l'ensemble des concurrents), s'ils existent, sont réputés substituables avec ceux qui font l'objet de l'examen (définition du marché de produits), et (ii) une couverture géographique, qui dépend de la distance qui doit être parcourue ou que les consommateurs sont prêts à parcourir pour trouver des produits de substitution (définition du marché géographique). Voir par exemple la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (1997) et Competition Brief (2015).

⁴⁰ Les dernières approbations sont venues de la Commission européenne sous réserve de mesures correctrices (par exemple des cessions d'actifs) le 8 septembre 2015, et du ministère de la justice (DOJ) des États-Unis, le même jour, voir « Concentrations : la Commission donne son feu vert à l'acquisition par GE des actifs de production et de transport d'électricité d'Alstom, sous réserve de certaines conditions », IP/15/5606 et « Justice Department Requires General Electric to Divest Aftermarket Business in Order to Complete Alstom Purchase », communiqué de presse 15-1091.

⁴¹ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la Coopération Internationale dans le cadre des Enquêtes et Procédures portant sur des affaires de concurrence (2014).

⁴² Le Réseau international de la concurrence (RIC) et le Réseau européen de la concurrence (REC) constituent d'autres forums permettant une coopération étroite entre autorités de la concurrence.

APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LA PRATIQUE

Les exemples présentés ci-après illustrent le champ d'application du droit de la concurrence, comment il s'applique dans les faits à n'importe quel acteur du marché, quels que soient son actionnariat, sa nationalité et sa couverture géographique.

Le droit de la concurrence peut-il être invoqué dans les scénarios suivants ? :

a) Une entreprise, subventionnée par l'État, entre sur les marchés de son pays et d'autres pays en proposant des produits groupés (en subordonnant, par exemple, la vente de voitures à la souscription d'une assurance automobile)

Puisque cette société est réputée entrer sur le marché, cela signifie qu'elle propose des biens ou des services (activité économique), ce qui rend applicable le droit de la concurrence quelle que soit la catégorie de sociétés à laquelle elle appartient.

Le droit de la concurrence s'applique à toute conduite unilatérale en vertu des règles relatives à l'abus de position dominante ou à la monopolisation. La question qui se pose est de savoir : (i) si la société détient un pouvoir de marché, ce qui dépend de sa position sur les marchés pertinents (qu'il faut définir) et (ii) si ses pratiques de subordination de vente entravent ou éliminent la concurrence (sur les marchés pertinents de l'automobile ou de l'assurance automobile).

S'il s'avère que l'entreprise abuse effectivement de son pouvoir de marché, les autorités de la concurrence de n'importe quel pays ou territoire où elle exerce ses activités ou bien où les effets anticoncurrentiels se font sentir, peuvent agir, à savoir prononcer des injonctions, prendre des mesures correctives et imposer des amendes.

On peut se demander ce qu'il en est de la composante subventionnée de la société ? L'application du droit de la concurrence s'intéresse au comportement de l'entreprise sur le marché, et non pas à ses motivations ou aux raisons justifiant le comportement en question (comme l'octroi de subventions). Les subventions peuvent constituer une distorsion, sans être pour autant une violation du droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle les moyens d'action qui garantissent la neutralité concurrentielle, comme le contrôle des subventions, sont importants⁴³.

b) Plusieurs entreprises publiques appartenant à un même pays coordonnent leurs activités d'une manière qui affecte les conditions de concurrence

La première étape consiste à déterminer si les activités des entreprises publiques correspondent à des actes économiques ou commerciaux, ou à des actes relevant de la puissance publique. Dans le premier cas, ils entrent dans le champ d'application subjectif du droit de la concurrence, mais pas dans le second. Les entreprises publiques pourraient être exemptées du droit de la concurrence par leur État actionnaire, mais cette décision d'exemption n'est en rien contraignante pour les autorités de la concurrence des autres pays.

