

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

Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation

Organismes de réglementation sectoriels indépendants – Note de référence

2 décembre 2019

Ce document est une note de référence au titre du point 4 de l'ordre du jour de la 68^e réunion du Groupe de travail n° 2 du 2 décembre 2019.

Les opinions exprimées et les arguments employés ici ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/daf/competition/independent-sector-regulators.htm>.

Pour toutes questions relatives à ce document, veuillez contacter M. Chris Pike
[Chris.PIKE@oecd.org]

JT03455218

Les organismes de réglementation sectoriels indépendants et leurs relations avec les autorités de la concurrence

Note de référence*

Les organismes de réglementation sectoriels indépendants et les autorités de la concurrence partagent de nombreux objectifs et intérêts, en particulier parce qu'ils jouent un rôle majeur dans la promotion d'une concurrence effective et bénéfique. Cette note présente les critères et les raisons à l'appui de l'indépendance des organismes de réglementation sectoriels et des autorités de la concurrence. Elle tend à montrer que l'indépendance peut parfois s'avérer essentielle pour les institutions qui supervisent une large part de l'économie et qui assument des responsabilités quasi-judiciaires ou pour celles qui sont le plus susceptibles de subir l'influence d'intérêts particuliers. Elle laisse entendre que les organismes de réglementation sectoriels peuvent tirer avantage, en période de changement technologique et d'incertitude, de lois fondées sur des principes qui leur donnent la flexibilité nécessaire pour adapter leurs règles à l'évolution des circonstances. Elle suggère également que les secteurs supervisés par un organisme de réglementation indépendant pourraient englober d'autres domaines en plus de ceux qui sont traditionnellement soumis à l'influence de ces instances. Enfin, il importe de garantir la cohérence et la convergence des objectifs et des actions des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence. Paradoxalement, l'indépendance peut compliquer le maintien de cette cohérence par le biais d'une coopération directe. L'expérience internationale montre toutefois qu'il existe de nombreux mécanismes pour favoriser et assurer la cohérence. Certains d'entre eux méritent de retenir l'attention des concepteurs des régimes de concurrence.

* Cette note a été rédigée par M. Sean F. Ennis, Directeur du Centre for Competition Policy de l'université d'East Anglia et professeur de politique de la concurrence à la Norwich Business School. L'auteur remercie Antonio Capobianco, Lorenzo Casullo, Alexis Durand, Alberto Heimler, Anna Pietakainen, Chris Pike et Ania Thiemann pour leurs commentaires.

Table des matières

Les organismes de réglementation sectoriels indépendants et leurs relations avec les autorités de la concurrence.....	2
1. Introduction	4
2. Conditions et principes des organismes de réglementation sectoriels indépendants	7
2.1. Rôle de la réglementation et du droit de la concurrence.....	7
2.2. Pourquoi l'indépendance est-elle importante ?.....	10
3. Vers une réglementation fondée sur des principes	12
4. Faut-il créer des organismes de réglementation indépendants ?.....	14
4.1. Raisons justifiant l'autorégulation par rapport à la réglementation publique	14
4.2. Possibilité d'exercer un pouvoir de marché.....	15
4.3. Promotion par les autorités de la concurrence.....	17
5. Comment garantir la cohérence des approches en matière de concurrence et de réglementation sectorielle.....	20
5.1. Justification de la cohérence.....	20
5.1.1. Différences entre les objectifs de l'organisme de réglementation et de l'autorité de la concurrence ..	20
5.1.2. Différences entre les règles de fond.....	20
5.1.3. Différences entre les règles de procédures et les capacités à recueillir des informations	21
5.1.4. Différences entre les évaluations	21
5.1.5. Conclusion	22
5.2. Structures organisationnelles de coopération	22
5.2.1. Fusion de l'organisme de réglementation et de l'autorité de la concurrence.....	22
5.2.2. Pouvoirs d'exécution concurrents.....	26
5.2.3. Mécanismes de recours communs	27
5.3. Instruments de coopération.....	27
5.3.1. Protocoles d'accords et lois	27
5.3.2. Points de contact bilatéraux et multilatéraux	28
5.3.3. Échanges de personnel.....	28
5.3.4. Rapports établis en commun.....	29
6. Conclusion.....	29
Notes de fin.....	31
Annexe 1. L'indépendance suppose-t-elle l'absence d'intervention politique ?	37
Annexe 2. Études sur la concurrence menées par l'OCDE concernant des activités qui peuvent être soumises à l'autorégulation	39

Graphiques

Graphique 1. Quelles activités mènent les organismes de réglementation ?	13
Graphique 2. Nature des interventions politiques auprès des organismes de réglementation	38

Encadrés

Encadré 1. Réglementation <i>ex ante</i> et <i>ex post</i> sur les marchés des télécommunications de l'UE	8
Encadré 2. Exemples d'activités de sensibilisation menées par les autorités de la concurrence en faveur des organismes de réglementation indépendants	18

1. Introduction

1. Cette note examine le rôle des organismes de réglementation sectoriels indépendants et leurs relations avec les autorités de la concurrence. Elle s'intéresse aux organismes de réglementation sectoriels qui existent déjà et à ceux qui pourraient être créés à l'avenir. Les organismes de réglementation indépendants opèrent de façon autonome, sous réserve du contrôle exercé en cas de recours judiciaires, et subissent une influence limitée de la part des pouvoirs politiques et des entités privées. Ils se distinguent des organismes ministériels, qui peuvent diriger la réglementation d'un secteur au sein d'un ministère et faire l'objet d'un contrôle politique, et des autorités d'autorégulation, qui peuvent administrer les réglementations adoptées par des parties privées. Les travaux menés jusqu'à présent par l'OCDE ont essentiellement porté sur les organismes de réglementation sectoriels indépendants et la promotion de leur indépendance comme meilleure pratique (dans la mesure où le secteur doit être réglementé), mais les relations entre les autorités de la concurrence¹ et ces organismes indépendants ont suscité moins d'attention².

2. Cette question présente un intérêt à au moins trois titres :

- premièrement, en cas de dysfonctionnement du marché, les organismes de réglementation sectoriels jouent souvent un rôle majeur pour favoriser des solutions orientées vers le marché ou restreindre l'exercice du pouvoir de marché³. L'un des rôles des organismes de réglementation a été par exemple de définir une réglementation sur les prix pour les entreprises⁴ présentant les caractéristiques d'un monopole naturel, pour garantir que les monopoles naturels réglementés ne peuvent exercer un pouvoir de marché abusif. Alors qu'ils appliquent généralement le droit de la concurrence à l'ensemble de l'économie, les responsables de l'élaboration des politiques ont décidé que certains secteurs seraient soumis *ex ante* à une réglementation sectorielle spécialisée⁵ ;
- deuxièmement, de nombreux secteurs font l'objet d'une autorégulation susceptible d'avoir des répercussions anticoncurrentielles et ne comportent pas d'organismes de réglementation indépendants. Dans ce cas, les autorités de la concurrence peuvent se demander si l'application du droit de la concurrence est suffisante ou, et c'est une option qui est parfois préférée⁶, préconiser la création d'organismes de réglementation indépendants, ce qui réduirait les conflits d'intérêts inhérents à l'autorégulation et permettrait de mettre en œuvre une réglementation sur les prix ou de veiller à ce qu'un accès concurrentiellement neutre soit réservé à certains produits monopolistiques ;
- troisièmement, les organismes de réglementation et les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence peuvent influencer leurs travaux respectifs. Il s'avère par conséquent utile de répertorier les différents mécanismes permettant de renforcer et d'améliorer la coopération entre ces instances. Bien que cette coopération puisse bénéficier aux deux parties, elle peut se révéler difficile à organiser si l'objectif réel de chacune n'est pas parfaitement compris de part et d'autre.

3. C'est principalement pour ces trois raisons que les organismes de réglementation sectoriels et les autorités de la concurrence ont de nombreux intérêts en commun, même si les premiers ne sont pas compétents en matière de droit de la concurrence et que les secondes n'exercent aucune influence sur les décisions réglementaires.

4. L'indépendance des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence est un thème majeur de la gouvernance réglementaire et a fait l'objet de travaux à l'OCDE ces dernières années, par exemple avec *Being an Independent Regulator* (2016), et la définition récente d'indicateurs de la réglementation de marchés de produits, qui fournissent des informations sur la qualité de la gouvernance des organismes de réglementation sectoriels (<http://oe.cd/pmr>), l'*OECD Best Practice Principles on Governance of Regulators* (2012) et « Independence Of Competition Authorities - From Designs To Practices »⁷. L'OCDE a par ailleurs organisé deux tables rondes, l'une en 2014, l'autre en 2015, sur les changements apportés à la conception institutionnelle des autorités de la concurrence, pour tirer des enseignements de l'expérience issue de ces changements et examiner les avantages et les inconvénients des différents modes de conception, l'un d'entre eux prévoyant d'intégrer organismes de réglementation et autorités de la concurrence.

5. Dans cette note, « organisme de réglementation » désigne une autorité de tutelle spécialisée dans un secteur, qui peut regrouper les autorités de réglementation classiques, telles que celles des télécommunications, des transports, de l'énergie, de l'eau ou des services financiers, et celles d'autres secteurs qui comprennent de manière moins traditionnelle des organismes de réglementation indépendants. Ce peut être par exemple les taxis, certains volets du secteur bancaire (tels que les règles de paiement et de transfert de fonds ou la coordination des assurances hypothécaires), les établissements d'enseignement, les prestataires de santé, les ports, les services locaux comme la collecte des déchets, l'alimentation, les professions libérales et plus récemment, dans le sillage des évolutions qu'ont connues certains pays comme la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, les plateformes numériques⁸. La réglementation sectorielle est nécessaire d'un point de vue macroéconomique en raison du large volume d'activités réalisé dans les secteurs réglementés^{9,10}, des répercussions potentiellement fortes de l'exercice d'un pouvoir de marché dans ces secteurs, compte tenu de l'inélasticité de la demande de produits comme l'électricité, l'eau et les télécommunications (ce qui accroît la possibilité de réaliser une marge sur le prix concurrentiel en exerçant un pouvoir de marché), et l'importance économique de ces produits qui sont des intrants essentiels à la production.

6. Les organismes de réglementation sectoriels se distinguent des organismes de réglementation « horizontaux », sur lesquels ne porte pas cette note, et qui englobent les organismes de protection des consommateurs et de protection des données, les autorités de réglementation des valeurs mobilières et à de nombreux égards, les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence. Aux fins de la présente note, nous ne considérons pas une autorité de la concurrence orientée exclusivement sur le droit de la concurrence (ou sur le droit de la protection de la concurrence/des consommateurs) comme un organisme de réglementation, à moins que d'autres responsabilités lui soient attribuées, lui conférant des missions de réglementation précises dans certains secteurs¹¹.

7. Ce document est organisé de la manière suivante :

- La section 2 présente les caractéristiques communes des organismes de réglementation indépendants, dont les critères fondamentaux d'indépendance, et les degrés de la participation des pouvoirs publics.
- La section 3 examine comment garantir le bien-fondé d'une réglementation sectorielle indépendante dans un domaine en mutation rapide et empreint d'incertitudes quant aux évolutions techniques.

- La section 4 porte sur la question de savoir si, dans la mesure où les dysfonctionnements du marché sont traités par des organismes de réglementation non indépendants (telles que des organismes d'autoréglementation), il serait souhaitable que la réglementation bénéficie d'une plus grande indépendance et que les autorités de la concurrence l'encouragent.
 - La section 5 s'intéresse aux moyens d'instaurer des liens entre les organismes de réglementation indépendants et les autorités de la concurrence pour contribuer à optimiser les conditions d'une concurrence bénéfique en cas de dysfonctionnement du marché ou d'infractions au droit de la concurrence.
 - La section 6 apporte une conclusion.
8. L'analyse réalisée met en lumière les conclusions suivantes :
- L'indépendance du processus de décision est un critère de gouvernance essentiel pour les organismes de réglementation sectoriels comme pour les organismes horizontaux et repose fondamentalement sur la prévisibilité budgétaire et les critères de nomination et de révocation des responsables. Elle s'avère étroitement liée aux mécanismes de responsabilité. Si elle admet des orientations politiques générales, elle n'autorise pas de directives précises sur les décisions particulières. En raison de leurs besoins particuliers, les autorités de la concurrence, en tant qu'entités quasi-judiciaires intervenant dans l'ensemble de l'économie, pourraient sans doute bénéficier d'une plus grande indépendance que les organismes de réglementation sectoriels, ainsi que d'une plus grande responsabilité et d'une amélioration de leurs processus internes. Il convient de noter à ce sujet que, dans une certaine mesure, le processus de décision de l'autorité de la concurrence repose entièrement sur le droit et son interprétation, alors que le processus de décision de l'organisme de réglementation s'avère beaucoup plus discrétionnaire et souple, étant donné qu'il se fonde sur des principes généraux assez flous de l'application du droit (tels que la manière de calculer les coûts d'accès ou le niveau approprié de l'investissement en capital). Précisons aussi que des arguments, tels que la diminution de l'influence potentielle de certains intérêts particuliers, pourraient plaider en faveur d'une plus grande indépendance pour les organismes de réglementation sectoriels.
 - Les textes législatifs mis en œuvre par les autorités de la concurrence sont souvent beaucoup plus généraux que ceux des organismes de réglementation, peut-être en raison du caractère *ex post* de la plupart des mesures d'application du droit de la concurrence, ainsi que du caractère horizontal de ce dernier. Il pourrait être envisagé d'accorder aux organismes de réglementation sectoriels indépendants une certaine souplesse juridique leur permettant d'adapter rapidement leurs réglementations sans l'adoption d'un nouveau texte législatif. À une époque où les techniques et les modèles économiques évoluent rapidement, il conviendrait de faire en sorte que la réglementation *ex ante* puisse s'adapter correctement, en fonction des incertitudes, des nouvelles technologies et des nouveaux modèles d'activité.
 - Dans de nombreux secteurs, les dysfonctionnements du marché sont traités par l'autoréglementation plutôt que par une supervision publique indépendante. Il est essentiel de bien comprendre l'indépendance pour déterminer si les activités autoréglementées, celles qui sont réglementées par l'État et les principaux dysfonctionnements d'un marché non réglementé pourraient parfois faire l'objet

d'une réglementation indépendante pour éviter un risque trop important de dysfonctionnement ou des restrictions privées de la concurrence susceptibles d'échapper au droit de la concurrence¹². Ce dernier peut ne pas s'appliquer en raison d'une exemption explicite, comme lorsque l'autoréglementation repose sur un mandat législatif, ou implicite, selon l'appréciation donnée par les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence aux avantages de l'autoréglementation. Ceux-ci peuvent apparaître lorsque le secteur concerné dispose des meilleures informations pour élaborer certaines réglementations, comme dans le cas par exemple des compétences médicales et des normes d'enseignement.

