

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Forum mondial sur la concurrence****Promotion de la neutralité concurrentielle par les autorités de la concurrence****- Note de référence du Secrétariat -**

8 décembre 2021

Le présent document a été élaboré par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de référence lors de la Session IV du 20^e Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra du 6 au 8 décembre 2021.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou de ses pays membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante : <https://web-archive.oecd.org/2023-09-11/640012-2021-global-forum-on-competition.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. James MANCINI [courriel : James.MANCINI@oecd.org]

JT03563938

Promotion de la neutralité concurrentielle par les autorités de la concurrence – Note de référence*

Le présent document s'appuie sur la Recommandation sur la neutralité concurrentielle adoptée par l'OCDE en 2021 et présente les principaux types de mesures des juridictions qui créent des distorsions de la concurrence ainsi que les outils dont disposent les autorités de la concurrence pour remédier à ces distorsions.

La section 2 se concentre sur six domaines dans lesquels la neutralité concurrentielle peut être mise à mal : le cadre juridique de la concurrence, lorsqu'il prévoit des exemptions en faveur de certaines entreprises ou que son application est discriminatoire ; le cadre réglementaire, qui peut accorder à certains acteurs un accès préférentiel au marché ou des conditions spéciales pour y opérer ; la législation et les procédures applicables aux marchés publics, qui peuvent favoriser les entreprises publiques, les soumissionnaires nationaux ou les opérateurs en place (et parfois les PME) ; les aides publiques, qui peuvent octroyer des avantages financiers déloyaux à certaines entreprises ; les droits exclusifs ou spéciaux (généralement liés à la fourniture de services publics) qui peuvent avantager indûment certains acteurs du marché par l'effet des règles de sélection des bénéficiaires, des droits et privilèges

* La présente note de référence a été élaborée par Jordi Calvet Bademunt et Sophie Flaherty et enrichie des commentaires et contributions d'Antonio Capobianco, Carolina Abate, Despina Pachnou, Federica Maiorano, James Mancini, et Matteo Giangasper, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Mariia Melnyk et Thaianie Abreu, également de la Division de la concurrence de l'OCDE, ont contribué aux travaux de recherche.

attachés aux services publics, et des compensations versées ; et enfin l'activisme d'État, et plus particulièrement la création ou la favorisation de champions nationaux.

La troisième section examine les outils dont disposent les autorités de la concurrence pour remédier aux atteintes à la neutralité concurrentielle dans ces différents domaines. Pour l'essentiel, ces outils sont de trois types.

Les premiers visent à abroger les dispositions législatives et administratives qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle. Sur ce point, l'étendue des pouvoirs des autorités de la concurrence varie selon les juridictions. Les autorités de la concurrence peuvent être habilitées à agir directement (abroger d'elles-mêmes la mesure anticoncurrentielle) ou à contester le texte devant un tribunal (qui se chargera alors de l'abrogation).

Le second type d'outils permet aux autorités de la concurrence d'examiner les textes normatifs et de conseiller le gouvernement sur les incidences potentielles de dispositions législatives et de projets de réformes sur la concurrence. Cet examen prend essentiellement l'une des trois formes suivantes : une évaluation obligatoire de l'impact de la réglementation prévue dans le processus d'élaboration des politiques publiques ; des évaluations *ad hoc* de lois et réglementations, qui consistent à analyser au cas par cas des lois et réglementations envisagées comme existantes ; et des études de marché ou des enquêtes sectorielles, dans lesquelles les autorités de la concurrence ne se lancent que si elles ont à première vue motif à s'inquiéter étant donné que ce type d'exercice à grande échelle exige des ressources importantes.

Le troisième type d'outils a trait au contrôle des mesures d'aide publique. Dans le monde, rares sont les régimes juridiques de concurrence à comporter des dispositions spécifiques aux mesures d'aide publique, ce qui fait que la plupart des autorités de la concurrence n'ont qu'un rôle limité dans l'application du droit. Quoi qu'il en soit, les autorités de la concurrence peuvent user de pouvoirs plus généraux pour agir contre les interventions anticoncurrentielles de l'État. Certaines sont en outre investies par la législation d'un rôle de promotion spécifique en ce qui concerne les subventions. Enfin, les autorités de la concurrence peuvent soutenir les gouvernements en élaborant des lignes directrices à l'intention des organismes publics, en émettant des avis, et en endossant un rôle de surveillance.

Table des matières

Promotion de la neutralité concurrentielle par les autorités de la concurrence – Note de référence	2
1 Introduction	6
2 Distorsions de la neutralité concurrentielle	8
Cadre juridique de la neutralité concurrentielle et application	8
Réglementation	12
Marchés publics	14
Mesures d'aide publique	17
Droits spéciaux et exclusifs	20
Activisme d'État	24
Principaux points à retenir	25
3 Les outils des autorités de la concurrence pour lutter contre les distorsions	28
Mesures permettant d'abroger des textes législatifs et administratifs anticoncurrentiels	28
Soutien à la conception de la réglementation et des réformes	34
Contrôle des mesures d'aide publique	43
4 Conclusion	52
Annex A. Outils identifiés suivant les types d'atteintes à la neutralité concurrentielle	55
Notes de fin	57
Références	69

ENCADRÉS

Encadré 2.1. Le droit de la concurrence et son application aux entreprises publiques	9
Encadré 3.1. Pouvoirs d'application à l'égard des organes publics en Europe centrale et orientale	30
Encadré 3.2. Règles applicables aux monopoles administratifs en Chine	33
Encadré 3.3. Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence et liste de référence	35
Encadré 3.4. Évaluations <i>ad hoc</i> par les autorités de la concurrence – atteintes à la neutralité concurrentielle	38
Encadré 3.5. Recours à des études de marché pour identifier les problèmes en matière de neutralité concurrentielle	40
Encadré 3.6. Les aides d'État dans l'UE	44
Encadré 3.7. Les aides d'État dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)	45
Encadré 3.8. UE : l'affaire Altmark – quand la compensation octroyée en contrepartie de services publics s'analyse en une aide d'État	46
Encadré 3.9. Exemples de pays dans lesquels les autorités de la concurrence utilisent leur rôle de promotion pour s'attaquer aux mesures d'aide publique	49

1 Introduction

1. La neutralité concurrentielle est définie comme le « principe selon lequel toutes les entreprises sont soumises à des conditions de concurrence équitables vis-à-vis de la structure de propriété (y compris à l'échelon central, régional, fédéral, provincial, départemental ou municipal), de la réglementation ou de l'activité de l'État sur le marché ».¹ Les mesures étatiques qui favorisent certaines entreprises par rapport à d'autres peuvent fausser la concurrence et nuire à l'ouverture et à la loyauté du marché.

2. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle adoptée le 31 mai 2021² édicte un ensemble de principes destinés à promouvoir des règles du jeu équitables entre concurrents et à éviter que l'État octroie à des entités sélectionnées des avantages qui faussent la concurrence au sein d'un marché. Elle encourage les Adhérents à :

- s'assurer que le cadre juridique applicable aux marchés sur lesquels les entreprises se livrent actuellement ou potentiellement concurrence soit neutre et que la concurrence ne soit pas indûment empêchée, restreinte ou faussée. Cela implique d'adopter un droit de la concurrence qui soit neutre du point de vue concurrentiel, de maintenir la neutralité concurrentielle lors de l'application du droit de la concurrence et de la législation sur les faillites ainsi que dans l'environnement réglementaire, et d'établir des conditions de concurrence ouvertes, équitables, non discriminatoires et transparentes dans les procédures de passation de marchés publics ;
- préserver la neutralité concurrentielle lors de la conception de mesures susceptibles d'accroître la performance d'une entreprise sur le marché et de fausser la concurrence. Cela implique d'éviter d'octroyer des avantages indus qui faussent la concurrence et qui favorisent certaines entreprises par rapport à d'autres, de limiter la rémunération au titre d'une éventuelle obligation de service public incombant à une entreprise de manière à ce qu'elle soit appropriée et proportionnée à la valeur des services, et d'adopter des règles de structure et de gouvernance pour les entreprises publiques qui n'aient pas pour effet de leur octroyer un avantage indu qui fausse la concurrence.

3. En somme, tous les concurrents doivent être soumis aux mêmes règles, et les mesures de l'État ne doivent pas octroyer à des entreprises particulières un avantage concurrentiel par rapport à d'autres. Pour les pays, la neutralité concurrentielle est essentielle pour optimiser l'utilisation des ressources et cueillir les fruits de la concurrence, en permettant notamment l'entrée et le développement d'entreprises plus productives et la sortie des entreprises inefficaces. Avec, à la clé, des prix moins élevés, davantage de choix, des produits et services de meilleure qualité et, *in fine*, une croissance et un développement économiques accrus.

4. Le présent document s'appuie sur la Recommandation sur la neutralité concurrentielle adoptée par l'OCDE en 2021 et présente les principaux types de mesures de distorsion de la concurrence adoptées par les juridictions ainsi que les outils dont disposent les autorités de la concurrence pour promouvoir la neutralité concurrentielle.

5. La section 2 se concentre sur six domaines dans lesquels la neutralité concurrentielle peut être mise à mal : (10935) le cadre juridique de la concurrence et son application ; (11029) le cadre réglementaire ; (11090) les marchés publics ; (11148) les aides publiques ; (11206) les droits spéciaux et exclusifs ; et (11280) l'activisme d'État, et plus particulièrement la création ou la favorisation de champions nationaux.

6. La section 3 s'intéresse aux outils de promotion et d'application du droit de la concurrence que les autorités de la concurrence peuvent employer pour lutter contre les atteintes à la neutralité concurrentielle et ainsi contribuer à l'améliorer dans leur juridiction. Seront ainsi abordés, pour l'essentiel, les outils leur permettant (11778) de mettre fin à des textes législatifs et administratifs anticoncurrentiels ; (11892) d'aider les pouvoirs publics dans la conception des réglementations et des réformes ; et (12017) de contrôler les mesures d'aide publique. La section 4 est consacrée aux conclusions. Enfin, en Annex A, un tableau relie les outils des autorités de la concurrence identifiés dans la section 3 aux distorsions de la concurrence exposées dans la section 2

2 Distorsions de la neutralité concurrentielle

Cadre juridique de la neutralité concurrentielle et application

7. Pour garantir la neutralité concurrentielle, le droit de la concurrence doit s'appliquer à toutes les entreprises et ce, de manière non discriminatoire, indépendamment de la composition de leur capital, de leur nationalité, de leur forme juridique ou de leur secteur d'activité, à moins que des objectifs de politique publique supérieurs ne prévalent. La neutralité concurrentielle dans le contexte des entreprises publiques a fait l'objet d'une table ronde du Forum mondial sur la concurrence de décembre 2018. Les principaux enseignements de cette table ronde sont synthétisés dans l'Encadré 2.1.

Encadré 2.1. Le droit de la concurrence et son application aux entreprises publiques

La table ronde du FMC 2018 sur le droit de la concurrence et les entreprises publiques a abouti aux conclusions suivantes.

- 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 autorités de la concurrence peuvent être confrontées à un certain nombre de difficultés lorsqu'elles examinent le comportement d'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.
- 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.
- 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 appropriée lorsqu'une entreprise publique adopte un comportement anticoncurrentiel afin que l'effet de dissuasion soit efficace.
- 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. Des exemptions peuvent ainsi être accordées aux entreprises publiques en situation de monopole légal ainsi qu'à d'autres entités publiques.
- 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 ; elles n'ont aucun pouvoir (ou peu de moyens) pour supprimer les éventuels avantages (ou désavantages) conférés par l'État aux entreprises publiques et qui sont souvent la raison pour laquelle ces entreprises peuvent adopter des comportements anticoncurrentiels. Dans ces hypothèses, les autorités de la concurrence peuvent mener des campagnes de sensibilisation, mais ne disposent pas de pouvoirs contraignants.

Source : OCDE (2018), Synthèse – Table ronde sur le droit de la concurrence et les entreprises publiques. <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-law-and-state-owned-enterprises.htm>.

Les façons spécifiques dont la neutralité concurrentielle peut être atteinte

Neutralité du champ d'application du droit de la concurrence

8. Dans les pays de l'OCDE et ailleurs dans le monde, le droit de la concurrence s'applique généralement à toute « personne » ou « entreprise » qui pratique une activité

économique, quels que soient sa structure de propriété, ses sources de financement, son statut juridique, son lieu d'activité ou sa nationalité (OCDE, 2015^[1]). En l'absence d'activité de nature économique, il ne peut y avoir d'atteinte à la concurrence.³

9. En principe, une loi qui s'applique à toute entité exerçant une activité économique est neutre du point de vue de la concurrence, sous réserve qu'aucune exception injustifiée ne s'applique. Certaines exceptions, notamment lorsque leur portée est large, aboutissent à créer un cadre juridique non neutre dès lors qu'elles favorisent certains types d'entreprises au détriment d'autres. Les exceptions au droit de la concurrence peuvent prendre la forme d'exemptions⁴ ou de moyens de défense.

- Certaines exemptions permettent de soustraire des pratiques ou des structures données au droit de la concurrence lorsqu'un objectif de politique publique l'emporte sur le principe de concurrence. Des exemptions peuvent ainsi s'appliquer à des accords restrictifs conclus dans des secteurs d'activité jugés stratégiques par les pouvoirs publics : aux États-Unis par exemple, des transporteurs aériens formant une alliance peuvent demander au ministère des Transports une immunité au regard du droit de la concurrence pour « coordonner leurs tarifs, leurs services et leur capacité ». ⁵ Certaines fusions peuvent également être exemptées du contrôle des fusions par le ministre compétent si des intérêts publics sont en jeu, comme en Hongrie pour les fusions impliquant des entreprises ou des actifs publics (OCDE, 2015^[1]). Dans plusieurs juridictions, les ententes à l'exportation sont exemptées, de manière implicite ou explicite, de la législation sur les ententes (OCDE, 2019^[2]). L'exemption peut être automatique ou devoir faire l'objet d'une demande, et l'autorité de la concurrence peut ou non intervenir (OCDE, s.d.^[3]).

Les exemptions faussent le jeu de la concurrence entre les acteurs du marché dans la mesure où elles peuvent être consenties à certains types d'accords (comme les alliances) plutôt qu'à d'autres (comme les fusions) sur un même marché, ou à certains secteurs (comme le transport aérien) et non aux autres (comme le transport ferroviaire). Elles font en outre obstacle à toute analyse sur les effets d'une fusion ou d'une pratique commerciale donnée. Dans les procédures d'application du droit de la concurrence, elles empêchent d'examiner à la fois les atteintes potentielles à la concurrence et les inefficiences se répercutant sur les consommateurs (pour un comportement qui n'est pas considéré en soi comme illégal).

- Les moyens de défense sont des arguments avancés par des parties assignées en justice pour atteinte à la concurrence et faisant valoir que, bien que le droit de la concurrence trouve effectivement à s'appliquer, son application doit être écartée en l'espèce. Le moyen de défense tiré de la « contrainte de l'État » est le plus couramment invoqué, bien qu'il aboutisse rarement. Il consiste pour les acteurs économiques mis en cause à arguer que leur comportement anticoncurrentiel leur a été imposé par l'État, qui les a privés de toute marge d'appréciation. Par exemple, dans l'exercice de ses prérogatives pour réglementer l'accès aux infrastructures détenues par ses membres ou contrôler l'accès à la profession qu'elle représente, un opérateur d'infrastructures ou une association professionnelle peut adopter des mesures restrictives qui lui sont favorables.

Selon le droit de la concurrence espagnol, une entreprise peut invoquer ce moyen si la restriction de concurrence dont elle est l'auteur était en réalité imposée par une législation.⁶ Des règles similaires s'appliquent au niveau national dans plusieurs États membres de l'UE (comme la Bulgarie, l'Allemagne, la Hongrie et la Roumanie) et dans plusieurs autres pays de l'OCDE, comme le Canada et le Chili (OCDE, s.d.^[3]).

Application neutre du droit de la concurrence

10. Même lorsque le cadre juridique est neutre du point de vue concurrentiel, les autorités de la concurrence peuvent éprouver des difficultés à faire respecter la neutralité dans son application. Ainsi, il y a quelques années, le directeur de l'autorité de la concurrence colombienne s'est opposé à une fusion entre Avianca (un transporteur aérien détenu par l'État) et ACES (un autre transporteur). Le président de la Colombie ne s'est pas rangé à son avis, et le directeur a présenté sa démission (Fox et Healey, 2014^[4]). Dans l'Union européenne cette fois, l'affaire *Siemens-Alstom* illustre les pressions que peuvent tenter d'exercer les pouvoirs publics sur les autorités de la concurrence pour faire autoriser une opération, par exemple lorsqu'elle implique ce que l'on appelle des champions nationaux.⁷ Parfois, c'est au contraire une application plus rigoureuse du droit qui est demandée. Ainsi, actuellement, les autorités de la concurrence sont sommées par les pouvoirs publics comme par le grand public de prendre des mesures contre certains comportements de géants du numérique (Jenny, 2021^[5]).

11. Pour assurer une application neutre du droit de la concurrence, il est essentiel que l'autorité de la concurrence soit indépendante. Plus cette indépendance est élevée, moins le risque d'influence d'acteurs extérieurs en général, et des pouvoirs publics en particulier, est important. La question de l'indépendance des autorités de la concurrence a fait l'objet de discussions lors du Forum mondial sur la concurrence de 2016.⁸

Réglementation

12. Le cadre juridique et réglementaire peut fausser la neutralité concurrentielle, tant dans sa substance que dans son application. Des entreprises qui se trouvent en concurrence (entreprises publiques, nationales ou étrangères, par exemple) peuvent être soumises à des cadres réglementaires différents. Inversement, même en étant soumises au même cadre réglementaire, certaines entreprises peuvent être soustraites à des dispositions particulières, soit par le jeu d'exceptions, soit à la discrétion des décideurs. Certains acteurs peuvent ainsi bénéficier d'un accès préférentiel au marché ou jouir de conditions spéciales pour opérer sur ce marché. Sauf objectif de politique publique impérieux (qui soit transparent, proportionné et réexaminé périodiquement),⁹ le cadre réglementaire devrait être neutre du point de vue concurrentiel.

13. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle préconise que « les entreprises concurrentielles soient soumises à des règles équivalentes quelles que soient leur structure de propriété, leur localisation géographique ou leur forme juridique », et que « leur application ne fasse pas de discrimination ».

14. Cette section s'intéresse aux aspects des cadres réglementaires spécifiques à des secteurs et horizontaux qui sont susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence.

Les façons spécifiques dont la neutralité concurrentielle peut être atteinte

Lois et réglementations sectorielles

15. Certains aspects des lois et réglementations sectorielles peuvent porter atteinte à la neutralité concurrentielle sur un marché spécifique, comme l'application sélective de régimes d'autorisation, d'obligations déclaratives, d'exigences opérationnelles et de réglementation des prix. Les lois et réglementations peuvent également générer des conflits d'intérêts et accorder des droits spéciaux ou exclusifs à certaines entreprises. Cette dimension sera abordée à la section 24209.

16. La présente section s'intéresse à la façon dont les régimes d'autorisation et les exigences opérationnelles peuvent fausser la concurrence en s'appuyant sur des exemples tirés d'examens de la concurrence et d'analyses de la neutralité concurrentielle de l'OCDE.

Régimes d'autorisation et autres exigences opérationnelles

17. Les lois et réglementations peuvent exiger des entreprises qu'elles obtiennent une autorisation pour opérer sur un marché. Les critères d'éligibilité peuvent imposer des normes minimales qui viennent s'ajouter à la procédure d'autorisation proprement dite et renchérir considérablement les coûts pour les entreprises.¹⁰ Bien qu'ils puissent répondre à des motifs légitimes, les régimes d'autorisation peuvent faire naître des préoccupations sur le plan de la neutralité concurrentielle dès lors que certaines entreprises sont exemptées de tout ou partie des exigences liées à l'autorisation ou à l'exercice des activités,¹¹ ou si ces exigences sont soumises à la discrétion du décideur et appliquées de manière discriminatoire. Les entreprises peuvent échapper totalement ou partiellement à certaines obligations en raison de leur statut, par exemple, d'entreprise publique, d'ancien monopole ou d'opérateur historique. Dans certaines juridictions, les instances réglementaires peuvent décider de manière discrétionnaire d'imposer ou non certains critères d'éligibilité, ou d'octroyer l'autorisation.

Exemptions pour certaines entreprises, notamment les entreprises publiques

18. Les dispositions exemptant certaines entreprises de diverses obligations réglementaires peuvent réduire leurs coûts d'entrée et de fonctionnement ou leur charge administrative (par exemple, les exigences pour obtenir une autorisation d'exercer) et ainsi favoriser ces entreprises par rapport à celles qui ne sont pas soumises à ces obligations. Ces dispositions peuvent potentiellement fausser la concurrence dans les secteurs concernés et induire des discriminations ou un traitement de faveur pour certains acteurs du marché.

19. Plusieurs types d'obstacles, et plus particulièrement ceux qui favorisent les entreprises publiques, ont été identifiés dans des rapports de l'OCDE :

- en Roumanie, une disposition légale imposait aux opérateurs privés d'obtenir une licence dès lors qu'ils fournissaient certains services portuaires (pilotage ou remorquage par exemple), tandis que les prestataires publics (autorités portuaires) n'y étaient pas soumis (OCDE, 2016^[6]);¹²
- au Myanmar, dans le secteur maritime, l'OCDE a identifié une exemption qui va au-delà des obligations de licence. Les navires de l'État ne sont pas soumis à la législation régissant le secteur, à savoir la Loi sur les navires marchands, qui impose notamment l'obligation d'obtenir une licence d'exploitation (OCDE, 2021^[7]).

20. Dans ces exemples, les entreprises publiques bénéficient d'un avantage concurrentiel à partir du moment où elles n'ont pas à obtenir une autorisation ou à satisfaire les obligations qui y sont liées tandis que les autres acteurs du marché y sont tenus. L'OCDE recommande que tous les opérateurs soient soumis aux mêmes obligations légales et administratives dès lors qu'ils sont en concurrence pour la fourniture des mêmes services. À cette fin, il faudrait leur assurer un traitement égal, soit en soumettant toutes les entreprises concurrentes aux mêmes obligations réglementaires, soit en simplifiant les procédures et/ou les critères d'obtention des autorisations pour l'ensemble des acteurs du marché. (OCDE, 2016, pp. 176,180^[6]), (OCDE, 2020, p. 45^[8]).

Clauses de droits acquis

21. L'OCDE a également identifié plusieurs exemples de clauses de droits acquis en vertu desquelles les opérateurs historiques sont traités différemment des nouveaux entrants. Il peut s'agir d'une réglementation environnementale mise en place par l'État qui impose aux nouvelles entreprises de procéder à des investissements significatifs, mais qui exclut les opérateurs historiques ou leur accorde des délais de transition particulièrement longs. Le respect de certaines normes peut constituer une condition préalable à l'obtention d'une autorisation. L'OCDE a identifié plusieurs exemples de clauses de droits acquis dont certains sont décrits ci-après.

