

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

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

**L'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires**

**- Note de référence du Secrétariat -**

7 juin 2021

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de note de référence pour l'examen du Point 1 de l'ordre du jour de la 71<sup>ème</sup> réunion du Groupe de travail n°2 sur la concurrence et la réglementation le 7 juin 2021.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :  
<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-enforcement-and-regulatory-alternatives.htm>

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Federica MAIORANO [Federica Maiorano, [Federica.MAIORANO@oecd.org](mailto:Federica.MAIORANO@oecd.org)]

**JT03477913**

## Table des matières

<b>Application du droit de la concurrence et alternatives réglementaires .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2. L'interface entre le droit de la concurrence et la réglementation économique .....</b>	<b>5</b>
2.1. La portée respective du droit de la concurrence et de la réglementation économique.....	6
2.2. Les relations entre le droit de la concurrence et la réglementation économique .....	11
<b>3. L'application du droit de la concurrence dans des secteurs réglementés .....</b>	<b>14</b>
3.1. Règles régissant l'application du droit de la concurrence si la réglementation économique s'applique également .....	15
3.1.1. Arguments pour et contre l'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence .....	16
3.1.2. L'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence en pratique .....	17
3.2. Cadres institutionnels .....	21
3.2.1. Les autorités de la concurrence et les régulateurs disposent de compétences exclusives dans le cadre de leur mission respective .....	21
3.2.2. La même institution est responsable de l'application à la fois de la réglementation et du droit de la concurrence .....	22
3.2.3. Les autorités de la concurrence et les régulateurs détiennent une compétence concurrente .....	23
3.2.4. Autres mécanismes de coordination .....	24
<b>4. Influences mutuelles entre la réglementation et le droit de la concurrence .....</b>	<b>24</b>
4.1. L'application du droit de la concurrence peut jouer un rôle dans l'adoption d'une réglementation .....	25
4.2. Une réforme réglementaire peut influencer l'application du droit de la concurrence .....	29
4.3. L'application du droit de la concurrence peut influencer le contenu de fond de la réglementation .....	31
4.4. L'influence de la réglementation sur le fond du droit de la concurrence et sur son application .....	35
4.4.1. L'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un comportement doit tenir compte des spécificités des marchés réglementés .....	35
4.4.2. La réglementation peut inspirer le droit de la concurrence sur le fond.....	36
4.4.3. La réglementation comme source de responsabilité en vertu de la législation antitrust .....	40
<b>5. Le développement croissant d'hybrides combinant droit de la concurrence et réglementation .....</b>	<b>42</b>
5.1. Procédures négociées et orientations futures .....	43
5.2. Études de marché.....	45
5.3. Mesures correctives présentant des caractéristiques réglementaires .....	47
<b>6. Conclusion.....</b>	<b>49</b>
<b>Notes de fin.....</b>	<b>50</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>55</b>

## Graphiques

Graphique 1. Types de restrictions applicables aux lignes d'activité .....	48
--	----

## Encadrés

Encadré 1. Les méthodes différentes de la réglementation et du droit de la concurrence .....	8
Encadré 2. L'évolution de l'interface concurrence/réglementation à l'OCDE .....	10

Encadré 3. Exemples de lois fédérales sur la concurrence et de réglementation étatique	15
Encadré 4. Ne bis in idem	20
Encadré 5. Régulateurs intégrés et autorités de la concurrence	22
Encadré 6. Régulateurs ayant des pouvoirs d'application du droit de la concurrence	23
Encadré 7. L'affaire Pfizer/Flynn au Royaume-Uni et la suppression des vides juridiques	25
Encadré 8. L'application du droit de la concurrence peut conduire à l'adoption d'une réglementation	26
Encadré 9. Réglementer le domaine numérique	28
Encadré 10. Substituer l'application du droit de la concurrence à la réglementation sectorielle	30
Encadré 11. Le régime des communications électroniques dans l'UE	32
Encadré 12. Influences du droit de la concurrence sur la proposition de loi sur les marchés numériques de l'UE	33
Encadré 13. Prix réglementés et pratiques abusives dans l'affaire Pfizer/Flynn	38
Encadré 14. L'affaire Facebook en Allemagne	41

## *Application du droit de la concurrence et alternatives réglementaires*

### 1. Introduction

1. La réglementation économique et la politique de la concurrence sont des instruments largement interdépendants de la politique économique. Toutefois, elles diffèrent dans leurs buts et leurs méthodes (Breyer, 1984, pp. 157-158<sup>[1]</sup>). (Fels et Ergas, 2014, p. 3<sup>[2]</sup>).

2. On peut dire que la politique de la concurrence et la réglementation économique visent toutes deux à réaliser les avantages découlant d'une concurrence viable, mais procèdent différemment pour y parvenir – le droit de la concurrence cherche à renforcer le fonctionnement des marchés en prohibant certaines formes de comportement anticoncurrentiel, tandis que la réglementation économique assujettit le comportement des entreprises à des contraintes publiques afin de résoudre les problèmes liés aux « défaillances du marché ».

3. Toutefois, les objectifs de la politique de la concurrence et ceux de la réglementation économique ne sont pas nécessairement alignés. Dans certains cas, les réglementations économiques protègent et promeuvent la concurrence ; dans d'autres cas, elles limitent la concurrence afin d'atteindre d'autres objectifs publics importants (Shelanski, 2019, p. 1923<sup>[3]</sup>). La réglementation peut avoir pour effet d'étouffer la concurrence, privant ainsi les consommateurs de ses avantages, par exemple en augmentant les barrières à l'entrée. Cependant, la réglementation peut également jouer un rôle important pour soutenir la concurrence, par exemple en fournissant les cadres juridiques et économiques dans lesquels la concurrence peut se déployer. (Competition and Markets Authority, 2020, p. 2<sup>[4]</sup>).

4. Enfin, le droit de la concurrence et la réglementation économique sont distincts mais se chevauchent, sont largement complémentaires et sont occasionnellement en conflit (Dunne, 2015, p. 332<sup>[5]</sup>).

5. Cette note de référence a pour objet d'explorer cette relation sous l'angle de l'application du droit de la concurrence. Elle explorera en particulier le rôle que la réglementation peut jouer dans l'application du droit de la concurrence – en la limitant ou en l'influençant –, et comment la réglementation peut à la fois remplacer et compléter cette application en pratique.

6. Afin d'étudier cette question, cette note de référence s'appuie sur les très nombreux travaux que l'OCDE lui a consacrés. Il s'agit, en premier lieu, des études abondantes que l'OCDE a réalisées sur l'interaction entre le droit de la concurrence et la réglementation dans des secteurs spécifiques, qu'il serait trop long d'énumérer ici, mais qui concernaient des secteurs comme les télécommunications, l'énergie, les transports, la finance et certaines professions réglementées. En second lieu, les travaux de l'OCDE sur le contrôle des ententes ou des fusions – concernant, par exemple, des pratiques individuelles comme le refus de vente et la compression des marges, ou le contrôle des fusions dans des secteurs réglementés – traitent très souvent de l'interaction entre la réglementation et l'application du droit de la concurrence. En troisième lieu, plusieurs travaux ont été consacrés aux principes généraux régissant les conflits potentiels entre l'application du droit de la concurrence et la réglementation, plus particulièrement en ce qui concerne le moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause (OCDE, 2011<sup>[6]</sup>). En

quatrième lieu, le Comité de la concurrence s'est consacré, ces dernières années, à l'étude de la conception institutionnelle des autorités de la concurrence et des régulateurs sectoriels. Enfin, l'OCDE a travaillé sur les recours et les outils d'application du droit de la concurrence, en étudiant leurs relations avec des mesures réglementaires alternatives ou similaires.

