

Non classifié

DAF/COMP/M(2015)1/ANN2/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

2 Mai 2016

Français - Or. Anglais

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

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 123^e RÉUNION
DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE QUI S'EST TENUE DU 15 AU 19 JUIN 2015**

**Compte rendu de la table ronde sur la neutralité concurrentielle en application de la politique de
la concurrence**

16-18 juin 2015

Paris, France

Le document joint est une annexe au compte rendu succinct de la réunion qui s'est tenue du 15 au 19 juin 2015.

JT03395124

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

DAF/COMP/M(2015)1/ANN2/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 123^e RÉUNION DU
COMITÉ DE LA CONCURRENCE QUI S'EST TENUE DU 15 AU 19 JUIN 2015****Compte rendu de la table ronde sur la neutralité concurrentielle en application de la politique de la
concurrence****16-18 juin 2015****Paris, France****Par le Secrétariat**

Le Président du Comité de la concurrence, M. Frédéric Jenny, ouvre la discussion sur la neutralité concurrentielle en application de la politique de concurrence en soulignant tout d'abord le nombre élevé de contributions (23 au total) reçues pour cette table ronde, ce qui reflète l'importance du sujet et le vif intérêt manifesté par le Comité de la concurrence.

Le Président présente les quatre principaux sujets proposés au débat. Le premier sujet portera sur les entreprises d'État (EE) et sur la façon dont la propriété du capital, en elle-même, peut fausser les conditions de la concurrence. La discussion portera ensuite sur les subventions et les services publics. En troisième lieu, les délégués seront invités à décrire les types de dispositions ou de cadres relatifs à la neutralité concurrentielle qui existent dans leurs juridictions respectives. La discussion concernera enfin les instruments d'application du droit de la concurrence et les difficultés qu'implique la correction des distorsions de la neutralité concurrentielle, ainsi que les mesures de sensibilisation et autres mesures non répressives afférentes.

Le Président présente les trois spécialistes invités à cette réunion : Pierre-André Buigues, professeur à la faculté de gestion de l'Université de Toulouse (Toulouse Business School), Thomas Cheng, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université de Hong-Kong, Chine, et Nicolas Petit, professeur à la faculté de droit de l'Université de Liège (Belgique).

La table ronde commence par une brève présentation par le Secrétariat de l'OCDE de son étude. Le Président remercie le Secrétariat et lance le débat en encourageant les délégués à intervenir au cours de la discussion, et plus particulièrement à réagir aux informations communiquées lors de la séance portant sur la neutralité concurrentielle qui s'est déroulée pendant la matinée et au cours de laquelle a été mise en évidence la manière dont la neutralité concurrentielle est abordée et traitée dans les autres sphères de l'action publique.

1. Les EE (aux niveaux national et municipal)

Le Président s'adresse d'abord à l'Italie. Selon la contribution italienne, la majorité des EE se concentre au niveau local ou municipal et, le plus souvent, leur présence génère des problèmes de neutralité concurrentielle. En Italie, les municipalités jouent souvent le rôle de régulateurs dans le domaine dans lequel elles sont actives, ce qui peut aboutir à des conflits d'intérêts. L'autorité italienne de la concurrence (ICA) présente des suggestions concernant la façon d'établir la propriété au niveau local, et le Président invite l'Italie à décrire cette initiative et à expliquer ce qui a incité l'autorité à se lancer dans cette démarche. Le Président fait aussi remarquer que l'ICA dispose (depuis une date relativement récente) du pouvoir de demander aux municipalités d'abroger les règlements qui pourraient fausser la concurrence. Étant donné que cet outil ne saurait être considéré par l'ensemble des participants comme un outil commun, le Président donne la parole à l'Italie pour que celle-ci précise l'utilité de ce pouvoir et la fréquence à laquelle elle y recourt.

Le Délégué de l'Italie souligne en premier lieu le nombre élevé d'autorités locales en Italie : une étude récente révèle que l'État central détient plus de 500 entreprises au niveau national, tandis que le nombre d'entreprises détenues par les collectivités locales dépasse dix mille. La taille et l'importance économique des entreprises détenues par les municipalités sont significatives, d'autant que ces entreprises fournissent aussi des services publics.

L'ICA a proposé aux pouvoirs publics de rationaliser toutes les sociétés publiques, soit en les privatisant, soit en ne renouvelant pas les concessions pour les entités déficitaires : dans ce dernier cas, la décision de l'institution publique de couvrir la perte doit satisfaire aux normes imposées aux concurrents du secteur privé. L'ICA préconise également l'introduction de principes de bonne gouvernance des entreprises. Les pouvoirs publics ont répondu de façon positive à ces propositions et ont indiqué que dans le cadre de la réforme de l'administration publique, le gouvernement allait aussi étudier la question des entreprises locales.

Enfin, la délégation italienne présente des statistiques relatives à l'application de ce nouveau pouvoir que l'ICA détient depuis 2013. En vertu de l'article 21bis, l'ICA peut émettre un avis demandant aux organismes publics locaux ou aux administrations locales d'abroger tout acte administratif qu'elle juge contraire au droit et aux règles de la concurrence. Lorsque son avis n'est pas suivi d'effet, l'ICA peut contester l'acte en question devant le Tribunal administratif. L'Italie déclare avoir utilisé cet instrument de façon intensive : 74 cas se sont déjà présentés, et dans 50 % d'entre eux l'administration locale a corrigé sa propre réglementation (en la supprimant ou en la modifiant pour la rendre conforme à l'avis de l'ICA). Dans les autres cas, lorsque son avis n'était pas écouté, l'ICA a engagé une procédure judiciaire. L'ICA juge cet instrument très efficace : en 2014, elle a ainsi contesté 23 réglementations régionales et locales, en particulier dans les secteurs de l'assurance, de la vente au détail et des transports publics, souvent dans le contexte de la passation de marchés publics.

1.1 Des instruments non contraignants à l'encontre des EE au niveau local

Le Président se tourne vers la Norvège, qui compte un grand nombre d'entreprises publiques locales en raison de la grande importance sociale et politique des services sociaux dans ce pays. L'autorité de la concurrence a préparé un rapport sur ce phénomène, et le Président invite la Norvège à en présenter les principales conclusions.

Le représentant de la Norvège confirme que dans son pays, la propriété publique au niveau local est une chose très courante. Ces entreprises sont en concurrence dans un grand nombre de secteurs comme les transports, l'électricité et l'immobilier. Dans certains cas, le régime préférentiel dont bénéficient ces entreprises publiques a pour conséquence l'absence d'entreprises rivales du secteur privé. La Norvège précise aussi que le degré relativement élevé de participation de l'État sur le marché ou de détention des entreprises par les municipalités ne résulte pas d'une stratégie unique. Cependant, un trait commun de la propriété publique est la volonté de protéger divers intérêts sociaux et politiques (objectifs de politique sectorielle, par exemple).

