

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

TABLE RONDE SUR LA NEUTRALITÉ CONCURRENTIELLE

-- Note de réflexion du Secrétariat --

Ce document a été établi par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de réflexion au titre du point 9 de la 123e réunion du Comité de la concurrence qui aura lieu du 16 au 18 juin 2015.

Les opinions exprimées et les arguments employés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents portant sur le sujet de cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm.

JT03390573

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.



TABLE DES MATIÈRES

1. Neutralité concurrentielle : quelle en est la définition et quelles sont les raisons de son importance ?	4
1.1 Définition.....	4
1.2 Raisons de son importance	4
2. Le rôle de l'État sur le marché.....	5
2.1 Détention et contrôle d'entreprises par l'État.....	7
2.2 Subventions et services publics	9
2.3 Réglementation.....	10
2.3.1 Secteurs libéralisés ou réglementés (déréglementés)	11
2.3.2 Professions soumises à des règles spéciales et autorisations d'exercer	11
2.4 Politique industrielle et activisme d'État.....	12
3. Règles et outils permettant d'assurer la neutralité concurrentielle	12
3.1 Règles permettant d'assurer la neutralité concurrentielle.....	13
3.1.1 Droit de la concurrence.....	14
3.1.2 Autres lois.....	20
3.2 Moyens d'action envisageables pour garantir la neutralité concurrentielle.....	26
4. Difficultés auxquelles se heurte l'application du droit de la concurrence.....	29
4.1 Difficultés institutionnelles.....	30
4.2 Analyse de la concurrence	31
4.2.1 Abus de position dominante	31
4.2.2 Accords restrictifs.....	33
4.2.3 Opérations de concentration	33
4.3 Mesures correctives et sanctions	34
4.3.1 Mesures correctives	34
4.3.2 Sanctions.....	35
4.3.3 Réparation civile.....	36
5. Conclusion.....	36
BIBLIOGRAPHIE	38

LA NEUTRALITÉ CONCURRENTIELLE DU POINT DE VUE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Note de réflexion du Secrétariat¹

1. La neutralité concurrentielle est déterminante pour l'efficacité de la politique de la concurrence. À l'heure où les pouvoirs publics du monde entier renforcent leur arsenal législatif et répressif pour lutter contre les atteintes au droit de la concurrence, il importe que l'État lui-même ne fausse pas et ne restreigne pas de manière injustifiée les règles du jeu concurrentiel. De plus, la neutralité concurrentielle remet en cause les contours et limites de la législation sur la concurrence et des actions visant à la faire respecter.

2. La neutralité concurrentielle n'est pas une préoccupation nouvelle pour l'OCDE. Ainsi, dans les Conclusions ministérielles de la Réunion 2012 du Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres, les ministres ont déclaré se féliciter « des travaux menés par l'Organisation en faveur de [...] la neutralité concurrentielle entre les entreprises publiques et privées »². La même année, l'OCDE a publié un rapport sur la neutralité concurrentielle entre les entreprises publiques et les entreprises privées³. Le Comité de la concurrence s'est également intéressé à cette question sous différents angles, par exemple celui des subventions et des partenariats public-privé (PPP)⁴. En 2014, le Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres a déclaré soutenir « également les efforts que déploie l'OCDE, en associant les économies non membres, pour offrir des règles du jeu équitables aux entreprises, notamment grâce à [...] la neutralité

¹ Le présent document a été rédigé par Mona Chammas, de la Division de la concurrence de l'OCDE, avec la précieuse contribution d'Aranka Nagy.

² Conclusions ministérielles de la Réunion 2012 du Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres (2012), point 11 du Résumé de la Présidence.

³ En 2010, le Comité de la concurrence a lancé un projet transversal en coopération avec le Comité sur la gouvernance d'entreprise. Ce projet a abouti à la rédaction d'un rapport commun intitulé « *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business* », présenté au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE en 2012. En outre, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et le Réseau international de la concurrence (RIC) ont récemment lancé des projets spéciaux sur la neutralité concurrentielle (voir la bibliographie). La bibliographie contient une liste exhaustive des travaux et publications de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.

⁴ Le Comité de la concurrence a déjà examiné la problématique de la neutralité concurrentielle sous différents angles. Il a par exemple organisé deux tables rondes sur les entreprises publiques et la neutralité concurrentielle en 2009, une table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions en 2010, une table ronde sur les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée en 2011, ainsi qu'une audition sur les PPP en 2014. La question de la neutralité concurrentielle a également un lien avec d'autres problématiques entrant dans le champ de compétence du Comité de la concurrence de l'OCDE, par exemple la séparation structurelle dans les secteurs réglementés, l'indépendance et les nouveaux pouvoirs des autorités de la concurrence, l'évaluation de l'impact des réglementations restrictives sur la concurrence, l'évaluation des interventions des autorités de la concurrence, les secteurs réglementés (comme celui du transport aérien, par exemple). Pour de plus amples informations : <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/>.

concurrentielle, la conduite responsable des entreprises, la coopération internationale en matière de politique de la réglementation et de mise en œuvre du droit de la concurrence »⁵.

3. Dans la présente note de réflexion, nous examinons (1) pourquoi la neutralité concurrentielle est importante, (2) quelles interventions publiques sont susceptibles de fausser les règles du jeu concurrentiel, (3) comment la politique de la concurrence, le droit de la concurrence et les actions qui visent à le faire respecter concourent à renforcer la neutralité concurrentielle sur le marché et quels autres règles et instruments pourraient être utilisés, et (4) certaines des difficultés concrètes auxquelles se heurtent les autorités de la concurrence pour garantir la neutralité concurrentielle sur les marchés.

1. Neutralité concurrentielle : quelle en est la définition et quelles sont les raisons de son importance ?

- Qu'est-ce que la neutralité concurrentielle ?
- Dans quel but l'égalité des conditions de concurrence et l'absence de distorsion des marchés doivent-elles être promues ? La neutralité concurrentielle est-elle un objectif en elle-même ou est-elle plutôt un moyen d'atteindre un autre objectif ?
- Pourquoi la neutralité concurrentielle est-elle importante pour la politique de la concurrence et l'application du droit de la concurrence ?

1.1 Définition

4. La neutralité concurrentielle peut être définie comme un principe voulant que 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 potentiel⁶.

5. Il n'existe pas de définition universelle de la neutralité concurrentielle. Elle est souvent définie en référence aux entreprises publiques, par rapport aux entités privées. Dans ce document, nous tentons de l'aborder sous un angle plus large, en tenant compte de toute distorsion créée par l'État sur le marché. Ces distorsions peuvent apparaître entre divers types d'acteurs – entre entreprises publiques et privées⁷, entre entreprises nationales et étrangères ou nationales et locales, entre un secteur et un autre ou encore entre une entreprise et une autre. Nous envisageons également « l'État » dans son acception la plus large, en ce sens que nous examinons les mesures prises par tous les niveaux d'administration.

1.2 Raisons de son importance

6. La neutralité concurrentielle revêt de l'importance à la fois en elle-même (raisons économiques et politiques) et parce qu'elle concourt à garantir une réelle concurrence.

⁵ Conclusions ministérielles de la Réunion du Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres (2014), point 11.

⁶ Voir également OCDE, Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business (2012), p. 9.

⁷ Le terme « public » tel qu'il est employé dans ce document signifie « dépendant de l'État ou des pouvoirs publics », et permet donc de distinguer le secteur public du secteur privé. Il n'est pas utilisé pour qualifier des entreprises qui font appel à l'épargne publique ou sont cotées en bourse par opposition aux entreprises à capitaux privés.

- *Raisons économiques.* Les distorsions injustifiées ont un coût – pour les entreprises concernées, les marchés, les consommateurs et l'économie dans son ensemble. Dans un marché réellement concurrentiel, les consommateurs choisissent le producteur qui répond le mieux à leurs besoins, par exemple parce qu'il fait une utilisation optimale des ressources intermédiaires pour fabriquer des produits de la qualité souhaitée. En l'absence de distorsions, dans un contexte de neutralité concurrentielle, l'économie utilise les ressources de manière efficiente (efficience allocative) et fournit des incitations à améliorer l'efficience (efficience productive ou efficience x). À l'inverse, lorsqu'au moins un producteur bénéficie d'avantages de la part de l'État, il arrive que les consommateurs n'aient pas à assumer le coût réel de leurs choix (ce coût incombant, par exemple, aux contribuables), ce qui entraîne une perte d'efficience. De surcroît, l'impact des mesures publiques peut être encore amplifié par le fait que l'État intervient en général dans des secteurs qui produisent des biens et services essentiels pour les consommateurs.
- *Raisons politiques et liées à l'action publique.* L'intervention de l'État sur le marché pose d'autres problèmes. En premier lieu, elle risque de gommer la distinction entre l'État en tant que prestataire, en tant que client et en tant qu'autorité chargée de réguler. Il n'est de ce fait pas exclu que des règles soient adoptées pour protéger les secteurs qui appartiennent à l'État, par exemple. En deuxième lieu, dans un contexte international, il arrive que les pouvoirs publics cherchent à négocier des subventions ou autres interventions pour servir les intérêts des producteurs nationaux. Cette stratégie est parfois adoptée bien qu'elle ne soit pas toujours souhaitable – les subventions accordées dans un pays peuvent alors conduire à des mesures de « rétorsion » dans un autre.
- *Politique de la concurrence.* La politique de la concurrence et la neutralité concurrentielle sont interdépendantes : (i) il ne peut y avoir de neutralité concurrentielle en l'absence de possibilité de concurrence effective ou potentielle ; (ii) la neutralité concurrentielle garantit une concurrence effective parce qu'elle intensifie la concurrence par les mérites et accroît les bienfaits de la concurrence (bien-être des consommateurs, efficience économique et innovation) ; et (iii) une application large et neutre du droit de la concurrence est indispensable pour garantir des règles du jeu équitables. Comme nous le verrons plus loin, l'application du droit de la concurrence à des pratiques ou entités dans lesquelles l'État a un intérêt n'est pas toujours aisée.

7. À l'évidence, l'intervention de l'État se justifie également, l'enjeu pour les pouvoirs publics étant de trouver des moyens d'atteindre leurs objectifs sociaux et économiques sans créer de distorsions inutiles sur les marchés ou à tout le moins, lorsqu'il ne leur est pas possible d'obtenir ce résultat, d'évaluer les coûts de leur intervention pour pouvoir prendre des décisions éclairées.

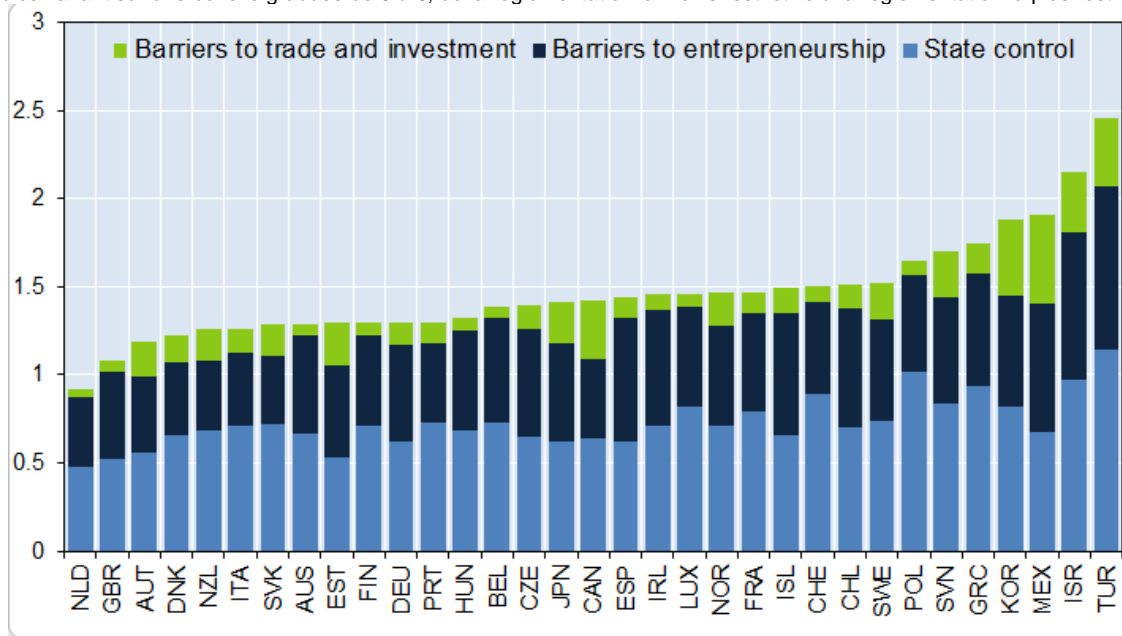
2. Le rôle de l'État sur le marché

- Quelles sont les interventions de l'État qui risquent de fausser la neutralité concurrentielle ? L'implication de l'État dans une activité économique est-elle synonyme d'avantages ou de handicaps pour les acteurs concernés ?
- Quelles distorsions dues à l'intervention de l'État préoccupent le plus les autorités de la concurrence ?
- Quels sont les secteurs dans lesquels l'intervention ou l'influence de l'État sont les plus fortes et les plus fréquentes ? Quel est le poids des entités contrôlées par l'État, des entreprises réglementées et/ou des services publics dans l'économie ? La présence de l'État est-elle en hausse ou en baisse ?

8. Dans les pays de l'OCDE, l'État représente de 40 à 50 % du produit intérieur brut (PIB)⁸. Les pouvoirs publics peuvent intervenir sur les marchés pour des raisons diverses et légitimes, par exemple pour corriger des défaillances de marché⁹, garantir l'accès de tous aux biens et services publics, définir des normes dans les domaines du travail et de l'environnement ou encore promouvoir la recherche et développement (R-D) et l'éducation. Pour que leur action atteigne les objectifs poursuivis, ils ont la possibilité d'adopter, en droit ou dans les faits, un large éventail de mesures : détention et contrôle d'entreprises, obligations de service public, subventionnement, réglementation sectorielle, règles fiscales et règles visant les investissements, droits et privilèges spéciaux, marchés publics, concessions de service public, municipalisation, libéralisation, politique industrielle ou intervention du pouvoir politique dans les secteurs stratégiques. Lorsqu'ils adoptent ces mesures, les pouvoirs publics agissent tantôt comme acteurs du marché, tantôt comme clients et/ou comme autorités chargées de la réglementation. Certains des indicateurs de réglementation des marchés de produits élaborés par l'OCDE fournissent des informations utiles sur la nature et l'ampleur de la présence de l'État sur le marché¹⁰ :

Indicateurs de réglementation des marchés de produits – 33 pays de l'OCDE, 2013¹¹

Indicateurs de réglementation de l'économie dans son ensemble
 Indice variant sur une échelle graduée de 0 à 6, de la réglementation la moins restrictive à la réglementation la plus restrictive



Légende : Obstacles aux échanges et à l'investissement Obstacles à l'entrepreneuriat Contrôle exercé par l'État sur les entreprises

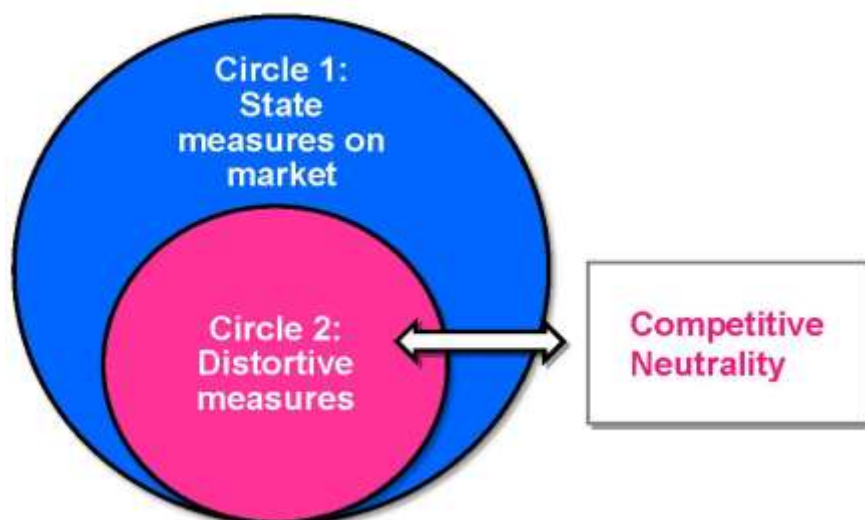
⁸ Rapport des dépenses publiques au PIB. Ce rapport est compris entre 24 % au Mexique et 58 % au Danemark, et sa moyenne calculée pour 32 des pays de l'OCDE s'établit à 46 % (statistiques 2009), OCDE, Panorama des administrations publiques, 2011, chapitre 3.