- Aux Philippines, une limite d'âge des camions a été imposée aux nouveaux entrants, mais non aux opérateurs historiques. Les nouveaux arrivants souhaitant utiliser des camions qui ont dépassé cette limite d'âge se voient donc refuser la licence, tandis qu'avec ces mêmes camions, les opérateurs historiques peuvent renouveler la leur (OCDE, 2020, pp. 65-66^[9]).
- En Grèce, une législation a imposé aux nouvelles entreprises de camionnage de justifier de places de stationnement pour obtenir une licence de transport routier, tandis que les opérateurs historiques qui exerçaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi

n'étaient pas contraints mais seulement encouragés (par des incitations financières) à se procurer des places de stationnement (OCDE, 2014, pp. 226-227^[10]).

22. Dans ces situations, les opérateurs historiques bénéficient d'un avantage concurrentiel sur le marché puisqu'ils n'ont pas à se conformer aux critères imposés aux nouveaux entrants. De telles obligations induisent un surcoût pour certaines entreprises par rapport à d'autres et rendent leur entrée sur le marché plus difficile.¹³

Pouvoir discrétionnaire du décideur

23. La législation définissant les procédures ou les obligations d'obtention d'une autorisation peut octroyer au décideur un large pouvoir d'appréciation. Ce type de situation peut comprendre une importante part d'arbitraire quant aux obligations imposées si le décideur est libre de se fier à son seul jugement ou avis personnel pour prendre une décision et demander des documents ou imposer des critères supplémentaires. Il se peut en outre que le décideur jouisse *in fine* d'une entière discrétion pour accorder ou non la licence alors même que le demandeur satisfait à l'ensemble des critères applicables. Ces situations peuvent être exacerbées par l'absence de recours contre la décision auprès d'une instance extérieure. En Tunisie, l'OCDE a constaté que le processus d'autorisation des hypermarchés et supermarchés laissait à l'autorité compétente un large pouvoir d'appréciation (OCDE, 2019, p. 31^[11]). Pour ce qui est des hypermarchés, l'autorité compétente pouvait émettre un avis sur la demande d'autorisation de l'entreprise (qui était ensuite soumise à l'approbation d'un autre organe) en se fondant sur les « impacts économiques, sociaux et environnementaux du projet ». L'OCDE a relevé que l'évaluation de ces impacts ne reposait sur aucun critère clair et précis.

24. Un pouvoir discrétionnaire important peut conduire à une certaine part d'arbitraire dans la prise de décision, de sorte que les candidats retenus peuvent être non pas les plus efficaces, mais ceux qui se sont le mieux sortis d'un processus complexe (OCDE, 2019, p. 78^[11]).¹⁴

Cadre légal et réglementaire horizontal

25. Certains acteurs du marché peuvent être exclus de lois et réglementations horizontales. Les exemptions peuvent également porter sur des obligations issues du droit de la concurrence (voir section 0) ou du droit fiscal (voir section 0).

26. Dans certaines juridictions, les entreprises publiques peuvent ne pas être assujetties au droit commun des sociétés en raison de leur forme juridique ou parce qu'elles ne sont pas constituées en société. Inversement, des règles et procédures publiques spécifiques peuvent leur être applicables. Elles ne sont donc pas nécessairement soumises au même cadre réglementaire que les entreprises privées qui opèrent sur le même marché. Dans certains pays, les entreprises publiques peuvent être exemptées de législations horizontales, notamment en matière d'insolvabilité et de faillite.¹⁵

Marchés publics

27. Les marchés publics correspondent aux achats de biens, de services ou de travaux par des organismes publics.¹⁶ La concurrence est un aspect important des marchés publics étant donné qu'une plus grande compétitivité des soumissionnaires contribue à optimiser la dépense publique.

28. Les atteintes à la neutralité concurrentielle dans les marchés publics peuvent résulter tant du cadre juridique que des procédures d'appel d'offres. La législation ou les conditions de

l'appel d'offres peuvent prévoir des exigences défavorables à certains types d'entreprises en tant que vendeurs/fournisseurs ou acquéreurs/acheteurs.

29. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle encourage les pays à « établir des conditions de concurrence ouvertes, équitables, non discriminatoires et transparentes dans les procédures de passation de marché public afin de garantir qu'aucune entreprise, quelles que soient sa structure de propriété, sa nationalité ou sa forme juridique, ne bénéficie d'avantages indus ». De manière similaire, la Recommandation de l'OCDE sur les marchés publics les encourage à traiter les soumissionnaires, y compris les fournisseurs étrangers, de façon juste, transparente et équitable, en tenant compte des engagements internationaux des Adhérents.

30. Cette section s'intéresse à l'approche adoptée par différents pays en ce qui concerne les discriminations fondées sur la structure de propriété et la nationalité, avant d'examiner les autres types de discrimination.

Les façons spécifiques dont la neutralité concurrentielle peut être atteinte

Discrimination fondée sur la structure de propriété : les entreprises publiques favorisées

31. Selon les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, « lorsque des entreprises publiques prennent part à la passation de marchés publics, que ce soit en tant qu'acheteurs ou en tant que soumissionnaires, la procédure suivie doit être ouverte à la concurrence et non discriminatoire et encadrée par des normes de transparence adéquates ».

32. Lorsque des entreprises publiques établies de longue date sont impliquées, leurs avantages dus à leur ancienneté peuvent être tels que, dans les faits, l'entrée de concurrents dans les procédures de passation des marchés publics est entravée.

33. Le principal risque, d'un point de vue de la neutralité concurrentielle, est que les entreprises publiques se trouvent favorisées en tant que soumissionnaires. De nombreuses juridictions ont conçu et mis en œuvre des politiques des marchés publics destinées à garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises publiques et les autres acteurs du marché. Ces règles précisent les conditions dans lesquelles les entreprises publiques sont autorisées à participer en qualité de fournisseurs (OCDE, 2018^[12]).

34. Toutefois, certains pays réservent ou ont réservé aux entreprises publiques un traitement les favorisant. Aux Philippines par exemple, elles bénéficient d'un certain nombre d'avantages lorsqu'elles participent à des marchés publics. Contrairement aux entreprises privées, elles ne sont pas tenues de s'enregistrer dans le Système de passation électronique des marchés du gouvernement philippin. De plus, le gouvernement et les entreprises publiques peuvent se contenter de signer un contrat simplifié « d'organisme à organisme » grâce à la souplesse offerte par la Loi portant réforme des marchés publics, et se soustraire de ce fait à l'exigence générale d'un appel d'offres public (OCDE, 2020^[8]).

35. Si l'on se place maintenant du point de vue des entreprises publiques en tant qu'acheteurs, certains pays ont fait état par le passé de conditions moins avantageuses dans les procédures de passation des marchés publics, qui tiennent principalement au fait que les procédures de soumission des offres sont plus complexes et plus longues que pour les entreprises du secteur privé (OCDE, 2018^[12]). Selon les pays, les règles peuvent s'appliquer

uniquement aux marchés passés par des administrations publiques, ou s'étendre à ceux passés par des entreprises publiques.

Discrimination fondée sur la nationalité : les entreprises nationales favorisées

36. La neutralité concurrentielle dans la passation de marchés publics peut également être mise à mal lorsque les règles ou la conception des appels d'offres favorisent les entreprises nationales au détriment des entreprises étrangères. L'OCDE a mis au point une taxonomie des mesures influant sur les marchés publics qui fournit un système de classification des différentes mesures, politiques et procédures susceptibles d'avoir une incidence sur les marchés publics internationaux. L'objet de cette taxonomie est d'identifier si les mesures prises par un pays affectent les fournisseurs étrangers qui souhaitent accéder à ses marchés publics et de quelle façon.¹⁷

37. La taxonomie couvre les mesures explicites et implicites ainsi que les pratiques susceptibles de priver des entreprises étrangères d'opportunités de marchés.

- Les mesures explicites sont celles qui limitent ou bloquent directement l'accès des entreprises étrangères aux marchés publics d'un pays. Par exemple, en Argentine, l'administration publique a l'obligation d'attribuer les contrats de travaux publics à des entreprises de construction nationales, une entreprise étant considérée comme nationale si elle dispose d'une adresse légale en Argentine et que 80 % de son personnel est situé dans le pays. La passation d'appels d'offres internationaux est subordonnée à l'autorisation d'un ministère (OCDE, 2019^[13]). Des restrictions s'appliquent également au Viet Nam et en Malaisie, ces deux pays limitant les appels d'offres internationaux aux situations dans lesquelles il n'est pas possible de se fournir dans le pays (OCDE, 2018^[14]).
- Les mesures implicites ne visent pas expressément les candidats étrangers mais peuvent, indirectement ou potentiellement, affecter la passation de marchés publics internationaux. Ces mesures ou pratiques ne sont pas nécessairement restrictives sur le papier, mais la façon dont elles sont appliquées peut empêcher les entreprises étrangères d'accéder aux marchés publics du pays. Ainsi, en Inde, pour évaluer les postes clés d'un consultant, l'expérience dans la région (nombre de projets) peut être un critère, et les soumissionnaires doivent avoir réalisé des travaux de toute nature avec une entité publique nationale figurant sur une liste (Gourdon, Bastien et Folliot-Lalliot, 2017^[15]).

Autres discriminations

38. Les règles et pratiques en matière de passation des marchés publics peuvent également être discriminatoires pour certains types d'entreprises. Deux catégories d'entreprises sont particulièrement importantes du point de vue de la concurrence, à savoir les nouvelles arrivantes et les petites et moyennes entreprises (PME). (Iossa, 2019^[16]) a fait valoir que le statut d'opérateur historique pouvait constituer une entrave importante à la concurrence dans les marchés publics. De précédents travaux de l'OCDE ont confirmé que la part des contrats de marchés publics attribués aux PME est souvent inférieure à leur part de marché exprimée, par exemple, en valeur ajoutée ou en chiffre d'affaires. (OCDE, 2018^[17])

39. Les nouveaux entrants et les PME peuvent faire l'objet de discriminations lorsque les règles/pratiques de passation des marchés publics :

- créent des contraintes financières excessives, ce qui favorise les entreprises disposant d'importantes ressources financières au détriment des SME, ou exigent une expérience

préalable excessive, ce qui favorise les opérateurs historiques et entrave la participation des entreprises qui n'ont pas ou peu d'expérience ;

- sélectionnent les fournisseurs par le biais de procédures qui ne sont pas totalement ouvertes, ce qui complique la participation d'entreprises qui ne sont pas déjà présentes sur le marché (Sánchez-Graells, sans date^[18]) ;¹⁸
- utilisent des règles et procédures de passation de marchés publics inutilement complexes et des documents de marché non standardisés qui limitent la participation des concurrents potentiels (OCDE, 2018^[12]) ;¹⁹
- entraînent le recours à des lots trop volumineux qui complique la participation des PME aux processus de passation des marchés publics.²⁰

40. Les États peuvent parfois favoriser les PME et adopter des mesures concrètes de soutien à leur égard, comme des instruments financiers dédiés ou des programmes préférentiels. Aux Philippines, le gouvernement doit effectuer au moins 10 % de ses achats totaux auprès de coopératives dûment enregistrées et 10 % auprès de PME (OCDE, 2018^[14]). En Afrique du Sud, le processus d'appel d'offres comprend une étape de sélection qui appuie et favorise les PME (OCDE, 2018^[14]).

41. Ces mesures s'inscrivent dans un contexte de recours croissant par les États aux marchés publics comme moyen stratégique de gouvernance afin de promouvoir une croissance plus inclusive et plus durable, et notamment d'accroître la participation des PME aux marchés publics (OCDE, 2018^[17]). Il a ainsi été démontré qu'au Japon, 40 % des PME « seraient sorties du secteur des marchés publics sans le programme de marchés réservés mis en place par le gouvernement et qui consacre la moitié du budget des marchés publics aux PME ». (Groupe de la Banque mondiale, 2020, p. 28^[19])

42. Étant donné le rôle joué par la concurrence dans l'optimisation des dépenses dans le contexte des marchés publics, il est important que les États s'interrogent sur le bien-fondé des mesures destinées à promouvoir les objectifs de politique publique. Ils devraient notamment évaluer leur impact sur les prix payés par les acheteurs publics et le comparer à la valeur obtenue au regard de l'objectif de politique publique poursuivi. Ils devraient également mesurer leur efficacité quant à l'objectif visé et réfléchir aux éventuelles alternatives qui seraient moins dommageables pour la concurrence.

Mesures d'aide publique

43. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle appelle les Adhérents à préserver la neutralité concurrentielle lors de la conception de mesures d'aide publique « susceptibles d'accroître la performance d'une entreprise sur le marché et de fausser la concurrence ». ²¹ Certaines entreprises peuvent se voir octroyer des avantages financiers directs ou indirects par l'État, tels que des prêts, des garanties de prêt et des prises de participation de l'État à des conditions qui dérogent aux règles du marché, ainsi qu'un traitement fiscal favorable, des dons et des biens ou services fournis par l'État à des prix avantageux. ²² Les mesures d'aide publique peuvent être mises en œuvre pour pallier une défaillance du marché, encourager l'innovation, promouvoir l'investissement étranger, favoriser les externalités positives (objectifs de protection de l'environnement et de développement durable) ou le développement dans des secteurs clés ou dans certaines zones géographiques, ou pour poursuivre d'autres objectifs de politique industrielle. Dans le cadre d'une politique industrielle défensive, des mesures peuvent être prises pour soutenir des entreprises ou des secteurs en perte de vitesse, soit parce qu'ils constituent des « champions nationaux », soit parce qu'ils

sont considérés, d'une manière ou d'une autre, comme essentiels à l'économie. La Recommandation de l'OCDE appelle les Adhérents à « éviter d'octroyer des avantages indus qui faussent la concurrence et qui favorisent certaines entreprises par rapport à d'autres » mais reconnaît que, dans certaines situations, « la poursuite d'un objectif impérieux de politique publique nécessite de faire une exception ». ²³

44. Ces mesures d'aide publique sont souvent désignées par les termes de « subventions » ²⁴ ou « aides d'État ». Le concept d'aide d'État trouve son origine dans l'UE et a trait au fonctionnement du marché interne de l'UE. ²⁵ Il mérite de s'y attarder étant donné que l'UE est l'une des rares juridictions à avoir intégré à son droit de la concurrence un régime spécifique de contrôle des mesures d'aide publique. Dans l'UE, une aide d'État est définie comme « un avantage [économique] de quelque nature que ce soit conféré sur une base sélective à une ou des entreprises par les autorités nationales ». ²⁶ La neutralité concurrentielle est au cœur de ce concept.

45. La section ci-après s'intéresse aux mesures spécifiques d'aide publique qui favorisent certaines entreprises de manière sélective et leur confèrent des avantages concurrentiels par rapport à d'autres entreprises. En sont exclues les mesures traitant toutes les entreprises (tel qu'un subventionnement général des intrants) de manière égale, même si elles peuvent être source d'inefficiences ou de distorsions du marché international.

Les façons spécifiques dont la neutralité concurrentielle peut être atteinte

46. Les mesures d'aide publique peuvent créer des distorsions dans le marché et modifier son fonctionnement. Elles sont susceptibles de fausser le processus concurrentiel et d'entraîner des inefficiences en protégeant ou en avantageant des entreprises spécifiques. Ces conséquences sont d'autant plus probables que l'objectif de la subvention n'est pas simplement de pallier une défaillance du marché, ou que le montant de l'aide est excessif au regard de l'objectif poursuivi. Les subventions peuvent être particulièrement délétères lorsqu'elles servent à soutenir des entreprises inefficaces ou défaillantes et empêchent ainsi leur rachat, leur restructuration ou leur sortie du marché, ou lorsqu'elles viennent soutenir des secteurs spécifiques plutôt que d'autres et entravent ainsi des transitions économiques. Comme l'expliquait l'OCDE, « la sortie des entreprises et leur remplacement par l'entrée et le développement d'autres sociétés sur le marché constituent un important moteur d'efficacité, de productivité et de croissance. Une intervention sélective de l'État peut mettre fin à des conditions de concurrence équitables et atténuer la concurrence » (OCDE, 2020, p. 17^[20]). La perspective de subventions (pour les entreprises qui font face à des difficultés financières) peut également mettre en échec les mesures destinées à inciter les entreprises inefficaces à procéder à des améliorations sur les plans de la qualité, des prix, de l'innovation et de l'efficacité. D'un autre côté, les incitations pour les entreprises efficaces peuvent également perdre de leurs effets « si ces dernières s'attendent à ce que l'avantage comparatif qui leur est ainsi conféré soit compensé par l'octroi d'une aide à leurs concurrentes » (OCDE, 2010^[21]). Une entreprise bénéficiaire d'une subvention disproportionnée peut en outre être encouragée à « détourner des ressources pour renforcer sa position sur le marché, ce qui risque de produire des effets de distorsion sur la concurrence » (OCDE, 2020, p. 19^[20]). Les mesures d'aide peuvent également permettre à l'entreprise soutenue de se livrer à la prédation. En fonction de la dynamique de la concurrence, ces mesures peuvent évincer du marché des entreprises plus efficaces et ainsi déplacer « la production vers les unités moins efficaces, ce qui augmente les coûts de production totaux et/ou réduit le volume de la production » (OCDE, 2010^[21]).

47. Plusieurs travaux de l'OCDE et de la Banque mondiale ont mis en lumière différents types de mesures d'aide publique et leurs implications potentielles en matière de neutralité concurrentielle.

Prêts et garanties de prêt octroyés par l'État

48. Si certaines entreprises bénéficient de conditions plus favorables en ce qui concerne l'accès aux capitaux d'emprunt et aux fonds propres (comme un taux d'intérêt inférieur au marché pour les emprunts, des règles de vigilance plus souples, des garanties explicites ou implicites de l'État, ou des commissions de garantie inférieures au marché), leurs coûts seront (artificiellement) réduits par rapport à leurs concurrents (ou concurrents potentiels). Les conditions de financement préférentielles sont susceptibles de fausser les « incitations et conduire à un endettement excessif ainsi qu'à un mauvais emploi des ressources » (OCDE, 2021, p. 72^[22]), et peuvent également avoir pour effet d'évincer des concurrents plus efficaces.²⁷

49. C'est plus particulièrement un motif de préoccupation en ce qui concerne les entreprises publiques étant donné que le financement par des institutions publiques comme privées peut créer des distorsions si aucune mesure n'est prise pour garantir des conditions de marché comparables.²⁸ L'OCDE explique que « même lorsque le financement est obtenu auprès de prêteurs privés à des conditions commerciales, les créanciers peuvent être portés à croire que la dette de l'entreprise publique bénéficie d'une garantie implicite de l'État, ce qui peut faire baisser artificiellement les coûts d'accès au financement » pour les entreprises publiques et créer des distorsions dans le paysage concurrentiel » (OCDE, 2021, p. 72^[22]).²⁹

50. Lors de ses travaux, l'OCDE a relevé plusieurs exemples de prêts et de garanties d'emprunt publics causant des distorsions de la concurrence. Les entreprises publiques vietnamiennes souscrivent ainsi des emprunts auprès de banques commerciales à des conditions préférentielles grâce à leur statut d'entreprise publique, ou parce que l'on s'attend à ce qu'elles bénéficient d'une garantie (OCDE, 2020, p. 181^[23]). Aux Philippines, l'OCDE a constaté que la législation permettait à l'entreprise publique du secteur postal de bénéficier de garanties d'emprunt fournies par l'État même si, en pratique, cette dernière n'a jamais fait usage de cette possibilité (OCDE, 2020, p. 48^[8]). Au Monténégro, l'OCDE a noté que les entreprises publiques déficitaires jouissaient d'un accès privilégié au financement par l'État et par les banques de développement internationales qui s'avère particulièrement préjudiciable aux PME (OCDE, 2021, p. 673^[24]).³⁰

Traitement fiscal

51. Les lois et réglementations fiscales qui octroient à certaines entreprises des avantages financiers (tels que des allègements ou des exonérations d'impôts) peuvent fausser le marché et affecter la neutralité concurrentielle. Certaines catégories d'entreprises peuvent bénéficier d'un traitement spécial, par exemple les entreprises étrangères. La Banque mondiale a ainsi constaté qu'en Serbie, suite aux efforts déployés par le pays pour attirer les investissements directs étrangers, les entreprises étrangères étaient les principales bénéficiaires d'incitations fiscales (Banque mondiale, 2019, p. 10^[25]). Dans d'autres cas, ce sont les entreprises publiques ou privées investies d'obligations de service public qui jouissent d'un traitement fiscal plus favorable à titre de compensation (voir section 0). Aux Philippines, les exonérations fiscales accordées aux entreprises publiques (les GOCC, ou « Sociétés détenues et contrôlées par le Gouvernement ») ont été présentées dans le Plan de développement des Philippines comme posant un problème pour la neutralité concurrentielle.³¹ Cet avantage potentiel pour les entreprises publiques des Philippines a également été mis en évidence par l'OCDE dans le cas

de PHLPOST, une entreprise publique du secteur postal exemptée de plusieurs catégories d'impôts, dont les droits et taxes sur les importations d'équipements, les taxes sur les obligations financières, l'impôt sur les plus-values et les impôts et redevances des collectivités locales (OCDE, 2020, p. 51^[8]).³²

52. Pour ce qui est de leurs activités commerciales, toutes les entreprises devraient être soumises au même traitement fiscal. Si certaines entreprises publiques sont traitées différemment de leurs concurrentes du secteur privé, les avantages qu'elles en retirent devraient être neutralisés par un mécanisme tel le versement de dividendes équivalents à l'État.

Accès préférentiel aux terrains et installations publics

53. Certains acteurs du marché jouissent de conditions ou de tarifs plus favorables pour leurs intrants (terrain, énergie, eau) que d'autres. Ce soutien indirect de l'État réduit les coûts des entreprises bénéficiaires et peut les aider ou les motiver à évincer des concurrents et être source d'inefficiences. De manière générale, dans un marché concurrentiel, il ne faudrait pas que certaines entreprises aient droit à des tarifs ou des conditions préférentielles pour leurs intrants de production. Ces tarifs devraient correspondre à ceux du marché.

54. Sur ce point, l'étude *OECD Competitive Neutrality Reviews: small-package delivery services in ASEAN* a par exemple établi que, dans plusieurs États membres, certaines entreprises publiques bénéficiaient d'un accès préférentiel à des terrains appartenant à l'État, qui leur étaient souvent « alloués en vertu de baux à long terme et à des tarifs nominaux » (OCDE, 2021^[22]).³³ L'étude *OECD Multi-dimensional review of Viet Nam* a identifié un accès discriminatoire au foncier et plus particulièrement à des possibilités de modifications du zonage. L'OCDE y explique que, « au Viet Nam, toutes les terres sont la propriété de l'État, mais des droits fonciers peuvent être attribués à des entreprises et des personnes physiques. Une entreprise publique qui souhaite s'étendre se verra généralement attribuer des terrains gratuitement. Les entreprises à capitaux étrangers qui opèrent dans des secteurs considérés comme prioritaires peuvent bénéficier de privilèges similaires. Inversement, il ressort de discussions menées avec des représentants du secteur privé dans le cadre de l'élaboration de ce rapport que les entreprises privées nationales sont exclues de ce traitement de faveur » (OCDE, 2020, p. 181^[23]).³⁴

Droits spéciaux et exclusifs

55. Un État peut octroyer des droits spéciaux ou exclusifs à des entreprises tant publiques que privées. Les « droits exclusifs » renvoient généralement à un monopole ou au droit de produire certains biens ou de fournir certains services dont une entreprise est seule à disposer.³⁵ La définition des « droits spéciaux » est plus floue. Dans l'Union européenne, selon une définition communément admise, l'octroi de « droits spéciaux » a pour effet de réserver l'exercice d'une activité donnée à un nombre limité d'entreprises, ou de leur conférer certains avantages qui affectent la capacité de toute autre entreprise à se livrer à la même activité.³⁶ L'octroi de droits spéciaux va souvent de pair avec un pouvoir discrétionnaire et des critères subjectifs. De même que les droits exclusifs, les droits spéciaux « impliquent la création d'une sorte de cercle limité, fermé » (Jones et Suffrin, 2016, pp. 597-598^[26]).