Il y a dix ans, en 2005, l'autorité norvégienne de la concurrence (ANC) avait commandé un rapport intitulé « *On equal terms? An analysis of competition between public and private enterprises* », et ce rapport formulait les recommandations suivantes :

- Les systèmes comptables doivent imputer les coûts aux activités qui génèrent ces coûts.
- Les organismes publics ne doivent être autorisés à entrer sur un marché concurrentiel que lorsqu'il existe des synergies évidentes et documentées entre l'activité soumise à la concurrence et l'activité publique essentielle, et lorsque ces avantages profitent à l'activité essentielle.
- Les recettes tirées de l'activité exposée à la concurrence doivent couvrir largement les coûts totalement répartis, et les prix doivent refléter ces coûts.
- Les activités concurrentielles des sociétés publiques doivent être scindées en entités juridiques distinctes, qui doivent être séparées de l'activité essentielle, aussi bien physiquement que du point de vue de la gestion.

Selon la délégation de la Norvège, l'ANC ne dispose que d'un instrument d'exécution non contraignant, lequel lui permet de soulever des préoccupations et de recommander de meilleures solutions. La révision en 2014 de la Loi sur la concurrence a conduit à se demander si l'ANC devait disposer d'outils d'exécution plus contraignants. Néanmoins, la seule modification introduite par cette révision est le droit de réponse de l'ANC aux préoccupations exprimées dans ses avis.

Après l'intervention de la Norvège, le Président fait référence au débat en cours en Europe sur la question de savoir si les autorités de la concurrence, pour résoudre les problèmes de neutralité concurrentielle, doivent disposer d'instruments contraignants (comme en Italie et en Espagne) ou d'instruments non contraignants (comme en Norvège). Pour le Président, l'exemple de la Norvège montre que des instruments non contraignants peuvent aussi être efficaces.

Le Président s'adresse ensuite à la délégation des États-Unis et l'invite à faire part de son expérience et de son point de vue sur les services à haut débit au niveau municipal et à expliquer pourquoi les EE peuvent servir à corriger certaines carences du marché.

La délégation américaine explique que les États-Unis n'ont qu'une expérience limitée en matière d'EE, mais qu'ils disposent d'une certaine expérience dans le secteur des services à haut débit. Les États-Unis considèrent que la généralisation du haut débit au niveau municipal présente de nombreux avantages (par exemple en termes de croissance économique et d'amélioration de l'éducation et des soins médicaux). Bien que le haut débit à haute capacité soit abordable, de nombreuses collectivités n'y ont pas accès et certaines municipalités non desservies n'ont pas attiré l'investissement privé nécessaire au très haut débit. Ces municipalités ont donc entrepris ou envisagent d'entreprendre la construction et/ou l'exploitation de leur propre réseau local à haut débit, soit en partenariat avec des sociétés privées, soit de façon indépendante. L'expérience des États-Unis montre que les réseaux à haut débit mis en place par les municipalités peuvent permettre de remédier aux lacunes des marchés en créant des opportunités économiques, en offrant davantage de choix aux consommateurs et en canalisant l'épargne publique et celle des consommateurs. Des centaines de collectivités ont installé des réseaux à haut débit publics, soit en tant que prestataires de services de haut débit uniques, soit en concurrence avec d'autres acteurs, notamment les câblo-opérateurs et les prestataires DSL. Cependant, certains États ont promulgué ou envisagent d'adopter des lois limitant la participation des municipalités aux services de haut débit. Ces lois sont susceptibles d'empêcher les autorités locales de corriger les imperfections du marché, et de priver ainsi les consommateurs et les municipalités des opportunités et des gains d'efficacité générés par une plus large diffusion du haut débit.

La délégation américaine souligne également que le président Obama a récemment encouragé l'examen inter-institutions de certaines de ces questions et précise que le gouvernement américain « *a un rôle important à jouer dans l'élaboration de stratégies coordonnées pour faciliter le déploiement et l'adoption du haut débit, notamment en promouvant les meilleures pratiques, en éliminant les obstacles réglementaires et en encourageant de nouveaux investissements* ». Il a aussi créé le Broadband Opportunity Council, un organisme placé sous la double tutelle du Secrétaire d'État au Commerce et du Secrétaire d'État à l'Agriculture, en vue de mobiliser toutes les autorités compétentes (25 agences fédérales) pour identifier et modifier les réglementations qui pourraient entraver indûment le déploiement du haut débit filaire ou le développement des infrastructures nécessaires à la diffusion du haut débit.

Le Président remercie les États-Unis pour cette intéressante intervention et aborde le point suivant, les subventions et les services publics.

2. Les subventions et les services publics

Le Président s'adresse à M. Buigues et lui demande de donner un aperçu général des divers types d'intervention des pouvoirs publics en ce qui concerne le subventionnement.

D'après M. Buigues, il existe des différences majeures d'un pays à un autre concernant la définition de l'intervention de l'État (par exemple les charges sociales ne sont pas considérées comme des subventions par l'UE, alors qu'elles le sont pour l'Inspection Générale des Finances en France). Ces différences s'observent dans les modalités et les méthodes retenues par les différents pays, sur la base des critères suivants :

- *Centralisation/décentralisation* : dans la gestion des subventions, certains pays (par exemple la France) suivent une approche centralisée (90 % des subventions sont centralisées à Paris), tandis que d'autres (par exemple l'Allemagne), au contraire, ont opté pour une approche décentralisée (40 % des subventions concernent les Länder).
- *Grandes compagnies/PME* : dans certains pays, les subventions sont réservées aux petites et moyennes entreprises (PME) tandis que dans d'autres, les grandes compagnies multinationales peuvent en obtenir.
- *Nombre de programmes de subventions existants* : il existe un grand nombre de régimes de subventions possibles. M. Buigues trace une distinction entre d'une part, le « modèle souple » utilisé en particulier par les pays anglo-saxons (qui privilégient l'appui consultatif, l'encouragement des partenariats et la diffusion des meilleures pratiques) et d'autre part, les pays où les EE et les subventions sont nombreuses (et qui privilégient davantage une approche interventionniste sur le marché).

Dans la seconde partie de son exposé, M. Buigues analyse les effets de distorsion que peut avoir l'intervention de l'État. Les objectifs politiques et économiques des interventions publiques peuvent varier d'un pays à un autre : il peut s'agir par exemple (i) de remédier aux imperfections du marché, (ii) de promouvoir l'égalité de revenu au niveau régional, (iii) d'éviter la disparition d'une entreprise ou d'une industrie particulière considérée comme essentielle pour le pays, ou (iv) d'accroître les revenus et de faire baisser les prix au bénéfice des ménages.

M. Buigues souligne que les études empiriques sur l'efficacité de l'intervention de l'État sont peu nombreuses, pour diverses raisons : (i) les données nécessaires à la mesure de cette efficacité ne sont pas toujours disponibles, (ii) il n'est pas toujours aisé d'isoler les effets d'une intervention par rapport aux effets d'une autre en raison du grand nombre d'interventions publiques, et (iii) il est difficile de connaître la situation qui aurait été observée sur le marché en l'absence d'intervention de l'État.

Selon M. Buigues, rien n'indique que l'intervention de l'État engendre une hausse significative de la productivité, surtout à long terme. M. Buigues formule cependant des suggestions concernant la manière d'évaluer l'efficacité de l'intervention de l'État :

- Les pays doivent procéder à des évaluations régulières et adopter une approche optimale.
- Les pays doivent limiter l'ampleur et la durée de chaque programme de subventions, renoncer à ceux non rentables et se concentrer sur un petit nombre de programmes rentables.
- Les pays doivent privilégier la transparence des interventions publiques, ce qui servirait le double objectif de responsabiliser davantage les pouvoirs publics et de permettre aux autorités publiques d'apprendre les unes des autres.
- Enfin, les pays doivent requérir l'avis des autorités de la concurrence sur les effets que les interventions publiques décidées par le gouvernement peuvent avoir sur la concurrence.

