

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Forum mondial sur la concurrence****LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES ENTREPRISES PUBLIQUES**

- Note de référence du Secrétariat -

**30 novembre 2018**

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE en tant que note de référence à l'appui de la Session V du 17<sup>e</sup> Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 29 et 30 novembre 2018.

*Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.*

D'autres documents relatifs à cette discussion sujet sont disponibles à l'adresse suivante : [oe.cd/cenp](http://oe.cd/cenp).

Veuillez contacter Mme Carolina Abate [E-mail: [Carolina.Abate@oecd.org](mailto:Carolina.Abate@oecd.org)] ou Mme Lynn Robertson [E-mail: [Lynn.Robertson@oecd.org](mailto:Lynn.Robertson@oecd.org)], pour toute question relative à ce document.

**JT03446424**

## *Table des matières*

<b>Le droit de la concurrence et les entreprises publiques - Note de référence du Secrétariat - .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>5</b>
<b>2. Application du droit de la concurrence et neutralité concurrentielle.....</b>	<b>5</b>
2.1. Les entreprises publiques : vue d'ensemble.....	5
2.2. Application du droit de la concurrence et neutralité concurrentielle .....	7
<b>3. Application du droit de la concurrence et entreprises publiques.....</b>	<b>8</b>
3.1. Rôle des exemptions et des moyens de défense.....	8
3.2. Possibilité pour les entreprises publiques d'invoquer le moyen de défense tiré de la doctrine de l'action de l'État.....	11
3.3. Difficultés rencontrées pour l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques.....	13
3.3.1. Présentation .....	13
3.3.2. Difficultés pratiques communes.....	14
3.3.3. Difficultés rencontrées en cas d'implication d'entreprises publiques dans un comportement anticoncurrentiel unilatéral.....	15
3.3.4. Difficultés rencontrées lorsqu'une entreprise publique est partie à une fusion.....	20
3.3.5. Difficultés liées à la participation d'entreprises publiques à des accords collusoires .....	22
<b>4. Les autorités de la concurrence interviennent-elles trop peu (ou trop) contre les entreprises publiques nationales ? .....</b>	<b>24</b>
<b>5. Existe-t-il des obstacles supplémentaires lorsque les entreprises publiques concernées sont étrangères ? .....</b>	<b>28</b>
<b>6. Conclusion.....</b>	<b>31</b>
<b>Notes de fin.....</b>	<b>33</b>
Bibliographie .....	41

### **Graphiques**

Graphique 1. Répartition sectorielle des entreprises publiques selon le montant de leur capital, pays de l'échantillon, hors Chine (fin 2015).....	6
Graphique 2. Application du droit de la concurrence aux entreprises publiques/à l'État .....	10

## Encadrés

Encadré 1. Exemption de responsabilité en droit de la concurrence en faveur des entreprises publiques : exemples nationaux.....	9
Encadré 2. Shenzhen Tally .....	11
Encadré 3. Affaire de la vitamine C .....	12
Encadré 4. Subventionnement croisé .....	15
Encadré 5. Prix bas en présence d'un soutien de l'État : prix d'éviction ou atteinte à la neutralité concurrentielle ? .....	16
Encadré 6. Deutsche Post .....	17
Encadré 7. NTV.....	19
Encadré 8. L'expérience de la Commission européenne.....	21
Encadré 9. ESSA/Mitsubishi .....	23
Encadré 10. Exemples d'affaires .....	24
Encadré 11. GE China/Shenhua .....	25
Encadré 12. Ferrovie dello Stato .....	26
Encadré 13. L'enquête européenne visant Gazprom .....	28
Encadré 14. EDF/CGN/NNB Group of Companies.....	29

## *Le droit de la concurrence et les entreprises publiques*

*- Note de référence du Secrétariat\* -*

*Ces dernières années, les entreprises publiques ont étendu la portée de leurs activités jusqu'à se transformer en acteurs mondiaux de premier plan. Comme ces entreprises sont présentes dans des secteurs essentiels, souvent en cours de libéralisation, et sont nombreuses à s'engager dans des activités commerciales pour lesquelles elles sont en concurrence avec des entreprises privées, les autorités s'efforcent d'intervenir avec efficacité pour qu'elles respectent le droit de la concurrence.*

*Les autorités de la concurrence font preuve de volontarisme, engageant des procédures contre des entreprises publiques et leur infligeant des sanctions lorsqu'elles concluent à leur responsabilité, mais elles se heurtent à divers obstacles en raison des spécificités de ces entités. Ces difficultés ont trait, par exemple, à la nécessité de prendre en compte la mission de service public assignée à ces entreprises dans l'évaluation de leur comportement, à la définition du périmètre du groupe de l'entreprise publique et au calcul du chiffre d'affaires. De ce fait, il existe un risque de sous-application de la loi, qui se pose avec plus d'acuité encore dans les affaires dans lesquelles sont impliquées des entreprises publiques étrangères.*

*Pour protéger les consommateurs, l'intervention des autorités de la concurrence doit être neutre, en ce sens qu'elle ne doit être influencée ni par le statut ni par la nationalité des parties. Même s'il est toujours possible que les spécificités des entreprises publiques conduisent à une application insuffisante ou excessive du droit de la concurrence, un cadre d'analyse fondé sur les effets constitue un outil assez souple pour permettre de surmonter les écueils identifiés en matière d'analyse. Quant aux difficultés pratiques, elles peuvent être surmontées également, pour peu que les autorités de la concurrence aient les moyens d'ouvrir et de mener à bien les enquêtes nécessaires.*

---

\* Cette note a été rédigée par Carolina Abate et a bénéficié des commentaires de Chris Pike et Antonio Capobianco, Chef par intérim de la Division de la concurrence de l'OCDE.

## 1. Introduction

1. Le comportement anticoncurrentiel d'entreprises publiques pouvant être aussi préjudiciable que les restrictions de concurrence dues aux entreprises privées, les pouvoirs publics et les autorités de la concurrence reconnaissent désormais que l'instauration de règles du jeu équitables passe par une application neutre<sup>1</sup> et rigoureuse du droit de la concurrence<sup>2</sup>.

2. Les entreprises publiques qui sont impliquées dans des accords anticoncurrentiels, des fusions ou des comportements anticoncurrentiels font régulièrement l'objet de poursuites dans les juridictions dotées d'un droit de la concurrence bien établi. Toutefois, les autorités de la concurrence qui conduisent ces enquêtes se heurtent parfois à des difficultés liées aux spécificités de ces entreprises. Il s'ensuit un risque de sous-application de la loi au niveau interne, risque qui ne fait que s'accroître pour les enquêtes impliquant des entreprises publiques étrangères.

3. À partir d'une analyse d'affaires survenues dans différents pays, ce document décrit divers comportements anticoncurrentiels des entreprises publiques. Il présente les principales difficultés auxquelles se heurtent les autorités de la concurrence dans ce type d'affaires ainsi que les facteurs qui en sont à l'origine et indique si et pourquoi elles peuvent se traduire par une application insuffisante de la loi.

4. Ce document est structuré comme suit. La section 2 fournit une vue d'ensemble de la nature et de la taille des entreprises publiques, ainsi que du rôle que peut jouer le droit de la concurrence en matière de neutralité concurrentielle et des limites de ce rôle. La section 3 décrit les difficultés rencontrées pour engager des actions contre les entreprises publiques et analyse des affaires dans lesquelles des entreprises publiques ont été impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles unilatérales, des fusions et des comportements collusoires, ainsi que les difficultés auxquelles sont confrontées les autorités de la concurrence. La section 4 porte sur le risque d'insuffisance des interventions contre les entreprises publiques, tandis que la section 5 décrit les problèmes rencontrés pour intervenir afin que les entreprises publiques étrangères respectent le droit de la concurrence et les préoccupations qui en résultent. La section 6 fait office de conclusion.

## 2. Application du droit de la concurrence et neutralité concurrentielle

### 2.1. Les entreprises publiques : vue d'ensemble

5. Les entreprises publiques sont des entreprises contrôlées à des degrés divers par l'État. Leur statut juridique<sup>3</sup> et leur orientation commerciale est variable, de même que la structure de l'actionnariat. La question du contrôle<sup>4</sup> exercé par l'État est cependant centrale, étant donné que c'est ce contrôle qui définit l'entreprise publique<sup>5</sup>.

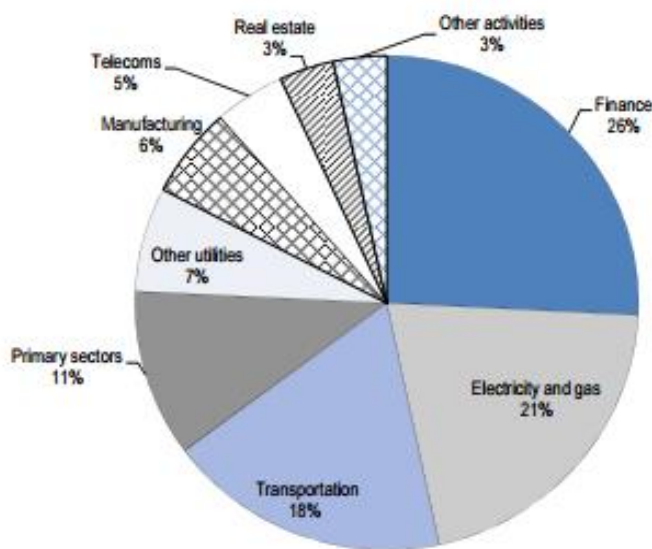
6. Les entreprises publiques ont vu leur place dans l'économie évoluer ces dernières décennies du fait que dans beaucoup de pays et dans différents marchés, l'État a cédé ses participations. Elles continuent cependant de jouer un grand rôle dans de nombreux pays, en particulier dans les économies émergentes. S'appuyant sur un échantillon de 40 pays développés et émergents<sup>6</sup>, la publication OCDE (2017)<sup>7</sup> estime que les entreprises publiques emploient plus de 9.2 millions de personnes<sup>8</sup> et représentent 2 400 milliards USD. Qui plus est, ces chiffres ne tiennent pas compte des entreprises

publiques de la République populaire de Chine (Chine), qui emploient à elles seules environ 20.2 millions de personnes et sont valorisées à 29 200 milliards USD.

7. Dans la plupart des pays développés, les entreprises publiques sont souvent moins nombreuses au niveau national en raison des mesures de privatisation mises en œuvre par le passé<sup>9</sup>. Néanmoins, dans ces pays, elles ont généralement une valeur moyenne individuelle élevée et sont présentes dans des secteurs stratégiques clés de l'économie, par exemple les services d'utilité publique, les transports, les télécommunications et la finance. Ainsi, même lorsqu'elles sont peu nombreuses, les entreprises publiques peuvent jouer un grand rôle parce que des pans entiers du secteur privé dépendent de ces secteurs stratégiques, si bien qu'une forte proportion de la population est touchée par leur comportement.

8. Ces dernières années, sous l'effet de la mondialisation croissante des marchés, les entreprises publiques ont étendu la portée de leurs activités jusqu'à se transformer en acteurs mondiaux de premier plan<sup>10</sup>. En conséquence, leurs activités peuvent désormais avoir une forte incidence sur la concurrence, les échanges et l'investissement à l'échelle mondiale.

**Graphique 1. Répartition sectorielle des entreprises publiques selon le montant de leur capital, pays de l'échantillon, hors Chine (fin 2015)**



**Légende :** Immobilier (3 %), Autres activités (3 %), Finances (26 %), Électricité et gaz (21 %), Transport (18 %), Secteurs primaires (11 %), Autres services d'utilité publique (7 %), Industrie manufacturière (6 %), Télécommunications (5 %)

Source : OCDE (2017), *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*, Éditions OCDE, Paris.

9. L'existence d'entreprises publiques est justifiée par des raisons très diverses, de nature économique, sociale, politique et stratégique, susceptibles de varier selon les juridictions. À l'origine, les entreprises publiques ont souvent été créées pour fournir des biens et services publics dans un contexte où un monopole naturel ou des défaillances du marché auraient conduit à ce que ces biens et services soient fournis en quantité insuffisante. Toutefois, comme le montre le graphique 2.1, elles exercent leur activité dans des secteurs très divers, où elles coexistent avec des entreprises privées.

10. De plus, en particulier dans les économies émergentes, les entreprises publiques jouent souvent un rôle dans les stratégies nationales de développement et peuvent être utilisées par les pouvoirs publics comme un levier pour la mise en œuvre d'une politique industrielle fondée sur l'innovation, pour la création d'emplois ou la protection de la sécurité nationale.

11. Bien qu'il n'existe pas de définition universellement admise des entreprises publiques<sup>11</sup>, certaines caractéristiques les distinguent des entreprises privées, avec lesquelles elles sont souvent en concurrence. Comme indiqué plus haut, beaucoup d'entreprises publiques poursuivent d'autres objectifs que la seule maximisation des bénéfices, notamment des objectifs de politique publique. Elles peuvent donc avoir des obligations et des contraintes que les entreprises privées n'ont pas. L'obligation d'universalité des services et les contraintes en matière de recrutement, de salaires et de primes ou encore d'emprunt en sont des exemples.

12. Les entreprises publiques peuvent également jouir d'avantages liés à leur statut public, par exemple percevoir des subventions directes ou indirectes, bénéficier d'allègements fiscaux, être soumises à des contraintes budgétaires plus souples, avoir accès au crédit à des conditions préférentielles ou encore à des informations qui ne sont pas pleinement accessibles aux entreprises privées<sup>12</sup>.

13. Il arrive en outre qu'elles bénéficient de privilèges et d'immunités, par exemple d'une exemption des règles de la concurrence ou de régimes réglementaires. Elles peuvent aussi être exemptées des règles relatives à la faillite et souvent, le transfert de propriété est plus difficile que dans le cas d'entreprises privées.

14. Dans les marchés où elles sont en concurrence avec des entreprises privées, ces caractéristiques peuvent leur conférer des avantages concurrentiels non négligeables, qui peuvent avoir d'importantes conséquences sur les marchés et le fonctionnement de la concurrence dans différentes juridictions, en particulier dans un contexte de mondialisation et de multiplication des opérations transfrontalières.

## 2.2. Application du droit de la concurrence et neutralité concurrentielle

15. La neutralité concurrentielle peut être compromise par l'octroi de subventions sélectives et autres formes de soutien, par l'adoption (ou l'application) de règles favorables en matière de marchés publics et d'une réglementation des marchés et de règles de gouvernance favorables. Les juridictions qui cherchent à éliminer ces risques de remise en cause de la neutralité concurrentielle font appel à différentes règles et divers outils.

16. À travers leurs pouvoirs répressifs et leurs actions de sensibilisation, les autorités de la concurrence peuvent contribuer à instaurer des règles du jeu équitables. Toutefois, elles ne peuvent en principe utiliser leurs pouvoirs répressifs que dans des affaires où le *comportement* des entreprises publiques (ou privées) est contraire au droit de la concurrence. Leur intervention ne permet donc pas de remédier à **toutes les distorsions de concurrence** susceptibles de favoriser (ou de pénaliser) les entreprises publiques.

17. Tout comme leurs concurrentes privées, les entreprises publiques ont la tentation et la capacité de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles, que ce soit dans leur propre juridiction ou à l'étranger<sup>13</sup>. Cependant, les avantages dont elles bénéficient parfois peuvent leur conférer un pouvoir de marché, et le fait qu'une forte proportion de la population dépende des biens et services qu'elles fournissent peut accroître les préjudices qu'elles causent lorsqu'elles ont un comportement anticoncurrentiel.

18. Pour comprendre la capacité et la motivation des entreprises publiques à entraver la concurrence, il est utile de tenir compte de plusieurs facteurs. Premièrement, il est possible qu'elles soient plus préoccupées par l'augmentation de la production et de leur chiffre d'affaires que par la maximisation des bénéfices<sup>14</sup>. La raison peut en être qu'elles ont souvent pour objectif, entre autres, la production de biens essentiels, la fourniture de biens intermédiaires industriels indispensables ou la création d'emplois.