56. L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux peut être fondé sur la fourniture de services publics, qui sont généralement des services de base dont l'État considère qu'ils doivent être largement accessibles. L'Union européenne les désigne sous les termes de « services d'intérêt général »³⁷ et, lorsqu'ils sont fournis à titre onéreux, « services d'intérêt économique

général ».³⁸ La fourniture de services publics implique généralement de confier à un fournisseur unique une « obligation de service public », c'est-à-dire l'obligation de fournir ces services selon les conditions stipulées. Les obligations de service public sont souvent confiées à des entreprises publiques, mais elles peuvent également être assumées par des entreprises privées.³⁹ Elles sont courantes dans certains secteurs comme les services collectifs (électricité, gaz, télécommunications), les services postaux, le transport de passagers (bus et rail), et la santé (OCDE, 2012, p. 51_[27]), et sont souvent attribuées dans le cadre d'un processus de libéralisation (Jones et Suffrin, 2016, p. 588_[26]). Les obligations de service universel constituent un sous-ensemble des obligations de service public et imposent généralement d'assurer un niveau ou un standard de service minimal et de le fournir à tous les usagers, indépendamment de leur situation géographique et du coût relatif de la fourniture de ce service (y compris dans des zones dans lesquelles la rentabilité n'est pas assurée). Ces obligations sont fréquentes dans les marchés réglementés, notamment en présence de monopoles naturels et lorsqu'il est nécessaire d'assurer l'accessibilité. Alors que les obligations de service universel pourraient être confiées à plusieurs entreprises, les pays ont tendance à n'en désigner qu'une, soit directement, soit suite à une procédure de passation de marché public, et le plus souvent pour une durée déterminée.⁴⁰

57. Ainsi que l'a relevé l'OCDE dans de précédents travaux, « la grande majorité des pays accordent une compensation aux entreprises (publiques ou privées) qui, en plus d'exercer leurs activités commerciales, fournissent des services publics. Le mode de compensation varie selon le pays, le type de service public et le prestataire chargé de le fournir ».⁴¹ La compensation peut prendre la forme de transferts directs, de dotations en capital, de remboursements (ex post et ex ante), d'appropriations budgétaires et d'aides ou de subventions publiques. Si le service public est en partie financé par des redevances versées par les utilisateurs et que l'État, dans un souci d'équité, fixe des tarifs inférieurs au coût, la différence sera comblée par la compensation. Elle est généralement fixée à l'avance par l'organe de réglementation sectorielle ou par une autorité publique en appliquant une méthodologie établie par les lois et réglementations (OCDE, 2012, p. 51_[27]). En l'absence de compensation directe, l'entité chargée d'une obligation de service public perçoit une compensation indirecte grâce à des « tarifs réglementés supérieurs au coût et des droits de monopole résiduel ».⁴² Dans l'UE, le régime des aides d'État réserve des dispositions spéciales aux services publics (voir section 59060).

Les façons spécifiques dont la neutralité concurrentielle peut être atteinte

58. L'octroi de droits exclusifs ou l'application de discriminations à certaines entreprises peut limiter l'entrée sur le marché, créer des avantages indus ou au contraire des désavantages, et ainsi fausser la concurrence. Cette section s'intéresse aux différentes façons dont la neutralité concurrentielle peut être mise à mal en prenant l'exemple des obligations de service public (qui, comme mentionné plus haut, sont assorties de droits spéciaux ou exclusifs).

59. Les distorsions affectant la neutralité concurrentielle peuvent se produire à trois niveaux ⁴³:

- la sélection du prestataire du service public ;
- les privilèges et pouvoirs attachés au service public ;
- la compensation versée en contrepartie du service public.

Sélection du prestataire du service public

60. Les prestataires de services publics sont généralement désignés directement ou à l'issue d'une procédure de marché public. L'existence de procédures de sélection avec mise en concurrence est souhaitable pour éviter les distorsions de la neutralité concurrentielle et promouvoir la rentabilité des marchés publics. Sans procédure de sélection concurrentielle, il se peut que l'obligation de service public ne soit pas attribuée à l'entreprise qui est la mieux équipée pour fournir ledit service, et que les termes du contrat soient moins satisfaisants (avec une majoration des prix par exemple).

Privilèges et pouvoirs attachés au service public

61. L'opérateur de services publics peut se voir octroyer un monopole sur le marché (un droit exclusif) ou des droits spéciaux (comme des avantages légaux ou réglementaires). De tels privilèges peuvent fausser le marché sur lequel porte le privilège en question (si ce marché est ou pourrait être concurrentiel) en rendant l'entrée de concurrents difficile voire impossible. L'incertitude quant à l'étendue exacte des droits exclusifs peut également avoir un effet dissuasif sur les concurrents potentiels qui souhaitent entrer sur le marché. Si les droits ou avantages spéciaux s'étendent à d'autres marchés sur lesquels le fournisseur du service public est ou pourrait être en concurrence avec d'autres entreprises, ce fournisseur pourrait bénéficier d'un avantage injustifié sur ces marchés.

62. Dans certaines juridictions, l'octroi d'un droit spécial ou exclusif peut être contesté s'il conduit son titulaire à enfreindre le droit de la concurrence.⁴⁴ Les mesures suivantes ont été considérées comme illégales (Jones et Suffrin, 2016, pp. 620-622^[26]).⁴⁵

- **Mesure créant une incapacité à répondre à la demande** : un monopole conféré par l'État à une entreprise pour la fourniture de biens et de services a pour effet d'empêcher toute entrée de concurrents sur le marché. Si ce monopole est conçu de telle façon que l'entreprise, par l'exercice de ses droits exclusifs, se trouve dans l'incapacité de répondre à la demande, la mesure dont résultent ces droits peut être contraire au droit de la concurrence.⁴⁶
- **Mesure créant un conflit d'intérêts** : une mesure par laquelle l'État accorde, à une entreprise qui propose des biens ou des services sur un marché, un droit spécial lui permettant d'exercer des fonctions réglementaires sur ce même marché, est susceptible de faire naître un conflit d'intérêts. Dans l'UE, cette pratique est jugée abusive dès lors que l'État accorde au détenteur d'un droit exclusif des fonctions réglementaires qui lui permettent d'affecter ses concurrents sur un marché en aval.⁴⁷
- **Mesure étendant une position dominante à un marché voisin** : une mesure par laquelle l'État confère à une entreprise des droits qui étendent sa position dominante à un marché voisin est prohibée « comme telle » par l'UE.⁴⁸
- **Mesure conduisant à des pratiques abusives en matière de prix** : l'octroi d'un droit exclusif peut permettre à une entreprise d'appliquer des tarifs injustifiés ou d'adopter des pratiques discriminatoires en matière de prix (envers des concurrents afin de favoriser ses propres services).

63. Outre les pratiques contraires aux dispositions relatives à l'abus de position dominante, les tribunaux de l'UE ont estimé qu'il suffisait qu'une mesure entraîne une rupture de l'égalité des chances et une distorsion de la concurrence pour qu'elle soit sanctionnée. Les tribunaux ont jugé que l'effet de la mesure étatique sur la structure du marché était important. La création par une mesure d'une « inégalité des chances » de nature à fausser la concurrence a ainsi été jugée suffisante pour constituer une violation de l'article 106 (1) combiné aux dispositions relatives à l'abus de position dominante, dès lors que la mesure crée un simple risque d'effets anti-concurrentiels, et sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'un abus s'est effectivement produit (Jones et Suffrin, 2016, p. 622^[26]). Dans d'autres affaires, la Cour s'est fondée sur le refus de fournir et la notion d'« abus automatique » pour considérer que la simple création de droits monopolistiques (compte tenu notamment de l'étendue de ces droits) constituait une violation sans qu'il soit nécessaire d'identifier un abus.⁴⁹

64. La soustraction d'un fournisseur de services publics aux règles de la concurrence peut être sous-tendue par des objectifs de politique publique légitimes. Certaines juridictions prévoient des exemptions législatives spécifiques qui permettent aux pouvoirs publics d'octroyer des droits spéciaux ou exclusifs, sous la forme par exemple d'obligations de service public susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence, pour servir des objectifs de politique publique tels que la fourniture de services essentiels.⁵⁰ Les accords de libre-échange peuvent également accorder des exemptions aux services publics.⁵¹

Compensation en contrepartie de la fourniture du service public

65. L'octroi d'une compensation en contrepartie de la fourniture d'un service public peut induire des distorsions si l'entreprise qui s'acquitte de l'obligation de service public perçoit une compensation excessive ou insuffisante (soit directement, soit indirectement par le biais de tarifs réglementés excessifs ou insuffisants). La compensation doit être appropriée et proportionnée à la valeur du service.

66. La fourniture de services publics peut être soumise à des tarifs réglementés, notamment dans le cas d'obligations de service universel ou de services fournis en vertu d'un monopole.⁵² La réglementation des tarifs peut affecter la neutralité concurrentielle lorsque, par exemple, les modalités de calcul ne sont pas justes et transparentes, que des tarifs minimaux sont instaurés, ou que les tarifs réglementés s'étendent à des marchés concurrentiels (OCDE, 2021, p. 67^[22]).

67. Une compensation excessive peut générer des inefficiences dans la fourniture du service public et conférer à l'opérateur un avantage concurrentiel sur d'autres marchés. Ce peut notamment être le cas si la compensation fournie en contrepartie de l'obligation de service public est utilisée pour un subventionnement croisé de biens ou services sur des marchés dans lesquels l'opérateur est en concurrence avec d'autres entreprises. L'entreprise investie de l'obligation de service public peut alors appliquer une tarification inférieure au coût sur ces autres marchés et ainsi évincer des concurrents. Afin d'éviter le subventionnement croisé, les entreprises assumant des obligations de service public devraient être soumises à des normes rigoureuses de transparence, de séparation des comptes et de communication d'informations sur la structure de leurs coûts et de leurs revenus.

68. À l'autre extrémité du spectre, une compensation inadaptée peut handicaper le fournisseur de service public sur d'autres marchés et affecter sa viabilité globale. L'OCDE a relevé que, dans plusieurs États membres de l'Association des nations d'Asie du Sud-Est (ASEAN), les entreprises publiques assuraient, souvent dans le cadre d'obligations de service

public, des services de livraison à l'État, mais ne percevaient pas une compensation adéquate pour ces services (OCDE, 2021, p. 55^[22]).

Activisme d'État

69. Les États peuvent également fausser la concurrence par leur activisme.⁵³ L'activisme d'État englobe divers moyens, parfois subtils, à travers lesquels l'État intervient sur les marchés et les influence : actions spécifiques⁵⁴, activisme d'actionnaire, investissements de fonds souverains, intervention du pouvoir politique dans des accords stratégiques,⁵⁵ projets technologiques et industriels communs, partenariats public-privé pour la construction d'infrastructures, imposition de contraintes administratives ou octroi de facilités administratives à certains secteurs.⁵⁶ Ces mesures peuvent être adoptées à des fins d'investissement uniquement ou s'inscrire dans le cadre d'une politique industrielle conduite par l'État pour protéger ou stimuler une entreprise ou un secteur particulier (OCDE, s.d.^[3]).

70. La création ou la favorisation de champions nationaux par le biais d'une intervention des pouvoirs publics dans les accords stratégiques est un aspect de l'activisme d'État qui fait l'objet de nombreux débats. En 2016, le Comité de la concurrence de l'OCDE s'est intéressé à la participation de l'État aux fusions lors d'une table ronde consacrée plus largement aux considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations.⁵⁷ Il est ressorti de la table ronde que cette participation pouvait prendre plusieurs formes (OCDE, 2016^[28]).

- Les États peuvent exercer une influence sur la structure des prises de contrôle d'entreprises nationales par des entreprises étrangères. La prise de contrôle de la société française Alstom par le conglomérat américain General Electric a ainsi été structurée pour respecter des conditions fixées par le gouvernement français.
- Les États peuvent également bloquer une opération par le biais d'une réglementation sectorielle. Alors qu'une réglementation prévoyant un examen neutre et transparent des concentrations ne pose pas de problème du point de vue de la neutralité concurrentielle, il en va différemment des mesures réglementaires visant spécifiquement à protéger des champions nationaux. Ainsi, il y a plusieurs années, le gouvernement espagnol a adopté une réglementation pour faire obstacle à la prise de contrôle du fournisseur d'énergie national Endesa par l'Allemand E.ON. La réglementation, qui fut annulée par la Cour européenne de Justice, (OCDE, 2009^[29]) faisait notamment obligation à E.ON. de conserver la marque Endesa, de garder dans le groupe d'Endesa les sociétés possédant des actifs électriques en-dehors de l'Espagne, et de continuer à utiliser du charbon espagnol (Commission européenne, 2006^[30]). E.ON a retiré son offre d'achat sur Endesa. Il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres de restrictions non justifiées visant à protéger une entreprise d'une prise de contrôle étrangère.
- Certaines opérations peuvent être bloquées par un mécanisme de filtrage des investissements étrangers fondé sur des considérations d'intérêt national ou de sécurité nationale. Ce n'est que depuis 2018 que plus de la moitié des 37 pays de l'OCDE ont mis sur pied un mécanisme intersectoriel ou plurisectoriel de sélection des investissements, contre moins d'un tiers dix ans plus tôt. Cet élan se poursuit. Au cours du premier semestre de 2020, la France, le Japon et les États-Unis ont mis en œuvre des réformes (non liées à la pandémie de COVID-19). D'autres pays, tels que l'Autriche, la République tchèque, la Finlande, l'Allemagne, l'Italie, la Corée, la Lituanie, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, préparent ou ont récemment adopté de nouvelles règles ou des réformes qui n'ont pas de lien avec la pandémie. Le Danemark, la Suède et le Royaume-Uni ont annoncé officiellement des réformes, tandis que

l'Irlande a organisé une consultation sur l'intérêt de mettre en place un mécanisme de sélection de l'IDE en mai 2020 (OCDE, 2020^[31]). À quelques exceptions près, comme la Pologne, l'examen des investissements étrangers, ou plus exactement l'examen des propositions d'investisseurs étrangers au regard de l'intérêt national ou de la sécurité nationale, est rarement effectué par l'autorité de la concurrence (Svetlicinii, 2008^[32]). Il arrive cependant que cette dernière soit consultée par l'organe chargé de l'évaluation (comme au Canada).

- L'État peut parfois participer au processus de contrôle des fusions. Ainsi que l'a expliqué la section 0, dans de nombreux pays (comme la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal, le Royaume-Uni), le gouvernement (généralement le ministre de l'Économie) est habilité à intervenir dans le contrôle des concentrations. Une telle intervention a lieu souvent *ex post* (autrement dit, elle fait suite à l'évaluation de l'autorité de la concurrence) sur la base de clauses d'intérêt public qui permettent d'annuler la décision des autorités de la concurrence. On trouve parmi les pays membres de l'OCDE (par exemple, le Canada, la Hongrie et Israël) plusieurs cas dans lesquels l'intervention n'a pas pris la forme d'une décision *ex post*. Dans ces pays, certaines opérations peuvent être exemptées d'une évaluation réalisée par les autorités de la concurrence (« exemptions *ex ante* »). Les facteurs sur lesquels peut se fonder l'intervention de l'État varient considérablement, y compris en ce qui concerne les considérations, qui peuvent être d'ordre général (« un intérêt public supérieur », « les politiques économiques du gouvernement », « un intérêt d'importance majeur pour la société », « des avantages pour des intérêts stratégiques fondamentaux », « le développement industriel », « la compétitivité internationale ») ou plus spécifiques à un secteur (par exemple, « la pluralité des médias », « la stabilité du système financier », « l'emploi », « la sécurité nationale », « la protection de la santé publique », « la protection de l'environnement », « la promotion de la recherche technique »). Les pays dans lesquels ce type d'intervention est autorisé par la loi n'utilisent pas toujours cette prérogative dans les faits. L'observation des pratiques des pays membres de l'OCDE suggère qu'une intervention extérieure dans les fusions est exceptionnelle et se limite à certains secteurs et marchés. L'expérience montre en outre que les pays membres de l'OCDE sont plus susceptibles d'introduire des clauses d'intérêt public circonscrites à certains secteurs d'importance stratégique, en particulier la défense, les médias, l'énergie et les marchés financiers (OCDE, 2016^[28]).

Principaux points à retenir

Cadre juridique de la neutralité concurrentielle et application

71. Le fait que le droit de la concurrence s'applique, en principe, à toutes les entreprises ne suffit pas à assurer la neutralité concurrentielle. Les exemptions, surtout lorsque leur portée est large, peuvent induire des distorsions. Elles peuvent être consenties à certains types d'accords (comme les alliances) plutôt qu'à d'autres (comme les fusions) sur un même marché, ou à certains secteurs (comme le transport aérien) et non aux autres (comme le transport ferroviaire).

72. Même lorsque le cadre juridique est parfaitement neutre du point de vue de la concurrence, il peut être difficile pour les autorités de la concurrence de l'appliquer de manière neutre. Les responsables de l'action publique peuvent les exhorter à faire preuve de plus de souplesse ou, au contraire, à se montrer plus sévères face à certaines pratiques ou opérations

de concentration. L'indépendance des autorités de la concurrence est essentielle pour assurer une application neutre du droit de la concurrence.

Réglementation

73. Afin d'éviter les distorsions de concurrence, le cadre législatif et réglementaire ainsi que les réglementations horizontales devraient soumettre aux mêmes règles toutes les entreprises qui se livrent concurrence sur un même marché, quelles que soient leur structure de propriété, leur localisation géographique ou leur forme juridique.

74. La réglementation devrait être appliquée de manière égalitaire et non discriminatoire, avec « la même rigueur, selon des délais appropriés et selon un degré de transparence équivalent à tous les acteurs du marché existants ou potentiels ».

Marchés publics

75. Les atteintes à la neutralité concurrentielle dans les marchés publics peuvent résulter tant du cadre juridique que des procédures d'appel d'offres. Il existe un risque que les entreprises publiques et nationales qui soumissionnent soient favorisées au détriment des entreprises entièrement privées et étrangères. En outre, les nouveaux entrants et les PME peuvent faire face à des discriminations, notamment lorsque leur sont imposées des obligations particulièrement contraignantes.

Mesures d'aide publique

76. L'octroi de subventions et la mise en œuvre par les juridictions d'un certain nombre de mesures d'aide publique peuvent être fondés sur des motifs légitimes. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle reconnaît des situations dans lesquelles « la poursuite d'un objectif impérieux de politique publique nécessite de faire une exception ».

77. Les considérations concurrentielles devraient toutefois être prises en compte dans la conception et l'octroi de mesures d'aide publique afin de préserver la neutralité concurrentielle. L'aide publique doit reposer sur des critères clairs, objectifs et non discriminatoires et ne pas dépendre de l'identité de l'entreprise qui en bénéficie, sauf en cas de mesures d'urgence. À l'instar de toutes les mesures qui restreignent la concurrence, les mesures d'aide publique doivent être transparentes, proportionnées et réexaminées périodiquement.

78. Eu égard aux risques particuliers que peuvent représenter les entreprises publiques, la Recommandation sur la neutralité concurrentielle reconnaît qu'elles « peuvent être soumises à des règles plus sévères qui limitent l'offre d'un soutien public à ces entités ».

Droits spéciaux et exclusifs

79. Les règles de sélection de l'opérateur de service public, les droits et privilèges qui y sont attachés et les règles déterminant la compensation pour le service fourni sont susceptibles de créer des avantages injustifiés et d'induire des distorsions de concurrence. En ce qui concerne la fourniture de services publics, il convient notamment de prêter une attention particulière à la sélection de l'opérateur, à la compensation en contrepartie du service fourni, et aux prérogatives et pouvoirs attachés au service public.

Activisme d'État

80. Les États peuvent également fausser la concurrence par leur activisme, et plus particulièrement par la création ou la favoritisation de champions nationaux. Ce peut être le cas lorsque l'État exerce une influence sur la structure des prises de contrôle d'entreprises nationales par des entreprises étrangères, bloque indûment des opérations par le biais d'une

réglementation sectorielle ou de mécanismes de filtrage des investissements étrangers, ou participe au contrôle des fusions.

3 Les outils des autorités de la concurrence pour lutter contre les distorsions

81. Les façons de s'attaquer aux atteintes à la neutralité concurrentielle varient selon les juridictions.⁵⁸ Certaines ont mis en place un cadre complet de neutralité concurrentielle (Australie), tandis que d'autres ont adopté des dispositions spécifiques sur la neutralité concurrentielle (Danemark, Espagne, Finlande, Norvège, Royaume-Uni et Suède) pour pallier les distorsions. Dans certaines juridictions, les principes de neutralité concurrentielle sont inscrits dans la Constitution (Brésil, Chili, Mexique, Pérou et Russie par exemple) (OCDE, 2015^[33]), dans d'autres, ils sont de nature législative voire jurisprudentielle. Cette section s'intéresse aux outils dont disposent les autorités de la concurrence pour lutter contre les atteintes à la neutralité concurrentielle. De fait, ces atteintes peuvent représenter une part importante de leur travail.⁵⁹ Il convient de noter que le présent document ne traitera pas des cas dans lesquels certaines dispositions relatives à la neutralité concurrentielle sont appliquées par d'autres organes.

Mesures permettant d'abroger des textes législatifs et administratifs anticoncurrentiels

82. Les autorités de la concurrence ont souvent à leur disposition des outils pour s'attaquer à des textes législatifs et administratifs qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle. Ils peuvent leur permettre de lutter contre un cadre réglementaire (section 0), des procédures de passation de marchés publics (section 0), ou des droits spéciaux et exclusifs (section 0) anticoncurrentiels. Au niveau législatif, leur champ d'action se limite généralement à la législation secondaire (comme les règlements ou les décrets ministériels). Le contrôle de l'aide publique fait l'objet de la section 80312.

83. L'étendue des pouvoirs des autorités de la concurrence en ce qui concerne les textes législatifs et administratifs qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle varie selon les juridictions. Elles peuvent agir directement (abroger d'elles-mêmes la mesure anticoncurrentielle) ou contester le texte devant un tribunal (qui se chargera alors de l'abrogation).