- Pour garantir la cohérence et la coopération, on peut recourir à la conception institutionnelle et à un large éventail d'instruments, qui vont des compétences concurrentes aux protocoles d'accords et au partage d'informations. Cette note décrit brièvement des exemples de coopération et des dispositifs actuellement utilisés. Les concepteurs des mécanismes d'application du droit de la concurrence et les autorités de la concurrence peuvent associer les mécanismes qui cadrent avec la situation de leur pays.

2. Conditions et principes des organismes de réglementation sectoriels indépendants

9. La réglementation joue un rôle majeur dans l'atténuation des dysfonctionnements du marché, dont le pouvoir de monopole obtenu grâce au soutien public ou les monopoles naturels (dans lesquels la concurrence augmente le coût total de la production). Si le pouvoir de marché résultant d'un monopole naturel constitue l'une des raisons justifiant la réglementation, les organismes de réglementation peuvent mener différentes actions, telles que surveiller les prix dans l'intérêt des consommateurs et des concurrents qui ont accès au marché, fixer des taux de rentabilité acceptables pour un investissement, définir des normes appropriées pour un produit et veiller à ce que les objectifs sociaux soient atteints. Si certaines réglementations peuvent être définies de façon privée, au moyen de l'autoréglementation, un grand nombre d'entre elles sont déterminées par les pouvoirs publics ou leurs agents, les organismes de réglementation.

2.1. Rôle de la réglementation et du droit de la concurrence

10. La réglementation peut remplacer le droit de la concurrence sur de nombreux marchés. Les organismes de réglementation détiennent des avantages sur les autorités de la concurrence à plusieurs égards :

- premièrement, ils possèdent une expertise technique du secteur plus importante et plus ciblée ;
- deuxièmement, ils sont en principe en mesure de définir des normes générales *ex ante* qui offrent plus de certitude aux entreprises que le droit de la concurrence, ce qui peut favoriser l'investissement ;
- troisièmement, ils peuvent généralement prendre des décisions et les mettre en œuvre dans un délai plus rapide que les autorités de la concurrence ;
- quatrièmement, selon leur mandat et leurs pouvoirs, ils peuvent traiter une gamme de sujets plus large que les autorités de la concurrence ; et

- cinquièmement, ils peuvent se révéler plus à même d'élaborer et de gérer une réglementation sur les prix et d'autres dispositifs de normalisation.

11. On considère toutefois que les organismes de réglementation sont davantage susceptibles de connaître des conflits d'intérêts et d'être exposés à la « capture ».

12. De nombreux organismes de réglementation exercent un rôle législatif pour encourager la concurrence (en fournissant un accès au marché aux infrastructures monopolistiques) et prévenir l'utilisation de leur pouvoir de marché par les monopoles de leur secteur, en étant chargés de la réglementation des prix, de la réglementation par le taux de rendement et d'autres types de réglementation pouvant influencer sur les prix et l'investissement. Étant donné que la prévention de l'utilisation du pouvoir de marché constitue un objectif des organismes de réglementation indépendants, ces derniers peuvent effectuer un travail très complémentaire à celui réalisé par les autorités de la concurrence. Dans les secteurs réglementés, l'organisme de réglementation sectoriel est parfois considéré comme le contrôleur *ex ante* du pouvoir de marché, du fait de la supervision qu'il exerce sur les prix, le chiffre d'affaires et les investissements, tandis que l'autorité de la concurrence est perçue comme le contrôleur *ex post* du pouvoir de marché, avec l'application des mesures de lutte contre les abus de position dominante et les ententes (voir l'Encadré 1). Si cette distinction est correcte, elle donne à penser que la nécessité de prendre des mesures *ex post*¹³ pourrait résulter des insuffisances de la réglementation *ex ante*.

Encadré 1. Réglementation *ex ante* et *ex post* sur les marchés des télécommunications de l'UE

La réglementation européenne des marchés des télécommunications offre un exemple intéressant d'une différenciation explicite entre le rôle de la réglementation *ex ante* et de l'application *ex post* du droit de la concurrence. La note explicative 2014 examine comment la Commission définit les marchés en tenant compte des principes du droit de la concurrence et décrit l'application d'un test de trois critères.

La note souligne que « *la directive-cadre repose sur l'hypothèse selon laquelle les obligations ex ante sont nécessaires dans certains cas, pour garantir la mise en place d'un marché concurrentiel (voir par exemple le préambule 25). La réglementation doit être ciblée et équilibrée de manière à remédier aux obstacles à une concurrence effective dans le secteur : une réglementation trop lourde pour les opérateurs ralentirait l'investissement et l'innovation, tandis qu'une réglementation trop faible et son absence d'application en cas de nécessité anéantiraient les progrès accomplis ces dix dernières années en termes de libéralisation, de choix des consommateurs et de forces concurrentielles dans le secteur.* »

Les trois critères du test sont les suivants :

1. présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
2. la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, la situation de la concurrence basée sur les infrastructures et des autres types de concurrence au-delà des barrières à l'entrée ayant été examinée ;
3. incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

Le troisième critère présente un intérêt particulier, la note explicative indiquant : « *seuls les marchés sur lesquels on estime que le droit de la concurrence national et européen ne*

peut suffire à lui seul à remédier aux défaillances du marché et à garantir une concurrence effective et durable sur une échéance prévisible, devraient faire l'objet d'une éventuelle réglementation ex ante. La réglementation ex ante serait par exemple envisagée pour compléter de façon appropriée le droit de la concurrence lorsque l'obligation réglementaire nécessaire pour remédier à une défaillance du marché ne peut être imposée au titre du droit de la concurrence (par exemple, des obligations d'accès dans certaines conditions ou des obligations comptables particulières), lorsque les obligations de mise en conformité avec une mesure destinée à remédier à une défaillance du marché sont de grande portée et doivent se poursuivre dans la durée (par exemple, la nécessité d'établir une comptabilité détaillée à des fins réglementaires, d'évaluer les coûts, de suivre les conditions contractuelles, dont les paramètres techniques, etc.), lorsqu'une intervention fréquente et/ou en temps utile est indispensable, ou lorsqu'il apparaît prioritaire de créer une certitude juridique (par exemple, obligations de contrôle des prix sur plusieurs périodes). Cependant, les différences existant entre l'application du droit de la concurrence et la réglementation ex ante en ce qui concerne les ressources nécessaires pour remédier à une défaillance du marché ne doivent pas en elles-mêmes avoir d'incidence. »

Compte tenu de ces trois critères, la recommandation de 2014 identifie quatre marchés pouvant faire l'objet d'une réglementation *ex ante*, contre sept en 2007 et 18 en 2003. Les caractéristiques techniques et de marché des télécommunications ont contribué à déterminer les marchés *ex ante* examinés, qui peuvent changer au fil du temps. Les quatre marchés recommandés en 2014 sont les suivants :

- marché 1 : marché de gros de la terminaison d'appel sur réseau téléphonique public en position déterminée ;
- marché 2 : marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile individuel ;
- marché 3 : a) marché de gros de l'accès local en position déterminée, et b) marché de gros de l'accès central en position déterminée pour les produits de masse ; et
- marché 4 : marché de gros de l'accès de haute qualité en position déterminée.

Voir European Commission (2014) Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector, SWD(2014) 298, 9.10.2014.

13. Les pouvoirs publics créent par conséquent souvent des organismes qui appliquent et mettent en œuvre la réglementation et le droit de la concurrence pour effectuer les contrôles *ex ante* des secteurs présentant des dysfonctionnements de marché et veiller à prévenir les comportements ouvertement anticoncurrentiels. Ces organismes peuvent se situer au sein ou à l'extérieur d'un ministère. Ils peuvent être qualifiés d'indépendants s'ils possèdent des pouvoirs décisionnels autonomes, en précisant toutefois que l'indépendance *de jure* ne s'accompagne pas toujours de l'indépendance *de facto*. Les facteurs qui influencent l'indépendance peuvent être :

- l'établissement du budget ;
- les critères de nomination ;
- les conditions de révocation des décisionnaires de haut niveau ; et

- l'obligation de rendre compte et l'établissement de rapports sur les actions menées¹⁴.

14. Ces facteurs influent sur l'autonomie à différents titres. L'établissement du budget peut influencer l'autonomie des prises de décision : des pouvoirs publics mécontents de ne pas avoir pu peser sur une décision peuvent chercher à diminuer le budget de l'organisme¹⁵. Il ne serait toutefois sans doute pas approprié non plus d'autoriser ces organismes à fixer eux-mêmes leur budget, car cette autonomie budgétaire diminuerait leur responsabilité face aux actions menées. La nomination et la révocation des décisionnaires de haut niveau, tels que les responsables de l'organisme et leurs commissaires, peuvent tout particulièrement compromettre l'autonomie. Enfin, la manière dont l'organisme est tenu responsable de ses actions et en rend compte peut également contribuer à garantir son indépendance et le fait que ses décisions sont correctement expliquées¹⁶.

2.2. Pourquoi l'indépendance est-elle importante ?

15. Des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence indépendants peuvent contribuer à (1) remédier au problème d'inadéquation temporelle des pouvoirs publics, qui peuvent choisir une approche avant l'investissement ou l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs et en changer ensuite (en particulier après un changement au niveau du contrôle politique)¹⁷, (2) garantir une application cohérente des règles (notamment lorsque les pouvoirs publics détiennent un ou plusieurs acteurs du secteur)¹⁸, (3) garantir qu'aucune des parties, en particulier celles qui possèdent un pouvoir de marché¹⁹, n'exerce une influence trop forte sur les décisions. L'indépendance peut accroître le niveau de professionnalisme et d'expertise du personnel si le budget de l'organisme lui permet de mener à bien ses tâches et est défini de façon à limiter le risque qu'il soit diminué en fonction des décisions prises.

16. Les raisons de l'importance de l'indépendance sont différentes pour les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence. Pour les organismes de réglementation, elles comprennent :

- la nécessité de rassurer les investisseurs sur le fait que, après leurs investissements, un nouveau gouvernement ne tentera pas de les déposséder du rendement de ces actifs en recourant à des moyens susceptibles de plaire aux électeurs, tels que la fixation de prix qui n'assureraient pas la rentabilité des investissements ou en accordant un traitement préférentiel aux entreprises d'État. La création d'organismes de réglementation indépendants peut contribuer à remédier à ce problème d'inadéquation temporelle. Les organismes de réglementation indépendants devraient à terme permettre à l'État de dégager plus de recettes (issues des concessions ou de privatisations), compte tenu de la probabilité plus élevée de générer un rendement convenable dès lors qu'il existe un organisme de réglementation indépendant, et d'accroître les investissements. Leur niveau futur dépend en effet de la rentabilité attendue, qui peut être modifiée par la perspective de la création d'un environnement concurrentiel neutre. C'est la raison pour laquelle dans certains pays, les organismes de réglementation indépendants sont particulièrement présents dans les secteurs des infrastructures, comme les aéroports, l'électricité, le gaz, les réseaux routiers et ferrés, les télécommunications et l'eau, notamment après leur privatisation ;

- la valorisation de la création d'une réglementation technique, prévisible et stable, qui peut mieux servir les performances économiques et la stabilité des secteurs concernés.
17. Le risque d'être soumis à l'influence d'intérêts particuliers peut s'avérer très élevé pour les organismes de réglementation, plus que pour les instances supervisant le droit de la concurrence. Aussi, si ce risque prédomine, les organismes de réglementation peuvent bénéficier d'une indépendance plus grande que celle des autorités de la concurrence.
18. Les raisons justifiant l'indépendance des autorités de la concurrence incluent²⁰ :
- la nécessité d'agir de façon impartiale et à partir de données objectives, afin d'être considérée comme une autorité chargée d'appliquer la loi crédible par *l'ensemble* des entreprises, ce qui suppose que ces dernières accordent une grande confiance à l'impartialité de l'autorité de la concurrence ;
 - la nécessité de traiter avec des entreprises de *tous ou quasiment tous les secteurs*, qui peuvent être dans certains cas des entreprises publiques et concerner de *nombreux* secteurs sensibles sur le plan politique ;
 - les *répercussions sur l'ensemble de l'économie d'une affaire antérieure* (à distinguer des répercussions sur un secteur d'une affaire antérieure pour les organismes sectoriels)²¹ ;
 - la nature des autorités de la concurrence, qui forment des organes quasi-judiciaires dotés de pouvoirs et appliquant des procédures ressemblant à ceux d'un tribunal ou d'un juge. Les décisions prises par les autorités de la concurrence peuvent être interjetées en appel, mais les délais de recours peuvent être si longs que ce dispositif ne parviendrait guère à encadrer une autorité fortement politisée. Ce point est d'autant plus important que les recours ne sont pas fréquents dans certaines affaires, telles que les décisions relatives aux ententes. Le montant des amendes fixées par les autorités de la concurrence, le volume d'informations qu'elles peuvent demander et les poursuites pénales qu'entraîne parfois leur action constituent autant d'éléments propres à leur fonction et qui les différencient des organismes de réglementation sectoriels classiques.
19. Les raisons justifiant l'indépendance des autorités de la concurrence, qui vont de l'ampleur des répercussions de leur action à la nature quasi-judiciaire de leur activité, tendent à montrer que ces autorités doivent être plus indépendantes que les organismes de réglementation sectoriels. Dans le même esprit, Vickers estime que les autorités de la concurrence devraient être plus indépendantes que les banques centrales, compte tenu du caractère diffus des répercussions des décisions de politique monétaire de ces dernières et du caractère ciblé de celles des autorités de la concurrence²². Une indépendance plus grande est considérée comme l'un des principaux facteurs pour atteindre les objectifs de la politique et du droit de la concurrence. Dans une étude réalisée en 2003 par KPMG, des entreprises et des responsables d'autorités de la concurrence²³ ont aussi cité l'indépendance comme le critère le plus important des autorités de la concurrence.
20. Une plus grande indépendance pourrait être associée à des mécanismes de responsabilité plus stricts. Ces derniers peuvent comprendre des comptes rendus transparents sur les répercussions et les décisions prises, et l'obligation de justifier les actions au moyen d'une décision motivée, ainsi que devant le parlement ou le pouvoir exécutif, ou par la possibilité de faire appel de la décision devant le système judiciaire. Les indicateurs de la gouvernance des organismes de réglementation sectoriels élaborés par

l'OCDE en 2018 ont notamment mis en évidence que l'octroi d'une plus grande autonomie ou indépendance à un organisme de réglementation s'accompagne généralement de degrés plus élevés de responsabilité à l'égard du gouvernement, du parlement, du secteur et de l'ensemble de la population²⁴. Ce lien pourrait permettre naturellement de limiter naturellement les pouvoirs détenus par les responsables non élus d'une démocratie.