⁹ Les avis divergent s'agissant de l'ampleur des défaillances de marché – dans certains pays, les pouvoirs publics conduisent des politiques industrielles destinées à modifier les caractéristiques structurelles de l'économie, par exemple.

¹⁰ OCDE, Indicateurs de réglementation des marchés de produits, 2013 (mise à jour).

¹¹ OCDE, Indicateurs de réglementation des marchés de produits (2013).

9. L'intervention de l'État ne fausse pas systématiquement la concurrence et peut même parfois corriger des distorsions (ce qui est, au demeurant, l'objectif du droit de la concurrence). Du point de vue de la neutralité concurrentielle, l'important est : (i) d'identifier les interventions de l'État qui ont des retombées sur le marché ou qui visent une activité économique susceptible d'être exercée par des opérateurs privés en situation de concurrence (cercle 1) ; (2) de déterminer celles, parmi ces interventions, qui faussent cette concurrence (cercle 2).



Légende : Cercle 1 : interventions de l'État sur le marché Neutralité concurrentielle Cercle 2 : interventions entraînant des distorsions

10. Pour toute intervention susceptible d'avoir une incidence sur la concurrence, il importe de poser les questions suivantes : (i) y a-t-il distorsion, en d'autres termes, l'intervention a-t-elle pour effet de créer un avantage ou, au contraire, un handicap concurrentiel qui n'existerait pas en son absence ? ; et (ii) la distorsion est-elle évitable, en d'autres termes, l'objectif visé par l'intervention peut-il être atteint à travers des mesures ayant moins d'effets de distorsion ? Dans la négative, une troisième question doit être posée : (iii) les effets positifs de l'intervention l'emportent-ils sur ses coûts ? Cette dernière question est souvent de nature plus politique que purement technique en ce sens qu'il appartient aux pouvoirs publics d'apprécier l'importance relative accordée aux différents effets¹².

11. Nous recensons ci-après certaines des principales mesures ou interventions de l'État susceptibles de fausser la concurrence : (a) détention et contrôle d'entreprises par l'État, (b) subventions et services publics (entreprises investies d'une obligation de service public), (c) réglementation et (d) politique industrielle et activisme d'État.

2.1 *Détention et contrôle d'entreprises par l'État*

12. Il n'existe pas de définition unanimement admise du contrôle de l'État, qui peut revêtir diverses formes¹³. Selon les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises

¹² Pour une description plus détaillée, voir le Manuel pour l'évaluation d'impact de la concurrence (2011).

¹³ Voir l'enquête et le rapport du RIC sur les entreprises publiques et l'application du droit de la concurrence (RIC, 13th Annual Conference, Special Project Survey and Report by the Moroccan Competition Council on SOEs and competition enforcement, 2014), qui présentent les diverses définitions des entreprises publiques retenues par les membres du RIC qui ont répondu à l'enquête.

publiques (« Lignes directrices de l'OCDE sur les entreprises publiques »), il y a contrôle dès lors que l'État est « le bénéficiaire effectif de la majorité des actions assorties d'un droit de vote [ou] qu'il exerce un contrôle équivalent par d'autres voies »¹⁴. Il y a contrôle équivalent lorsque, par exemple, l'État exerce une influence décisive ou substantielle sur les principales décisions de l'entité, qu'il exerce un contrôle effectif sur le conseil d'administration ou encore qu'il détient des actions spécifiques auxquelles sont attachés des droits particuliers¹⁵.

13. Dans le cadre d'une réflexion sur la neutralité concurrentielle, l'essentiel est de savoir si au moins une des activités de l'entreprise publique considérée est de nature économique et commerciale, en d'autres termes si cette entreprise est présente sur un marché sur lequel elle est ou pourrait être en concurrence avec d'autres acteurs. En pareil cas, elle peut avoir un avantage ou un handicap par rapport à ses concurrents privés :

- parmi les *avantages* figurent des dépenses d'investissement plus faibles du fait du financement de l'État, une protection contre les acquisitions hostiles et la faillite, un accès privilégié à l'information et aux infrastructures ou encore un traitement de faveur dans le cadre des marchés publics (en tant qu'acheteur ou que vendeur) ;
- les *handicaps* peuvent être liés à des pratiques restrictives en matière d'emploi et à la lourdeur administrative, à une mauvaise gestion due à l'absence de mécanismes incitatifs ou à l'obligation faite à l'entreprise de remplir des missions non commerciales.

14. L'avantage ou le handicap concurrentiel net d'une entreprise publique par rapport à ses concurrents existants ou potentiels est difficile à calculer. Cette difficulté tient souvent à la nature hybride des entreprises publiques. Les Lignes directrices de l'OCDE sur les entreprises publiques définissent les principes à respecter pour améliorer la gouvernance publique et d'entreprise des entreprises publiques, notamment les principes de transparence, de responsabilité et d'efficacité, l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour les activités économiques et non économiques et d'effectuer un suivi de l'impact de l'État et de l'entreprise publique sur le marché sur lequel celle-ci est présente¹⁶.

15. L'évaluation de l'impact des entreprises publiques sur le marché se limite souvent au marché ou secteur sur lequel elles sont présentes. Or, la remise en cause de la neutralité concurrentielle peut concerner un contexte plus large¹⁷ :

- *Approche multi-marchés* : si une entreprise publique fausse un marché de manière importante (par exemple celui des consommations intermédiaires), ces distorsions peuvent avoir des

¹⁴ Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique (2014), p. 4.

¹⁵ Les règles relatives au contrôle des opérations de concentration peuvent également apporter un éclairage utile sur la définition de la notion de contrôle effectif d'une entité.

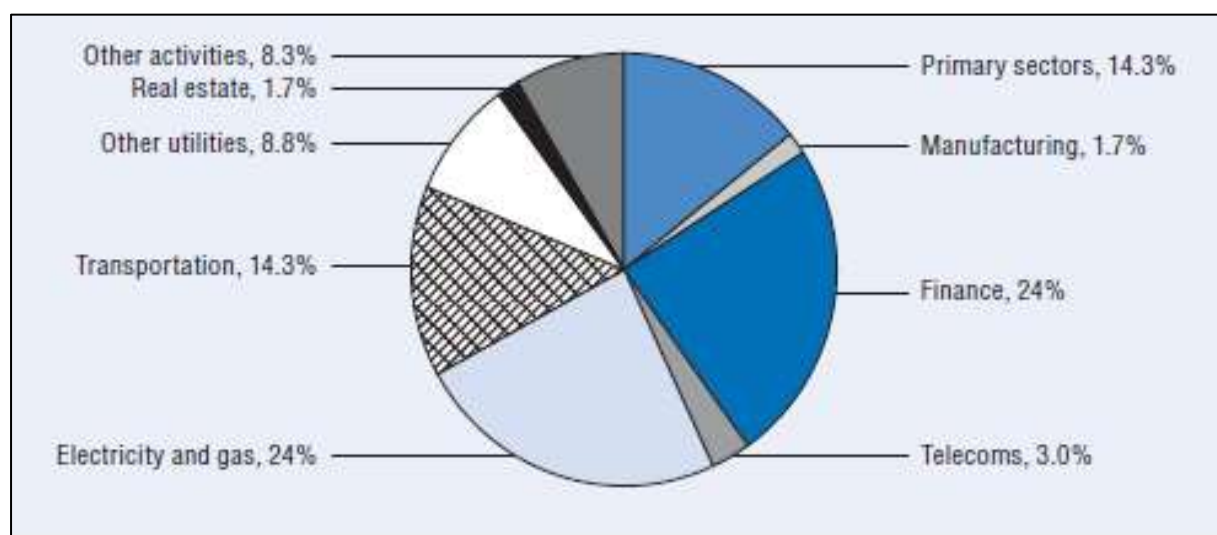
¹⁶ Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique (2014), chapitre III, et OCDE, *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business* (2012).

¹⁷ Par exemple, si le transport ferroviaire est dominé par une entreprise publique, les effets de distorsion éventuels sont généralement recherchés dans le secteur ferroviaire, alors qu'il peut également y en avoir dans les secteurs du transport par autocar et du transport aérien court-courrier.

retombées sur tous les maillons de la chaîne d’approvisionnement situés en aval et sur les secteurs et marchés liés au marché faussé¹⁸.

- *Présence de plusieurs entreprises publiques* : il peut également y avoir des distorsions et des différences de traitement entre les entreprises publiques elles-mêmes. Dans certains secteurs (tels que le secteur pétrolier), les plus grandes entreprises bénéficient d’un soutien de l’État¹⁹. Il peut être plus facile de remédier aux distorsions lorsque les entreprises publiques en cause dépendent du même État, la solution étant que celui-ci rationalise et uniformise son action. La tâche devient plus ardue lorsque des entreprises publiques présentes sur les mêmes marchés dépendent d’États ou de juridictions différents.

16. La lutte contre les distorsions liées au contrôle de l’État est un enjeu important parce que les entreprises publiques sont aujourd’hui présentes sur des marchés très divers et représentent une part importante des économies nationales. Le graphique ci-après représente la répartition, établie d’après la valeur de l’entreprise, des entreprises publiques par secteur économique en 2014 dans 34 juridictions²⁰ :



Légende : Secteurs primaires (14.3 %) ; Secteur manufacturier (1.7 %) ; Secteur financier (24 %) ; Télécommunications (3 %) ; Électricité et gaz (24 %) ; Transports (14.3 %) ; Autres services d'utilité collective (8.8 %) ; Immobilier (1.7 %) ; Autres activités (8.3 %)

2.2 Subventions et services publics

17. Il n'existe pas de liste exhaustive des différentes formes de subventionnement. Les subventions peuvent revêtir la forme d'un financement direct, d'allègements fiscaux, de remises de dettes, de garanties de prêt, de facilitation de l'accès au crédit, de taux bonifiés, de l'application de faibles contraintes budgétaires, etc. Elles peuvent aussi consister en un accès privilégié aux biens intermédiaires – sources

¹⁸ Ainsi, les effets de distorsion induits par une entreprise publique sur le marché du transport rail-route peuvent avoir des répercussions sur les subventions aux énergies fossiles et fausser, non seulement les marchés énergétiques, mais la majeure partie de l'économie.

¹⁹ Ainsi, les 13 plus grandes compagnies pétrolières du monde bénéficient d'un soutien de l'État, Bremmer (2010).

²⁰ Voir le rapport sur la taille et la répartition sectorielle des entreprises publiques dans 34 juridictions publié en 2014 par l'OCDE (*The size and sectorial distribution of SOEs in OECD and partner countries*, 2014).

d'énergie, terrains, infrastructures de télécommunication et de transport, par exemple. L'État peut en outre subventionner les entreprises en achetant leurs produits ou en contraignant d'autres acteurs à les acheter à un prix supérieur à celui du marché ou dans le cadre de conditions non commerciales en vertu desquelles les risques et les coûts ne sont pas supportés par l'entreprise subventionnée.

18. L'Union européenne donne une définition des aides accordées par l'État²¹ et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) définit ce qu'est une subvention²². Du point de vue de la neutralité concurrentielle, deux critères de définition sont pertinents : (i) la subvention doit être sélective, à savoir qu'elle doit favoriser un acteur économique particulier par rapport à d'autres ; et (ii) elle doit, *in fine*, provenir de l'État, c'est-à-dire être financée sur fonds publics. Les subventions constituent une part non négligeable de l'économie : selon les statistiques de l'Union européenne disponibles, elles représenteraient dans les États membres jusqu'à 0.5 % du PIB national²³.

19. L'impact de ces mesures sur la neutralité concurrentielle dépend de la réponse apportée à deux questions : l'octroi d'une subvention peut-il permettre et permettra-t-il aux pouvoirs publics d'atteindre leur objectif ? Même si tel est le cas, cet objectif ne peut-il pas être atteint au moyen de mesures qui ont moins d'effets de distorsion voire n'en ont pas (réduction des effets de distorsion sur la neutralité concurrentielle)²⁴ ? En 2010, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions, qui a offert l'occasion d'analyser, entre autres, les différents types de subventions, les raisons avancées par la puissance publique pour justifier ces interventions et les effets de distorsion du subventionnement²⁵.

20. S'agissant des services publics – tels que les transports publics, la gestion de l'eau, la fourniture d'énergie, par exemple – il est normal qu'une entreprise tenue d'exécuter des obligations de service public bénéficie à ce titre d'une compensation de la part des utilisateurs et/ou de l'État. Toutefois, il peut se poser des problèmes de neutralité concurrentielle liés : (i) à la sélection du prestataire de services publics (par l'intermédiaire d'une procédure de mise en concurrence ouverte ou non), (ii) aux prérogatives et pouvoirs attachés au service public en cause (qui peuvent avoir une incidence sur d'autres prestataires, existants ou potentiels) et (iii) aux modalités de compensation.

2.3 Réglementation

21. La réglementation publique est généralement conçue pour promouvoir et protéger d'importants objectifs de politique publique, qu'il s'agisse des normes destinées à garantir la qualité ou l'accès, à protéger l'environnement, la santé et la sécurité ou encore à promouvoir l'innovation, la création d'entreprise, le travail et l'éducation. La réglementation (et la déréglementation) peut aussi avoir pour but de créer un marché *ex nihilo* (réglementation proactive) ou de remédier à des distorsions et défaillances de marché (réglementation a posteriori). De ce point de vue elle contribue donc à créer un environnement

²¹ L'article 107 (1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) définit l'aide accordée par l'État comme un avantage, quelle qu'en soit la forme, accordé de manière sélective aux entreprises par les autorités publiques nationales.

²² Une subvention est « réputée exister (a) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre [...] ou une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 ; et (b) si un avantage est ainsi conféré », OMC, Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), article 1.

²³ UE, State Aid Scoreboard (2014).

²⁴ Voir *infra* pour de plus amples informations sur les critères définis dans le Manuel pour l'évaluation de la concurrence publié par l'OCDE (2011).

²⁵ OCDE, Table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions (2010).

concurrentiel. À l'inverse, comme nous le montrons ci-après, d'autres réglementations sont susceptibles d'avoir des effets de distorsion et de compromettre la neutralité concurrentielle.

2.3.1 Secteurs libéralisés ou réglementés (déréglementés)

- La libéralisation est incomplète ou la déréglementation est inégale, si bien que les règles du jeu concurrentiel sont inéquitables dès le départ.
- L'autorité chargée de la réglementation ou l'entreprise en place remplit plusieurs rôles (elle est à la fois propriétaire des infrastructures, exploitant et prestataire de services, par exemple), et il n'y a ni séparation structurelle ni normes de comportement susceptibles d'empêcher l'arbitraire et les conflits d'intérêts²⁶.
- Au niveau *national*, l'État ou l'autorité de réglementation sectorielle et l'autorité de la concurrence ne coopèrent pas suffisamment pour remédier aux défaillances de marché et lutter contre les comportements qui ont des effets de distorsion.
- Au niveau *international*, les pouvoirs publics ne coopèrent pas suffisamment et ne se coordonnent pas pour libéraliser les secteurs qui ont une dimension transnationale ou pourraient en avoir une.

22. Ces risques sont amplifiés par le fait que la réglementation (ou déréglementation) concerne souvent les industries de réseau et les secteurs essentiels pour les consommateurs, comme ceux de la santé, des télécommunications, de l'énergie et des transports. D'après les indicateurs de réglementation des marchés de produits établis par l'OCDE, la réglementation des industries de réseau est particulièrement restrictive dans les secteurs de l'électricité, du gaz et du transport ferroviaire, l'indice moyen étant compris entre 2.5 et 4.7 dans les pays membres de l'OCDE comme dans les pays non membres (sachant que l'indice maximum s'établit à 6)²⁷.

2.3.2 Professions soumises à des règles spéciales et autorisations d'exercer

23. Les professions soumises à des règles dites spéciales constituent un autre domaine encore lourdement réglementé dans divers pays, souvent dans un objectif de garantie de la qualité et de protection des consommateurs. En font partie les professions de médecin, de pharmacien, d'architecte, d'ingénieur, de juriste, d'huissier, de chauffeur de taxi, d'hôtelier, etc. La réglementation qui vise ces activités revêt souvent la forme d'une obligation d'obtenir une autorisation d'exercer délivrée par l'État²⁸ ; elle peut également être mise en œuvre par des conseils professionnels investis du pouvoir d'encadrer l'accès à la profession et de définir les conditions d'exercice (autoréglementation)²⁹. Cette réglementation peut compromettre la neutralité concurrentielle lorsqu'elle est trop restrictive ou discriminatoire³⁰.

²⁶ Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (2011).

²⁷ OCDE, Indicateurs de réglementation des marchés de produits (2013), graphiques 10, 11 et 12.

²⁸ Régimes d'autorisation appliqués aux chauffeurs de taxi et aux hôteliers, par exemple.