7. Comme en atteste le volume des travaux de l'OCDE qui viennent d'être cités, le sujet de cette note de référence est très vaste et suscite depuis longtemps l'attention du Comité de la concurrence. Pour ne pas faire double emploi avec de précédents travaux de l'OCDE, certaines questions ne seront donc pas traitées ici ou ne le seront que brièvement. À titre d'exemple, cette note de référence n'étudiera pas en détail les relations entre l'application du droit de la concurrence et le cadre réglementaire d'un secteur particulier donné. En outre, sachant que l'application concurrente de la réglementation et du droit de la concurrence a déjà été étudiée en détail par le passé, en abordant à la fois des questions de fond et des questions institutionnelles, cette note de référence se limitera à résumer les travaux passés du Comité de la concurrence sur ces sujets.

8. Pour ne pas allonger excessivement son texte, cette note de référence ne traitera pas de certains autres sujets ou ne les mentionnera qu'en passant, bien qu'ils méritent un traitement approfondi. Parmi les sujets revêtant un intérêt et une importance indubitables, que nous ne pouvons pas étudier en profondeur ici, nous citerons la manipulation de régimes réglementaires à des fins anticoncurrentielles (Lemley et Dogan, 2009<sup>[7]</sup>), l'évaluation des barrières réglementaires sous l'angle du droit de la concurrence, et l'importance de plaidoyers en faveur de la concurrence pour l'adoption de réglementations pro-concurrentielles, entre autres.

9. Dans le cadre de ces contraintes, cette note de référence explorera les relations entre la réglementation et l'application du droit de la concurrence selon le plan suivant :

10. La **Section 2** commence par donner une vue d'ensemble des débats sur l'interrelation entre la réglementation et le droit de la concurrence.

11. La **Section 3** explore ensuite la manière dont l'application de la réglementation et l'application du droit de la concurrence peuvent se chevaucher, et comment ces chevauchements sont gérés en pratique.

12. La **Section 4** étudie la manière dont la réglementation et le droit de la concurrence s'affectent et s'inspirent mutuellement. Cette étude nous conduira à examiner comment l'application du droit de la concurrence peut conduire à l'adoption ou à l'abrogation d'une réglementation ; comment l'existence d'une réglementation peut inspirer ou limiter l'application du droit de la concurrence ; et comment le contenu du droit de la concurrence et celui de la réglementation peuvent s'influencer mutuellement.

13. La **Section 5** donne des exemples de pollinisation croisée entre la réglementation et le droit de la concurrence, en discutant des outils d'application qui peuvent combiner des éléments des deux.

## 2. L'interface entre le droit de la concurrence et la réglementation économique

14. L'interaction entre le droit de la concurrence et la réglementation varie selon les juridictions, en fonction du contexte légal et institutionnel. Toutefois, les choix locaux qui sont faits à propos de cette interaction reflètent des vues plus larges sur la réglementation et le droit de la concurrence (Shelanski, 2019, p. 1925<sup>[3]</sup>).

15. Cette section décrit les vues principales qui ont été exprimées à propos des relations entre le droit et la politique de la concurrence, d'une part, et la réglementation économique, d'autre part. Ces vues inspirent en effet autant d'arguments sur la manière dont le droit de la concurrence et la réglementation devraient interagir en pratique – par exemple, quelles doivent être leurs portées respectives, quelles sont les règles de fond régissant leur interaction, quel est le système institutionnel approprié et comment chaque discipline devrait influencer l'autre.

16. Cette note de référence analysera ces arguments en profondeur un peu plus loin. Toutefois, afin de les comprendre correctement, nous devons d'abord comprendre les grands débats sur l'interaction entre la réglementation et le droit de la concurrence, que nous allons à présent aborder.

## 2.1. La portée respective du droit de la concurrence et de la réglementation économique

17. Avant d'examiner l'interaction entre le droit de la concurrence et la réglementation économique, il convient de définir ces termes. En l'occurrence, comme nous le verrons, la difficulté tient au fait que le droit et la politique de la concurrence peuvent être aisément définis et identifiés, mais qu'il n'en est pas de même de la réglementation économique.

18. L'interaction entre la réglementation économique et le droit de la concurrence est communément examinée sous l'angle des problèmes sociaux qu'ils cherchent chacun à résoudre. Le droit de la concurrence et la réglementation sont souvent présentés comme des approches alternatives afin de réguler la concurrence et de régler les problèmes posés par les défaillances du marché (Shelanski, 2019, pp. 1925-1928<sup>[3]</sup>). En effet, la plupart des auteurs s'accordent à considérer que la nécessité de corriger les défaillances du marché est la justification principale de l'action de l'État dans la sphère économique (Nicolaidis, 2005, p. 25<sup>[8]</sup>).

19. Le concept de défaillance du marché est extrêmement large et a de multiples significations.<sup>1</sup> À l'origine, ce concept se rapportait à la capacité du marché à générer une efficacité au sens de Pareto en présence de phénomènes comme des externalités et des biens publics (Marciano et Medema, 2015, pp. 10-11<sup>[9]</sup>). La définition dominante adoptée par l'école néoclassique évoque l'incapacité d'un marché à atteindre un équilibre par lui-même, ou autrement sa capacité à atteindre uniquement des équilibres qui ne produisent que des résultats et des prix insatisfaisants (Hovenkamp, 2019, p. 485<sup>[10]</sup>). En pratique, toutefois, le concept de défaillance du marché est souvent utilisé comme un raccourci justifiant un grand nombre d'interventions des pouvoirs publics dans le fonctionnement des marchés. Les sources principales de défaillance du marché les plus fréquemment citées sont respectivement : (1) la puissance sur le marché ; (2) les biens publics (et le parasitisme) ; (3) les externalités ; (4) l'information asymétrique ou imparfaite ; (5) l'immobilité des facteurs ; et (6) l'absence de droits de propriété clairs (OCDE, 2019, p. 27<sup>[11]</sup>).<sup>2</sup> La recherche récente s'est de plus en plus intéressée aux biais comportementaux, qui peuvent être un autre motif expliquant pourquoi les marchés ne fonctionnent pas bien (Financial Conduct Authority, 2016, pp. 13-14<sup>[12]</sup>).

20. Les autorités publiques disposent de deux outils principaux pour régler les problèmes posés par des défaillances du marché : des mécanismes d'action sur les prix – au premier rang desquels figure la taxation – et des mécanismes réglementaires imposant des contraintes en matière de comportement sur le marché (Viscusi, Harrington et Sappington, 2018, p. 3<sup>[13]</sup>). La politique de la concurrence et la réglementation économique relèvent toutes deux largement de ce dernier type d'outils.

21. Une première distinction entre la réglementation et le droit de la concurrence peut être faite en fonction du type de défaillances du marché qu'ils visent à traiter. Le droit de la concurrence vise à empêcher l'acquisition illégitime d'une puissance sur le marché et, si cette puissance sur le marché a déjà été acquise, à contrôler son exercice, de manière à réaliser pleinement les avantages habituels de la concurrence – des prix plus bas, un plus grand choix, une meilleure qualité – (Dunne, 2015, pp. 14-18<sub>[5]</sub>). Étant donné que la réglementation économique a également pour rôle essentiel d'atténuer les défaillances du marché, y compris la puissance monopolistique, cette distinction n'est pas particulièrement utile (OCDE, 2019, p. 6<sub>[11]</sub>).<sup>3</sup>

22. Toutefois, la réglementation peut traiter un ensemble beaucoup plus vaste de problèmes que le droit de la concurrence, et va souvent au-delà du simple traitement des défaillances de marché, comprises au sens étroit du terme comme l'incapacité du marché à être aussi efficace qu'il le pourrait (Dunne, 2015, pp. 37-38<sub>[5]</sub>). Même si la réglementation est souvent présentée comme justifiée car elle rectifie des défaillances du marché, d'autres justifications de la réglementation sont largement reconnues, notamment la justice distributive, des considérations géographiques et la protection de certains droits, entre autres (Baldwin, Cave et Lodge, 2015, pp. 15, 22-23<sub>[14]</sub>). Comme l'a indiqué l'auteur qui a formulé le concept de défaillance du marché : « *L'efficacité au sens de Pareto peut ne pas suffire, à elle seule, à garantir le bon fonctionnement du marché* » (Bator, 1958, p. 378<sub>[15]</sub>). En conséquence, des justifications autres qu'une défaillance du marché sous-tendent souvent l'adoption d'une réglementation, et non d'une loi sur la concurrence (Breyer, 1984, pp. 7-8<sub>[1]</sub>) (Feintuck, 2010<sub>[16]</sub>).