19. Il ne faut cependant pas en conclure qu'elles ne peuvent pas être tentées de se livrer à des comportements visant à ériger des barrières à l'entrée et à évincer les concurrents pour atteindre plus facilement leurs objectifs en restreignant la concurrence. Elles peuvent par exemple augmenter leur production en choisissant, plutôt que de jouer le jeu d'une concurrence par les mérites, d'adopter une stratégie consistant à fixer un prix temporairement inférieur aux coûts de production afin d'exclure un concurrent<sup>15</sup>.

20. De surcroît, par leur nature même et en raison des avantages dont elles jouissent parfois – contraintes budgétaires plus souples et possibilité de subventionnement croisé entre les activités exercées sur les marchés concurrentiels et celles exercées sur des marchés monopolistiques, par exemple –, elles sont parfois en meilleure position pour se livrer durablement à ces pratiques anticoncurrentielles. Enfin, leurs choix et leur comportement peuvent être influencés par le fait qu'elles bénéficient ou ont le sentiment de bénéficier de la protection et de l'aide de l'État, même lorsqu'elles se livrent à un comportement anticoncurrentiel.

21. Les interventions répressives visant à remédier à certaines atteintes à la neutralité concurrentielle revêtent une importance particulière dans les secteurs libéralisés depuis peu, comme celui des services d'utilité publique, parce que les opérateurs publics historiques qui exerçaient un monopole d'État peuvent chercher à protéger leur situation de monopole en adoptant un comportement anticoncurrentiel, souvent unilatéral, ce qui risque *in fine* de nuire au processus de libéralisation.

22. Enfin, dans certains cas, la volonté d'atteindre les objectifs de politique publique peut être à l'origine d'une restriction de la concurrence<sup>16</sup>. En pareil cas, les entreprises publiques peuvent faire valoir que leurs pratiques sont nécessaires pour honorer les obligations qui leur sont imposées par les pouvoirs publics.

23. Bien que les entreprises publiques soient par nature différentes des entreprises privées, il ne faut pas en déduire qu'elles sont plus susceptibles de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles que les entreprises privées. Toutefois, comme elles ont dans certaines circonstances la tentation et la capacité de nuire à la concurrence et au bien-être des consommateurs, il est important de garantir que le cadre du droit de la concurrence dans lequel elles exercent leurs activités est le même que celui qui régit les activités des entreprises privées et que les autorités de la concurrence peuvent faire respecter ce droit de manière neutre.

### 3. Application du droit de la concurrence et entreprises publiques

#### 3.1. Rôle des exemptions et des moyens de défense

24. Les interventions visant à faire respecter le droit de la concurrence peuvent remédier à certaines des atteintes à la neutralité concurrentielle dues aux entreprises publiques nationales et étrangères. Toutefois, ces interventions ne sont efficaces que si elles-mêmes sont neutres, autrement dit si elles sont identiques quels que soient

l'actionnariat, la nationalité, le statut juridique ou financier de l'entreprise. Or, cette condition peut être difficile à respecter, pour diverses raisons.

25. Malgré un consensus général sur l'idée que le droit de la concurrence doit s'appliquer aux acteurs du marché qui ont une activité économique, qu'ils soient publics ou privés, il existe dans différentes juridictions des exemptions qui protègent du droit de la concurrence certaines conduites, certains secteurs ou certaines entreprises, par exemple les entreprises publiques, ce qui nuit à la neutralité concurrentielle.

**Encadré 1. Exemption de responsabilité en droit de la concurrence en faveur des entreprises publiques : exemples nationaux**

- Dans l'**Union européenne (UE)**, l'article 106 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit une exemption étroite du droit de la concurrence au bénéfice des « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général<sup>17</sup> ou présentant le caractère d'un monopole fiscal ». Toutefois, cette exemption n'entre en jeu que si l'application des règles européennes relatives à la concurrence risque de faire « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».
- En **Hongrie**, depuis un amendement apporté en 2013 à la loi sur la concurrence, le gouvernement peut dispenser les concentrations des obligations imposées dans le cadre du contrôle des fusions dès lors qu'elles ont une importance stratégique sur le plan national et servent l'intérêt général<sup>18</sup>. Cette exemption a été appliquée dans plusieurs affaires, en particulier dans le secteur des services d'utilité publique, et elle est généralement utilisée pour des opérations qui impliquent des entreprises publiques. Ainsi, en 2016, le gouvernement a exempté une fusion entre le fournisseur public d'électricité et une société du secteur de l'énergie.

26. En particulier, en cas de comportement anticoncurrentiel, il faudrait que les entreprises publiques fassent l'objet d'une évaluation reposant sur les mêmes critères que ceux appliqués aux entreprises privées<sup>19</sup>. Les exemptions qui mettent les entreprises publiques à l'abri du droit de la concurrence risquent de fausser la concurrence sur le marché et permettent aux entreprises publiques d'abuser de leur pouvoir de marché au détriment des consommateurs.

27. Le rôle et la pertinence des exemptions sont extrêmement variables d'un pays à l'autre. Alors que les entreprises publiques sont généralement soumises au droit de la concurrence dans les pays de l'OCDE, l'application de divers types d'exemptions peut être préoccupante<sup>20</sup> dans les pays en développement et les pays émergents, certaines lois sectorielles empêchant l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques, comme le montre le graphique 2.

28. D'après l'enquête et le rapport du Réseau international de la concurrence (RIC) sur les entreprises publiques et l'application du droit de la concurrence (2014)<sup>21</sup>, 34 % des pays qui ont répondu accordent des exemptions aux entreprises publiques investies d'obligations de service public, 17 % aux entreprises publiques qui exercent leur activité dans un secteur réglementé et 6 % aux entreprises publiques présentes dans des secteurs stratégiques.

**Graphique 2. Application du droit de la concurrence aux entreprises publiques/à l'État**

Pays ou juridiction	Le droit de la concurrence exige que l'entreprise publique ou dans laquelle l'État détient un intérêt exerce une activité	Le droit de la concurrence couvre les entités bénéficiant de droits et privilèges spéciaux ou exclusifs (entreprises publiques ou non)	Le droit de la concurrence exempte totalement ou partiellement les services d'intérêt économique général ou assimilé	Une loi, sectorielle ou autre, empêche l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques ou aux autorités administratives	La loi est appliquée aux entreprises publiques ou dans lesquelles l'État détient un intérêt
Australie	Oui	Oui			Oui
Barbade	Oui	Oui		Oui	Oui
Brésil		Oui			Oui
Corée			Oui*	Oui	Oui
Chine (République populaire de)	Oui	Oui*	Oui*	Oui	Oui
Espagne	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
États-Unis	Oui*	Oui			Oui
France	Oui	Oui	Oui		Oui
Grèce	Oui	Oui*			Oui
Guyane				Oui	
Hong Kong, China	Oui*	Oui*	Oui*	Oui	**
Hongrie	Oui	Oui*		Oui	Oui
Inde		Oui*	Oui		Oui
Italie	Oui	Oui*	Oui		Oui
Jamaïque				Oui	
Japon	Oui	Oui			Oui
Kazakhstan	Oui	Oui	Oui*	Oui	Oui
Kenya	Oui	Oui*			Oui
Lithuanie	Oui	Oui		Oui	Oui
Malaisie	Oui		Oui	Oui	**
Maurice	Oui	Oui*	Oui*		Oui
Mexique	Oui	Oui		Oui	Oui
Pakistan	Oui				Oui
Pérou	Oui	Oui			Oui
Pologne	Oui		Oui	Oui	Oui
Russie	Oui	Oui		Oui	Oui
Serbie	Oui	Oui*			Oui
Seychelles	Oui	Oui*	Oui*		Oui
Singapour	Oui*	Oui*	Oui	Oui	Oui
Suède	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Suisse	Oui			Oui	Oui
Trinité-et-Tobago	Oui	Oui		Oui	Oui
Tunisie	Oui				Oui
Turquie		Oui		Oui	Oui
UE	Oui	Oui*	Oui		Oui*

Note : \* Application partielle. Par exemple, le droit de la concurrence s'applique pour autant qu'il n'empêche pas l'exercice des activités. \*\* Loi récente ; il est trop tôt pour donner des chiffres sur son application.

Source : Fox et Healey (2013), « When the state harms competition – the role for competition law », New York University Law and Economics Working Papers, Paper 336.

### 3.2. Possibilité pour les entreprises publiques d'invoquer le moyen de défense tiré de la doctrine de l'action de l'État

29. Même en l'absence d'exemption générale officielle, il peut être plus facile aux entreprises publiques qu'aux entreprises privées de justifier leurs pratiques anticoncurrentielles en faisant valoir qu'elles ont agi sur ordre de l'État<sup>22</sup>. Les entreprises publiques peuvent invoquer la défense tirée de la doctrine de l'action de l'État pour éviter que leur responsabilité soit mise en cause au titre d'un comportement anticoncurrentiel qui a été imposé ou autorisé par l'État.

30. Elles peuvent invoquer ce moyen si certaines conditions, prescrites par la législation en vigueur<sup>23</sup>, sont satisfaites et elles sont en principe tenues de fournir des preuves suffisantes pour démontrer qu'elles ont agi sur ordre de l'État.

31. Par exemple, les tribunaux de l'UE admettent qu'une entreprise ne peut être tenue pour responsable d'un comportement anticoncurrentiel si celui-ci lui a été imposé par une mesure publique et si elle n'a pas la faculté d'adopter un comportement autonome. Les entreprises tombent néanmoins sous le coup du droit de la concurrence de l'UE et peuvent se voir infliger une amende si la législation nationale « se limite à inciter ou à faciliter l'adoption, par les entreprises, de comportements anticoncurrentiels autonomes »<sup>24</sup>.

32. Aux États-Unis, les conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit possible d'invoquer le moyen de défense tiré de la doctrine de l'action de l'État ont été définies par la Cour suprême dans son arrêt *Parker contre Brown*<sup>2526</sup>, dans lequel elle a dit qu'un comportement anticoncurrentiel ne tombait pas sous le coup du droit de la concurrence lorsque deux conditions étaient simultanément réunies. Premièrement, le comportement doit résulter d'une « politique publique clairement formulée et exprimée » et deuxièmement, il doit faire l'objet d'une « surveillance active de l'État ». Dans des affaires ultérieures, les tribunaux américains ont précisé ces deux conditions et en ont clarifié l'interprétation<sup>27</sup>.

33. En pratique, une utilisation abusive du moyen tiré de la doctrine de l'action de l'État peut conduire à une application insuffisante du droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence doivent pouvoir prévoir ce risque et évaluer de manière rigoureuse, au cas par cas, s'il y a lieu d'écarter ce moyen ou non, comme l'a fait l'autorité chinoise dans une enquête portant sur une entente sur les prix<sup>28</sup>.

#### Encadré 2. Shenzhen Tally<sup>29</sup>

La possibilité d'invoquer le moyen de défense tiré de l'entité unique pour justifier une entente a été analysée par l'Administration d'État chinoise pour la réglementation des marchés (SAMR)<sup>30</sup> dans l'affaire Shenzhen Tally<sup>31</sup>. En juillet 2018, l'autorité a sanctionné les entreprises China Ocean Shipping Tally Shenzhen et China United Tally (Shenzhen)<sup>32</sup> pour entente sur les prix et cloisonnement du marché, rejetant les moyens tirés de l'entité unique qu'elles invoquaient.

Les parties faisaient valoir que la loi antimonopole ne s'appliquait pas à leur comportement parce qu'elles appartenaient au même groupe. La SAMR a cependant estimé que même si chacune des sociétés était détenue à 50 % par China Merchants Logistics, les autres actionnaires n'étaient pas les mêmes et surtout, les deux parties étaient indépendantes du point de vue de leurs opérations et étaient en apparence en concurrence l'une avec l'autre.

De plus, de nouvelles règles instaurées par le gouvernement en 2002 et 2015 pour accroître l'entrée sur le marché et limiter la propriété conjointe<sup>33</sup> ont conforté la SAMR dans sa décision d'écarter le moyen tiré de l'entité unique compte tenu des circonstances spécifiques de l'espèce.

China Ocean Shipping Tally Shenzhen et China United Tally (Shenzhen) firent également valoir qu'elles recevaient des ordres de l'État pour la fixation de leurs tarifs et qu'elles ne pouvaient donc pas faire l'objet de poursuites pour entente sur les prix. L'autorité a écarté cet argument, estimant que même en présence de ce type d'intervention de l'État, les entreprises n'avaient pas le droit de s'entendre et qu'elles devaient décider de leur comportement sur le marché de manière indépendante.

34. Le recours au moyen de défense tiré de l'action de l'État peut poser un problème particulièrement délicat si les entreprises publiques étrangères visées par l'enquête font valoir que le comportement anticoncurrentiel qui leur est reproché est une conséquence de leur législation nationale. En pareil cas, les autorités de la concurrence sont contraintes d'examiner la législation étrangère dans le cadre de l'enquête et il n'est pas exclu que des pressions politiques s'exercent sur elles pour qu'elles prennent en compte l'ensemble de la relation diplomatique avec l'État en question.

35. La récente affaire de la vitamine C, qui est toujours en cours, offre une illustration intéressante de l'utilisation par une entreprise publique étrangère du moyen de défense tiré de l'action de l'État.

### Encadré 3. Affaire de la vitamine C

En 2013, un jury du tribunal de première instance du district Est de New York<sup>34</sup> a estimé que les laboratoires pharmaceutiques publics chinois North China Pharmaceutical Group Corp. et Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. s'étaient rendus coupables d'entente sur le prix de la vitamine C exportée par la Chine aux États-Unis et a attribué des dommages et intérêts à Animal Science Products Inc., The Ranis Co. Inc. et Magno-Humphries Laboratories Inc., acheteurs implantés aux États-Unis.

Les deux entreprises publiques chinoises<sup>35</sup> ont cependant interjeté appel de cette décision, faisant valoir que leur comportement collusif avait été ordonné par le gouvernement chinois et ne pouvait donc pas donner lieu à des poursuites sur le fondement du droit américain de la concurrence.

Elles ont reçu le soutien plein et entier du ministère chinois du Commerce, qui a souscrit à l'interprétation que les parties faisaient du droit chinois et a insisté sur le fait qu'il ne leur était pas possible de se conformer au droit des États-Unis parce que le droit chinois les obligeait à s'entendre sur les prix à l'exportation<sup>36</sup>.

En 2016, la cour d'appel de la deuxième circonscription a rendu un arrêt<sup>37</sup> infirmant la décision de 2013 pour des motifs liés à la courtoisie internationale<sup>38</sup>. Elle a estimé que le tribunal de première instance n'aurait pas dû attribuer de dommages et intérêts et aurait dû faire droit aux arguments du gouvernement chinois concernant la législation chinoise et conclure que les entreprises publiques en cause étaient effectivement légalement tenues de s'entendre sur le prix des produits exportés aux États-Unis.

Enfin, elle est parvenue à la conclusion suivante : « d'un point de vue juridique, les intérêts de la Chine l'emportent sur ceux que peuvent avoir les États-Unis à faire respecter le droit de la concurrence en l'espèce » étant donné que « la Chine a un intérêt puissant à ce que ses politiques protectionnistes soient appliquées et que ses politiques sont en conflit direct avec les lois des États-Unis en matière de concurrence ».

Toutefois, la partie qui avait obtenu des dommages et intérêts, soutenue par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis<sup>39</sup> et la Chambre de commerce des États-Unis, a saisi la Cour suprême<sup>40</sup>, qui a infirmé à l'unanimité l'arrêt de la cour d'appel<sup>41</sup>.

Dans son arrêt, la Cour suprême a dit qu'« un juge fédéral [devait] certes tenir dûment compte des conclusions d'un gouvernement étranger, mais n'[était] en rien tenu de faire droit à ses arguments »<sup>4243</sup>.

Elle a également souligné que le poids à accorder à ces arguments était variable selon les circonstances spécifiques de l'espèce et dépendait de critères tels que « la clarté des arguments, leur exhaustivité et les éléments fournis à l'appui ; le contexte dans lequel ils s'inscrivent et leur finalité ; la transparence de l'ordre juridique étranger ; le rôle et le pouvoir dont est investi l'entité ou le fonctionnaire qui fait valoir les arguments et la cohérence de ces arguments avec les positions sur la loi adoptées par le passé par le gouvernement ».