²⁹ Ordres et conseils professionnels de médecins, ordres ou associations du barreau, par exemple.

³⁰ L'OCDE a organisé plusieurs tables rondes sur les professions réglementées, notamment celles sur les restrictions à la concurrence dans les professions juridiques (2007) et sur la concurrence et la réglementation des professions comptables et connexes (2009). L'autorité française de la concurrence, par exemple, a estimé que le Conseil national de l'Ordre des architectes avait enfreint les règles relatives aux ententes en publiant un barème d'honoraires qui, selon l'autorité, faussait et restreignait la concurrence. Voir Conseil de la concurrence, Décision n° 97-D-45 du 10 juin 1997 relative à des pratiques mises en

24. Les évaluations d'impact de la réglementation et les études de marché portant sur les domaines d'activité réglementés (ou autoréglementés) peuvent être utiles si elles englobent une analyse de l'impact sur la concurrence et la neutralité concurrentielle. Le Manuel pour l'évaluation de la concurrence publié par l'OCDE propose une liste de critères et de nombreux conseils à suivre pour identifier et évaluer les règles restrictives, quelles qu'elles soient, et pour y remédier.

2.4 Politique industrielle et activisme d'État

25. L'activisme d'État³¹ englobe divers moyens, parfois subtils, à travers lesquels l'État intervient sur les marchés et les influence – actions spécifiques, activisme d'actionnaire, investissements de fonds souverains, intervention du pouvoir politique dans des accords stratégiques³², projets technologiques et industriels communs, partenariats public-privé pour la construction d'infrastructures³³, imposition de contraintes administratives ou octroi de facilités administratives à certains secteurs³⁴. Ces mesures peuvent être adoptées à des fins d'investissement uniquement ou s'inscrire dans le cadre d'une politique industrielle conduite par l'État pour protéger ou stimuler une entreprise ou un secteur particulier. Lorsqu'elle crée ou favorise des champions nationaux, la politique industrielle est en contradiction avec la politique de la concurrence, dont l'objectif est de stimuler la concurrence – et non les différents acteurs en concurrence. La politique industrielle et l'activisme d'État peuvent compromettre la neutralité concurrentielle à deux niveaux, à savoir celui de l'intervention de l'État et de la sélection de l'acteur du marché concerné (en amont) et celui du comportement de cet acteur sur le marché (en aval). Les interventions qui visent à protéger ou promouvoir un secteur ou un champion dit national par rapport aux concurrents et investisseurs étrangers ont, de surcroît, des effets de distorsion à l'échelon international (au niveau des réactions des entreprises et autorités publiques étrangères).

3. Règles et outils permettant d'assurer la neutralité concurrentielle

26. Les autorités de la concurrence n'ont pas toujours les moyens de remédier à toutes les distorsions de concurrence dues à l'intervention de l'État sur le marché. Ainsi, il est fréquent que celles liées, par exemple, au contrôle de l'État, aux subventions, à la réglementation sectorielle, aux droits et privilèges spéciaux, aux obligations de service public, à la politique industrielle, aux marchés publics, aux concessions de service public, à la municipalisation, à la renationalisation, au soutien de champions nationaux ne tombent pas directement sous le coup du droit de la concurrence. Dans cette section, nous examinons (a) les règles et fondements juridiques utiles, (b) divers outils ou pouvoirs dont les autorités de

œuvre par le Conseil national de l'Ordre des architectes, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/97d45.pdf>.

³¹ L'activisme d'État est peu ou prou synonyme d'entrepreneuriat d'État, de capitalisme d'État ou d'interventionnisme public.

³² Par exemple à travers des dispositions imposant d'acheter aux fournisseurs nationaux. Ainsi, le gouvernement mexicain a décidé de soutenir le secteur automobile en obligeant les entreprises étrangères à respecter une obligation de contenu national pour pouvoir exploiter un site de production, ce qui a permis au secteur automobile mexicain d'obtenir des résultats remarquables. Une autre stratégie consiste à créer des champions nationaux *ex nihilo* ou à travers des opérations de concentration : c'est ainsi qu'en France, GDF et Suez ont fusionné pour donner naissance à un champion national dans le secteur de l'énergie, rejetant l'offre d'une entreprise italienne. Voir OCDE, Table ronde sur la Politique de la concurrence, la politique industrielle et les champions nationaux (2009).

³³ OCDE, Table ronde sur les partenariats public-privé (2014).

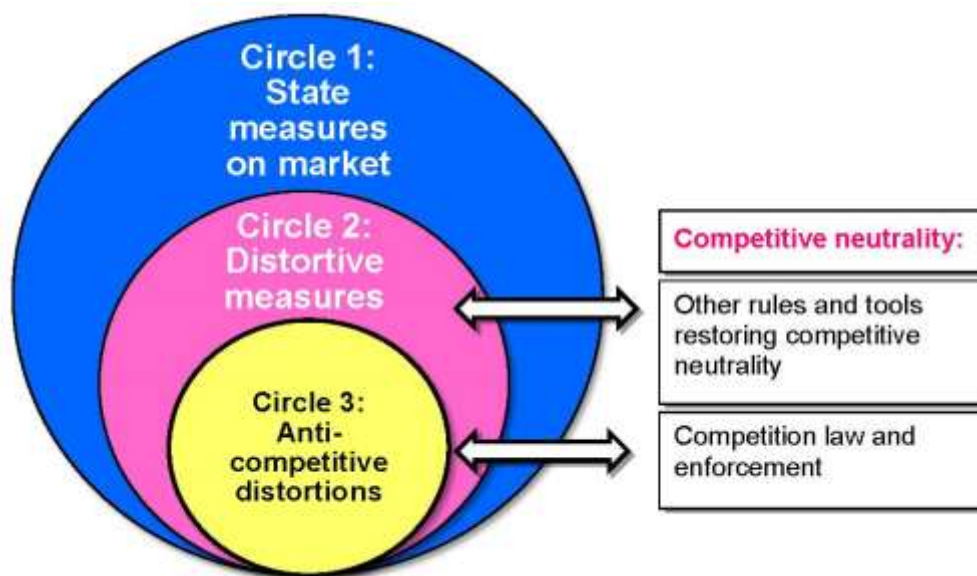
³⁴ Certaines peuvent être assimilées à l'octroi de subventions ou être accordées par la voie réglementaire, tandis que d'autres sont plutôt créées *sui generis*.

la concurrence pourraient disposer et (c) les difficultés institutionnelles qui peuvent se poser du fait des liens de l'État avec l'application du droit de la concurrence.

3.1 Règles permettant d'assurer la neutralité concurrentielle

- Faut-il traduire la neutralité concurrentielle en un cadre analytique et normatif utilisable pour identifier, évaluer et traiter les distorsions de concurrence dues à l'État ?
- Quelles règles les autorités de la concurrence peuvent-elles utiliser pour remédier aux distorsions de la neutralité concurrentielle :
 - Dans quelle mesure le droit de la concurrence est-il applicable à l'intervention de l'État sur le marché ? Quelles exemptions, exceptions, immunités ou moyens de défense peuvent limiter cette application ?
 - Quelles autres règles et lois peuvent être utiles pour lutter contre les distorsions de la neutralité concurrentielle ?

27. Face à une distorsion de la neutralité concurrentielle, les autorités de la concurrence doivent en premier lieu chercher à déterminer si cette distorsion est susceptible d'emporter violation du droit de la concurrence (« distorsion anticoncurrentielle »). Dans l'affirmative, il leur faut identifier les problèmes que pose l'application du droit de la concurrence à des violations causées par l'État (cercle 3). Dans la négative, il convient de déterminer s'il est possible de recourir à d'autres lois ou mécanismes juridiques pour rétablir la neutralité concurrentielle (cercle 2).



Légende : Cercle 1 : interventions de l'État sur le marché Cercle 2 : interventions entraînant des distorsions Cercle 3 : distorsions anticoncurrentielles
 Neutralité concurrentielle
 Autres règles et outils permettant de rétablir la neutralité concurrentielle
 Droit de la concurrence et actions destinées à le faire respecter

3.1.1 Droit de la concurrence

28. Le droit de la concurrence s'applique-t-il aux mesures prises directement ou indirectement par l'État et susceptibles d'être contrairement aux règles de la concurrence ? Par exemple, il est possible qu'un conseil professionnel investi de prérogatives en matière de réglementation adopte des règles restrictives emportant la qualification d'accord anticoncurrentiel. De même, une entreprise subventionnée peut utiliser le financement que lui apporte l'État pour inonder le marché de produits bon marché et en exclure ainsi ses concurrents, et pourrait donc être considérée comme pratiquant des prix d'éviction. S'agissant des entreprises publiques, les Lignes directrices de l'OCDE précisent que « les entreprises publiques, compte tenu de leur situation privilégiée, peuvent avoir un impact négatif sur la concurrence et qu'il faut par conséquent s'assurer que, dans toute la mesure où le permettent leurs responsabilités de service public, elles sont soumises aux mêmes règles de concurrence que les entreprises privées »³⁵. Ce principe vaut, *mutatis mutandis*, pour toute entité dirigée ou soutenue par l'État.

29. Pour garantir la neutralité concurrentielle, il faudrait que les lois relatives à la concurrence soient elles-mêmes neutres et que leur application ne dépende pas de critères d'origine, de nationalité ou d'actionnariat. Il est indispensable que le droit de la concurrence ait un champ d'application large pour éviter deux risques :

- le risque d'aggraver les distorsions en ne soumettant au contrôle des autorités de la concurrence que certains acteurs du marché, tandis que d'autres, pourtant présents sur le même marché, échappent à ce contrôle au seul motif qu'ils bénéficient d'un soutien de l'État ;
- le risque de créer une distorsion supplémentaire dans les cas où une même distorsion anticoncurrentielle tombe sous le coup du droit de la concurrence dans une juridiction tandis qu'elle est épargnée dans l'autre en raison de différences de champ d'application.

30. En général, dans les pays de l'OCDE, les entreprises publiques ne sont pas exclues du champ d'application du droit de la concurrence³⁶. Il peut cependant exister des différences entre juridictions au niveau (a) du critère qui déclenche l'application du droit (par exemple, au niveau de ce qu'englobent réellement les notions d'entreprise, de personne, d'activité économique ou commerciale) ; et (ii) des régimes dérogatoires qui empêchent l'application du droit de la concurrence.

3.1.1.1 Critères d'application du droit de la concurrence

31. Les régimes de concurrence en vigueur dans le monde reposent le plus souvent sur un critère fonctionnel, à savoir qu'ils s'appliquent à toute entité (entreprise, personne physique) exerçant une activité économique ou commerciale ou autre activité indépendante³⁷. La plupart des juridictions s'accordent pour considérer que la notion d'activité recouvre la fourniture de biens et services, quels que soient le statut juridique, l'actionnariat et la structure de financement de l'entité³⁸. Selon les Lignes directrices de l'OCDE

³⁵ Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique (2014).

³⁶ OCDE, Table ronde sur le gouvernement d'entreprise et le principe de neutralité concurrentielle (2009).

³⁷ C'est par exemple le cas au Canada, dans l'Union européenne, en France, au Japon, en Corée, en Nouvelle-Zélande, en Turquie et aux États-Unis.

³⁸ Voir, par exemple : Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov et autres* [2000], Rec. I-645 ; Affaire 118/85, Commission des Communautés européennes contre République italienne [1987], Rec. 2599, paragraphe 7 ; Affaire C-35/96, Commission des Communautés européennes contre République italienne [1998], Rec. I-3851, paragraphe 36 ; Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov et autres*, paragraphe 75.

sur les entreprises publiques, « une activité économique est une activité supposant l'offre de biens ou de services sur un marché donné et pouvant, du moins en principe, être exercée par un acteur privé aux fins de réaliser des bénéfices. La structure du marché (notamment le fait qu'il s'agisse d'un marché ouvert à la concurrence, d'un oligopole ou d'un monopole) n'est pas déterminante pour décider si une activité doit être considérée comme une activité économique. [...] Les activités économiques se déroulent le plus souvent sur des marchés sur lesquels la concurrence avec d'autres entreprises existe déjà ou sur lesquels la concurrence pourrait apparaître compte tenu des lois et réglementations en vigueur »³⁹.

32. Il existe cependant aussi des interrogations et des divergences quant à savoir :

- si l'activité économique ou commerciale doit avoir ou non but lucratif⁴⁰ ;
- s'il faut qu'il y ait un marché concurrentiel pour que l'activité économique soit réputée exister⁴¹ ;
- ce que recouvrent les prérogatives de puissance publique, par opposition aux activités économiques, et la manière dont les entités hybrides (exerçant à la fois des activités économiques et non économiques) sont traitées.

33. Les choix politiques et économiques évoluant, la notion de prérogative de puissance publique peut, elle aussi, changer au fil du temps au sein d'une même juridiction et différer d'une juridiction à l'autre. Reste cependant à savoir si, dans l'hypothèse où il apparaît que la prérogative de puissance publique consiste en réalité en la fourniture de biens ou services, les autorités de la concurrence et les tribunaux peuvent la requalifier en une activité économique. En plus d'exiger une application large du droit de la concurrence, la neutralité concurrentielle suppose que ce droit s'adapte aux réalités de la concurrence et s'applique de manière uniforme à des distorsions anticoncurrentielles qui concernent plusieurs juridictions.

3.1.1.2 *Dérogations au droit de la concurrence*

34. Les dérogations au droit de la concurrence font obstacle à la neutralité concurrentielle pour deux raisons principales :

- elles empêchent de garantir l'équité des règles du jeu concurrentiel à travers l'application du droit de la concurrence aux distorsions anticoncurrentielles ; et

³⁹ Projet de Recommandation du Conseil relative aux Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques (2014).

⁴⁰ Dans l'affaire *US Postal Service v. Flamingo Industries* (540 U.S. 736 (2004)), la Cour suprême des États-Unis a souligné que « le Postal Service n'a pas les mêmes objectifs, obligations et pouvoirs que les entreprises privées. (...) La principale différence tient au fait qu'il ne poursuit pas un but lucratif ». En revanche, le droit de l'Union européenne vise les entreprises qui exercent une activité économique (voir *Pavlov et autres* (2000), Rec. I-6451), en ce sens, par exemple, qu'elles doivent assumer un risque financier lié à l'exercice de leur activité sans pour autant devoir obligatoirement poursuivre un but lucratif (voir Affaire C-35/96, Commission des Communautés européennes contre République italienne [1998], Rec. I-3851).

⁴¹ Selon le droit de l'Union européenne, le fait qu'un produit ou service soit fourni par l'autorité elle-même n'a aucune incidence sur la nature économique de l'activité : il suffit, pour conclure à l'existence d'une activité économique, que « d'autres opérateurs [soient] désireux et capables de fournir le service en question sur le marché concerné », Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JO C 8, 11 janvier 2012, pp. 4-14.

- lorsque la dérogation est due à l'implication de l'État dans le comportement qui en bénéficie, elle risque, en elle-même, de fausser le marché.

35. Pourtant, la plupart des juridictions du monde ont adopté divers types de dérogations au droit de la concurrence : immunités, exemptions, exceptions, dispenses, moyens de défense, etc.

36. Ces dérogations diffèrent à maints égards, en particulier en termes de fondement (législation, jurisprudence, pratique des autorités de la concurrence), de champ d'application matériel (un secteur dans son ensemble, une activité spécifique ou un acteur en particulier), de type d'infraction exclu du champ d'application (infraction au droit de la concurrence en général ou infraction aux règles relatives à l'abus de position dominante et aux ententes en particulier)⁴² et de mécanisme d'octroi de la dérogation et d'autorité compétente pour l'accorder (octroi automatique ou sur demande, avec ou sans intervention de l'autorité de la concurrence)⁴³.

37. S'agissant des entreprises publiques en particulier, en 2014, le projet spécial du RIC avait pour thème « les entreprises publiques et le droit de la concurrence ». L'autorité marocaine de la concurrence a rédigé un rapport de référence⁴⁴ sur la base d'un questionnaire auquel ont répondu les autorités de la concurrence de 35 juridictions⁴⁵. Ce rapport met en lumière certaines des raisons avancées pour justifier d'accorder aux entreprises publiques une exemption du droit de la concurrence, raisons qui pourraient également s'appliquer à des entités non publiques : 34 % des juridictions qui ont répondu n'accordent pas d'exemptions aux entreprises publiques, 34 % en accordent aux entreprises publiques qui n'exercent pas d'activité économique et 34 % en accordent aux entreprises publiques investies d'obligations de service public ; quelques juridictions exemptent également les entreprises publiques qui exercent leur activité dans un secteur réglementé (17 %) ou stratégique (6 %).