21. La nature quasi-judiciaire des autorités de la concurrence, et l'indépendance plus grande qui en découle, peut avoir également des conséquences indirectes d'une part sur leur responsabilité externe, au moyen d'un contrôle judiciaire spécialisé notamment, et d'autre part, sur leur conception institutionnelle interne. Les garanties de forme, par le biais du respect des garanties données par la loi figurant dans les procédures des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence et des organismes de recours, peuvent s'avérer plus nombreuses pour les affaires de droit de la concurrence que pour les affaires réglementaires, ce qui peut expliquer en partie la durée des premières par rapport à celle d'un grand nombre d'affaires de réglementation²⁵. En résumé, une plus grande indépendance peut entraîner de nombreuses différences internes au sein des organismes de réglementation, tout en renforçant potentiellement leurs obligations en matière de responsabilité externe²⁶.

22. L'indépendance peut réduire de manière notable les interventions politiques. D'après les travaux réalisés récemment par l'OCDE, présentés en Annexe 1, lorsque les organismes de réglementation se situent à l'intérieur des ministères, plutôt que dans des structures administratives extérieures, ils reçoivent pour plus de 50 % d'entre eux des orientations politiques concernant des affaires particulières et des décisions de réglementation ou relatives à des affaires²⁷. Bien que nombre d'organismes ne déclarent pas avoir reçu ces orientations, la fréquence à laquelle ces interventions ont lieu donne à penser que la création d'organismes de réglementation indépendants et séparés a réellement une incidence positive.

3. Vers une réglementation fondée sur des principes

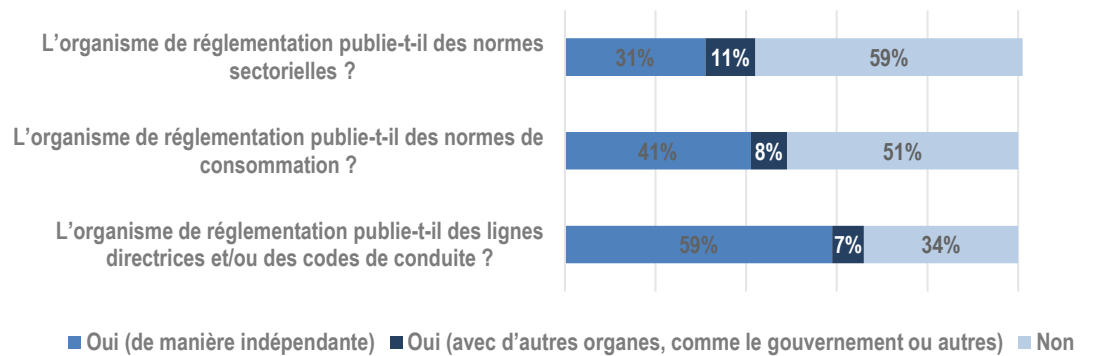
23. L'une des lacunes du système de réglementation en vigueur dans de nombreux secteurs provient du fait que les règles régissant les actions sont très détaillées et difficiles à changer. Lorsque les progrès techniques sont lents, cette difficulté à modifier la réglementation peut présenter des avantages. En revanche, lorsque les progrès techniques et les formes d'entreprises évoluent rapidement, comme c'est le cas actuellement dans de nombreux secteurs, la densité et la spécificité de la réglementation peuvent freiner l'innovation, l'investissement et les avancées techniques.

24. À un moment où les changements technologiques remettent en cause les relations économiques existantes, la façon dont on peut modifier la réglementation s'avère déterminante. Lorsqu'elle est contrôlée par les ministères, les pressions juridiques exercées par les opérateurs historiques du secteur risquent fortement de l'emporter sur les avantages diffus que peuvent apporter les progrès techniques, et réclamer une réglementation protégeant la structure du secteur en place. Cette protection peut prendre différentes formes, telles que des préférences techniques non neutres²⁸, des normes²⁹, des refus de licences³⁰ ou l'interdiction de nouveaux produits³¹. Les pouvoirs publics doivent parer au risque que les réglementations soient obsolètes ou ralentissent les changements inévitables et l'adaptation du marché³². En revanche, lorsque ce sont les organismes de réglementation qui définissent les détails de la réglementation, la modernisation et l'évolution de cette dernière peuvent se révéler plus simples.

25. Pour faciliter la modernisation et la flexibilité de la réglementation, les organismes de réglementation indépendants peuvent se voir confiés au titre des textes législatifs un ensemble de responsabilités, qu'ils mettront en œuvre en suivant une approche fondée sur des principes, qui peut nécessiter d'adopter des dispositions réglementaires (définies par l'organisme) ou une orientation pouvant être facilement modifiées. Une réglementation centralisée et fondée sur des principes peut se révéler particulièrement importante pour que la réglementation s'adapte aux évolutions du marché. Les nombreuses réglementations relatives aux taxis ont par exemple été élaborées puis transformées en textes législatifs avant que ne soient développées les applications de téléphones intelligents. La réglementation du secteur des taxis reste par conséquent obsolète dans de nombreux pays. Si les organismes de réglementation peuvent eux-mêmes actualiser les principes généraux pour qu'ils reflètent les nouvelles technologies, l'environnement réglementaire pourra sans doute s'adapter plus facilement à ces dernières. Les avantages d'une approche des textes législatifs fondée sur des principes transparaissent dans la façon dont le droit de la concurrence peut s'adapter relativement facilement aux évolutions techniques³³.

26. Il n'existe aucune évaluation directe de l'étendue de la réglementation fondée sur des principes. L'absence de lignes directrices et de missions de définition de norme dans certains organismes de réglementation peut laisser penser qu'ils n'appliquent pas ce que nous définissons ici comme une réglementation fondée sur des principes. D'après la base de données de l'OCDE des organismes de réglementation indépendants, un grand nombre de ces derniers ne publie pas de lignes directrices et ne définit pas de normes sectorielles ou destinées aux consommateurs, comme on le voit sur le Graphique 1.

Graphique 1. Quelles activités mènent les organismes de réglementation ?



Source : Casullo *et al* (2019), d'après la base de données 2018 de l'OCDE sur la gouvernance des organismes de réglementation sectoriels

27. Compte tenu de l'absence probable d'une réglementation fondée sur des principes dans de nombreux pays et alors que l'incertitude concernant l'évolution de la structure du marché et des technologies ne cesse de croître, les arguments ne manquent pas pour encourager l'élaboration de lois fondées sur des principes. Cela peut conférer aux organismes de réglementation indépendants une grande latitude pour adapter leurs réglementations *ex ante* de la manière la plus adaptée aux nouvelles conditions de leur secteur. Cela peut également atténuer le risque que les réglementations en vigueur ne servent de digues, en empêchant le flux de l'innovation et en s'opposant à la création d'options plus efficaces nécessitant ou non d'être réglementée.

4. Faut-il créer des organismes de réglementation indépendants ?

28. La question de savoir quand il convient de créer des organismes de réglementation indépendants apparaît de plus en plus cruciale, étant donné qu'il existe semble-t-il un grand nombre de marchés sur lesquels les principales conditions de gouvernance ne sont pas contrôlées ou le sont de manière informelle ou encore, sont fixées par les fournisseurs. Beaucoup de ces marchés ne présentent pas nécessairement les caractéristiques économiques des monopoles naturels fréquents dans les secteurs des infrastructures. Les mécanismes de gouvernance en place peuvent néanmoins parfois susciter des risques de pouvoir de marché.

29. Le renforcement de la réglementation suppose toutefois un équilibre délicat. Le principe des systèmes de marché est de laisser aux fournisseurs le choix de l'approvisionnement et aux consommateurs le choix des achats. La possibilité d'apporter de légères améliorations de fonctionnement à un secteur ne justifie pas à elle seule de renforcer l'intervention des pouvoirs publics. À défaut de raison impérieuse justifiant celle-ci, il convient d'envisager l'élargissement des mandats réglementaires avec une grande prudence compte tenu de leur incidence sur les processus habituels de marché et du fait que le renforcement de l'intervention et des mandats de l'État peut freiner l'innovation et l'investissement.

30. Cela dit, nombre de secteurs ne font pas l'objet d'une réglementation économique publique mais pourraient être soumis à une supervision en raison de dysfonctionnements du marché. Cette supervision est parfois inexistante. Dans d'autres cas, elle découle des règles politiques instituées par les ministères qui peuvent changer du jour au lendemain ou des décisions d'achats prises par l'État. Enfin, dans d'autres cas encore, elle est assurée par les pouvoirs publics au moyen de l'approbation légale de l'autorégulation, qui repose sur un contrôle du secteur par ses propres acteurs. Il ne s'agit pas d'un contrôle indépendant et il ne fait pas intervenir une surveillance effective de l'État. Il convient de souligner que dans ces trois cas (absence de réglementation même en cas de dysfonctionnements du marché, supervision informelle de l'État ou autorégulation), il peut s'avérer utile de s'interroger sur l'opportunité d'accentuer l'intervention de l'État et d'accroître l'indépendance.

31. Dans certains pays, les taxis, certaines activités bancaires, les établissements d'enseignement, les établissements de soins, les ports et les professions libérales comptent parmi les secteurs qui pourraient bénéficier de la création d'organismes de réglementation indépendants. C'est là une liste illustrative, en aucun cas censée être exhaustive³⁴.

32. Avant d'examiner si ces secteurs devraient bénéficier d'une réglementation indépendante, nous étudierons les raisons à l'origine de l'autorégulation.

4.1. Raisons justifiant l'autorégulation par rapport à la réglementation publique

33. Dans les secteurs pour lesquels le besoin de réglementation est reconnu mais où il n'existe pas de réglementation publique, l'autorégulation est justifiée notamment par le fait qu'une réglementation effectuée par le secteur lui-même est davantage ciblée et moins onéreuse et s'accompagne de l'expertise indispensable à la supervision. Bien que l'autorégulation puisse susciter des risques importants en matière de concurrence, la logique qui sous-tend sa mise en place veut que les dispositifs d'autorégulation favorisent une réglementation de meilleure qualité ou d'un meilleur rapport coûts-

avantages que la réglementation publique. Les avantages de l'autoréglementation sont parfois supérieurs aux coûts des autres solutions possibles. C'est pourquoi nous ne préconisons pas de la supprimer, mais plutôt de recourir à des organismes de réglementation indépendants si le besoin de réglementation provient notamment de la présence d'un pouvoir de marché. Nous étudierons cette approche en citant tout d'abord quelques avantages de l'autoréglementation, avant d'examiner l'intérêt pour la concurrence de passer de l'autoréglementation à la réglementation indépendante.

34. Certains avantages de l'autoréglementation figurent ci-après.

- *Action mieux ciblée.* Les limites de la réglementation publique peuvent au fil du temps s'écarter de plus en plus de ce qui avait initialement justifié son application. En revanche, dans le cas de l'autoréglementation, la réglementation pourra parfois rester davantage ciblée sur les éléments considérés comme essentiels en la matière par les acteurs du secteur. L'élaboration des normes est ainsi souvent réalisée par ceux-là mêmes qui les appliqueront et qui peuvent donc les définir en fonction des besoins précis des produits, des risques de sécurité et des besoins d'interopérabilité.
- *Bas niveau des coûts.* La réglementation publique comprend des coûts directs et indirects. Pour l'État, les premiers incluent les coûts de gestion d'un organisme réglementaire. Pour les entreprises réglementées, ils correspondent aux coûts supportés pour se conformer aux normes publiques qui n'auraient pas été mises en œuvre au titre de l'autoréglementation, qui sont liées à un surcroît de formalités ou à des changements de processus obligatoires pour satisfaire à l'objectif de l'organisme de réglementation externe. Les coûts indirects de la réglementation publique peuvent englober le ralentissement de la diffusion technologique, même si les entreprises autoréglementées tentent parfois de freiner la diffusion technologique, comme dans le cas des taxis et des applications de VTC ou des médecins qui souhaitent interdire les consultations sur Internet³⁵.
- *Expertise.* Il est évident que dans de nombreuses fonctions très spécialisées, qui reposent également parfois sur une évolution rapide de la technologie, les pouvoirs publics ne possèdent pas nécessairement les compétences suffisantes pour décider des formations et procédures médicales appropriées. Par ailleurs, pour garantir que les acteurs les plus au fait de l'activité définissent eux-mêmes les normes propres à celle-ci, les pouvoirs publics peuvent préférer éviter de définir eux-mêmes la réglementation. Par exemple, un organisme de réglementation public des spécialités médicales devra préciser pour chaque spécialité les critères à respecter lors des consultations de patients³⁶. Un grand nombre de ces derniers peuvent en outre préférer que les professionnels déterminent eux-mêmes qui peut prétendre au titre de spécialistes, plutôt que les pouvoirs publics. Ceux-ci ont par conséquent souvent confié aux professions médicales la possibilité de fixer à quel moment un étudiant peut reprendre les activités d'un praticien sans être supervisé.