En conséquence, jugeant que la cour d'appel avait appliqué à mauvais escient le principe de déférence, la Cour suprême a cassé l'arrêt et a renvoyé l'affaire devant la juridiction de second degré pour qu'elle soit réexaminée.

Bien que cette affaire n'ait pour l'heure pas été définitivement tranchée, l'arrêt de la Cour suprême présente un grand intérêt pour les entreprises publiques et les gouvernements étrangers en ce qu'il énonce clairement que les arguments des autorités étrangères sont pris en compte par les tribunaux des États-Unis mais ne l'emportent pas nécessairement.

En particulier, deux éléments différents entrent en jeu ici. Le premier est le droit des tribunaux des États-Unis de retenir du droit étranger une interprétation différente de celle qu'en fait le gouvernement étranger. Un deuxième élément pourrait émerger si les tribunaux des États-Unis admettaient que le comportement a été ordonné par une loi étrangère et s'il fallait de ce fait statuer sur la manière de traiter les effets anticoncurrentiels de cette pratique (par exemple, la question se poserait de savoir si un moyen tiré de l'action de l'État peut être retenu).

Enfin, il convient de souligner que l'affaire en cause ici n'a jamais été examinée sous l'angle de considérations territoriales, l'entente ne produisant des effets qu'aux États-Unis, si bien que la loi Sherman pouvait s'appliquer. La question posée était donc plutôt celle de la souveraineté et, *in fine*, du traitement des arguments qu'un gouvernement étranger tire de sa législation.

### 3.3. Difficultés rencontrées pour l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques

#### 3.3.1. Présentation

36. Alors que les entreprises publiques sont fondamentalement différentes des entreprises privées à de multiples égards, « la plupart des règles du droit de la concurrence ont été conçues d'après la logique du secteur privé et pour des acteurs économiques qui ont pour but la maximisation des bénéfices »<sup>44</sup>.

37. Il pourrait donc être nécessaire, pour une application neutre de la norme du bien-être du consommateur, d'adapter les outils d'analyse habituellement utilisés pour évaluer les comportements anticoncurrentiels. Ainsi, le test de récupération des pertes utilisé en matière de prix d'éviction pourrait ne pas être nécessaire pour prouver la pratique de prix d'éviction par des entreprises publiques, comme expliqué dans le chapitre suivant.

38. S'agissant de l'analyse de la concurrence, le calcul de l'indicateur de coûts approprié, la détermination de la question de savoir si l'entité publique en cause constitue ou non une entreprise et qui la contrôle, ainsi que l'examen de son indépendance par rapport à d'autres entreprises publiques peuvent être problématiques du fait des spécificités des entreprises publiques. De surcroît, ces éléments peuvent influencer sur le calcul du chiffre d'affaires et le rendre plus compliqué.

39. Enfin, comparer l'efficacité de différents types de sanctions peut également être malaisé quand l'entreprise visée est une entreprise publique. Les amendes reposant sur le chiffre d'affaires peuvent en effet être difficiles à calculer et les sanctions financières risquent en tout état de cause de ne pas avoir d'effet dissuasif si elles sont répercutées sur le contribuable.

40. Certains de ces problèmes peuvent prendre une acuité particulière lorsque des entreprises publiques étrangères sont impliquées dans des fusions transfrontalières et visées par une enquête. En pareil cas, « les difficultés sont accentuées par le fait qu'il est compliqué de recueillir des informations sur la gouvernance et le contrôle dans l'État concerné et d'interpréter le droit étranger »<sup>45</sup>. Le recueil d'informations auprès d'une entreprise publique étrangère peut également être fastidieux, et les pressions exercées par les pouvoirs publics étrangers couplées à des considérations politiques plus larges peuvent faire sérieusement obstacle à l'application du droit de la concurrence.

41. Les difficultés concrètes auxquelles se heurtent les autorités de la concurrence et les pratiques anticoncurrentielles des entreprises publiques seront examinées plus précisément dans les sections suivantes dans le cas des fusions, des comportements anticoncurrentiels unilatéraux et des accords collusoires.

### *3.3.2. Difficultés pratiques communes*

42. Dans la pratique, les autorités de la concurrence peuvent se heurter à plusieurs obstacles. Les difficultés rencontrées lorsque la partie défenderesse dans une affaire de droit de la concurrence est une entreprise publique peuvent se poser à différents stades de la procédure, par exemple au stade de la sélection de l'affaire, de l'enquête et de l'évaluation du comportement de l'entreprise publique, ou encore de l'imposition de sanctions et de mesures correctives.

43. Les données fournies par les pays de l'OCDE<sup>46</sup> sont révélatrices de la variété des questions qui peuvent se poser lorsque des entreprises publiques sont visées par une enquête et sont sanctionnées par une autorité de la concurrence. Elles montrent par exemple que les entreprises publiques se préoccupent moins de l'autorité de la concurrence que ne le ferait une entreprise privée dans une situation comparable.

44. Bien que les autorités de la concurrence aient généralement l'habitude de traiter avec des entités relativement peu coopératives, les entreprises publiques peuvent disposer de davantage de moyens pour faire obstruction à une enquête : les liens qui les unissent au pouvoir exécutif peuvent en effet jouer un rôle, et le pouvoir exécutif peut avoir financièrement intérêt à laisser l'entreprise publique se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Il peut également arriver que les tribunaux allègent les sanctions lorsque l'auteur de l'infraction est une entreprise publique<sup>47</sup> ou soient réticents à ordonner des sanctions à l'encontre de responsables publics.

45. D'autres éléments, par exemple l'application de normes comptables différentes par les entreprises publiques et l'absence de transparence sur les coûts, peuvent compliquer la tâche des autorités de la concurrence lorsqu'elles cherchent à recueillir auprès des entreprises publiques des informations pertinentes sur lesquelles s'appuyer pour réaliser leur analyse. Il peut par exemple être impossible de calculer la rentabilité ou les marges prix-coût. De surcroît, il peut arriver que des pressions explicites ou implicites exercées par l'État durant une enquête visant une entreprise publique constituent un obstacle supplémentaire.

46. Ainsi, certaines autorités pourraient, si elles subissent des pressions de l'État au stade de la sélection des dossiers, être tentées de classer sans suite certaines plaintes visant

des entreprises liées à l'État en faisant valoir qu'elles sont moins prioritaires que d'autres<sup>48</sup>. Des pressions peuvent également être exercées aux stades de l'enquête et de l'évaluation pour convaincre les autorités de se montrer conciliantes vis-à-vis des entreprises publiques. Pour réduire ces risques, les autorités peuvent vouloir renforcer la transparence.

47. Dans certaines juridictions, il arrive aussi que les autorités de la concurrence ne disposent pas des moyens et pouvoirs institutionnels dont elles auraient besoin, qu'il s'agisse des ressources financières, de l'indépendance ou des pouvoirs d'enquête, pour enquêter efficacement sur les pratiques anticoncurrentielles des entreprises publiques et imposer les sanctions et mesures correctives appropriées.

### *3.3.3. Difficultés rencontrées en cas d'implication d'entreprises publiques dans un comportement anticoncurrentiel unilatéral*

48. L'abus de position dominante est un risque auquel les entreprises publiques sont particulièrement exposées puisqu'elles occupent souvent une position de quasi-monopole ou disposent d'un avantage important en tant qu'opérateurs historiques dans les marchés dont la libéralisation est récente.

49. En outre, certaines entreprises publiques présentes sur plusieurs marchés se livrent à des pratiques de subventionnement croisé, exploitant le pouvoir de marché qu'elles possèdent sur les marchés quasi monopolistiques ou les marchés qui leur sont réservés par la loi pour protéger leur position sur des marchés adjacents sur lesquels elles sont également présentes. Ce comportement se trouve au cœur de beaucoup d'affaires d'infraction au droit de la concurrence, même si les autorités de la concurrence ont à connaître d'un large éventail de comportements anticoncurrentiels d'entreprises publiques.

#### **Encadré 4. Subventionnement croisé**

Les entreprises publiques qui sont présentes à la fois sur un marché sur lequel elles ont un monopole légal et sur un ou plusieurs marchés concurrentiels, où elles sont en concurrence avec des entreprises privées, peuvent être en mesure d'exploiter les économies de gamme et les complémentarités de coûts entre les deux types de marchés.

Lorsqu'il existe, cet avantage permet aux entreprises publiques de transférer des coûts depuis leurs activités concurrentielles pour les reporter sur leurs activités de monopole de manière à évincer les entreprises rivales. Cette pratique leur permet de pratiquer des prix inférieurs aux coûts et de réduire la part de marché de leurs concurrents, de les contraindre à sortir du marché ou d'empêcher de nouvelles entreprises d'y entrer.

De surcroît, une entreprise publique qui fixe des prix inférieurs aux coûts grâce au subventionnement croisé peut également augmenter sa production sur le marché de produits concurrentiel. En pareil cas, elle réalise des économies d'échelle hors de portée de ses concurrents. Cette hausse de la production entraîne une baisse de ses coûts unitaires de production, ce qui se traduit par une baisse supplémentaire des ventes du produit fabriqué par les entreprises rivales au profit de celui fabriqué par l'entreprise publique.

En conséquence, infliger des amendes aux entreprises publiques n'est pas suffisant, et il conviendrait que les mesures correctives comprennent des changements de nature à éviter les subventions croisées, par exemple l'obligation de tenir une comptabilité séparée, de garantir la transparence des coûts de production du service faisant l'objet d'un monopole légal et l'introduction d'obligations de ne pas pratiquer le subventionnement croisé. Lorsque les autorités de la concurrence estiment que ces possibilités existent, elles peuvent également en tenir compte dans les actions de sensibilisation qu'elles mènent auprès des pouvoirs publics concernant l'organisation et les obligations d'autres entreprises publiques.

### *Prédation*

50. La fixation de prix d'éviction est une stratégie qui peut être utilisée par les entreprises publiques pour augmenter leur production en réduisant durablement la concurrence. Les entreprises publiques en mesure de pratiquer le subventionnement croisé comme décrit plus haut peuvent, comme certaines entreprises privées, pratiquer des prix inférieurs au coût marginal et, parce qu'elles dégagent des profits de monopole, subir des pertes sur d'autres marchés sans avoir besoin de renouer avec les bénéfices dans la phase suivant la prédation.

51. La fixation de prix inférieurs aux coûts sans certitude de récupérer le manque à gagner ultérieurement<sup>49</sup> peut *a priori* sembler ne pas nuire au bien-être du consommateur et ne porter préjudice qu'aux concurrents, mais « cette pratique peut néanmoins susciter des questions en termes de politique publique, en raison de ses effets sur la productivité. Les politiques de prix qui faussent la concurrence peuvent amener une entreprise plus efficiente à quitter le marché concurrentiel ou la décourager d'y entrer »<sup>50</sup>, comme expliqué dans OCDE (2009). Ces distorsions de concurrence peuvent donc justifier une enquête en vertu des règles relatives à la neutralité concurrentielle applicables dans certaines juridictions. Elles ne doivent cependant pas être assimilées à des infractions au droit de la concurrence.

52. Enfin, une entreprise publique qui parvient à récupérer les profits perdus en raison de la stratégie d'éviction et qui est présente sur de multiples marchés peut également en retirer des avantages en termes de réputation. Sokol (2009) observe que « ces effets sur la réputation créent une menace crédible qui permet aux entreprises de récolter le fruit de leur prédation y compris sur les marchés non visés par leur stratégie d'éviction »<sup>51</sup>.

53. Il peut être difficile aux autorités de la concurrence d'évaluer la fixation de prix d'éviction dans ce contexte parce que les critères habituellement appliqués ne font pas la différence entre les entreprises publiques et les entreprises qui cherchent à maximiser leurs bénéfices. De ce fait, beaucoup d'autorités font appel à des méthodes basées sur les coûts pour déterminer si une stratégie de fixation des prix est ou non anticoncurrentielle.

54. Or, ces méthodes risquent de ne pas être efficaces, à moins qu'elles ne tiennent compte des subventions qui exercent une influence sur les coûts, des objectifs des entreprises publiques et des incitations qui leur sont adressées. De fait, lorsqu'une entreprise bénéficie de subventions ou d'un traitement préférentiel sur le marché intérieur, le critère prix-coût à appliquer pourrait viser à déterminer si elle pratique des prix inférieurs aux coûts calculés tenir compte des subventions et autres soutiens qu'elle reçoit.

#### **Encadré 5. Prix bas en présence d'un soutien de l'État : prix d'éviction ou atteinte à la neutralité concurrentielle ?**

Il peut également être risqué d'utiliser le droit de la concurrence pour remédier à des distorsions qui sont causées par l'action de l'État et non par le comportement autonome des entreprises publiques et qui devraient donc être traitées au moyen des règles relatives à la neutralité concurrentielle plutôt que des outils de mise en œuvre du droit de la concurrence. Par exemple, lorsqu'elles sont soumises à des contraintes plus souples en matière budgétaire ou d'emprunt ou bénéficient de subventions explicites ou implicites, les entreprises publiques sont parfois en mesure de pratiquer des prix bas. Ces prix peuvent être supérieurs à leurs coûts, mais inférieurs à ce que ceux-ci auraient été sans les avantages indus dont elles bénéficient de la part de l'État.

Il s'ensuit qu'en pareil cas, l'entreprise publique ne renonce pas à des bénéfices : elle se livre à une concurrence par les mérites, quand bien même ces « mérites » sont créés artificiellement par l'État.

Il n'y a donc pas lieu de conclure qu'elle a pratiqué des prix d'éviction (et doit se voir infliger une sanction financière).

Bien que la concurrence par les mérites (artificiellement créés) puisse à première vue sembler dommageable pour les concurrents mais ne pas l'être pour le bien-être des consommateurs, « cette pratique peut néanmoins susciter des questions en termes de politique publique, en raison de ses effets sur la productivité. Les politiques de prix qui faussent la concurrence peuvent amener une entreprise plus efficiente à quitter le marché concurrentiel ou la décourager d'y entrer »<sup>52</sup>. Ces distorsions de concurrence peuvent donc justifier une enquête en vertu des règles relatives à la neutralité concurrentielle susceptibles d'être applicables dans certaines juridictions. Elles ne doivent en revanche pas être assimilées à des infractions au droit de la concurrence.

Toutefois, l'analyse peut être différente lorsque l'entreprise publique n'est pas indépendante de l'État, par exemple lorsqu'elle est intégrée à un ministère. En particulier, le fait qu'elle s'octroie elle-même des avantages en termes de coûts pourrait justifier que les autorités de la concurrence retiennent, comme indicateur de coût pertinent, le montant des coûts non amputés des avantages qu'elle s'octroie.

Si l'on retient cette analyse, les prix pratiqués par l'entreprise sont inférieurs aux coûts et elle renonce à des recettes en ce sens que les avantages consentis par l'État avaient un coût. Considérer que l'entité économique est l'État dans son ensemble conduirait alors à constater une infraction qui n'aurait pas été constatée si une autre définition de l'entité avait été retenue.

55. Par conséquent, s'il est possible que les mêmes outils et analyses fonctionnent pour les entreprises publiques et les entreprises privées, les autorités de la concurrence doivent néanmoins être conscientes, lorsqu'elles analysent le comportement des entreprises publiques, de tous les éléments qui peuvent être spécifiques à ces entreprises et qu'elles les utilisent dans le cadre d'une analyse des effets. De ce point de vue, il est important de partir du principe que l'élément « récupération des pertes » du test du prix d'éviction peut intervenir de manière simultanée.

56. L'affaire Deutsche Post est la première dans laquelle la Commission européenne ait appliqué le test du prix d'éviction dans un segment traditionnel du secteur des services publics en tenant compte des obligations de service public de l'entreprise publique, des coûts associés et de la caractéristique de l'industrie de réseau à laquelle appartient l'entreprise.

#### Encadré 6. Deutsche Post

La Commission européenne a ouvert son enquête, qui conduisit à une décision d'interdiction en 2001, à la suite d'une plainte formée par United Parcel Service<sup>53</sup> (UPS). UPS alléguait que Deutsche Post<sup>54</sup> se livrait à des pratiques de subventionnement croisé, à savoir qu'elle utilisait les recettes tirées de ses activités rentables d'envoi du courrier constituant son domaine réservé pour financer des ventes à perte dans le secteur des services de transport de colis commerciaux, ouvert à la concurrence.