38. Pour garantir la neutralité concurrentielle en présence de dérogations au droit de la concurrence, il faut agir à deux niveaux.

39. Il faut d'abord agir au niveau de la *mesure publique* sur le fondement de laquelle la dérogation est accordée (loi ou décision de l'autorité chargée de la réglementation, par exemple). L'argument souvent invoqué pour justifier les dérogations au droit de la concurrence est que d'autres objectifs sociaux ne

⁴² Par exemple, le droit de la concurrence allemand exempte les redevances publiques de l'application des règles relatives à l'abus de position dominante (contribution de l'Allemagne à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2015), tandis que les ententes à l'exportation sont explicitement ou implicitement exclues du champ d'application des règles sur les ententes dans diverses juridictions (voir MC Levenstein et VY Suslow, « The Changing International Status of Export Cartel Exemptions », (2005), *American University International Law Review*, vol. 20, p. 785, et F. Wegner-von Papp, « Competition law and extraterritoriality », dans Ezrachi (2012).

⁴³ Aux États-Unis, par exemple, il arrive que la réglementation exclue implicitement l'application de la législation sur les ententes (voir « Implied regulated exemption » dans Kalinowski (2015)). Les compagnies aériennes peuvent déposer auprès du ministère fédéral des Transports une demande d'immunité concernant certains accords (par exemple les alliances) ; par ailleurs, elles peuvent invoquer devant les tribunaux un moyen de défense tiré de la doctrine de l'acte d'État (*State action defence*). Pour une analyse des exemptions du droit relatif aux ententes et pour des recommandations, voir Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations (avril 2007).

⁴⁴ RIC, 13th Annual Conference, Special Project Survey and Report by the Moroccan Competition Council on SOEs and competition enforcement (2014).

⁴⁵ Autriche, Brésil, Canada, Colombie, Chili, Chypre, Danemark, Union européenne, Finlande, France, Allemagne, Hongrie, Islande, Inde, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Mexique, Maroc, Pays-Bas, Pakistan, Pologne, Russie, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Taïwan, Tunisie, Turquie, États-Unis, Royaume-Uni, Zambie.

seraient pas atteints en leur absence. Cet argument est cependant dangereux et contre-productif. Souvent, les politiques publiques (y compris la politique de la concurrence) ne sont pas incompatibles, et peuvent se même se compléter et se renforcer mutuellement⁴⁶. Il convient donc d'éviter les « exemptions en l'absence de preuve claire et irréfutable que pareille mesure sert l'intérêt général en dépit de la perte de bien-être évidente qu'elle entraîne pour le consommateur »⁴⁷. Cet aspect pourrait être examiné à la lumière du Manuel pour l'évaluation de la concurrence déjà cité.

40. En second lieu, il faut agir au niveau de la *conduite anticoncurrentielle* qui bénéficie de l'immunité. Les agents économiques (publics comme privés) prétendent parfois que leur comportement anticoncurrentiel est protégé parce qu'il leur a été imposé par l'État, qui ne leur a laissé aucune latitude (moyen de défense tiré de l'obligation imposée par l'État ou de l'acte d'État). À titre d'exemple, l'exploitant d'une infrastructure ou un conseil professionnel peuvent fort bien adopter une réglementation restrictive qui sert leurs propres intérêts en invoquant les pouvoirs qui leur sont dévolus en matière de réglementation et de contrôle de l'accès à l'infrastructure dans le premier cas et à la profession dans le second. L'arrêt récemment rendu par la Cour suprême des États-Unis concernant l'argument de l'acte d'État avancé dans l'affaire impliquant l'organisation professionnelle des dentistes de Caroline du Nord montre clairement que ces moyens de défense doivent rester exceptionnels et que leur recevabilité doit être subordonnée à des conditions très strictes.

⁴⁶ À titre d'exemple, les obligations de service public peuvent être octroyées dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.

⁴⁷ C. Varney, ministère fédéral de la Justice des États-Unis, « Antitrust Immunities », communication présentée pour la 11^{ème} Conférence annuelle de l'American Antitrust Institute, 24 juin 2010, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/262745.pdf>.

**Encadré 1. Moyen de défense tiré de la doctrine de l'acte d'État
Cour suprême des États-Unis – *NC State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission***

Le 25 février 2015, la Cour suprême des États-Unis a rejeté, par un arrêt qui fera date, le moyen de défense de l'acte d'État invoqué par une organisation professionnelle coupable de comportement anticoncurrentiel⁴⁸. La Federal Trade Commission (FTC) avait engagé une action contre le North Carolina State Board of Dental Examiners (NC Board)⁴⁹, l'accusant d'avoir eu recours à une pratique anticoncurrentielle et déloyale, contraire à la loi Sherman, en excluant du marché des services de blanchiment dentaire les prestataires qui n'avaient pas la qualité de dentiste. Le NC Board avait demandé le rejet de la plainte au motif que ses membres étaient investis d'une prérogative de puissance publique et que leur comportement devait bénéficier d'une immunité au nom de la doctrine de l'acte d'État. La Cour suprême a estimé qu'un conseil professionnel créé au niveau d'un État, dont une majorité de membres décisionnaires sont des acteurs du marché professionnel qu'il encadre, doit, pour que le moyen de défense de l'acte d'État soit retenu, remplir les deux critères dégagés dans l'arrêt *Midcal*⁵⁰, à savoir (1) que le pouvoir d'adopter la restriction attaquée doit être formulé clairement et être expressément présenté comme une mesure décidée par l'État⁵¹ et (2) que l'État doit soumettre le comportement anticoncurrentiel en cause à une surveillance active.

1. S'agissant du critère de la *formulation claire*, la Cour suprême a souligné que :

- Les acteurs d'un marché ne peuvent pas être autorisés à réglementer leur propre marché sans être comptables de leurs actes devant les autorités de la concurrence.
- Une entité ne peut faire valoir l'argument de l'acte d'État que si elle prouve qu'elle agit par l'intermédiaire de l'État et au nom du pouvoir souverain de celui-ci.
- La simple qualité d'organisme « de l'État » ou le simple fait que l'État ait délégué à un organe non souverain, public ou privé, le pouvoir d'encadrer un marché ne suffisent pas.

2. S'agissant du critère de la *surveillance active*, la Cour suprême a estimé que :

- L'obligation de surveillance vise précisément à éviter que des acteurs exerçant une activité sur le marché ne servent, en restreignant l'exercice du métier, leurs intérêts personnels (action pour leur propre compte)⁵².
- L'appréciation de la surveillance active de l'État s'effectue au cas par cas : il faut que les mécanismes de contrôle mis en place par l'État démontrent de manière crédible que le comportement anticoncurrentiel en cause « sert la politique menée par l'État, plutôt que les seuls intérêts individuels de la partie ».

⁴⁸ *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC* (574 U.S. 2015, n° 13–534).

⁴⁹ Le NC Board est un organisme qui dépend de l'État et qui est principalement chargé de créer, de gérer et de faire appliquer un système de délivrance d'autorisations d'exercer la profession de dentiste en Caroline du Nord.

⁵⁰ Voir *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, (445 U. S., n° 97.) : « [u]ne loi ou un régime réglementaire adopté par l'État ne saurait justifier la reconnaissance d'une immunité au regard du droit de la concurrence, sauf si l'État, premièrement, a autorisé le comportement anticoncurrentiel par une décision clairement formulée et, deuxièmement, soumet ce comportement anticoncurrentiel à une surveillance active ».

⁵¹ En l'espèce, la loi applicable en Caroline du Nord interdisait l'exercice de l'art dentaire à quiconque n'était pas titulaire d'une autorisation, mais restait muette sur le point de savoir si le blanchiment dentaire faisait partie de l'exercice de l'art dentaire.

⁵² Le NC Board n'ayant pas affirmé que son comportement à l'égard des professionnels qui pratiquaient le blanchiment dentaire avait fait l'objet d'une surveillance, il n'a pu être fait droit à la demande d'immunité tirée de l'argument de l'acte d'État.

- Quelques critères sont systématiquement pris en compte pour déterminer s'il y a surveillance active – le contrôle doit porter sur le fond ; la personne qui assure la surveillance doit pouvoir s'opposer à certaines décisions ou les modifier ; l'existence d'une simple possibilité de surveillance n'est pas suffisante ; l'État lui-même ne doit pas être un acteur du marché, entre autres.

Comme il est rare qu'une affaire dans laquelle la doctrine de l'acte d'État est attaquée parvienne jusqu'à la Cour suprême, l'arrêt *Dental Board* était, pour plusieurs raisons, attendu depuis longtemps⁵³. Des enseignements importants peuvent en être tirés. En premier lieu, il confirme que l'immunité en vertu de l'acte d'État, comme toute autre exemption du droit de la concurrence, suscite une désapprobation⁵⁴. Les immunités doivent faire l'objet d'une interprétation et d'une application étroites et doivent être soumises à des conditions restrictives. En deuxième lieu, il précise que les deux critères que sont la « formulation claire » et la « surveillance active » doivent l'un et l'autre être remplis lorsque l'entité n'est pas une entité souveraine, en particulier lorsque ses membres sont des acteurs du marché – et risquent ainsi d'appliquer des restrictions qui servent leurs propres intérêts. En d'autres termes, les organes de réglementation administrés par des acteurs du marché doivent être soumis au contrôle des autorités de la concurrence. Ce principe peut avoir des implications pour les actes commis par les conseils professionnels et organisations professionnelles, quel que soit leur statut officiel et même si leurs pouvoirs leur ont été délégués par l'État. En troisième lieu, l'arrêt clarifie l'articulation entre le droit fédéral de la concurrence et la réglementation adoptée par les États fédérés, à savoir que cette réglementation ne peut prévoir et autoriser des restrictions à la concurrence pour atteindre un objectif de politique publique que si elle est conforme aux critères dégagés dans la jurisprudence *Midcal* et, désormais, dans l'arrêt *Dental Board*.

41. Nombre de juridictions ont recours à un instrument similaire, dénommé « moyen de défense fondé sur une conduite réglementée ». Selon la jurisprudence de l'Union européenne, une entreprise peut invoquer ce moyen si la restriction de concurrence dont elle est l'auteur était en réalité imposée par une législation ou une réglementation la privant de toute latitude quant à son comportement sur le marché⁵⁵. Les mêmes règles s'appliquent au niveau national dans plusieurs États membres (comme la Bulgarie, l'Allemagne, la Hongrie et la Roumanie) et dans plusieurs autres pays de l'OCDE, comme le Canada et le Chili⁵⁶.

42. Les moyens de défense empêchent que le droit de la concurrence s'applique au comportement restrictif en cause. Reste cependant à savoir s'il est possible d'engager une action contre la mesure imposée

⁵³ Vingt années se sont écoulées entre la décision rendue dans *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621, 633 (1992) et le récent arrêt rendu dans *FTC v. Phoebe Putney Health System*, 568 U. S. 11, 1160 (2013).

⁵⁴ *FTC v. Phoebe Putney Health System*, 568 U.S. (2013).

⁵⁵ UE, Tribunal de première instance (devenu le Tribunal), Affaire T-271/03, arrêt du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom v. Commission*, paragraphe 85 : « Il résulte de la jurisprudence que les articles 81 CE et 82 CE ne visent que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 81 CE et 82 CE ne sont pas d'application. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause, ainsi que l'impliquent ces dispositions, dans des comportements autonomes des entreprises. »

⁵⁶ Voir par exemple : OCDE, Table ronde sur les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée (2011), p 11 et Bureau de la concurrence du Canada, Bulletin intitulé Les activités « réglementées », à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03273.html>. Dans sa contribution à la table ronde de l'OCDE, le Chili a souligné que ce moyen de défense était souvent invoqué dans sa jurisprudence (voir, par exemple, les décisions suivantes du Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) : n° 34/2005 *Cauquenes*, 45/2006 *Voissnet I*, 88/2009 *Celulink*).

par l'État de manière à en neutraliser les effets de distorsion. Au sein de l'Union européenne, la Commission a la possibilité d'engager une procédure contre l'État membre concerné si la mesure prise est contraire aux principes définis par le droit de l'Union⁵⁷. De même, en Italie et en Espagne, l'autorité de la concurrence peut attaquer une législation anticoncurrentielle en justice⁵⁸.

3.1.2 Autres lois

43. Si la mesure qui crée un effet de distorsion emporte violation du droit de la concurrence, elle doit tomber sous le coup de ce droit et faire l'objet d'une action visant à le faire respecter, comme exposé dans la section précédente. Toutefois, nombre d'atteintes à la neutralité concurrentielle ne peuvent être qualifiées de violations du droit de la concurrence⁵⁹, et il importe donc d'envisager les autres règles en vertu desquelles ces atteintes pourraient être contestées et éliminées. Le tableau ci-après en présente un panorama. Deux réserves doivent cependant être faites : (i) ces règles ne sont pas en vigueur partout ; (ii) elles n'entrent pas nécessairement dans le champ de compétence des autorités de la concurrence.

Neutralité concurrentielle – cadre d'action

Mesures ayant des effets de distorsion	Règles pertinentes
Distorsion de la neutralité concurrentielle (en général)	Règles relatives à la neutralité concurrentielle
Octroi d'une subvention (aide d'État)	Règles antisubventions et contrôle des aides d'État
Sélection discriminatoire des entités investies d'une obligation de service public (droits spéciaux, services publics)	Règles relatives à la passation des marchés publics (mise en concurrence ouverte), comparateur du secteur public (CSP)
Compensation excessive ou insuffisante en contrepartie de la fourniture d'un service public	Normes relatives à la compensation de service public (évaluation des coûts et bénéfices) ⁶⁰
Réglementation ayant des effets de distorsion	Système d'évaluation d'impact de la réglementation, englobant des indicateurs de concurrence et de neutralité concurrentielle ⁶¹

⁵⁷ Selon le TFUE, les États membres doivent s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. Par conséquent, ils ne sauraient adopter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par l'article 101. Voir : UE, Cour de justice européenne, arrêt du 16 novembre 1977 – *SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)*.

⁵⁸ En Italie, selon le nouvel article 21-bis de la loi n°287/1990, l'ICA, autorité italienne de la concurrence, peut adresser une recommandation préalable à l'administration locale au sujet de textes, règlements et dispositions administratifs jugés préjudiciables à la concurrence. Si l'administration locale ne se conforme pas à cette recommandation dans un délai de 60 jours, l'ICA dispose de 30 jours pour saisir le tribunal administratif compétent (voir Comité de la concurrence, *Methods for Allocating Contracts for the Provision of Regional and Local Transportation Services*, 2012). Quant à l'Espagne, elle explique dans l'édition 2012 de son rapport annuel à l'OCDE sur la politique de la concurrence que son autorité de la concurrence, la CNC, a attaqué en justice des réglementations restrictives (réglementation relative au transport interurbain par autocar ; législation adoptée par l'État central sur les réseaux électriques de l'Espagne continentale et des îles Baléares) et a obtenu gain de cause.

⁵⁹ OCDE, *Table ronde sur le gouvernement d'entreprise et le principe de neutralité concurrentielle* (2009), p 326.

⁶⁰ Voir, par exemple, le régime appliqué par l'Union européenne aux aides d'État versées au titre des services d'intérêt économique général (SIEG) – voir l'article 106 du TFUE.

Subventionnement croisé et entreprises hybrides	Règles relatives à la gouvernance d'entreprise ⁶²
Conflits d'intérêts	Normes relatives à la gouvernance publique et à la gouvernance d'entreprise (règles sur les conflits, l'indépendance et les incompatibilités)
Abus de pouvoir de la puissance publique	Règles de droit public applicables aux abus de pouvoir de l'administration
Discrimination et traitement inéquitable	Principes constitutionnels d'égalité, de non-discrimination et de concurrence loyale

3.1.2.1 Cadre destiné à assurer la neutralité concurrentielle

44. L'Australie a été le premier pays de l'OCDE à mettre au point un cadre d'action global, décrit dans la Déclaration sur la neutralité concurrentielle (*Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement*), comme expliqué dans l'encadré ci-après⁶³. Ce cadre prévoit à la fois des évaluations *ex ante* et des évaluations *ex post* des distorsions induites par les pouvoirs publics.

⁶¹ Voir, par exemple : le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation d'impact de la concurrence (2011), les indicateurs de réglementation des marchés de produits de l'OCDE (2013) et la Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (2011).

⁶² Par exemple les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique (2014).

⁶³ Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement (1996).

Encadré 2. Cadre établi par l'Australie pour assurer la neutralité concurrentielle

L'approche adoptée par les pouvoirs publics australiens en matière de neutralité concurrentielle est définie dans la Déclaration sur la neutralité concurrentielle, selon laquelle « la neutralité concurrentielle exige que les entités publiques ne bénéficient pas, dans le cadre de leurs activités économiques, d'un avantage concurrentiel net par rapport à leurs concurrents du secteur privé du seul fait qu'elles appartiennent au secteur public »⁶⁴. La Déclaration définit les deux critères qui doivent être remplis pour que le cadre s'applique : (i) l'entité doit exercer une *activité économique*⁶⁵ et (ii) cette activité économique doit être jugée *significative*⁶⁶.