35. Après avoir présenté les avantages de l'autoréglementation, il convient d'en examiner les inconvénients éventuels, notamment le fait que l'autoréglementation puisse créer à la fois un pouvoir de marché et le dispositif permettant de l'exercer.

4.2. Possibilité d'exercer un pouvoir de marché

36. Si l'autoréglementation peut apporter des avantages sociaux, un grand nombre des préoccupations qui ont en partie motivé la mise en place d'organismes de réglementation indépendants dans les secteurs des infrastructures concerne aussi les secteurs

autoréglementés. Cependant, les documents publiés récemment sur l'indépendance des organismes de réglementation accordent relativement peu d'importance au fait de savoir si les dispositifs d'autoréglementation peuvent à terme gagner à devenir des organismes de réglementation indépendants et publics ou des instances hybrides reposant sur une supervision active des pouvoirs publics. Les opérateurs de ces secteurs peuvent être incités à instaurer et maintenir des barrières à l'entrée et à instituer implicitement, ou parfois explicitement, des obstacles géographiques à l'entrée et à augmenter les prix demandés aux consommateurs pour leurs services. Il n'est pas facile de limiter ces conséquences dans le cadre de l'autoréglementation, en particulier parce que cela nuirait aux intérêts financiers de beaucoup des acteurs du secteur³⁷. Même s'ils ne tiennent pas compte de la volonté de l'autorité d'autoréglementation de limiter la concurrence, ils peuvent tout simplement ne pas raisonner en termes de pouvoir de marché et les problèmes liés à cette situation demeureraient irrésolus. Aussi peut-on envisager que, pour corriger les éventuels dysfonctionnements de marché de l'autoréglementation, les pouvoirs publics interviennent pour transformer les organismes d'autoréglementation en organismes de réglementation indépendants, de manière à faire en sorte que le pouvoir de marché soit effectivement pris en compte. Il conviendrait alors d'évaluer le coût des avantages apportés par une telle transformation, qui concernerait souvent une partie seulement des activités autoréglementées.

37. Les secteurs ci-dessous figurent parmi ceux qui sont largement autoréglementés :

- Les ports peuvent superviser des services nécessaires aux transporteurs, tels que le traitement des déchets, des services de pilotage, la mise à disposition de docks ou des connexions entre différents transports, des opérations indispensables au fonctionnement d'un port, mais qui peuvent parfois occasionner l'exercice d'un pouvoir de marché.
- Les établissements d'enseignement peuvent décider conjointement quelles entités peuvent être certifiées pour délivrer certains diplômes et chercher à limiter la manière dont les étudiants peuvent bénéficier d'une assistance.
- Les banques peuvent autoréglementer certains aspects de leurs activités, même si celles relatives à leur stabilité et à la protection des consommateurs sont largement réglementées. Elles peuvent par exemple superviser un transfert de fonds (et conserver les fonds une nuit pendant la durée du transfert) ou les conditions d'un prêt hypothécaire (par l'intermédiaire par exemple des entreprises privées qu'elles détiennent) ou encore fixer la tarification de systèmes de paiement non traditionnels.
- Les professions libérales ont recours à l'autoréglementation pour élaborer et mettre en œuvre des codes déontologiques et des règles de formation et de qualification. Leur action foisonne d'exemples de restriction de la concurrence, notamment dans les secteurs dentaire et médical. Outre la fixation des prix et des restrictions explicites de la concurrence, les entraves à la concurrence ont à la fois porté sur les critères caractérisant un produit couvert par la profession que sur la façon de former les professionnels (et leur nombre) ou les décisions relatives aux sous-professions susceptibles d'être contrôlées par la profession assurant l'autoréglementation.

38. La question des activités autoréglementées, de leurs avantages et risques potentiels pour la concurrence a déjà été amplement discutée lors de nombreuses tables rondes sectorielles (voir l'Annexe 2). Elle pourrait faire l'objet d'un nouvel examen dans les études qui seront menées à l'avenir sur les organismes de réglementation indépendants, eu

égard aux conclusions de Kleiner et Soltas (2019), qui montrent que le fait de soumettre une profession à l'attribution d'une licence entraîne une perte de bien-être de 12 %³⁸.

39. L'une des manières de résoudre les problèmes de concurrence provoqués par l'autoréglementation consiste à appliquer le droit de la concurrence à ces secteurs. Cette méthode peut toutefois poser des difficultés, telles que :

- difficultés à détecter les infractions³⁹ ;
- caractéristiques de monopole naturel dans certains secteurs autoréglementés, tels que les ports dans certains pays, susceptibles d'empêcher la mise en place d'autres pratiques concurrentielles et nécessitant une supervision des prix et de l'accès au marché ;
- présence d'exemptions au droit de la concurrence ou d'approbation des activités entérinée par la loi qui donne à l'autoréglementation la possibilité de faire valoir qu'elle est autorisée par les pouvoirs publics⁴⁰ ;
- difficulté à poursuivre les associations professionnelles, qui peuvent être dissoutes et reconstituées sous la forme d'une nouvelle entité pour éviter des sanctions financières ; et
- possibilité que les nombreuses restrictions à la concurrence dans ces secteurs résultent davantage de l'inaction que de l'action et s'avèrent par conséquent difficiles à résoudre avec le droit de la concurrence.

40. Étant donné qu'on ne considère pas l'application du droit de la concurrence comme le moyen idéal de régler les problèmes posés par l'autoréglementation, il convient d'accorder plus d'attention à la création d'organismes de réglementation indépendants publics, en réalisant une analyse des coûts-avantages appropriée.

41. D'après l'OCDE (2007), les professions libérales ont fait valoir qu'elles devraient bénéficier d'une application du droit de la concurrence moins stricte que ce qui est généralement pratiqué compte tenu « (1) de l'asymétrie de l'information entre les professionnels et leurs clients, (2) de l'importance accordée à la qualité des soins, à la santé et aux services publics lors de la prestation de services professionnels, qui peut exercer une incidence sur l'acheteur direct des services et sur des tiers, et (3) la nature de service public de certaines professions, dont on estime qu'elles offrent des biens publics présentant un intérêt pour l'ensemble de la société »⁴¹. Les tribunaux ont appuyé ces revendications dans une certaine mesure⁴².

4.3. Promotion par les autorités de la concurrence

42. Étant donné que les secteurs non réglementés ou autoréglementés doivent faire l'objet d'une supervision publique accrue ou modifier leurs mécanismes de gouvernance, les autorités de la concurrence sont particulièrement bien placées pour plaider en faveur de ces changements. Leur importance à cet égard vient de la large gamme d'activités économiques couvertes par le droit de la concurrence et de l'expertise des autorités de la concurrence pour déceler les dysfonctionnements de marché.

43. L'une des fonctions de la plupart des autorités de la concurrence est de préparer des études de marché. Selon l'OCDE, « les études de marché examinent si la concurrence fonctionne correctement sur un marché donné et déterminent les mesures à prendre pour résoudre les problèmes détectés. Ce peut être des recommandations, telles que des propositions pour réformer la réglementation ou améliorer la diffusion de l'information

auprès des consommateurs. Ces mesures peuvent également comprendre l'ouverture d'enquêtes sur le droit de la concurrence⁴³. »

44. L'Encadré 2 présente des exemples de la manière dont les autorités de la concurrence ont défendu la mise en place d'organismes de réglementation plus indépendants (et l'abandon progressif de l'autoréglementation lorsqu'elle existe).

45. Ces exemples soulignent deux éléments. Premièrement, les changements apportés à l'autoréglementation peuvent être lents et les arguments avancés par les autorités de la concurrence ne portent pas toujours leurs fruits. Leur action est davantage susceptible de réussir si les autorités de la concurrence créent une base factuelle précise pour évaluer l'exercice du pouvoir de marché. Deuxièmement, ces activités de sensibilisation semblent davantage menées, dans ces exemples du moins, dans les secteurs autoréglementés que dans ceux qui ne sont pas du tout réglementés, ce qui laisse penser que l'exercice consistant à examiner s'il serait souhaitable de renforcer la réglementation indépendante convient plus particulièrement aux domaines autoréglementés d'une activité.

Encadré 2. Exemples d'activités de sensibilisation menées par les autorités de la concurrence en faveur des organismes de réglementation indépendants

Instance de réglementation de l'enseignement au Royaume-Uni. En 2015, la CMA, l'autorité britannique de la concurrence, a publié un rapport intitulé « An effective regulatory framework for higher education: A policy paper ». Il indiquait la présence de « lacunes et de disparités dans la surveillance réglementaire », qui compliquent la sélection d'établissements par les étudiants avec toutes les informations nécessaires, que les réglementations diffèrent selon les types d'établissement, ce qui signifie que les établissements d'enseignement supérieur ne se livraient pas concurrence dans des conditions équivalentes, et que les étudiants n'étaient pas suffisamment protégés en cas de départ, donnant à penser qu'il convenait de créer un dispositif permettant à la fois aux étudiants de quitter l'établissement et de protéger leurs intérêts. Ce rapport a été suivi en 2017 de l'adoption de la Loi sur l'enseignement supérieur et la recherche (Higher Education and Research Act), puis de l'instauration au 1^{er} janvier 2018 du Bureau pour les étudiants (Office for Students), instance de réglementation de l'enseignement supérieur chargée de promouvoir les choix et de prendre en compte les intérêts des étudiants, des employeurs et des contribuables dans ses actions de réglementation. Bien qu'il contribue à créer un marché des écoles, l'État ne met pas pour autant en place un organisme de réglementation de celui-ci, sauf si l'on considère que le ministère de l'Éducation et des entités plus locales assurant le financement exercent cette fonction dans une certaine mesure. Cet exemple illustre la différence entre l'amélioration de la concurrence sur un marché par le biais des fonctions d'achat plutôt que par la réglementation.

Dentisterie en Irlande. Après avoir examiné la dentisterie en Irlande et la manière dont les services de médecine dentaire doivent être fournis, l'autorité irlandaise de la concurrence a publié un rapport qui préconise notamment la restructuration de l'organe de gouvernance du Conseil des dentistes, majoritairement contrôlé par des dentistes au moment de l'établissement du rapport. En réponse aux demandes de révision de la portée de l'autoréglementation dans le secteur dentaire, la composition du Conseil a été modifiée. Lors de la rédaction de la présente note, il comprenait sept dentistes élus, cinq responsables des pouvoirs publics et sept membres nommés par l'Ordre des médecins, le Royal College of Surgeons Ireland, Trinity College et University College Cork.

Ports en Roumanie. Lors d'une évaluation de la concurrence effectuée par l'OCDE en Roumanie, qui portait notamment sur le transport de marchandises, il a été constaté que des services portuaires, tels que le pilotage, s'avéraient beaucoup plus chers à Constanza, premier port de Roumanie, que dans d'autres ports de régions plus concurrentielles d'Europe. L'autorité roumaine de la concurrence a par ailleurs réalisé une étude de marché du secteur portuaire dans le pays. Il est ressorti des conclusions de ces deux études qu'il serait utile d'instaurer une supervision réglementaire des activités portuaires. Celle-ci a finalement été confiée à l'autorité roumaine de la concurrence en 2016.

Secteur juridique au Royaume-Uni. En 2016, l'autorité britannique de la concurrence (CMA) a publié une étude du marché des services juridiques au Royaume-Uni¹ qui soulignait l'importance de l'indépendance des autorités de tutelle du secteur juridique. Elle précisait ainsi :

« Nous sommes principalement préoccupés par le fait que le modèle actuel fondé sur un titre [avocat et avocat-conseil] n'est pas suffisamment souple pour appliquer une réglementation proportionnée fondée sur les risques, qui reflète les différences entre les différents services juridiques et qui apparaissent au fil du temps. Nous proposons par conséquent que l'État lance un examen du cadre réglementaire afin de rendre le dispositif de réglementation plus flexible et davantage fondé sur les risques à long terme. Nous estimons également que les instances de réglementation doivent être indépendantes des pouvoirs publics et des organes les représentant. Le nombre d'instances doit dépendre de la structure de la réglementation. Le passage d'un modèle essentiellement fondé sur le titre à un modèle fondé sur les risques pourrait entraîner une diminution du nombre d'instances. »

En décembre 2017, l'État a répondu à cette étude du marché en reconnaissant la légitimité d'un grand nombre des préoccupations soulevées et en précisant que des enquêtes et des réformes progressives étaient en cours. Il proposait également de ne pas lancer un large examen à ce moment, mais d'attendre les résultats des mesures entreprises².

Notaires au Chili. Le 2 août 2018, le Bureau national des procureurs économiques (FNE) du Chili a publié une étude du marché notarial, sa réglementation et ses réalisations. Elle a montré que « le cadre réglementaire nécessite une modification structurelle afin que le marché puisse fonctionner correctement³ ». D'après le FNE, la réforme structurelle pourrait permettre de réaliser une économie annuelle de 149 millions USD. En septembre 2018, le président chilien a signé une loi visant à alléger les formalités administratives pour lesquelles il fallait faire appel à des services notariés et a modifié les mécanismes de nomination des notaires⁴.

Note :

¹ Voir <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5887374d40f0b6593700001a/legal-services-market-study-final-report.pdf>. Ce n'est pas la première fois que l'autorité de la concurrence s'intéresse aux services juridiques. D'autres études ont déjà été réalisées plus spécialement sur les avocats-conseils, en 2010 par exemple. Cette dernière avait été menée au titre du mandat général de l'OFT, le Bureau britannique de la concurrence, d'obtention des informations et de réalisation de travaux de recherche en vertu de la section 5 de la Loi sur les entreprises de 2002.