Dans sa décision, la Commission a précisé que Deutsche Post avait bien la qualité d'entreprise<sup>55</sup>, indépendamment de son statut, puisqu'elle fournissait sur un marché des services moyennant rémunération<sup>56</sup>. Toutefois, pour évaluer le comportement anticoncurrentiel, elle a estimé devoir tenir compte du fait que Deutsche Post était une entreprise publique investie d'une mission de service public et devait donc assumer les coûts liés à la fourniture d'un service universel.

En particulier, lorsqu'elle a analysé la politique de prix de Deutsche Post, la Commission a fait une différence entre les coûts fixes communs de maintien de réseau, qui sont imputables à la mission de

service public consistant à entretenir l'infrastructure et conserver une capacité de réserve pour pouvoir livrer des colis, et les coûts incrémentaux<sup>57</sup>, liés à l'utilisation du réseau.

La Commission européenne a retenu, pour établir la pratique de prix d'éviction, le critère selon lequel tout service « fourni par le bénéficiaire d'un monopole dans des conditions de libre concurrence devait couvrir au moins le coût additionnel ou incrémental encouru pour pénétrer dans le secteur concurrentiel »<sup>58</sup>.

Appliquant ce raisonnement, elle est parvenue à la conclusion qu'entre 1990 et 1995, Deutsche Post avait une politique de prix contraire à ses propres intérêts économiques, parce que les prix pratiqués ne couvraient pas les coûts incrémentaux liés à la fourniture du service. L'idée défendue était, non pas que Deutsche Post aurait dû chercher à dégager une marge, mais tout simplement que la stratégie consistant à fixer les prix de manière à réaliser des ventes à perte était irrationnelle, sauf à fixer des prix plus élevés sur un autre marché ou à une date ultérieure<sup>59</sup>, raisonnement qui pourrait s'appliquer à toute autre entreprise. La Commission n'a pas explicitement cherché à savoir si Deutsche Post avait des chances de récupérer les pertes identifiées.

De fait, chaque vente de Deutsche Post dans le secteur de l'envoi de colis « impliquait une perte comprenant l'ensemble des coûts de maintien des capacités et au moins une partie des coûts incrémentaux »<sup>60</sup>. La Commission a considéré que ce comportement anticoncurrentiel nuisait aux ventes des concurrents et conduirait *in fine* à une hausse des prix pour les consommateurs. Elle a estimé qu'au sein de l'Union européenne, fixer des prix inférieurs au coût incrémental moyen à long terme était une mauvaise stratégie, pour les entreprises publiques comme pour les entreprises privées, et que Deutsche Post avait violé l'article 102 du TFUE. Toutefois, elle ne lui a pas infligé d'amende.

La raison en est que la question de l'indicateur de couverture des coûts pertinent à retenir pour établir la pratique de prix d'éviction, qu'en l'espèce l'entreprise publique aurait dû prendre en compte lorsqu'elle a calculé le prix plancher en dessous duquel le prix serait un prix d'éviction, n'a pas été suffisamment développée et n'avait pas été clarifiée auparavant par la Commission.

### *Renchérissement des coûts des concurrents*

57. Par ailleurs, les enquêtes menées par les autorités de la concurrence portent souvent sur le comportement anticoncurrentiel consistant, pour une entreprise publique, à faire augmenter les coûts de ses concurrents. En pareil cas, la théorie du préjudice énonce que l'entreprise publique cherche à contraindre ses concurrents à augmenter leurs prix ou à réduire leur production, sans nécessairement les obliger à sortir du marché.

58. Une telle stratégie permet à l'entreprise publique de tirer parti d'une hausse de la demande de ses produits et services, d'augmenter sa production et son chiffre d'affaires. Comparativement à la pratique de prix d'éviction, cette stratégie peut être moins coûteuse pour une entreprise en position dominante et peut être mise en œuvre au moyen de pratiques diverses, en fonction du marché, de la capacité, de la structure et de la réglementation en place.

59. Les entreprises publiques sont souvent en position d'induire une hausse des coûts de leurs rivales et d'accroître les barrières à l'entrée. Par exemple, lorsqu'elles ont été en position de monopole sur un marché réglementé, ultérieurement ouvert à la concurrence, elles peuvent se retrouver en possession d'infrastructures sans avoir eu à investir pour les créer (ou, à tout le moins, sans avoir eu à prendre de risque lorsqu'elles ont investi pour les créer puisque le marché n'avait pas encore été libéralisé).

60. Lorsqu'elles sont indispensables, ces infrastructures peuvent remplir les conditions requises pour être considérées comme des installations essentielles, les entreprises concurrentes n'ayant pas eu les mêmes possibilités d'investir pour les créer. Le deuxième

critère qui doit être satisfait pour qu'une installation puisse être qualifiée d'installation essentielle est donc respecté. Les entreprises publiques peuvent en conséquence se voir reprocher d'avoir refusé d'accorder l'accès à une installation essentielle. De même, elles peuvent être soupçonnées de recourir à d'autres stratégies, telles que la compression des marges ou l'achat en quantité excessive de produits intermédiaires indispensables de manière à en faire augmenter le prix.

61. Les interventions visant à contraindre les entreprises publiques à respecter le droit de la concurrence revêtent une importance particulière dans les secteurs en cours de libéralisation. L'enquête portant sur les pratiques abusives de Ferrovie dello Stato menée par l'autorité italienne de la concurrence (ICA) en est une illustration.

#### Encadré 7. NTV

En mai 2013, l'autorité italienne de la concurrence (ICA) a ouvert une enquête<sup>61</sup> pour infraction à l'article 102 du TFUE dans le secteur ferroviaire à la suite de plaintes formées par l'entreprise Nuovo Trasporto Viaggiatori S.p.A. (NTV), qui était entrée en 2012 sur le marché du transport ferroviaire de personnes sur les lignes à grande vitesse et était l'unique concurrente du groupe public Ferrovie dello Stato (FS) et de ses filiales.

L'entreprise NTV reprochait à FS des pratiques discriminatoires liées aux espaces publicitaires et à l'emplacement de ses guichets et distributeurs de billets dans les gares, ainsi qu'aux retards accumulés dans la réalisation de travaux d'infrastructure dans les gares où elle était présente. NTV accusait également FS de compression des marges. Dans ce contexte, NTV a allégué de possibles pratiques de subventionnement croisé de la part de Trenitalia, proposant que l'on évalue dans quelle mesure celle-ci utilisait les ressources publiques liées à la mission de service public qu'elle remplissait dans le secteur des services ferroviaires traditionnels pour subventionner ses activités sur le segment des lignes à grande vitesse<sup>62</sup>.

L'ICA a décidé de ne pas infliger d'amende et la procédure s'est achevée par des engagements<sup>63</sup>, lesquels ont été jugés suffisants pour éliminer les obstacles illégaux qui se dressaient face au nouvel entrant et pour préserver le processus de libéralisation. Toutefois, en 2015, l'ICA a engagé une procédure contre RFI<sup>64</sup> pour non-respect des mesures prévues dans la décision d'engagements.

62. Un comportement anticoncurrentiel peut donc se révéler particulièrement efficace pendant la phase de lancement de l'entreprise qui entre sur le marché parce qu'il induit une lourde hausse des coûts, laquelle profite à l'opérateur historique. Ce phénomène peut nuire durablement à la libéralisation d'un secteur et porter ainsi préjudice au fonctionnement du marché et aux consommateurs.

63. Les concepts de position dominante et d'abus, de même que les tests habituellement utilisés pour évaluer les comportements anticoncurrentiels d'entreprises privées, ne rendent pas toujours compte de la capacité d'une entreprise publique à entraver la concurrence effective ou potentielle<sup>65</sup>. Si elles veulent que leurs interventions soient efficaces et neutres, les autorités de la concurrence doivent en tenir compte tout au long de leurs enquêtes et prendre pleinement en considération les spécificités des entreprises publiques impliquées dans l'infraction.

64. Enfin, comme beaucoup d'infractions concernent des secteurs essentiels comme ceux des services d'utilité publique et des transports et souvent des secteurs en cours de libéralisation, les autorités de la concurrence ont parfois adopté une approche plus prudente, qui les a conduites à prendre des décisions d'engagements et à ne pas imposer d'amende.

Ce choix peut en partie s'expliquer par la prise en compte d'obligations de service public, de même que par des considérations politiques ou des difficultés à réaliser certaines analyses des coûts et des prix lorsque des entreprises publiques sont en cause.

#### *3.3.4. Difficultés rencontrées lorsqu'une entreprise publique est partie à une fusion*

65. Le contrôle des fusions peut lui aussi se révéler plus complexe lorsqu'une entreprise publique est impliquée. Pour établir l'effet d'une opération sur la concurrence, il faut évaluer dans quelle mesure la fusion modifie les incitations. L'analyse des incitations suppose elle-même de bien appréhender, sur la base du cadre juridique du pays, les entités investies du pouvoir de décision pour lesquelles les incitations vont changer. Lorsque des entreprises publiques sont impliquées, cette tâche peut poser de multiples problèmes aux autorités de la concurrence.

66. La première difficulté a trait à la notion de groupe. Lorsqu'une opération de concentration a lieu entre deux entreprises publiques, il est indispensable de déterminer s'il faut les considérer comme deux unités économiques distinctes ou comme deux parties appartenant au même groupe, lequel forme une seule unité économique aux fins de l'application du droit de la concurrence.

67. Il n'est pas toujours aisé de définir le périmètre d'un groupe lorsqu'il est formé d'entreprises publiques, parce que bien que le détenteur ultime en soit l'État, l'ampleur de la participation de l'État à la prise de décisions dans ces entreprises n'est pas toujours clairement définie. En pratique, la question de savoir si l'État peut influencer sur le pouvoir de décision de l'entreprise et imposer un comportement commun<sup>66</sup> à tout ou partie des entreprises publiques qu'il contrôle pourrait constituer le critère déterminant<sup>67</sup>.

68. Cet aspect influe ensuite également sur le calcul du chiffre d'affaires, lequel peut lui-même être un élément fondamental pour la détermination de l'autorité compétente et des obligations de notification applicables. Dans bon nombre de juridictions, les seuils à partir desquels la notification est obligatoire sont en effet fondés sur le chiffre d'affaires. Un mauvais calcul du chiffre d'affaires en raison d'une mauvaise définition du périmètre du groupe formé par les entreprises publiques peut conduire à ce que des opérations qui n'avaient en réalité pas à être notifiées<sup>68</sup> soient contrôlées à tort ou, au contraire, à ce que des fusions échappent au contrôle parce qu'elles n'ont pas été notifiées.

69. Il peut être essentiel pour l'évaluation sur le fond de la transaction de déterminer quelles autres entités détenues par l'État doivent être considérées comme appartenant au même groupe. Cette démarche peut en effet aider à apprécier le pouvoir de marché d'une entreprise, à identifier les concurrents des entreprises qui fusionnent et à déterminer si deux entreprises publiques qui fusionnent constituent ou non déjà une seule et même unité économique (voir, par exemple, la distinction faite au Royaume-Uni entre différents types d'hôpitaux publics)<sup>69</sup>.

70. Ainsi, Cheng (2015) relève qu'il faut « apprécier dans quelle mesure les entreprises publiques contrôlées par un même État doivent être considérées comme formant une unité économique unique » et précise que « l'application ou non de la doctrine de l'unité économique unique influe sur la taille des parties candidates à la fusion et sur leur pouvoir de marché. Une fusion peut ne poser aucun problème du point de vue de la concurrence si l'on ne s'intéresse qu'à l'entreprise publique impliquée dans la fusion. En revanche, elle peut être préjudiciable à la concurrence si l'on considère qu'elle implique toutes les entreprises publiques détenues par l'État en question »<sup>70</sup>.

71. Ces considérations revêtent un intérêt particulier lorsque des entreprises publiques sont impliquées dans des opérations à l'étranger, du fait que les systèmes de gouvernance peuvent différer et que leur fonctionnement peut être difficile à appréhender correctement. Par exemple, dans beaucoup de pays, une administration centrale est chargée de gérer les intérêts de l'État dans les diverses entreprises dans lesquelles il détient des participations. Cet aspect peut avoir un fort impact sur la manière dont les juridictions évaluent les fusions. L'expérience de la Commission européenne, concernant des opérations impliquant des entreprises publiques chinoises, illustre bien l'approche envisageable pour affronter ce problème.

#### **Encadré 8. L'expérience de la Commission européenne**

Au fil des années, la Commission européenne a acquis une expérience considérable en matière de fusions impliquant des entreprises publiques étrangères. Elle a fait évoluer sa pratique et l'a adaptée afin de surmonter certains des obstacles qu'elle rencontrait.

À partir de 2011, la Commission européenne a évalué diverses opérations impliquant des entreprises publiques chinoises en vertu du règlement européen sur les concentrations. Dans ce cadre, elle a retenu les concepts et analyses qu'elle appliquait jusqu'alors aux entreprises publiques européennes<sup>71</sup> en les adaptant pour tenir compte de la spécificité de la gouvernance des entreprises chinoises.

En particulier, dans des affaires telles que Petrochina/Ineos/JV<sup>72</sup>, DSM/Sinochem/JV<sup>73</sup>, China National Bluestar/Elkem<sup>74</sup>, China National Agrochemical Corporation/Koor Industries/Makhteshim Agan Industries<sup>75</sup> et CNRC/Pirelli<sup>76</sup>, elle a cherché à déterminer si SASAC<sup>77</sup> exerçait une influence décisive sur les parties et pouvait de ce fait être considérée comme formant une unité économique unique avec la partie impliquée dans l'opération et tout ou partie des autres entreprises publiques sous son contrôle.

Elle a considéré que le degré d'indépendance de la partie impliquée par rapport à la SASAC et par rapport aux autres entreprises publiques était déterminant, non seulement pour statuer sur la compétence, mais aussi pour évaluer l'opération du point de vue du droit de la concurrence.

Bien que l'évaluation ait été plus ou moins approfondie selon les affaires, y compris souvent pour ce qui est de l'analyse de différents scénarios possibles, dans toutes ces affaires, la Commission a fait preuve de souplesse, laissant ouverte la question de l'indépendance et du périmètre exact du groupe d'entreprises publiques.

Elle a pu procéder ainsi parce que les parties atteignaient à elles seules le seuil de chiffre d'affaires et parce que la Commission n'a pas identifié de problèmes de concurrence liés à l'opération, quel que soit celui des scénarios considérés.

De plus, cette approche lui a permis d'éviter d'établir des précédents inutiles pour la définition de l'unité économique formée par les entreprises publiques et de conserver ainsi une marge de manœuvre dans la perspective d'affaires ultérieures.

Comme le soulignent Fountoukakos et Puech-Baron (2012)<sup>78</sup>, « si la Commission s'était, dans une des affaires, prononcée sur l'appartenance ou non de l'entreprise publique chinoise en cause à une unité économique plus large englobant toutes les entreprises présentes sur les mêmes marchés et placées sous l'autorité de la SASAC, il lui aurait été très difficile de trancher différemment dans une affaire ultérieure ». Ainsi, dans ces premières affaires, la Commission s'est attachée à mettre en évidence les différents problèmes dont il lui faut être consciente et à apprécier les affaires au cas par cas, définissant ainsi des orientations pour ses enquêtes ultérieures sans pour autant s'imposer de contraintes quant à l'issue possible<sup>79</sup>.

72. Enfin, l'évaluation de certaines fusions peut avoir une dimension politique qui mérite d'être prise en compte. L'État peut en effet être impliqué en tant que partie à une opération, mais aussi en tant que tiers exerçant une influence sur l'opération. Tel est par exemple le cas

pour les fusions qui comportent un enjeu de sécurité nationale ou qui posent des questions stratégiques – il s’agit souvent de fusions et acquisitions par des entités étrangères.

73. Dans ces circonstances, l’intervention des autorités de la concurrence risque d’être influencée par des facteurs extérieurs et l’issue de la transaction risque alors de dépendre d’autres considérations, souvent politiques, que les seules considérations liées au droit de la concurrence. Les exemples de ce type de situations abondent. On peut citer l’affaire CNOOX/Unocal Corp.<sup>80</sup>, aux États-Unis, ou Fincantieri/STX, en Europe<sup>8182</sup>.

