

**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**

-- Synthèse --

30 novembre 2018

Cette synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la Session V du 18<sup>ème</sup> Forum mondial sur la concurrence des 29 et 30 novembre 2018.

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

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

JT03464509

## Synthèse

*Par le Secrétariat\**

À la lumière des échanges ayant eu lieu lors du Forum mondial sur la concurrence le 30 novembre 2018, des présentations des membres du panel et des contributions des délégués, il ressort plusieurs points :

- (1) *Le droit de la concurrence devrait s'appliquer de la même façon aux comportements des entreprises publiques exerçant des activités économiques dans des marchés concurrentiels qu'à ceux des entreprises privées.*

Les entreprises publiques sont des acteurs importants sur de nombreux marchés et sont souvent en concurrence avec des entreprises privées sur des marchés stratégiques pour l'économie. Lorsque les entreprises publiques bénéficient d'avantages ou subissent des désavantages dans l'exercice de leurs activités économiques, la neutralité concurrentielle en pâtit. La neutralité de traitement en matière d'application du droit de la concurrence est un moyen d'assurer la neutralité concurrentielle. Lors des dernières décennies, les autorités de la concurrence et les États ont convenu que les entreprises publiques pouvaient adopter des pratiques anticoncurrentielles, qui peuvent s'avérer aussi préjudiciables que les restrictions mises en place par les entreprises privées. C'est pour cette raison que les autorités de la concurrence appliquent de plus en plus le droit de la concurrence aux entreprises publiques de façon stricte.

- (2) *Les autorités de la concurrence peuvent être confrontées à un certain nombre de difficultés lorsqu'elles examinent un comportement présumé anticoncurrentiel adopté par une entreprise publique. Elles peuvent avoir du mal à estimer correctement les coûts, à déterminer si l'entité publique constitue une entreprise ou non, à évaluer le degré d'indépendance de cette entité vis-à-vis des autres entreprises publiques et à établir qui exerce un contrôle sur elle, en raison de la présence capitalistique de l'État et du contrôle qu'il exerce sur elle.*

Déterminer les limites du groupe d'entreprises auquel appartient une entreprise publique constitue l'une des principales difficultés pour les autorités de la concurrence. Cette tâche peut s'avérer complexe, car si les entreprises publiques sont détenues en dernier ressort par l'État, le rôle joué par ce dernier dans la prise de décision des entreprises publiques n'est pas toujours clair et il arrive souvent que le contrôle soit exercé par un ministère de tutelle ou une société holding publique spécialisée. Les difficultés concernant la détermination de l'entité de contrôle ont une incidence sur le calcul du chiffre d'affaires pertinent utilisé à différentes fins liées à l'application du droit de la concurrence. Ces éléments sont particulièrement importants lorsqu'une enquête en droit de la concurrence porte sur une entreprise publique étrangère dans la mesure où les systèmes de gouvernance sont susceptibles de varier selon les juridictions et où il peut s'avérer compliqué d'obtenir des informations auprès d'autorités étrangères.

En outre, s'agissant des entreprises publiques, les obligations de service public peuvent jouer un rôle majeur dans les enquêtes. En particulier, les autorités de la concurrence doivent prendre en compte les effets des obligations de service public sur le comportement de l'entreprise publique sur le marché, sur la structure des coûts de l'entreprise et sur ses

---

\* Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus dégagé lors du Forum mondial sur la concurrence. Il rend compte des points essentiels qui ont émergé des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde ainsi que des contributions écrites, des présentations des experts membres du panel et de la note de référence du Secrétariat.

incitations à faire concurrence aux entreprises rivales. La question des coûts est une différence entre entreprises privées et entreprises publiques susceptible d'avoir une incidence sur la façon dont les autorités de la concurrence analysent le comportement des entreprises publiques.

Dans le cas des entreprises publiques, les coûts peuvent être le résultat d'avantages dont bénéficient les entreprises publiques de façon spécifique — subventions directes et indirectes ou dégrèvements fiscaux, moindres contraintes budgétaires ou accès préférentiel au crédit. Il peut donc s'avérer nécessaire d'effectuer des corrections afin de faire apparaître les véritables coûts des entreprises publiques, par exemple lorsqu'une autorité doit déterminer si la fixation d'un prix inférieur aux coûts constitue une stratégie abusive d'élimination des concurrents ou non.

- (3) *Les autorités de la concurrence semblent globalement traiter de la même manière les entreprises publiques et les entreprises privées au cours de leurs enquêtes. Cependant, elles pourraient être amenées à adapter leurs tests et leurs analyses pour tenir compte du fait que les entreprises publiques poursuivent plusieurs objectifs, certains d'entre eux n'obéissant pas à une logique de maximisation des bénéfices.*

Dans de nombreux cas, l'État fixe des objectifs non commerciaux aux entreprises publiques. Il arrive que les entreprises publiques doivent adopter des stratégies, notamment en matière de tarification, incompatibles avec une logique de maximisation des bénéfices afin de réaliser ces objectifs. Lorsque les entreprises publiques n'ont pas pour mandat de générer des bénéfices, elles peuvent être davantage incitées que les entreprises privées à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, une entreprise publique peut juger avantageux d'exclure des concurrents et d'étendre le champ de ses activités ainsi que son chiffre d'affaires, même si une telle stratégie entraîne des pertes. Pour cela, elle peut par exemple vendre ses produits à un prix inférieur à leur coût, recourir à des subventions croisées entre activités réservées et activités ouvertes à la concurrence faisant alors augmenter les coûts d'exploitation, ou créer des obstacles empêchant l'entrée de concurrents plus efficaces sur le marché.