23. En effet, la réglementation déplace parfois les objectifs du droit de la concurrence dans la poursuite d'autres objectifs sociaux (OCDE, 1999, pp. 24-25<sub>[17]</sub>) (Shelanski, 2019, p. 1950<sub>[3]</sub>). Si des valeurs autres que celles tenant au marché sont priorisées, la réglementation peut être déployée non pas parce que le marché ne fonctionne pas bien, mais simplement parce que d'autres valeurs sont priorisées (Hovenkamp, 2005, pp. 229-230<sub>[18]</sub>). Même si la réglementation n'est pas directement hostile à la concurrence, cette dernière est fréquemment absente de l'agenda d'un régulateur, ou ne représente, au mieux, qu'une question mineure dans celui-ci (Lemley et Dogan, 2009, pp. 696-697<sub>[7]</sub>). L'exemple le plus flagrant est la manière dont la plupart des services publics réglementés font l'objet d'obligations de service universel qui sont sans lien avec le problème du monopole, mais sont plutôt liés à des considérations d'équité (Dunne, 2015, p. 38<sub>[5]</sub>).<sup>4</sup>

24. En dépit de ces différences, il n'est pas toujours facile d'opérer une distinction entre la réglementation et le droit de la concurrence. La raison tient au fait, ainsi que nous le verrons tout au long de cette note, que la réglementation peut se chevaucher avec le droit de la concurrence, à la fois en termes d'objectifs et de méthodes. En ce qui concerne les objectifs, nous avons déjà établi que le droit de la concurrence comme la réglementation peuvent viser à contrôler l'acquisition et l'exercice de la puissance sur le marché, même si la réglementation peut également poursuivre d'autres objectifs. Étant donné ce potentiel de chevauchement des objectifs communs, la distinction entre le droit de la concurrence et la réglementation est généralement opérée par référence aux moyens qu'ils déploient respectivement.

### Encadré 1. Les méthodes différentes de la réglementation et du droit de la concurrence

Plusieurs distinctions ont été faites entre le droit de la concurrence et la réglementation en raison des moyens différents qu'ils emploient.<sup>1</sup>

- Champ d'application : il est souvent indiqué que le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble des marchés, alors que la réglementation est généralement spécifique à un secteur. Les interventions en matière de concurrence ont lieu sur les marchés dont la structure et les caractéristiques inhérentes peuvent favoriser une concurrence effective, tandis que les régulateurs (sectoriels) interviennent principalement dans les secteurs où une concurrence effective n'est pas possible et doit être remplacée par une intervention réglementaire spécialisée. Comme nous le verrons plus loin, cette distinction dénote une conception de la réglementation économique qui peut être trop étroite.

- Chronologie : la réglementation est censée être imposée *ex ante* et de manière continue, créant un cadre structurel pour remédier aux défaillances du marché, tandis que le droit de la concurrence s'applique *ex post* contre les comportements anticoncurrentiels de manière sporadique.<sup>2</sup> Bien entendu, les autorités de la concurrence interviennent *ex ante* dans de nombreuses situations (notamment dans le cadre du contrôle des fusions), tandis que les régulateurs agissent souvent *ex post*, c'est-à-dire après l'identification d'un problème.<sup>3</sup>

- Méthodes : la principale mission des autorités de la concurrence consiste à faire respecter un ensemble d'interdictions applicables à toute l'économie et destinées à dissuader les entreprises de faire obstacle à la concurrence. La réglementation sectorielle intervient plutôt lorsque les marchés sont intrinsèquement imparfaits et que les mécanismes du marché doivent être remplacés par un contrôle direct.<sup>4</sup> Certes, l'application du droit de la concurrence est la manière la plus simple de faire la distinction entre le droit de la concurrence et la réglementation, mais la distinction n'est pas aussi nette qu'on pourrait le croire. Comme nous le verrons plus loin, les régulateurs sectoriels peuvent appliquer le droit de la concurrence, et les autorités de la concurrence peuvent être investies de fonctions réglementaires. En outre, la réglementation ne se limite pas à une réglementation sectorielle ; elle peut également s'appliquer à l'ensemble du marché et fixer des obligations à l'échelle de l'économie qui, entre autres, visent à promouvoir la concurrence.

- Flexibilité : le droit de la concurrence est généralement appliqué de manière individuelle à des cas spécifiques, alors que la réglementation n'est liée à aucun cas particulier. En conséquence, la réglementation est souvent considérée moins flexible que le droit de la concurrence.<sup>5</sup> Dans ce contexte, le droit de la concurrence n'est pas en mesure de traiter les questions (par exemple, la collusion tacite) qui ne relèvent pas de sa compétence juridique, alors que les régulateurs indépendants peuvent se voir confier des responsabilités générales en vertu de la législation primaire, qu'ils peuvent mettre en œuvre par le biais d'une approche fondée sur des principes, qui pourrait inclure une législation secondaire facilement modifiable (publiée par le régulateur) ou des orientations.<sup>6</sup>

- Type d'obligations imposées : il est généralement observé que, tandis que le droit de la concurrence se contente d'imposer des obligations négatives ou réactives mais laisse autrement le marché fonctionner sans entrave, la réglementation impose des obligations positives et proactives aux acteurs économiques pour qu'ils adoptent certains comportements, et peut même outrepasser entièrement les mécanismes et les résultats du marché.<sup>7</sup> Cependant, les autorités de la concurrence ont le pouvoir d'imposer des

obligations de type réglementaire dans la pratique (voir section 5 ci-dessous), et certains types de réglementation se contentent simplement d'imposer des obligations négatives ou réactives qui n'empêchent pas la concurrence sur le marché.

- Nature des infractions : les infractions à la réglementation, même lorsqu'elles entraînent des sanctions sévères, ne sont généralement pas perçues comme des comportements répréhensibles en soi,<sup>8</sup> alors que le droit de la concurrence contient un élément moral important souvent absent de la plupart des infractions à la réglementation. Le problème de cette distinction est que certaines infractions à la réglementation sont perçues comme moralement répréhensibles (et punies comme telles), tandis que l'on peut se demander si les infractions les plus graves à la concurrence sont moralement répréhensibles.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Ces développements s'inspirent dans les grandes lignes de l'ouvrage de Niamh Dunne « Competition law and economic regulation » (2015, CUP), pp. 43-48.

<sup>2</sup> OCDE (1999), *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, DAF/CLP(99)8.

<sup>3</sup> Smith, V. (2004), « Competition Concurrence between the OFT and Sector Regulators », *Utilities Policy*, n° 61.

<sup>4</sup> OCDE (1999), *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, DAF/CLP(99)8.

<sup>5</sup> Larrouche, P. (2000), *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart, p. 124.

<sup>6</sup> OCDE (2019), *Organismes de réglementation sectoriels indépendants*, DAF/COMP/WP2(2019)3.

<sup>7</sup> OCDE (2014), *Institutional Design of Competition Authorities*, DAF/COMP/WD(2014)85.

<sup>8</sup> Baldwin, R., M. Cave et M. Lodge (2015), *Understanding Regulation*, Oxford University Press, pp. 249-251.

<sup>9</sup> OCDE (2020), *Pénalisation des ententes et des soumissions concertées*, DAF/COMP/WP3(2020)1.