### 3.3.5. Difficultés liées à la participation d’entreprises publiques à des accords collusoires

74. Il est établi que des entreprises publiques ont participé à des comportements collusoires et à des accords anticoncurrentiels, aussi bien avec d’autres entreprises publiques qu’avec des entreprises privées. Elles peuvent chercher ainsi à réaliser plus facilement les objectifs de politique publique qui leur sont assignés, à protéger leur position d’opérateur historique dans les marchés nouvellement libéralisés ou, plus généralement, à éliminer la concurrence et à en retirer des avantages, économiques ou non, par exemple en termes de bénéfices ou de confort.

75. Comme d’autres comportements anticoncurrentiels, la participation d’entreprises publiques à des accords collusoires peut mettre les autorités de la concurrence face à des problèmes de nature à compromettre l’efficacité de leur intervention. De surcroît, les autorités risquent d’être confrontées à des difficultés spécifiques en cas d’ententes.

76. Il en va plus particulièrement ainsi lorsque l’accord collusoire revêt la forme d’une entente injustifiable, qui constitue l’une des infractions les plus dommageables. Étant donné la gravité potentielle de l’infraction, les autorités de la concurrence doivent impérativement pouvoir ouvrir des enquêtes et évaluer ces affaires, *a fortiori* lorsque des entreprises publiques sont impliquées.

77. Comme dans le cas des fusions, la définition de l’unité économique formée par l’entreprise publique revêt une importance capitale pour l’évaluation des accords anticoncurrentiels. Il est en effet indispensable, pour se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel ou non d’un accord, de déterminer si les parties sont des entités indépendantes et coordonnent leur comportement sur le marché ou si elles appartiennent au même groupe et en coordonnent l’organisation interne.

78. Établir quelles entreprises forment une unité économique avec l’entreprise publique permet également de déterminer le chiffre d’affaires de référence à utiliser pour calculer les amendes, étant donné que dans la majorité des juridictions, les sanctions financières sont calculées sur la base d’un pourcentage du chiffre d’affaires. De surcroît, définir le périmètre de l’unité économique permet de déterminer quelles entités doivent être considérées solidairement responsables, selon le système de droit de la concurrence en place.

79. En outre, il peut être plus difficile de découvrir des ententes impliquant des entreprises publiques si les candidats à la clémence se montrent moins disposés à communiquer des informations (en raison des liens qu’ils perçoivent entre l’autorité de la concurrence et l’entreprise publique). Il est aussi possible que les visites domiciliaires effectuées dans les entreprises publiques soient soumises à un contrôle plus étroit, de la part de l’entreprise elle-même ou d’autres parties de l’administration.

80. Les autorités de la concurrence peuvent également être confrontées à d’autres difficultés si les parties invoquent la doctrine de l’action de l’État ou la doctrine de l’action

d'un État étranger<sup>83</sup> ou encore si leur comportement est couvert par une exemption, comme exposé dans la section 2.

81. L'affaire ESSA<sup>84</sup>/Mitsubishi<sup>85</sup>, qui fait entrer en jeu la doctrine de l'action de l'État aux États-Unis, est une illustration intéressante. Cette affaire et son dénouement peuvent difficilement être généralisés à d'autres espèces, le traitement réservé à ESSA et la manière dont la doctrine a été appliquée étant spécifiques au cas d'espèce et étroitement liés au rôle d'ESSA en tant qu'entreprise productrice et exportatrice d'une ressource naturelle mexicaine. Elle illustre une situation dans laquelle une entreprise publique étrangère a invoqué un moyen tiré de la souveraineté de l'État auquel elle appartient.

#### Encadré 9. ESSA/Mitsubishi

En 2016, Sea Breeze Salt<sup>86</sup> et Innofood<sup>87</sup> ont engagé une action contre Mitsubishi et ESSA devant le tribunal du district central de Californie pour violation de l'article 1 de la loi Sherman, entre autres. La société ESSA, productrice et exportatrice de premier plan de produits à base de sels marins obtenus par évaporation sous l'effet du soleil<sup>88</sup>, était soupçonnée d'avoir conclu des accords de distribution exclusive avec Mitsubishi. Elle refusa d'honorer les contrats de distribution en vigueur avec Innofood, qui se trouva dans l'impossibilité de remplir ses obligations contractuelles vis-à-vis de Sea Breeze.

Faisant droit à un moyen avancé par Mitsubishi dans sa requête, le tribunal déclara l'action irrecevable en se fondant sur la doctrine de l'action de l'État, qui empêche les juridictions des États-Unis d'exercer leur compétence sur les actes souverains de gouvernements étrangers.

Le tribunal a estimé que le Mexique étant l'actionnaire majoritaire d'ESSA, ESSA elle-même pouvait être considérée comme un État étranger, si bien que ses actes et les accords anticoncurrentiels qu'elle était censée avoir conclus étaient couverts par la doctrine.

De surcroît, le tribunal a écarté l'argument des plaignants consistant à dire que du fait qu'ESSA agissait sur le marché comme une entité commerciale, la doctrine de l'action de l'État ne trouvait pas à s'appliquer. De fait, il a considéré que la doctrine ne prévoyait aucune exception de cette nature.

Enfin, le tribunal a estimé que la doctrine pouvait couvrir non seulement ESSA, mais aussi Mitsubishi, dont le comportement était quasiment indissociable de celui d'ESSA.

Le jugement a été confirmé par la cour d'appel de la neuvième circonscription, qui a estimé que le comportement en cause ne tombait pas sous le coup du droit de la concurrence. Ainsi que l'a expliqué le juge Wardlaw, « parce qu'elle est essentiellement une remise en cause des choix du Mexique quant à l'exploitation de ses propres ressources naturelles, assurée par une société détenue et contrôlée par l'État mexicain, cette action en violation du droit de la concurrence est mise en échec par la doctrine de l'action de l'État »<sup>89</sup>.

82. Enfin, des difficultés peuvent se poser lorsque des entreprises publiques sont impliquées dans des ententes à l'exportation. Ce type d'entente est souvent exempté de l'application du droit de la concurrence national, explicitement ou implicitement<sup>90</sup>. L'autorité de la concurrence du pays concerné par l'entente peut en effet ne pas avoir le pouvoir, en termes de moyens législatifs, de capacités et de ressources, d'intervenir contre ces ententes et l'autorité nationale de la concurrence peut ne pas être assez puissante et ne pas disposer de moyens de sensibilisation suffisants pour prévenir la formation d'ententes à l'exportation.

83. Pour que le système puisse jouer efficacement son rôle répressif et dissuasif, il faut que la méthode de calcul et d'imposition des sanctions tienne compte de la singularité des

entreprises publiques. Il ne peut par exemple y avoir ni répression ni dissuasion si le coût de l'amende imposée à une entité publique peut facilement être répercuté sur les contribuables. Il peut donc être plus efficace de sanctionner les personnes physiques.

84. Ainsi, pour que les interventions des autorités de la concurrence visant les entreprises publiques aient un maximum d'efficacité, il est important d'identifier les sanctions les plus efficaces, lesquelles ne sont pas nécessairement les mêmes que celles imposées aux entreprises privées.

#### 4. Les autorités de la concurrence interviennent-elles trop peu (ou trop) contre les entreprises publiques nationales ?

85. Ces dix dernières années, les autorités de la concurrence, y compris dans les pays émergents, ont engagé de plus en plus de procédures contre des entreprises publiques nationales et leur ont imposé des sanctions lorsqu'elles ont constaté une infraction. Étant donné le nombre d'entreprises publiques présentes dans des secteurs stratégiques, souvent en cours de libéralisation, et le nombre d'entreprises publiques qui s'engagent dans des activités commerciales et sont en concurrence avec des entreprises privées, les autorités se sont efforcées d'intervenir avec efficacité pour que les entreprises publiques nationales respectent le droit de la concurrence.

86. Dans beaucoup de juridictions, les autorités de la concurrence font savoir aux marchés qu'elles engageront des poursuites contre les entreprises publiques qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles, comme elles le font pour les entreprises privées. Leur pratique a évolué au fil du temps, si bien que dans les pays émergents comme dans les pays développés, de nouvelles affaires ont abouti ou pourraient aboutir à un dénouement favorable.

##### Encadré 10. Exemples d'affaires

Les autorités de la concurrence du monde entier ont ouvert de plus en plus d'enquêtes visant les entreprises publiques.

###### *Inde*

En Inde, l'autorité de la concurrence (Competition Commission of India, CCI) a, en décembre 2013, infligé pour la première fois une lourde amende à une entreprise publique, en l'occurrence Coal India Ltd., sanctionnée pour abus de position dominante<sup>91</sup> sur le marché de la production et de la fourniture de charbon non cokéfiant<sup>92</sup>. Coal India Ltd., qui était soupçonnée d'avoir imposé des conditions discriminatoires dans ses contrats de fourniture de combustible, a introduit un recours devant le tribunal de la concurrence (COMPAT) et a obtenu en 2017 une réduction d'amende, le COMPAT ayant infirmé la première décision de la CCI<sup>93</sup>.

###### *Ukraine*

En 2017, l'aéroport international Boryspil a été sanctionné par le Comité antimonopole ukrainien (AMC) pour abus de position dominante sur le marché des services aéroportuaires spécialisés<sup>94</sup>. Boryspil bénéficiait d'un monopole naturel sur ce marché et était également présent sur celui des services de manutention aéroportuaire, ouvert à la concurrence d'autres opérateurs. Selon l'AMC, Boryspil a abusé de sa position de monopole en refusant d'accorder à l'entreprise Interavia LLC le certificat de conformité pour les opérations aéroportuaires qu'elle avait demandé, l'évinçant de fait du marché des services de manutention aéroportuaire. De surcroît, Boryspil avait exigé des redevances excessives de la part des autres prestataires de services de manutention pour l'utilisation de l'infrastructure aéroportuaire. En juin 2018, la Cour suprême a confirmé la décision de l'AMC.

*Afrique du Sud*

Au début des années 2000, la Commission sud-africaine de la concurrence a ouvert une procédure contre Telkom<sup>9596</sup> après avoir reçu plusieurs plaintes relatives au comportement de Telkom depuis plusieurs années. Plus précisément, l'association sud-africaine des fournisseurs de services de réseau à valeur ajoutée (*South African Value Added Network Services Association, SAVA*) et 20 autres fournisseurs d'accès à Internet ont déposé une première plainte en 2002. La Commission a ensuite renvoyé l'affaire devant le tribunal de la concurrence en 2004, après avoir constaté que Telkom avait refusé de laisser les fournisseurs de services de réseau à valeur ajoutée accéder à des installations essentielles, avait incité leurs clients à ne pas traiter avec eux et leur avait imposé une redevance trop élevée pour les services d'accès.

Telkom a cependant contesté ce renvoi devant la Haute cour, faisant valoir que l'autorité compétente pour connaître des plaintes était l'Office indépendant des communications d'Afrique du Sud (ICASA) et non le tribunal de la concurrence. La Cour d'appel suprême rejeta cet argument et dit que l'autorité compétente pour connaître de l'affaire était l'autorité de la concurrence. L'affaire a donc été renvoyée devant le tribunal de la concurrence<sup>97</sup>, qui a imposé à Telkom une amende administrative en 2012<sup>98</sup>, après avoir constaté que l'entreprise avait abusivement profité de sa position de monopole sur le marché amont des installations pour avantager sa propre filiale sur le marché concurrentiel des fournisseurs de services de réseau à valeur ajoutée.

*Brésil*

En 2011, l'autorité brésilienne de la concurrence (le Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE) a ouvert une procédure administrative<sup>99</sup> pour enquêter sur des contrats conclus entre Banco do Brazil et plusieurs institutions publiques. Ces contrats contenaient des clauses qui imposaient une exclusivité territoriale et de négociation pour le paiement d'avances sur salaire aux fonctionnaires.

Banco do Brazil a fait valoir que le CADE n'avait pas compétence pour analyser l'affaire et qu'il revenait à la banque centrale du Brésil de traiter les problèmes se posant dans le secteur bancaire, y compris les problèmes de concurrence. L'affaire a cependant abouti à un accord de transaction exigeant le retrait de tous les accords d'exclusivité (en cours et futurs) avec des institutions publiques<sup>100</sup>.

87. La fusion GE China/Shenhua offre un autre exemple. Cette enquête, comme d'autres ouvertes par la suite, a été considérée comme particulièrement importante parce qu'elle témoigne de la volonté de la Chine, qui a peu d'expérience en matière de politique de la concurrence et d'application du droit de la concurrence, de se mobiliser pour que ses entreprises publiques respectent la loi antimonopole et, partant, pour favoriser l'instauration de règles du jeu équitables.

**Encadré 11. GE China/Shenhua**

Ces dernières années, la Chine a étroitement surveillé les opérations des entreprises publiques nationales par l'intermédiaire de son ministère du Commerce (MOFCOM), compétent en matière de contrôle des fusions. De fait, en 2011, le MOFCOM a émis pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la loi antimonopole, en août 2008, une autorisation conditionnelle de concentration impliquant une entreprise publique nationale.

L'affaire concernait un projet de création d'une coentreprise entre General Electric China (GE China) et China Shenhua Coal to Liquid and Chemical (Shenhua)<sup>101</sup>, dont le but était de concéder des licences sur une technologie de gazéification du mélange eau-charbon pour les besoins de chantiers industriels en Chine.

Le MOFCOM a constaté que le marché pertinent<sup>102</sup> était extrêmement concentré, qu'il était protégé par des barrières à l'entrée et qu'il existait un risque considérable de verrouillage des intrants, si bien que l'opération se traduirait par la restriction voire l'élimination de la concurrence. Face à ces problèmes, il a décidé à l'issue d'un examen de phase II approfondi, d'autoriser la création de la coentreprise tout en imposant des mesures comportementales aux parties.

88. Compte tenu des obstacles présentés dans la section 3, il existe un risque que les autorités de la concurrence n'interviennent pas suffisamment. Néanmoins, elles semblent conscientes des problèmes que peuvent poser les entreprises publiques par leur nature même et savent en tenir compte durant les procédures.

89. Ainsi, dans plusieurs affaires, l'autorité italienne de la concurrence (ICA) a constaté que des entreprises publiques avaient exploité le manque d'indépendance de l'autorité de surveillance et/ou l'instabilité du cadre juridique régissant les secteurs en cours de libéralisation pour justifier leur comportement abusif<sup>103</sup>. Ce fut notamment le cas dans l'enquête *Ferrovie dello Stato/Arenaways*, où l'évaluation des coûts de l'entreprise publique et le rôle de l'autorité de surveillance ont occupé une place centrale dans le dénouement de l'affaire.

#### Encadré 12. *Ferrovie dello Stato*

En juillet 2012, l'autorité italienne de la concurrence a infligé une amende de 300 000 EUR à *Ferrovie dello Stato* (FS), groupe détenu par l'État, et à ses filiales<sup>104</sup> pour abus de position dominante sur le marché de l'accès aux infrastructures ferroviaires nationales. Elle a estimé que par son comportement anticoncurrentiel, FS avait cherché à empêcher *Arenaways*, entreprise plaignante, d'offrir ses services sur une ligne importante et à l'exclure ainsi du marché.

RFI peut, sur demande, accorder des sillons horaires à condition que cette décision ne mette pas en péril l'équilibre économique des contrats de service public<sup>105</sup>. Toutefois, dans ce cas, RFI a différé le traitement de la demande d'*Arenaways* et a attendu plus de 18 mois avant de demander à l'autorité de surveillance (le ministère des Transports) d'évaluer l'impact des sillons horaires demandés sur l'équilibre économique des contrats de service public. À la suite de cette évaluation, effectuée sur la base de la comptabilisation des coûts communiquée par FS, *Arenaways* a été autorisée à fournir ses services, mais de manière très limitée.

Dans son enquête, l'ICA a estimé que FS avait donné une représentation trompeuse de ses coûts pour influencer sur l'issue de l'évaluation et exclure le concurrent potentiel afin de conserver son pouvoir de marché. Elle a estimé que le groupe devait être reconnu responsable de cette pratique et de son comportement dilatoire<sup>106</sup>.