Distorsions de concurrence. La Déclaration est plus particulièrement axée sur ceux, parmi les avantages concurrentiels des entreprises publiques, qui sont répandus, par exemple les exemptions de divers impôts et taxes (neutralité fiscale), l'accès au crédit (neutralité en matière d'emprunt), les exemptions d'obligations imposées par la réglementation (neutralité réglementaire) et autres avantages liés au fait de ne pas avoir à atteindre un taux de rendement des actifs conforme aux conditions du marché (obligation de rendement conforme aux conditions du marché).

Instruments. Le cadre crée trois grands instruments, chacun relevant de la compétence d'une autorité différente : formulation des politiques⁶⁷, mise en œuvre⁶⁸ et gestion des plaintes⁶⁹. Depuis 1999, 15 plaintes officielles ont donné lieu à l'ouverture d'une enquête par l'Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office (AGCNCO), dont six depuis 2002⁷⁰. Dans son dernier rapport, l'AGCNCO rend compte de l'enquête conduite dans l'affaire PETNET⁷¹.

L'affaire PETNET – Évaluation *ex ante* de la neutralité concurrentielle

L'affaire PETNET apporte un éclairage particulièrement intéressant s'agissant de l'établissement d'un manquement *a priori* à la neutralité concurrentielle. L'enquête a été ouverte à la suite d'une plainte dans laquelle il était allégué que l'entreprise PETNET Australia ne respectait pas les règles relatives à la neutralité concurrentielle et bénéficiait d'un avantage commercial du fait qu'elle était détenue par l'État (PETNET est une filiale détenue à 100 % par l'Australian Nuclear Science and Technology Organisation ou ANSTO). Selon le rapport d'enquête, les prévisions

⁶⁴ Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement (1996), p 4.

⁶⁵ Pour qu'une activité soit réputée « économique », les critères suivants doivent être remplis : i) les biens ou services doivent être facturés ; ii) il doit exister un concurrent effectif ou potentiel ; et iii) les gestionnaires de l'activité doivent avoir une certaine indépendance quant à la production ou à la fourniture du bien ou service et au prix auquel il est proposé.

⁶⁶ Les organisations suivantes sont réputées avoir une activité « significative » : i) toutes les entreprises commerciales publiques et leurs filiales ; ii) d'autres sociétés par actions à responsabilité limitée ; iii) toute unité commerciale désignée. D'autres activités, dégagant plus de 10 millions AUD de recettes commerciales par an, font l'objet d'une évaluation au cas par cas qui permet de déterminer si elles sont significatives.

⁶⁷ Il s'agit d'une compétence du Trésor australien. La dernière édition du rapport final sur l'examen de la politique de la concurrence (*Competition Policy Review Final Report*), publié le 31 mars 2015, contient des informations sur la neutralité concurrentielle. Il formule des recommandations pour améliorer la neutralité concurrentielle en Australie et préconise notamment : i) de séparer les monopoles publics existant encore des unités concurrentielles et ii) de veiller à ce que les activités économiques publiques ne bénéficient pas d'un avantage concurrentiel net du fait qu'elles sont exercées par des entités appartenant à l'État.

⁶⁸ Cet instrument relève du ministère des Finances et de l'Administration.

⁶⁹ Cet instrument relève de l'Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office (AGCNCO), voir Australian Government Competitive Neutrality Guidelines for Managers (2004), p 5. Instituée par le gouvernement en vertu de la *Productivity Commission Act* de 1998, cette autorité est chargée de recevoir les plaintes, d'ouvrir des enquêtes et de conseiller le ministre du Trésor concernant l'application du principe de neutralité concurrentielle aux activités économiques de l'État.

⁷⁰ Chiffres consultables sur le site de l'AGCNCO, à l'adresse : <http://www.pc.gov.au>.

⁷¹ Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office, 2012, PETNET Australia, Investigation n° 15, Canberra, Mars.

de recettes et de dépenses sur 10 et 15 ans montraient qu'il était peu probable que les activités commerciales de PETNET lui permettent d'atteindre un taux de rendement sur le capital investi conforme aux conditions du marché⁷² au cours de l'une ou l'autre période, ce qui constitue un manquement *a priori* à la neutralité concurrentielle. L'AGCNCO a recommandé à l'ANSTO de faire évoluer le modèle économique de PETNET Australia de telle manière que l'entreprise atteigne un taux de rendement cohérent par rapport à son profil de risque et à la totalité de l'investissement réalisé dans cette entité.

3.1.2.2 Règles d'évaluation pour les subventions, les services publics et les entreprises investies d'une obligation de service public

45. L'Union européenne et l'OMC ont adopté des régimes de contrôle des *subventions* afin d'éviter les distorsions liées à l'octroi de subventions ou d'y remédier. Il existe ainsi un régime de contrôle *ex post*, qui permet à un État membre de l'OMC de contester devant l'organe de règlement des différends de cette organisation une subvention accordée par un autre État⁷³, ainsi qu'un régime de contrôle *ex ante*, en vigueur au sein de l'Union européenne, en vertu duquel un État membre qui envisage d'octroyer une aide d'État doit la notifier et obtenir l'accord de la Commission européenne⁷⁴. Il existe également des mécanismes de recours *ex post* dans l'Union européenne ; ils entrent en jeu lorsqu'un État ne notifie pas l'aide qu'il octroie ou si les conditions du marché ont changé.

46. Dans le cadre de ces régimes, la règle par défaut veut que l'octroi de subventions soit en principe interdit. Le subventionnement – et les problèmes qui en découlent en termes de neutralité concurrentielle – n'en est pas moins une pratique qui existe et qui soulève plusieurs questions : le régime existant est-il complet et efficace ? Permet-il à l'État et aux entreprises (en particulier au sein de l'Union européenne) de bénéficier d'un avantage injustifié par rapport à des régimes appliqués en dehors de l'Union qui permettent de subventionner plus librement ? Faut-il favoriser le contrôle des subventions dans le monde entier, et selon quels principes de base et quels fondements ? Ces derniers temps, l'existence d'éventuelles distorsions dans le secteur du transport aérien international, notamment dues aux transporteurs aériens du Golfe, a fait couler beaucoup d'encre⁷⁵. Nous fournissons ci-après un panorama des récentes constatations du Forum international des transports (FIT) sur la concurrence loyale, puis présentons une réflexion sur les allégations de concurrence déloyale.

Encadré 3. Libéralisation du transport aérien Éclairage et recommandations du FIT sur la concurrence loyale (2015)⁷⁶

- Les inégalités entre transporteurs aériens peuvent avoir de nombreuses causes : elles peuvent notamment être dues à une inégalité au niveau de l'environnement, aux politiques publiques, aux différences de rentabilité entre aéroports ou aux aides d'État et subventions. Contrairement à ce qui est observé dans

⁷² Selon les *Competitive Neutrality Guidelines for Managers* (2004), toutes les entreprises tenues de respecter la neutralité concurrentielle doivent prévoir un taux de rendement.

⁷³ OMC, Accord SMC, partie V.

⁷⁴ TFUE, articles 107-108.

⁷⁵ Voir, par exemple : A. Halshey, « U.S. Airlines Seek Federal Help in Dogfight with Persian Gulf Carriers », 11 mai 2015, www.washingtonpost.com ; E. Casinge, « Gulf airlines hit back at European competition complaints », 1^{er} avril 2015, www.euractiv.com ; J. Gapper, « Stop Trying to Ground the Gulf Airlines », 18 mars 2015, www.ft.com ; et M. Schlagenstein, « Emirates Counters U.S. Airlines' Persian Gulf Complaints », 9 février 2015, www.bloomberg.com.

⁷⁶ FIT, *Liberalisation of Air Transportation, Summary: Policy Insights and Recommendations*, 2015, <http://internationaltransportforum.org/Pub/pdf/15Air-Liberlisation-Summary.pdf>, p. 19-22. Voir également OCDE, *La concurrence dans le secteur aérien*, Note de référence du Secrétariat à l'intention du Comité de la concurrence (2014), Tretheway (2015) et J. de Wit (2013).

d'autres secteurs de services d'envergure mondiale, il existe des divergences entre juridictions quant à savoir sur lesquelles de ces causes il faut agir pour créer des conditions de concurrence équitables sur le plan économique.

- Bien qu'il n'existe pas encore de définition commune de la notion d'équité des conditions de concurrence dans le secteur du transport aérien international, l'objectif devrait être, conformément au préambule de la Convention de Chicago, de garantir l'égalité des chances plutôt que l'égalité des résultats, la seconde approche risquant d'imposer des résultats statiques, de faire obstacle à l'entrée sur le marché et de ne pas éliminer les sources d'inefficience.
- La libéralisation doit aller de pair avec la définition d'un cadre approuvé par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) précisant quelles formes de subventions et d'effets négatifs sont acceptables, indiquant comment signaler l'existence de subventions dans l'ensemble de la chaîne de valeur et prévoyant des instruments de résolution des différends de nature à garantir une protection contre les pratiques anticoncurrentielles.
- L'OACI préconise que les États reconnaissent que les subventions à l'origine d'une différence de traitement entre transporteurs sont de nature à fausser les échanges et la concurrence et a recommandé des mesures pour éviter ces distorsions de concurrence⁷⁷.
- Il serait utile d'analyser les règles destinées à garantir une concurrence loyale qui sont en place au niveau de l'OMC et s'appliquent à la majorité des secteurs afin d'identifier celles qui pourraient être transposées au secteur de l'aviation⁷⁸. Si elle est adoptée, cette méthode pourrait aider le secteur à faire des avancées importantes sur la voie de la convergence de la réglementation et éliminerait un argument de poids avancé contre la libéralisation.

Transporteurs du Golfe : y a-t-il concurrence déloyale ?

Les transporteurs aériens du Golfe – Emirates, Etihad et Qatar Airways – affichent les meilleurs taux de croissance du monde et suscitent une demande internationale de plus en plus forte⁷⁹. Ils sont considérés comme la principale menace et le principal facteur de déstabilisation pour les alliances existantes et les compagnies aériennes historiques, probablement parce qu'ils sont contrôlés et soutenus par l'État. Pour apprécier la concurrence déloyale dans le secteur du transport aérien international, il convient de réfléchir aux aspects suivants⁸⁰ :

- Il n'existe pas d'accord sur les règles du jeu, ni de mécanisme pour chiffrer la valeur des mesures publiques ou recueillir des informations complètes sur les avantages de toute nature accordés aux transporteurs aériens.
- Toute évaluation se heurte à un problème temporel délicat : la plupart des transporteurs historiques qui se plaignent aujourd'hui des compagnies du Golfe ont eux-mêmes bénéficié du soutien de leur État pendant

⁷⁷ La question de savoir comment garantir une concurrence loyale dans un contexte de libéralisation a été examinée en 2003, lors de la cinquième Conférence mondiale du transport aérien, qui a abouti à l'adoption d'un modèle de clause sur les « sauvegardes contre les pratiques anticoncurrentielles ». Par la suite, cette clause a été intégrée au guide de l'OACI intitulé Politique et éléments indicatifs sur la réglementation économique du transport aérien international et à son Manuel de réglementation du transport aérien international.

⁷⁸ Les services de transport aérien sont pour l'heure exclus de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC.

⁷⁹ Emirates a conclu des accords de partenariat avec Qantas (membre de l'alliance Oneworld) et Tap Portugal (membre de SkyTeam), tandis qu'Etihad tisse son propre réseau d'alliances par le biais de prises de participation et d'accords de partage de code. Pour des observations plus détaillées sur l'impact des transporteurs du Golfe sur les alliances, voir par exemple Parker (2013) et CAPA (2013), « Airlines in Transition, Part 1 ».

⁸⁰ Pour une analyse plus approfondie, voir OCDE, La concurrence dans le secteur aérien (2014).

des décennies et certains d'entre eux en bénéficient encore. En outre, même lorsque ce soutien cesse, ils continuent de profiter de ses avantages⁸¹.

- Le droit de la concurrence vise à protéger la concurrence (en d'autres termes le bien-être du consommateur et l'efficacité économique), non les différentes entreprises en concurrence. Il est possible que la concurrence des transporteurs du Golfe incite les autres compagnies à rivaliser sur les prix et la qualité (d'autant plus que la concurrence est parfois faible au sein des alliances), à satisfaire les consommateurs et à accroître ainsi le surplus du consommateur⁸². Reste cependant à savoir si ces avantages immédiats risquent d'être contrebalancés par des effets dissuasifs plus durables sur la concurrence (les transporteurs qui ne bénéficient d'aucun soutien risquant d'être dissuadés d'entrer dans la concurrence) dans l'hypothèse où les transporteurs du Golfe bénéficieraient d'un avantage concurrentiel net injustifié.
- Le transport aérien est un secteur dynamique, caractérisé par des entrées et des sorties régulières. Il y a vingt ans, les transporteurs aériens étaient surtout préoccupés par les compagnies à bas coût. Aujourd'hui, leurs craintes sont plutôt suscitées par les compagnies du Golfe, mais prochainement, ils pourraient avoir à s'inquiéter de voir la Chine devenir un concurrent puissant, y compris pour les compagnies du Golfe⁸³.
- Les compagnies qui nouent des partenariats ou passent des accords de participation avec les transporteurs du Golfe et bénéficient ainsi des atouts de ces derniers ne se plaignent plus de concurrence déloyale. Les transporteurs du Golfe ont en réalité contribué à sauver des transporteurs historiques comme la compagnie Alitalia, dans laquelle Etihad a pris une participation de 49 % en 2014⁸⁴. De leur côté, les transporteurs du Golfe ont besoin d'accroître leur connectivité, ce qui passe souvent par la conclusion de partenariats.

47. Éviter qu'un prestataire de *services publics* ne soit placé dans une situation concurrentielle favorable ou, au contraire, défavorable constitue une préoccupation récurrente pour les pouvoirs publics. Le plus difficile consiste à déterminer le juste montant de la compensation à accorder en contrepartie de la fourniture du service public : la compensation est-elle assimilable à une subvention qui fausse la concurrence ou constitue-t-elle au contraire une juste compensation ? Dans la quasi-totalité des pays, les pouvoirs publics accordent une forme quelconque de compensation aux entreprises (publiques ou privées) qui, en plus d'exercer leurs activités économiques et commerciales, fournissent des services publics. Le mode de compensation varie selon le pays, le type de service public et le prestataire chargé de le fournir⁸⁵. Il est primordial de calibrer cette compensation de manière à éviter toute distorsion injustifiée : si elle est insuffisante, le prestataire est injustement désavantagé, mais si elle est trop élevée, il bénéficie d'un avantage injustifié. De surcroît, il y a également un risque que la compensation ne soit utilisée à des fins de subventionnement croisé d'activités marchandes. L'OCDE a adopté divers instruments, lignes directrices ou bonnes pratiques pour aider à résoudre les problèmes qui peuvent se poser en matière de neutralité concurrentielle dans le contexte de la fourniture de services publics⁸⁶. Ces instruments définissent les principes suivants :

⁸¹ Par exemple la flotte, le réseau et la marque. Il faudrait donc tenir compte, non seulement des flux de subventions, mais aussi des avantages concurrentiels qui en découlent.

⁸² Le secteur du transport aérien n'a pas seulement un impact sur ses clients directs, il a également des retombées positives sur l'économie en général, notamment à travers les échanges et le tourisme.

⁸³ La Turquie, qui bénéficie d'une situation géographique favorable, est également en passe de devenir un concurrent sérieux.

⁸⁴ Par ailleurs, le Qatar a investi dans le groupe IAG (BA/Iberia/Aer Lingus). En Allemagne, Lufthansa a exprimé de vives inquiétudes au sujet des compagnies du Golfe, et Air Berlin est en partie détenue par Etihad et assure de plus en plus de liaisons entre l'Union européenne et Abu Dhabi.

⁸⁵ OCDE, *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business* (2012).

⁸⁶ Voir l'inventaire des instruments élaborés par l'OCDE dans OCDE, *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business* (2012), p. 67-68.

- garantir un degré de transparence et de responsabilité suffisant quant aux budgets publics utilisés par les prestataires pour remplir leurs objectifs de service public ;
- garantir l'octroi d'une juste compensation en contrepartie de l'exécution des obligations de service public ;
- veiller à ce qu'il soit possible de rendre compte séparément de la manière dont la compensation accordée en contrepartie des obligations de service public est versée et dépensée ;
- veiller à ce que les prestataires de services publics ne soient pas placés dans une situation défavorable, mais aussi à ce que leurs activités concurrentielles ne soient pas, dans les faits, subventionnées par l'État⁸⁷.