² Voir https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/669507/Govt-Response-to-CMA-study.pdf.

³ Voir <https://www.fne.gob.cl/en/notaries-market-study-press-release/>.

⁴ Voir <https://www.competitionpolicyinternational.com/chile-presents-government-bill-reform-project/>.

5. Comment garantir la cohérence des approches en matière de concurrence et de réglementation sectorielle

46. Lorsqu'il existe des organismes de réglementation sectoriels indépendants, les organes publics doivent veiller à ce qu'ils agissent de façon cohérente avec d'autres entités publiques. La présente section examine les différents moyens de garantir la cohérence des approches en matière de concurrence des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation. Elle porte exclusivement sur les effets sur la concurrence et n'aborde pas les autres domaines de coordination possible avec les organismes de réglementation sectoriels.

5.1. Justification de la cohérence

47. Les avantages d'une approche cohérente en matière de concurrence entre les organismes de réglementation sectoriels et les autorités de la concurrence sont évidents, ces deux types d'instances pouvant avoir un intérêt institutionnel à préserver les forces concurrentielles. D'une part, les autorités de la concurrence n'ont guère la capacité de limiter le pouvoir de marché ou d'accroître la concurrence, en supervisant par exemple les prix fixés par les monopoles naturels, voire parfois par les organismes d'autoréglementation. D'autre part, les organismes de réglementation ont encore moins la possibilité de mener des enquêtes sur des comportements anticoncurrentiels ou peuvent estimer que les pratiques suspectes se situent en dehors du cadre limité de leurs responsabilités ou au-delà de leur capacité à recueillir des informations et à influencer sur le comportement et la motivation des entreprises.

48. Des problèmes de cohérence peuvent survenir entre les organismes de réglementation sectoriels et les autorités de la concurrence pour différentes raisons.

5.1.1. Différences entre les objectifs de l'organisme de réglementation et de l'autorité de la concurrence

49. La principale mission des organismes de réglementation du secteur financier est généralement de garantir la stabilité financière, qui peut dépendre de la solidité financière des entités supervisées. L'un des moyens d'assurer la solidité des établissements financiers comme les banques est de garantir un niveau de bénéfices suffisamment élevé et d'éviter que la concurrence n'atteigne un degré susceptible de menacer leur rentabilité, voire de provoquer la faillite des plus fragiles. Dans le même temps, très peu d'organismes de réglementation du secteur financier sont chargés d'encourager une concurrence efficace⁴⁴. Par exemple, au Costa Rica, dans le cadre des réglementations instaurées au titre de l'article 56 de la Loi réglementaire de 1924 (modifiée) sur les marchés de l'assurance, l'autorité de tutelle du secteur financier pouvait approuver des ententes risquant d'entraîner des conséquences anticoncurrentielles pour les entreprises sous sa surveillance. Dans de tels cas, il appartient à la loi de définir quel objectif doit prévaloir⁴⁵.

5.1.2. Différences entre les règles de fond

50. Les organismes de réglementation peuvent appliquer des règles de fond différentes, même s'ils poursuivent les mêmes objectifs. Un organisme de réglementation peut par exemple appliquer une règle donnée pour l'examen d'une entente, alors que l'autorité de la concurrence en appliquera une autre. Aux États-Unis, après la Loi sur les télécommunications de 1996, la FCC, Commission fédérale des communications, dans le

but de protéger la concurrence, a adopté une règle statutaire qui interdit à toute entreprise de détenir plus de huit stations sur un marché et plus de cinq d'un certain type, FM ou AM. En revanche, dans certaines affaires, le ministère américain de la Justice a appliqué une norme proche de celle des lignes directrices relatives aux concentrations horizontales, tout en proposant de faire appel à une instance du droit de la concurrence si les parts de marché sont de 35 % au moins ou regroupent une grande partie d'un type de station donné⁴⁶. Au Royaume-Uni, le nombre des objectifs prescrits par la loi des organismes de réglementation a augmenté ces vingt dernières années et est désormais plus vaste que celui de l'autorité de la concurrence⁴⁷.

5.1.3. Différences entre les règles de procédures et les capacités à recueillir des informations

51. Les organismes de réglementation ne possèdent souvent pas les mêmes capacités à recueillir des informations que les autorités de la concurrence, mais peuvent se voir confier des volumes d'informations très importants au titre de leur mandat réglementaire⁴⁸. Ils ne disposent donc pas forcément d'informations de la même nature. Les exemples illustrant les niveaux différents d'informations que peuvent détenir les organismes de réglementation par rapport aux autorités de la concurrence regroupent, pour les documents, les données qu'ils ne sont pas tenus de recueillir au titre de leur devoir légal et les perquisitions surprises. Les organismes de réglementation peuvent aussi ne pas être en mesure de recueillir des informations détenues par des tiers qui peuvent posséder des produits en relation avec ceux faisant l'objet d'une procédure mais qui ne sont pas concernés par celle-ci.

5.1.4. Différences entre les évaluations

52. Les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence peuvent évaluer les mêmes faits différemment. Les organismes de réglementation peuvent avoir un point de vue différent de celui de l'autorité de la concurrence sur la définition ou l'évolution du marché. Il peut y avoir des évaluations différentes en cas de divergences d'appréciation de ce qui est important pour l'intérêt général, lorsque les organismes de réglementation disposent d'analyses différentes et potentiellement mieux étayées sur le plan technique, ou s'ils sont dans une certaine mesure plus susceptibles que l'autorité de la concurrence d'être « capturés » par le secteur qu'ils supervisent, cette dernière entretenant généralement moins de relations avec les entreprises d'un secteur donné que l'organisme de tutelle⁴⁹. Cependant, plus fondamentalement, il est normal que des différences d'évaluation se produisent entre deux parties neutres qui examinent les mêmes faits complexes.

53. Un cas marquant d'évaluation différente entre l'organisme de réglementation et l'autorité de la concurrence a été observé lors de la fusion des compagnies ferroviaires américaines Union Pacific et Southern Pacific. D'après la loi américaine, les fusions du secteur ferroviaire dépendaient du contrôle exclusif du Surface Transportation Board (STB). Les instances américaines de la concurrence n'étaient donc pas en mesure de s'opposer directement à l'entente, mais devaient soumettre des éléments de preuve au STB. Lors de son témoignage devant le STB, le ministère de la Justice a qualifié cette opération de « *fusion ferroviaire la plus anticoncurrentielle jamais proposée* »⁵⁰. Le STB a approuvé l'entente deux jours après ce témoignage⁵¹.

5.1.5. Conclusion.

54. Compte tenu de ces différences, divers mécanismes ont été mis en place pour garantir une meilleure cohérence entre les approches des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation. La section suivante décrit certaines de ces structures et les outils organisationnels qui sont employés⁵².

5.2. Structures organisationnelles de coopération

55. Les structures organisationnelles destinées à garantir la cohérence des approches des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation sont de différentes natures, certaines relevant directement des autorités, d'autres reposant sur des mécanismes externes, qui recouvrent les dispositifs de recours habituels, la fusion des fonctions de l'autorité de concurrence et de l'organisme de réglementation et l'attribution des pouvoirs d'application du droit aux différentes entités. Ces mécanismes sont présentés ci-après.

5.2.1. Fusion de l'organisme de réglementation et de l'autorité de la concurrence

56. Plusieurs pays ont créé des instances intégrées associant d'une manière ou d'une autre les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence, ainsi que le décrivent des travaux de l'OCDE (2014, 2015)⁵³. C'est le cas en Australie, en Espagne, en Estonie et aux Pays-Bas. D'autres pays ont évoqué la possibilité de combiner davantage ces deux types d'autorités. Au Royaume-Uni, le National Audit Office a par exemple proposé : « *de manière plus radicale, l'État devrait envisager une mutualisation plus large des ressources de mise en application du droit de la concurrence entre les différentes instances*⁵⁴ ».

57. Les arguments avancés pour justifier la réunion des différentes autorités reposent souvent sur la perspective de réaliser des économies, d'augmenter l'efficacité et d'améliorer la cohérence des décisions. Les structures de base des autorités intégrées sont décrites ci-après⁵⁵.

Australie.

58. L'Australian Competition and Consumer Commission est une autorité de la concurrence et une instance de protection des consommateurs⁵⁶. Elle supervise également la réglementation des secteurs des communications, ferroviaire, de l'air et de l'eau. Elle précise en particulier :

« Nous exerçons une série de fonctions réglementaires dans les secteurs nationaux des infrastructures et supervisons les prix sur certains marchés sur lesquels la concurrence est limitée. Nos fonctions sont les suivantes :

définir les prix et les conditions d'accès à certains services d'infrastructures importants sur le plan national

surveiller et faire appliquer le respect de la législation sectorielle pour l'eau, l'énergie et les communications

surveiller et établir un rapport sur les prix et la qualité de produits et services particuliers pour fournir des informations sur les conséquences des conditions de marché

diffuser l'information pour aider les parties prenantes à comprendre les cadres réglementaires et la structure et le fonctionnement des marchés d'infrastructures
fournir des conseils le cas échéant aux pouvoirs publics et instances politiques sur la manière d'obtenir des résultats efficaces en matière de réglementation et de mettre en place des marchés concurrentiels qui fonctionnent correctement⁵⁷. »

Estonie.

59. L'autorité estonienne de la concurrence possède une division de la concurrence et une division de la réglementation, cette dernière exerçant des missions réglementaires dans les secteurs de l'énergie, de la poste, des communications et du réseau ferroviaire. Ces fonctions ont été confiées à l'autorité de la concurrence par la Loi sur l'établissement des restrictions de prix et des monopoles entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2010.

Pays-Bas.

60. L'autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés (ACM) est née le 1^{er} avril 2013 de la fusion de l'autorité néerlandaise pour les consommateurs, l'autorité néerlandaise de la concurrence (NMA) et l'autorité néerlandaise indépendante des postes et des télécommunications (OPTA). Elle est également chargée de promouvoir la concurrence dans les transports et la santé⁵⁸.

Espagne.

61. La Loi 3/2013 de juin 2013 a créé la commission nationale de la concurrence et des marchés (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC), en réunissant l'autorité de la concurrence (CNC) et les organismes de réglementation sectoriels des télécommunications, de l'énergie, du réseau ferroviaire, des aéroports et de l'audiovisuel⁵⁹. Il semblerait que les partis politiques aient envisagé en 2017 une éventuelle séparation de l'autorité de la concurrence et de l'instance de réglementation, ainsi qu'un autre mode de nomination des membres de la commission. Aucune dissolution n'avait toutefois eu lieu lors de la rédaction de cette note, et compte tenu des difficultés politiques du pays, il était prévu de prolonger le mandat des membres de la commission⁶⁰.

62. L'auteur n'a pour l'instant pas connaissance d'analyses *ex post* de l'efficacité et de la réduction des coûts entraînées par la réunion d'organismes de réglementation de différents secteurs et des autorités de la concurrence. Les entités intégrées devraient en principe apporter certains avantages en termes d'harmonisation de l'application des principes dans plusieurs secteurs. Elles devraient aussi être moins soumises à des risques de capture en raison de leur nature horizontale. Les principes visant à définir un taux de rentabilité approprié ou l'accès à des emprises - obligatoire pour les canalisations, la fibre et les câbles de télécommunication, et les infrastructures de distribution de l'électricité - pourraient utiliser un grand nombre d'éléments communs aux différents organismes de réglementation. En ce qui concerne la concurrence, certaines juridictions ont établi que les décisions réglementaires sur les prix doivent s'appliquer uniquement lorsqu'il existe une entreprise en position dominante. Les autorités de la concurrence peuvent posséder une expertise particulière concernant la définition d'une position dominante, tandis que les organismes de réglementation peuvent se montrer plus compétents dans le domaine de la réglementation sur les prix, ce qui tend à prouver que la réunion des deux présente un intérêt.

63. La création d'un organisme de réglementation plurisectoriel comporte toutefois des inconvénients, qui sont exposés ci-dessous.

Moindre précision de la portée et de la définition de la mission

64. Compte tenu de l'augmentation du nombre des secteurs couverts par l'organisme de réglementation, la portée et la définition de sa mission risquent d'être élargis. Il peut se révéler particulièrement difficile pour les instances plurisectorielles de conserver une orientation claire, mais une définition claire de leurs objectifs est toutefois souvent considérée comme une caractéristique essentielle à leur réussite⁶¹. S'il est théoriquement possible de maintenir des objectifs clairs sur plusieurs secteurs, en pratique, il s'avère inévitable qu'un organisme de réglementation chapeautant plusieurs secteurs soit moins en mesure de concentrer ses efforts sur un seul secteur, tant du point de vue de la direction que du conseil d'administration.

Conflit entre la fonction de réglementation ex ante et la fonction d'application du droit de la concurrence ex post

65. La fonction de réglementation *ex ante* et celle d'application du droit de la concurrence *ex post* peuvent être incompatibles, essentiellement en raison de leurs objectifs différents. L'exemple le plus emblématique est peut-être celui des organismes de réglementation du secteur financier qui ont pour mission principale de protéger la stabilité, alors que les autorités de la concurrence peuvent être principalement chargées de protéger la concurrence. Ces deux fonctions peuvent se télescoper lorsque des fusions sont envisagées en période de risques financiers importants. Plus généralement, il peut s'avérer difficile de concilier les objectifs des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence, ainsi que leur utilisation des différents outils, les autorités de la concurrence se montrant souvent peu disposées à réglementer les prix⁶².

Moindre expertise du conseil d'administration sur la concurrence et les secteurs couverts par l'organisme de réglementation

66. Le degré d'expertise dans un domaine précis d'un membre du conseil d'administration peut diminuer, les administrateurs s'employant généralement à acquérir des compétences intéressant un conseil particulier. Bien que certains professionnels possèdent des connaissances dans plusieurs secteurs, que leur expertise principale soit le droit, l'économie ou d'autres domaines, le nombre d'experts compétents dans un ou plusieurs domaines sera nécessairement plus important.