Autorités de la concurrence disposant de pouvoirs d'action directe

84. Dans certaines juridictions, l'autorité de la concurrence a le pouvoir de sanctionner les organes publics qui adoptent des textes anticoncurrentiels et même d'abroger les textes. Au Pérou, l'Indecopi peut « procéder à un examen a posteriori des textes de législation secondaire adoptés par une autre entité publique comme une municipalité ou un ministère (la législation

secondaire comprend notamment les décrets et les arrêtés, accords et résolutions des collectivités locales) afin de constater leur illégalité ou leur caractère déraisonnable », et ordonner leur abrogation par la voie d'une résolution administrative. Le non-respect d'une telle résolution est punissable d'une amende pouvant aller jusqu'à 25 000 USD (OCDE ; BID, 2018, p. 83^[34]). Un certain nombre d'autorités d'Europe centrale et orientale peuvent également faire abroger des textes anticoncurrentiels et infliger des amendes à des organes publics, ainsi que l'explique l'Encadré 3.1.

Encadré 3.1. Pouvoirs d'application à l'égard des organes publics en Europe centrale et orientale

Lettonie

Depuis 2020, en Lettonie, le droit de la concurrence fait interdiction aux organes de l'administration publique (à savoir l'État, les gouvernements locaux et les entreprises publiques) de porter atteinte à la neutralité concurrentielle par des mesures qui limitent ou entravent indûment le secteur privé dans ses opportunités d'opérer sur le marché. Lorsqu'il identifie en amont une possible violation, le Conseil de la concurrence peut entamer des négociations avec l'organe concerné. Si la négociation est infructueuse, il peut infliger aux entreprises publiques des sanctions disciplinaires qui peuvent représenter jusqu'à 3 % de leur chiffre d'affaires.¹

Lituanie

La loi lituanienne sur la concurrence fait obligation aux organes de l'administration publique de préserver la concurrence. Son article 4(1) dispose que « dans l'accomplissement des tâches liées à la réglementation des activités économiques au sein de la République de Lituanie qui leur sont assignées, les organes de l'administration publique doivent garantir une concurrence libre et loyale ». L'article 4(2) stipule quant à lui que « les organes de l'administration publique ne sauraient être autorisés à adopter des textes normatifs ou toute autre décision qui accorderaient des privilèges ou créeraient des discriminations envers une entreprise individuelle ou un groupe d'entreprises individuelles, et qui institueraient ou seraient susceptibles d'instituer des différences dans les conditions de concurrence entre des entreprises concurrentes sur un marché, à moins que les différences faites dans les conditions de concurrence soient inévitables pour satisfaire les exigences des lois de la République de Lituanie. »

L'autorité de la concurrence peut prendre des « résolutions » contre les décisions et les textes normatifs des organes de l'administration publique qui créent des distorsions sur le marché en réservant un traitement différent à certains de ses acteurs. En 2014, le Conseil de la concurrence a établi que la municipalité de Vilnius avait manqué à son obligation de garantir une concurrence libre et loyale en accordant des privilèges à certaines entreprises du secteur des services de taxi. La municipalité avait créé sa propre société de taxis, 'Vilnius veža', et lui avait accordé divers privilèges (dont des subventions) qui ont faussé la concurrence. Les pouvoirs visant à contrôler les interventions anticoncurrentielles de l'État peuvent également inclure spécifiquement le contrôle des aides ou subventions publiques.

Russie

Le Service fédéral de lutte contre les monopoles de la Fédération de Russie (FAS) peut diligenter des enquêtes contre les autorités de l'État qui « adoptent des textes réglementaires qui nuisent à la concurrence ». Il peut par exemple s'agir de textes prévoyant « l'introduction de restrictions à la création d'entités commerciales, quel que soit le secteur économique, la création d'obligations déraisonnables pour des entités commerciales, l'introduction de restrictions à la libre circulation des biens, un accès privilégié à l'information pour certaines entités économiques et la création de conditions discriminatoires ». Le FAS peut infliger des amendes et prononcer une suspension des auteurs de l'infraction d'une durée maximale de trois ans (Tsyganov et Atanasian, 2020, p. 20^[35]).

Ukraine

En Ukraine, l'article 15 de la loi sur la concurrence fait interdiction à l'État d'adopter des mesures anticoncurrentielles à l'égard des entreprises publiques ou privées. Il est par exemple prohibé d'interdire ou d'entraver une entrée sur le marché, d'instaurer des conditions défavorables ou

discriminatoires pour certains acteurs du marché, ou d'accorder à des entités ou groupes d'entités des privilèges ou avantages qui les placent dans une situation plus favorable que celle de leurs concurrents. L'autorité de la concurrence ukrainienne peut prendre des décisions visant à supprimer ou modifier les textes illégaux.

Note : ¹ Voir : <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/new-framework-competition-law-latvia-against-competition-distortions-created-public>.

Source : lois sur la concurrence de la Lettonie, de la Lituanie et de l'Ukraine ; (Tsyganov et Atanasian, 2020, p. 20^[35]).

85. Dans l'UE, en vertu de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE),⁶⁰ la Commission peut prendre des mesures contre les aides d'État qui sont effectivement ou potentiellement incompatibles avec des dispositions du traité, y compris en matière de droit de la concurrence ce qui inclut, par exemple, les accords anticoncurrentiels (article 101) et les abus de position dominante (article 102). La Commission peut prendre des décisions contraignantes à l'égard des États membres, et l'a fait à plusieurs reprises. Ainsi, dans l'affaire des *Aéroports portugais*, l'autorité aéroportuaire portugaise « appliquait un système en apparence uniforme de rabais selon des critères quantitatifs, mais qui était conçu de telle façon qu'il accordait des rabais plus importants aux compagnies aériennes portugaises qu'aux autres » (Jones, Sufrin et Dunne, 2019, p. 553^[36]). Cette pratique a été jugée contraire à l'article 102 du TFUE combiné à l'article 106 du TFUE et le Portugal a été sommé de mettre fin à la discrimination.⁶¹ La Commission européenne peut également adopter des textes législatifs (directives) pour assurer l'application de l'article 106. Elle n'a cependant que rarement fait usage de ce pouvoir (Craig et De Búrca, 2011^[37]). Les quelques occasions où la Commission y a eu recours ont fait naître des tensions avec les États membres de l'UE (Jones, Sufrin et Dunne, 2019^[36]).

86. Dans certaines juridictions, l'activité de répression des mesures anticoncurrentielles dans le domaine des marchés publics est particulièrement prolifique. Sur la seule année 2012, le FAS russe a enquêté sur 594 requêtes « liées à des restrictions excessives de la participation à des appels d'offre et à la violation des procédures de sélection du lauréat » et 322 liées à « l'instauration de conditions avantageuses pour la participation à des appels d'offres » (Fox et Healey, 2014^[41]). En Lituanie, l'autorité de la concurrence a régulièrement à traiter de situations dans lesquelles les municipalités attribuent des contrats à des entreprises publiques sans passer par une procédure concurrentielle. Par exemple, en 2020, l'autorité de la concurrence lituanienne a constaté que sur les 43 lignes de bus intercités de Lituanie exploitées par des entreprises privées et municipales, une seule avait été attribuée suite à une mise en concurrence. En 2018, l'Administration de sécurité des transports lituaniens (LTSA) a étendu les 42 autres contrats et favorisé les opérateurs historiques par rapport aux nouveaux entrants. Ayant considéré que la loi sur la concurrence n'avait pas été respectée, l'autorité de la concurrence a infligé une amende à la LTSA et lui a enjoint de résilier les contrats et d'organiser des procédures de mise en concurrence (OCDE, 2021^[38]). En République tchèque, l'autorité de la concurrence doit veiller à « la concurrence libre et ouverte entre les candidats aux marchés publics » et à « la sélection de l'offre la plus appropriée, de manière transparente, sans discrimination des candidats » dans le domaine des services de transport (OCDE, 2021, p. 8^[39]).

Autorités de la concurrence disposant de pouvoirs d'action indirecte

87. Dans d'autres juridictions, les autorités de la concurrence ne peuvent pas statuer directement sur la neutralité concurrentielle d'une règle ou d'un texte normatif. En revanche, elles peuvent contester des textes devant un tribunal afin d'obtenir leur abrogation. Par

exemple, en Suède, le tribunal de première instance de Stockholm peut, à la demande de l'Autorité suédoise de la concurrence, interdire certaines pratiques à l'État, à une municipalité ou à un conseil régional (OCDE, 2015^[33]). En Espagne, la Commission nationale des marchés et de la concurrence (CNMC) peut contester des réglementations⁶² et des textes anticoncurrentiels des administrations publiques qui nuisent à la concurrence et sont considérés comme déraisonnables ou disproportionnés (Réseau international de la concurrence, 2019^[40]). Elle a usé de ce pouvoir, par exemple, dans le contexte des marchés publics. En 2014, la CNMC a exercé un recours contre une mesure du gouvernement de Catalogne qui imposait, pour certains achats, que la proximité géographique de la société avec l'acheteur fasse partie des critères d'évaluation. L'autorité de la concurrence a estimé que cette disposition créait une distorsion de la concurrence en ce qu'elle réduisait la capacité d'entreprises plus éloignées à concourir pour le marché. Suite à ce recours, le gouvernement de Catalogne a décidé de supprimer la restriction, ce qui a mis fin à la procédure (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2016^[41]).

88. L'autorité italienne de la concurrence (AGCM) dispose de moyens d'action contre un organe administratif public si une disposition légale induit des distorsions de concurrence. L'AGCM doit alors émettre un avis et, si l'administration en question ne s'y conforme pas sous 60 jours, l'AGCM dispose d'un délai de 30 jours pour intenter une action.⁶³ L'AGCM a utilisé ce pouvoir pour la mise en œuvre des réformes de libéralisation. Il apparaît que « l'autorité a dû faire face non seulement à des résistances à l'échelle locale en ce qui concerne l'ouverture des marchés à la concurrence, mais également à une tendance à la réintroduction de restrictions qui avaient été antérieurement supprimées à l'échelle nationale, les autorités locales ayant tendance à favoriser les opérateurs en place soit parce qu'elles détiennent directement ou indirectement ces entreprises, soit parce qu'elles représentent des enjeux importants pour l'électorat local » (Tonazzi et Pacillo, 2020^[42]). L'AGCM a par exemple fait usage de ce pouvoir pour « dissuader les autorités sanitaires locales de soumettre l'affectation du budget public à un critère d'historique des dépenses, l'application d'un tel critère conférant inévitablement un avantage aux fournisseurs historiques au détriment de nouveaux fournisseurs accrédités potentiellement plus efficaces » dans la région calabraise.⁶⁴

89. En Chine, l'Administration nationale de la réglementation des marchés (SAMR) a le pouvoir d'enquêter sur les monopoles administratifs, de constater leur illégalité, et de formuler des suggestions à l'intention des organes gouvernementaux, mais ne peut adopter de mesures pour mettre fin aux comportements illégaux. Seul l'organe auteur de l'infraction et celui qui lui est hiérarchiquement supérieur peuvent y mettre fin (voir Encadré 3.2).

Encadré 3.2. Règles applicables aux monopoles administratifs en Chine

En Chine, les monopoles administratifs sont définis comme des « restrictions ou distorsions de la concurrence du fait de l'État (de nature administrative, judiciaire ou législative) dans un secteur dans lequel le marché pourrait jouer un rôle » (Zhang et Wu, 2019, p. 719^[43]). En 2008, la Chine a adopté une loi sur la concurrence, la Loi antimonopole, pour contrôler les pratiques anti-concurrentielles et les fusions et réglementer les monopoles administratifs.

Son chapitre 5 (articles 32 à 37) est consacré aux monopoles administratifs. L'article 32 interdit d'imposer aux entreprises d'acheter ou d'utiliser exclusivement les produits de certains fournisseurs. L'article 33 vise à assurer la liberté des échanges commerciaux entre régions « en interdisant diverses formes de mesures discriminatoires » telles que « des normes d'inspection différentes pour les produits locaux et non locaux » ou en instaurant des obligations d'autorisation ou d'autres barrières « destinées à faire obstacle à l'entrée de produits non locaux ». L'article 34 entend garantir la neutralité concurrentielle des marchés publics, en interdisant l'adoption de « procédures d'appels d'offres protectionnistes » prévoyant par exemple des critères de sélection discriminatoires. L'article 35 interdit les discriminations à l'égard des entreprises non locales les empêchant de réaliser des investissements ou d'établir des filiales. L'article 36 interdit toute mesure amenant des entreprises à « adopter un comportement monopolistique ». Enfin, l'article 37 interdit l'adoption de règlements anticoncurrentiels. (Ip et Kwok, 2017, pp. 557-558^[44])

La SAMR a le pouvoir d'enquêter sur les monopoles administratifs, de constater leur illégalité et de formuler des suggestions à l'intention des organes gouvernementaux pour remédier à l'infraction. En revanche, elle n'est pas habilitée à prendre des mesures pour mettre fin au comportement illégal. Seul l'organe qui en est l'auteur et celui qui lui est hiérarchiquement supérieur y sont habilités (Zhang et Wu, 2019^[43]).

De 2008 à 2018, les deux autorités de la concurrence chargées de l'application des articles de la loi au cours de cette période, à savoir la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR) et l'Administration d'État pour l'industrie et le commerce (AEIC) – ont traité 193 affaires, dont seules 62 ont été rendues publiques. Ces affaires portaient sur toutes les catégories d'infractions, mais une seule concernait un traitement inéquitable d'entreprises non locales (article 35). Les affaires avaient trait à la protection du consommateur, par exemple dans des situations concernant « la fourniture de services de gaz naturel, d'électricité, d'eau et de télécommunications ». (Zhang et Wu, 2019, pp. 721-723^[43])

Note : * la SAMR consolidée est née de la fusion de trois autorités de la concurrence chinoises), à savoir la CNDR, l'AEIC, et le ministère du Commerce (MOFCOM).

Source : (Ip et Kwok, 2017^[44]); (Zhang et Wu, 2019^[43])

Principaux points à retenir

90. L'étendue des pouvoirs des autorités de la concurrence pour s'attaquer à des mesures qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle varie selon les juridictions.

- Certaines autorités de la concurrence peuvent abroger directement les textes anticoncurrentiels, voire infliger des amendes aux entités publiques (généralement des entreprises publiques) et aux agents publics.
- Dans d'autres juridictions, les autorités de la concurrence ne peuvent pas statuer directement sur la neutralité concurrentielle d'une règle ou d'un texte normatif et peuvent seulement les contester en justice.
- Certaines autorités de la concurrence ont le pouvoir de s'attaquer non seulement aux textes administratifs, mais également à ceux de la législation secondaire (règlements, décrets ministériels).

Soutien à la conception de la réglementation et des réformes

91. Les autorités de la concurrence peuvent jouer un rôle dans l'examen de la législation et conseiller le gouvernement sur les incidences potentielles sur la concurrence de dispositions législatives et de projets de réforme. La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle encourage les adhérents à maintenir la neutralité concurrentielle dans l'environnement réglementaire en menant des analyses d'impact sur la concurrence afin d'identifier et de réviser des réglementations existantes ou proposées qui restreignent indûment la concurrence.⁶⁵

Outils d'évaluation de la concurrence

92. L'analyse peut s'appuyer sur des outils « d'évaluation de la concurrence ». Selon l'OCDE, une « évaluation d'impact sur la concurrence » est « l'examen des effets des politiques publiques sur la concurrence, y compris l'analyse de politiques de rechange ayant moins d'effets anticoncurrentiels » (OCDE, 2019, p. 6^[45]) (voir Encadré 3.3).

Encadré 3.3. Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence et liste de référence

En décembre 2019, l'OCDE a révisé sa Recommandation sur l'évaluation d'impact sur la concurrence adoptée le 22 octobre 2009. La Recommandation « appelle les Adhérents à identifier les politiques publiques existantes ou envisagées qui restreignent indûment la concurrence et à les réviser en adoptant des politiques de rechange plus favorables à la concurrence. Elle leur suggère en outre de mettre en place des dispositifs institutionnels en vue de procéder à cette révision. » La mise en œuvre de la Recommandation est appuyée par le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation d'impact sur la concurrence, qui « expose, en se fondant sur les expériences des Adhérents, les solutions et les bonnes pratiques à suivre pour supprimer les obstacles à la concurrence. » (OCDE, 2019, p. 3^[45]). D'après la liste de référence, une évaluation approfondie de l'impact sur la concurrence est nécessaire quand une loi ou un projet de réglementation :

A. Limite le nombre ou l'éventail des fournisseurs

Ce sera probablement le cas si la réglementation :

- accorde des droits exclusifs à un fournisseur de biens ou services
- impose l'obtention d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'exercice de l'activité
- restreint les possibilités de fourniture d'un bien ou service par certaines catégories de fournisseurs
- augmente sensiblement les coûts d'entrée ou de sortie pour un fournisseur
- crée un obstacle géographique empêchant une entreprise de fournir des biens et services, d'offrir de la main-d'œuvre ou d'effectuer des investissements

B. Limite la capacité de concurrence des fournisseurs

Ce sera probablement le cas si la réglementation :

- restreint la possibilité, pour les vendeurs, de fixer les prix des biens ou services ;
- limite la liberté des fournisseurs de faire de la publicité pour leurs biens et services ou de les commercialiser ;
- fixe des normes de qualité des produits qui confèrent un avantage à certains fournisseurs par rapport aux autres ou qui sont supérieures au niveau que choisiraient un grand nombre de clients bien informés ;
- augmente sensiblement les coûts de production de certains fournisseurs par rapport aux autres (tout particulièrement en traitant différemment les entreprises en place et les nouveaux entrants).

C. Réduit l'incitation des fournisseurs à se livrer concurrence

Ce peut être le cas si la réglementation :

- crée un régime d'autoréglementation ou de coréglementation ;
- oblige ou encourage à rendre publiques les informations concernant la production des fournisseurs, leurs prix, leur chiffre d'affaires ou leurs coûts ;
- fait échapper l'activité d'un secteur ou d'une catégorie de fournisseurs au droit commun de la concurrence.

D. Limite les choix et l'information des clients

Ce peut être le cas si la réglementation :

- limite pour les consommateurs la liberté de choix de leurs fournisseurs ;

- freine la mobilité des clients des fournisseurs de biens ou services en augmentant le coût explicite ou implicite d'un changement de fournisseur ;
- modifie fondamentalement les informations dont ont besoin les acheteurs pour faire efficacement leur choix.

Les autorités de la concurrence de plusieurs pays (notamment du Canada, de l'Indonésie, de la Corée du Sud et du Mexique) ont élaboré des manuels ou des lignes directrices en s'inspirant de la liste de référence de l'OCDE.⁶⁶

Note : voir OCDE, Recommandation du Conseil sur l'évaluation d'impact sur la concurrence [OECD/LEGAL/0455].

Source : (OCDE, 2019^[46]), repris de (OCDE, 2021, p. 144^[7])

93. Alors que l'évaluation de la concurrence s'attache à des critères qui vont au-delà de la neutralité concurrentielle, les outils peuvent être utilisés pour évaluer les distorsions de la concurrence. Il est également possible de mener des examens ciblant plus spécifiquement les questions de neutralité concurrentielle, comme ce fut le cas lors du récent examen de la neutralité concurrentielle mené par l'OCDE dans le secteur de la livraison de petits colis des pays de l'ASEAN.⁶⁷

94. La section ci-après présente les types d'outils d'évaluation de la concurrence que peuvent utiliser les autorités de la concurrence et fournit des exemples dans lesquels ils ont permis d'identifier des atteintes à la neutralité concurrentielle.

Le rôle des autorités de la concurrence

95. Les évaluations de la concurrence peuvent être menées par les autorités de la concurrence en vertu de pouvoirs ou obligations spécifiques, ou dans le cadre de leur mission générale de promotion de la concurrence (modèles directs ou indirects). L'utilisation des outils d'évaluation peut varier selon le moment (avant ou après l'entrée en vigueur de la réglementation) et le type de l'intervention (par exemple, caractère contraignant ou non de leurs avis ou recommandations). Les pouvoirs peuvent également dépendre du niveau de réglementation (dans certaines juridictions, les autorités de la concurrence ont des pouvoirs spécifiques quant aux réglementations administratives, dans d'autres, leur examen se limite aux réglementations nationales).⁶⁸

96. En raison de leurs moyens techniques et de la connaissance qu'elles ont du fonctionnement des marchés, les autorités de la concurrence sont bien placées pour réaliser les évaluations de la concurrence. Il peut toutefois être judicieux de leur associer des organes gouvernementaux ou des autorités de réglementation sectorielle, qui disposeront de connaissances spécialisées sur le secteur concerné. Les autorités de la concurrence devraient donc être encouragées à endosser ce rôle et à collaborer avec les autorités publiques qui maîtrisent les aspects techniques des lois et réglementations. Lorsque les autorités de la concurrence ne sont pas expressément investies d'un pouvoir ou d'un mandat en ce sens, les autorités publiques devraient être encouragées à les consulter au stade de l'élaboration de la législation.

97. Parmi les Adhérents, l'OCDE a dégagé trois grands types de procédures d'évaluation de la concurrence qui interviennent dans le processus d'élaboration des politiques, et deux qui sont utilisées en dehors de ce processus.⁶⁹ La section ci-dessous étudie les trois grands types de procédures qui interviennent au stade de l'élaboration des politiques, à savoir :

- les évaluations obligatoires de l'impact de la réglementation ;
- les évaluations *ad hoc* de lois/réglementations ;

- les études de marché /enquêtes sectorielles.

Les évaluations obligatoires de l'impact de la réglementation ;

98. Dans certaines juridictions, l'autorité de la concurrence ou l'autorité élaborant la politique en question (parfois les deux) ⁷⁰ procède à une évaluation de la concurrence ou à une évaluation de l'impact de la réglementation qui constituent une composante obligatoire du processus d'élaboration des politiques. Elles impliquent une « sélection des politiques et mesures envisagées et sont intégrées au processus formel d'élaboration des politiques publiques » (OCDE, 2014, p. 32_[47]). En Corée du Sud, le cabinet du Premier ministre adresse à la Commission coréenne du commerce équitable (KFTC) les projets de réglementation qui doivent faire l'objet d'une évaluation globale d'impact de la réglementation. Dans un deuxième temps, la KFTC procède à une évaluation de la concurrence et formule des recommandations.⁷¹ En 2016, la Chine a institué un Système d'évaluation pour une concurrence équitable (FCRS) qui institue une évaluation *ex ante* obligatoire visant à « remédier aux restrictions à la concurrence imposées par des organes administratifs et par des lois, réglementations et directives anticoncurrentielles » (Fox et Healey, 2019, p. 202_[48])⁷². Le FCRS impose aux « autorités responsables de l'élaboration des politiques aux niveaux central, provincial et local de passer en revue toutes les mesures de politique, réglementations et règles nouvelles et existantes, et de s'assurer qu'elles n'ont pas d'incidences inutiles sur la concurrence au sein du marché, notamment dans le but de soutenir la création d'un marché national » (Fox et Healey, 2019, pp. 202-203_[48]). L'évaluation s'appuie sur des normes qui ont trait à « l'entrée et la sortie du marché », « la libre circulation des biens et des facteurs de production », des « normes qui affectent la production et les coûts de fonctionnement », et des « normes qui affectent les activités de production et les activités commerciales ». ⁷³ La sélection est opérée par les pouvoirs publics et non par l'autorité de la concurrence, et cette dernière ne dispose d'aucun pouvoir administratif quant à l'application du mécanisme. Au Japon, les ministères et organes gouvernementaux procèdent à une évaluation de la concurrence en s'appuyant sur une liste de référence « lorsqu'une réglementation est adoptée, modifiée ou abrogée », et ce dans le cadre d'une analyse globale d'impact de la réglementation supervisée par le ministère des Affaires intérieures et des communications. La JFTC s'est chargée de l'élaboration de la liste de référence utilisée et contribue à l'évaluation en conseillant les ministères et organes gouvernementaux tout au long du processus (OCDE, 2018, p. 84_[49]).