25. En bref, alors qu'il est souvent simple de distinguer le droit de la concurrence de la réglementation, il peut ne pas être possible de les délimiter clairement dans tous les cas – et il se peut donc qu'ils se chevauchent.

26. Cette difficulté à distinguer le droit et la politique de la concurrence et la réglementation tient notamment au fait que la « réglementation » n'est pas un concept bien défini.<sup>5</sup> Par le passé, l'OCDE a défini la réglementation en termes larges comme « *l'imposition de règles édictées par les pouvoirs publics et assorties de sanctions dans le but spécifique de modifier le comportement des agents économiques dans le secteur privé.* »<sup>6</sup> Envisagés dans cette perspective, le droit et la politique de la concurrence ne sont qu'une forme de réglementation.

27. Cette absence de définition s'étend à la réglementation économique, que plusieurs auteurs ont décrite comme « *l'intervention de l'État dans les décisions économiques des entreprises* » (Foster, 1992, p. 186<sub>[19]</sub>) ou « *des restrictions imposées par les pouvoirs publics sur les décisions des entreprises en matière de prix, de quantité, et d'entrée et de sortie* » (Viscusi, Harrington et Sappington, 2018<sub>[13]</sub>). En vertu de ces définitions larges, le droit et la politique de la concurrence sont souvent décrits comme un type de réglementation économique, n'ayant donc aucune autonomie par rapport à celle-ci.

28. Certains auteurs ont tenté de réduire la portée de la réglementation économique, en la distinguant d'autres types de réglementation, mais ces schémas ne permettent pas de distinguer clairement la place qu'ils reconnaissent au droit de la concurrence. Ces classifications s'efforcent également de distinguer la réglementation économique de la réglementation sociale, qui traite de questions comme la protection des consommateurs, la santé et l'environnement (Ogus, 1994, pp. 4-5<sub>[20]</sub>), ou de la réglementation visant à protéger des objectifs d'intérêt public qui ne sont pas de nature économique (De Streel, 2010, pp. 868-869<sub>[21]</sub>)<sup>7</sup>. Par le passé, l'OCDE a également opéré une distinction selon ces lignes

(OCDE, 1997, p. 6<sub>[22]</sub>).<sup>8</sup> Il est également possible d'opérer une distinction entre la réglementation sectorielle, qui est limitée à des formes conventionnelles de réglementation des services publics, est sectorielle et prescrit un comportement particulier sur le marché, d'une part, et la réglementation économique horizontale, d'autre part. (Khan, 1988, p. 3<sub>[23]</sub>). Selon ces approches, il n'est pas rare que la politique de la concurrence soit reconnue comme une catégorie supplémentaire de réglementation, aux côtés de la réglementation économique et de la réglementation sociale/non économique (Prosser, 1997, pp. 5-6, 206<sub>[24]</sub>).

29. À l'heure actuelle, l'accent est essentiellement mis sur la manière dont le droit de la concurrence se chevauche avec la réglementation sectorielle spécifique. Cette focalisation, bien qu'elle ait le mérite de simplifier la distinction entre le droit de la concurrence et la réglementation économique, ignore cependant de nombreux types de règles qui peuvent influencer la concurrence sur le marché et promouvoir des objectifs nuisant au bien-être économique. En outre, la focalisation sur l'interaction entre le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle semble inadaptée à un contexte dans lequel une attention croissante a plutôt été portée à l'interaction entre le droit de la concurrence et les politiques horizontales, notamment celles concernant la protection des consommateurs, la protection des données et la durabilité (OCDE, 2019, p. 5<sub>[11]</sub>) – comme en témoigne l'évolution des travaux de l'OCDE.

## Encadré 2. L'évolution de l'interface concurrence/réglementation à l'OCDE

La plupart des Tables rondes du Comité de la concurrence de l'OCDE consacrées à la réglementation après le début du siècle ont mis l'accent presque exclusivement sur l'interface entre le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle<sup>1</sup>. Il s'agit notamment des tables rondes sur le droit de la concurrence et la réglementation en matière de télécommunications, d'énergie, de transports, et même d'obligations de service universel<sup>2</sup>. Cette tendance s'est également manifestée dans les sujets de fond abordés, qui traduisent souvent des préoccupations quant à l'opportunité de soumettre les pratiques de certaines industries à une réglementation sectorielle<sup>3</sup>, ou qui examinent comment gérer les chevauchements entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence<sup>4</sup>.

L'orientation a sensiblement changé ces dernières années. Pour commencer, l'OCDE a entrepris depuis dix ans environ des travaux sur la manière dont les innovations disruptives remettent en cause les régimes réglementaires<sup>5</sup>. Plus important encore, au cours de la dernière décennie, le Comité de la concurrence de l'OCDE s'est penché sur certains sujets concernant l'interaction entre le droit de la concurrence et les réglementations horizontales telles que la protection de l'environnement<sup>6</sup>, des consommateurs et des données<sup>7</sup>, et même les règles relatives aux pratiques commerciales et professionnelles loyales<sup>8</sup>.

Ces récents axes de travail accordent toujours une grande attention à la nécessité pour les autorités de la concurrence de participer à la conception des réglementations afin de s'assurer qu'elles ne restreignent pas inutilement la concurrence. Toutefois, les discussions devant le Comité ont également conclu à plusieurs reprises qu'il pourrait être nécessaire de compléter l'application de la législation antitrust par des outils réglementaires supplémentaires pour traiter des questions spécifiques, au lieu de se concentrer comme auparavant presque exclusivement sur la façon dont la réglementation crée des barrières à l'entrée qui limitent la concurrence. Les discussions ont également commencé à porter sur l'impact que ces régimes réglementaires et leurs

objectifs devraient avoir sur l'application du droit de la concurrence, reflétant les développements du marché qui ont déclenché un débat sur le caractère suffisant de la législation antitrust et de son articulation avec d'autres régimes réglementaires pour protéger les consommateurs et les structures du marché.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Les tables rondes ont également pu aborder les immunités antitrust prévues par des instruments réglementaires – OCDE, *Competition and Regulation in Agriculture*, DAF/COMP(2005)44 ; OCDE, *The Regulated Conduct Defence*, DAF/COMP(2011)3 –, ou la suppression des barrières réglementaires à l'entrée – OCDE, *Competition and Regulation in Retail Banking*, DAF/COMP(2006)33 ; OCDE, *Competitive Restrictions in Legal Professions*, DAF/COMP(2007)39 ; OCDE, *Competition and Regulation in Auditing and Related Professions*, DAF/COMP(2009)19.

<sup>2</sup> Par exemple, OCDE, *Competition and Regulation Issues in Telecommunications*, DAF/COMP(2002)6 ; OCDE, *Competition Policy in the Electricity Sector*, DAF/COMP(2003)14 ; OCDE, *Energy Security and Competition Policy*, DAF/COMP(2007)35 ; OCDE, *Structural Reform in the Rail Industry*, DAF/COMP(2005)46 ; OCDE, *Recent Developments in Rail Transportation Services*, DAF/COMP(2013)24 ; OCDE, *Competition in Ports and Port Services*, DAF/COMP(2011)14 ; OCDE, *Universal Service Obligations*, DAF/COMP(2010)13.

<sup>3</sup> Par exemple, OCDE, *Refusals to Deal*, DAF/COMP(2007)46 ; OCDE, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009)36.

<sup>4</sup> OCDE, *The Regulated Conduct Defence*, DAF/COMP(2011)3.