Compétences du personnel non transférables

67. Il est souvent difficile de transférer le personnel spécialisé d'un organisme de réglementation à l'autre. Par exemple, les organismes de réglementation du secteur de l'eau peuvent employer de nombreux experts dotés d'une formation spéciale ou possédant une solide expertise qui s'avérerait moins utile à un organisme de réglementation des secteurs du numérique, des télécommunications ou de l'énergie. Si la mobilité du personnel peut constituer l'une des caractéristiques naturelles d'un organisme de réglementation intégré, elle peut aussi entraîner une diminution des compétences spécialisées et risquer par conséquent d'abaisser le niveau d'expertise global, voire la qualité des décisions réglementaires prises par la suite.

Incompatibilités de la culture organisationnelle

68. L'intégration de plusieurs organismes de réglementation peut supposer d'associer des cultures organisationnelles différentes. Bien que l'intégration culturelle puisse paraître abstraite d'un point de vue théorique, ses conséquences pratiques, l'incertitude qui en découle en matière de ressources humaines ou les répercussions sur le moral du personnel, sont souvent préjudiciables et peuvent se rapprocher des conséquences observées sur la production lorsque des changements sont annoncés mais pas encore mis en œuvre. Une fois appliqué, le style de l'activité réglementaire, en particulier la nécessité d'agir rapidement et de délibérer, pourrait se révéler très différent selon les organismes de réglementation des différents domaines. Ainsi, un organisme de réglementation du secteur de l'eau, qui de par sa stabilité et son approche, peut avoir besoin de garantir les actifs du secteur sur 30 à 50 ans, doit pouvoir donner confiance aux investisseurs sur le long terme. Un organisme de réglementation du secteur énergétique peut superviser des infrastructures de production d'une durée de vie plus courte. Un organisme de réglementation du secteur numérique, tel que le prévoient certains pays, comme le Royaume-Uni et les Pays-Bas, contrôlera des produits avec une durée de vie encore plus brève et devra faire preuve de réactivité et agir rapidement pour empêcher la formation d'un pouvoir de marché et de blocages. Nombre d'autorités de la concurrence préfèrent de leur côté éviter toute action susceptible d'être interprétée comme une réglementation des prix, alors que c'est la mission principale de beaucoup d'organismes de réglementation des infrastructures.

Besoins budgétaires contradictoires

69. Un organisme de réglementation plurifonctionnel doit concilier des obligations et des missions antagonistes. Il peut s'avérer difficile de déterminer la manière de répartir les fonds entre les différentes activités, en particulier lorsqu'on doit comparer la valeur à relativement long terme pour la société d'une action bénéficiant de ressources plus importantes dans un domaine précis à la nécessité immédiate et à l'obligation légale d'agir dans tous les domaines. D'après l'OCDE, « *les organismes de réglementation intégrés sont confrontés à des difficultés plus grandes pour équilibrer leurs fonctions concurrentes* »⁶³.

70. Globalement, entre la dilution de l'expertise du conseil d'administration, les questions de personnel, les différences culturelles, l'obligation d'agir rapidement et les difficultés budgétaires, la réunion des organismes de réglementation des infrastructures et des autorités de la concurrence présente de nombreux inconvénients. Il conviendrait néanmoins de mener une analyse coûts-avantages complète de chaque cas avant de déterminer si les avantages de l'intégration, qu'ils soient d'ordre financier ou portent sur des questions de fond, l'emportent sur ces inconvénients potentiels⁶⁴.

71. Dans la pratique, l'intégration est bien plus courante avec les autorités chargées de l'application du droit et les instances de protection des consommateurs qu'avec les organismes de réglementation. Si l'intégration de ces derniers existe dans 12 % des juridictions de l'OCDE⁶⁵, celle des instances de protection des consommateurs apparaît dans environ 36 % d'entre elles⁶⁶. La plus grande fréquence d'intégration des instances de protection des consommateurs peut s'expliquer par (1) la proximité des objectifs des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence et des instances de protection des consommateurs, qui se concentrent souvent sur le bien-être des consommateurs et les moyens de l'accroître, (2) les liens de causalité étroits entre les pratiques visant à tromper les consommateurs et celles destinées à fausser la concurrence, et (3) le caractère horizontal de ces deux autorités.

5.2.2. Pouvoirs d'exécution concurrents

72. L'instauration de compétences concurrentes pour l'application du droit de la concurrence permet à un organisme de réglementation, en plus de l'autorité de la concurrence, de prendre des mesures d'exécution en cas d'infraction au droit de la concurrence. Ce mécanisme reste relativement rare dans les pays de l'OCDE.

73. Le Royaume-Uni est l'un de ces pays à disposer de compétences concurrentes. Par exemple, « en avril 2015, [la Financial Conduct Authority] s'est vue confiée le pouvoir de faire exécuter la loi lors d'infractions au droit de la concurrence, parallèlement à la Competition and Markets Authority, concernant généralement la prestation de services financiers⁶⁷. En avril 2019, [ces] compétences concurrentes ont été élargies de manière à recouvrir les services de gestion des réclamations fournis en Grande Bretagne⁶⁸. »

74. L'existence de compétences concurrentes présente l'intérêt de permettre de répartir les affaires de manière à répondre à la nécessité de cohérence. Une affaire de concurrence peut ainsi être confiée à un organisme de réglementation s'il est souhaitable d'assurer une cohérence avec d'autres fonctions réglementaires, ou si l'organisme est plus à même d'apprécier le fond de l'affaire au regard de sa connaissance de la réglementation du secteur ou de l'expertise de son personnel. Les affaires pourront davantage être traitées par l'autorité de la concurrence si elles portent sur des activités pénales ou clandestines ou pourraient créer un précédent dans des affaires relevant de secteurs autres que ceux couverts par l'organisme de réglementation. Plus généralement, l'existence de compétences concurrentes peut aussi permettre aux autorités d'intervenir en cas de divergences des priorités, des évaluations ou des ressources. L'autorité britannique de la concurrence aurait aussi tendance à s'en remettre aux organismes de réglementation pour ce qui concerne leur domaine, tandis que les organismes de réglementation sectoriels utiliseraient plutôt leurs pouvoirs réglementaires que leurs pouvoirs d'exécution du droit. La faculté de rendre des décisions au titre de compétences concurrentes est par conséquent très peu utilisée au Royaume-Uni et à certains égards, il est possible que le droit de la concurrence soit insuffisamment appliqué dans les secteurs réglementés⁶⁹. La seule et unique décision prise par la FCA au titre du droit de la concurrence, du moins à la date de rédaction de la présente note, date du 21 février 2019⁷⁰. L'affaire impliquait des gestionnaires d'actifs qui ont partagé des informations stratégiques sur leurs intentions lors d'une opération d'introduction en bourse. Les entreprises qui auraient dû se livrer concurrence pour acheter des actions ont eu connaissance des plans des autres acheteurs. L'affaire pouvait être considérée comme une manipulation du marché dans le secteur financier et représentait un type de pratique généralement ciblée par les organismes de réglementation financière dans d'autres pays, en plus du Royaume-Uni. Pour que les entreprises ne fassent pas l'objet d'enquêtes à la fois de la part de l'autorité de la concurrence et de l'organisme de réglementation, des orientations ont été diffusées sur l'application concurrente du droit de la concurrence dans les secteurs réglementés⁷¹.

75. On observe dans d'autres pays également, tels que l'Autriche, la Belgique et la France, différentes formes de ce que l'on pourrait appeler la coexistence informelle systématique de plusieurs dispositifs⁷².

76. La coexistence des compétences soulève la question de la primauté institutionnelle, et de savoir s'il existe une possibilité d'élection de juridiction et si l'un des détenteurs des pouvoirs d'exécution du droit de la concurrence ne risque pas de se focaliser sur les objectifs de services publics, plutôt que sur les objectifs de concurrence⁷³. Cette situation présente l'avantage que les organismes de réglementation, tels que la Financial Conduct Authority, peuvent former des équipes dans le domaine de la concurrence qui garantiront

que les organismes et l'autorité de la concurrence agissent en cohérence, dans la mesure du possible. Ces unités peuvent aider les organismes de réglementation à adopter une approche plus axée sur la concurrence.

5.2.3. Mécanismes de recours communs

77. L'un des moyens de garantir que les organismes de réglementation économique et les autorités de la concurrence agissent en respectant leurs objectifs mutuels est de définir une procédure de recours commune pour les affaires qui pourraient sinon donner lieu à des décisions ou à des principes contradictoires selon les organismes. Ces recours font parfois l'objet d'une procédure judiciaire recouvrant les différentes activités supervisées par les pouvoirs publics (comme dans l'UE et aux États-Unis). Dans d'autres cas, la procédure de recours commune sollicite au départ un tribunal spécialisé dans le domaine de la concurrence ou de la réglementation économique, comme le Competition Appeal Tribunal au Royaume-Uni, qui « *détermine les affaires qui traitent de questions relatives à la concurrence ou à la réglementation économique* »⁷⁴, avant d'envisager un recours auprès d'instances supérieures communes⁷⁵. En France, la cour d'appel de Paris est spécialisée dans les affaires émanant de l'Autorité de la concurrence ou des tribunaux de commerce spécialisés qui peuvent rendre des décisions en matière de droit de la concurrence mais pas imposer d'amendes, et concernant des questions réglementaires.

78. Même si un tribunal n'est pas compétent en matière de réglementation sectorielle, un dispositif de recours commun peut garantir la cohérence entre les tribunaux. Au Chili, la procédure d'enquête est menée par l'autorité de la concurrence, le Bureau national du procureur économique, tandis que la décision est rendue en première instance par un tribunal spécialisé, le tribunal de la concurrence (TDLC). Dans les affaires de réglementation sectorielle, la première décision ne relève pas du TDLC. En revanche, le dernier contrôle des décisions prises par les organismes de réglementation sectoriels revient à la cour suprême dans les procédures d'appel, en sa qualité de tribunal de dernier recours. Cela dit, un mécanisme de recours commun ne sera pas nécessairement synonyme de convergence si certains types d'affaires ou de sujets ne font généralement pas l'objet d'un recours.

5.3. Instruments de coopération

79. Outre les mécanismes de gouvernance destinés à faire en sorte que les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence tiennent compte des conséquences de leurs actions respectives, plusieurs instruments peuvent encourager cette coopération. Ce sont notamment :

- les protocoles d'accords et les lois ;
- les points de contact bilatéraux et multilatéraux ;
- les échanges de personnel ; et
- les rapports établis en commun.

80. Ces instruments sont décrits ci-dessous et illustrés par des exemples.

5.3.1. Protocoles d'accords et lois

81. Les mécanismes de coopération peuvent comprendre des dispositifs de droit incitatif (tels que les protocoles d'accords) ou de droit impératif.

82. De nombreuses autorités de la concurrence mettent en place des protocoles d'accords, qui forment des dispositifs de droit indicatif, avec les organismes de réglementation. Ces protocoles peuvent instituer des modes de coopération et définir en particulier comment et quand seront partagées les informations. De nombreuses législations sur la concurrence permettent aux autorités de conclure ce type d'accords et protègent les informations partagées dans ce cadre. En Irlande par exemple, des accords de coopération existent entre la CCPC, la ComReg et la Banque centrale d'Irlande, en plus des accords précédemment signés avec la Commission for Energy Regulation, la Broadcasting Authority of Ireland, la Commission for Aviation Regulation, l'Health Insurance Authority et la National Transport Authority⁷⁶.

83. En Corée, l'article 63 de la Loi sur la réglementation des monopoles impose aux organismes publics et réglementaires de consulter la KFTC avant de formuler des lois ou des réglementations limitant la concurrence. Au Mexique, les instances réglementaires et publiques sont tenues de consulter la COFECE avant toute nouvelle loi ou réglementation susceptible de restreindre la concurrence et de soumettre leurs travaux à un examen de l'impact réglementaire effectué par la CONAMER. En 2018, 49 réglementations ont ainsi été examinées⁷⁷. Dans ce type de cas, la loi définit dans quelle mesure les organismes de réglementation doivent répondre à l'avis ou au conseil de l'autorité de la concurrence, l'examiner ou l'accepter.

5.3.2. Points de contact bilatéraux et multilatéraux

84. Des contacts réguliers entre les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence peuvent favoriser la communication. Les points de contact bilatéraux sont particulièrement courants. Ils sont parfois institués de manière officielle, avec la nomination de personnes comme points de contact, qui doivent se voir et échanger régulièrement et veiller en particulier à ce que l'autre institution soit informée si des affaires l'intéressant se font jour.

85. Les mécanismes multilatéraux s'avèrent plus rares. Au Royaume-Uni, le UK Competition Network rassemble l'autorité de la concurrence et les organismes de réglementation de l'aviation civile, des communications, de l'énergie, des systèmes de paiement, des réseaux ferrés et routiers et de l'eau. Il traduit la volonté de l'État de garantir des liens étroits entre le droit de la concurrence et la réglementation, en particulier dans la mesure où les organismes de réglementation peuvent appliquer également le droit de la concurrence.

5.3.3. Échanges de personnel

86. De nombreuses autorités de la concurrence échangent du personnel avec les organismes de réglementation. Certains de ces mouvements s'effectuent dans le cadre normal des processus de déroulement de carrière, au cours desquels une personne peut postuler dans un autre organisme. D'autres sont plus structurés et impliquent un double échange, de manière à ce que les instances concernées gagnent chacune en expertise et que les effectifs et les salaires demeurent inchangés. Les échanges de personnel contribuent à maintenir ouvertes les voies de communication informelles entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation. Au Royaume-Uni par exemple, l'Ofgem, le Bureau des marchés du gaz et de l'électricité, a détaché du personnel à l'OFT. Aux États-Unis, le ministère de la Justice a autorisé le détachement de personnel auprès de la FCC, l'organisme de réglementation des communications, et de la SEC. Dans de nombreux autres pays, il existe des services économiques et juridiques dans lesquels les mouvements de

personnel peuvent s'effectuer relativement facilement. L'existence de réglementations de personnel communes et de régimes de retraite communs peut particulièrement faciliter ces échanges.