La deuxième étape consiste à déterminer si la coordination entre les entreprises publiques constitue une violation du droit de la concurrence, à savoir un accord restrictif (entente) ou une fusion entravant la concurrence. Une entente ou une fusion ne peuvent exister que si les entités qui les constituent sont distinctes et indépendantes les unes des autres. Le fait qu'elles aient toutes le même actionnaire (l'État) ne signifie pas qu'elles ne puissent pas être considérées comme autonomes sur le marché, notamment si leurs organes peuvent prendre en toute indépendance des décisions sur leur stratégie de marché et sur leur comportement :

- S'il s'agit d'acteurs indépendants, il s'agit de déterminer si leur coordination les rapproche à un point tel (à l'instar d'une coentreprise) que cette coordination peut être considérée comme une fusion, ce qui les ferait entrer dans le champ d'application *ex ante* du contrôle des fusions. Sinon, cette coordination pourrait entraîner une application *ex post* des règles sur les ententes, notamment si ces entreprises publiques ont partagé des informations sensibles du point de vue de la concurrence ou se sont entendues entre elles à l'aide de ces informations (par exemple pour former une entente sur les prix ou sur la production).

⁴³ Certains territoires, comme l'Union européenne, ont ajouté ces outils à l'arsenal de leur politique de la concurrence. Voir la Table ronde de l'OCDE sur les aides d'État et les subventions (2010)

- Si elles sont considérées comme un seul et même acteur de marché, la coordination de ces entreprises publiques doit être évaluée dans l'optique de l'exercice d'une éventuelle pratique restrictive unilatérale (abus de position dominante) de leur part. Bien que de nombreux pays reconnaissent que l'exercice d'une position dominante collective est possible⁴⁴, seuls quelques-uns ont adopté des définitions ou des critères spécifiques pour établir l'infraction d'abus de position dominante collective⁴⁵, et les affaires de ce type sont rares⁴⁶.

L'actionnariat n'est pas pris en compte en droit de la concurrence. À l'évidence, il peut être difficile d'appliquer les règles aux entreprises publiques (par exemple, si les comptes de l'entreprise publique ne sont pas clairs ou si l'État actionnaire n'est pas coopératif). Cette situation se vérifie, que l'autorité de la concurrence qui intente une action soit celle du pays de l'entreprise ou celle d'un pays étranger. Dès lors qu'elles impliquent plusieurs autorités de la concurrence, les affaires de ce genre appellent à mettre activement en œuvre les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques et les Recommandations de l'OCDE concernant la coopération internationale.

c) Une entreprise publique d'un pays A investit dans l'un des secteurs stratégiques de services aux collectivités du pays B

Les investissements, qu'ils soient nationaux ou internationaux, relèvent du droit de la concurrence à condition d'être considérés comme des opérations de fusion selon les règles de contrôle des fusions. Pour cela, la plupart des pays exigent l'acquisition d'un contrôle ou d'une influence décisive sur l'entreprise cible, ce qui correspond souvent à l'acquisition d'une majorité des actions ou des droits de vote. Dans ce cas, si l'investissement est de cette nature, il sera soumis au contrôle des fusions dans les pays ou territoires où les seuils de notification sont atteints. Si l'examen de la fusion révèle que l'investissement a ou pourrait avoir des effets anticoncurrentiels, il peut être soit interdit soit autorisé sous réserve de mesures correctives.

La question de savoir si le rachat d'une participation minoritaire stratégique doit également relever du droit de la concurrence (bien qu'il ne s'agisse pas d'une participation majoritaire ou du contrôle) fait de plus en plus l'objet d'un débat entre les responsables des autorités de la concurrence : une telle opération doit-elle être soumise au contrôle des fusions, quels critères fixer pour identifier les opérations problématiques, et le coût de la mise en œuvre n'est-il pas excessif ? Quelques pays ou territoires contrôlent ces opérations alors que d'autres ont lancé une consultation publique avant de prendre position sur ce point⁴⁷. L'extension du contrôle des fusions aux participations non contrôlantes signifie qu'un plus grand nombre d'investissements pourraient faire l'objet d'un examen en application du droit de la concurrence.

⁴⁴ Voir par exemple le droit de la concurrence de l'Allemagne, de la Belgique, de la Bulgarie, du Danemark, de l'Espagne, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Italie, de la Lettonie, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Turquie.

⁴⁵ Voir par exemple le droit de la concurrence de la Croatie et de la Russie.

⁴⁶ La position dominante collective désigne les situations où les entreprises détiennent collectivement une position dominante sur le marché, qui leur permet d'agir de manière conjointe et indépendante des autres acteurs du marché. L'interprétation par la Commission européenne de l'application de l'Article 102 du TFUE aux situations de position dominante oligopolistique a été invoquée par les tribunaux : ainsi, dans l'affaire *Kali und Saltz*, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé les critères retenus par la Commission européenne pour l'évaluation de la position dominante collective (oligopole)(C-68/94 et C-30/95).