Toutefois, en 2014, la décision a été infirmée en appel. Le tribunal administratif régional du Latium a estimé que le comportement qualifié de stratégie dilatoire visant à exclure un concurrent était en réalité légitime et avait pour but d'apporter une solution à des difficultés techniques objectives. De surcroît, le tribunal a aussi dit que l'ICA n'aurait pas dû remettre en cause le résultat de l'évaluation de l'équilibre économique, celle-ci relevant de la compétence exclusive de l'autorité de surveillance<sup>107</sup>.

90. Dans cette affaire, alors que l'ICA avait montré que la stratégie globale de FS avait pour but de limiter la concurrence sur le marché libéralisé des services intérieurs de transport de personnes, l'analyse de l'équilibre économique<sup>108</sup>, nécessaire du fait du statut de FS<sup>109</sup> et reposant exclusivement sur la présentation que *Trenitalia* faisait de ses propres

coûts, a conduit à une décision en appel favorable à l'opérateur historique, si bien que la requête formée par le nouvel entrant<sup>110</sup> pour obtenir des sillons horaires a été rejetée.

91. Le fait que des lois sur la concurrence visant les entreprises privées comme publiques soient en place et que les entreprises publiques impliquées dans un comportement anticoncurrentiel fassent régulièrement l'objet de procédures ne suffit pas toujours à garantir l'efficacité de l'action des autorités de la concurrence contre les entreprises publiques.

92. Les exemples d'affaires présentés montrent que lorsque l'infraction concerne une entreprise publique, d'autres difficultés et complications que celles qui se posent dans le cas d'entreprises privées peuvent apparaître. Alors que ces complications peuvent influencer sur l'issue des investigations si elles ne sont pas correctement prises en compte, l'effet qu'elles peuvent avoir sur les décisions reste flou.

93. De surcroît, comme souligné dans la section 3, l'utilisation inappropriée du moyen de défense tiré de l'action de l'État<sup>111</sup> peut, en pratique, conduire à une application insuffisante du droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence doivent pouvoir prévoir ce risque et évaluer rigoureusement, au cas par cas, s'il y a lieu de rejeter ce moyen ou non.

94. Il est fréquent que les procédures impliquant des entreprises publiques aboutissent à des engagements. S'il s'agit sans doute souvent d'une bonne approche, par exemple pour les marchés en voie de libéralisation, il faut que les autorités se demandent systématiquement si elles auraient eu recours aux engagements si la partie en cause avait été privée et, dans la négative, cherchent à comprendre pourquoi.

95. Dans le même ordre d'idées, lorsque les sanctions financières sont jugées adaptées, les autorités doivent s'attacher à définir correctement le chiffre d'affaires pertinent de l'entreprise publique et de son unité économique, parce que toute erreur à cet égard risque de conduire à imposer des amendes trop faibles ou trop élevées. Toutefois, cette tâche peut être malaisée, comme le montrent les exemples présentés.

96. L'ingérence directe des pouvoirs publics nationaux dans les enquêtes des autorités de la concurrence n'est donc pas le principal obstacle rencontré dans les affaires impliquant des entreprises publiques nationales. Il faut cependant que les tribunaux comprennent les raisons pour lesquelles les consommateurs ont besoin que des décisions soient prises pour faire respecter le droit de la concurrence par les entreprises publiques, puisque ce sont finalement les décisions des juges qui déterminent l'issue de la procédure<sup>112</sup>.

97. S'il est difficile d'évaluer si la décision d'un tribunal est faussée par le statut des parties, il est indispensable que le cadre sur lequel s'appuient les tribunaux pour rendre leurs décisions mette l'accent sur la nécessité d'apprécier le comportement des entreprises publiques selon la même norme que celle retenue pour les entreprises privées.

98. Pour conclure, la législation en place et l'ouverture régulière de procédures contre les entreprises publiques par les autorités de la concurrence montrent que dans la majorité des juridictions, il n'existe pas de différence entre entreprises publiques et entreprises privées en matière d'application du droit de la concurrence. Il subsiste cependant un risque de sous-application en raison des différents défis identifiés ci-dessus<sup>113</sup>, ce qui impose aux autorités de la concurrence de rester vigilantes.

## 5. Existe-t-il des obstacles supplémentaires lorsque les entreprises publiques concernées sont étrangères ?

99. L'implication d'entreprises publiques dans des pratiques anticoncurrentielles sur des marchés étrangers ou internationaux peut poser de sérieuses difficultés du point de vue de l'application du droit de la concurrence.

100. Premièrement, si l'influence des pouvoirs publics ne semble généralement pas avoir d'incidence directe sur les interventions visant les entreprises publiques nationales, il peut en aller autrement dans le cas d'entreprises étrangères. Lorsqu'une enquête vise des entreprises publiques étrangères, le marché sur lequel le comportement anticoncurrentiel a un effet et la nationalité de l'actionnariat de l'entreprise ne coïncident pas.

### Encadré 13. L'enquête européenne visant Gazprom

Plus récemment, la Commission européenne a eu à connaître de l'**affaire Gazprom**<sup>114</sup>, qui concerne le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise publique étrangère. Gazprom est une entreprise publique du secteur de l'énergie qui a son siège en Russie<sup>115</sup>. Elle occupe une position dominante sur huit<sup>116</sup> marchés nationaux de l'Union européenne pour l'approvisionnement en gaz naturel en amont<sup>117</sup> et elle est un fournisseur d'énergie important pour différents pays de l'Union européenne. De surcroît, la puissance commerciale de Gazprom est renforcée et complétée par sa puissance politique<sup>118</sup>, ce qui, *a priori*, aurait pu accroître les difficultés si une autorité de la concurrence plus petite avait ouvert une enquête à son encontre.

L'enquête visant Gazprom peut être analysée dans le contexte d'une initiative beaucoup plus large prise par l'Union européenne pour garantir le bon fonctionnement d'un marché unique et concurrentiel de l'énergie<sup>119</sup>. Toutefois, l'importance de cette enquête s'explique aussi par divers autres facteurs.

Dans cette affaire, la Commission a dû s'intéresser à une multitude de problèmes de concurrence dans le contexte de la création d'un marché unique libéralisé du gaz. De plus, l'enquête offrait la possibilité de démanteler le système de contrats d'approvisionnement à long terme conclus par Gazprom avec des opérateurs historiques nationaux verticalement intégrés du marché de l'énergie et d'intensifier la concurrence sur le marché du gaz.

Après avoir ouvert plusieurs enquêtes *ex officio* sur les marchés du gaz européens, la Commission a engagé une procédure contre Gazprom en août 2012 avec l'intention d'adopter une décision.

Le gouvernement russe a répliqué en adoptant une ordonnance exécutive<sup>120</sup> afin de faire obstruction aux enquêtes ouvertes par des autorités étrangères contre des entreprises stratégiques russes<sup>121</sup>, et en particulier d'interdire à Gazprom de répondre aux demandes d'informations émanant de la Commission<sup>122</sup>.

L'enquête portait essentiellement sur trois pratiques de Gazprom : cloisonnement des marchés et restrictions à la revente de gaz ; restrictions territoriales sous la forme d'interdictions d'exportation ou de clauses relatives à la destination<sup>123</sup> ; tarification excessive. De surcroît, dans son évaluation préliminaire, la Commission a constaté que Gazprom avait accru sa position dominante en Bulgarie en conditionnant l'approvisionnement en gaz à la souscription d'engagements en matière d'infrastructure par l'opérateur historique sur le marché du gaz bulgare, au mépris de l'article 102 du TFUE.

En avril 2015, la Commission européenne a émis une communication des griefs dans laquelle elle fait part de ses préoccupations concernant les trois pratiques potentiellement anticoncurrentielles de Gazprom sur les marchés. En mars 2018, l'entreprise a répondu par une proposition d'engagements<sup>124</sup>

en vertu de l'article 9 § 1 du Règlement (CE) n° 1/2003. Ces engagements ont été jugés suffisants et la Commission les a rendus contraignants par la décision de mai 2018. Aucune amende n'a été imposée.

Étant donné les problèmes structurels de sécurité des approvisionnements et les questions stratégiques associés à cette affaire, de même que l'intérêt qu'elle a suscité dans le public, le jour de la décision, Madame Vestager, la Commissaire européenne à la concurrence, a déclaré que la décision n'avait rien à voir avec le « drapeau de l'entreprise » et que l'objectif était de « parvenir à la solution qui serve le mieux les consommateurs et les entreprises européennes ».

101. Deuxièmement, les difficultés à faire respecter le droit de la concurrence peuvent être causées par le fait que les autorités de la concurrence, notamment – quoique pas seulement – celles des pays émergents, ne savent pas comment adapter leurs pratiques en fonction des caractéristiques des entreprises publiques étrangères. De fait, même lorsqu'elles ont déjà une pratique bien établie concernant les comportements des entreprises publiques, elles ne disposent pas toujours de la puissance, des prérogatives et des ressources nécessaires pour agir contre les entreprises publiques étrangères, notamment dans les affaires complexes et particulièrement sensibles, dans lesquelles des gouvernements étrangers sont fortement impliqués.

102. La troisième catégorie de difficultés est liée à l'utilisation de tests et d'analyses pour lesquels il faut disposer de données exactes sur les coûts, le chiffre d'affaires et la définition de l'unité économique formée par l'entreprise publique. Dans le cas des entreprises publiques étrangères, ces difficultés peuvent être accrues par la nécessité d'interpréter la législation de l'autre pays et de recueillir des données auprès de ses administrations.

103. Le respect de normes de transparence et la tenue d'une comptabilité séparée pour les activités marchandes et non marchandes pourraient donc aider les autorités de la concurrence de juridictions où des entreprises publiques étrangères sont présentes sur les marchés<sup>125</sup>. Peut-être pourraient-elles ainsi, par exemple, comprendre plus rapidement si les plaintes pour comportement anticoncurrentiel formées contre les entreprises étrangères sont ou non fondées.

104. La pratique de l'Union européenne en matière de fusions impliquant des entreprises publiques étrangères (voir l'encadré 3.8 et la section 5.2 ci-après) montre bien que les autorités de la concurrence doivent adapter leur intervention aux spécificités des entreprises étrangères au fil du temps, en s'abstenant d'établir des précédents contraignants. Cette pratique révèle notamment qu'il est important de ne pas tenir pour acquis que des entreprises étrangères détenues par un même État appartiennent nécessairement à la même unité économique.

105. Partir de ce principe risquerait de conduire à une surévaluation du chiffre d'affaires et à une application du droit de la concurrence trop rigoureuse s'agissant des fusions ou à une application insuffisante dans le cas des accords anticoncurrentiels, si les parties sont supposées faire partie du même groupe et ne sont de ce fait pas poursuivies. De plus, les opérations entre entreprises publiques pourraient être analysées comme des opérations de restructuration interne alors que les deux entités n'appartiennent pas au même groupe (ou vice versa), ce qui conduirait là aussi à une application excessive ou insuffisante du droit de la concurrence<sup>126</sup>.

#### Encadré 14. EDF/CGN/NNB Group of Companies

Dans l'affaire EDF/CGN/NNB Group of Companies<sup>127</sup>, la Commission européenne a, pour la première fois, pris une décision publique dans laquelle elle apporte une réponse précise à la question de l'indépendance des entreprises publiques par rapport à d'autres entités détenues par l'État.

Dans cette affaire liée à l'acquisition par EDF<sup>128</sup> et CGN<sup>129</sup> du contrôle en commun de NNB Companies<sup>130</sup>, il était nécessaire de définir le périmètre exact de l'unité économique à laquelle appartenait CGN afin de déterminer si la Commission européenne était compétente pour contrôler l'opération parce que le chiffre d'affaires de CGN seul, indépendamment de la SASAC centrale, n'atteignait pas les seuils requis par le règlement européen sur les concentrations (RCEC).

En conséquence, pour définir le chiffre d'affaires pertinent et identifier les entreprises à inclure dans l'évaluation, la Commission avait besoin de déterminer dans quelle mesure CGN était contrôlée par la SASAC centrale et de décider s'il y avait lieu de considérer que toutes les autres entreprises publiques placées sous l'autorité de la SASAC centrale appartenaient à la même entité économique unique que CGN.

Il fallait à cette fin analyser la législation chinoise relative à la gouvernance des entreprises privées et les prérogatives de la SASAC centrale, les spécificités des secteurs chinois de l'énergie et du nucléaire, les entreprises publiques présentes sur le marché et leur relation avec CGN, ainsi que la relation entre CGN et la SASAC centrale.

La Commission a conclu de cette analyse que CGN et les autres entreprises publiques chinoises présentes sur le marché de l'énergie ne disposaient pas de pouvoirs décisionnels autonomes. La SASAC centrale était en mesure, non seulement d'exercer une influence décisive sur les entreprises publiques, mais aussi de leur imposer de se coordonner ou de faciliter cette coordination. Le chiffre d'affaires retenu pour l'évaluation de l'opération a donc été celui de toutes les entreprises publiques du secteur de l'énergie contrôlées par la SASAC.

Dans un discours de 2011<sup>131</sup>, Joachim Almunia, Commissaire européen à la concurrence, a déclaré s'agissant des entreprises chinoises, que si un examen rigoureux a été réalisé pour déterminer « si, à travers l'État, des entreprises présentes dans le même secteur agissent comme une seule et même entité ou comme des entités distinctes », c'est, non pas parce qu'elles sont étrangères ou qu'il existe un préjugé contre la détention publique d'entreprises, mais parce « qu'il s'agit d'un élément pertinent pour apprécier s'il y aura ou non diminution sensible de la concurrence ».

La pratique de la Commission vis-à-vis des entreprises publiques chinoises illustre bien la manière dont il est possible d'appliquer des concepts traditionnels à des entités complexes, dotées de systèmes de gouvernance singuliers et régies par une législation étrangère. Elle peut donc avoir valeur de référence pour les autorités de la concurrence qui ont pour la première fois à évaluer des opérations impliquant des entreprises publiques étrangères ou nationales. Il leur faudra cependant analyser chaque cas d'espèce et, dans le cas des entreprises publiques étrangères, tenir compte des spécificités de la législation et du système de gouvernance en place.

106. Quatrièmement, l'existence de moyens de défense tirés de l'action de l'État peut être une cause d'application insuffisante du droit de la concurrence si les entreprises publiques étrangères peuvent les faire valoir pour obtenir en pratique une exemption de l'application du droit de la concurrence sur les marchés sur lesquels elles sont en concurrence avec d'autres.

107. Les conditions auxquelles est subordonné le recours à ce moyen dans une juridiction dépendent du cadre législatif en vigueur dans le pays de l'entreprise étrangère et des obligations qu'il impose aux entreprises publiques. Comme souligné précédemment, ce cadre ne coïncide pas nécessairement avec celui applicable aux entreprises publiques nationales de la juridiction où le comportement a un effet.

108. L'affaire de la vitamine C en est une illustration, puisque la législation chinoise relative au comportement adopté par les entreprises n'était pas la même que celle visant les entreprises publiques nationales aux États-Unis. Par ailleurs, l'interprétation que le gouvernement chinois faisait de ce cadre n'était pas la même que celle des autorités de la concurrence des États-Unis.

109. Ce type de situation peut conduire à une application insuffisante du droit si la législation relative à la concurrence prévoit la possibilité d'invoquer un moyen de défense tiré de l'interprétation qu'un État étranger fait d'obligations imposées par sa législation à ses entreprises publiques, puisqu'il devient alors impossible de poursuivre le comportement anticoncurrentiel. Ce cas de figure peut par exemple se produire pour les ententes à l'exportation et risque également de conduire à une insuffisance des interventions contre les entreprises publiques étrangères, publiques ou privées.

110. Cinquièmement, *a contrario*, des pressions peuvent s'exercer pour que des poursuites soient engagées contre des entreprises publiques étrangères. S'il arrive que ces interventions soient justifiées, elles peuvent aussi constituer un moyen d'accroître les obstacles non tarifaires aux échanges. Les États peuvent être tentés d'utiliser le droit de la concurrence pour protéger un champion national ou atteindre des objectifs stratégiques ou de politique industrielle, ce qui peut conduire à un risque d'intervention excessive contre les entreprises publiques étrangères.