Le Président remercie M. Buigues pour son exposé et demande pour quelles raisons nous devrions nous inquiéter au sujet des subventions s'il n'est pas possible de tirer la moindre conclusion quant à savoir si les interventions publiques sont efficaces. M. Buigues lui répond que les études économiques portant sur l'efficacité de l'intervention de l'État sont très limitées et confirme que les résultats ne démontrent pas de façon convaincante un impact positif. L'Union européenne est d'accord avec M. Buigues pour dire que l'on dispose de peu d'études empiriques sur les effets et l'efficacité de l'aide d'État. L'UE dispose d'un cadre pour l'aide publique au niveau régional qui fixe les règles autorisant les États membres à accorder une aide d'État aux entreprises pour soutenir les investissements dans les régions défavorisées de l'UE. Ce cadre a été révisé il y a deux ans, et cette révision a été précédée par la conclusion d'une étude qui n'était pas consacrée aux gains d'efficacité, mais à la question de savoir si les subventions constituaient un facteur déterminant dans la décision des entreprises d'investir dans une région particulière. Les entreprises ont cité diverses raisons à l'appui de l'investissement, on omettant généralement les subventions. L'UE en conclut que subventionner ces entreprises peut être considéré comme inutile. Le Président conclut qu'il pourrait être nécessaire de réaliser de nouvelles études sur l'efficacité de l'intervention de l'État et remercie l'UE d'avoir attiré l'attention sur un exemple pertinent.

3. Les cadres et les règles de neutralité concurrentielle

Le Président passe à la troisième partie de l'examen, portant sur les cadres de neutralité concurrentielle et sur les dispositions spécifiques en matière de neutralité concurrentielle prises dans certains pays.

Le Président invite l'Union européenne (UE), où la neutralité concurrentielle est explicitement reconnue par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à présenter le système européen et les règles qui assurent la neutralité concurrentielle.

L'UE déclare disposer d'un cadre spécifique pour la neutralité concurrentielle fondé sur le principe de la « neutralité des structures d'actionnariat ». Le TFUE garantit le traitement neutre de toutes les entreprises, qu'elles soient à capitaux publics ou privés. Le principe de neutralité se reflète aussi dans l'application des règles de concurrence de l'UE, qui visent toutes les entreprises et tous les établissements, qu'ils soient publics ou privés, dès lors qu'il s'agit d'« entreprises », c'est-à-dire d'entités exerçant une « activité économique ».

Le cadre de l'UE se fonde sur l'article 106 du TFUE et sur son interprétation par la jurisprudence. L'article 106 du TFUE rappelle aux États membres que les règles de la concurrence s'appliquent également aux EE et aux entreprises auxquelles sont conférés des droits particuliers ou exclusifs (ce que l'on appelle les entreprises « privilégiées ») et que toute législation nationale entravant l'efficacité des règles de la concurrence est en violation du TFUE, sauf si une telle mesure est nécessaire à la fourniture d'un service d'intérêt économique général (SIEC). L'article 106(3) du TFUE permet à la Commission européenne (« la Commission ») de préciser le sens et la portée de l'exception au titre de l'article 106(2) du TFUE et d'instaurer des règles visant à permettre un contrôle efficace du respect des critères définis par l'article 106(2), le cas échéant. La Commission peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 106(3) pour lutter contre les infractions existantes au TFUE ou pour prendre des dispositions destinées à éviter des infractions futures.

Le cadre de neutralité concurrentielle de l'UE comporte également des dispositions en matière d'aides accordées par les États (article 107(1) du TFUE). Ce cadre est aussi interprété par la jurisprudence et activement appliqué par la Commission, notamment pour déterminer si la compensation d'un service public (SIEC) peut être considérée comme excessive et donc assimilée à une aide d'État illégale. En mars 2011, la Commission a lancé une vaste consultation, qui a conduit à l'adoption en décembre 2011 d'un ensemble révisé de règles de l'UE en matière d'aides accordées par les États pour l'évaluation de la compensation des services publics. Ces nouvelles règles, qui s'appliquent de façon identique aux autorités nationales, régionales et locales, concernent toutes les entreprises indépendamment de la structure de leur capital. Elles clarifient les principes essentiels en matière d'aide d'État et introduisent une approche diversifiée et proportionnelle avec des règles simplifiées pour les SIEC qui ont une dimension limitée et locale ou qui répondent à un objectif social, et une meilleure prise en compte des aspects relatifs à la concurrence pour les services de plus grande ampleur.

Le Président demande à l'UE si elle partage le point de vue de M. Pierre-André Buigues concernant les différences de définition des aides accordées par l'État et des subventions. L'UE confirme être constamment confrontée à ce problème dans les négociations commerciales lors desquelles elle s'efforce de s'en tenir aux définitions et aux règles qui sont applicables à l'intérieur de l'UE. Les notions d'aide d'État et de subvention diffèrent d'un pays à un autre, ce qui rend la comparaison très difficile. Ces difficultés posent des problèmes, surtout dans les négociations commerciales. L'UE est prête à soutenir sans réserve une harmonisation de ces définitions au niveau international.

3.1 Les dispositions en matière de neutralité concurrentielle

Le Président remercie l'UE et se tourne vers les Pays-Bas, qui ont adopté une nouvelle législation permettant à l'autorité de la concurrence de s'adresser directement aux organismes publics plutôt qu'aux entreprises par le biais desquelles ils sont présents sur le marché. Le Président demande de quelle manière cette disposition a été élaborée et si l'autorité concernée a déjà un avis sur son efficacité.

Les Pays-Bas précisent que le droit néerlandais de la concurrence est applicable de la même manière à toutes les entreprises, qu'elles soient détenues ou non par l'État. La nouvelle législation a été promulguée en juillet 2012, mais elle n'est entrée en vigueur qu'en juillet 2014 afin de laisser aux organismes publics le temps de s'y conformer. Cette mesure pourrait cesser d'être applicable en 2017 (clause de caducité automatique). En raison de la clause de caducité automatique, cette législation a récemment fait l'objet d'une évaluation par le ministère et un rapport sera bientôt publié.

Dans le cadre de ces nouvelles règles, les pouvoirs publics sont libres de décider s'ils veulent ou non entrer sur un marché ; s'ils le font, ils doivent se conformer à la nouvelle législation qui interdit tout traitement préférentiel et impose le principe de séparation des fonctions. Si l'autorité de la concurrence (ACM) estime que le gouvernement a enfreint ces règles, elle peut adopter une ordonnance administrative pour contraindre l'organisme public concerné à verser des pénalités périodiques et à mettre un terme à l'infraction. Depuis quatre ans, l'ACM a reçu environ 200 plaintes. Cependant, plus de la moitié de ces plaintes n'étaient pas liées aux activités commerciales des pouvoirs publics ; une trentaine seulement concernaient les domaines que l'ACM avait qualité à examiner en vertu de ladite législation. La plupart des plaintes recevables concernaient des municipalités et les secteurs suivants : installations sportives, marinas, immobilier, formation et programmes éducatifs, déchets commerciaux, campings (ou parcs pour véhicules de plaisance), parcs de stationnement. Il est souvent reproché aux pouvoirs publics d'exercer trop d'activités qui pourraient être laissées au marché (par exemple véhicules de remorquage ou services municipaux de nettoyage).