5.3.4. *Rapports établis en commun*

87. Bien qu'une autorité de la concurrence et un organisme de réglementation puissent en principe établir des rapports communs, ils le font rarement. Cela est notamment imputable au fait que les organismes de réglementation indépendants doivent établir une position officielle qui tient parfois compte de différentes considérations et débouche sur des conclusions différentes, et, dans certains pays à l'absence d'une base réglementaire définissant l'établissement de ces rapports. Il est intéressant de noter que des rapports sont bien établis en commun par des autorités de la concurrence de pays différents, comme en témoigne un rapport réalisé récemment par les autorités françaises et allemandes de la concurrence, ce qui laisse penser qu'il est plus simple pour ces instances de mener des travaux en commun à l'extérieur qu'à l'intérieur de leurs frontières⁷⁸. Par ailleurs, les organismes de réglementation peuvent reconnaître l'importance de l'avis des autorités de la concurrence pour leur travail en présentant et en citant de façon systématique les affaires de droit de la concurrence correspondantes, afin de montrer leur interdépendance, ainsi que le font certains organismes de réglementation français.

6. Conclusion

88. Cette note examine les interconnexions et les liens existant entre les organismes de réglementation sectoriels indépendants, les autorités de la concurrence et les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence. Les arguments justifiant la création d'organismes de réglementation et d'autorités de la compétence indépendants diffèrent, de même que les risques associés à des décisions prises de façon non autonome. Ces divergences peuvent expliquer les différents degrés d'indépendance dont ont besoin ces instances. Il conviendra à l'avenir de veiller particulièrement à offrir aux organismes de réglementation la même structure législative basée sur des principes que celle dont disposent généralement les autorités de la concurrence. Il faudra également s'interroger sur le fait de savoir si le droit de la concurrence ou la réglementation devrait encadrer des activités pour lesquelles on constate un besoin de réglementation, alors qu'il n'existe pas encore d'organisme de réglementation. À plus long terme, il faudra se préoccuper davantage de garantir la cohérence des décisions prises par les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence, en particulier lorsque ces instances ne poursuivent pas les mêmes objectifs. L'analyse effectuée par la présente note a mis en évidence les points suivants :

- L'indépendance du processus de décision est un critère de gouvernance essentiel, pour les organismes de réglementation sectoriels comme pour les autorités de la concurrence. Elle s'avère étroitement liée aux mécanismes de responsabilité. Si elle admet des orientations politiques générales, elle n'autorise pas de directives précises sur les décisions particulières.
- En raison de leurs besoins particuliers, les autorités de la concurrence, en tant qu'entités quasi-judiciaires intervenant sur l'ensemble de l'économie, pourraient sans doute bénéficier d'une plus grande indépendance que les organismes de réglementation sectoriels, ainsi que d'une plus grande responsabilité et d'une amélioration de leurs processus internes. Les organismes de réglementation

pourraient pour leur part bénéficier d'une plus grande indépendance pour diminuer l'influence de certains intérêts particuliers.

- Il pourrait être envisagé d'accorder aux organismes de réglementation sectoriels indépendants une souplesse juridique leur permettant d'adapter rapidement leurs réglementations sans l'adoption d'un nouveau texte législatif. À une époque où les techniques et les modèles économiques évoluent rapidement, il conviendrait de faire en sorte que la réglementation *ex ante* puisse s'adapter correctement à l'incertitude, aux nouvelles technologies et aux nouveaux modèles d'activité.
- En cas de dysfonctionnements du marché, les organismes de réglementation peuvent être préférables à l'autorégulation en place, aux activités supervisées par les pouvoirs publics et aux activités présentant des défaillances de marché mais qui ne sont pas supervisées.
- Les concepteurs de la structure de gouvernance des mécanismes d'application du droit de la concurrence et de la réglementation peuvent associer les mécanismes qui cadrent avec la situation de leur pays pour garantir la coopération et la cohérence nécessaires entre les instances.

Notes de fin

¹ Conformément aux conventions habituelles, cette note ne considère pas les autorités de la concurrence, dans leur rôle d'instances chargées de l'application du droit de la concurrence, comme des autorités de réglementation.

² L'OCDE a déjà étudié certains aspects de ces relations par le passé. Voir par exemple : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)6/en/pdf) et <http://www.oecd.org/daf/competition/cooperation-between-competition-agencies-and-regulators-in-the-financial-sector.htm>.

³ Les principales raisons économiques citées pour justifier la définition d'une réglementation sont souvent : (1) le pouvoir de marché, (2) les biens publics (et le parasitisme), (3) les externalités, (4) l'information asymétrique ou imparfaite, (5) l'immobilité factorielle, et (6) l'absence de droits de propriété clairs. L'existence d'un pouvoir de marché n'entraîne généralement pas la mise en place d'une réglementation, le pouvoir de marché pouvant être considéré comme acceptable s'il est issu d'une concurrence fondée sur les qualités intrinsèques. Il est par exemple souvent accordé aux entreprises de services publics réglementées un accès particulier à des emprises ou installations publiques (spectre). D'autres monopoles ne sont au contraire soumis à aucune réglementation.

⁴ Les entreprises concernées peuvent être détenues ou exploitées totalement ou en partie par l'État.

⁵ Les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence exercent souvent un rôle *ex ante* dans l'examen d'une entente.

⁶ Les raisons de choisir entre droit de la concurrence et action de réglementation sont expliquées dans le document OCDE (2005) « The relationship between competition authorities and regulators », disponible à l'adresse : [://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2005\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2005)2/en/pdf).

⁷ Voir <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>.

⁸ Voir Digital Competition Expert Panel (2019) « Unlocking competition » à l'adresse <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>. Les autorités françaises réclament une meilleure réglementation des plateformes numériques : <https://www.economie.gouv.fr/transparence-plateformes-numeriques-decrets-renforcent-legislation>. Pour les Pays-Bas : <https://www.government.nl/latest/news/2019/05/27/dutch-government-change-competition-policy-and-merger-thresholds-for-better-digital-economy>.

⁹ L'électricité représente souvent 4 % du budget des ménages, les services de communications, 3 %.

¹⁰ Les 10 plus grandes entreprises privées assurant un service public de l'OCDE enregistrent un chiffre d'affaires récurrent annuel d'environ 372 milliards USD. Calcul effectué par l'auteur pour le chiffre d'affaires des 10 plus grandes compagnies d'électricité privées en fonction de leur capitalisation boursière : Duke Energy, Engie, National Grid, NextEra, EDF, Enel, Dominion Resources, Iberdrol, Southern Company, Exelon, à partir des données publiées pour 2018.

¹¹ Cette note ne s'interroge pas sur le fait de savoir si les organismes de réglementation des plateformes numériques, comme la « Digital Market Unit » envisagée au Royaume-Uni après la publication du Digital Competition Expert Panel Report, seraient des organismes de réglementation sectoriels ou horizontaux.

¹² Des restrictions privées susceptibles d'échapper au droit de la concurrence peuvent se faire jour lorsqu'un gouvernement accorde explicitement à un organisme d'autoréglementation (pour une profession libérale donnée par exemple) le droit de réglementer l'emploi des termes (le terme « nutritionniste » par exemple) et l'accès à cette profession.

¹³ On peut considérer que cette distinction entre examen *ex ante* et *ex post* est artificielle à certains égards, les lois bien élaborées pouvant être interprétées comme des règles connues *ex ante*. Leur mise en œuvre *ex post* ne serait sinon pas prévisible.

¹⁴ Plusieurs documents de l'OCDE ont étudié l'indépendance des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence, dont : <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm> et

<http://www.oecd.org/da/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>.

¹⁵ La proportion dans laquelle les redevances, les amendes et les fonds publics constituent le budget peut aussi influencer sur l'indépendance, chacune de ces sources ayant ses avantages et ses inconvénients. Les redevances et les amendes peuvent par nature fortement fluctuer.

¹⁶ L'OCDE a élaboré un document d'orientation pour créer une culture de l'indépendance. Il est disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/creating-a-culture-of-independence-9789264274198-en.htm>.

¹⁷ Voir par exemple Gilardi, F. et M. Maggetti (2010) « The independence of regulatory authorities » dans *Handbook of Regulation*, Edgar Elgar, Cheltenham.

¹⁸ Voir par exemple Edwards, G. et L. Waverman (2006) « The effects of public ownership and regulatory independence on regulatory outcomes », *Journal of Regulatory Economics*, 29(1): 23-67.

¹⁹ Voir Stigler, G. (1971) « The theory of economic regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1):3-21. Pour une explication plus pratique, voir David Currie (ancien président de la CMA) (2014) « The Currie Lecture », Cass Business School, Londres, 21 mai 2014, qui affirme qu'une réglementation indépendante est davantage en mesure de mener des actions ciblées et efficaces car elle sera moins susceptible de subir l'influence de groupes d'intérêt ».

²⁰ La caractéristique principale de l'indépendance peut être l'autonomie des décisions.

²¹ Voir Vickers (2010) Vickers, J. (2010) *Central Banks and Competition Authorities: Institutional Comparisons and New Concerns*, documents de travail BIS n° 331. <http://www.bis.org/publ/work331.pdf>.

²² Voir Vickers (2010) Vickers, J. (2010) *Central Banks and Competition Authorities: Institutional Comparisons and New Concerns*, documents de travail BIS n° 331. <http://www.bis.org/publ/work331.pdf>. Cet argument peut également s'appliquer aux organismes de réglementation.

²³ Voir KPMG (2007), *Peer Review of UK Competition Policy*, 06 juin 2007.

²⁴ Casullo *et al* (2019), p. 20, conclusions confirmées par Koske *et al.* (2016) « Regulatory management practices in OECD countries », documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE, n° 1296, OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/5jm0qwm7825h-en>.

²⁵ Pour nuancer ce point, il convient de signaler que certains organismes de réglementation disposent de tribunaux internes pour les appels en première instance.

²⁶ Parmi les travaux déjà menés par l'OCDE sur ce sujet, voir par exemple <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm> et <http://www.oecd.org/da/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>

²⁷ Les orientations politiques peuvent aussi concerner les affaires de mise en application du droit de la concurrence, mais elles prennent la forme d'une procédure transparente qui passe explicitement

outre à l'avis des autorités de la concurrence, comme cela s'est produit ces dernières années en Allemagne, en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. De nombreux arguments d'intérêt général défendent le fait que les pouvoirs publics ne retiennent pas l'avis des organismes de réglementation indépendants et des autorités de la concurrence, bien que l'OCDE ait affirmé que ces événements doivent rester rares, transparents et justifiés.

²⁸ C'est le cas par exemple de la règle appliquée au secteur médical, qui autorise uniquement des consultations présentielles.

²⁹ La définition d'un nombre de jours maximum pendant lesquels les particuliers peuvent louer un logement meublé protègent les hôtels de la concurrence.

³⁰ Les organismes de réglementation des transports peuvent estimer que les sociétés de VTC ne sont pas des prestataires de services légitimes et refuser de leur délivrer une licence.

³¹ Plusieurs nouveaux produits financiers ont été interdits, tels que l'émission sur Internet d'actions d'entreprises de petite taille.

³² Voir par exemple la mise à jour numérique effectuée récemment du Manuel pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence de l'OCDE.

³³ Le fait que les organismes de réglementation puissent actualiser leurs propres règles sans restriction comporte des risques, mais les principes limiteraient précisément la manière dont ils peuvent le faire.

³⁴ On pourrait y ajouter toute une série de secteurs financés par des fonds publics, tels que les soins aux personnes âgées, les services de l'emploi, les services de mise en liberté surveillée et les prisons.

³⁵ L'autoréglementation a aussi un coût, souvent supporté par une cotisation demandée aux entreprises autoréglementées.

³⁶ Les organismes de réglementation indépendants peuvent aussi effectuer ces évaluations, en particulier s'ils sont conseillés par des spécialistes médicaux neutres.

³⁷ Voir la décision relative à l'affaire North Carolina Dental Association vs FTC sur les pratiques anticoncurrentielles des organismes autoréglementés <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/130604ncboardopinion.pdf>.

Les conclusions de l'analyse de l'ABA sur les pratiques des associations sont également intéressantes :

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/professional_lawyer/2016/volume-24-number-1/lessons_learned_the_nc_dental_board_decision_a_state_bar_officer_and_antitrust_lawyer/

³⁸ Voir Kleiner, Morris M. et Evan J. Soltas (2019) « A Welfare Analysis of Occupational Licensing in U.S. States », Staff Report 590, Banque de réserve fédérale de Minneapolis.

³⁹ Les personnes les mieux informées des répercussions négatives sur la concurrence (les membres d'une association professionnelle par exemple) peuvent être justement celles qui ont le plus à gagner de l'autoréglementation et le moins intérêt à porter plainte auprès d'une autorité de la concurrence.

⁴⁰ On parle parfois dans ce cas de doctrine tirée de la défense de l'action de l'État.

⁴¹ OCDE (2007) Trade Associations, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>.

⁴² Par exemple, Goldfarb v. Virginia State Bar Association, 421 US 773, 778, n. 17(1975). « La notion de service public, et d'autres caractéristiques des professions libérales, peut nécessiter qu'une pratique particulière, qui pourrait constituer une infraction à la loi Sherman dans un autre contexte, soit traitée différemment [dans un contexte professionnel] » ou affaire C-309/99, *Wouters*, [2002] ECR I-1577.

⁴³ Voir <http://www.oecd.org/daf/competition/market-studies-and-competition.htm>.