111. Dans l'ensemble, le droit de la concurrence interne s'applique de la même manière à tous les acteurs présents sur un marché pertinent, dont les entreprises étrangères publiques et privées qui vendent des produits sur ces marchés. En conséquence, une application neutre de ce droit suppose que les comportements de ces entreprises fassent l'objet du même contrôle que celui exercé sur les entreprises publiques et privées nationales.

112. Alors qu'en matière de contrôle des concentrations, des opérations impliquant des entreprises publiques étrangères sont régulièrement évaluées, les premières actions visant à obliger ces entreprises à respecter le droit de la concurrence sont récentes et ces affaires restent très peu nombreuses. Cette situation pourrait en partie s'expliquer par le fait que les entreprises publiques étrangères jouaient par le passé un moindre rôle sur les marchés nationaux. Quoi qu'il en soit, la plus grande volonté des autorités de la concurrence d'examiner s'il y a lieu d'intervenir contre des entreprises publiques étrangères mérite d'être saluée et revêt une grande importance pour le fonctionnement des marchés.

## 6. Conclusion

113. Pour protéger les consommateurs, l'intervention des autorités de la concurrence ne doit pas être influencée par le statut et la nationalité des parties. Bien qu'il y ait un risque que les spécificités des entreprises publiques conduisent à une application excessive (ou insuffisante) du droit de la concurrence, un cadre analytique fondé sur les effets constitue un outil suffisamment souple pour en tenir compte, à condition que les autorités aient la faculté de l'appliquer pleinement.

114. L'expérience montre que les facteurs qui compliquent la tâche des autorités de la concurrence sont divers et souvent difficiles à gérer. Bien que les autorités de la concurrence aient conscience des risques qui pèsent sur les enquêtes et ouvrent de plus en plus de procédures contre des entreprises publiques étrangères, il faut qu'elles tiennent constamment compte de ces facteurs et les évaluent dans chaque cas d'espèce. Au fil du temps, elles enverront ainsi un signal à toutes les entreprises publiques présentes sur le marché, ce qui renforcera la confiance des acteurs privés et offrira une sécurité juridique à toutes les entreprises, publiques comme privées.

115. De plus, pour éviter une sous-application du droit de la concurrence, il est indispensable de limiter les exemptions, dérogations et moyens de défense non fondés sur l'efficacité dont disposent les entreprises publiques. Lorsque ces moyens existent, il

faudrait leur attribuer un champ d'application aussi étroit que possible et évaluer régulièrement le bien-fondé de leur utilisation.

116. Les enquêtes déjà conduites montrent qu'il existe des risques de sous-application exigeant une vigilance des autorités de la concurrence et que ces risques sont encore plus grands dans le cas d'entreprises publiques étrangères.

117. La mondialisation progressant, les entreprises publiques sont de plus en plus présentes sur les marchés étrangers et internationaux. Dès lors, dans les années à venir, le traitement du comportement anticoncurrentiel des entreprises publiques étrangères et les difficultés supplémentaires qu'il peut poser en raison du rôle des pouvoirs publics étrangers et de la nécessité de comprendre la législation étrangère vont constituer un défi croissant pour les autorités de la concurrence.

118. S'il est important de garantir une application neutre du droit de la concurrence, les autorités de la concurrence ne doivent pas faire abstraction du fait que les entreprises publiques sont par nature différentes des entreprises privées. Elles ne doivent donc pas retenir des solutions ou concevoir des tests identiques pour toutes les situations. Comme elles savent ce qui fait obstacle à une application neutre du droit de la concurrence, elles doivent au contraire adapter leur pratique en conséquence, en ayant pleinement conscience des risques associés aux affaires impliquant des entreprises publiques et de la nécessité d'éviter une application insuffisante ou excessive du droit de la concurrence.

## Notes de fin

<sup>1</sup> En termes de nationalité et de nature de l'actionnariat de l'entreprise.

<sup>2</sup> Une première note du Secrétariat de l'OCDE, publiée en 2009 sous le titre « *State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality* » (OCDE, 2009), était consacrée aux principaux problèmes de concurrence liés à la présence d'entreprises publiques dans des marchés concurrentiels et décrivait des moyens d'action autres que les interventions *ex post*. Par la suite, en 2015, une note intitulée « *Competition Policy and Competitive Neutrality* » (OCDE, 2015, ) a défini les principes fondamentaux à respecter, ainsi que le rôle que joue le droit de la concurrence dans l'instauration de règles du jeu équitables et les limites de ce rôle.

<sup>3</sup> Selon la publication de l'OCDE intitulée « *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises* » (OCDE, 2017), 92 % des entreprises publiques de l'échantillon (pourcentage mesuré sur la base de la valeur) sont des sociétés à part entière (sont immatriculées selon le droit des sociétés) contrôlées par l'État.

<sup>4</sup> De plus, du point de vue de la concurrence, la définition du contrôle peut varier d'une législation à l'autre, ce qui peut compliquer l'évaluation des problèmes de concurrence impliquant des entreprises publiques étrangères. La section 3 traite cette question de manière plus approfondie.

<sup>5</sup> Les entreprises dominées par l'État, c'est-à-dire les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation minoritaire mais exerce une très forte influence sur les décisions et activités de l'entreprise, pourraient également être englobées dans le concept d'entreprise publique.

<sup>6</sup> Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, Corée, Lettonie, Lituanie, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, République populaire de Chine, Pologne, Arabie saoudite, République slovaque, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, Turquie, Royaume-Uni et États-Unis.

<sup>7</sup> OCDE (2017), *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*, Éditions OCDE, Paris.

<sup>8</sup> Au sein de la zone OCDE le pourcentage de personnes employées par les entreprises publiques est compris entre 1.9 % en Nouvelle-Zélande et 9.6 % en Norvège.

<sup>9</sup> Les chiffres sont cependant plus élevés au niveau local.

<sup>10</sup> OCDE (2018), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices*.

<sup>11</sup> Les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (2015) donnent la définition suivante d'une entreprise publique : « toute entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'État exerce des droits d'actionnaire devrait être considérée comme une entreprise publique. Sont donc incluses dans cette catégorie les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions. Par ailleurs, les sociétés de service public dotées de la personnalité juridique en vertu d'une législation spécifique devraient être considérées comme des entreprises publiques dès lors que leur objet et leurs activités, ou certains segments de leurs activités, présentent un caractère économique ».

<sup>12</sup> Voir, par exemple, OCDE (2012), *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business*, Éditions OCDE, Paris.

<sup>13</sup> En particulier, comme le font observer Fox et Healey (2013) « les actes anticoncurrentiels de l'État qui bloquent l'entrée sur le marché et la croissance par les mérites et qui facilitent la création d'ententes constituent, d'un point de vue qualitatif, un problème plus préoccupant dans les économies en transition et en développement que dans les pays développés », même si globalement, toutes les juridictions sont touchées à des degrés divers (Fox and Healey, 2013), « When the state

harms competition – the role for competition law », *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 336.

<sup>14</sup> Voir également Xu et Birch (1999), « The Economic Performance of State-owned Enterprises in Argentina an Empirical Assessment », *Review of Industrial Organization*, vol. 14, n° 4.

<sup>15</sup> Elles peuvent aussi accroître la production en se livrant à une concurrence par les mérites. Par exemple, lorsque les entreprises ont d'autres objectifs que la seule maximisation des bénéfices, elles peuvent fixer des prix bas sans aucune perspective de récupération du profit qu'elles « sacrifient » pour atteindre ces objectifs. Dans un cadre de neutralité concurrentielle, on examinerait si la définition de ce prix bas a été facilitée par un soutien public, mais la pratique des entreprises ne s'analyserait pas en un comportement anticoncurrentiel.

<sup>16</sup> On peut citer à titre d'exemple la décision 350/V/2007 rendue par l'autorité grecque de la concurrence dans l'affaire *Thessaloniki Water Supply and Sewerage Company S.A.* (E.Y.A.TH.), qui portait sur des prix excessifs. E.Y.A.TH, entreprise publique dominante sur le marché de l'eau et des services d'assainissement à Thessalonique et investie d'une mission de service public, avait fait de lourds investissements dans le but de moderniser et de développer son réseau d'approvisionnement en eau et d'assainissement et avait par la suite augmenté ses tarifs, de manière prétendument excessive. L'autorité a conclu que cette pratique ne constituait pas un abus de position dominante dans la mesure où elle était nécessaire à la fourniture des services. Voir également les accords d'achat exclusif conclus par la Commission canadienne du blé.

<sup>17</sup> Les services d'intérêt économique général (SIEG) sont des services économiques que les autorités publiques jugent particulièrement importants pour les citoyens et qui ne seraient pas fournis (ou seraient fournis dans d'autres conditions) en l'absence d'intervention publique. Voir [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/public\\_services\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html).

<sup>18</sup> Eötvös et Haid, « No merger control for concentrations of national strategic importance », *International Law Office*, 1<sup>er</sup> décembre 2016.

<sup>19</sup> Les critères utilisés pour évaluer l'impact sur le bien-être des consommateurs peuvent cependant varier en fonction des objectifs de l'entreprise.

<sup>20</sup> Pour de plus amples informations, voir également Fox et Healey (2013), « When the State Harms Competition — The Role for Competition Law », *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 336.

<sup>21</sup> Les autorités de la concurrence des 36 juridictions suivantes ont répondu à l'enquête : 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, Taipei chinois, Tunisie, Turquie, Royaume-Uni, États-Unis, Zambie.

<sup>22</sup> Les obligations de service public qui incombent aux entreprises publiques constituent un cas particulier. Dans certaines circonstances, elles peuvent être invoquées pour justifier un comportement anticoncurrentiel, si l'entreprise a adopté ce comportement pour honorer la mission qui lui est assignée par l'État. De fait, comme souligné précédemment, certains objectifs de politique publique peuvent, dans certains cas, nécessiter une restriction de concurrence.

<sup>23</sup> Par exemple, dans l'UE, l'article 106 § 2 du TFUE, relatif aux « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général », concerne uniquement les situations dans lesquelles l'application des règles du droit de la concurrence de l'UE ferait « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

<sup>24</sup> Affaire C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi*, [2003] Recueil de la jurisprudence I-8055, § 56.

<sup>25</sup> 317 U.S. 341 (1943).

<sup>26</sup> Pour de plus amples informations, on peut également se reporter à McCall (1977), « The State Action Exemption in Antitrust: From Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. », *Duke Law Journal*, pp. 871-908.

<sup>27</sup> Pour en savoir plus sur l'utilisation de la doctrine de l'action de l'État dans l'UE et aux États-Unis, voir OCDE (2009), « State-Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality ».

<sup>28</sup> Affaire China Ocean Shipping Tally Shenzhen et China United Tally (Shenzhen).

<sup>29</sup> Affaire China Ocean Shipping Tally Shenzhen et China United Tally (Shenzhen).

<sup>30</sup> Autorité chinoise de la concurrence.

<sup>31</sup> La décision peut être consultée à l'adresse [http://samr.saic.gov.cn/gg/201807/t20180720\\_275163.html](http://samr.saic.gov.cn/gg/201807/t20180720_275163.html) (chinois seulement).

<sup>32</sup> Prestataires publics de services de marquage dans le port de Shenzhen.

<sup>33</sup> Selon les instructions publiées par le Conseil d'État chinois et le ministre des transports, les entreprises de marquage portuaire doivent introduire un mécanisme concurrentiel dans le marché et deux entreprises exerçant leur activité dans le même port ne peuvent pas être détenues par la même entité.

<sup>34</sup> Deuxième jugement amendé et jugement définitif 06-Md-1738 ; 05-Cv-0453.

<sup>35</sup> Membres de la Chambre de commerce chinoise d'import-export de médicaments et de produits de santé, une association d'entreprises.

<sup>36</sup> Dans cette affaire, le gouvernement chinois a comparu pour la première fois devant un tribunal américain, en qualité de tiers intervenant à l'instance.

<sup>37</sup> Cour d'appel de la deuxième circonscription, dossier n° 13-4791-cv.

<sup>38</sup> Comme le droit international, le principe de courtoisie internationale permet de concilier les systèmes juridiques de différents pays. Toutefois, la courtoisie internationale est une pratique discrétionnaire, qui implique le respect des lois, décisions judiciaires et institutions d'autres pays pour des raisons de courtoisie.

<sup>39</sup> L'adjoint du ministre de la Justice (*Solicitor General*) et la Division antitrust.

<sup>40</sup> Animal Science Products, Inc. contre Hebei Welcome Pharmaceutical Co., 585 U.S. (2018).

<sup>41</sup> Juin 2018.

<sup>42</sup> Arrêt de la Cour suprême, juge Ginsburg.

<sup>43</sup> Cette position ne remet cependant pas en cause l'idée que, dans l'hypothèse où le juge américain qui interprète le droit chinois parviendrait à la conclusion que celui-ci exige que les entreprises publiques s'entendent sur les prix des produits destinés à être vendus aux États-Unis, ni le ministère de la Justice des États-Unis ni les clients aux États-Unis ne pourraient contester ces prix, ce qui nuirait incontestablement à la bonne application du droit de la concurrence.

<sup>44</sup> OCDE (2015), « Competition Policy and Competitive Neutrality ».

<sup>45</sup> Lallemand-Kirche, Tixier, Piffaut (2017), « The treatment of state-owned enterprises in EU competition law: new developments and future challenges », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 8, n° 5.

<sup>46</sup> Contributions des pays à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée en 2015 par l'OCDE.

<sup>47</sup> Il importe cependant de souligner que ce qui dissuade les entreprises publiques de se livrer à un comportement anticoncurrentiel peut être différent de ce qui dissuade les entreprises privées. Dans certains cas, d'autres sanctions que des sanctions financières peuvent constituer un moyen plus

efficace de lutter contre les infractions impliquant des entreprises publiques. Cet aspect sera traité de manière plus précise dans les parties suivantes.

<sup>48</sup> C'est ce qu'avance Petit (2015), « Implications of Competitive Neutrality for Competition Agencies: A Process Perspective ». Note rédigée pour la table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.

<sup>49</sup> Selon la loi en vigueur, l'existence d'une phase de récupération des pertes peut ou non être nécessaire pour prouver qu'il y a eu pratique de prix d'éviction.

<sup>50</sup> OCDE (2009), « State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality ».

<sup>51</sup> Sokol (2009), « Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises », *Brigham Young University Law Review*, 1713.

<sup>52</sup> OCDE (2009), « State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality ».

<sup>53</sup> Entreprise privée américaine.

<sup>54</sup> Société anonyme allemande.

<sup>55</sup> Au sens de l'article 102 du TFUE.

<sup>56</sup> Voir l'affaire United States Postal Service contre Flamingo Industries, 540 U.S. 736 (2004), exposée dans OCDE (2009), qui illustre une autre manière de traiter un opérateur public historique dans le secteur postal.

<sup>57</sup> Le classique coût incrémental moyen à long terme (CIMLT).

<sup>58</sup> Contribution de l'UE à OCDE (2009).

<sup>59</sup> Si les prix n'étaient pas réglementés sur le marché de monopole, une entreprise cherchant à maximiser ses bénéfices aurait déjà fixé un prix de monopole, si bien qu'aucune hausse supplémentaire des prix n'aurait été rentable sur ce marché. En revanche, si les prix étaient réglementés, l'entreprise aurait pu plaider en faveur d'une réglementation plus souple.

<sup>60</sup> Décision de la Commission 2001/354/CE, Affaire COMP/35.141 – Deutsche Post AG.

<sup>61</sup> Pour de plus amples informations, voir également Lembo (2013), « The Italian Competition Authority opens an investigation against the incumbent railway operator for breach of Art 102 TFUE (*Ferrovie dello Stato*) », *e-Competitions Bulletin*, mai 2013, art. n° 61757.

<sup>62</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Bollettino settimanale Anno XXIII* – n° 22 (en italien seulement).

<sup>63</sup> Affaire A443 – Ntv/Fs/Ostacoli All'accesso Nel Mercato Dei Servizi Di Trasporto Ferroviario Passeggeri Ad Alta Velocità, décision n° 24804.