Cependant, la nouvelle législation ne s'applique pas aux services et aux biens considérés comme étant d'intérêt public. Il appartient à l'organisme public compétent de déterminer si les biens ou les services proposés sont d'intérêt public, auquel cas ils sont exemptés de cette législation. L'organisme public en question doit déterminer tout d'abord s'il est habilité à fournir le service, et ensuite, si le financement par des fonds publics est vital pour la fourniture de ce service. Les parties intéressées peuvent exercer une influence sur le processus de décision en recourant aux procédures normales d'enquête publique ou à d'autres instruments. Elles peuvent aussi contester ces décisions devant les tribunaux administratifs. Une première procédure a été intentée récemment contre une décision municipale selon laquelle certains biens ou services étaient d'intérêt public.

Le Président demande alors à l'Espagne de décrire l'efficacité de la Loi sur le patrimoine des administrations publiques, qui est en vigueur depuis 2003 et qui stipule que les EE doivent être gérées selon les principes constitutionnels d'efficacité.

L'Espagne indique que son cadre général est conforme à la législation européenne et que par conséquent, le droit de la concurrence s'applique à toute entreprise, quelle que soit la structure de son actionnariat. L'Espagne souligne que son autorité de la concurrence est toutefois confrontée à des difficultés lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit de la concurrence à d'autres secteurs du gouvernement. Elle cite un certain nombre de cas dans lesquels ces difficultés sont liées au fait que l'activité économique est exercée non pas par une entreprise publique, mais par une autre entité publique. Dans ce genre de situation, l'autorité de la concurrence, qui fait elle-même partie des organismes publics, a du mal à appliquer le droit de la concurrence à un autre organisme public. Selon l'autorité de la concurrence, si le Parlement autorise d'autres organismes publics à intervenir dans l'économie, les règles de la concurrence peuvent ne plus leur être applicables ou opposables. L'Espagne ajoute qu'il revient au gouvernement ou au Parlement de décider quels types de cas doivent être soumis au droit de la concurrence. Lorsque des mesures coercitives ne sont pas envisageables, l'Espagne recourt à d'autres instruments (comme le plaidoyer).

L'Espagne précise qu'outre le cadre général, d'autres textes législatifs spécifiques portent sur les questions de neutralité concurrentielle. La loi 33/2003 mentionnée par le Président stipule explicitement que les EE doivent être gérées conformément aux principes constitutionnels d'efficacité et d'économie et qu'elles ne doivent ni compromettre ni fausser la concurrence sur les marchés. Ce texte oblige aussi les sociétés publiques à faire preuve de transparence et à déterminer les coûts liés à la fourniture de services d'intérêt économique général (SIEG) et aux autres obligations définies par la loi. Enfin, il indique également que le modèle de gestion des EE doit être adapté de manière à satisfaire aux lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (2005).

Le Président note avec intérêt que selon l'exposé de l'Espagne, une des principales raisons pour lesquelles l'autorité espagnole de la concurrence peut intervenir efficacement dans des affaires de neutralité concurrentielle tient à sa structure qui combine les rôles de régulateur et d'instance d'exécution. Selon la délégation espagnole, les secteurs fortement réglementés en Espagne sont souvent dominés par les EE. Ainsi, en regroupant différentes fonctions au sein d'une même institution, l'autorité peut intervenir plus efficacement pour résoudre les problèmes de neutralité concurrentielle.

3.2 *Un cadre spécifique pour la neutralité concurrentielle*

Le Président aborde le cas de l'Australie, pays considéré comme pionnier dans l'instauration d'un cadre pour la neutralité concurrentielle, avec des mécanismes de réponse *ex ante* et *ex post* aux distorsions de la neutralité concurrentielle, et demande à l'Australie de présenter les principaux éléments de son cadre et ses principaux résultats et de préciser ce qui reste à améliorer.

L'Australie fait état de deux séries de dispositions relatives à la neutralité concurrentielle, établies au début des années 90 : la loi sur la concurrence et la consommation (Competition and Consumer Act), qui vise le secteur public dans la mesure où celui-ci exerce une activité commerciale, et un cadre spécial sur la neutralité concurrentielle. L'une et l'autre ont fait l'objet de recommandations dans le cadre d'un examen indépendant des lois et de la politique de concurrence en Australie sous la direction de M. Harper (le « *Harper Review* »). La récente étude de M. Harper formule un certain nombre de recommandations concernant le cadre de neutralité concurrentielle en vue d'en accroître l'efficacité et également d'étendre la portée de la Loi sur la concurrence aux activités commerciales exercées par les pouvoirs publics. Le rapport porte plus particulièrement sur l'absence d'obligation de répondre aux recommandations de l'Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office (AGCNCO).

L'Australie indique que la mise en œuvre d'une politique de neutralité concurrentielle cohérente à l'échelle de la nation a pu se faire grâce à un accord passé entre les pouvoirs publics au niveau fédéral et au niveau des États, le Competition Principles Agreement (CPA). Chaque État mène sa propre politique de neutralité concurrentielle et possède ses propres mécanismes d'investigation. La politique de neutralité concurrentielle s'applique aux « entreprises publiques importantes » et couvre la neutralité fiscale, la neutralité de la dette, la neutralité réglementaire, et les exigences en matière de taux de rendement commercial.

En Australie, les mécanismes de traitement des plaintes sont gérés par des entités indépendantes, par des régulateurs ou par des ministères. L'AGCNCO, qui est une entité autonome au sein de la Commission de la productivité, traite les réclamations relatives à la neutralité concurrentielle. Il reçoit les plaintes, sur lesquelles il statue, et fournit des conseils indépendants au ministère des Finances sur chaque question. L'AGCNCO formule des recommandations dans des cas particuliers, mais il n'y a pas d'obligation de réponse et le processus ne comporte aucune sanction.

À titre d'exemple, l'Australie se réfère à l'affaire PETNET. Le plaignant (Cyclopharm) affirmait que PETNET Australia n'avait pas respecté les règles de neutralité concurrentielle en ne satisfaisant pas au critère du taux de rendement. En mars 2012, l'AGCNCO a constaté que selon les prévisions de recettes et de dépenses sur 10 ans et sur 15 ans, les activités commerciales de PETNET étaient peu susceptibles d'atteindre le taux de rendement commercial des capitaux investis sur l'une ou l'autre de ces périodes, et en a conclu qu'il s'agissait là d'une violation *ex ante* de la politique de neutralité concurrentielle. L'AGCNCO a recommandé un ajustement du modèle économique de PETNET de manière à atteindre un taux de rendement commercial qui refléterait son profil de risque et l'investissement total dans PETNET Australia. En l'absence d'obligation de répondre aux recommandations de l'AGCNCO, le plaignant s'est adressé à la Cour fédérale en invoquant un détournement des règles relatives au pouvoir du marché, afin de contester la politique tarifaire de PETNET. Le plaignant a finalement décidé de se retirer du marché et de régler l'affaire en privé quand il est apparu clairement que ses adversaires pénétraient les marchés en pratiquant des prix encore plus bas que ceux qui avaient fait l'objet de la plainte.