Évaluations ad hoc de lois/réglementations

99. Ce type d'évaluation ne constitue pas un outil de sélection. Elle peut être réalisée de manière ponctuelle et discrétionnaire, et s'applique généralement aux politiques et aux mesures envisagées et existantes. (OCDE, 2014_[47]). L'OCDE explique que l'évaluation *ad hoc* « exerce une influence au moyen d'un bon argumentaire susceptible de convaincre ceux qui élaborent et décident de l'action publique, et à travers des procédures formalistes ou accusatoires » (OCDE, 2014, p. 33_[47]). L'Encadré 3.4 fournit quelques exemples d'évaluations *ad hoc* de réglementations conduites par des autorités de la concurrence qui ont permis de mettre au jour des distorsions de la neutralité concurrentielle.

Encadré 3.4. Évaluations *ad hoc* par les autorités de la concurrence – atteintes à la neutralité concurrentielle

Serbie

En 2016, la Commission de protection de la concurrence de la République de Serbie (la Commission) a émis un avis sur un projet de modification de la Loi sur les services publics et a utilisé son rôle de promotion pour mettre en lumière des préoccupations de neutralité concurrentielle. (Rakić, 2020, p. 15^[50]) a expliqué que la Commission avait « insisté sur l'importance d'assurer l'égalité de traitement de tous les participants du secteur des services publics ». La Commission a souligné les effets négatifs potentiels liés à la création d'un monopole légal et fait part de ses préoccupations quant à la proposition du ministère de la Construction, des transports et des infrastructures. Le ministère a pris note des observations de la Commission et modifié son projet de loi en conséquence.

Costa Rica

Au Costa Rica, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) a mené une étude et émis un avis sur une directive du Trésor national relative aux marchés publics qui favorisait les entreprises publiques. La COPROCOM a considéré que cette directive créait des conditions de marché inégales et désavantageait les fournisseurs privés qui pouvaient fournir les mêmes services à un prix moindre. La directive a été abrogée suite aux efforts en ce sens de la COPROCOM (OCDE, 2020, p. 77^[51]).

Lettonie

En Lettonie, le Conseil de la concurrence relève régulièrement des dispositions réglementaires anticoncurrentielles et formule des recommandations visant à empêcher les distorsions de concurrence. En 2020, le Conseil a ainsi émis 42 avis sur des propositions de réglementations. En 2016, il a fait obstacle à un projet de modification législative qui prévoyait de confier la fourniture de services d'implantation de puces sur les chiens à l'État (ou, plus précisément, à des inspecteurs du Service vétérinaire et alimentaire). Le Conseil de la concurrence a objecté que ce service pouvait être fourni par le secteur privé.⁷⁴

Source : (Rakić, 2020, p. 15^[50]), (OCDE, 2020, p. 77^[51]), Conseil de la Concurrence de la République de Lettonie, Rapport annuel 2020, <https://www.kp.gov.lv/en/media/9134/download>, Conseil de la Concurrence de la République de Lettonie, *Competition protection in Latvia: year 2016 in numbers and facts*, 3 février 2017, <https://www.kp.gov.lv/en/article/competition-protection-latvia-year-2016-numbers-and-facts>

Études de marché / enquêtes sectorielles

100. Lorsque les évaluations discrétionnaires sont réalisées à grande échelle et publiquement, on parle généralement d'études de marché ou d'enquêtes sectorielles (OCDE, 2014, p. 33^[47]). Ces études peuvent permettre d'identifier des restrictions qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle en analysant l'impact de politiques existantes. L'OCDE explique que ces études à grande échelle exigeant des ressources importantes, la plupart des autorités de la concurrence les limitent aux situations dans lesquelles elles ont à première vue des raisons de s'inquiéter. Parce qu'il existe rarement des mécanismes formels pour imposer un changement, ces études sectorielles ont généralement un impact en influençant le processus d'élaboration des politiques, tandis que certaines visent spécifiquement à accroître les connaissances que possède l'autorité sur un certain secteur afin de préparer le terrain pour d'éventuelles mesures d'application du droit (OCDE, 2014, p. 33^[47]).

101. Plusieurs juridictions ont effectivement identifié ou entrepris d'identifier les préoccupations en matière de neutralité concurrentielle grâce à des études de marché et utilisé ces informations pour plaider en faveur de changements. L'Encadré 3.5 présente des exemples pour quelques pays.

Encadré 3.5. Recours à des études de marché pour identifier les problèmes en matière de neutralité concurrentielle

Plusieurs juridictions ont effectivement identifié ou entrepris d'identifier des problèmes de neutralité concurrentielle grâce à des études de marché et utilisé ces informations pour plaider en faveur de changements.

- **Espagne** : en Espagne, l'autorité de la concurrence a lancé une évaluation de la concurrence portant sur les réformes du marché des services postaux. L'autorité s'inquiétait en particulier de « l'avantage dont bénéficiait Correos, anciens services postaux publics, pour l'obtention de contrats de services postaux universels et l'offre de services postaux aux organismes publics » (OCDE, 2014, p. 18^[47]).
- **Taipei chinois** : la FTC du Taipei chinois a publié une étude sur les Réglementations de l'industrie des énergies renouvelables au regard du droit de la concurrence. Dans le cadre de ses travaux de recherche, elle s'est intéressée aux incidences sur la neutralité concurrentielle de la présence sur le marché de la Taiwan Power Company (Fair Trade Commission, 2020^[52]).
- **Mexique** : au Mexique, l'Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) a mené une « Étude sur les entraves à la concurrence et à la neutralité concurrentielle induites par les Réglementations et procédures des entités publiques dans les secteurs des télécommunications et de la radiodiffusion ». D'après son programme de travail 2016, l'objectif de cette étude était « d'évaluer les restrictions réglementaires, les réglementations des municipalités et des États ainsi que toute autre obligation (ou procédure) imposée pour déployer et utiliser les infrastructures nécessaires à la fourniture de services de télécommunication et de radiodiffusion dans le pays ». Elle a examiné « les restrictions imposées par des entités publiques, et plus particulièrement les agences fédérales qui avaient leur mot à dire dans la conception de procédures utilisant des plateformes de télécommunications et/ou des applications spécifiques, cette conception n'étant pas nécessairement neutre d'un point de vue technologique et pouvant constituer une entrave à la neutralité concurrentielle et entraîner pour l'utilisateur des coûts évitables ».
- **Kazakhstan** : en 2014, l'organisme de protection de la concurrence a mené une étude de marché sur les pierres précieuses. Cette étude a révélé qu'une entreprise bénéficiait d'un droit exclusif de procéder à des expertises de pierres précieuses exportées à l'extérieur de l'Union économique eurasiatique. L'organisme a recommandé au gouvernement de réviser la « Loi sur les pierres et les métaux précieux » afin d'améliorer la concurrence sur le marché. Par la suite, le gouvernement a modifié sa loi pour « supprimer l'entrave à la concurrence identifiée » (OCDE, 2016, p. 74^[53]).

Source : (OCDE, 2014, p. 18^[47]), (OCDE, 2019, p. 14^[54]) (Fair Trade Commission, 2020^[52]), (OCDE, 2016, p. 74^[53]), IFT, Programme de travail annuel 2016, page 35. (ift.org.mx)

Défis à relever

102. Les évaluations de la concurrence pouvant être gourmandes en ressources, les autorités doivent bénéficier d'un financement adéquat pour mener à bien leur mission. Les autorités de la concurrence ont en outre rapporté que l'une des grandes difficultés qu'elles rencontraient était que leurs avis ou recommandations formulés à l'issue des divers types d'évaluations de la concurrence sont le plus souvent non contraignants. L'organe concerné

peut donc ignorer les conseils et observations de l'autorité de la concurrence sans avoir de comptes à rendre sur sa décision (dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou d'un recours judiciaire). Healey commentait que la transparence de l'action des pouvoirs publics une fois que l'autorité de surveillance avait formulé un conseil/avis « améliorerait considérablement les modèles actuels de politiques de la concurrence et de mandats de promotion » (Healey, 2019, p. 68^[55]). En Norvège par exemple, la Loi sur la concurrence donne pouvoir à l'Autorité de la concurrence norvégienne d'identifier les effets de distorsion des mesures publiques, de suggérer des solutions de rechange et de requérir une réponse de l'organe public concerné.⁷⁵

103. Malgré le caractère non contraignant de leurs interventions, plusieurs autorités de la concurrence ont noté que leurs efforts de promotion portaient leurs fruits. Ainsi, au Mexique, la Commission estime « qu'environ 70 % de ses avis avaient eu un impact positif sur la réglementation, notamment dans des secteurs clés comme les institutions et les services financiers, les services aéroportuaires, les normes sur les laits en poudre, et les entreprises des réseaux de transport » (OCDE, 2020, pp. 152-253^[56]). La Lituanie relève pour sa part que 77 % de ses observations « ont été prises en compte par le législateur » (OCDE, 2021, p. 9^[38]).⁷⁶ Les taux de succès semblent augmenter lorsque l'avis de l'autorité fait suite à une demande explicite d'un autre organe public. En Italie, l'AGCM peut donner son avis sur des projets de textes à sa seule discrétion ou à la demande des autorités gouvernementales concernées voire, dans certains cas, du Premier ministre.⁷⁷ L'AGCM a mesuré le taux de succès de ses efforts de promotion sur une période de deux ans (2018 et 2019) et constaté que ses avis sur des projets de lois et de réglementations étaient suivis dans 70 % des cas (OCDE, 2021, p. 16^[57]). L'AGCM a observé que son taux de réussite augmentait lorsque son avis faisait suite à une demande d'un organe étatique (81 % au total, avec un taux de réussite de 85 % lorsque la demande émanait du gouvernement central et de 77 % lorsqu'elle émanait du gouvernement local) (L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2020, p. 11^[58]).

Soutien à la conception des réglementations et procédures relatives aux marchés publics

104. Les autorités de la concurrence peuvent également apporter leur soutien aux organes publics dans le contexte des marchés publics. Elles peuvent notamment aider le législateur et les acheteurs publics à réduire les barrières à l'entrée et à limiter les mesures discriminatoires afin d'assurer que les nouveaux entrants, les PME et les candidats étrangers puissent participer aux appels d'offres.

105. Bien que la consultation de l'autorité de la concurrence soit rarement prévue officiellement, elle peut apporter son aide spontanément ou en réponse à la demande du parlement ou d'un organe public. Au Brésil par exemple, le CADE peut formuler des observations sur les effets d'une proposition de loi sur la concurrence s'il l'estime souhaitable ou si un organe public en fait la demande. Le CADE peut également faire des commentaires dans le cadre de procédures de passation de marchés publics. Ce fut le cas, notamment, en mai 2020, lorsqu'il a fait part de ses préoccupations concernant un décret autorisant l'Institut de la sécurité sociale nationale à conclure des contrats avec des entreprises publiques dans le secteur des technologies de l'information sans passer par un appel d'offres (OCDE, 2021^[59]). En Espagne, l'autorité de la concurrence peut examiner la législation et les procédures en matière de marchés publics pour identifier d'éventuelles distorsions de la concurrence et publier ses conclusions dans un rapport, ce qu'elle a fait à plusieurs reprises.⁷⁸

106. Dans certains pays, les organes auxquels l'autorité de la concurrence adresse des recommandations sont tenus de fournir une réponse. C'est le cas au Pérou, où l'autorité de la

concurrence peut recommander des mesures destinées à promouvoir la concurrence ou à supprimer des entraves. En 2018, l'Indecopi a ainsi adressé une recommandation au ministère de l'Économie et des Finances ainsi qu'à l'Agence de surveillance des marchés publics du gouvernement du Pérou à propos d'une refonte de la Loi sur les marchés publics et le Règlement sur les marchés publics, qui a conduit à une modification des deux textes. L'Indecopi a également fait des recommandations sur la conception de procédures spécifiques de passation de marchés publics (OCDE, 2021^[60]).

107. Les autorités de la concurrence peuvent également promouvoir la neutralité concurrentielle dans les procédures de marchés publics en aidant à améliorer les compétences des agents qui en sont chargés. Nombre d'entre elles forment ainsi les agents sur le droit et la politique de la concurrence et élaborent des lignes directrices sur la conception des appels d'offres. Les autorités de la concurrence devraient veiller à ce que ces formations et lignes directrices traitent de la neutralité concurrentielle. Au-delà de la promotion de cette neutralité, la formation des agents peut présenter d'autres avantages, notamment en matière de prévention et de détection des soumissions concertées.

108. La coopération entre les autorités de la concurrence et les acheteurs publics peut être formalisée dans des protocoles d'accord. Les enseignements tirés par l'OCDE de ses projets par pays montrent que les accords de coopération formels entre les autorités de la concurrence et celles qui sont responsables des marchés publics aident à clarifier ce qui peut être exigé et attendu de chaque organe. Ces accords définissent les termes de la coopération interinstitutionnelle et de l'assistance mutuelle ainsi que les modalités et les canaux de communication, notamment pour l'échange d'informations, le partage d'éléments de preuve et le soutien aux investigations (OCDE, 2020^[61]).

Principaux points à retenir

109. La Recommandation de l'OCDE encourage les Adhérents à maintenir la neutralité concurrentielle dans l'environnement réglementaire en menant des analyses d'impact sur la concurrence. Les analyses d'impact peuvent prendre la forme d'évaluations obligatoires de l'impact de la réglementation, d'évaluations *ad hoc* de lois et de réglementations, et d'études de marché ou d'enquêtes sectorielles.

110. En raison de leurs moyens techniques, les autorités de la concurrence sont bien placées pour réaliser les évaluations de la concurrence, même si le niveau de leur implication varie selon les juridictions. Les autorités de la concurrence peuvent y procéder en vertu de pouvoirs ou obligations spécifiques, ou dans le cadre de leur mission générale de promotion de la concurrence (modèles directs ou indirects). Les évaluations de la concurrence peuvent également être menées par d'autres services ou organes du gouvernement, souvent en consultation avec l'autorité de la concurrence ou en suivant des lignes directrices élaborées par cette dernière.

111. Même si ces évaluations exigent souvent des ressources relativement importantes et ne sont que rarement contraignantes, les autorités de la concurrence relèvent qu'elles constituent un outil de promotion efficace. Lorsqu'elles fournissent leur avis suite à une demande explicite en ce sens d'un autre organe, les taux de réussite de leurs interventions semblent augmenter.

112. Dans le cadre des marchés publics, les autorités de la concurrence peuvent aider le législateur et les acheteurs publics à réduire les barrières à l'entrée et à limiter les mesures discriminatoires : en offrant leurs conseils dans le cadre des procédures législatives et des processus d'appels d'offres ; en améliorant les compétences des agents chargés des marchés publics ; et en diffusant des lignes directrices sur la conception des procédures de passation de marchés publics.

Contrôle des mesures d'aide publique

113. Ainsi que l'a souligné la section 0, rares sont les régimes juridiques de la concurrence à comporter des dispositions spécifiques aux mesures d'aide publique. Les autorités de la concurrence n'ont donc le plus souvent qu'un rôle limité dans l'application du droit. Peu de juridictions en-dehors de l'Union européenne disposent de régimes de contrôle des aides publiques. L'UE a adopté un régime spécifique aux aides d'État qui comporte à la fois une procédure de filtrage *ex ante* et un mécanisme d'évaluation *ex post* et cible les aides qui créent des distorsions sur le marché intérieur. Toute aide d'État doit être proportionnée et appropriée, et la Commission examine son « équilibre général » (voir Encadré 3.6). Le régime des aides d'État est mis en œuvre par la Commission européenne et l'Autorité de surveillance AELE.

Encadré 3.6. Les aides d'État dans l'UE

D'après l'article 107(1) du « TFUE », une aide d'État est définie comme un avantage de quelque nature que ce soit conféré sur une base sélective à une ou des entreprises par les autorités nationales. Les entreprises qui exercent une activité économique ne sont pas autorisées à recevoir une aide d'État, à moins que cette aide ne soit autorisée par la Commission européenne, selon les modalités fixées à l'article 108 du TFUE.

Mécanismes *ex ante* et *ex post*

Mécanisme ex ante : selon l'article 108 du TFUE, les États membres doivent informer par avance la Commission européenne de tout projet d'octroi d'une aide d'État. Toute nouvelle aide d'État mise en place sans notification est réputée « prohibée », et la Commission européenne peut exiger de l'État membre qu'il suspende cette aide ou qu'il prenne toutes les mesures nécessaires pour récupérer les montants déjà octroyés auprès du bénéficiaire.

Mécanisme ex post : la Commission européenne est également habilitée à examiner les aides d'État existantes, c'est-à-dire les aides accordées à une entreprise par un État membre avant son adhésion à l'Union européenne. La Commission européenne peut à tout moment juger que, en raison de l'évolution des conditions de marché, ces aides d'État ne sont plus compatibles avec le marché commun et doivent être supprimées.

L'évaluation économique dans le contrôle des aides d'État de l'UE : l'examen de l'équilibre général

La Commission procède à un examen de l'équilibre général afin de déterminer si les effets positifs de l'aide sur la concurrence l'emportent sur ses effets négatifs. Pour son examen, elle s'appuie sur un ensemble de principes économiques et cherche à répondre à trois questions :

1. Quel est l'objectif de l'aide (la défaillance du marché en cause) ? S'agit-il d'un objectif d'intérêt commun bien défini ?
2. L'aide permet-elle de remédier à la défaillance du marché en cause ou poursuit-elle un autre objectif ? Est-elle appropriée (effet incitatif) et proportionnée ?
3. Les effets positifs de l'aide sont-ils supérieurs à ses effets négatifs sur les échanges et la concurrence ?

Cet examen de l'équilibre général contribue à prévenir l'utilisation inefficace de l'argent du contribuable et à optimiser les bénéfices pour la société (Commission européenne, 2021, p. 7_[62]).

La Commission contrôle la conformité des aides d'État horizontales et sectorielles au traité et aux directives. Les directives horizontales couvrent notamment les aides à finalité régionale, les aides à la recherche, au développement et à l'innovation, les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises, les aides à la protection de l'environnement et à l'énergie, et les aides à la formation et à l'emploi des travailleurs défavorisés et des travailleurs handicapés. Les règles sectorielles s'appliquent à des secteurs ou industries déterminés comme la pêche et l'aquaculture, la construction navale, le transport par chemin de fer et par route, le secteur maritime, le transport aérien, les réseaux d'accès à large bande, les films et autres œuvres audiovisuelles, l'agriculture, la sylviculture et les zones rurales.

Exemptions par catégorie

Pour les aides d'État, la Commission s'est dotée d'un règlement général d'exemption par catégorie («RGEC») définissant les catégories d'aides d'État (ainsi que les conditions applicables et les montants maximaux) qui ne sont pas soumises à l'autorisation de la Commission. En 2019, 95,5 % des nouvelles mesures d'aides d'État relevaient du RGEC. Il existe également des règlements d'exemption spécifiques pour les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales.

Enfin, un règlement *de minimis* exempte les aides de petits montants (jusqu'à 200 000 € par entreprise sur une période de trois ans).

Source : (OCDE, 2015, p. 10^[11]) ; (Commission européenne, 2021^[62]) ; https://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_en.pdf.

114. Des régimes similaires existent dans des blocs commerciaux régionaux comme l'UEMOA (voir Encadré 3.7), mais le régime de l'UE est le plus complet.

Encadré 3.7. Les aides d'État dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)

En 2002, l'UEMOA a adopté des règles communautaires, dont un règlement relatif aux aides d'État (n° 4/2002/CM/UEMOA) et une directive (n° 1/2002/CM/UEMOA) relative à la transparence des relations financières d'une part entre les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères (CNUCED, 2020, p. 17^[63]). L'UEMOA s'est également dotée de directives relatives aux marchés publics et aux services publics (Molestina, 2019, p. 51^[64]). D'après (Molestina, 2019, p. 51^[64]), « la plupart des affaires régionales soumises à la Commission concernent des aides d'État ou des comportements imputables à l'État. » En cause, une culture de la supranationalité qui ne serait pas suffisamment ancrée (CNUCED, 2020, p. 16^[63]).

Dans le système de l'UEMOA, le contrôle des aides d'État s'exerce à la fois *ex ante* et *ex post*. L'article 5 du règlement relatif aux aides d'État prohibe « les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, lorsqu'elles faussent ou sont susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. » Le règlement comprend une liste des aides publiques qui sont « compatibles avec le marché commun » (article 3) et décrit les types d'aides qui sont interdites (article 4) (CNUCED, 2020, pp. 13-15^[63]).

Note : l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) compte huit États membres (le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo) et fut créée par le Traité constituant l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine, signé à Dakar le 10 janvier 1994.

Source : (CNUCED, 2020^[63]), (Molestina, 2019^[64]).

115. L'Union européenne a mené une politique des subventions avec des pays candidats à l'adhésion et des pays voisins, et plusieurs autorités de la concurrence de ces juridictions ont des pouvoirs similaires à ceux de la Commission européenne en matière d'aides d'État.⁷⁹

Obligations de service public

116. Les règles applicables aux aides publiques sont également pertinentes dans le contexte de la compensation versée en contrepartie d'obligations de service public. L'OCDE a expliqué précédemment que « la plupart des juridictions ont défini des paramètres et des règles clairs et transparents pour calculer la rémunération versée aux prestataires de services publics

de manière à ce qu'elle soit équitable et puisse être justifiée. Ces normes et critères sont généralement définis par la loi (ex. : Union européenne, Nouvelle-Zélande, Pologne et Turquie), mais ils peuvent également découler de la jurisprudence (ex. : Union européenne, Bulgarie et Roumanie) » (OCDE, 2015, p. 8_[1]). Dans certaines juridictions, les autorités de la concurrence peuvent être habilitées à prendre des mesures en cas de compensation excessive en contrepartie de services publics.

117. Dans l'UE, les compensations excessives peuvent être constitutives d'une aide d'État. Comme nous l'avons indiqué, la Commission européenne a le pouvoir, en sa qualité de gardienne des traités, de faire obstacle aux aides d'État qui créent des distorsions ou de contester une aide d'État qui ne lui a pas été notifiée. L'arrêt Altmark⁸⁰ a défini quatre critères cumulatifs selon lesquels la compensation représentant la contrepartie de services d'intérêt économique général (« SIEG ») ne constitue pas une aide d'État (prohibée), voir Encadré 3.8. La Commission européenne a étendu ces critères dans sa « Communication relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général ». Lorsque les critères de l'arrêt Altmark ne sont pas réunis, la Commission analyse la compensation au regard des règles applicables aux aides d'État.

Encadré 3.8. UE : l'affaire Altmark – quand la compensation octroyée en contrepartie de services publics s'analyse en une aide d'État

L'arrêt Altmark opère une distinction entre les systèmes de compensation légitimes et ceux qui sont susceptibles d'induire des distorsions de concurrence.