En cas de pratiques de prix d'éviction, par exemple, la notion de récupération des pertes pour les entreprises qui ne maximisent pas leurs bénéfices n'est pas très claire, et il peut donc y avoir un décalage entre la pratique juridique et la théorie économique lorsqu'il s'agit d'entreprises comme les entreprises publiques si elles ne maximisent pas leurs bénéfices. Par exemple, les entreprises publiques qui peuvent recourir à des subventions croisées sont parfois en mesure de fixer leurs prix à un niveau inférieur au coût marginal et de couvrir leurs pertes en dégageant des bénéfices monopolistiques sur d'autres marchés — et n'ont ainsi pas besoin de compenser les bénéfices perdus à l'issue de la période d'éviction. Toutefois, l'absence de récupération des pertes ne signifie pas que les pratiques d'exclusion ou de fixation de prix bas soient inoffensives en soi, dans la mesure où la fixation de prix bas ou l'exclusion d'entreprises privées peuvent avoir diverses répercussions sur l'efficacité économique.

- (4) *Les sanctions adéquates pour les entreprises publiques et les entreprises privées ne sont pas toujours les mêmes. Il est important de déterminer quelle est la sanction ou la mesure corrective adéquate lorsqu'une entreprise publique adopte un comportement anticoncurrentiel afin que l'effet de dissuasion soit efficace.*

Les différences intrinsèques entre entités privées et entreprises publiques peuvent également avoir une incidence sur le choix des autorités de la concurrence lorsqu'elles doivent déterminer la sanction la plus adaptée. Dans le cas des entreprises publiques, les sanctions monétaires ont généralement un effet de dissuasion plus faible : étant donné que les entreprises publiques ne maximisent pas leurs bénéfices, elles risquent de faire peu de cas d'amendes qui compromettent leur performance économique. En outre, l'effet de dissuasion est atténué si la

charge de la sanction monétaire est supportée par l'État, sans préjudice direct sur l'entreprise publique et sa direction.

C'est pourquoi, dans les affaires portant sur des comportements unilatéraux, il peut être plus efficace d'appliquer des mesures correctives comportementales et structurelles bien pensées que des sanctions monétaires. Lorsqu'il est impossible d'appliquer des mesures correctives et que la sanction doit être monétaire, l'autorité de la concurrence doit tenir compte des répercussions éventuelles de l'amende sur le budget public et de la charge fiscale qui en découle pour les contribuables.

(5) *Dans un certain nombre de juridictions, les entreprises publiques bénéficient d'exemptions légales, qui empêchent la mise en œuvre d'un système d'application du droit de la concurrence réellement neutre.*

Plusieurs juridictions prévoient des exemptions qui soustraient certains comportements, secteurs ou entreprises — comme les entreprises publiques — au droit de la concurrence, ce qui a des effets négatifs sur la neutralité concurrentielle. Il existe ainsi notamment des exemptions accordées aux entreprises en situation de monopole légal, des exemptions applicables aux structures publiques ou encore des exemptions en vertu de la doctrine de l'action des États ou de la doctrine de l'acte d'État.

En l'absence d'exemption générale explicite, les entreprises publiques peuvent plus facilement que les entreprises privées justifier leurs comportements anticoncurrentiels par une demande de l'État. La doctrine de l'action des États peut être utilisée par les entreprises publiques d'un pays pour éviter d'être tenues responsables d'une pratique anticoncurrentielle lorsque cette dernière est imposée ou autorisée par la loi, tandis que la doctrine de l'acte d'État concerne peut être mobilisée par les entreprises publiques étrangères. En vertu de la doctrine de l'acte d'État, les tribunaux s'abstiennent de statuer sur les demandes ou les questions qui les amèneraient à juger la validité d'un acte souverain d'un pays étranger sur son propre territoire.

(6) *Il est nécessaire de mettre en place un cadre de neutralité concurrentielle pour renforcer l'application du droit de la concurrence et instaurer des conditions de concurrence équitables.*

En vertu du droit de la concurrence, les autorités de la concurrence peuvent seulement mener des enquêtes sur les comportements anticoncurrentiels des entreprises publiques et elles n'ont aucun pouvoir (ou peu de moyens) pour supprimer les avantages (ou les désavantages) éventuels que l'État donne aux entreprises publiques et qui sont la raison pour laquelle ces entreprises peuvent adopter des comportements anticoncurrentiels. Dans ces cas, les autorités de la concurrence devraient mener des campagnes de sensibilisation et réaliser des études de marché. Toutefois, les résultats de ce type d'activités sont souvent non contraignants. L'autorité peut ainsi ne pas être en mesure d'appliquer des mesures de suivi pour résoudre les problèmes mis en évidence.

La définition de principes de neutralité concurrentielle et leur acceptation dans l'ensemble de l'administration ainsi qu'une meilleure prise en compte des avantages de la concurrence sur les marchés où des entreprises publiques sont présentes ou exercent une position dominante peuvent permettre de réduire les distorsions découlant de la présence capitaliste de l'État et devraient donc à l'avenir demeurer un axe important des campagnes de sensibilisation en faveur de la concurrence. Outre ces avantages, la mise en place d'un cadre de neutralité concurrentielle peut également permettre de surmonter plus facilement certains des obstacles économiques et juridiques au traitement des pratiques anticoncurrentielles des entreprises publiques précédemment mis en évidence. Cette question est particulièrement importante dans le contexte international actuel dans lequel les entreprises publiques exercent leurs activités.