Le Président se tourne ensuite vers la Finlande, à qui il demande de présenter son régime de neutralité concurrentielle « non contraignant ».

La Finlande explique que l'autorité finlandaise chargée de la concurrence et de la consommation (AFCC) est habilitée à intervenir – dans le cadre des exigences et des restrictions imposées par la loi – lorsqu'une pratique commerciale ou une structure organisationnelle utilisée dans les activités économiques d'une municipalité, d'un groupement de municipalités, d'un État ou d'une entité relevant de sa compétence participe à la fourniture de biens et de services dans le cadre d'activités commerciales du secteur public et fausse ou empêche la concurrence sur le marché. L'AFCC s'y emploie tout d'abord en entamant des négociations. Si ces négociations échouent, elle peut alors interdire l'activité sous réserve de certaines restrictions, ou obliger l'entreprise publique à modifier sa politique tarifaire ou son comportement sur le marché. La décision de l'AFCC peut être contestée en justice. L'AFCC trouve ce système efficace, si ce n'est que les négociations peuvent prendre beaucoup de temps. L'AFCC met l'accent sur un aspect intéressant de ces procédures : c'est la municipalité (propriétaire de l'entreprise concernée) qui est le défendeur, et non pas l'entreprise exerçant l'activité en question.

Pour clore cette partie de la table ronde, le Président fait remarquer qu'il ressort de cette discussion que certaines juridictions disposent d'un cadre spécifique pour la neutralité concurrentielle. Ces cadres ne sont peut-être pas tous très efficaces, mais l'expérience montre que leur existence même peut avoir un effet positif en créant des règles du jeu identiques. Le Président note aussi qu'apparemment, de plus en plus de pays mettent en place un cadre de neutralité concurrentielle.

4. Neutralité concurrentielle et application des règles de la concurrence

La dernière partie de la discussion examine les mesures d'application du droit de la concurrence susceptibles de résoudre les problèmes de neutralité concurrentielle. Les documents écrits mettent aussi en évidence certaines difficultés particulières auxquelles sont confrontées les autorités de la concurrence lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit de la concurrence pour lutter contre les distorsions liées à la participation d'une entité publique.

4.1. Champ d'application du droit de la concurrence

La première question concerne le champ d'application du droit de la concurrence. S'il ressort de la plupart des contributions écrites que les règles de la concurrence sont et doivent être largement applicables, il existe néanmoins des exceptions, lesquelles peuvent entraîner des effets de distorsion. Le Président cite l'Allemagne, où existe un régime d'exemption partielle : les prix pratiqués dans les transactions privées sont soumis au droit de la concurrence tandis que la tarification d'un service public en est exemptée. Le Président demande à l'Allemagne de préciser si cette exemption compromet l'efficacité de l'application du droit de la concurrence.

L'Allemagne explique qu'un secteur illustre bien cette problématique, celui de l'approvisionnement en eau : le Bundeskartellamt (Office fédéral des ententes, ou OFE) a effectué plusieurs enquêtes sur les abus de position dominante dans ce secteur. En 2012, l'OFE a mené à terme une procédure à l'encontre de la société berlinoise de distribution d'eau BWB. BWB pratiquait des tarifs conformes au droit privé (plutôt que des redevances publiques). Dans sa décision, l'OFE a exigé que les recettes (hors droits et taxes) tirées de l'approvisionnement en eau potable à Berlin soient réduites de 18 % en 2012 et de 17 % en moyenne sur la période 2013-2015, par rapport à 2011. En 2013, le législateur a adopté une nouvelle réglementation. Selon cette nouvelle réglementation, si la municipalité met en place une tarification sous un régime de droit privé, l'OFE peut l'évaluer dans le cadre des règles de la concurrence, mais si la municipalité opte pour un régime de droit public (redevances), elle en est exemptée et ne peut faire l'objet d'un examen par l'autorité. Ainsi donc, le contrôle par l'OFE des pratiques de tarification est désormais explicitement limité aux prix relevant du droit privé. Les compagnies de distribution d'eau, par exemple, relèvent de deux régimes différents selon qu'elles facturent des prix ou des redevances : les distributeurs municipaux peuvent facilement se soustraire aux règles de la concurrence, en remplaçant les prix par des redevances. L'OFE est nettement partisan de l'abrogation de cette réglementation, car il est convaincu qu'elle affaiblit le pouvoir de l'autorité de lutter contre les violations des règles antitrust (par exemple contre une tarification abusive).

4.2 *Aperçu des risques de distorsion dans l'application des règles de la concurrence*

Le Président fait valoir que l'intervention de l'Allemagne est une excellente introduction à certains problèmes que rencontrent les autorités de la concurrence dans l'application du droit de la concurrence dans le domaine de la neutralité concurrentielle. En vue de poursuivre la discussion, le Président invite M. Nicolas Petit à traiter des problèmes de neutralité concurrentielle qui peuvent se poser dans le cadre de l'activité quotidienne des autorités de la concurrence.

M. Petit distingue quatre stades au cours desquels la neutralité concurrentielle peut subir des distorsions : la sélection des dossiers, leur examen, l'évaluation et la correction des distorsions. Il examine ces différents stades à travers trois scénarios : (i) l'entreprise publique intervenant comme *défendeur*, (ii) la même entreprise intervenant en tant que *plaignant*, et (iii) les cas dans lesquels l'État joue un rôle de *tiers vis-à-vis du différend*.

Le *premier scénario* est la situation dans laquelle l'entreprise publique est le défendeur. La règle de base est qu'il ne doit pas y avoir de restrictions procédurales injustifiées à l'encontre des entreprises publiques qui sont les défendeurs dans les affaires de concurrence. Des risques relatifs à la neutralité concurrentielle peuvent exister à tous les stades de la procédure : ainsi, par exemple,

- au stade de la sélection, les organismes publics pouvant faire la « sourde oreille » lorsqu'une entreprise publique fait l'objet d'une plainte ;
- au stade de l'examen, lorsque l'autorité compétente répugne à enquêter avec la diligence requise ;
- au stade de l'évaluation, lorsque l'autorité se montre très exigeante sur les preuves à apporter ;
- au stade des mesures correctrices, lorsque l'autorité est tentée d'imposer des solutions (trop) modérées.

M. Petit donne aussi des exemples concrets. Concernant par exemple les *comportements coordonnés*, il y a eu récemment des soupçons d'ententes sur les marchés financiers, alors même que les pouvoirs publics appliquaient un certain nombre de mesures de sauvetage dans ce secteur. Ainsi, des prestataires publics ont pu craindre qu'en sanctionnant ces organismes financiers, les mesures publiques d'aide en leur faveur soient compromises. En d'autres termes, les dispositions prises par l'État pourraient, dans une certaine mesure, « soustraire » ces entreprises à l'application du droit de la concurrence. Des problèmes analogues peuvent se poser s'agissant de *comportement unilatéral*, surtout dans le cas des services publics, lesquels sont souvent sous le contrôle de l'État. Ce sont des acteurs importants d'un point de vue économique et stratégique, et par conséquent, dans les cas d'abus de position dominante, une autorité qui raisonne selon une logique budgétaire aura davantage tendance à appliquer des solutions réglementées qu'à infliger des amendes.

