

**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

-- Session V -- Appel à contributions des pays

Le présent document est un appel à contributions adressé aux pays en vue de la session V du Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra les 29 et 30 novembre 2018. Les participants au Forum mondial sur la concurrence sont invités à soumettre leurs contributions au plus tard le 29 octobre 2018.

JT03435180

À L'ATTENTION DE TOUS LES PARTICIPANTS AU FORUM MONDIAL

Objet : Table ronde sur « le droit de la concurrence et les entreprises publiques »

17^e Forum mondial sur la concurrence (29 et 30 novembre 2018)

Madame, Monsieur

En novembre 2018, le Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence organisera une table ronde sur *le droit de la concurrence et les entreprises publiques*. Je me propose par la présente de vous communiquer quelques informations générales sur ce thème et vous invite à soumettre une contribution écrite, comportant si possible des études de cas pertinentes.

Au cours de la table ronde, les participants examineront les enquêtes menées en cas de fusions, d'accords et de comportements anticoncurrentiels qui sont le fait d'entreprises publiques, que celles-ci soient détenues ou contrôlées par l'État de l'autorité de la concurrence concernée ou par d'autres États. Ils étudieront en particulier le type de comportements auxquels se livrent les entreprises publiques, les questions analytiques soulevées par ces affaires et les raisons qui les motivent, et se demanderont en quoi le statut des entreprises publiques a eu une incidence sur ces enquêtes. Nous nous efforcerons ainsi de mettre en évidence les principales difficultés que pose l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques et les moyens de les résoudre.

La qualité et l'utilité de la table ronde seront grandement renforcées par vos contributions écrites. Afin de vous aider à préparer la vôtre, je vous suggère de la centrer sur des études de cas et sur les difficultés pratiques, en mettant particulièrement l'accent sur les évolutions survenues dans votre pays. Vous trouverez ci-après une analyse de certaines des difficultés que peuvent poser les entreprises publiques de par leur nature même. Nous n'entendons nullement en proposer une énumération exhaustive en particulier du fait que, si certains de leurs comportements et certaines de leurs stratégies peuvent être les mêmes, ils ne procèdent pas tous de la nature même de ces entreprises mais aussi du type de marché sur lequel elles exercent leurs activités et des possibilités qui leur sont offertes. Nous invitons donc vivement les participants à soulever et à traiter d'autres questions et problèmes que ceux que nous évoquons ici, à les analyser et à les commenter en se fondant sur leur pratique de l'application du droit de la concurrence dans les affaires concernant les entreprises publiques.

Synthèse

Comme les organisations caritatives et autres entreprises à vocation sociale, les entreprises publiques proposent, sans but lucratif, des produits et services sur les marchés ayant alors, par exemple, pour objectif d'accroître leur production (ou un tout autre objectif). On pourrait en conclure que, ne recherchant pas la maximisation de leurs bénéfices, le préjudice que leurs actions peuvent occasionner ne résulte pas d'un abus de position dominante ou d'un transfert du surplus du consommateur vers le producteur. Pour autant, lorsqu'elles poursuivent leurs objectifs, leur comportement peut être très éloigné d'une concurrence par les mérites ou, à l'instar de la conduite des entreprises en quête de rente, peut avoir pour effet de fausser la concurrence et de réduire l'efficacité. Dans d'autres cas en revanche, les entreprises publiques peuvent elles-aussi chercher à maximiser leurs bénéfices en vue de les réinvestir. Il est donc indispensable de leur appliquer le droit de la concurrence – quitte, peut-être, à adapter quelque peu les outils et les normes

traditionnellement utilisés – afin de mener des enquêtes dans les situations où leur comportement risque de porter préjudice aux consommateurs sur le marché pertinent.

En ce qui concerne les entreprises publiques nationales ou étrangères, nous pourrions étudier les différents problèmes que pose le traitement de ces entreprises – s’agissant du contrôle des fusions, des pratiques de collusion et des abus de position dominante – au regard des diverses mesures qu’elles sont susceptibles de prendre.

S’agissant du **contrôle des fusions**, les difficultés qui se posent peuvent englober la question de savoir quand l’État peut contrôler une entreprise et quand une entreprise publique fait partie d’un groupe d’entreprises publiques qui peuvent ensemble la contrôler. Cela n’est pas sans incidence pour déterminer s’il y a eu un changement de leur contrôle ou pour calculer leur chiffre d’affaires. L’autorité de la concurrence peut également se demander, à des fins d’analyse, si la réduction des coûts fixes résultant d’une fusion pourra être répercutée sur les consommateurs et pourra donc étayer l’argument des gains d’efficacité. Elle peut également se heurter à des problèmes institutionnels, comme lorsqu’une entreprise publique assume, en plus de ses activités, le rôle d’organisme de réglementation ou dispose d’autres voies d’accès au processus de décision de l’État, ce qui est de nature à compromettre la faculté de l’autorité à rendre des décisions indépendantes ou à faire appliquer une mesure corrective utile. Une fusion peut ainsi être motivée par la politique industrielle de l’État ou, au contraire, une opération de cession peut constituer une privatisation forcée que l’État ne souhaitait pas engager. La question peut également se poser de savoir si une fusion avec une entreprise publique étrangère fait naître différentes théories du préjudice (relatives, par exemple, à des préoccupations d’intérêt général comme la sécurité intérieure).