<sup>64</sup> Une filiale de FS.

<sup>65</sup> Par exemple, les marges pourraient ne plus être le signe de l'existence d'un pouvoir de marché (et pourraient être, quoi qu'il en soit, difficiles à déterminer en cas de subventions croisées entre activités commerciales et non commerciales).

<sup>66</sup> Dans l'affirmative, il ne pourrait plus être considéré que les entreprises publiques se sont comportées de manière indépendante les unes des autres, si bien que la fusion ne modifierait ni leur capacité à cet égard ni leur intérêt à se comporter de manière indépendante.

<sup>67</sup> Au sein de l'UE, cette question est expressément abordée dans la Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, qui précise, en son paragraphe 52 que : « Si les entreprises faisaient partie, auparavant, d'ensembles économiques distincts dotés d'un pouvoir de décision autonome, l'opération sera considérée comme une concentration et non comme une restructuration interne. Toutefois, lorsque les différentes unités économiques continuent de disposer

d'un pouvoir de décision autonome après l'opération, cette dernière ne peut être considérée que comme une restructuration interne, même si les actions des entreprises formant des unités économiques distinctes sont détenues par une seule entité, comme c'est le cas dans un holding classique ».

<sup>68</sup> Ce qui est coûteux pour les parties et les autorités de la concurrence.

<sup>69</sup> Voir la section 5 du guide de la CMA, autorité de la concurrence du Royaume-Uni, sur les fusions dans le système national de santé. Le guide indique que les *NHS trusts* (organismes regroupant des prestataires de soins spécialisés), sont contrôlés par l'État, tandis que les fondations (*NHS Foundation Trusts*), plus autonomes, ne le sont pas ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/339767/Healthcare\\_Long\\_Guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/339767/Healthcare_Long_Guidance.pdf)).

<sup>70</sup> Cheng (2015), « Competitive neutrality from an Asian perspective », contribution à la table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle DAF/COMP/WD(2015)49.

<sup>71</sup> Voir, par exemple, les affaires IV/M.511 – Texaco/Norsk Hydro, COMP/M.5508 – SoFFin/Hypo Real Estate et COMP/M.5549 – EDF/Segebel.

<sup>72</sup> Affaire n° COMP/M.6151.

<sup>73</sup> Affaire n° COMP/M.6113.

<sup>74</sup> Affaire n° COMP/M.6082.

<sup>75</sup> Affaire n° COMP/M.6141.

<sup>76</sup> Affaire n° COMP/M.7643.

<sup>77</sup> La Commission chargée du contrôle et de la gestion des actifs de l'État, institution directement gérée par le Conseil des affaires d'État.

<sup>78</sup> Fountoukakos et Puech-Baron (2012), « The EU merger regulation and transactions involving states or state-owned enterprises: Applying rules designed for the EU to the People's Republic of China », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 44-54.

<sup>79</sup> Une affaire plus récente sera présentée dans les sections suivantes.

<sup>80</sup> Affaire CNOOC, Institute for International Economics 2012, [https://piie.com/publications/chapters\\_preview/3942/05iie3942.pdf](https://piie.com/publications/chapters_preview/3942/05iie3942.pdf).

<sup>81</sup> Communiqué de presse, FINCANTIERI S.p.A, 2 février 2018, <https://www.fincantieri.com/globalassets/press-releases/price-sensitive/2018/2018-02-02-fincantieri-signs-an-agreement-with-the-french-state-for-the-acquisition-of-50-of-stx-france.pdf>.

<sup>82</sup> Questions parlementaires, Question avec demande de réponse écrite E-005318-17 à la Commission, Article 130 du règlement, 28 août 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2017-005318+0+DOC+XML+V0//EN>.

<sup>83</sup> En droit des États-Unis.

<sup>84</sup> Exportadora de Sal, détenue par l'État mexicain (51%) et par Mitsubishi (49%). La majorité des membres du conseil d'administration et le directeur général sont nommés par le gouvernement.

<sup>85</sup> Sea Breeze Salt, Inc. et al. contre Mitsubishi Corp. et al., CV 16-2345-DMG, ECF n° 45 (18 août 2016) et Sea Breeze Salt, Inc. contre Mitsubishi Corp., n° 16-56350 (9<sup>e</sup> circonscription, 2018).

<sup>86</sup> Société californienne.

<sup>87</sup> Société mexicaine.

<sup>88</sup> Elle est à l'origine de 90 % des exportations de sel du Mexique et de près de 17 % de la production mondiale de sel.

<sup>89</sup> United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, n° 16-56350D.C. n° 2:16-cv-02345-DMG-AGR, opinion du juge Wardlaw.

<sup>90</sup> Sokol (2008), « What Do We Really Know About Export Cartels and What is the Appropriate Solution? », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, p. 967.

<sup>91</sup> Décision de la CCI, 9 décembre 2013.

<sup>92</sup> Communiqué de presse de la CCI, 27 octobre 2014.

<sup>93</sup> COMPAT a ensuite confirmé la deuxième décision de la CCI imposant une amende plus faible. Voir également : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16d3fd73-421f-4919-a0f1-71e3aa90c3a>.

<sup>94</sup> Le communiqué de presse peut être consulté à l'adresse : <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/142366> (en ukrainien seulement).

<sup>95</sup> Fournisseur intégré de services de télécommunication, relevant de l'autorité de surveillance indépendante d'Afrique du Sud (ICASA).

<sup>96</sup> Competition Commission contre Telkom SA Ltd, affaire n° 11/CR/Feb04 et Competition Commission contre Telkom SA SOC Ltd (016865) [2013] ZACT 62 (18 juillet 2013).

<sup>97</sup> Affaire 11/CR/Feb04.

<sup>98</sup> Tribunal de la concurrence de l'Afrique du Sud, affaire n° 11/CR/Feb04, décision et motivation, 7 août 2012.

<sup>99</sup> Procédure administrative du CADE 08700.003070/2010-14.

<sup>100</sup> Pour de plus amples informations, voir la contribution du Brésil à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée en 2015 par l'OCDE.

<sup>101</sup> Entreprise publique chinoise du secteur de l'extraction minière et de l'énergie.

<sup>102</sup> Celui de la concession de licences sur une technologie de gazéification du mélange eau-charbon en Chine.

<sup>103</sup> Voir Provvedimento n° 23770 (A436) Arenaways – Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, Official Bulletin n° 30/2012, contribution de l'Italie à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2015.

<sup>104</sup> RFI, qui gère le réseau ferroviaire national dans le cadre d'un monopole légal, et Trenitalia, la principale compagnie de chemins de fer italienne, qui occupe une position de monopole de fait sur les marchés du transport ferroviaire de personnes (services régionaux et services moyenne et longue distance).

<sup>105</sup> Cette règle a été introduite par une nouvelle législation (2009/2010), qui vise à ménager un juste équilibre entre la nécessité de libéraliser le marché du transport ferroviaire et la préservation de la viabilité économique des contrats de service portant sur des services subventionnés.

<sup>106</sup> Provvedimento n° 23770 (A436) Arenaways – Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, Official Bulletin n° 2012.

<sup>107</sup> Voir Cleary Gottlieb (2014), « Ferrovie dello Stato Italiane in Successful Appeal against Italian Antitrust Authority ».

<sup>108</sup> Qui relève de la compétence de l'autorité de surveillance.

<sup>109</sup> Qui est une entreprise publique chargée d'offrir des services subventionnés.

<sup>110</sup> Contribution de l'Italie à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée par l'OCDE en 2015.

<sup>111</sup> Comme évoqué précédemment.

<sup>112</sup> Comme le montre l'affaire Arenaways.

<sup>113</sup> Tel est par exemple le cas si l'issue d'une enquête visant une entreprise publique est totalement différente de ce qu'elle aurait été si l'entreprise avait été privée. Bien que l'ampleur de ce phénomène soit difficile à évaluer parce qu'il n'est pas toujours possible d'observer la situation contrefactuelle, de multiples facteurs peuvent exercer une influence dans ce sens et, s'ils ne sont pas pleinement pris en compte dans chaque cas d'espèce, engendrer un risque de sous-application du droit.

<sup>114</sup> Commission decision of 24/05/2018, Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe..

<sup>115</sup> Le gouvernement de la Fédération de Russie détient plus de 50 % du capital de l'entreprise.

<sup>116</sup> Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Hongrie et Bulgarie.

<sup>117</sup> Commission decision of 24/05/2018, Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe.

<sup>118</sup> Lorsqu'il est exercé, ce pouvoir peut avoir une influence sur les flux de gaz en direction de l'UE. Les interruptions d'approvisionnement imposées pour des raisons politiques aux pays d'Europe centrale et orientale entre 1991 et 1994 et les interruptions ou réductions d'approvisionnement imposées à l'UE en 2006 et 2009 en sont des illustrations. Riley (2012), « Commission v. Gazprom: the antitrust clash of the decade? », *CEPS Policy Brief n° 285*.

<sup>119</sup> Voir le troisième paquet énergie de l'Union européenne.

<sup>120</sup> Ordonnance exécutive du président de la Fédération de Russie n° 1285 du 11 septembre 2012 relative aux mesures visant à protéger les intérêts de la Fédération de Russie dans les activités économiques à l'étranger des personnes morales russes (2012).

<sup>121</sup> Martyniszyn, (2015), « On Extraterritoriality and the Gazprom Case », *European Competition Law Review*, vol. 37, n° 6, pp. 291-294.

<sup>122</sup> Contribution de l'UE à la table ronde sur la neutralité concurrentielle organisée en 2015 par l'OCDE.

<sup>123</sup> La Commission européenne a estimé qu'il y avait lieu d'évaluer ces pratiques en vertu de l'article 102 du TFUE, considérant dans son évaluation préliminaire que « du fait de la position dominante qu'elle est soupçonnée d'occuper sur les marchés pertinents, Gazprom aurait pu être en position d'imposer ces conditions à ses clients ». Commission decision of 24/05/2018, Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe.

<sup>124</sup> Pour de plus amples informations, voir Commission decision of 24/05/2018, Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe.

<sup>125</sup> Voir OCDE (2010), *Transparence et responsabilité : Guide pour l'État actionnaire*, Gouvernement d'entreprise.

<sup>126</sup> Au Royaume-Uni, la CMA a reconnu que chacune des fondations hospitalières du pays constituait en elle-même une entreprise, même si toutes avaient l'État pour détenteur ultime, et qu'il y avait donc lieu d'appliquer les règles relatives au contrôle des fusions afin de protéger les patients du risque de diminution de la concurrence entre ces fondations.

<sup>127</sup> Affaire n° COMP/M.7850.

<sup>128</sup> Electricité de France S.A.

<sup>129</sup> China General Nuclear Power Corporation, majoritairement détenue (à 90 %) par la SASAC centrale.

<sup>130</sup> HPC Holding, SZC Holding, BRB Holding.

<sup>131</sup> Commission SPEECH/11/243, Joaquín Almunia, Policy Recent developments and future priorities in EU competition policy, International Competition Law Forum, St. Gallen, 8 avril 2011. Communiqué de presse de la Commission européenne IP/11/617, 19 mai 2011.

## Bibliographie

- Anandarajah, K. et T. Tang (2014), « Competition Law in Asia - Protecting (Against) Competition? », *Competition Policy International*, 29 octobre 2014.
- Aproskie, J., M. Hendriksz et T. Kolobe (2014), « State-owned Enterprises and Competition: Exception to the rule? », *Genesis Analytics*, 6 septembre 2014.
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), « Bollettino settimanale Anno XXIII », n° 22.
- Contribution du Brésil à la Table ronde sur la neutralité concurrentielle du point de vue de la politique de la concurrence organisée par l'OCDE en 2015.
- Capobianco, A. et H. Christiansen (2011), « Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options », *OECD Corporate Governance Working Papers*, n° 1, Éditions OCDE, Paris.
- Cheng (2015), « Competitive neutrality from an Asian perspective », note en vue de la Table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.
- Cleary Gottlieb (2014), « Ferrovie dello Stato Italiane in Successful Appeal Against Italian Antitrust Authority », 27 mars 2014.
- CNUCED (2015), *Competition Law And The State. Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measure (Volume 1: Summary of answers to questionnaire)*, UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series.
- Commission européenne (2011), communiqué de presse, IP/11/617, 19 mai 2011.
- Commission européenne (2011), Recent developments and future priorities in EU competition policy, SPEECH/11/243, Joaquín Almunia, International Competition Law Forum, St. Gallen, 8 avril 2011.
- Desai, K. et M. Mohan (2011), « Fear of the Chinese or Business as usual at the European Commission? EU Merger Regulation and the Assessment of Transactions Involving Chinese State-owned Enterprises », *CPI Antitrust Chronicle*, août 2011.
- Eötvös, O. et C. Haid (2016), « No merger control for concentrations of national strategic importance », *International Law Office*, 1<sup>er</sup> décembre 2016.
- EuropeAid (2009), EU contribution to OECD – statistics 2009.
- Fountoukakos, K. et C. Puech-Baron (2012), « The EU merger regulation and transactions involving states or state-owned enterprises: Applying rules designed for the EU to the People's Republic of China », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 44-54.
- Fox, E. (2018), « China, Export Cartels and Vitamin C: American Second? », *Competition Policy International*.
- Fox, E. et D. Healey (2013), « When the state harms competition – the role for competition law », *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 336.
- Institute for International Economics (2012), The CNOOC Case.
- Contribution de l'Italie à la Table ronde sur la neutralité concurrentielle du point de vue de la politique de la concurrence organisée par l'OCDE en 2015.
- Kovacic, W.E. (2017), « Competition Policy and State-owned Enterprises in China », *World trade Review*, vol. 16, n° 4, pp. 693-711.
- Lallemand-Kirche, G., C. Tixier et H. Piffaut (2017), « The treatment of state-owned enterprises in EU competition law: new developments and future challenges », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 8, n° 5, pp. 295-308.

- Lembo, S. (2013), « The Italian Competition Authority opens an investigation against the incumbent railway operator for breach of Art 102 TFUE (Ferrovie dello Stato) », *e-Competitions Bulletin*, mai 2013, Art. n° 61757.
- Martyniszyn, M. (2015), « On Extraterritoriality and the Gazprom Case », *European Competition Law Review*, vol. 37, n° 6, pp. 291-294.
- McCall, L. (1977), « The State Action Exemption in Antitrust: From Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. », *Duke Law Journal*, pp. 871-908.
- OCDE (2018), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices*.
- OCDE (2017), *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2015), *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, Édition 2015*, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2015), « Competition Policy and Competitive Neutrality ».
- OCDE (2012), *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business*, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2010), *Transparence et responsabilité : Guide pour l'État actionnaire*, Gouvernement d'entreprise, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2009), « State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality », tables rondes.
- Parlement européen (2017), Questions parlementaires : Question avec demande de réponse écrite E-005318-17 à la Commission, Article 130 du règlement, 28 août 2017.
- Petit, N. (2015), « Implications of Competitive Neutrality for Competition Agencies: A Process Perspective », note en vue de la Table ronde de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.
- Réseau international de la concurrence (2014), projet spécial du Conseil marocain de la Concurrence « State-owned enterprises and competition », conférence annuelle, 23-25 avril 2014.
- Riley, A. (2012), « Commission v. Gazprom: the antitrust clash of the decade? », *CEPS Policy Brief*, n° 285.
- Robb, G. (2014), « Competition without privatisation? South Africa's experience of the corporatisation of state-owned enterprises », présenté lors de la deuxième conférence de l'Association of Economic Regulators. Johannesburg, mars 2014.
- Sappington, D. et J. Sidak (2003), « Competition Law for State-owned Enterprise », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 2, pp. 479-523.
- Sokol, D. (2009), « Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises », *Brigham Young University Law Review*, vol. 2009, n° 1713-1812.
- Sokol, D. (2008), « What Do We Really Know About Export Cartels and What is the Appropriate Solution? », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, n° 4, pp. 967-982.
- Willemys, I. (2016), « Disciplines on State-owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction? », *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 3, pp. 657-680.
- Xu, Z. et M. Birch (1999), « The Economic Performance of State-owned Enterprises in Argentina an Empirical Assessment », *Review of Industrial Organization*, vol. 14, n° 4, pp. 355-375.