Le deuxième scénario concerne une entreprise publique qui intervient en tant que plaignant. En vertu du principe de neutralité concurrentielle, l'autorité qui traite une plainte émanant d'une entreprise publique ne doit pas faire montre d'un zèle procédurier, d'un enthousiasme ou d'un volontarisme qui serait injustifié ou disproportionné. En d'autres termes, une entreprise publique ne doit pas bénéficier d'un traitement préférentiel caractérisé dans les affaires de concurrence. Une plus grande sévérité pourrait être considérée comme contraire au principe de neutralité concurrentielle, et cela apparaîtrait au cours d'une enquête sur les ententes lors des participations aux appels d'offres. Dans les affaires de *comportements coordonnés*, l'autorité pourrait privilégier les secteurs dans lesquels des organismes publics recourent à des appels d'offres (par exemple construction, machines et équipements). De même, dans les affaires d'ententes, comme l'a montré l'affaire des ascenseurs dans l'UE, le fait que la victime soit un organisme public client financé par le contribuable peut jouer un rôle indu. Concernant le *comportement unilatéral*, les mesures actives d'exécution dans le secteur pharmaceutique, dans lequel l'État est l'acheteur final, reflètent une dérogation au principe de neutralité concurrentielle.

Le troisième scénario correspond à la situation dans laquelle l'État intervient en tant que tiers extérieur dans une procédure de concurrence. En effet, l'État peut tenter d'influencer la procédure de concurrence de l'extérieur. Cela peut créer des distorsions, par exemple dans le domaine des fusions et acquisitions, comme lorsque les pouvoirs publics exercent une influence sur la prise de contrôle d'un champion national ou d'une entreprise publique par un acquéreur étranger. Ce type d'intervention peut engendrer ce que M. Petit appelle une « fatigue », faisant référence à la situation dans laquelle les entreprises parviennent « épuisées » au dernier stade de la procédure de mise en concurrence, ce qui limite leur capacité à négocier une solution avec l'autorité de la concurrence. Cette « fatigue » place les entreprises dans une situation très inconfortable lorsqu'elles doivent discuter de solutions (qui peuvent avoir déjà été négociées avec les pouvoirs publics) avec l'autorité de la concurrence, qui peut en définitive interdire une fusion qu'elle aurait peut-être autorisée sous réserve de mesures correctives.

Le Président remercie M. Petit pour son exposé et demande à la Belgique de présenter sa contribution, dans laquelle elle adopte un point de vue contraire à celui de M. Petit, en indiquant que si les ministres belges sont plutôt hésitants à porter plainte auprès de l'autorité de la concurrence contre des entreprises privées, ils n'ont pas de réticence à déposer plainte contre des EE. La Belgique répond que son propos n'était pas de prétendre que le législateur et les pouvoirs publics cibleraient systématiquement les intérêts des sociétés dans lesquelles ils détiennent une participation. Cependant, l'expérience de ces huit dernières années montre que les ministres sont très hésitants à intervenir dans des affaires devant l'autorité de la concurrence ou devant les tribunaux, sauf lorsqu'il s'agit d'une EE.

Le Président s'adresse à la délégation de l'UE et demande pour quelles raisons l'accent est mis sur les marchés publics, qui font intervenir l'argent des contribuables, plutôt que sur des autres marchés qui mettent en jeu l'argent des consommateurs. Le Président rappelle la remarque de M. Petit qui soulignait que, dans l'affaire des ascenseurs de la Commission, les sanctions ont été sévères parce que les agissements en cause concernaient un marché public. L'UE explique que cette affaire concernait des ententes portant sur des achats par des organismes publics mais aussi par des entités privées. L'UE situe aussi cette question dans un contexte plus général en soulignant que dans l'Union européenne, la Commission doit évaluer de façon circonspecte la manière dont les ressources sont utilisées. Cette décision tient aussi compte des conséquences éventuelles de cette conduite anticoncurrentielle sur l'argent public (l'argent des contribuables). Cet aspect de la décision a aussi servi de moyen de sensibilisation qui a été très apprécié par de nombreux citoyens de l'UE.

4.3 Difficultés particulières dans l'application des règles de la concurrence

Le Président aborde les difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence dans la lutte contre les distorsions de la neutralité concurrentielle dans le contexte du droit de la concurrence. Le Président invite la Norvège à revenir sur sa contribution écrite, et plus particulièrement sur les difficultés de maniement des concepts traditionnels de la législation antitrust lorsque des EE sont mises en cause.

La Norvège indique que le droit norvégien de la concurrence suit de près le droit de la concurrence de l'UE. En théorie, l'autorité norvégienne de la concurrence (ANC) peut poursuivre pour abus de position dominante des entreprises (de service public) détenues par des municipalités présentes sur un marché non réservé, mais en réalité l'ANC est souvent confrontée à des problèmes lorsqu'il s'agit de prouver l'abus en question. En particulier, elle estime qu'il est très difficile d'obtenir des informations sur la structure de coût de ces entreprises.

Néanmoins, il convient de mentionner un autre instrument auquel l'ANC peut recourir, et qui est prévu par l'article 14 de la Loi sur la concurrence. Cette section permet à l'autorité d'intervenir en réglementant lorsque cela s'avère nécessaire. L'ANC peut utiliser ce pouvoir pour lutter contre des pratiques qui ne sont pas assimilables à des accords restrictifs de concurrence ni à des abus de position dominante au titre des règles de la concurrence. En 2002, cet instrument a été fort utile dans le secteur des transports aériens et a permis de prendre une mesure réglementaire à l'encontre de la compagnie aérienne SAS (détenue à hauteur de 50 % par les États norvégiens, danois et suédois). L'intervention a consisté à interdire le programme de fidélité de SAS qui comportait des clauses de fidélisation restrictives sur les liaisons intérieures (mais qu'il n'était pas possible de caractériser comme un abus de position dominante). Cette intervention a eu un effet déterminant sur le marché, car elle a fait qu'il est devenu possible pour une compagnie aérienne norvégienne à bas coûts de pénétrer sur le marché et d'entrer en concurrence avec SAS. Selon l'ANC, c'est là une utilisation efficace de cet instrument, sachant que la nouvelle compagnie est aujourd'hui la neuvième plus grande compagnie aérienne à bas coûts en Europe.

4.4 Outils non contraignants

Pour la dernière partie de la discussion, le Président aborde le sujet des outils non contraignants permettant de lutter contre les distorsions de la neutralité concurrentielle – surtout lorsqu'elles ne peuvent pas entrer dans le champ d'application des lois antitrust. Pour ouvrir le débat, le Président invite M. Cheng à décrire la situation en Asie, concernant la neutralité concurrentielle, et à expliquer comment les distorsions sont traitées dans cette région du monde et en quoi ce traitement peut différer de l'expérience européenne.

M. Cheng commence son exposé en distinguant trois aspects vis-à-vis desquels la neutralité concurrentielle est pertinente en Asie :

- Un comportement anticoncurrentiel de la part d'une EE,
- Une politique publique accordant aux EE un avantage injustifié
- Actionnariat privé et actionnariat public.

Selon M. Cheng, la situation en Asie ne peut pas être généralisée. L'Asie est une région géographique très vaste, au sein de laquelle s'observent des différences significatives en termes de structure gouvernementale et de stades de développement des économies nationales. M. Cheng propose de consacrer son exposé à trois pays, à savoir la Chine, l'Inde et la Malaisie.