<sup>5</sup> Même si l'on peut dire qu'il s'agit d'une évolution naturelle des travaux antérieurs sur la suppression des barrières réglementaires à l'entrée dans certains secteurs économiques. À comparer avec OCDE, *The Impact of Substitute Services on Regulation*, DAF/COMP(2006)18, OCDE, *Disruptive Innovation*, DAF/COMP/M(2015)1, OCDE, *Disruptive Innovation in the Financial Sector*, DAF/COMP/WP2(2015)9, OCDE, *Disruptive Innovation in Legal Services*, DAF/COMP/WP2(2016)1, OCDE, *Competition and Innovation in Land Transport*, DAF/COMP/WP2(2016)6, OCDE, *Radical Innovation in the Electricity Sector*, DAF/COMP/WP2/M(2017)1 ;

<sup>6</sup> Par exemple, OCDE, *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, DAF/COMP(2010)39 ; OCDE, *Pro-active Policies for Green Growth and the Market Economy*, DAF/COMP(2010)34 ; OCDE (2020), *Sustainability and Competition*. Comparer avec OCDE *Competition and Environmental Regulation*, DAF/COMP(2006)30, qui était principalement consacré à la manière de réduire à un niveau minimum les obstacles réglementaires créés par les règles environnementales.

<sup>7</sup> OCDE, *Price Discrimination*, DAF/COMP/M(2016)2 ; OCDE, *Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP/M(2018)2 ; OCDE, *Non-Price Effects of Mergers*, DAF/COMP/M(2018)1 ; OCDE (2020), *Abuse of dominance in digital markets* ; OCDE (2020), *Consumer Data Rights and Competition*, DAF/COMP(2020)1.

<sup>8</sup> OCDE, *Implications of E-commerce for Competition Policy*, DAF/COMP/M(2018)1 ; OCDE (2018), *How can competition contribute to fairer societies?*

<sup>9</sup> OCDE (2019), *Competition Under Fire* ; OCDE (2020), *Competition Policy: Time for a Reset?*

30. Finalement, le concept de réglementation économique est trop vague pour pouvoir être cerné avec précision. C'est pourquoi nous définirons la réglementation économique comme les cas dans lesquels la réglementation et l'intervention publiques sont susceptibles de se chevaucher avec le droit de la concurrence (Dunne, 2015, pp. 33-34, 39<sub>[5]</sub>).

## 2.2. Les relations entre le droit de la concurrence et la réglementation économique

31. Outre l'incertitude qui règne à propos de la distinction entre eux, la nature des relations entre le droit de la concurrence et la réglementation économique fait également l'objet d'un débat de longue date. On peut considérer que cette discussion a deux dimensions. La première porte sur le choix du régime de surveillance du marché : dans quels cas doit-on se fonder sur la réglementation économique plutôt que sur le droit de la concurrence pour traiter des problèmes spécifiques du marché ? La seconde a essentiellement trait à l'application concrète : si elles sont toutes deux applicables, quelles

règles devraient prévaloir en cas de chevauchement de la réglementation économique et du droit de la concurrence ?

32. En ce qui concerne le choix des régimes de surveillance du marché applicables, la position classique préconise de préférer si possible l'application du droit de la concurrence (Breyer, 1984, p. 158<sup>[11]</sup>) (Shelanski, 2019, p. 1953<sup>[3]</sup>). Cette position reflète l'opinion selon laquelle l'application de la réglementation se heurte à des limitations significatives, comparées à des mécanismes de marché alternatifs (Rose, 2012, p. 378<sup>[25]</sup>) (Competition and Markets Authority, 2020<sup>[4]</sup>). En effet, les imperfections du marché ne constituent une raison économique justifiant la réglementation économique que dans le cas où les réponses du marché n'y remédient pas efficacement (voire même les exacerbent), et s'il existe des interventions faisables qui peuvent, au moins en principe, produire des améliorations nettes du bien-être (Financial Conduct Authority, 2016, p. 15<sup>[12]</sup>).

33. Néanmoins, le droit de la concurrence ne peut pas être préféré à la réglementation dans tous les cas. En premier lieu, comme nous l'avons vu ci-dessus, la réglementation peut poursuivre d'autres objectifs que la pure efficacité du marché, et peut s'attaquer à d'autres défis que la puissance sur le marché, notamment des problèmes de santé publique et des normes de sécurité (OCDE, 2011, p. 22<sup>[6]</sup>) (Competition and Markets Authority, 2020, p. 2<sup>[4]</sup>). En second lieu, même en ce qui concerne la puissance sur le marché, la réglementation peut être mieux placée que le droit de la concurrence pour traiter les problèmes concernés. En effet, le droit de la concurrence a une efficacité limitée pour lutter contre des problèmes structurels du marché, y compris ceux qui impliquent la simple existence d'un monopole ou d'un oligopole, un comportement abusif ou des problèmes qui exigent une application ou une surveillance permanente (Breyer, 1984<sup>[11]</sup>) (OCDE, 2011, p. 23<sup>[6]</sup>). Procéder directement au moyen d'une réglementation spécifique adoptée à cet effet peut fournir un moyen plus complet et plus efficace pour remédier aux défaillances du marché que l'application épisodique de la législation antitrust (Hellwig, 2009, p. 212<sup>[26]</sup>) (Dunne, 2015, p. 176<sup>[5]</sup>).

34. La seconde question évoquée ci-dessus, à propos de l'application conjointe de la réglementation économique et du droit de la concurrence, se rapporte plus clairement à la nature des relations entre ces disciplines – sont-elles des alternatives ou des compléments ?

35. Certains auteurs voient le droit de la concurrence et la réglementation comme des alternatives. Cette opinion part du postulat que, tandis que le droit de la concurrence renforce le fonctionnement du marché, la réglementation vise à dépasser le marché et à remplacer les résultats qu'il produit (Breyer, 1984, pp. 157-58<sup>[11]</sup>). Dans cette perspective, la réglementation est le résultat d'une décision publique visant à exclure un secteur du champ d'application du droit de la concurrence, en le soustrayant aux mécanismes du marché. Comme l'écrit Easterbook : « *la réglementation supplante le droit de la concurrence. La supplantation est le but, la définition même, de la réglementation* » (Easterbrook, 1983, p. 23<sup>[27]</sup>)<sup>9</sup>. Il s'ensuit que « *les lois antitrust ne sont pas seulement une autre forme de réglementation mais une alternative à celle-ci – et même son exact opposé.* » (Khan, 1987, p. 1059<sup>[28]</sup>) Dans le même sens, un autre auteur a déclaré que « *la législation antitrust n'est pas une autre forme de réglementation. Elle est une alternative à la réglementation et, si cela est faisable, une meilleure alternative* » (Breyer, 1987, p. 1007<sup>[29]</sup>).

36. Cette opinion a une certaine force dans les cas où la réglementation remplace (et supplante) effectivement le droit de la concurrence. Après tout, la réglementation peut limiter expressément ou implicitement le champ d'application des lois sur la concurrence ; rendre leur application plus difficile, par exemple en créant des structures de marché non propices à la concurrence ou donnant lieu à des difficultés juridictionnelles ; empêcher le prononcé de sanctions même lorsque des violations de la législation antitrust ont été

constatées ; ou simplement prescrire les résultats du marché, par exemple en régulant directement les prix d'un monopoleur (Evenett et Michal, 2004, pp. 20-25<sub>[30]</sub>).

37. De bonnes raisons peuvent justifier que la réglementation supplante le droit de la concurrence. En effet, les régulateurs ont une meilleure expertise technique dans les secteurs relevant de leur compétence ; peuvent fournir une plus grande sécurité juridique que le droit de la concurrence, ce qui peut potentiellement encourager l'investissement ; peuvent parvenir à une décision et la mettre en œuvre plus rapidement que les autorités de la concurrence ; peuvent traiter un éventail de sujets plus large que les autorités de la concurrence ; et sont mieux à même d'élaborer et d'administrer des systèmes de réglementation des prix et d'autres systèmes de normalisation (OCDE, 2019, p. 7<sub>[11]</sub>).