⁴⁷ Le droit de la concurrence de l'Allemagne, de l'Autriche, des États-Unis et du Royaume-Uni traite également de l'acquisition de participations minoritaires non contrôlantes. La Commission européenne, quant à elle, a lancé une consultation sur une possible extension du champ d'application du Règlement européen relatif aux concentrations à l'acquisition de participations minoritaires non contrôlantes. Voir le Livre blanc : Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE (COM/2014/0449 final).

d) Deux entreprises multinationales signent un accord de coopération pour coordonner leurs efforts de distribution au niveau mondial et pour maîtriser leurs prix

Les entreprises doivent agir sur le marché de manière indépendante : le droit de la concurrence vise précisément à éviter toute communication, coopération ou accord entre les acteurs du marché portant sur des informations commerciales sensibles ou sur leur stratégie, ce qui éliminerait ou amoindrirait la concurrence entre elles :

- La coordination sur les prix constitue une entente sur les prix. Il s'agit d'une entente injustifiable prohibée en tant que telle : rien ne peut la justifier et ses membres sont passibles de lourdes amendes et, dans certains pays ou territoires, d'une interdiction d'exercer voire de peines de prison⁴⁸.
- La coopération dans le domaine de la distribution peut constituer une entente injustifiable si elle relève d'un partage du marché ou de restrictions de la production. Si cette coordination vise davantage à maximiser ou à développer la distribution et à mieux servir la clientèle, plusieurs pays permettent de peser les avantages et les inconvénients de ces accords de coopération du point de vue de la concurrence, à condition qu'ils ne prévoient aucune restriction injustifiable.

Des mesures répressives peuvent être prises dans n'importe quel pays ou territoire où les activités ou les effets restrictifs se font sentir. Les entreprises multinationales font souvent l'objet d'enquêtes dans plusieurs pays. Pour éviter de lourdes sanctions, l'une des entreprises impliquées peut se dénoncer elle-même et coopérer avec les autorités de la concurrence concernées en contrepartie de leur clémence ou d'une amnistie⁴⁹.

6. POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET POUVOIRS NON RÉPRESSIFS

35. Certaines restrictions ou distorsions importantes de la concurrence peuvent ne pas être considérées comme des infractions au droit de la concurrence. Par exemple, l'instauration d'obstacles à l'entrée élevés, le favoritisme de l'État vis-à-vis de certains acteurs du marché, des réglementations excessives, l'absence de sélection concurrentielle pour des infrastructures ou des services publics essentiels, ou les subventions croisées entre les activités des entreprises publiques. L'efficacité de la concurrence et la neutralité concurrentielle nécessitent donc de donner à une instance, l'autorité de la concurrence par exemple, les moyens de mener des actions de promotion, d'effectuer des études de marché et de conseiller les acteurs du marché afin de remédier à ces distorsions.

36. Prenant acte du fait que leur mission de promotion de la concurrence au sein de l'économie va au-delà de l'application de moyens répressifs, les États et les autorités de la concurrence exercent de plus en plus leurs pouvoirs non répressifs.

37. Les innovations de rupture – comme Uber pour les taxis, AirBnB pour l'hôtellerie – sont un bon exemple de la manière dont les autorités de la concurrence peuvent peser sur le débat général concernant l'action des pouvoirs publics. Les études d'impact sur la concurrence et les avis des autorités de la concurrence compétentes peuvent aider à concevoir des cadres concurrentiel et réglementaire qui soient adaptés aux nouvelles réalités, en vue d'atteindre des objectifs d'action publique (comme la sécurité) qui peuvent malgré tout justifier un certain degré de réglementation, tout en maximisant les avantages que procurent la concurrence et l'innovation (comme le choix, le prix, le service ou la nouveauté).

⁴⁸ Le secteur du transport se caractérisait par certaines exemptions majeures accordées aux « conférences tarifaires » (coordination des prix), en particulier dans les secteurs du transport aérien et du transport maritime de ligne. Ces exemptions ont dans une large mesure été abrogées.