En Chine, la situation de départ n'est pas la même que celle des autres économies de marché, puisque environ un tiers des entreprises chinoises appartiennent encore à l'État. M. Cheng cite en exemple l'industrie pétrolière chinoise, laquelle est dominée par trois grandes compagnies qui bénéficient d'un traitement préférentiel. M. Cheng ajoute que l'application sélective de la Loi chinoise contre les monopoles (LCM) peut entraîner des violations de la neutralité concurrentielle. Le jour où la LCM a été adoptée, certains ont proposé que les EE en soient exemptées au titre de l'article 7. Des exemples récents ont aussi donné lieu à des allégations d'application sélective de la LCM en faveur des EE. En 2009, le ministère de l'Industrie et des Technologies de l'information a restructuré le secteur chinois des télécommunications, ramenant de quatre à trois le nombre de prestataires. La fusion résultant de cette consolidation atteignait les seuils de notification fixés par le ministère du Commerce (MOFCOM), l'autorité chargée du contrôle des fusions et des acquisitions en Chine, et aurait donc dû être notifiée. Or, comme l'a confirmé le MOFCOM, cette fusion entre China Unicom et China Netcom n'a pas été notifiée au MOFCOM.

M. Cheng décrit ensuite les outils d'application que les autorités chinoises de la concurrence pourraient utiliser pour lutter contre les distorsions de la neutralité concurrentielle, par exemple, le Chapitre 5 de la LCM qui s'applique à l'« abus de monopoles administratifs ». Cette disposition fait référence, de façon large, aux organismes publics qui faussent la concurrence par divers comportements comme les redevances discriminatoires, la discrimination à l'encontre des investisseurs non locaux et les pratiques d'inspection discriminatoires.

En ce qui concerne l'Inde, M. Cheng explique que les secteurs qui posent le plus de problèmes en termes de neutralité concurrentielle sont l'industrie du charbon, l'industrie pétrolière et les transports ferroviaires et aériens. Ainsi, par exemple, Air India a récemment été renflouée par l'État, qui a ainsi sauvé la compagnie de la faillite, tandis que Kingfisher Airline n'a pas bénéficié du même traitement, ce qui illustre les dérives par rapport au principe

de neutralité concurrentielle en Inde. À propos du champ d'application de la Loi indienne sur la concurrence, M. Cheng souligne qu'elle couvre non seulement les entreprises, mais aussi l'administration publique lorsqu'elle n'exerce pas de fonction régaliennne.

Concernant la Malaisie, d'après M. Cheng, huit des vingt plus grandes entreprises cotées en bourse sont contrôlées par l'État. Parmi les EE malaises, on peut citer notamment Malaysian Airlines, Petronas, qui est la compagnie pétrolière d'État, et Tenaga Nasional Berhad (TNB), l'entreprise d'État qui gère la distribution d'électricité. En Malaisie, la Loi sur la concurrence est aussi applicable aux EE, et en particulier aux compagnies aériennes.

M. Cheng dresse ensuite la liste des outils que les autorités de la concurrence peuvent utiliser en Asie pour s'attaquer aux problèmes de neutralité concurrentielle :

- Les outils d'application du droit de la concurrence : les lois relatives à la concurrence s'appliquent aux EE dans tous les pays d'Asie.
- Les instruments semi-contraignants, comme le Chapitre 5 de la LCM, qui comporte des éléments de sensibilisation et d'application (il s'apparente à un outil d'application de la loi, mais les conséquences de cette disposition relèvent plutôt de la sensibilisation).
- Les outils de sensibilisation traditionnels, qui peuvent et doivent être utilisés par un certain nombre d'autorités asiatiques de la concurrence.
- Les règles d'analyse d'impact sur la concurrence ou de la réglementation : la politique nationale de concurrence proposée doit prévoir une analyse d'impact sur la concurrence de toutes les lois et réglementations envisagées.
- La réduction de l'actionnariat public, comme dans le cas de la Malaisie qui cherche à restreindre la présence de l'État dans les entreprises et qui a donc privatisé plusieurs des plus grandes EE.

Le Président remercie M. Cheng pour son exposé et invite les délégués à faire part de leur expérience des outils de sensibilisation comme moyen de rétablir ou de garantir la neutralité concurrentielle. Il demande au Japon de parler du phénomène de « revitalisation » décrit dans sa contribution.

Le Japon précise tout d'abord que la Loi japonaise contre les monopoles s'applique à toutes les entreprises, y compris les EE et les organismes publics, et qu'aucune exemption n'est applicable. Pour éliminer les distorsions provoquées par les interventions de l'État et garantir la neutralité concurrentielle, l'autorité de la concurrence recourt à des mesures coercitives et à des instruments de sensibilisation. Le groupe d'étude sur la politique de concurrence et sur le « soutien public à la revitalisation », récemment constitué, illustre l'utilisation d'outils de sensibilisation. Au Japon, le soutien public à la revitalisation vise à atteindre divers objectifs stratégiques comme le maintien des soins de santé communautaires, les transports publics et autres infrastructures, la protection de l'emploi et la relance de l'économie locale, et à éviter les faillites en série.

Le « *Groupe d'étude sur la politique de concurrence et le soutien public à la revitalisation* » est actif depuis août 2014, par décision du ministre d'État chargé des missions spéciales, qui a considéré qu'il était important de minimiser l'effet du soutien public à la revitalisation sur la concurrence sur les marchés concernés. L'évaluation du groupe d'étude a débouché sur la publication d'un rapport provisoire en décembre 2014, qui conclut que le soutien public à la revitalisation perturbe et fausse les mécanismes du marché. D'après ce rapport, un soutien public doit satisfaire à trois grands principes : 1) le principe de subsidiarité, 2) le principe du minimum nécessaire, et 3) le principe de transparence. Il convient aussi d'examiner la structure du marché, la fréquence du soutien, son ampleur, etc. Par ailleurs, en réponse à la recommandation formulée dans ce rapport, le JFTC a commencé à préparer sur ces questions des lignes directrices sous l'angle de la politique de la concurrence que les intervenants devraient garder à l'esprit lorsqu'ils apportent un soutien public à la revitalisation.

Pour conclure sur la sensibilisation, le Président invite le Chili à prendre ma parole. Autour de cette table, le Chili est le seul pays à avoir inscrit la neutralité concurrentielle dans sa Constitution. Au Chili, le Tribunal de la concurrence a un pouvoir de plaider en faveur du respect de la neutralité concurrentielle. Le Président demande quelle a été l'efficacité de ces outils.

Le Chili confirme que l'intervention de l'État chilien sur les marchés (en particulier en tant que fournisseur de biens et de services) est réglementée dans la Constitution, qui établit le principe de subsidiarité en vertu duquel l'État ne doit produire ou fournir des biens ou des services que lorsque le secteur privé n'est pas en mesure de le faire. Le représentant du Tribunal de la concurrence (TDLC) précise que le Chili compte environ 25 EE et que toutes existaient déjà avant la promulgation de la Constitution en 1990. La délégation chilienne fait remarquer que toutes affaires de concurrence impliquent des EE dans des secteurs comme les infrastructures, l'approvisionnement en eau, les banques, les raffineries, l'industrie minière et l'agriculture. Le Chili peut aussi, en vertu de la Loi sur la concurrence, sanctionner « toute personne », une notion qui est interprétée au sens large et qui inclut toute entreprise, qu'elle soit privée ou publique. Dans une seule affaire, le TDLC a analysé en détail la notion d'activité économique et statué qu'une activité pouvait être considérée comme économique en fonction de sa nature et non pas en fonction de la personne qui s'y consacre.