38. D'autres auteurs estiment en revanche que le droit de la concurrence et la réglementation sont complémentaires. Le meilleur moyen de garantir le bon fonctionnement du marché est souvent de combiner une application ciblée et diligente du droit de la concurrence et une réglementation *ex ante* fondée sur une vaste expérience du marché (Coscelli, 2018<sub>[31]</sub>).

39. La réglementation économique et le droit de la concurrence peuvent jouer des rôles complémentaires principalement dans deux cas : lorsque la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence poursuivent le même objectif, c'est-à-dire la promotion de la concurrence ; ou lorsque la réglementation sectorielle poursuit des objectifs plus larges que la promotion de la concurrence, mais qui sont néanmoins compatibles avec le droit de la concurrence (ICN, 2004, pp. 4-8<sub>[32]</sub>)<sup>10</sup>. Dans ces circonstances, le droit de la concurrence et la réglementation ne s'excluent pas mutuellement. Ils opèrent dans la même sphère d'activité économique et traitent les mêmes problèmes, et l'utilisation d'un mécanisme n'empêche pas l'application de l'autre (Dunne, 2015, p. 56<sub>[5]</sub>).

40. De nombreux exemples illustrent comment l'application du droit de la concurrence peut compléter la réglementation sectorielle. Dans les secteurs réglementés, le régulateur sectoriel a parfois été considéré comme le contrôleur *ex ante* de la puissance sur le marché, au moyen du contrôle des prix, des revenus et des investissements, tandis que l'autorité de la concurrence est considérée comme le contrôleur *ex post* de la puissance sur le marché, au moyen de l'application des dispositions sur l'abus de position dominante et le contrôle des ententes (OCDE, 2019, p. 7<sub>[11]</sub>). Le droit de la concurrence peut contribuer à garantir que le régime réglementaire réalise ses objectifs économiques, particulièrement ceux qui ont trait au bien-être économique ; il peut également contribuer à ce que les marchés fonctionnent de manière plus concurrentielle, en raison du régime réglementaire qui les contrôle ; et il peut examiner des comportements privés qui ne sont pas examinés ou contrôlés efficacement par le régime réglementaire (Hovenkamp, 2020, p. 899<sub>[33]</sub>).

41. La complémentarité n'est pas limitée à la réglementation sectorielle et au droit de la concurrence – elle se produit également en ce qui concerne la réglementation horizontale. À titre d'exemple, des mesures de protection des consommateurs qui cherchent à réduire l'incertitude éprouvée par les consommateurs à propos de la qualité d'un produit peuvent accroître la sensibilité de la demande des consommateurs aux prix, réduisant ainsi la puissance sur le marché des fournisseurs (Evenett et Michal, 2004, p. 17<sub>[30]</sub>).

42. Si l'application du droit de la concurrence peut compléter la réglementation économique, la réglementation économique peut également compléter l'application du droit de la concurrence. Un grand nombre de régulateurs jouent un rôle dans l'encouragement de la concurrence (par ex. en prévoyant l'accès à l'infrastructure d'un monopole) et en empêchant l'utilisation de leur puissance sur le marché par des monopoles de leur secteur, de telle sorte que les travaux des régulateurs peuvent être très complémentaires de ceux des autorités de la concurrence (OCDE, 2019, p. 7<sub>[11]</sub>).

43. Toutefois, la réglementation et le droit de la concurrence peuvent également être en tension. Les exemples de cette tension abondent, comme le montreront les développements de la section 3.1. Dans la plupart des cas, ces tensions se produisent lorsque l'application du droit de la concurrence se chevauche avec une réglementation sectorielle, ce qui donne lieu à des conflits potentiels en termes de compétence (quel est le régulateur compétent pour régler la situation en cause ?) et sur le fond (doit-on appliquer la réglementation sectorielle ou le droit de la concurrence ? Si les deux s'appliquent, comment veiller à ce que leur intervention soit cohérente ?). Ces tensions peuvent également survenir entre le droit de la concurrence et la réglementation horizontale. Par exemple, les autorités de la concurrence peuvent estimer qu'elles sont les mieux placées pour s'attaquer directement à une pratique spécifique en matière de données, considérant qu'il s'agit d'une pratique anticoncurrentielle, tandis que les autorités responsables de la protection de la vie privée et/ou des consommateurs considéreront qu'elles sont seules compétentes.

44. Finalement, la relation entre la réglementation et le droit de la concurrence est plus complexe qu'une simple distinction entre alternatives et compléments. L'application de la réglementation et celle du droit de la concurrence peuvent être complémentaires, même si elles poursuivent des objectifs différents, et elles peuvent parfois se contredire même si elles poursuivent le même objectif (ICN, 2004, p. 3<sub>[32]</sub>).

45. Il n'est donc pas surprenant que des vues plus nuancées aient été avancées à propos de la relation entre le droit de la concurrence et la réglementation économique. Certains auteurs ont soutenu que le droit de la concurrence fournit un supplément bénéfique à la réglementation, même s'il n'est pas un substitut intégral de celle-ci (Shelanski, 2011, p. 719<sub>[34]</sub>). D'autres ont conceptualisé le droit de la concurrence et la réglementation comme des substituts dans des marchés non réglementés, et comme des compléments dans des marchés déréglementés, voire même dans des marchés réglementés dans certains contextes (par ex., le double veto des autorités de la concurrence et des régulateurs sectoriels dans certains secteurs comme le secteur des télécommunications et le secteur financier) (Carlton et Picker, 2014, pp. 43-45<sub>[35]</sub>). Il a même été suggéré que la relation entre la réglementation et le droit de la concurrence peut varier, selon que les marchés sont réglementés, déréglementés ou de nouveau réglementés, chaque outil jouant des rôles différents pour faire face à des défis spécifiques, ou des outils hybrides étant même déployés à cet effet (Dunne, 2015, p. 66<sub>[5]</sub>).

46. Le débat sur le thème « alternatives-compléments » peut avoir de graves conséquences pratiques, par exemple en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence dans des secteurs réglementés, la conception institutionnelle des régulateurs et des autorités de la concurrence, ou l'influence pratique des outils et des concepts réglementaires dans l'application du droit de la concurrence. Nous allons à présent aborder ces questions.

### 3. L'application du droit de la concurrence dans des secteurs réglementés

47. Les approches légales de l'interaction entre la réglementation et le droit de la concurrence sont influencées dans une mesure significative par le débat évoqué ci-dessus. Naturellement, ceux qui voient la réglementation et le droit de la concurrence comme des substituts privilégieront des domaines d'application exclusifs pour la réglementation et le droit de la concurrence, et tendront à créer des organes séparés afin d'appliquer chaque jeu de règles. En revanche, ceux qui perçoivent la réglementation et le droit de la concurrence comme des compléments pourront admettre leur application concurrente dans certaines circonstances, et pourront être plus enclins à accepter que les responsabilités à ce titre soient

assignées aux mêmes entités compétentes en matière de droit de la concurrence et de réglementation économique.

48. Cette section explorera les différents moyens qui permettent de régir en pratique la relation entre l'application de la réglementation et l'application du droit de la concurrence, *d'un point de vue légal et institutionnel*. Ces questions ont fait l'objet de plusieurs tables rondes de l'OCDE ces dernières années. Afin d'éviter toute répétition, cette section résumera les conclusions de ces tables rondes, auxquelles vous pouvez vous référer si vous souhaitez avoir accès à plus de détails sur ces discussions.

### 3.1. Règles régissant l'application du droit de la concurrence si la réglementation économique s'applique également

49. Cette sous-section recense les principales approches légales de l'interaction entre la réglementation et le droit de la concurrence, et leur impact sur l'application du droit de la concurrence. Elle se recoupe dans une mesure significative avec la table ronde de l'OCDE de 2011 sur le « moyen de défense réglementé » (OCDE, 2011, p. 10<sub>[6]</sub>), à laquelle vous pouvez vous référer pour une discussion approfondie de cette question, qui demeure largement d'actualité.