La Cour de justice de l'Union européenne a défini quatre critères cumulatifs selon lesquels la compensation octroyée en contrepartie de SIEG ne constitue pas une aide d'État (prohibée) :

- (i) l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être tenue à des obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies ;
- (ii) les paramètres utilisés pour le calcul de la compensation doivent être déterminés à l'avance d'une manière objective et transparente ;
- (iii) la compensation ne peut excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public et ;
- (iv) lorsque l'entreprise à laquelle incombera l'exécution d'obligations de service public n'est pas choisie dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise bien gérée aurait encourus.

Source : reproduit de (OCDE, 2015, p. 9_[1]). SOURCE CORRESPONDANTE EST PLUTOT DAF/COMP(2015)8/FINAL. Voir affaire C-280/00, arrêt du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ECLI:EU:C:2003:415.

118. En dehors du cadre spécifique des aides publiques, certaines autorités sont également habilitées à agir contre des interventions anticoncurrentielles étatiques (souvent le fait de gouvernements locaux et provinciaux), et les comportements incriminés peuvent inclure des mesures d'aide publique qui créent des distorsions. Ces pouvoirs sont généralement liés à des velléités de protectionnisme local (notamment en faveur d'entreprises publiques) (voir également 136591). En Russie, le FAS peut intervenir en matière d'aides publiques par l'intermédiaire de son Département de contrôle des autorités étatiques : en effet, alors que les

aides publiques peuvent être accordées directement lorsqu'elles sont prévues par des textes normatifs du gouvernement, dans toute autre hypothèse, elles requièrent l'autorisation du FAS.⁸¹

119. En outre, les autorités ont parfois ou pourraient avoir un rôle indépendant de contrôle ou de conseil quant à la compensation octroyée en contrepartie d'une prestation de service public. Un tel rôle contribuerait à assurer que la compensation est appropriée et proportionnée. Les autorités de la concurrence peuvent être investies de pouvoirs d'investigation leur permettant de déterminer si les opérateurs de services publics bénéficient d'une compensation adéquate. La Pologne, par exemple, a eu recours à des enquêtes pour déterminer si la compensation était adéquate.⁸² De même, l'autorité de la concurrence bulgare a émis un avis sur une disposition législative autorisant une compensation pour un transporteur de passagers en contrepartie de son obligation d'accorder des réductions à certaines catégories d'usagers.⁸³

120. Grâce à leur rôle de régulation, certaines autorités de la concurrence disposent de pouvoirs et d'outils spécifiques pour s'attaquer aux problèmes potentiels liés à la compensation octroyée en contrepartie d'obligations de service public. En Australie, l'ACCC peut mener une évaluation afin de déterminer si le prestataire de services postaux Australia Post utilise les revenus de ses « services réservés », c'est-à-dire ceux fournis en vertu de son monopole légal, pour se livrer à un subventionnement croisé de ses services soumis à la concurrence. La réglementation postale fait obligation à Australia Post de transmettre les informations nécessaires à l'ACCC⁸⁴ et, jusqu'en 2016, l'ACCC publiait tous les ans un rapport d'évaluation des subventionnements croisés d'Australia Post. Cette fonction de collecte et de vérification des informations est l'une des trois responsabilités de l'ACCC en ce qui concerne la régulation des services postaux.⁸⁵ En Espagne,⁸⁶ la CNMC dispose de pouvoirs de surveillance du secteur postal qui l'autorisent à contrôler les comptes de Correos (l'opérateur désigné) et notamment la bonne affectation de ses dépenses et de ses recettes. Correos est tenu de tenir une comptabilité analytique séparant les services fournis au titre de l'obligation de service public de ses autres services. Correos a également l'obligation de présenter « un calcul du coût net de l'obligation de service public pour approbation à chaque exercice fiscal ». En avril 2020, le CNMC a demandé à Correo de représenter ses comptes « pour avoir affecté indûment les recettes et dépenses de certains services aux services fournis en vertu de l'obligation de service universel ». (OCDE, 2021, p. 56^[22]).⁸⁷

Le rôle de promotion général des autorités de la concurrence

121. Les mesures d'aide publique peuvent créer des distorsions des marchés en modifiant leur fonctionnement. Les autorités de la concurrence ont donc un rôle majeur à jouer. Certaines autorités de la concurrence sont investies par la législation d'un rôle de promotion spécifique en matière de subventions. En République dominicaine par exemple, « la Commission nationale de défense de la concurrence est habilitée à analyser les effets sur les conditions de la concurrence des subventions, des aides d'État ou des incitations financées sur fonds publics, accordées à des entreprises publiques ou privées et, si cela est justifié, à demander aux pouvoirs publics, dans un rapport de recommandation motivé, de supprimer ou de modifier ces subventions et d'adopter toute autre mesure propice au rétablissement de la concurrence »⁸⁸ (CNUCED, 2021, p. 11^[65]). En vertu de la loi espagnole sur la concurrence, la CNMC peut établir des rapports sur les mesures d'aide publique et y inclure des propositions à l'intention des autorités publiques afin de préserver une concurrence effective sur les marchés. Elle publie également chaque année un rapport annuel sur les aides publiques accordées en Espagne.⁸⁹ Même lorsqu'elles ne sont pas investies d'un rôle spécifique, les autorités de la concurrence peuvent utiliser leur pouvoir général de promotion pour plaider en faveur de mesures d'aide publique pro-concurrentielles. Le contexte institutionnel peut laisser une certaine marge de

manœuvre pour confier aux autorités de la concurrence, dans le cadre de leurs pouvoirs de promotion, un rôle dans l'identification des distorsions de concurrence dues aux interventions de l'État (c'est-à-dire leur impact prévisible sur la structure du marché) et dans la conception de mesures de soutien destinées à minimiser les risques en matière de concurrence (OCDE, 2020, pp. 15,18^[20]). Les autorités de la concurrence peuvent soutenir les gouvernements en élaborant des lignes directrices à l'intention des organismes publics, en émettant des avis, et en endossant un rôle de surveillance. Au niveau sectoriel, les mesures d'aide publique qui faussent la concurrence pourraient être identifiées en réalisant des études de marché et des examens de la neutralité concurrentielle. L'encadré 3.9 livre quelques exemples de la façon dont les autorités de la concurrence ont utilisé leur rôle de promotion pour s'attaquer à des mesures d'aide publique.

Encadré 3.9. Exemples de pays dans lesquels les autorités de la concurrence utilisent leur rôle de promotion pour s'attaquer aux mesures d'aide publique

Japon

En 2016, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (JFTC) a publié des lignes directrices sur « Le concept d'aide publique à la relance sous l'angle de la politique de la concurrence ». Les lignes directrices définissent trois grands principes qui doivent être pris en compte pour l'octroi d'aides publiques, à savoir (1) le principe de subsidiarité, (2) le principe du minimum nécessaire et (3) le principe de transparence.⁹⁰ Ces lignes directrices sont le résultat d'un « Groupe d'étude sur la politique de concurrence et sur le soutien public à la revitalisation » qui a examiné les distorsions que pouvait causer le soutien public à certaines entreprises. La CNUCED a expliqué que les lignes directrices de la JFTC constituaient des « lignes directrices intersectorielles qui intègrent certains facteurs que les organismes octroyant des aides publiques devraient prendre en considération pour atténuer les effets de ces aides sur la concurrence » (CNUCED, 2021, p. 11^[65]).

Lettonie

L'autorité de la concurrence lettone a utilisé son rôle de promotion pour faire obstacle à l'adoption de législations anticoncurrentielles, dont certaines prévoyaient des mesures d'aide publique, en évaluant la compatibilité des projets de textes avec le droit de la concurrence et en adressant ses objections et ses propositions au parlement. En 2016, le Conseil de la concurrence a plaidé contre des modifications de la législation fiscale (TVA) qui favorisaient les organisateurs publics d'événements culturels par rapport aux organisateurs privés.

Espagne

La CNMC peut établir des « rapports sur les régimes d'aides publiques et y inclure des recommandations adressées aux autorités publiques afin de préserver une concurrence effective sur les marchés » (CNUCED, 2021, p. 11^[65]). Ce qu'elle a fait par le passé, notamment pour des mesures destinées au transport aérien et maritime. La CNMC est également investie par la loi du pouvoir de publier des rapports annuels sur les aides publiques nationales. Le rapport annuel contient généralement des données statistiques sur les aides d'État accordées (avec leur évolution par rapport à l'année précédente, le type d'aide) ainsi qu'une synthèse des nouvelles législations, de la jurisprudence et des initiatives de la CNMC dans le domaine des aides publiques. La CNMC dispose également d'une base de données sur les mesures d'aide octroyées en Espagne.

Source : Japon : <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2016/March/160331.html> ; Espagne : <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas> ; <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/otros-informes-ayudas-publicas>

Lignes directrices : https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/monopoly_guidelines_files/160331.pdf, Conseil de la concurrence de la République de Lettonie <https://www.kp.gov.lv/en/article/cc-through-advocacy-timely-prevents-anti-competitive-amendments-vat-law> (CNUCED, 2021^[65]).

122. Les pouvoirs publics devraient demander conseil aux autorités de la concurrence lors de la conception des mesures d'aide publique. En réponse à la crise de COVID-19, de nombreuses juridictions ont adopté des paquets de mesures de sauvetage et de relance. L'OCDE a souligné qu'afin d'éviter les dommages à long terme pour les marchés, les considérations liées à la concurrence devraient être prises en compte dans la conception des mesures d'aide publique (OCDE, 2020, p. 17^[20]). Au vu de l'étendue de l'intervention des États (et, partant, de l'ampleur potentielle des dommages et distorsions à long terme) en réponse à la crise de COVID-19, la prise en compte des considérations de concurrence est

particulièrement nécessaire (Maximiano, 2021^[66]).⁹¹ Dans le contexte de la crise du COVID-19, l'OCDE a expliqué que l'implication des autorités de la concurrence pouvait « revêtir une importance particulière dans le cas des renflouements d'entreprise, des programmes d'apports de fonds propres et des stratégies de sortie des mesures publiques. Le succès de la mise en œuvre des mesures de soutien public impose, en tout premier lieu, de s'assurer que le rôle de l'État est neutre du point de vue de la concurrence et que les entreprises sont soumises à des conditions de concurrence équitables » (OCDE, 2020, p. 16^[20]). Les autorités de la concurrence peuvent aider à identifier les marchés dans lesquels l'intervention de l'État serait le plus dommageable.

123. (Maximiano, 2021^[66]) suggère que les autorités de la concurrence donnent la priorité aux mesures de soutien public sur les marchés pour lesquels elles possèdent déjà une expérience (par exemple, suite à des études de marché ou des mesures d'application précédentes) ainsi qu'aux efforts de promotion s'appuyant sur des données. Cela leur donnerait la crédibilité tant recherchée pour obtenir l'adhésion du gouvernement (décideur) et augmenterait la probabilité qu'elles soient ensuite consultées au stade de la conception.

124. Le document de l'OCDE *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique* présente les différentes considérations liées au rôle de promotion des autorités de la concurrence dans le contexte de la crise du COVID-19. L'Encadré 3. présente quelques-uns des principaux points à retenir. Lors de crises comme celle du COVID-19, qui peuvent nécessiter la prise de décisions en urgence, l'OCDE fait valoir que même si une analyse en profondeur est impossible, des évaluations simplifiées tenant compte des principes économiques pertinents peuvent minimiser les effets de distorsion.⁹²

Encadré 3. Quelques points à retenir sur la promotion de la concurrence lors de la conception des mesures de soutien public

On trouvera ci-après des exemples de propositions que les autorités de la concurrence pourraient envisager lors de l'examen de la conception des mesures de soutien public avec les décisionnaires :

- analyser et prioriser les interventions de l'État qui pourraient mériter un discours en faveur de la concurrence. Parmi les éléments à prendre en compte pourrait figurer le montant de l'aide, la concentration du marché, le pouvoir de marché du bénéficiaire potentiel ou l'existence de sérieux obstacles à l'entrée ;
- mettre en évidence la défaillance du marché spécifique qu'il convient de corriger et préciser jusqu'à quel point la mesure est susceptible d'y parvenir ;
- au vu de la pandémie de Covid-19, plaider pour que soient recueillis des éléments attestant que les entreprises qui bénéficient d'un soutien n'étaient pas confrontées à des difficultés financières avant la pandémie de Covid-19 ;
- examiner, identifier et/ou proposer des solutions qui faussent moins la concurrence et permettent toutefois aux responsables politiques d'atteindre le même objectif ;
- plaider en faveur de l'inclusion de mécanismes de récupération pour s'assurer après coup que le soutien est proportionné ;
- lorsque le soutien public implique des distorsions de concurrence, envisager de plaider en faveur de l'instauration de conditions, comme la cession de certaines activités ou un engagement de s'abstenir d'utiliser la mesure de soutien pour se livrer à un comportement d'exclusion ;

- plaider en faveur de l'inclusion de stratégies de sortie, afin de ne pas perpétuer le soutien public plus qu'il n'est nécessaire ;
- proposer que la transparence soit faite sur le soutien et que des mécanismes d'évaluation ex post soient mis en place pour limiter les circonstances dans lesquelles ce soutien n'a pas de justification économique.

Source : adapté de (OCDE, 2020^[20])

Principaux points à retenir

125. Rares sont les régimes de concurrence à contenir des dispositions qui traitent spécifiquement des mesures de soutien public. Les autorités de la concurrence ont donc le plus souvent un rôle d'application limité. Certaines autorités peuvent s'appuyer sur des pouvoirs plus larges qui leur permettent d'agir contre des interventions étatiques anticoncurrentielles (qui sont généralement le fait de gouvernements locaux et provinciaux) pour s'attaquer à des mesures d'aide publique anticoncurrentielles. Certaines autorités de la concurrence sont en outre investies par la législation d'un rôle de promotion spécifique en ce qui concerne les subventions.

126. Les règles applicables aux aides publiques sont particulièrement pertinentes dans le contexte de la compensation versée en contrepartie d'obligations de service public. La plupart des juridictions ont défini des paramètres et des règles clairs et transparents pour assurer que cette compensation soit équitable et puisse être justifiée. Dans certaines juridictions, les autorités de la concurrence sont habilitées à prendre des mesures en cas de compensation excessive de services publics.

127. Enfin, lorsque les autorités de la concurrence ne sont pas officiellement investies d'un rôle spécifique aux mesures d'aide publique, elles peuvent soutenir les gouvernements en élaborant des lignes directrices à l'intention des organismes publics, en émettant des avis, et en endossant un rôle de surveillance. Au niveau sectoriel, les mesures d'aide publique qui faussent la concurrence peuvent être identifiées en réalisant des études de marché et des examens de la neutralité concurrentielle.

4 Conclusion

128. Le principe de la neutralité concurrentielle promeut la concurrence en optimisant l'utilisation des ressources, en améliorant la productivité et en favorisant la croissance économique. En outre, elle soutient l'innovation et permet au consommateur de bénéficier de prix plus avantageux, d'un choix accru, et de produits et services de meilleure qualité en permettant l'entrée et le développement d'entreprises plus productives et la sortie d'entreprises inefficaces.

129. L'intervention de l'État peut bouleverser la dynamique du marché et atténuer la concurrence de multiples façons. Les autorités de la concurrence devraient donc être conscientes des conséquences imprévues d'une intervention étatique sur les marchés et de la façon dont elles peuvent promouvoir au mieux la neutralité concurrentielle.

130. En s'appuyant sur la Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle, ce document a présenté plusieurs domaines auxquels les autorités de la concurrence devraient prêter une attention particulière.

- **Cadre juridique de la concurrence et son application.** Pour garantir la neutralité concurrentielle, le droit de la concurrence doit s'appliquer de manière non discriminatoire à toutes les entreprises, à moins que des objectifs de politique publique ne prévalent. Les pouvoirs publics et les autorités de la concurrence devraient être particulièrement attentifs aux exemptions, qui peuvent soustraire indûment certaines entreprises à l'application du droit de la concurrence. Les exemptions existantes devraient être réévaluées régulièrement au regard de leur justification et de leur proportionnalité.
- **Cadre réglementaire.** Certains acteurs du marché (entreprises publiques, privées, nationales et étrangères notamment) peuvent être soumis à un cadre réglementaire différent ou, lorsque le même cadre s'applique, être exemptées de certaines dispositions. Certains acteurs peuvent ainsi bénéficier d'un accès préférentiel au marché ou jouir de conditions spéciales pour opérer sur ce marché. Afin d'éviter les distorsions de concurrence, le cadre législatif et réglementaire ainsi que les réglementations horizontales devraient soumettre aux mêmes règles toutes les entreprises qui se livrent concurrence sur un même marché, quelles que soient leur structure de propriété, leur localisation géographique ou leur forme juridique.
- **Marchés publics.** La législation et les conditions des appels d'offres peuvent prévoir des obligations ou des processus qui favorisent certains types de société, comme les entreprises publiques ou nationales, et réduire les chances d'en tirer un prix intéressant pour les contribuables. Les juridictions devraient éviter les discriminations non justifiées ; lorsqu'elles adoptent des mesures pour soutenir certaines entreprises (comme les PME) et répondre à des objectifs de politique publique, elles devraient examiner de près leur efficacité et les effets de distorsion potentiels sur la concurrence.
- **Mesures d'aide publique.** Il s'agit d'avantages financiers octroyés par l'État aux entreprises à des conditions qui s'écartent des principes du marché. Les enjeux concurrentiels devraient être pris en compte dans la conception et l'octroi de mesures

d'aide publique afin de préserver la neutralité concurrentielle. À l'instar de toutes les mesures qui restreignent la concurrence, elles doivent être transparentes, proportionnées et réexaminées périodiquement. Eu égard aux risques particuliers que peuvent représenter les entreprises publiques, les juridictions devraient envisager de les soumettre à des règles plus sévères qui limitent l'offre d'un soutien public à ces entités.

- **Octroi de droits spéciaux et exclusifs.** Les règles applicables à ces droits, notamment pour la fourniture de services publics, peuvent créer des avantages indus et, partant, des distorsions de la concurrence. Les juridictions devraient d'une part sélectionner les opérateurs de services publics grâce à un processus d'appel d'offres ouvert, équitable et transparent. D'autre part, elles devraient adopter des critères justes et transparents pour fixer la compensation octroyée en contrepartie de la fourniture du service public afin qu'elle soit limitée à ce qui est nécessaire et proportionné, et l'assortir d'une obligation de rendre des comptes. Enfin, les juridictions devraient s'assurer que tout droit exclusif est clairement défini et circonscrit à l'obligation de service public ou reconsidérer la nécessité d'octroyer des droits exclusifs.
- **Activisme d'État.** L'activisme d'État peut se manifester par une intervention des pouvoirs publics dans les accords stratégiques visant à créer ou favoriser des champions nationaux. Ce peut être le cas lorsque l'État exerce une influence sur la structure des prises de contrôle d'entreprises nationales par des entreprises étrangères, bloque indûment des opérations par le biais d'une réglementation sectorielle ou de mécanismes de filtrage des investissements étrangers, ou participe au contrôle des fusions.

131. Pour l'essentiel, les autorités de la concurrence disposent de **trois types d'outils pour promouvoir la neutralité concurrentielle dans ces domaines**. La **première catégorie d'outils** vise à **permettre aux autorités de la concurrence de s'attaquer aux textes législatifs et administratifs** qui portent atteinte à la neutralité concurrentielle. L'étendue de ces pouvoirs varie grandement selon les juridictions. Dans certaines, les autorités de la concurrence peuvent abroger directement les textes anticoncurrentiels et même infliger des amendes aux entités publiques (généralement des entreprises publiques) et aux agents publics. Dans d'autres, elles ne sont pas habilitées à statuer directement sur la neutralité concurrentielle d'une règle ou d'un texte normatif et peuvent seulement les contester en justice. Lorsque la décision soit de l'autorité, soit du tribunal, revêt un caractère contraignant, ces outils peuvent être particulièrement efficaces pour promouvoir la neutralité concurrentielle.

132. Le **second type d'outils** permet aux autorités de la concurrence d'**examiner la législation et de contribuer aux initiatives de réforme en conseillant** les pouvoirs publics sur leurs incidences potentielles sur le plan de la concurrence. Leurs moyens techniques font que les autorités de la concurrence sont bien placées pour réaliser les évaluations de la concurrence, soit en vertu de pouvoirs ou d'obligations spécifiques, soit dans le cadre de leurs fonctions générales de promotion. Ces évaluations prennent essentiellement l'une des trois formes suivantes : une évaluation obligatoire de l'impact de la réglementation prévue dans le processus d'élaboration des politiques publiques ; des évaluations *ad hoc* de lois et réglementations, qui consistent à analyser au cas par cas des lois et réglementations envisagées comme existantes ; et des études de marché ou des enquêtes sectorielles, dans lesquelles les autorités de la concurrence ne se lancent que si elles ont à première vue motif à s'inquiéter étant donné que ce type d'exercice à grande échelle exige des ressources importantes. Bien que leurs recommandations soient le plus souvent non contraignantes, plusieurs autorités de la concurrence ont noté que leurs efforts de promotion portaient leurs fruits.

133. Le **troisième type d'outils** a trait au **contrôle des mesures d'aide publique**. Bien que, dans le monde, la plupart des régimes juridiques de la concurrence ne confèrent aux autorités de la concurrence qu'un rôle limité d'application, certaines peuvent utiliser leurs pouvoirs plus généraux pour intervenir contre des mesures anticoncurrentielles de l'État (généralement, celles prises par les gouvernements locaux et provinciaux). L'UE fait figure d'exception en ce qu'elle a adopté un régime spécifique aux aides d'État qui comporte à la fois une procédure de filtrage *ex ante* et un mécanisme d'évaluation *ex post*. Le rôle de la plupart des autorités de la concurrence vis-à-vis des mesures d'aide est avant tout un rôle de promotion. Elles peuvent par exemple soutenir les pouvoirs publics en élaborant des lignes directrices à l'intention des organes publics qui ont à tenir compte de considérations liées à la concurrence.

134. De manière générale, les pouvoirs d'application de la plupart des autorités de la concurrence dans le contexte de la neutralité concurrentielle étant restreints, il est primordial qu'elles interviennent auprès des gouvernements et des administrations pour les convaincre des avantages de la concurrence et les aider à concevoir un cadre neutre du point de vue concurrentiel. L'accès à des produits et services à un meilleur prix et de meilleure qualité en sera favorisé et, *in fine*, la croissance économique.