Le rôle de sensibilisation des autorités chiliennes de la concurrence est défini de façon explicite dans l'article 1 de la Loi sur la concurrence. En particulier, le TDLC a pour fonction de promouvoir les principes de la concurrence dans le processus législatif : L'article 18 de la Loi sur la concurrence, dans son alinéa 4, stipule qu'une des obligations du TDLC est de « proposer au Président de la République du Chili, par l'intermédiaire du ministre d'État compétent, la modification ou la dérogation des préceptes légaux et réglementaires qu'il estime contraires à la concurrence, ainsi que l'adoption des préceptes légaux et réglementaires qui apparaissent nécessaires pour promouvoir la concurrence ou réguler l'exercice d'activités économiques déterminées qui sont effectuées dans des conditions non concurrentielles ». En mai 2015, le TDLC avait émis quinze avis proposant diverses modifications de certaines lois. À ce jour, plusieurs de ces avis ont été suivis par les pouvoirs publics, dont deux concernaient des EE. Ainsi, le TDLC a recommandé d'ouvrir l'accès aux conduites de gaz naturel, qui étaient un monopole d'État. Le TDLC a aussi recommandé l'instauration de la portabilité des numéros de téléphone, afin de réduire les obstacles que rencontrent les consommateurs sur le marché de la téléphonie mobile.

5. Conclusions et travaux futurs

Pour conclure, le Président résume les points essentiels de la table ronde :

- Le problème de la neutralité concurrentielle se pose avec acuité en Asie, mais également dans un certain nombre de pays d'Europe (surtout au niveau local, où de nombreuses entreprises sont détenues par les municipalités).
- Il existe de nombreux moyens de lutter contre les distorsions de la neutralité concurrentielle : si certains pays disposent d'une variété de règles et d'outils pour combattre ces distorsions, dans d'autres, le droit de la concurrence est le seul instrument applicable.
- L'application du droit de la concurrence n'est pas sans poser des problèmes. Si le droit de la concurrence doit s'appliquer de façon universelle à toute entreprise et à toute activité économique, il existe cependant dans divers pays de nombreuses exemptions. Même en l'absence d'exceptions, les autorités de la concurrence peuvent avoir tendance à appliquer le droit de la concurrence de manière à favoriser l'État.
- En dehors du droit de la concurrence, il existe une grande diversité de solutions pour résoudre les problèmes de neutralité concurrentielle, par exemple des outils de sensibilisation et des mesures non contraignantes. Le Président rappelle quelques exemples, comme le Tribunal de la concurrence au Chili qui peut soumettre au gouvernement des recommandations, ou l'autorité italienne de la concurrence qui peut poursuivre un organisme public en justice en cas de mesures faussant la concurrence.

Selon le Président, la discussion a aussi mis en évidence des défis restant à relever, et il semble qu'aucun des outils actuels ne soit entièrement satisfaisant. Cela soulève la question des travaux futurs possibles. Le Président demande au Secrétariat de faire part de ses idées sur les futurs travaux envisageables concernant la neutralité concurrentielle.

Le Secrétariat évoque le nombre de questions en suspens et propose que les travaux futurs s'articulent autour de deux principaux axes :

1. Poser les principes fondamentaux sur lesquels tous les experts de la concurrence semblent s'accorder (par exemple l'interdépendance entre la neutralité concurrentielle et la politique de concurrence ; la nécessité que le champ d'application du droit de la concurrence soit le plus large possible et que les

exclusions soient définies le plus étroitement possible). Définir les principes fondamentaux serait aussi très profitable pour d'autres domaines d'action comme l'investissement et les échanges commerciaux.

2. Étudier plus avant certains sujets et problèmes communs qui méritent une analyse plus approfondie, par exemple : (i) élaborer une typologie des principaux types de distorsions de la neutralité concurrentielle, (ii) récapituler les règles et les outils permettant de répondre à chacun d'eux, et (iii) identifier les domaines et les distorsions qui induisent des difficultés spécifiques d'application.

Les considérations d'« intérêt public » sont également citées par le Secrétariat comme un domaine méritant des travaux complémentaires. Les organismes chargés de l'application de la loi, dans l'exercice de leurs activités réglementaires et d'exécution, semblent avoir des difficultés à appréhender les considérations non liées à la concurrence. La question se pose donc de savoir s'il convient d'étudier la neutralité concurrentielle sous l'angle de l'intérêt général et du service public.

À la lumière des propositions du Secrétariat, le Président approuve l'idée de cerner et de décrire les différents types de distorsions et les divers moyens d'y remédier. Le Président invite les délégués à exprimer leurs idées sur les travaux futurs possibles.

Avant d'ouvrir le débat, le directeur adjoint de la DAF est invité à se prononcer sur la question de savoir comment le sujet peut être abordé du point de vue des différents comités qui s'occupent de neutralité concurrentielle. La DAF indique que les travaux pourraient s'orienter dans deux directions : 1) d'une part, définir la distorsion induite par l'État au-delà de l'actionnariat public, et 2) d'autre part, étudier la dimension transfrontière du sujet. C'est dans cette dernière optique que la DAF a été mandatée par les ministres pour mener un projet horizontal en partenariat avec les comités intéressés. Un groupe de travail sera constitué de volontaires provenant de quatre comités de l'OCDE (investissement, concurrence, gouvernance d'entreprise et échanges) et un document de synthèse sur la neutralité concurrentielle transfrontière des EE sera présenté en octobre, structuré autour des sections suivantes : 1) enjeux, 2) éléments probants, 3) règles existantes, et 4) insuffisances.

La délégation des États-Unis exprime son intérêt pour un recueil des distorsions de la neutralité concurrentielle. Les États-Unis soutiennent l'approche horizontale adoptée par l'OCDE et appuient les travaux futurs sur le sujet. Toutefois, ils s'inquiètent de la possibilité que le document ainsi élaboré ait une valeur normative. Ils sont donc partisans de travaux futurs portant sur la neutralité concurrentielle, mais sous une forme qui n'inclue pas de principes normatifs.

L'UE juge la table ronde et la réunion très utiles compte tenu des préoccupations qui l'animent. La délégation européenne est également très favorable à la poursuite des travaux dans ce domaine. Un des axes de travail qui intéressent l'UE concerne l'établissement d'un inventaire décrivant le cadre juridique principal (commun) et les dispositions existantes pour traiter cette question.

Le BIAC prend la parole et déclare que cette question revêt un grand intérêt pour les milieux d'affaires. Le BIAC soutient résolument la poursuite du projet en suivant l'idée de l'UE de dresser un inventaire des principes communs et des différents outils disponibles.

Le Président propose que le Secrétariat, sur la base des idées exprimées par les délégués, prépare un inventaire des types de distorsions de la neutralité concurrentielle, décrivant les stratégies adoptées pour les traiter et les résoudre d'un pays à l'autre, ainsi que les ressemblances et les différences par rapport à d'autres domaines (en faisant la distinction entre les solutions nationales et internationales, par exemple).

Le Président clôt la table ronde en remerciant les délégués, le Secrétariat et les spécialistes pour leurs contributions.