50. Un problème préliminaire a trait aux défis particuliers liés à l'articulation de la réglementation et de la politique de la concurrence dans des structures gouvernementales à niveaux multiples, où des problèmes constitutionnels peuvent entrer en ligne de compte. Dans les systèmes de gouvernance à niveaux multiples – notamment les États fédéraux ou des organismes supranationaux comme l'UE – il existe généralement une hiérarchie des normes en vertu de laquelle le droit fédéral de la concurrence prévaut sur la réglementation étatique. Il est fréquent que la loi sur la concurrence soit une loi fédérale, ce qui peut avoir pour effet de supplanter la réglementation étatique. Toutefois, les tribunaux permettent habituellement que la réglementation adoptée au niveau de l'État exempte certains comportements des entreprises qui seraient autrement soumis à la loi sur la concurrence adoptée au niveau fédéral. En outre, les tribunaux ont souvent décidé de ne pas sanctionner des entreprises qui respectent une réglementation étatique contraire à une norme supérieure du droit de la concurrence (OCDE, 2011, p. 32<sub>[6]</sub>).

#### Encadré 3. Exemples de lois fédérales sur la concurrence et de réglementation étatique

En Australie, la législation des États peut, dans certaines circonstances, exempter les entreprises du droit de la concurrence adopté par le Commonwealth.<sup>1</sup> Un accord intergouvernemental entre le Commonwealth et les États, le Conduct Code Agreement, établit la base sur laquelle les États peuvent adopter ces exemptions.<sup>2</sup> En particulier, l'État qui accorde l'exemption doit notifier au Commonwealth toute législation d'exemption ; et le Commonwealth peut invalider l'exemption à moins que les avantages de l'exemption pour la communauté ne l'emportent sur ses coûts, et que les objectifs atteints en restreignant la concurrence au moyen de l'exemption ne puissent être atteints que de cette manière-là. La Commission australienne de la concurrence et des consommateurs doit tenir une liste cumulative de ces exemptions et l'inclure chaque année dans son rapport annuel.

Au Canada, le droit fédéral de la concurrence l'emporte sur la réglementation provinciale en cas de conflit.<sup>3</sup> Toutefois, un moyen de défense fondé sur la conduite réglementée peut être invoqué pour les infractions pénales en cas de conflit opérationnel clair entre une réglementation provinciale et la loi fédérale sur la concurrence,

c'est-à-dire lorsqu'une réglementation provinciale valablement promulguée autorise (expressément ou implicitement) ou exige que la conduite contestée soit contraire à la loi fédérale sur la concurrence.<sup>4</sup> Ce moyen de défense ne peut être avancé que lorsque la loi fédérale contient des dispositions qui, expressément ou implicitement, prévoient des exceptions peuvent être apportées à son application.<sup>5</sup>

Dans l'Union européenne, le droit communautaire, - notamment le droit communautaire de la concurrence -, prime sur le droit des États membres. Cette primauté est apparente dans certains cas où des infractions à la concurrence ont été établies alors que le comportement sanctionné avait été autorisé par des régulateurs nationaux<sup>6</sup>. En outre, les États membres ne peuvent pas adopter des réglementations qui priveraient d'efficacité des règles de la concurrence de l'UE, ce qui va jusqu'à l'adoption de règles qui inciteraient ou forceraient les entreprises à violer le droit de la concurrence de l'UE<sup>7</sup>.

Aux États-Unis, la loi antitrust fédérale prévaut sur les lois des États en vertu de la clause de suprématie de la Constitution américaine. Par conséquent, l'action de l'État ne peut pas couvrir un comportement qui équivaut à une infraction à la législation antitrust fédérale – ce qui signifie qu'en règle générale, la réglementation d'un État ne peut pas contraindre des entités privées à enfreindre la législation antitrust américaine<sup>8</sup>. Toutefois, même une réglementation étatique qui serait normalement invalidée en raison de cette primauté ne sera pas invalidée comme contraire aux lois antitrust fédérales, si elle constitue un programme réglementaire de cet État. En règle générale, lorsque l'État, agissant par l'intermédiaire de sa législature ou d'une autorité étatique compétente, prend une décision consciente de remplacer le droit de la concurrence par la réglementation, cette décision ne sera pas soumise à un examen antitrust, à condition qu'un organisme public supervise activement la mise en œuvre de la politique de l'État<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Section 51 du Competition and Consumer Act (2010).

<sup>2</sup> Article 2 du Code, « Exemptions from the Competition Law »

<sup>3</sup> Par exemple, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188.

<sup>4</sup> *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ("Labour")*, [1982] 2 R.C.S. 307.

<sup>5</sup> *Garland c. Consumers Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629.

<sup>6</sup> Affaire C-280/08 P *Deutsche Telekom AG contre Commission* EU:C:2010:603.

<sup>7</sup> Affaire C-163/96 *Silvano Raso* ECLI:EU:C:1998:54 ; Affaire C-198/01 *Fiammiferi* ECLI:EU:C:2003:430 ; Affaire C-553/12 P *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)* ECLI:EU:C:2014:2083.

<sup>8</sup> *Rice v. Williams* 458 US 654 (1982).

<sup>9</sup> *Parker v. Brown* 317 US 341 (1943) ; *Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 U.S. 773 (1975) ; *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium* 445 U.S. 97 (1986).

### 3.1.1. Arguments pour et contre l'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence

51. L'application conjointe et faisant double emploi des règles de la réglementation et du droit de la concurrence a suscité de nombreuses critiques. Il a été soutenu que, dans la mesure où elles sont limitées par la réglementation, les infractions au droit de la concurrence commises dans des marchés réglementés peuvent ne pas satisfaire aux exigences requises pour reconnaître la responsabilité de leur auteur – ou, si ces exigences sont satisfaites, cette application peut enfreindre les principes de base de l'équité et de la règle de droit (Dunne, 2015, p. 238<sub>[5]</sub>). L'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence inspire une autre préoccupation liée à la précédente, tenant au fait qu'elle conduit à la duplication des fonctions de supervision du marché et des coûts d'application, sans oublier les autres coûts liés à l'incertitude juridique découlant du fait que la même conduite est soumise à deux jeux de règles distincts (Geradin et O'Donoghue, 2005, pp. 409-411<sub>[36]</sub>) (Hellwig, 2009, pp. 232-233<sub>[26]</sub>).

52. Certains auteurs ont également soutenu que l'analyse conventionnelle en vertu de la législation antitrust ne tient pas compte des caractéristiques spéciales des secteurs réglementés, étant donné que ce qui est optimal dans un marché non réglementé peut ne pas être idéal dans des secteurs réglementés. Cela peut non seulement créer des risques d'application erronée, mais également aggraver les effets de ces erreurs (Breyer, 1987, p. 1011<sup>[29]</sup>) (Kovacic, 1995, pp. 495, 498<sup>[37]</sup>). L'application du droit de la concurrence peut également bouleverser l'équilibre délicat instauré par le régime réglementaire entre la promotion de la concurrence et la réalisation d'autres objectifs.<sup>11</sup> En outre, la perspective de faux positifs peut conduire à « refroidir » une conduite qui serait autrement autorisée ou promue par un régime réglementaire (Dunne, 2015, pp. 232-233<sup>[5]</sup>).

53. Le risque que le droit de la concurrence serve à remédier aux défaillances des régimes réglementaires inspire également une préoccupation particulière. L'utilisation du droit de la concurrence afin de coopter des obligations réglementaires conduit à l'extension indirecte du droit de la concurrence, étant donné que les obligations réglementaires sont habituellement plus spécifiques que les règles de la concurrence. Ces pratiques peuvent également nuire à la sécurité juridique et conduire à l'application discrétionnaire de pouvoirs réglementaires, tout en échappant aux contrôles et restrictions auxquels les régulateurs sectoriels sont soumis (Monti, 2008, pp. 130, 140<sup>[38]</sup>).