⁴⁹ Les politiques visant à encourager les entreprises à signaler leurs propres infractions en déposant une demande de clémence, sont un outil très efficace et très largement utilisé de détection des ententes. L'immunité ou la réduction de l'amende sont conditionnées à une coopération étroite, authentique et continue. Voir par exemple les politiques de clémence prévues pour les entreprises et les particuliers par le ministère américain de la Justice : <http://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

CONCLUSION

38. La question de la neutralité concurrentielle suscite de plus en plus de préoccupations touchant à l'ensemble des domaines de l'action publique auxquels l'OCDE s'intéresse, comme les échanges, l'investissement, la fiscalité et les secteurs réglementés. Un grand nombre de parties prenantes de ces domaines d'action s'inquiètent principalement de savoir si les entreprises publiques bénéficient d'un traitement particulier, ou si les activités transnationales engendrent des distorsions du fait de la disparité des traitements nationaux. Comme on l'a vu dans la présente note, la neutralité concurrentielle ne se limite toutefois pas aux entreprises publiques ou à la sphère internationale et constitue également un aspect important de la politique de la concurrence.

39. Si d'autres politiques publiques sont axées principalement sur des comparaisons entre les pays ou les États, la politique de la concurrence vise à appliquer le droit public au comportement des entreprises, dans leurs relations entre elles et vis-à-vis de leurs clients et de leurs fournisseurs. Tout acteur de marché peut faire l'objet de mesures répressives et de sanctions, quels que soient son actionnariat, sa nationalité, son origine, ses financements ou son statut juridique. Par conséquent, autant les entreprises publiques que les entreprises multinationales et les petites et moyennes entreprises – qu'elles exercent leurs activités au niveau local ou international – peuvent être sanctionnées en vertu du droit de la concurrence. Cette démarche n'est pas toujours aisée, mais le Comité de la concurrence de l'OCDE examine fréquemment comment les autorités de la concurrence pourraient exercer leurs pouvoirs répressifs et non répressifs pour optimiser les avantages de la concurrence et permettre aux États d'atteindre leurs objectifs d'action publique sans fausser indûment la concurrence.

40. Lorsqu'une pratique soulève des inquiétudes dans un pays, son autorité de la concurrence interviendra très probablement. Toutefois, si ces inquiétudes concernent une pratique ou un marché couvert par plusieurs pays, plusieurs autorités de la concurrence pourront s'intéresser à cette question ou à des questions qui s'y rapportent et chercher à y remédier. L'OCDE s'efforce de favoriser la mise en œuvre plurijuridictionnelle et d'aider les autorités de la concurrence à coopérer ensemble de manière plus efficace.

BIBLIOGRAPHIE

A. Sources de l'OCDE référencées dans la présente note

Audition de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle (2015) :

<http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm>.

Cadre d'action de l'OCDE pour l'investissement (nouvelle version 2015) :

<http://www.oecd.org/investment/pfi.htm>.

Fiche d'information de l'OCDE sur la politique de la concurrence et ses effets macro-économiques (octobre 2014) : <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf>.

Indicateurs de réglementation du marché des produits de l'OCDE :

<http://www.oecd.org/eco/growth/indicatorsofproductmarketregulationhomepage.htm>.

Lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (2012) :

<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (nouvelle version 2015) :

<http://www.oecd.org/daf/ca/revisionoftheoecdguidelinesoncorporategovernanceofstate-ownedenterprises.htm>.

OCDE, Document de synthèse du Secrétariat, Competitive Neutrality in Competition Policy (2015) :

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)5&docLanguage=En).

OECD Competition webpage and sources: <http://www.oecd.org/daf/competition/>.

OECD, Inventory of Competitive Neutrality Distortions and Measures (2015) (publication en ligne prochaine).

Perspectives de l'OCDE sur l'entreprise et la finance (2015) : http://www.oecd.org/daf/OECD-Biz-Fin_Highlights-2015.pdf.

Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises (nouvelle version 2011) :

<http://www.oecd.org/corporate/mne/>.

Projet et rapport TNB (Trust and Business) de l'OCDE (2014-2015) : <http://www.oecd.org/daf/ca/trust-business.htm>.

Rapports de l'OCDE "Regulatory Impact Analysis" : <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>.

Recommandation de l'OCDE concernant la politique et la gouvernance réglementaires (2012) :

<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>.

Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (nouvelle version 2011) :
<http://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningstructuralseparationinregulatedindustries.htm>.

Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998) :
<http://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthardcorecartels.htm>.

Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence (2009) et Boîte à outils (3 volumes) : <http://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>.