48. Le régime en vigueur dans l'Union européenne et la jurisprudence *Altmark* offrent un cadre utile pour l'évaluation des services dit d'intérêt économique général (SIEG) à la lumière des règles relatives aux aides d'État, et permettent de distinguer, sur la base de quatre critères cumulatifs, les régimes de compensation justifiés et ceux qui ont des effets de distorsion⁸⁸ :

- l'entreprise bénéficiaire doit être investie d'obligations de service public clairement définies ;
- les paramètres retenus pour calculer la compensation doivent être objectifs, transparents et établis à l'avance ;
- la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable⁸⁹ ;
- lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de passation de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise bien gérée aurait encourus.

49. Si l'une au moins des conditions définies dans l'arrêt *Altmark* n'est pas remplie, la compensation doit être examinée à la lumière des règles de l'Union européenne relatives aux aides d'État. En pareil cas, elle peut être interdite et l'entreprise peut avoir à rembourser toute compensation excessive.

3.2 Moyens d'action envisageables pour garantir la neutralité concurrentielle

- Quels outils les autorités de la concurrence utilisent-elles ou pourraient-elles utiliser pour éliminer les distorsions de la neutralité concurrentielle ?
 - Pouvoirs répressifs de l'autorité de la concurrence : peuvent-ils être utilisés contre les violations causées par l'État ?

⁸⁷ OCDE, *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business* (2012), p. 67-68.

⁸⁸ Voir l'arrêt *Altmark* rendu le 24 juillet 2003 par la Cour de justice européenne (C-280/00) et le paquet législatif de l'Union européenne comprenant une décision révisée (2012), un cadre révisé (2012) et une communication (2012).

⁸⁹ Le cadre (2012) décrit deux méthodes de calcul de la compensation : « la méthode du coût net évité », réputée la plus précise pour déterminer le coût d'une obligation de service public, et la « méthode fondée sur la répartition des coûts ».

- Autres outils : lorsque les distorsions n'emportent pas violation du droit de la concurrence, quels sont les autres outils et pouvoirs susceptibles d'être utilisés ? Ces autres pouvoirs relèvent-ils de la politique de la concurrence ?

50. Différents types de distorsions induites par l'État peuvent nécessiter le recours à différents instruments et pouvoirs répressifs. Pour que ces pouvoirs soient efficaces, il faut qu'ils aient un fondement juridique et soient assortis d'orientations. Il faut aussi qu'une autorité soit désignée pour les mettre en œuvre et dispose des ressources et du personnel qualifié nécessaires.

Neutralité concurrentielle – moyens d'action

Distorsions anticoncurrentielles

- Actions répressives générales contre les comportements et accords qui créent des distorsions anticoncurrentielles, sans influence de l'actionnariat, de la nationalité, du statut juridique ou du mode de financement de l'entité.
- Application aux entreprises publiques et organismes ou activités publics des mêmes règles que celles applicables aux entités privées en matière de comportements anticoncurrentiels.
- Ouverture d'une affaire : d'office, à la suite d'une plainte, d'un signalement de l'entité elle-même, d'une notification.
- Pouvoirs d'enquête larges et effectifs à l'égard des personnes physiques, des entreprises, des organismes publics ou des tiers.
- Pouvoir d'accepter des engagements et de prendre des mesures correctives pour éliminer les problèmes de distorsion et les atteintes à la concurrence : mesures correctives structurelles ou comportementales ; mesures transitoires.
- Pouvoirs de suivi et de révision : contrôle de l'exécution des mesures correctives et adaptation à la réalité économique.
- Pouvoirs de sanction : amendes, peines de prison ou interdictions d'exercer la profession (selon la juridiction).

Limites à l'application du droit de la concurrence

- Actions de sensibilisation visant à montrer que le droit de la concurrence doit s'appliquer de manière neutre et avoir un champ d'application large et à informer sur les risques et les coûts liés aux limites et dérogations.
- Actions en justice et interventions en qualité d'*amicus curiae* lorsque des moyens de défense tirés de la doctrine de l'acte d'État sont abusivement invoqués par l'entité économique pour empêcher l'application du droit de la concurrence.
- Droit de l'autorité de la concurrence à engager des poursuites contre les pouvoirs publics s'ils imposent des limites injustifiées ou ayant des effets de distorsion à l'application du droit de la concurrence.
- Interprétation large du champ d'application, interprétation restrictive des limites, exclusions et moyens de défense.

« Anomalies » du marché

- Réalisation d'études de marché et d'enquêtes sectorielles pour acquérir une connaissance approfondie de la dynamique, de la situation du marché et des difficultés concurrentielles dans un domaine donné.
- Mesures structurelles ou comportementales, mesures transitoires.
- Coopération avec les autorités de réglementation sectorielles compétentes et les pouvoirs publics ; actions de sensibilisation.
- Coopération internationale lorsque les marchés ou les distorsions concernent plusieurs juridictions.

Législation, réglementation ou normes ayant des effets de distorsion

- Évaluation d'impact de la réglementation comprenant une évaluation *ex ante* et *ex post* des effets de distorsion sur la concurrence et l'environnement concurrentiel⁹⁰.

⁹⁰ OCDE, Manuel pour l'évaluation d'impact de la concurrence (2011).

	<ul style="list-style-type: none"> • Actions de sensibilisation aux effets négatifs de la réglementation et aux obstacles à la neutralité. • Avis de l'autorité de la concurrence sur la réglementation du marché – facultatif ou obligatoire (avec obligation pour les pouvoirs publics de justifier tout écart par rapport à l'avis). • Droit de l'autorité de la concurrence d'attaquer devant les tribunaux (par exemple administratifs) les règles et mesures prises par l'État lorsqu'elles ont des effets de distorsion. • Respect de l'obligation de séparation structurelle dans les secteurs réglementés dans la mesure du possible. • Coopération avec le pouvoir exécutif/le pouvoir législatif/les autorités chargées de la réglementation.
Sélection de l'entité chargée d'une obligation de service public (concession de service public, droits spéciaux, PPP, par exemple)	<ul style="list-style-type: none"> • Sélectionner l'entité au moyen d'une procédure de mise en concurrence ouverte, sur la base de critères transparents et objectifs (passation de marchés publics, enchères, appel d'offres). • Appliquer les règles relatives aux conflits d'intérêts et aux incompatibilités en présence de risques de favoritisme ou d'arbitraire (que les pouvoirs publics soient l'autorité adjudicatrice ou le soumissionnaire). • Mettre au point et utiliser le comparateur du service public (CSP), en y intégrant un indicateur de distorsion de la concurrence.
Octroi de subventions	<p>Lorsqu'une subvention semble <i>a priori</i> avoir des effets de distorsion et devoir être évitée : admissible seulement dans des circonstances exceptionnelles, sur la base de critères clairs et restrictifs (crise grave, défaillance de marché dans un secteur essentiel, par exemple).</p> <p>Application d'un mécanisme de contrôle <i>ex ante</i>⁹¹ :</p> <ul style="list-style-type: none"> • créer et mettre en œuvre des mécanismes préventifs de filtrage pour identifier l'objectif du subventionnement, déterminer si la subvention est susceptible de permettre de l'atteindre, vérifier s'il s'agit du moyen de l'atteindre le moins discriminatoire et ayant le moins d'effet de distorsions, être en mesure de l'interdire ou d'imposer une modification si la subvention est injustifiée, excessive ou inadaptée. <p>Application d'un mécanisme de contrôle <i>ex post</i> :</p> <ul style="list-style-type: none"> • assurer un suivi des subventions autorisées, pouvoir évaluer et modifier la subvention pour réduire les effets de distorsion et tenir compte de l'évolution du marché ; • pouvoir engager des poursuites en cas de subvention injustifiée ou non contrôlée ; droit étendu d'agir en justice, par exemple pour l'autorité de la concurrence, les concurrents pénalisés, les fournisseurs, les clients.
Obligations de service public	<p>Soumettre les systèmes d'obligation de service public à un contrôle portant sur deux aspects essentiels :</p> <ul style="list-style-type: none"> • la sélection du prestataire de services publics (voir <i>supra</i> la rubrique « Sélection de l'entité chargée d'une obligation de service public ») ; • la compensation versée en contrepartie du service : appliquer des critères clairs pour calculer la juste compensation. Si la compensation est trop élevée, elle est considérée comme une subvention injustifiée et doit être remboursée ; dans le cas contraire, la compensation ou les obligations doivent être ajustées en conséquence.
Activisme d'État (actionnariat stratégique, opérations de concentration, création de champions nationaux)	<ul style="list-style-type: none"> • Soumettre l'activisme d'État pratiqué dans un environnement concurrentiel aux mécanismes d'évaluation de la neutralité concurrentielle : évaluer les raisons et les avantages et inconvénients des agissements de l'État, appliquer les critères de nécessité et de proportionnalité pour réduire ou éliminer les effets de distorsion.

⁹¹ OCDE, Forum mondial sur la concurrence, Table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions, 2011.

- Empêcher ou corriger les stratégies protectionnistes qui ont des effets négatifs, éviter la surenchère en matière d'activisme d'État, dans l'intérêt des secteurs nationaux comme des secteurs qui couvrent plusieurs pays.
- Enregistrer et suivre les participations détenues par l'État dans des entreprises privées et les pouvoirs associés et faire respecter les principes relatifs à la bonne gouvernance d'entreprise⁹².
- La règle par défaut doit être que l'activisme d'État ne saurait l'emporter sur l'application du droit de la concurrence et doit empêcher que l'État ne mette en danger les pouvoirs de l'autorité de la concurrence⁹³.

51. Il est possible de mettre en place les outils destinés à garantir la neutralité concurrentielle sous forme d'un cadre global de protection de la neutralité concurrentielle ou de les créer l'un après l'autre, en fonction de la réalité économique, juridique et institutionnelle de chaque juridiction. Les priorités doivent être fixées en fonction de l'urgence des risques de distorsion et de l'importance des secteurs. En outre, il peut être bon d'encourager la coopération internationale dans ce domaine afin de mettre au point des bonnes pratiques, d'autant plus que les effets de distorsion peuvent concerner plusieurs pays.

4. Difficultés auxquelles se heurte l'application du droit de la concurrence

- Quelles sont les infractions au droit de la concurrence les plus couramment commises en raison d'activités liées à l'État ? Sont-elles plus fréquentes ou plus probables dans certains secteurs ? Pourquoi ?
- À quelles difficultés institutionnelles se heurte l'application du droit de la concurrence aux distorsions induites par l'État ?
- Existe-t-il des difficultés particulières liées au fait que les règles de compétence et les règles matérielles sont inadaptées à l'évaluation des distorsions anticoncurrentielles dues à l'État (abus de position dominante et accords restrictifs) ?
- Quelles difficultés pose le contrôle des opérations de concentration auxquelles l'État est partie ou dans lesquelles il intervient ?
- Les règles et la charge de la preuve diffèrent-elles lorsque l'État est impliqué et qu'un service public est en jeu ?
- Quels obstacles les autorités de la concurrence rencontrent-elles pour définir des mesures correctives visant les entités liées à l'État et pour surveiller la mise en œuvre de ces mesures ? Quelles mesures correctives se sont révélées plus ou moins efficaces dans ce contexte ?
- Les pratiques habituelles en matière d'imposition d'amendes en cas d'ententes ont-elles un effet dissuasif sur le comportement anticoncurrentiel des entreprises soutenues par l'État ?
- Est-il plus ou moins difficile pour les consommateurs de demander réparation au civil lorsque l'entité concernée est liée à l'État ?
- Lorsqu'une entité invoque une immunité ou un moyen de défense tiré de l'obligation imposée par l'État et obtient gain de cause, cette démarche exclut-elle également toute possibilité d'action civile ? Est-il possible d'engager une action contre l'État ?

⁹² Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique, 2014.

⁹³ Par exemple, les conditions imposées par l'État dans le cadre d'opérations de concentration ne devraient en principe pas l'emporter et devraient être soumises à un contrôle.

4.1 *Difficultés institutionnelles*

52. Même dans le cas où le champ d'application du droit de la concurrence est large et où les autorités de la concurrence ont l'impartialité, les pouvoirs, le personnel qualifié et les ressources nécessaires pour mener à bien leur mission, une affaire qui concerne une activité induite par l'État ou une entité détenue par l'État pose des problèmes particuliers aux autorités chargées de faire respecter le droit. Certaines de ces difficultés, recensées ci-après, sont de nature institutionnelle. Cette liste peut servir de référence aux autorités de la concurrence et aux pouvoirs publics qui souhaitent empêcher toute influence abusive et pourrait servir de base à des échanges entre pays au sujet des obstacles institutionnels communs :

- *Caractéristiques institutionnelles et conflits.* Les caractéristiques institutionnelles de l'autorité de la concurrence lui permettent-elles d'intervenir efficacement lorsque l'État est impliqué dans une affaire et a un intérêt dans son issue ? Quels pouvoirs peuvent empêcher que l'État exerce une influence ? Les règles relatives aux incompatibilités et conflits d'intérêts constituent-elles un moyen de remédier à ce risque ?
- *Enquêtes.* Les enquêtes sont-elles plus faciles ou plus difficiles à mener lorsque l'entreprise ou l'activité visée est liée à l'État ? L'État peut-il bloquer l'enquête ? L'autorité de la concurrence peut-elle sanctionner l'État ou les entités qui en dépendent pour refus de coopération ? Quelles sont les difficultés causées par l'asymétrie d'information, le manque de transparence ou l'absence de séparation structurelle ou comptable dans l'entité en cause⁹⁴ ?
- *Pouvoirs concurrents.* Les autorités chargées de la réglementation sont-elles investies de pouvoirs destinés à faire respecter le droit de la concurrence dans le secteur qu'elles sont chargées de réglementer ? Ces pouvoirs sont-ils exclusifs ou concurrents de ceux de l'autorité de la concurrence ? Comment peut-on renforcer l'efficacité de la coopération et de la répartition des pouvoirs ? Dans les juridictions dotées d'un cadre destiné à garantir la neutralité concurrentielle et d'une autorité spécifique chargée de l'appliquer, quelle est la répartition des compétences entre cette dernière et l'autorité de la concurrence ?
- *Sélectivité.* Dans la pratique, les autorités chargées de la concurrence s'imposent-elles une forme quelconque de réserve ou de censure lorsqu'une affaire implique les intérêts ou l'influence de l'État (par exemple par peur de représailles ou parce qu'elles savent que la situation risque d'être compliquée) ? Existe-t-il un risque que des mesures de répression excessives visent les acteurs du marché privés comparativement aux entités soutenues par l'État ou les entreprises étrangères comparativement aux entreprises nationales ?
- *Intérêts étrangers.* Que se passe-t-il concrètement lorsque la distorsion examinée implique un État étranger (par exemple lorsqu'une entreprise publique étrangère pratique des prix d'éviction) ? À quels obstacles l'autorité de la concurrence se heurte-t-elle en pareil cas ? Les principes de courtoisie internationale et d'immunité souveraine étrangère empêchent-ils l'application du droit de la concurrence ?

53. Le fait même qu'il puisse être difficile d'assurer la neutralité concurrentielle tient au fait que la possibilité de mener des actions efficaces et objectives pour faire respecter le droit dépend du bon vouloir de l'État et des ressources qu'il met à disposition, alors qu'il est lui-même la cible ultime de ces actions. La volonté politique, la bonne foi, l'existence d'un système d'application du droit indépendant et l'impulsion internationale sont autant de facteurs qui peuvent favoriser la neutralité concurrentielle et dont il ne faut pas sous-estimer le rôle.

⁹⁴

Il s'agit là d'un risque particulièrement préoccupant dans le cas des entreprises publiques hybrides, des entités subventionnées et des prestataires de services publics.

4.2 Analyse de la concurrence

54. Lorsqu'un acteur économique est soutenu ou influencé par l'État, certaines caractéristiques peuvent influencer sur les incitations et la capacité à adopter un comportement anticoncurrentiel. Ces caractéristiques sont les suivantes :

- l'entité ne cherche pas nécessairement à maximiser ses profits et tente plutôt d'accroître ses ventes et son chiffre d'affaires (part de marché), même si ce choix n'est pas rentable ;
- elle peut avoir l'impression d'être à l'abri de toute action répressive, de bénéficier de la protection et de l'aide (réelle ou perçue) de l'État ;
- il est possible que l'entité ait un « trésor de guerre » et une possibilité de subventionnement croisé ;
- il est possible que l'entité soit soumise à des contraintes légères en matière budgétaire et de gestion et jouisse de pouvoirs et privilèges spéciaux.