Annex A. Outils identifiés suivant les types d'atteintes à la neutralité concurrentielle

Atteinte à la neutralité concurrentielle	Les différents types d'atteintes à la neutralité concurrentielle	Exemples d'outils utilisés par les autorités de la concurrence
Droit de la concurrence non neutre	Champ d'application du droit de la concurrence Application du droit de la concurrence	- Rôle de promotion général, notamment pour que les juridictions (i) évaluent avec soin la nécessité d'une exemption avant de l'instaurer et, lorsqu'elle est déjà instaurée, examinent la persistance de leur justification et de leur proportionnalité ; et (ii) assurent l'indépendance de l'autorité de la concurrence
Réglementation non neutre	Lois et réglementations sectorielles Régimes d'autorisation et autres exigences opérationnelles Cadre légal et réglementaire horizontal	- Pouvoir d'application (pour la législation secondaire) permettant soit d'abroger directement les règles anticoncurrentielles, soit de les contester en justice - Évaluations de la concurrence, et plus particulièrement évaluations d'impact, évaluations discrétionnaires, et études de marché / enquêtes sectorielles - Rôle de promotion général
Procédures de marchés publics non neutres	Discrimination fondée sur la structure de propriété (entreprises publiques) Discrimination fondée sur la nationalité (candidats nationaux) Autres discriminations (PME et nouveaux entrants)	- Pouvoir d'application permettant soit d'abroger directement les règles et textes anticoncurrentiels, soit de les contester en justice - Évaluations de la concurrence, et plus particulièrement évaluations d'impact, évaluations discrétionnaires, et études de marché / enquêtes sectorielles - Rôle de promotion général, notamment par une aide à la conception de la législation et des procédures de marchés publics, par le renforcement des compétences des agents concernés et par la conclusion de protocoles d'accord avec les acheteurs publics
Mesures d'aide publique créant des distorsions	Prêts et garanties octroyés par l'État Traitement fiscal préférentiel Accès préférentiel aux terrains et installations publics	- Pouvoir d'application, par le biais soit d'un régime spécifique aux aides d'État, soit de règles générales contre les pratiques anti-concurrentielles - Pouvoirs de promotion spécifiques permettant par exemple de formuler des demandes non contraignantes de suppression ou de modification des subventions, ou de publier des rapports sur les aides d'État octroyées - Rôle de promotion général, par exemple en élaborant des lignes directrices et en formulant des avis - Évaluations de la concurrence afin d'identifier les mesures créant des distorsions

Droits spéciaux et exclusifs créant des distorsions	Sélection du prestataire du service public Privilèges et pouvoirs attachés au service public Compensation en contrepartie de la fourniture du service public	- Pouvoir d'application, en veillant à ce que le processus de sélection ne soit pas anticoncurrentiel et en annulant ou en contestant les droits spéciaux et exclusifs qui portent atteinte à la concurrence - Pouvoir d'application permettant d'agir contre les compensations excessives de services publics - Évaluations de la concurrence, et plus particulièrement évaluations d'impact, évaluations discrétionnaires, et études de marché / enquêtes sectorielles - Rôle de promotion général
Autres activités de l'État induisant des distorsions de concurrence	Activisme d'État	- Rôle de promotion général. Dans le contexte de l'activisme d'État, afin de soutenir l'indépendance de l'autorité de la concurrence et de s'assurer que les considérations de concurrence soient prises en compte lorsque les pouvoirs publics interviennent par quelque mécanisme que ce soit. Dans le contexte des restrictions internes, afin de promouvoir la suppression de ces restrictions

Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE sur la base des informations présentées dans ce document

Notes de fin

¹ Voir OCDE, Recommandation du Conseil sur la neutralité concurrentielle [[OECD/LEGAL/2021](#)].

² La Recommandation est le fruit d'analyses et de discussions approfondies menées depuis 2004 par le Comité de la concurrence de l'OCDE. Dans le contexte du Forum mondial sur la concurrence, divers aspects de la neutralité concurrentielle ont été traités à trois occasions : en 2018, au cours de la table ronde sur le droit de la concurrence et les entreprises publiques ; en 2010, au cours de la table ronde sur la concurrence, les aides publiques et les subventions ; et en 2009, au cours de la table ronde sur la politique de la concurrence, la politique industrielle et les champions nationaux. En outre, le Comité de la concurrence de l'OCDE et son Groupe de travail n° 2 ont examiné certains aspects de la neutralité concurrentielle à plusieurs occasions, notamment lors d'une table ronde organisée en 2015 sur ce sujet, ainsi qu'au cours d'une session en 2020 sur le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique.

³ Les activités qui relèvent des fonctions régaliennes de l'État, comme la justice et la police, ne sont pas de nature économique. Par exemple, la loi indienne sur la concurrence exclut de la définition d'entreprise et, partant, de son champ d'application, « toute activité gouvernementale en rapport avec des fonctions régaliennes de l'État, y compris celles relevant des services du gouvernement central qui ont trait à l'énergie atomique, à la monnaie, à la défense et à l'espace. » Les choix politiques et économiques évoluant, la notion de prérogative de puissance publique peut, elle aussi, changer au fil du temps au sein d'une même juridiction et différer d'une juridiction à l'autre.

⁴ Dans cette section, conformément aux documents antérieurs de l'OCDE, « exemption » désigne le fait qu'une entité ou une activité puisse échapper au droit de la concurrence. Le terme peut aussi être employé dans un sens différent et renvoyer à une exemption accordée en vertu d'une décision de l'autorité de la concurrence. Par exemple, selon l'article 101(3) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Commission peut *exempter* certains accords notifiés entre entreprises de l'application de l'article 101(1) qui interdit les accords restrictifs.

⁵ L'idée étant que les alliances peuvent permettre d'atteindre des objectifs importants en matière de politique des transports et méritent à ce titre d'être autorisées en dépit de leurs effets

anticoncurrentiels. Pour de plus amples informations, voir : <https://www.transportation.gov/policy/aviation-policy/competition-data-analysis/alliance-codeshares>.

⁶ Article 4(1) de la loi n° 15/2007.

⁷ Dans cette affaire, la Commission a considéré que « les barrières à l'entrée (capacités techniques et d'investissement, exigence de preuves des résultats obtenus) étaient très élevées, notamment dans l'EEE » et a « conclu, pour ce motif, qu'il était peu probable que l'entrée de nouveaux arrivants soit suffisante dans un avenir prévisible, et que la concurrence potentielle constituerait par conséquent une pression concurrentielle insuffisante sur l'entité fusionnée » (Commission européenne, 2021, p. 12^[71]). La Commission a donc décidé de mettre son veto à l'opération. Des voix se sont alors élevées pour réclamer un assouplissement des règles de contrôle des fusions en vue de permettre la création de champions européens.

⁸ Voir <https://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>.

⁹ Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle [OECD/LEGAL/0462], page 3.

¹⁰ C'est notamment le cas lorsque les procédures administratives manquent de transparence. L'OCDE définit la charge administrative comme suit : « Les coûts qu'entraînent l'obtention, la lecture et la compréhension de la réglementation, l'élaboration de stratégies de mise en conformité et le respect des obligations de déclaration, ce qui inclut la collecte, le traitement, la publication et la conservation des données, mais NON les coûts en capital des mesures prises pour assurer le respect de la réglementation, ni les coûts pour le secteur public de l'administration de la réglementation ». (OCDE, 2015, p. 219^[73])

¹¹ Ce qui peut inclure, par exemple, des exigences en matière d'actifs, de dotation en personnel spécialisé ou d'expérience.

¹² Tant les autorités publiques que les opérateurs privés pouvaient être admis à fournir des services portuaires (de pilotage ou de remorquage par exemple), mais seuls les opérateurs privés devaient obtenir une licence auprès du ministère des Transports.

¹³ L'OCDE recommande un traitement égal des opérateurs en place et des nouveaux entrants.

¹⁴ En Tunisie, l'OCDE a recommandé de « réduire le pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes dans l'approbation d'un projet de grande surface commerciale ou de centre commercial en publiant un guide sur les directives de demande d'autorisation et une grille d'évaluation avec des critères clairs et transparents » (OCDE, 2019, p. 78^[11]). L'existence de critères d'évaluation clairs et transparents réduit le risque de traitement différencié entre les candidats et favorise des règles du jeu équitables.

¹⁵ Dans son étude *OECD Competitive Neutrality Reviews: small package delivery services in ASEAN*, l'OCDE a constaté que, dans certains États membres de l'ASEAN, les entreprises publiques n'étaient pas exemptées des règles applicables en matière d'insolvabilité mais qu'en pratique, elles étaient « effectivement préservées des procédures d'insolvabilité en raison d'obligations budgétaires souples » (OCDE, 2021, p. 70^[22]). L'OCDE a également relevé un

exemple dans lequel la « législation exempte les entreprises publiques de l'obligation d'exécution, ce qui signifie que leurs biens ne peuvent être saisis, que ce soit en exécution d'un jugement, ou par l'effet d'une dette ou de leur insolvabilité » (OCDE, 2021, p. 70^[22]). L'Organisation a par conséquent recommandé que les entreprises publiques soient soumises aux règles qui régissent la faillite et l'insolvabilité. L'OCDE explique par ailleurs que, « en cas de pertes d'exploitation résultant d'activités commerciales, les gouvernements devraient s'abstenir de renflouer les entreprises publiques, à moins de respecter les conditions du marché. Toute considération relative à des obligations de service public et à leur financement devrait être traitée séparément » (OCDE, 2021, p. 70^[22]).

¹⁶ Voir <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/>.

¹⁷ La taxonomie des mesures affectant les marchés publics élaborée par l'OCDE est disponible à l'adresse suivante : <https://doi.org/10.1787/5bfb44c3-en>. Pour mieux aider les pays à évaluer leurs régimes de marchés publics, l'OCDE a analysé la taxonomie au regard des bonnes pratiques internationales (Accord sur les marchés publics de l'OMC et Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics).

¹⁸ La Recommandation de l'OCDE sur les marchés publics encourage les acheteurs à assurer en temps utile un degré adéquat de transparence à chaque phase du cycle de passation des marchés publics et à mettre en place un portail en ligne permettant à l'ensemble des parties prenantes, y compris les fournisseurs potentiels nationaux et étrangers, la société civile et le grand public, d'accéder gratuitement à l'information relative aux marchés publics.

¹⁹ La Recommandation de l'OCDE sur les marchés publics encourage les Adhérents à fournir dans le cadre des appels d'offres une documentation claire, synthétique, aussi normalisée que possible et adaptée.

²⁰ La Recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics stipule que les autorités de la concurrence devraient, « chaque fois que possible, autoriser les offres pour certains lots ou objets du marché, ou pour des combinaisons de lots ou d'objets, plutôt que les offres portant uniquement sur l'ensemble du marché. Par exemple, pour les marchés à gros volume, rechercher les éléments qui pourraient attirer les petites et moyennes entreprises et leur conviendraient » (OCDE, 2012^[74]).

²¹ Voir point 2 de la Recommandation de l'OCDE.

²² Voir point 2(a) de la Recommandation de l'OCDE. Dans l'UE, en 2019, l'instrument d'aide le plus couramment utilisé était les subventions directes (62,8 %), suivies des « exemptions, réductions ou reports d'impôts » (30,7%) (Commission européenne, 2021, p. 25^[62]). Toujours dans l'UE, 80 % des dépenses des États consacrées à l'aide en 2019 ²² sont allées à la « protection de l'environnement et aux économies d'énergie » (51%), à la « recherche et au développement dont l'innovation » (10 %), au développement régional (8,5 %) et au développement sectoriel (8,1 %) (Commission européenne, 2021, pp. 17-18^[62]).

²³ Point 2(a) de la Recommandation de l'OCDE.

²⁴ Les mesures d'aide publique étant susceptibles de fausser la concurrence internationale, le droit commercial et plus spécifiquement les accords de l'OMC traitent de certaines mesures

d'aide publique adoptées par les États membres. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC (« Accord SCM »), par exemple, couvre le recours à certaines subventions par les Membres, les voies de recours offertes par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, et les mesures compensatoires que peuvent adopter les Membres lorsque la subvention étrangère fausse la concurrence sur leur marché intérieur. En vertu de l'Accord SCM, une « subvention » est réputée exister s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organe public qui confère un avantage (article 1 de l'Accord SCM). Pour être interdite ou pouvoir donner lieu à un recours sur le fondement de l'Accord, la subvention doit être « spécifique » (article 2 de l'Accord SCM), c'est-à-dire qu'elle doit n'être proposée qu'à une entreprise ou une branche de production, ou un groupe d'entreprises ou de branches de production, relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention.

Au-delà des règles de l'OMC, les accords de libre-échange (ALE) peuvent également contenir des règles spécifiques aux subventions ou aides d'État.²⁴ En 2019, François-Charles Laprèvote a entrepris de dresser un « état des lieux des dispositions relatives à la concurrence présentes dans 267 accords de libre-échange (ALE) figurant dans la base de données de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les Accords commerciaux régionaux (ACR) » (Laprèvote, 2019, p. 3_[70]) pour la session du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE consacrée aux « Dispositions relatives à la concurrence dans les accords commerciaux ». Il en est ressorti que plus de 90 % des ALE en vigueur consacraient des dispositions spécifiques, voire des chapitres entiers, aux questions de concurrence (Laprèvote, 2019, p. 5_[70]). Laprèvote a également constaté qu'environ 43 % d'entre eux comprenaient des dispositions relatives à la réglementation des subventions ou aides de l'État, et que ces dispositions étaient souvent variables eu égard « i) à leur portée ; et ii) aux types d'obligations qu'elles imposent aux parties » (Laprèvote, 2019, p. 17_[70]). (Mattoo, Rocha et Ruta, 2020, p. 534_[68]) relèvent quant à eux que les dispositions des ALE sur les aides de l'État « visent généralement à limiter les effets négatifs des aides de l'État sur les conditions économiques de l'autre partie » et expliquent que les aides d'État peuvent être soumises à d'autres engagements en matière de transparence, ou à « l'impératif que l'aide de l'État n'affecte pas le commerce entre les parties » ou qu'elle ne « menace pas de fausser la concurrence ».

Certaines juridictions envisagent en outre de prendre des mesures supplémentaires pour s'attaquer aux distorsions de la concurrence causées par les subventions étrangères. Le 5 mai 2021, l'UE a ainsi adopté une proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur. Cette proposition fait suite à l'adoption le 17 juin 2020 d'un livre blanc de l'UE relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères. La proposition de règlement vise à combler le vide réglementaire constaté dans le domaine du contrôle des subventions étrangères et à garantir des conditions de concurrence égales en s'attaquant aux distorsions qu'elles entraînent. Sur la base de cette proposition, la Commission européenne sera chargée de l'application du règlement qui instituera deux systèmes de notification *ex ante* et un outil de filtrage général qui concerneront 1) les concentrations, 2) les procédures de passation des marchés publics et 3) d'autres situations de marché, lorsqu'une contribution financière fournie par un pays tiers confère un avantage à une entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur (une subvention étrangère). Voir Proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/foreign_subsidies_proposal_for_regulation.pdf Commission

européenne, subventions étrangères, https://ec.europa.eu/competition-policy/international/foreign-subsidies_en.

²⁵ Le marché intérieur de l'UE est un « marché unique dans lequel les biens, les services, les capitaux et les personnes circulent librement et à l'intérieur duquel les citoyens européens peuvent vivre, travailler, étudier ou faire des affaires librement ». Voir https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?root_default=SUM_1_CODED%3D24.

La Commission a récemment procédé à un examen des règles applicables aux aides d'État et « conclu que, de manière générale, les règles étaient adaptées aux buts poursuivis, mais qu'elles seraient modifiées sur certains points pour tenir compte des objectifs du Pacte vert pour l'Europe (le plan d'action pour le climat de l'UE), et de ses stratégies industrielles et numériques » (House of Commons Library, 2021^[75]).

²⁶ https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html.

²⁷ Voir également OCDE (2021), « Measuring distortions in international markets: Below-market finance », *OECD Trade Policy Papers*, n° 247, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/a1a5aa8a-en>. La Direction des échanges et de l'agriculture (TAD) a identifié et mesuré le soutien public aux secteurs industriels. Ces travaux ont livré de nouvelles données probantes sur la portée et l'échelle de mesures telles que les prêts à des conditions plus avantageuses que celles du marché consentis à des entreprises publiques comme à des entreprises privées.

²⁸ L'étude (OCDE, 2021, p. 73^[22]) en fournit quelques exemples, notamment celui de la taxe destinée à assurer la neutralité de la dette en Australie.

²⁹ Un pays dans lequel l'État accorde des garanties aux entreprises publiques pour leurs emprunts commerciaux peut laisser entendre qu'elles présentent un niveau de risque faible, ce qui leur donnera accès à des conditions de prêt plus avantageuses (OCDE, 2021, p. 73^[22]). Il faut savoir que dans certains marchés, les entreprises publiques peuvent avoir accès à des conditions commerciales plus avantageuses parce qu'elles présentent un risque de défaillance moins élevé que les entreprises privées, beaucoup plus petites.

³⁰ Pour préserver la neutralité concurrentielle, les relations des entreprises avec les institutions financières devraient être basées sur des conditions commerciales. Les prêts et garanties d'État « devraient respecter le principe de pleine concurrence, être soumis à des obligations de diligence adéquates, et refléter les taux d'intérêt du marché hors toute influence d'une garantie implicite ou explicite de l'État » (OCDE, 2021, p. 75^[22]). L'OCDE préconise d'imposer des commissions de garantie aux entreprises avantagées afin de neutraliser tout avantage tiré de coûts de financement artificiellement bas par rapport à ceux auxquels serait confrontée une autre entreprise dans des circonstances comparables. Les pouvoirs publics devraient également établir des « obligations déclaratives et des règles de transparence claires pour les prêts et l'aide financière aux entreprises publiques, notamment pour les prêts et garanties octroyés par l'État » (OCDE, 2021, p. 74^[22]). Il serait alors possible de mettre en place des mécanismes correctifs tenant compte de la diminution du coût du capital.

³¹ <https://pdp.neda.gov.ph/wp-content/uploads/2017/01/PDP-2017-2022-07-20-2017.pdf>, p. 247

³² L'OCDE a considéré que certaines de ces exemptions paraissaient justifiées par les obligations spécifiques de l'entreprise publique. C'est le cas, par exemple, d'une exemption de l'impôt sur les plus-values lorsqu'elle est le corollaire de l'obligation pour l'entreprise publique « de reverser au moins 50 % de ses revenus annuels nets sous forme de liquidités, de dividendes ou de biens immobiliers au gouvernement national » (OCDE, 2020, p. 51^[8]). L'OCDE a recommandé un examen des exemptions, tout en reconnaissant que des exemptions au cas par cas pouvaient être justifiées pour les entreprises publiques chargées d'une obligation de service public ne bénéficiant pas d'un financement direct (OCDE, 2020, p. 51^[8]). Lorsque les exonérations fiscales font office de compensation pour des obligations de service public, elles devraient être soumises aux mêmes principes généraux (à savoir, être limitées et proportionnées à l'obligation de service public), et assorties d'une obligation de comptabilité séparée.

³³ Voir également (OCDE, 2020, p. 181^[23])

³⁴ Dans son étude *Competitive Neutrality Review*, l'OCDE recommande aux États de réviser les baux conclus avec les entreprises publiques et portant sur des terrains et installations publics afin qu'ils reflètent les conditions du marché, tout en réservant la possibilité de prévoir des exceptions pour les fournisseurs de services publics (à condition que les ressources en question soient strictement liées à l'obligation de service public). L'OCDE leur recommande en outre de soumettre l'affectation des terrains et installations à une procédure d'appel d'offres concurrentielle qui ne favorise pas les entreprises publiques, et de renforcer la transparence en communiquant publiquement sur les accords en vigueur. (OCDE, 2021, p. 76^[22]).

³⁵ En réponse à un questionnaire de (Fox et Healey, 2014, p. 780^[4]), 26 autorités ont indiqué que leur régime de concurrence prévoyait « des entités auxquelles un État a conféré des droits spéciaux ou exclusifs ou des privilèges » (9 autorités ont répondu par la négative).

³⁶ Voir, par exemple, l'article 4(3) de la directive 2014/25.

³⁷ L'UE ne parle pas de « services publics » mais de « services d'intérêt général » (SIG), qu'elle définit comme « des services considérés par les autorités publiques des pays membres de l'UE comme étant d'intérêt général et faisant par conséquent l'objet d'obligations de service public spécifiques. Ils peuvent être fournis par l'État ou par le secteur privé » (Commission européenne, s.d.^[72]). Il en existe trois catégories : les services d'intérêt économique général (SIEG), les services non économiques, et les services sociaux d'intérêt général (SSIG) (qui peuvent être de nature économique ou non économique). Voir https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_en

³⁸ Les SIEG incluent des services tels que les services postaux et sont de nature économique. Il s'agit de « services de base fournis à titre onéreux ». Ils sont soumis aux règles régissant la concurrence mais peuvent faire l'objet de dérogations (voir l'article 106(2) du TFUE). Voir https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_en

³⁹ Les obligations de service public confiées aux entreprises publiques sont généralement prévues par la législation instituant l'entreprise publique ou par une législation sectorielle

(OCDE, 2021, p. 47^[22]). La recommandation de l'OCDE n'indique pas si certaines activités seraient ou non assurées de manière plus adéquate par des entreprises privées ou publiques, mais souligne que lorsque ce sont des entreprises publiques qui assurent des services publics, il est essentiel d'adopter des principes de bonne gouvernance et d'imposer une séparation structurelle.

⁴⁰ Voir (OCDE, 2021, p. 53^[22])

⁴¹ Certains pays (Australie, Nouvelle-Zélande et Israël) ont indiqué qu'ils ne fournissaient pas de compensation aux prestataires de services publics. Ces derniers sont financés par les redevances des usagers tandis que les coûts sont intégrés à la structure des coûts de l'entreprise (OCDE, 2012, p. 51^[27]).

⁴² (OCDE, 2021, p. 53^[22]).

⁴³ Voir DAF/COMP (2015) 8/Final, page 8.

⁴⁴ À savoir l'entreprise qui s'est vu attribuer les droits spéciaux ou exclusifs. Dans l'UE, les États membres ne peuvent pas adopter vis-à-vis des « entités publiques » ou des entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs (y compris des entreprises privées) des mesures qui les contraindraient, les conduiraient ou les inciteraient à enfreindre le droit de la concurrence, et plus particulièrement ses dispositions relatives à l'abus de position dominante.

⁴⁵ Plusieurs types d'abus ont été identifiés dans certains cas.

⁴⁶ Une telle mesure contreviendrait à l'article 102(b) du TFUE qui interdit de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs », ainsi qu'illustré dans plusieurs affaires de l'UE dont C-41/90 *Hofner v Macroton* [1991] ECR I-1979 et T-556/08, *Slovenska Posta* EU:c:2015:189.

⁴⁷ Voir, par exemple, les affaires C-18/88, *GB-Inno-BM SA* [1991] ECR I-55973 et C-49/07 *MOTOE* [2008] ECR I-4863.

⁴⁸ Voir, en ce sens, l'arrêt du 17 juillet 2014, affaire C-553/12 P, dans lequel Cour de justice de l'UE a conclu à la violation de l'article 106(1) du TFUE par un État membre au motif que sa mesure conférant des droits spéciaux ou exclusifs créait une situation dans laquelle l'entreprise bénéficiaire était amenée à abuser de sa position dominante par le simple exercice de ces droits. À cet égard, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire qu'un abus se produise réellement et qu'il suffit que la mesure constitue un encouragement à commettre cet abus.

⁴⁹ Voir, par exemple, l'affaire C-320/91 *Corbeau* [1993] ECR I-2533.

⁵⁰ Dans l'UE, les « services d'intérêt économique général » bénéficient d'une exemption en vertu de l'article 106(2), qui dispose que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises (...) aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Le Traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) contient une disposition

similaire. Voir les articles 88-89 du Traité de l'UEMOA et l'article 6 du règlement n° 2/2002/CM/UEMOA (CNUCED, 2020, p. 15^[63]).