Recommandation de l'OCDE sur la coopération entre pays membres dans les domaines de conflit potentiel entre la politique de concurrence et la politique commerciale (1986) :
<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=190&InstrumentPID=186&Lang=en&Book=>.

Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la Coopération Internationale dans le cadre des Enquêtes et Procédures portant sur des affaires de concurrence (2014) :
<http://www.oecd.org/daf/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm>

Table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle en politique de concurrence (2015) :
<http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm>.

Table ronde de l'OCDE sur les études de marché (2008),
<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41721965.pdf> ; et Concurrence et études de marché en Amérique latine (rapport et recommandations de l'OCDE) (2015),
<http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latin-america2015.pdf>.

B. Sources de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle

Audition et table ronde sur la neutralité concurrentielle (2015),
<http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm>.

Compendium of OECD recommendations, guidance and best practices bearing on competitive neutrality (2012), <http://www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf>.

Competition Assessment Toolkit (2011), <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

Competitive Neutrality and SOEs: Challenges and Policy Options (2011), <http://www.oecd-library.org/docserver/download/5kg9xfghg6.pdf?expires=1417531358&id=id&accname=guest&checksum=A7647A965BC1EA33301086D38C3A5DBC>.

Competitive neutrality and state-owned enterprises in Australia (2011), http://www.oecd-library.org/governance/competitive-neutrality-and-state-owned-enterprises-in-australia_5kg54cxkx36-en.

Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises, Corporate Governance Working Papers (2011),
<http://www.oecd.org/daf/ca/name,222835,en.htm>.

Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business (2012),
<http://www.oecd.org/competition/competitiveneutralitymaintainingalevelplayingfieldbetweenpublicandprivatebusiness.htm>.

- Conseil de l'OCDE, Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business for Growth and Development: Background Report (Note émise par le Secrétaire général) (2013), [http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/C\(2013\)44-ENG.pdf?docId=JT03337592&date=1365094802783&documentId=610221&organisationId=1&fileName=JT03337592.pdf](http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/C(2013)44-ENG.pdf?docId=JT03337592&date=1365094802783&documentId=610221&organisationId=1&fileName=JT03337592.pdf).
- Conseil ministériel de l'OCDE, "Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business: What Have We Learnt So Far?" (2014), [http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/C-MIN\(2014\)20-ENG.pdf?docId=JT03356796&date=1398887000383&documentId=618715&organisationId=1&fileName=JT03356796.pdf](http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/C-MIN(2014)20-ENG.pdf?docId=JT03356796&date=1398887000383&documentId=618715&organisationId=1&fileName=JT03356796.pdf).
- Entreprises publiques et neutralité concurrentielle, forum mondial sur la concurrence (2012), <http://www.oecd.org/competition/globalforum/2012globalforumoncompetition-programmeanddocuments.htm>.
- Government at a Glance (2011), <http://www.oecd.org/gov/governmentataglance2011.htm>.
- Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (2015), <http://www.oecd.org/daf/ca/OECD-Guidelines-Corporate-Governance-SOEs-2015.pdf>.
- Neutralité concurrentielle : Pratiques nationales (2012), <http://www.oecd.org/daf/ca/50250966.pdf>.
- OCDE, Document de synthèse, Competitive Neutrality in Competition Policy (2015), [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)5&docLanguage=En).
- OECD Publishing, Competitive Neutrality and SOEs: Challenges and Policy Options (2011), <http://www.oecd-library.org/docserver/download/5kg9xfgdhg6.pdf?expires=1417531358&id=id&accname=guest&checksum=A7647A965BC1EA33301086D38C3A5DBC>.
- Roundtable on Competition, State Aids and Subsidies (2010), <http://www.oecd.org/competition/sectors/48070736.pdf>.
- Roundtable on Industrial Policy and National Champions (2009), <http://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>.
- Roundtable on Regulating Market Activities by the Public Sector (2004), <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/34305974.pdf>.
- Roundtables on SOEs and the Principle of Competitive Neutrality: (i) Application of antitrust law to SOEs and (ii) Corporate governance and the principle of competitive neutrality (2009), <http://www.oecd.org/daf/competition/46734249.pdf>.
- State-Owned Enterprises - Trade Effects and Policy Implications (2013), <http://www.oecd.org/daf/ca/name,230852,en.htm>.
- Table ronde sur les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée (2011), <http://www.oecd.org/regreform/sectors/48606639.pdf>.