⁴⁴ Le Royaume-Uni constitue une exception notable à cette règle, avec la Financial Conduct Authority (FCA), son instance de réglementation financière, et la Banque d'Angleterre, sa banque centrale. Le rôle de la FCA consiste à « protéger les consommateurs, maintenir la stabilité du secteur et promouvoir une concurrence saine entre les prestataires de services financiers ». (Voir <https://www.gov.uk/government/organisations/financial-conduct-authority>.) « Lors de la création de la FCA en 2013, nous avons été chargés d'encourager une concurrence effective concernant les intérêts des consommateurs dans les services financiers réglementés. (...) Nos objectifs de concurrence s'appliquent aussi à l'activité réglementée de gestion des réclamations. Nous avons également un devoir de concurrence. Ce mandat nous donne ainsi les moyens de déceler et de résoudre les problèmes de concurrence et nous contraint à adopter une approche de la réglementation plus favorable à la concurrence. » (Voir <https://www.fca.org.uk/about/promoting-competition>.) La Banque d'Angleterre a pour sa part un objectif « secondaire » de concurrence (voir <http://www.oecd.org/daf/competition/cooperation-between-competition-agencies-and-regulators-in-the-financial-sector.htm>).

⁴⁵ Parmi les exemples de cas dans lesquels les décisions divergent parfois, on peut citer les ententes considérées comme nécessaires à la stabilité financière, telles que les fusions de journaux qui risquent dans le même temps de nuire au pluralisme. La coopération seule ne suffit pas à résoudre ces incohérences.

⁴⁶ Voir Assistant Attorney General Joel I. Klein, DOJ Analysis of Radio Mergers (19 février 1997). <https://www.justice.gov/atr/speech/doj-analysis-radio-mergers>.

⁴⁷ Voir Harker and Reader (2018) et CCP (2019), document interne sur les objectifs réglementaires, disponible à l'adresse : <https://www.nic.org.uk/publications/technical-annex-duties-diagrams-for-water-energy-and-telecoms-centre-for-competition-policy/>.

⁴⁸ Informations qui peuvent parfois constituer des ressources utiles aux autorités de la concurrence.

⁴⁹ Martimort, David (1999) « The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs ». *Review of Economic Studies* 66: 920–947. Dal Bo, E. (2006) « Regulatory Capture: A Review », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22(2) : 203-225.

⁵⁰ Voir Assistant Attorney General Anne K. Bingaman, Testimony before the Surface Transportation Board (1er juillet 1996), disponible à l'adresse <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/0718.htm>.

⁵¹ Surface Transportation Board, Union Pacific/Southern Pacific Merger, 1 S.T.B. 233 (1996).

⁵² Les travaux réalisés précédemment par l'OCDE sur la coopération comprennent le document <http://www.oecd.org/daf/competition/cooperation-between-competition-agencies-and-regulators-in-the-financial-sector.htm>.

⁵³ Voir <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>.

⁵⁴ Voir NAO (2016) « The UK Competition Regime », disponible à l'adresse <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/02/The-UK-Competition-regime.pdf>.

⁵⁵ Pour davantage de détails, voir la table ronde de l'OCDE sur les changements de la conception institutionnelle des autorités de la concurrence, <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>.

⁵⁶ La réunion des autorités de la concurrence et de la protection des consommateurs est relativement courante. Ces associations n'entrent pas dans le cadre de la présente note, qui porte sur les organismes de réglementation sectorielles et les autorités de la concurrence.

⁵⁷ Voir <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/about-regulated-infrastructure/acccs-role-in-regulated-infrastructure>.

- ⁵⁸ Voir <https://www.acm.nl/en/about-acm/our-organization/the-netherlands-authority-for-consumers-and-markets>.
- ⁵⁹ Voir https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2013/es_cnmc.pdf.
- ⁶⁰ Voir <https://www.osborneclarke.com/insights/farewell-to-the-young-cnmc/>, et <https://www.competitionpolicyinternational.com/spain-political-conflict-will-affect-relief-in-cnmc/> sur la prolongation du mandat des membres de la commission.
- ⁶¹ See OCDE, 2014. *The Governance of Regulators*, 10.1787/9789264209015-en, p. 30.
- ⁶² Bien que les dispositifs précis varient selon la législation des différents pays, les autorités de la concurrence encouragent généralement les solutions axées sur le marché, le changement de prestataires par exemple, pour limiter les stratégies de prix élevés des entreprises, alors que les organismes de réglementation seront plus enclins à réglementer les prix pour supprimer les risques de prix trop élevés.
- ⁶³ Voir OCDE, 2014. *The Governance of Regulators*, 10.1787/9789264209015-en, p. 36.
- ⁶⁴ Ce calcul peut dépendre de la taille des marchés réglementés, pour laquelle la taille de la juridiction peut fournir une valeur approximative, comme dans le cas de l'Estonie, de la Lettonie, du Luxembourg, de Jersey et Guernesey, etc.
- ⁶⁵ Australie, Espagne, Estonie et Pays-Bas.
- ⁶⁶ Calcul effectué par l'auteur à partir du site : <https://www.ftc.gov/policy/international/competition-consumer-protection-authorities-worldwide>.
- ⁶⁷ Ces pouvoirs ont été attribués au titre de la Loi sur les services financiers (réforme bancaire) de 2013.
- ⁶⁸ Voir <https://www.fca.org.uk/about/promoting-competition>.
- ⁶⁹ Voir Dunne, N. (2014), « Recasting Competition Concurrency under the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 », *The Modern Law Review*, 77:2. Ainsi que NAO (2010 Review of the Competition Landscape, disponible à l'adresse https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2010/03/0910_competition_landscape.pdf.
- ⁷⁰ <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-issues-its-first-decision-under-competition-law>.
- ⁷¹ Voir https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/704663/CMA10.pdf. Des lettres ont aussi étayé les discussions entre l'autorité de la concurrence et l'organisme de réglementation. Voir https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/ofcomresponses/concurrency_ofc.
- ⁷² Voir See Stern, J. (2014), « The Use of Competition Powers by Sector Regulators – The Origins, Experience and Potential Future of the UK's Concurrency Arrangements », document de travail CCRP n°27, tableau 3 de l'annexe.
- ⁷³ Voir Dunne, N. (2014), « Recasting Competition Concurrency under the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 », *The Modern Law Review*, 77:2.
- ⁷⁴ Voir <https://www.catribunal.org.uk>.
- ⁷⁵ La révision réalisée au titre de la procédure de recours commune du CAT peut se révéler particulièrement importante étant donné que les recours traités par le CAT ne concernent pas toujours le même organisme. Par exemple, une décision du CAT portant sur une décision prise par l'OFCOM concernant la sélection et l'autorisation de services satellites mobiles pourrait faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel ou la cour suprême écossaise, selon la région concernée.
- ⁷⁶ Voir <https://www.ccpc.ie/business/about/co-operation/>.

⁷⁷ Voir https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/03/CFCN2018_v270319.pdf#pdf.

⁷⁸

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html

Voir

et

<http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

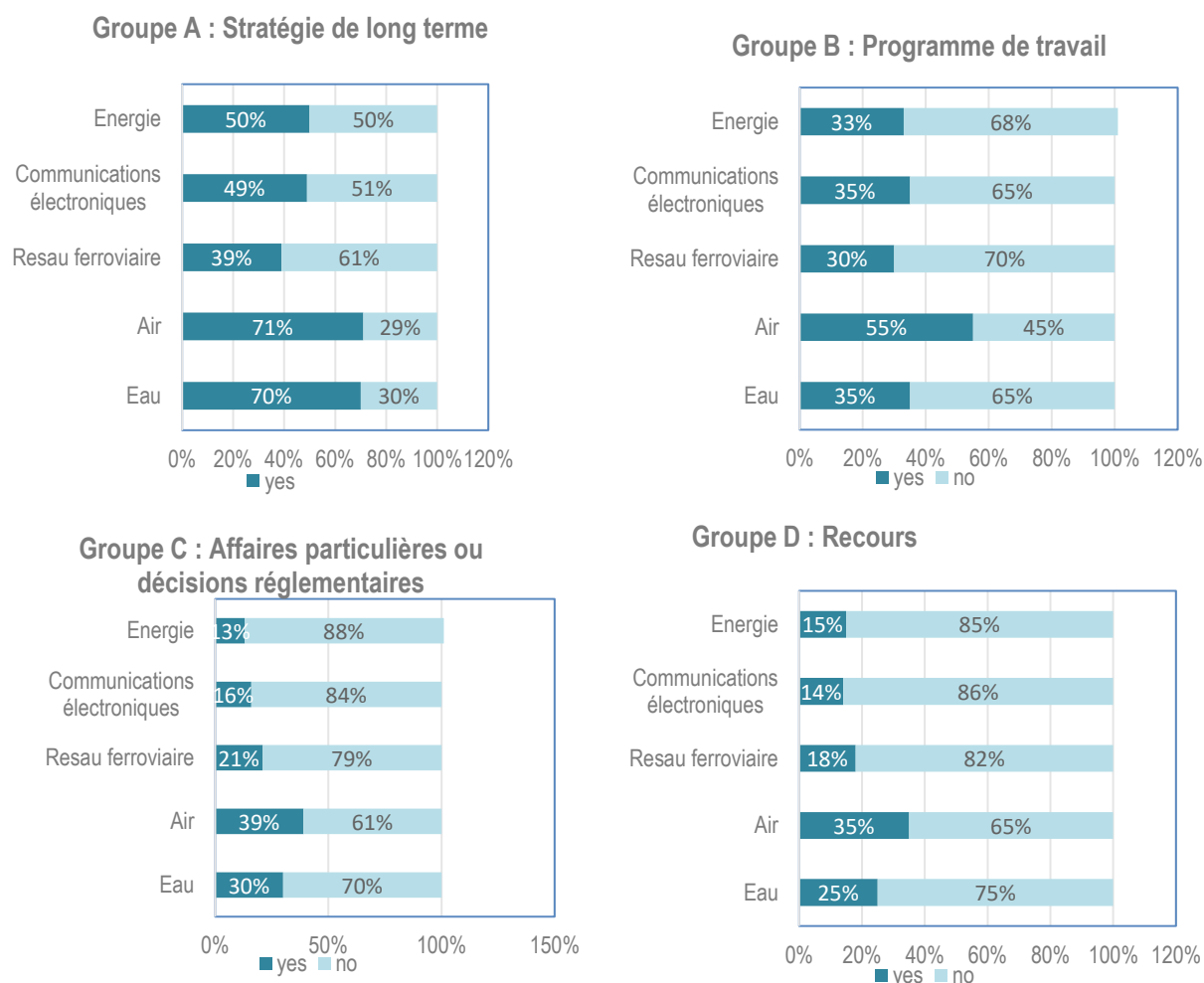
Annexe 1. L'indépendance suppose-t-elle l'absence d'intervention politique ?

L'une des caractéristiques principales de l'indépendance réglementaire est le degré selon lequel les organismes de réglementation indépendants coopèrent avec les gouvernements ou les parlements et reçoivent des orientations de leur part. Les organismes de réglementation entretiennent nécessairement des relations avec de nombreux acteurs différents, tels que les ministères qui élaborent généralement les politiques qu'ils mettent ensuite en œuvre, les parlements qui promulguent les fondements juridiques de ces politiques, les acteurs du secteur qui peuvent être touchés par les décisions prises et les citoyens¹. Il convient alors de trouver un juste équilibre entre la mise en place d'une coordination adaptée et l'exercice d'une influence inappropriée. Le caractère approprié ou non de l'intervention politique est un sujet particulièrement sensible. Les approches absolutistes qui la rejettent totalement sont sans doute irréalistes et entraînent le risque que les politiques ne soutiennent plus l'indépendance. Si une certaine intervention des pouvoirs publics auprès des organismes de réglementation apparaît inévitable et souhaitable, l'indépendance de ces instances est un facteur crucial pour préserver la confiance des secteurs privés dans la réglementation. Dans la mesure où les investissements reposent précisément sur cette confiance, leur niveau et la qualité des infrastructures réglementées peuvent bénéficier de l'indépendance des organismes de réglementation².

¹ Voir OCDE (2016) Being an Independent Regulator, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264255401-en>.

² Certains chercheurs ont avancé que les détenteurs d'un monopole peuvent réaliser les investissements les plus importants. Même dans ce cas, les organismes de réglementation jouent un rôle majeur pour déterminer si ces entreprises dégagent des bénéfices trop élevés.

Graphique 2. Nature des interventions politiques auprès des organismes de réglementation



Source : Base de données 2018 de l'OCDE sur la gouvernance des organismes de réglementation sectoriels

L'OCDE considère généralement comme approprié que les pouvoirs publics fournissent aux organismes de réglementation une orientation sur la stratégie à long terme. Leur degré d'intervention dans des affaires particulières et des décisions réglementaires constitue toutefois un motif de préoccupation. Selon Casullo *et al.* (2019), la bonne pratique qui veut que le gouvernement ne rende pas d'avis dans les affaires individuelles n'est pas bien respectée, surtout si les organismes de réglementation se situent au sein d'un ministère. Parmi les organismes de réglementation ministériels couverts par l'étude menée par l'OCDE en 2018, « 3 sur 4 dans le secteur de l'énergie, 4 sur 6 dans les communications numériques, 5 sur 7 dans les transports ferroviaires, 9 sur 15 dans les transports aériens et 4 sur 5 dans le secteur de l'eau acceptent des orientations des pouvoirs publics concernant des affaires particulières ou des décisions réglementaires »³.

L'auteur n'a pas connaissance à l'heure actuelle de données comparables concernant les autorités de la concurrence.

³ Voir Casullo *et al.* (2019), p. 27.

Annexe 2. Études sur la concurrence menées par l'OCDE concernant des activités qui peuvent être soumises à l'autoréglementation

Associations professionnelles <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>

Éducation <http://www.oecd.org/daf/competition/publicly-funded-education-markets.htm>

Santé <http://www.oecd.org/daf/competition/designing-publicly-funded-healthcare-markets.htm>,
<http://www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf>

Transport maritime de ligne <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-issues-in-liner-shipping.htm>

Systèmes de paiement <http://www.oecd.org/daf/competition/PaymentSystems2012.pdf>,
<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/39531653.pdf>

Ports <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48837794.pdf>

Professions libérales :

--Audit <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/44762253.pdf>

--Général <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920231.pdf>

--Santé <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/35910986.pdf>

--Juridique <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/40080343.pdf>

Taxis <http://www.oecd.org/daf/competition/taxis-and-ride-sharing-services.htm>,
<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/41472612.pdf>