⁵¹ Laprévote explique qu'« un certain nombre d'ALE – surtout, mais pas exclusivement, des accords de type UE – prévoient des exemptions pour les services publics. » (Laprévote, 2019, p. 20^[70]). En vertu de ces dispositions, « les parties peuvent exclure du champ des règles de concurrence les entreprises publiques ou détentrices de droits spéciaux ou exclusifs, ou chargées de la 'gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal', dans la mesure où l'application des règles de concurrence nuirait à la performance de ce service. » (Laprévote, 2019, p. 18^[70]).

⁵² Lorsque les tarifs sont réglementés, ils devraient prendre en considération les coûts réels et tout financement public supplémentaire (OCDE, 2021, p. 55^[22]).

⁵³ L'activisme d'État est peu ou prou synonyme d'entrepreneuriat d'État, de capitalisme d'État ou d'interventionnisme public.

⁵⁴ Les actions spécifiques sont des actions qui confèrent aux États des pouvoirs spéciaux ainsi que des droits de veto dans des entreprises partiellement ou totalement privatisées.

⁵⁵ Ces accords peuvent par exemple porter sur la création de champions nationaux *ex nihilo* ou par le biais d'opérations de concentration.

⁵⁶ Certaines peuvent être assimilées à l'octroi de subventions ou être accordées par la voie réglementaire, tandis que d'autres sont plutôt créées *sui generis*.

⁵⁷ Voir <https://www.oecd.org/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm>.

⁵⁸ Les travaux menés par le Forum mondial sur la concurrence, le Comité de la concurrence de l'OCDE et son Groupe de travail n° 2 sur la neutralité concurrentielle sont abordés dans la note de bas de page 2.

⁵⁹ Ainsi, en Roumanie, sur l'année 2019, 33 % des enquêtes du RCC « ont porté sur les interventions anticoncurrentielles des administrations publiques » (OCDE, 2020, p. 5^[67]).

⁶⁰ L'article 106 du TFUE traite spécifiquement des mesures des États membres qui ont trait à des « entreprises publiques » ou à des entreprises auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été accordés (ce qui inclut les entreprises privées). Les États membres ne devraient pas adopter de mesures permettant une violation de dispositions du traité, y compris dans le domaine du droit de la concurrence. Et octroyer, par exemple, des droits exclusifs qui contraignent ou amènent une entreprise à abuser de sa position dominante. L'article 106(2) prévoit une exception pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général. Ces dernières sont exemptées des règles de la concurrence si leur application aurait pour effet de faire échec, en droit ou en fait, à l'accomplissement des tâches qui leur sont imparties.

⁶¹ Décision 1999/199/EC du 10 février 1999 relative à une procédure d'application de l'article 90 du traité (IV/35.703 - Aéroports portugais).

⁶² La CNMC peut contester des règlements et des décrets ministériels, mais pas des lois.

⁶³ Article 21bis de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 (Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales).

⁶⁴ Voir l'avis de l'AGCM relatif à la région calabraise de 2014 (n.AS1181) (Tonazzi et Pacillo, 2020^[42]).

⁶⁵ Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle, II 1(c)(iii).

⁶⁶ Au Mexique, la COFECE « a également adopté un Guide pour l'évaluation des réglementations du point de vue de la concurrence (*Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de Competencia*) qui reprend les principes édictés dans le Manuel pour l'évaluation d'impact sur la concurrence de l'OCDE ». Voir https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Herramientas_CompetenciaEconomica_vf250815.pdf#pdf

⁶⁷ L'étude *ASEAN Competitive Neutrality Reviews of the small package delivery services sector* de l'OCDE a recensé et examiné les lois et politiques affectant la neutralité concurrentielle dans le secteur des services de livraison des petits colis et formulé des recommandations lorsqu'il y avait lieu de le faire. Ses auteurs se sont intéressés aux entreprises publiques exerçant dans le secteur ainsi qu'à leurs avantages ou désavantages.

⁶⁸ Le type de textes pouvant faire l'objet d'un examen peut varier. Au Mexique par exemple, l'examen de la législation par la CONAMER (la Commission nationale pour l'amélioration de la réglementation) se limite aux réglementations nationales et fédérales ; les réglementations des États et des collectivités locales sont plus difficiles à recenser et ne sont pas systématiquement soumises à des analyse d'impact de la réglementation (AIR) et à des évaluations des impacts cumulés (EIC) (OCDE, 2020, p. 152^[56]).

⁶⁹ En 2014, l'OCDE a procédé à un examen de la mise en œuvre de sa Recommandation de 2009 concernant l'évaluation d'impact sur la concurrence. Les résultats de cet examen ont été présentés dans un rapport intitulé *Expériences en matière d'évaluation de la concurrence* qui recense les différents outils d'évaluation utilisés par les Adhérents. Il en est ressorti que la recommandation et le manuel avaient été « très efficaces pour promouvoir les processus d'évaluation de l'impact sur la concurrence » (OCDE, 2019, p. 3^[45]).

⁷⁰ Les auteurs du rapport *Expériences en matière d'évaluation de la concurrence - Rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de l'OCDE de 2009* ont constaté qu'une participation minimale de l'autorité de la concurrence semblait réduire l'efficacité de l'évaluation. « Plus la participation de l'autorité de la concurrence est importante, plus l'efficacité perçue de la procédure est élevée ». (OCDE, 2014, pp. 37-38^[47]).

⁷¹ Voir *Annual Report on Competition Policy Developments in Korea*, 2019, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2020\)19/en/pdf_page_7](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2020)19/en/pdf_page_7). Article 63 (1) de la LRMPCL (Loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales) et Lignes directrices pour l'évaluation des réglementations anticoncurrentielles en vertu de l'article 63 de la LRMPCL.

⁷² Fox et Healey expliquent que « la politique confirme qu'en cas de conflit entre la politique de la concurrence et la politique industrielle dans le processus d'élaboration des règles, la politique de la concurrence devrait généralement prévaloir » (Fox et Healey, 2019, p. 202^[48]), bien qu'il

y ait des exceptions. Par exemple, en vertu de l'article 3(4), « pour qu'une exception soit autorisée, les responsables de la politique publique doivent démontrer que ces mesures sont indispensables pour atteindre les objectifs de la politique et que les éventuelles restrictions sont minimales. Les restrictions à titre d'exception doivent faire l'objet d'un réexamen annuel ». (Fox et Healey, 2019, p. 203^[48])

⁷³ Voir la traduction des dispositions du système FCRS (tirée de Westlaw China), reproduite dans (Lyu, Buts et Jegers, 2019^[69]).

⁷⁴ Conseil de la Concurrence de la République de Lettonie, *Competition protection in Latvia: year 2016 in numbers and facts*, 3 février 2017, <https://www.kp.gov.lv/en/article/competition-protection-latvia-year-2016-numbers-and-facts>

⁷⁵ OCDE, Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, Indépendance des instances de réglementation - Note de la Norvège, 2019, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2019\)29/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2019)29/en/pdf), page 3.

⁷⁶ La Lituanie, par exemple, a « examiné 482 projets de textes législatifs et formulé des observations sur 241 des textes adoptés en 2020 ».

⁷⁷ Lorsque la législation a pour effet direct de conférer des droits exclusifs dans certains domaines d'activité. Voir loi n° 287 du 10 octobre 1990 (Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales), section 22.

⁷⁸ Les rapports peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/contratacion-publica>.

⁷⁹ Les pays qui souhaitent rejoindre l'Union européenne sont tenus d'instaurer des mécanismes de contrôle des aides d'État afin de se mettre en conformité avec les règles de l'UE avant leur adhésion. La République de Serbie a ainsi instauré un cadre juridique pour le contrôle de ces aides et créé une Commission de contrôle des aides d'État dont les prérogatives en matière d'aides sont similaires à celles de la Commission européenne. Elle s'est également dotée d'un Département du contrôle des aides d'État (« un service indépendant au sein du ministère des Finances ») qui est chargé des « activités spécialisées, administratives et techniques de la Commission » ainsi que de la mise en conformité de la législation nationale avec les instruments juridiques de l'UE.

Des régimes d'aides d'État ont également été mis en œuvre dans des pays voisins de l'UE par le biais d'accords commerciaux régionaux d'intégration. Ainsi, l'Ukraine est soumise à des obligations quant aux aides d'État en vertu de l'Accord d'association entre l'UE et l'Ukraine. Le Comité anti-monopoles d'Ukraine (AMCU) dispose de pouvoirs de suivi et de contrôle des aides d'État en application de la loi ukrainienne relative aux « aides de l'État à des entités économiques » (OCDE, 2020, p. 19^[76]). En 2019, l'Ukraine indique qu'elle a modifié sa loi pour, entre autres, la mettre en conformité avec les acquis de l'UE sur les aides d'État. L'AMCU est chargé de « prendre les décisions sur la compatibilité ou l'incompatibilité d'une aide d'État avec la concurrence et d'annuler et de faire rembourser toute aide illégale reçue de l'État » (OCDE, 2020, p. 19^[76]).

Le Royaume-Uni était soumis au régime des aides d'État de l'UE lorsqu'il faisait partie de l'UE. Le pays élabore actuellement un système indépendant de contrôle des aides. En juin 2021, le

Royaume-Uni a présenté son projet de loi sur le contrôle des subventions, qui propose de conférer à l'Autorité de la concurrence et des marchés (CMA) des fonctions de contrôle des subventions, et prévoit de créer un service dédié au conseil au sein de la CMA. Voir <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-02/0135/210135.pdf>

⁸⁰ Voir affaire C-280/00, arrêt du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ECLI:EU:C:2003:415.

⁸¹ Loi fédérale n° 135-FZ du 26 juillet 2006 « Relative à la protection de la concurrence » (telle que modifiée en 2021) | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России (fas.gov.ru)

⁸² « En vertu de la loi sur les transports publics en Pologne, l'opérateur a droit à une indemnisation s'il démontre que le revenu découlant des tarifs négociés ne dépasse pas les coûts engagés pour la prestation de services de transport public. En 2010, l'autorité polonaise de la concurrence a réalisé une enquête auprès des entités chargées des services de transport terrestre aux niveaux central, régional et local. Les résultats indiquaient que le montant de l'indemnisation était adéquat et qu'il couvrait uniquement le coût de la prestation de services avec un profit raisonnable » (OCDE, 2015, p. 9_[1]).

⁸³ « Dans sa décision 542/15.05.2013, l'autorité bulgare de la concurrence a émis un avis sur les dispositions de l'Ordonnance pour le transport de voyageurs et les conditions de déplacement en trolleybus (bus électrique alimenté par de l'énergie transmise par fil) dans la ville de Vratsa. L'ordonnance oblige les sociétés de transport en trolleybus à offrir à certaines catégories de voyageurs des rabais supplémentaires sur les abonnements. En retour de cette obligation, les sociétés ont bénéficié d'une indemnisation à partir du budget municipal, calculée sur la base du nombre de billets émis. L'autorité a estimé que l'octroi d'un privilège à une société en contrepartie des obligations mises à sa charge ne constituait pas un manquement au principe de neutralité concurrentielle, sous réserve que cette contrepartie ne soit pas excessive. » (OCDE, 2015, p. 9_[1])

⁸⁴ Loi portant modification de la législation sur les services postaux de 2004

⁸⁵ Voir <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/postal-services/accc-role-in-postal-services#information-collection-and-monitoring-for-cross-subsidy> L'ACCC joue également un rôle dans l'évaluation des notifications tarifaires et la réalisation d'enquêtes sur les litiges portant sur les services d'envoi de courrier en nombre.

⁸⁶ <https://www.cnmc.es/en/ambitos-de-actuacion/postal/contabilidad-analitica-spu> and www.cnmc.es/en/node/379846.

⁸⁷ Voir <https://www.cnmc.es/en/node/379846>

⁸⁸ République dominicaine, loi générale n° 42-08 sur la défense de la concurrence (16 janvier 2008), art. 15, Journal officiel n° 10458 (janvier 2008).

⁸⁹ Voir articles 11(1) et (2) de la loi espagnole sur la concurrence.

⁹⁰ Voir : https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2016/March/160331_files/160331_3.pdf

<http://awa2017.concurrences.com/IMG/pdf/japan.pdf>

⁹¹ Voir également *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique*, OCDE 2020.

⁹² (OCDE, 2020_[20]) fournit l'exemple de l'encadrement temporaire de l'UE, qui adapte les dispositions des aides d'État à la crise du COVID-19.

Références

- Banque mondiale (2019), *Reforming State Aid for Growth: New Growth Agenda*, [25]
<https://thedocs.worldbank.org/en/doc/525621576650023118-0080022019/original/SRBCEMStateAidsm.pdf>.
- Burnier Da Silveira, P. et W. Kovacic (dir. pub.) (2019), *Competitive Neutrality and the Role of Competition Authorities: A Glance at Experiences in Europe and Asia-Pacific*, Wolters Kluwer. [55]
- CNUCED (2021), *La promotion de la concurrence pendant et après la crise de la COVID-19*, https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd58_fr.pdf. [65]
- CNUCED (2020), *Preparatory report for the ex post review of the competition policy of the West African Economic and Monetary Union*. [63]
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016), « La Generalitat de Catalunya modifica tras la solicitud de la CNMC su instrucción interna de contratación pública », *Nota de prensa*, https://www.cnmc.es/sites/default/files/1781786_7.pdf (consulté le 29 October 2021). [41]
- Commission européenne (2021), *State aid Scoreboard 2020*. [62]
- Commission européenne (2021), *The Concept of Potential Competition - Note by the EU*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2021\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2021)21/en/pdf). [71]
- Commission européenne (2006), *Concentrations : la Commission conclut que les mesures prises par l'Espagne concernant le projet de rachat d'Endesa par E.ON enfreignent le droit communautaire*, <https://doi.org/IP/06/1853>. [30]
- Commission européenne (s.d.), *Services d'intérêt général*, https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_fr. [72]
- Craig, P. et G. De Búrca (2011), *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press. [37]
- Emch, A. et W. Ng (dir. pub.) (2019), « State Restraints in China: A different case? », in *Wang Xiaoye: The Pioneer of Competition Law in China, Liber Amicorum* 187. [48]
- Fair Trade Commission (2020), *The Study of Renewable Energy Industry*, <https://www.ftc.gov.tw/upload/c4f74075-fb51-45c0-a540-893794082151.pdf>. [52]

- Fox, E. et D. Healey (2014), « When the State harms competition - the role for competition law », *Antitrust Law Journal*, vol. 79/3, pp. 769-820. [4]
- Gourdon, J., V. Bastien et L. Folliot-Lalliot (2017), *OECD taxonomy of measures affecting trade in government procurement processes*, <https://doi.org/10.1787/5bfb44c3-en>. [15]
- Groupe de la Banque mondiale (2020), *Industrial Policy Effects and the Case for Competition*, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34536/Equitable-Growth-Finance-and-Institutions-Insight-Industrial-Policy-Effects-and-the-Case-for-Competition.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [19]
- House of Commons Library (2021), *EU State Aid rules and WTO Subsidies Agreement*, <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn06775/>. [75]
- Iossa, E. (2019), *Competition for-the-market: tackling the incumbency advantage*, OCDE, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2019\)10&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2019)10&docLanguage=En) (consulté le 9 September 2021). [16]
- Ip, E. et K. Kwok (2017), « Judicial Control Of Local Protectionism In China: Antitrust Enforcement Against Administrative Monopoly On The Supreme People's Court », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 13/3, pp. 549-575, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx018>. [44]
- Jenny, F. (2021), *Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776274. [5]
- Jones, A. et B. Sufriin (2016), *EU Competition Law: text, cases and materials*, Oxford University Press. [26]
- Jones, A., B. Sufriin et N. Dunne (2019), *EU Competition Law: text, cases and materials*, Oxford University Press. [36]
- Laprévôte, F. (2019), *La politique de concurrence dans le contexte des accords de libre-échange*. [70]
- L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2020), *Outcomes of competition advocacy decisions in 2018-2019*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/monitoraggio-advocacy/Advocacy_2018_2019_aggiornamento_ottobre_2020-EN.pdf. [58]
- Lyu, S., C. Buts et M. Jegers (2019), « Comparing China's Fair Competition Review System to EU State Aid Control », *European State Aid Law Quarterly*. [69]
- Mattoo, A., N. Rocha et M. Ruta (2020), *Handbook of Deep Trade Agreements*, Banque mondiale, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34055>. [68]
- Maximiano, R. (2021), *Back to the Recovery: Promoting Competition Friendly State Measures*, https://www.competitionpolicyinternational.com/back-to-the-recovery-promoting-competition-friendly-state-measures/#_ftnref4. [66]
- Molestina, J. (2019), *Regional Competition Law Enforcement in Developing Countries*, Springer, <https://doi.org/10.1007/978-3-662-58525-2>. [64]

- OCDE (2021), *Annual Report on Competition Policy Developments in Czech Republic*,
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2021\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2021)6&docLanguage=En). [39]
- OCDE (2021), *Annual Report on Competition Policy Developments in Italy 2020*. [57]
- OCDE (2021), *Annual Report on Competition Policy Developments in Lithuania - 2020*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2021\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2021)21/en/pdf). [38]
- OCDE (2021), *Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-Bid-Rigging-in-Brazil-A-Review-of-Federal-Public-Procurement-2021.pdf>. [59]
- OCDE (2021), *Fighting Bid Rigging in the Health Sector in Peru: A Review of Public Procurement at EsSalud*, Éditions OCDE,
<https://www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-the-health-sector-in-peru-a-review-of-public-procurement-at-essalud-english.pdf>. [60]
- OCDE (2021), *OECD Competition Assessment Reviews: Logistics Sector in ASEAN*. [7]
- OCDE (2021), *OECD Competitive Neutrality Reviews: Small-Package Delivery Services in ASEAN*. [22]
- OCDE (2021), *SME Policy Index*, Éditions OCDE, Paris,
<https://dx.doi.org/10.1787/24136883>. [24]
- OCDE (2020), *Annual Report on Competition Policy Developments in Romania 2019*. [67]
- OCDE (2020), *Annual Report on Competition Policy Developments in Ukraine 2019*. [76]
- OCDE (2020), *Costa Rica: Assessment of competition law and policy*,
<https://www.oecd.org/daf/competition/costa-rica-assessment-of-competition-law-and-policy2020.pdf>. [51]
- OCDE (2020), « Filtrage des investissements pendant la crise de la COVID-19 – et au-delà », *Les réponses de l'OCDE face au coronavirus (COVID-19)*,
<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/filtrage-des-investissements-pendant-la-crise-de-la-covid-19-et-au-dela-8c27deef/> (consulté le 29 October 2021). [31]
- OCDE (2020), *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)6/fr/pdf). [20]
- OCDE (2020), *Mexico Peer Reviews of Competition Law and Policy*. [56]
- OCDE (2020), *Multi-dimensional Review of Viet Nam*. [23]
- OCDE (2020), *Note on the Revision of the Recommendation on Fighting Bid Rigging*,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2020\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2020)24/en/pdf). [61]
- OCDE (2020), *OECD Competition Assessment Reviews: Logistics sector in the Philippines*. [9]

- OCDE (2020), *OECD Competitive Neutrality Reviews: small package delivery services in the Philippines*. [8]
- OCDE (2019), *Annual Report on Competition Policy Developments in Chinese Taipei*. [54]
- OCDE (2019), *Competition Assessment Toolkit*. [46]
- OCDE (2019), *Examen de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0294]*, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2019\)13&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2019)13&docLanguage=Fr). [2]
- OCDE (2019), *Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence : Tunisie*. [11]
- OCDE (2019), *Fighting bid rigging in the procurement of public works in Argentina*, Éditions OCDE, <https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-procurement-public-works-Argentina-EN-web.pdf>. [13]
- OCDE (2019), *Recommandation du Conseil sur l'évaluation d'impact sur la concurrence*, OECD/LEGAL/0455. [45]
- OCDE (2018), *Competition law in Asia-Pacific: a guide to selected jurisdictions*. [49]
- OCDE (2018), *Mapping the OECD Government Procurement Taxonomy with International Best Practices: An Implementation to ASEAN Countries*, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC/WP\(2018\)2/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC/WP(2018)2/FINAL&docLanguage=En). [14]
- OCDE (2018), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices*, Éditions OCDE, <https://www.oecd.org/corporate/Ownership-and-Governance-of-State-Owned-Enterprises-A-Compendium-of-National-Practices.pdf>. [12]
- OCDE (2018), *SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits*, Éditions OCDE, <https://doi.org/10.1787/9789264307476-en>. [17]
- OCDE (2016), *Competition law and policy in Kazakhstan*. [53]
- OCDE (2016), *OECD Competition Assessment Reviews: Romania*. [6]
- OCDE (2016), *Public interest considerations in merger control*, <https://www.oecd.org/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm>. [28]
- OCDE (2015), *Discussion sur la neutralité concurrentielle -- Note du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2015\)8/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2015)8/FINAL/fr/pdf). [33]
- OCDE (2015), *Note by the Secretariat: Competition Policy & Competitive Neutrality – Discussion on Competitive Neutrality*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2015\)13/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2015)13/FINAL/fr/pdf). [1]
- OCDE (2015), *Réformes économiques 2015 : Objectif croissance*, <https://www.oecd.org/economy/growth/going-for-growth-2015.htm>. [73]

- OCDE (2014), *Experiences with competition assessment*. [47]
- OCDE (2014), *OECD Competition assessment reviews: Greece*. [10]
- OCDE (2012), *Competitive neutrality: National practices*. [27]
- OCDE (2012), *Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*,
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0396>. [74]
- OCDE (2010), *Policy Roundtable: Competition, State Aids and Subsidies*,
<https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48070736.pdf>. [21]
- OCDE (2009), *Roundtable on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*, <https://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>. [29]
- OCDE (s.d.), *Table ronde sur la neutralité concurrentielle - Note de réflexion du Secrétariat*,
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO MP\(2015\)5&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO MP(2015)5&docLanguage=Fr). [3]
- OCDE ; BID (2018), *OECD-IDB Peer Reviews of competition law and policy: Peru*. [34]
- Rakić, I. (2020), *Competitive Neutrality and the Role of the Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia*, OCDE,
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-gvh-newsletter15-july2020-en.pdf>. [50]
- Réseau international de la concurrence (2019), *Lessons to be Learnt from the Experience of Young Competition Agencies*. [40]
- Sánchez-Graells, A. (sans date), « Global Dictionary of Competition Law: Public Procurement », *Concurrences*,
<https://www.concurrences.com/en/dictionary/public-procurement>. [18]
- Svetlicinii, A. (2008), « National competition authorities and FDI screening: the case of Poland », *Kluwer Competition Law Blog*,
<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/10/08/national-competition-authorities-and-fdi-screening-the-case-of-poland/> (consulté le 29 October 2021). [32]
- Tonazzi, A. et M. Pacillo (2020), *Advocacy tools for addressing competitive neutrality issues - The Italian Experience*, OCDE. [42]
- Tsyganov, A. et A. Atanasian (2020), *Competitive Neutrality in the Russian Federation*, OCDE. [35]
- Zhang, Z. et B. Wu (2019), « Governing China's Administrative Monopolies Under The Anti-Monopoly Law: A Ten-Year Review (2008-2018) And Beyond », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 15/1, pp. 718-760,
https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/2._governing_china_s_administrative_monopolies_under_the_anti-monopoly_law.pdf?55875/2f19b4b22af173a0ab4bb8c0c81bd9114ff3d820. [43]