S’agissant des **accords à caractère collusif**, des exemptions au droit de la concurrence peuvent être prévues, ou bien des discussions peuvent avoir lieu pour déterminer si tel ou tel accord concerne des entités distinctes. L’autorité de la concurrence peut aussi se demander si les amendes ont un effet dissuasif ou si elles sont tout simplement répercutées sur les consommateurs (ou sur les contribuables), tous facteurs susceptibles d’avoir des conséquences sur le calcul des amendes. Lorsqu’une entreprise publique étrangère est impliquée, les relations entre États peuvent s’en trouver compliquées, de même que l’accès aux informations, et une immunité de fait, sinon explicite, peut s’exercer, ce qui donne lieu à une application lacunaire du droit de la concurrence.

Lorsqu’elles enquêtent sur un **comportement anticoncurrentiel**, les autorités de la concurrence peuvent se heurter à un certain nombre d’autres problèmes, telles que des difficultés d’analyse découlant des objectifs visés par l’entreprise publique en cause : réalisation d’un objectif de politique publique, développement ou préservation de l’entité, accroissement du bien-être du consommateur ou de certains groupes vulnérables ou du personnel de l’entreprise. Les raisons invoquées pour justifier le comportement mis en cause peuvent différer selon l’objectif déclaré. Ces différences peuvent ensuite avoir des incidences sur les hypothèses, tests ou normes utilisés dans les analyses réalisées pour appliquer le droit de la concurrence. Il s’ensuit à titre d’exemple que :

- le postulat de départ pourrait être que les entreprises publiques sont en position dominante eu égard à leur position privilégiée et non au regard de leur capacité à pratiquer des prix non concurrentiels ;
- il pourrait être nécessaire de modifier le test de l’absence de justification économique destiné à établir l’intention d’une entreprise de se livrer à des pratiques d’exclusivité ou de refus de vente ;

- l'élément du recouvrement des coûts associé au test des prix d'éviction pourrait s'avérer inutile (ou devrait être mesuré en termes non monétaires) si l'infraction commise est, en tout état de cause, secondaire au regard la réalisation d'un autre objectif ;
- les marges pourraient ne plus être indicatives 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) ;
- lorsque l'entreprise bénéficie de subventions ou d'un traitement préférentiel sur son marché intérieur, le critère prix-coûts à appliquer pourrait viser à déterminer si elle pratique des prix inférieurs aux coûts, abstraction faite des subventions ou autres soutiens qu'elle reçoit (on pourrait alors préjuger du résultat de l'action intentée à l'encontre de cette entreprise lorsqu'il existe un cadre permettant une telle action ou, dans le cas contraire, espérer vainement qu'une action sera intentée) ;
- ou encore, autre possibilité si l'on utilise le test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace, tout traitement préférentiel ne pourrait-il être assimilé à un gain d'efficacité ?

Les affaires relatives à des comportements anticoncurrentiels mettant en cause des entreprises publiques étrangères peuvent aussi poser des problèmes particuliers. On peut ainsi craindre que l'application du droit de la concurrence ne soit utilisée comme un obstacle non tarifaire afin de favoriser des entreprises nationales lorsqu'une obligation d'octroi de licences est imposée à titre de mesure corrective à des entreprises publiques étrangères ou sur les marchés sur lesquels des entreprises publiques nationales leur livrent concurrence.

Par ailleurs, le comportement des entreprises bénéficiant d'un soutien public (même si celles-ci sont entièrement ou largement détenues ou contrôlées par des capitaux privés), leur statut et les objectifs qu'elles poursuivent peuvent poser, pour les autorités de la concurrence, des difficultés du même ordre qu'il convient de ne pas négliger.

La page web de l'OCDE consacrée aux « le droit de la concurrence et les entreprises publiques » (oe.cd/cenp) sera le premier vecteur de diffusion des documents et liens en rapport avec ce sujet. Sauf demande contraire expresse, nous reproduirons sur le site toutes les contributions écrites qui nous seront communiquées.

Je vous rappelle que le Secrétariat réunira les résumés succincts des contributions écrites pour diffusion avant la réunion. Je vous invite donc à accompagner votre contribution d'un résumé succinct (une page maximum), sans quoi le Secrétariat se chargera d'en rédiger un qu'en raison de contraintes de temps, vous ne serez peut-être pas en mesure de relire avant sa diffusion sur O.N.E.

Dans un souci d'efficacité des préparatifs de la table ronde, je vous saurais gré d'indiquer au Secrétariat avant le **lundi 24 septembre 2018** si vous envisagez de soumettre une contribution écrite sur le sujet soumis à débat. Les contributions doivent impérativement nous parvenir au plus tard le **lundi 29 Octobre 2018**, et si ce délai n'est pas respecté, votre contribution risque de ne pas être communiquée aux délégués via O.N.E. suffisamment tôt avant la réunion.

Toutes les informations relatives aux documents établis à l'occasion de la table ronde doivent être communiquées à Mme Angelique Servin (courriel : Angelique.SERVIN@oecd.org). Toutes les demandes portant sur le fond doivent être adressées à Mme Carolina Abate (Email: Carolina.ABATE@oecd.org) et Mme Lynn Robertson (courriel : Lynn.ROBERTSON@oecd.org).