55. La plupart des règles applicables en matière de concurrence ont été définies en fonction de la logique du secteur privé et de l'hypothèse selon laquelle les acteurs économiques cherchent à maximiser les profits. La question se pose donc de savoir si elles sont pertinentes et utilisables lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère anticoncurrentiel d'une distorsion induite par l'État. De surcroît, des questions supplémentaires se posent lorsque des entités hybrides n'ont pas de structure ou de comptabilité séparée, de même que lorsque des raisons liées à l'intérêt général (autres que la concurrence) exercent une influence sur le processus d'application du droit de la concurrence. Nous présentons ci-après quelques illustrations de ces problèmes dans le contexte (i) de l'abus de position dominante, (ii) des ententes et (iii) des opérations de concentration.

4.2.1 Abus de position dominante

56. Malgré les efforts de libéralisation, nombre d'anciens monopoles d'État continuent de bénéficier d'une position dominante et d'un accès privilégié aux infrastructures et au financement⁹⁵. Pour évaluer les distorsions unilatérales et y remédier en appliquant le droit de la concurrence, il convient de poser les questions suivantes :

- *Fixation de prix d'éviction*. La fixation de prix d'éviction est réputée abusive lorsque l'entreprise en position dominante vend ses biens et services à perte afin d'évincer des concurrents existants ou potentiels :
 - le critère de la vente à perte est-il applicable lorsque l'entreprise est détenue par l'État, est subventionnée, bénéficie de privilèges ou fournit des services publics et que la répartition des

⁹⁵ En réalité, les actions pour abus de position dominante ou monopolisation sont souvent en rapport avec des activités ou entreprises liées à l'État, et plusieurs grandes affaires d'abus de position dominante détectées dans le monde concernent des entreprises publiques ou partiellement détenues par l'État (Aproskie, 2014). Voir par exemple : Commission européenne, COMP/36915 – *Deutsche Post AG* ; Commission européenne, COMP/39525 – *Telekomunikacja Polska* ; Commission européenne, COMP/40089 – *Deutsche Telekom* ; Commission européenne COMP/39816 – *Gazprom* ; Cour suprême des États-Unis, *US Postal Service v. Flamingo Industries, (US) LTD 540 U.S. 736 (2004)* ; Afrique du Sud, *Competition Commission v. Telkom SA Ltd*, Affaire 11/CR/feb04 et *Competition Commission v. Telkom SA SOC Ltd (016865) [2013] ZACT 62 (18 juillet 2013)* ; et Taipei chinois, Fair Trade Commission, *Taiwan International Ports Corporation (2014)* (contribution du Taipei chinois à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2015).

coûts entre ses activités économiques et ses activités non économiques est incertaine et sujette à caution⁹⁶ ?

- le critère de récupération des coûts (applicable dans certaines juridictions)⁹⁷ est-il pertinent lorsque l'entreprise ne cherche pas à maximiser ses profits⁹⁸ ?
- *Ciseau tarifaire*. Il n'est pas rare que les entités chargées d'obligations de service public soient intégrées verticalement, ce qui leur permet d'occuper une position dominante au niveau des infrastructures et biens intermédiaires essentiels tout en étant en situation de concurrence sur le marché aval pour la fourniture de biens et services. Ce type de situation se rencontre, entre autres, dans les industries de réseau libéralisées. Pour démontrer qu'il y a ciseau tarifaire, l'autorité de la concurrence peut se fonder sur les prix de gros et de détail⁹⁹. Pour déterminer le prix de gros qui pourrait être considéré comme raisonnable et viable, il lui faut tenir compte de la structure de coûts de l'entreprise intégrée – ce qui n'est pas toujours possible dans le cas d'une entité hybride ou soutenue par l'État¹⁰⁰.
- *Subventionnement croisé*. Le subventionnement croisé entre une mission de service public bénéficiant d'un soutien et une activité économique donne souvent lieu à des craintes de distorsion de la concurrence. S'il ne fait aucun doute que cette pratique peut effectivement fausser les règles du jeu concurrentiel (parce qu'elle constitue un avantage ou un handicap, selon la direction du financement), il reste à savoir si elle constitue une violation du droit de la concurrence et devrait être considérée comme telle ou si elle ne joue qu'un rôle facilitateur (permettant, par exemple, de fixer des prix d'éviction)¹⁰¹ ?

⁹⁶ Pour de plus amples informations, voir la publication de l'OCDE sur l'identification des coûts (2012).

⁹⁷ Voir, par exemple, l'affaire *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), aux États-Unis, et Cour de justice européenne, *France Télécom SA c. Commission des Communautés européennes* (2009).

⁹⁸ Il est possible que ces entreprises (i) ne récupèrent jamais leurs pertes, (ii) les récupèrent beaucoup plus tardivement et plus lentement que les autres acteurs du marché ou (iii) les récupèrent grâce à des activités connexes pour lesquelles elles sont subventionnées ou protégées. Voir, par exemple, la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2009.

⁹⁹ La pratique du ciseau tarifaire est en général réputée illicite lorsque l'écart entre le prix pratiqué en aval par le prestataire intégré (en d'autres termes le prix de détail) et le prix auquel il vend des biens intermédiaires essentiels aux entreprises concurrentes (prix de gros) est tellement faible que lesdits concurrents ne peuvent pas survivre ou rivaliser (table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2009).

¹⁰⁰ Une récente transaction conclue entre le tribunal sud-africain de la concurrence et Telkom, l'opérateur téléphonique intégré historique, offre une illustration des engagements structurels et comportementaux qui ont été pris et ont fait l'objet d'une surveillance dans une affaire de ciseau tarifaire ayant entraîné l'éviction de la concurrence (*Competition Commission v. Telkom SA Ltd*, Affaire n° 11/CR/Feb04 et *Competition Commission v. Telkom SA SOC Ltd* (016865) [2013] ZACT 62, 18 juillet 13).

¹⁰¹ Dans leurs contributions à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée en 2015 par l'OCDE, les pays citent le subventionnement croisé parmi leurs sujets de préoccupation liés à la neutralité concurrentielle. Toutefois, aucune condamnation pour abus de position dominante n'a été prononcée sur la base de ce seul motif.

57. Dans la pratique, les enquêtes portant sur ces différents types d'affaires sont plus faciles à conduire si les pouvoirs publics n'empêchent pas une séparation claire de la gestion comptable des différentes activités exercées par les entités hybrides¹⁰².

4.2.2 Accords restrictifs

58. Divers types d'accords en lien avec l'État ou l'action publique mettent les autorités de la concurrence face à des problèmes délicats.

- *Entité économique unique.* Quel est le critère à retenir pour déterminer (i) si des entités contrôlées par l'État ont agi de manière indépendante par rapport à celui-ci et comme des entités distinctes les unes des autres et (ii) si et dans quelle mesure la coordination entre ces entités est anticoncurrentielle ?
- *Ententes favorables à la neutralité.* Comment faut-il réagir si, du fait que l'État fausse les conditions de concurrence ou ne fixe pas de normes de bien-être minimum, les entreprises se sont entendues sur certaines règles de concurrence (par exemple, en décidant de boycotter collectivement toute tentative de corruption dans le cadre d'appels d'offres donnant habituellement lieu à de telles pratiques, ou en s'entendant sur des salaires minimaux, des droits de pollution ou des normes de qualité et de sécurité) ? Des accords peuvent-ils être anticoncurrentiels tout en favorisant la neutralité concurrentielle ? Comment les autorités de la concurrence doivent-elles réagir à ce type d'accords¹⁰³ ?

4.2.3 Opérations de concentration

59. « La question des critères et solutions à retenir concernant la présence ou l'intervention de l'État dans le contrôle des opérations de concentration reste ouverte partout dans le monde »¹⁰⁴. L'État est parfois directement impliqué dans ces opérations lorsqu'il détient une participation dans les entités qui fusionnent (par exemple dans une entreprise publique) ; il arrive aussi qu'il joue un rôle en tant qu'acteur extérieur, lorsqu'il intervient dans une opération de concentration et s'ingère dans le contrôle de cette opération, par exemple parce qu'elle concerne un secteur stratégique. Lorsque l'État est impliqué, le contrôle des opérations de concentration peut être complexe :

- *Calcul du seuil.* Dans nombre de juridictions, le seuil à partir duquel une opération de concentration est soumise à une obligation de notification repose sur le chiffre d'affaires ou les actifs. Lorsqu'une partie à l'opération est détenue ou contrôlée par l'État, comment le montant du chiffre d'affaires ou des actifs est-il calculé – faut-il retenir le montant des actifs appartenant directement à l'entreprise ou retenir un indicateur plus large prenant en compte l'État ? Le droit de l'Union européenne fournit une indication utile à cet égard : « Il en résulte, dans le secteur public, que, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée par une concentration, il faut 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 »¹⁰⁵.

¹⁰² Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique, 2014.

¹⁰³ Pour une analyse plus approfondie, voir OCDE, *Competition Law and Responsible Business Conduct*, 3^{ème} Forum mondial sur la conduite responsable des entreprises, 18-19 juin 2015, à paraître.

¹⁰⁴ Sokol (2014), p 84.

¹⁰⁵ Règlement du Conseil (CE) n° 139/2004, considérant 22 et Communication juridictionnelle, article IV, paragraphe 5.4. Pour une affaire récente, voir COMP/M.5655 - *SNCF/ LCR/ EUROSTAR*.

- *Entités uniques ou distinctes.* Lorsqu'une opération de concentration ou la création d'une coentreprise concerne deux entités placées sous le contrôle ultime de l'État, doit-elle être considérée comme une opération entre deux parties distinctes ou comme une opération au sein d'une entité unique, auquel cas elle échappe au contrôle auquel sont soumises les opérations de concentration ?
- *Implication des secteurs public et privé.* Les autorités de la concurrence sont-elles ou devraient-elles être compétentes pour soumettre à un contrôle les opérations de concentration suivantes : (re)nationalisation d'une entreprise ou d'un secteur (y compris municipalisation), investissement stratégique, prise de participation minoritaire ou activisme d'actionnaire par l'État et/ou partenariats public-privé¹⁰⁶ ?
- *Analyse des barrières.* L'analyse des barrières porte en général sur les barrières à l'entrée. Faut-il, en présence d'une influence de l'État, examiner d'autres types de barrières ? En effet, si l'intervention de l'État ne crée pas systématiquement des barrières à l'entrée, elle peut entraîner la formation de barrières à la sortie, à la mobilité ou au changement (par exemple à l'innovation) qui ne seraient pas apparues dans une situation de neutralité concurrentielle¹⁰⁷.

4.3 Mesures correctives et sanctions

60. Il n'existe pour l'heure pas d'études sur les mesures correctives et les sanctions dans le contexte des distorsions de la neutralité concurrentielle. Imposer des mesures correctives et des sanctions peut poser certains problèmes lorsque l'État est impliqué. De plus, la question se pose également de savoir si les mesures correctives et les sanctions prévues par le droit de la concurrence peuvent être utilisées pour garantir la neutralité concurrentielle.

4.3.1 Mesures correctives

- Les mesures correctives doivent-elles avoir pour seul but de remédier aux atteintes à la concurrence ou pourraient-elles avoir des objectifs plus ambitieux et viser, plus largement, à rétablir la neutralité concurrentielle¹⁰⁸ ?

¹⁰⁶ Voir, par exemple, Damgé (2014) et la table ronde sur les partenariats public-privé organisée par l'OCDE en 2014.

¹⁰⁷ L'intervention de l'État peut créer des barrières à la sortie et à la mobilité à travers, par exemple, le coût des négociations avec les pouvoirs publics (souvent non récupérable), les normes relatives au travail, l'obligation de conserver les installations, activités ou produits existants, l'acquisition de parts par l'État destinée à assurer la survie d'une entreprise ou d'une activité non rentable dans un secteur stratégique. Pour une analyse plus complète de ces barrières, voir Petit (2015) et Gilbert (1989).

¹⁰⁸ S'agissant des mesures imposées lors de l'opération de concentration entre American Airways et US Airways, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a relevé que « la mesure corrective améliore à maints égards la structure concurrentielle du secteur comparativement à la situation existant avant la fusion, dans laquelle les compagnies aériennes à bas coût étaient, dans une large mesure, privées d'accès aux principaux aéroports. Permettre aux transporteurs à bas coût d'accéder à des actifs rares renforcera ces compagnies au niveau des réseaux et aura des avantages non négligeables pour les passagers sur l'ensemble du territoire des États-Unis » (voir les commentaires des États-Unis au sujet de l'affaire *United States v. US Airways Grp.*, n° 1:13 – cv – 01236, D.D.C., 13 août 2013, dans leur contribution à la table ronde sur la concurrence dans le secteur aérien organisée par l'OCDE en 2014). Très récemment, la Commission européenne a estimé, au sujet des mesures correctives imposées dans le cadre de l'opération de concentration entre la SNCF et Eurostar, que « les engagements proposés abaissent les barrières à l'entrée de nouveaux opérateurs et contribuent ainsi à sécuriser les bénéfices de la libéralisation des services de transport ferroviaire international de passagers pour les consommateurs » (voir le communiqué de presse de l'Union européenne sur l'affaire n° COMP/M.5655 - *SNCF/ LCR/ EUROSTAR*). Voir aussi la

- Quelle est l'incidence des raisons d'intérêt général ou des objectifs de politique publique sur l'ampleur et la nature des mesures correctives imposées ? Quels sont les types de mesures correctives les plus susceptibles de permettre d'atteindre ces objectifs tout en maximisant la concurrence ?
- Les mesures correctives peuvent-elles être imposées à l'État lui-même ? Plus précisément, lorsqu'un moyen de défense tiré de l'obligation imposée par l'État est invoqué avec succès et empêche qu'une mesure corrective ne soit adoptée à l'encontre de l'acteur économique, des mesures correctives peuvent-elles néanmoins être imposées à l'État ? À cet égard, diverses stratégies sont utilisées : actions de sensibilisation destinées à inciter les pouvoirs publics à changer d'approche (États-Unis, par exemple), attribution à l'autorité de pouvoirs lui permettant d'agir directement contre l'intervention ou la réglementation restrictive de l'État (Union européenne), attribution à l'autorité de pouvoirs réglementaires sous la forme d'avis juridiquement contraignants (Mexique, par exemple) ou du pouvoir d'agir en justice contre une réglementation restrictive adoptée par l'État (Italie, par exemple).
- À quels obstacles les autorités de la concurrence se heurtent-elles lorsqu'elles veulent imposer des mesures correctives (par exemple dans le cadre d'opérations de concentration « stratégiques ») dans des situations où l'État a déjà « scellé » l'accord et imposé ses propres conditions ?
- Quelles sont les difficultés rencontrées pour imposer des mesures correctives contre des distorsions dans lesquelles un État *étranger* a joué un rôle ? Les principes de courtoisie internationale et d'immunité souveraine étrangère empêchent-ils l'application du droit de la concurrence¹⁰⁹ ?

4.3.2 *Sanctions*

- Dans quelle mesure les pratiques habituelles en matière d'imposition d'amendes sont-elles de nature à dissuader des entreprises contrôlées par l'État ou bénéficiant de privilèges spéciaux d'adopter un comportement anticoncurrentiel ? Dans la pratique, dans le cas d'une entreprise publique, il peut tout simplement être difficile de calculer le juste montant d'une amende fondée sur le chiffre d'affaires. Quoi qu'il en soit, le problème est surtout qu'une amende imposée à l'entité publique risque de n'avoir aucun effet dissuasif si elle n'est finalement qu'un transfert d'une ligne budgétaire à une autre.
- Lorsque des moyens de défense tirés de l'acte d'État ou fondés sur une conduite réglementée sont invoqués et empêchent l'application du droit de la concurrence, devraient-ils servir de circonstance atténuante aux fins de calcul de l'amende¹¹⁰ ?

Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (2011) et les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique (2014).

¹⁰⁹ Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence (2014), voir également Commission européenne, COMP/39816 – *Gazprom*.

¹¹⁰ OCDE, Table ronde sur les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée (2011).

4.3.3 Réparation civile

- Est-il plus ou moins difficile pour les consommateurs lésés d'obtenir réparation lorsque l'entité concernée est liée à l'État ? Est-il possible aux consommateurs d'attaquer directement l'État lui-même (au lieu de l'entité ou avec l'entité) ?
- Le fait que des exemptions du droit de la concurrence ou des moyens de défense tirés de l'action de l'État soient invoqués et accueillis fait-il aussi obstacle à l'obtention d'une réparation civile ?
- Dans quelle mesure les autorités de la concurrence peuvent-elles faciliter l'obtention d'une réparation civile de la part de l'État ?

5. Conclusion

61. Dans le présent document, nous avons examiné plusieurs aspects de la neutralité concurrentielle du point de vue de ses liens avec le droit et la politique de la concurrence. Le rapport ne se veut pas exhaustif, son objectif étant plutôt de mettre en lumière les domaines dans lesquels le Comité pourrait engager des travaux supplémentaires, compte tenu de la complexité des questions qui sont en jeu sur le plan de la politique de la concurrence et de l'application du droit. La neutralité concurrentielle est un principe *a priori* simple, qui peut sembler facile à faire respecter en théorie. Toutefois, dans la pratique, la mise au point d'un système efficace pour garantir la neutralité concurrentielle se heurte à des problèmes délicats. Certains grands principes sont en jeu. Il faut par exemple trouver un équilibre entre, d'une part, le droit reconnu à l'État de définir des priorités et de choisir entre différents objectifs sociaux et, d'autre part, la nécessité d'éliminer l'incertitude et de garantir une égalité de traitement aux prestataires présents sur les marchés sur lesquels l'État exerce une influence. À cela s'ajoutent des problèmes techniques, par exemple la difficulté d'évaluer s'il y a distorsion alors que les intrants détenus par l'État (équipement, assurance par exemple) ne font pas l'objet d'une comptabilité pleinement transparente et d'une estimation de coût au prix du marché. Il faut enfin résoudre des problèmes juridiques épineux, qui peuvent être aggravés lorsque les affaires en cause concernent plusieurs pays.

62. Certains outils existants peuvent toutefois aider à surmonter ces problèmes. Ainsi, les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques recensent de bonnes pratiques permettant de garantir la transparence et la responsabilité, et accordent une place particulière à la bonne gouvernance d'entreprise. Le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence propose une approche structurée utilisable pour évaluer si une intervention a des effets anticoncurrentiels et si ces effets sont inéluctables (ou si les objectifs de politique publique poursuivis pourraient être atteints par des moyens qui ont moins d'effets de distorsion) et pour estimer le coût des distorsions, ce qui permet aux pouvoirs publics de faire un choix éclairé s'il n'existe pas de meilleure solution que l'abrogation. Différentes juridictions ont adopté des solutions différentes pour résoudre les problèmes pratiques rencontrés pour faire respecter le droit de la concurrence, mais la quasi-totalité d'entre elles affirment au minimum vouloir soumettre les entités publiques au droit de la concurrence, même s'il existe des exemptions et si les pratiques adoptées diffèrent selon les affaires.

63. En conséquence, le Comité pourrait envisager d'identifier les lacunes dans la perspective de travaux ultérieurs. Il pourrait, par exemple, essayer de dégager un consensus sur des principes de nature plutôt technique – tels que le traitement à réserver aux subventions implicites liées aux garanties publiques, ou les modalités à retenir pour évaluer la participation et le contrôle de l'État dans le cadre des opérations de concentration. Il pourrait aussi se pencher sur des approches plus systématiques, par exemple en établissant, à partir des taxonomies présentées, un ensemble plus cohérent d'orientations informelles. Enfin, il pourrait aussi examiner si certains grands principes décrits dans le présent document pourraient servir de base à l'OCDE pour la formulation de recommandations. Le sujet étudié ici est très sensible pour les pouvoirs publics de nombreux pays, mais suscite aussi une inquiétude grandissante. Par conséquent, le

moment est peut-être venu d'examiner si un consensus pourrait se dégager, à tout le moins sur les objectifs et les méthodes à retenir pour évaluer le rôle de l'État sur le marché.

BIBLIOGRAPHIE

OCDE

Comité de la concurrence, *Competition, State Aid and Subsidies*, 2010, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48070736.pdf>.

Comité de la concurrence, *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business - Draft report on OECD and national best practices in competitive neutrality*, 2012, [http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/DAF-COMP\(2012\)7-ENG.pdf?docId=JT03319394&date=1333720501437&documentId=602073&organisationId=1&file Name=JT03319394.pdf](http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/DAF-COMP(2012)7-ENG.pdf?docId=JT03319394&date=1333720501437&documentId=602073&organisationId=1&file Name=JT03319394.pdf).

Comité de la concurrence, Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, Résumé des débats sur les partenariats public-privé, 2014, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2/m\(2014\)2/ann4/final&doclanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2/m(2014)2/ann4/final&doclanguage=fr).

Comité de la concurrence, *Hearing on Competition in Public Private Partnerships*, 2014, <http://www.oecd.org/daf/competition/competitionissuesinpublic-privatepartnerships.htm>.

Comité de la concurrence, *Methods for Allocating Contracts for the Provision of Regional and Local Transportation Services*, 2012, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2013\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2013)12&docLanguage=En).

Comité de la concurrence, *Regulated Conduct Defence*, 2011, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>.

Comité de la concurrence, *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>.

Comité de la concurrence, Table ronde sur la concurrence et la réglementation des professions comptables et connexes, 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/44762253.pdf>.

Comité de la concurrence, Table ronde sur la politique de la concurrence, la politique industrielle et les champions nationaux, 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>.

Comité de la concurrence, Table ronde sur les restrictions à la concurrence dans les professions juridiques, 2007, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/40080343.pdf>.

Comité sur la gouvernance d'entreprise, *A compendium of OECD recommendations, guidance and best practices bearing on competitive neutrality*, 2011, [http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/DAF-CA-SOPP\(2011\)10-ENG.pdf?docId=JT03308849&date=1318410843267&documentId=489255&organisationId=1&file Name=JT03308849.pdf](http://olisweb.oecd.org/vgn-ext-templating/DAF-CA-SOPP(2011)10-ENG.pdf?docId=JT03308849&date=1318410843267&documentId=489255&organisationId=1&file Name=JT03308849.pdf).

Competition and market studies in Latin America 2015: The case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru, 2015, <http://www.oecd.org/competition/competition-and-market-studies-in-latin-america-2015.htm>.

Conseil, Note du Secrétaire général, « *Garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées à l'appui de la croissance et du développement* », rapport de référence pour la Réunion du Conseil au niveau des Ministres de 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).

Documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE, The 2013 update of the OECD's database on product market regulation, 2013, http://www.oecd-ilibrary.org/economics/the-2013-update-of-the-oecd-s-database-on-product-market-regulation_5js3f5d3n2vl-en.

Documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE, *New Indicators of Competition Law and Policy in 2013 for OECD and Non-OECD Countries*, 2013.

Éditions OCDE, *Competitive Neutrality and SOEs: Challenges and Policy Options*, 2011, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kg9xfjgdhg6.pdf?expires=1417531358&id=id&accname=guest&checksum=A7647A965BC1EA33301086D38C3A5DBC>.

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

Forum mondial sur la concurrence, *Les entreprises publiques et la neutralité concurrentielle*, 16-17 février 2012, <http://www.oecd.org/competition/globalforum/2012globalforumoncompetition-programmeanddocuments.htm>.

Forum mondial sur la concurrence, Table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions, 2011, <http://www.oecd.org/competition/sectors/48070736.pdf>.

La concurrence dans le secteur aérien, Note de référence du Secrétariat pour le Comité de la concurrence, juin 2014, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=Fr).

Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques – Projet pour consultation publique, 2014, <http://www.oecd.org/daf/ca/SOE-guidelines-update-draft-text-May-2014-FR.pdf>.

Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques, 2005, <http://www.oecd.org/fr/daf/ae/gouvernancedesentreprisespubliques/34803478.pdf>.

Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence, 2011, <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/assessment-toolkit.htm>.

OCDE, *Panorama des administrations publiques 2011*, <http://www.oecd.org/fr/gov/panoramadesadministrationspubliques2011.htm>.

DAF/COMP(2015)5

Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence, 2014,
<http://www.oecd.org/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm>.

Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés, 2011,
<http://www.oecd.org/daf/competition/50119298.pdf>.

Réunion du Conseil au niveau des Ministres 2012, « Tous à bord : Des politiques en faveur d'une croissance inclusive et de l'emploi » – Conclusions ministérielles RCM 2012,
<http://www.oecd.org/fr/rcm/reunionministerielle2012tousabord-despolitiquesenfaveurdunecroissanceinclusiveetdelemploi.htm>.

Réunion du Conseil au niveau des Ministres 2014, « Des économies résilientes et des sociétés inclusives : donner à chacun les moyens de l'emploi et de la croissance » - Conclusions politiques de la réunion ministérielle de 2014, <http://www.oecd.org/fr/rcm/conclusions-politiques-reunion-conseil-2014.htm>.

Réunion du Conseil au niveau des Ministres, « *L'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées à l'échelle internationale : quels enseignements avons-nous tirés ?* », 2014,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(2014\)20&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(2014)20&docLanguage=Fr).

The size and sectorial distribution of SOEs in OECD and partner countries, 2014
http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/finance-and-investment/the-size-and-sectorial-distribution-of-soes-in-oecd-and-partner-countries_9789264215610-en#page16.

The size and sectorial distribution of SOEs in OECD and partner countries, 2014.
<http://www.oecd.org/daf/ca/size-sectorial-distribution-soes-oecd-partner-countries.htm>.

RIC

RIC, 13th Annual Conference, Special Project Survey and Report by the Moroccan Competition Council on SOEs and competition enforcement,
<http://www.icnmarrakech2014.ma/pdf/ICN2014SpecialProjectSurvey.pdf> (survey) and
http://www.icnmarrakech2014.ma/images/SOE_under_competition_law_Morocco.pdf (report).

FIT

Forum international des transports, *Liberalisation of Air Transportation, Summary: Policy Insights and Recommendations*, 2015, <http://internationaltransportforum.org/Pub/pdf/15Air-Liberlisation-Summary.pdf>.

CNUCED

UNCTAD Research Partnership Platform, « Competitive Neutrality and its Application in Selected Developing Countries », coordonné par Healey D., 2014,
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditceclpmisc2014d1_en.pdf.

JURIDICTIONS

- Afrique du Sud, Guidelines for the Assessment of Public Interest Provisions in Mergers, 2015, <http://www.compcom.co.za/draft-guidelines-for-the-assessment-of-public-interest-provisions-in-mergers-for-public-comment/>.
- Australian Government Competitive Neutrality Guidelines for Managers, 2004, http://www.finance.gov.au/publications/finance-circulars/2004/docs/AGCN_guide_v4.pdf.
- États-Unis, Antitrust Modernization Commission, *Introduction and Recommendations*, 2007, http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/introduction.pdf.
- OMC, Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf.
- Royaume-Uni, Speech given by CMA Chief Executive, Alex Chisholm, at the Fordham Competition Law Institute Annual Conference, 2014, <https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-public-interest-and-competition-based-merger-control>.
- UE, Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, Journal officiel n° C8, 11.01.2012, p. 4-14.
- UE, Communication de la Commission. Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), Journal officiel n° C8, 11.01.2012, p. 15-22.
- UE, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=EN).
- UE, Communiqué de presse, Concentrations: La Commission autorise sous conditions la création de l'entreprise commune « Nouvel Eurostar », 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-755_fr.htm.
- UE, Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, Journal officiel n° L7, 11.01.2012, p. 3-10.
- UE, Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) Journal officiel n° L 024 du 29/01/2004, p. 0001-0022.
- UE, Règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, Journal officiel n° L 114, 26.4.2012, p. 8 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0360&from=EN>.
- UE, State Aid Scoreboard, 2014, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/non_crisis_en.html.

DAF/COMP(2015)5

U.K. Government reaches agreement on the sale of its entire interest in Eurostar for £757.1m, 4 March 2015, <https://www.gov.uk/government/news/uk-government-reaches-agreement-on-the-sale-of-its-entire-interest-in-eurostar-for-7571m>.

DOCUMENTATION

- Aproskie, J., M. Hendriksz et T. Kolobe (2014), « State-Owned Enterprises and Competition – Exception to the Rule », 6 septembre 2014, <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/State-owned-entities-and-competition-8th-Annual-Competition-Conference-2014-Aproskie-Hendriksz-and-Kolobe.pdf>.
- Bona, J. (2015), « My Analysis of the Supreme Court's North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC Decision », 14 mars 2015, The Antitrust Attorney Blog, <http://www.theantitrustattorney.com/2015/03/14/my-analysis-of-the-supreme-courts-north-carolina-state-board-of-dental-examiners-v-ftc-decision/>.
- Bremmer, I. (2010), « The Long Shadow of the Visible Hand », *The Wall Street Journal*, <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704852004575258541875590852>.
- Buigues, P-A. et K. Sekkat (2009), *Industrial Policy in Europe, Japan and the USA*, Palgrave Macmillan, 224 pp., <http://www.palgraveconnect.com/pc/doi/10.1057/9780230244351>.
- Caves, R.E. et M.E. Porter (1977), « From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 91, n° 2 (mai), pp. 241-262, http://www.jstor.org/stable/1885416?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Cheng, T.K., I. Lianos et D.D. Sokol (2014), *Competition and the State*, Stanford University Press, 304 pp., <http://www.sup.org/books/title/?id=22638>.
- Damgé, M. (2014), « Participations: les mauvais comptes de l'Etat actionnaire », *Le Monde*, 4 novembre 2014, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/11/04/participations-les-mauvais-comptes-de-l-etat-actionnaire_4509167_4355770.html.
- de Wit, J. (2013), « Unlevel playing field? Ah yes, you mean protectionism », *Journal of Air Transport Management*, n° 1-8.
- Ezrachi, A. (2012), *Research Handbook on International Competition Law*, Oxford University, Edward Elgar Publishing.
- Fox, E. et D. Healey (2013), « When the State Harms Competition - The Role for Competition Law », *NYU Law and Economics Research Paper*, n° 13-11, avril 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2248059.
- Gilbert, R.J., « Mobility Barriers and the Value of Incumbency », *Handbook of Industrial Organization*, Schmalensee R. and Willig R.D. (eds), chapter 8, Volume 1, 1989, pp. 476-535.
- Guniganti, P. (2015), « NC Dental could affect regulations, enforcers say », *Global Competition Review*, 20 avril 2015, <http://globalcompetitionreview.com/usa/article/38444/nc-dental-affect-regulations-enforcers-say>.
- Italianer, A. (2015), « Market Opening: Regulation vs Competition? », 48th Innsbruck Symposium, 19 février 2015, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2015_01_en.pdf.
- Kalinowski, J., P. Sullivan, M. McGuirl, R. Folsom et F. Fine (2015), *The Doctrines of Exclusive (Implied Repeal) and Primary Jurisdiction: Antitrust Exemptions for Regulated Industries*, Antitrust Laws and Trade Regulation, 2^e édition, LexisNexis.

- Koske, I., et al. (2015), « The 2013 update of the OECD's database on product market regulation: Policy insights for OECD and non-OECD countries », Documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE, n° 1200, Éditions OCDE, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/5js3f5d3n2vl-en>.
- Markman, T. (2015), « Comair goes to war against state-owned airline bail-outs », Business Day LIVE, 23 avril 2015, <http://www.timeslive.co.za/local/article14676111.ece>.
- McCarthy, D. (2012), « State Capitalism and Competitive Neutrality », US Department of State, mars 2012, <http://www.state.gov/e/eb/rls/rm/2012/181520.htm>.
- Neven, D. (2010), « Ownership, performance and national champions », dans Matutes, A. et T. Moreira (dir. pub.), *Competition Law and Economics*, chap. 20, Edward Elgar Publishing.
- Orbach, B. (2014), « The Implied Antitrust Immunity », *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n° 14-16, 8 juin 2014, <http://ssrn.com/abstract=2447718> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447718>.
- Petit, N. (2015), « State-created Barriers to Exit? The Example of the Acquisition of Alstom by General Electric », Université de Liège, Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2521378.
- Rubin, J. (2005), « Regulation-based Antitrust Quasi-Immunity », American Antitrust Institute, pp. 1-12, <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-exemc/pdf/05-course-materials.pdf>.
- Smith, P. (2015), « Africa: Public Interest Factors in Competition Decisions », *Global Competition Review*, <http://globalcompetitionreview.com/reviews/68/sections/234/chapters/2714/africa-public-interest-factors-competition-decisions>.
- Tirole, J. (2015), Market Failures and Public Policy, *American Economic Review*, vol. 105, n° 6, pp. 1665-1682, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.15000024>.
- Tretheway, M. et R. Andriulaitis (2015), « What do we mean by a Level Playing Field in International Aviation ? », *ITF Discussion Paper*, février 2015, <http://internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201506.pdf>.
- Vane, H. (2015), « Lasserre: Welcome SOEs into competitive markets », *Global Competition Review*, 30 mars 2015.
- Virtanen, M. et P. Valkama (2009), « Competitive Neutrality and Distortion of Competition: A Conceptual View », in *World Competition*, vol. 32, n° 3, pp. 393-407, <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=WOCO2009037>.