54. Divers arguments ont été avancés en réponse à ces critiques, soulignant que l'application du droit de la concurrence peut être particulièrement précieuse dans des secteurs réglementés, qui sont généralement des marchés partiellement concurrentiels où des erreurs réglementaires sont les plus probables. Si la réglementation vise à réduire la puissance sur le marché, le droit de la concurrence peut y aider en complétant ou en renforçant le système réglementaire (Shelanski, 2011, pp. 727-729<sup>[34]</sup>). L'application du droit de la concurrence peut également décourager les entreprises de tenter de contourner le cadre réglementaire. Il a même été soutenu que la présence d'une réglementation, dans la mesure où elle peut faire échapper un comportement au contrôle en vertu de la législation antitrust, réduit le risque de faux positifs découlant de l'application du droit de la concurrence dans les secteurs réglementés (Lemley et Dogan, 2009, p. 703<sup>[7]</sup>).

55. Les préoccupations exprimées à propos de la duplication des procédures d'application, à la fois en vertu du droit de la concurrence et de la réglementation, ont également été jugées sans fondement. Lorsqu'un secteur est réglementé, l'existence de problèmes de concurrence révèle que la réglementation est défaillante ou qu'elle ne promeut pas la concurrence, de telle sorte qu'il n'y a aucune duplication en réalité. (Lemley et Dogan, 2009, pp. 704-706<sup>[7]</sup>). Dans ces conditions, le droit de la concurrence peut constituer une position de repli afin de contrôler le marché, reflétant un engagement en faveur de la concurrence, conçue comme une valeur sociétale (Hovenkamp, 2005, p. 10<sup>[18]</sup>).

### ***3.1.2. L'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence en pratique***

56. Les arguments politiques plaidant pour et contre l'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence s'appliquent avec des intensités différentes dans les différents secteurs et selon les différents types de réglementation économique. Il n'est donc pas surprenant que la mesure dans laquelle la réglementation *ex ante* limite implicitement l'application du droit de la concurrence varie selon les juridictions, et même selon les différents types de réglementation (Dunne, 2015, pp. 228, 251<sup>[5]</sup>).

57. Dès lors qu'il est établi que l'introduction d'une réglementation n'exclut pas l'application du droit de la concurrence, la question est alors de savoir comment gérer les chevauchements entre la réglementation économique et le droit de la concurrence en

pratique. Généralement, cette question est abordée sous l'angle suivant : dans quelle mesure le droit de la concurrence peut-il atteindre le comportement des entreprises dans des secteurs réglementés – lorsque ces entreprises se retranchent derrière cette réglementation pour justifier leur comportement ?

58. Les principes de base, les conditions et les doctrines juridiques sous-jacentes régissant les chevauchements potentiels entre l'application de la réglementation et celle du droit de la concurrence sont similaires dans les différentes juridictions de l'OCDE (OCDE, 2011, p. 10<sub>[6]</sub>). En principe, les autorités antitrust ne peuvent pas intervenir, et le moyen de défense tiré du fait que le comportement concerné est licite en vertu de la réglementation s'applique, dès lors que ce comportement de l'entreprise a été ordonné ou dicté par la réglementation. Si l'entreprise a simplement été incitée à violer des règles de la concurrence, par exemple par une orientation administrative, ce fait pourrait à tout le moins être pris en compte comme une circonstance atténuante réduisant la sanction, sans nécessairement la supprimer. En outre, plus l'étendue, la complexité et la précision des obligations réglementaires sont importantes, et plus le champ d'application du droit de la concurrence est limité (Hovenkamp, 2005, p. 230<sub>[18]</sub>) (Monti, 2008, p. 144<sub>[38]</sub>).

59. Cependant, les détails et la portée du moyen de défense tiré du caractère réglementé d'un comportement varient selon les juridictions. Les approches possibles de ce moyen de défense vont d'une immunité complète des poursuites en vertu du droit de la concurrence dans des secteurs réglementés jusqu'à l'application conjointe complète du droit de la concurrence et de la réglementation. En pratique, la plupart des approches de ce moyen de défense se situent quelque part le long de ce spectre.

#### *a. La réglementation prévaut sur le droit de la concurrence*

60. Reflétant les préoccupations évoquées ci-dessus à propos de l'application cumulative de la réglementation économique et du droit de la concurrence dans les mêmes situations, plusieurs secteurs qui font l'objet de régimes réglementaires *ex ante* ont été expressément sortis du champ d'application du droit de la concurrence – habituellement au moyen d'exemptions expresses de l'application des règles de la concurrence, qui figurent soit dans les lois sur la concurrence, soit dans les lois adoptant une réglementation sectorielle (OCDE, 2011, p. 10<sub>[6]</sub>). Généralement, le problème principal posé par les exemptions expresses de l'application du droit de la concurrence est l'étendue de l'immunité – et l'interprétation plus ou moins étroite qui doit en être faite<sup>12</sup>.

61. Toutefois, la réglementation peut également empêcher implicitement l'application du droit de la concurrence. La question de savoir si la réglementation confère une immunité implicite permettant d'échapper à la législation antitrust est appréciée différemment selon les juridictions et dépendra de la relation entre le comportement faisant l'objet d'une enquête et le système réglementé<sup>13</sup>.

62. Certaines réglementations sectorielles adoptées en vertu de la loi fédérale américaine illustrent bien cette question. Elles prévoient que la possibilité d'appliquer les règles antitrust dépend du point de savoir si les avantages de cette application, à la lumière du cadre réglementaire existant, excèdent ses « désavantages parfois considérables »<sup>14</sup>. En vertu de cette approche fondée sur la balance avantages/désavantages, l'application de la législation antitrust sera exclue : (i) s'il existe un régulateur sectoriel spécifique qui supervise l'activité concernée ; (ii) s'il existe une preuve que le régulateur a exercé ses pouvoirs de réguler l'activité concernée ; (iii) si le conflit potentiel affecte des pratiques dans la juridiction du régulateur ; (iv) s'il existe un risque de conflit entre le régime réglementaire et les règles antitrust, s'ils sont appliqués concurremment (OCDE, 2011, pp. 30-31<sub>[6]</sub>)<sup>15</sup>.

63. Bien qu'elle soit théoriquement neutre en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence dans des secteurs réglementés, cette approche semble partir, en pratique, d'un point de vue empreint de scepticisme. La Cour suprême des États-Unis a expliqué que « *l'existence d'une structure réglementaire conçue pour prévenir et réparer un dommage concurrentiel* » signifie que « *le bénéfice concurrentiel supplémentaire fourni par l'application de la législation antitrust tendra à être faible* »<sup>16</sup>. En effet, il semble être présumé que « *lorsqu'il existe une structure réglementaire pour prévenir et réparer un dommage concurrentiel, les coûts de l'application de la législation antitrust sont susceptibles de l'emporter sur les avantages de cette application* »<sup>17</sup>.

64. Il convient de noter que cette approche marque une évolution par rapport à l'ancien courant jurisprudentiel préconisant une interprétation plus large, et ouvre la voie à des interprétations restrictives qui permettraient aux tribunaux américains d'adopter une interprétation moins large du moyen de défense invoquant une immunité implicite (OCDE, 2011, p. 243<sub>[6]</sub>). Sur le plan technique, la jurisprudence continue de cautionner la formule de l'« incompatibilité flagrante »<sup>18</sup>, qui sera analysée ci-après.

65. De nombreux auteurs sont toutefois parvenus à la conclusion que cette approche a pour effet d'empêcher l'application de la législation antitrust dans nombre de secteurs réglementés. Selon eux, cette approche se concentre sur la question de savoir si le droit de la concurrence fournit une valeur ajoutée par rapport à la réglementation, tout en partant du postulat que les bénéfices du droit de la concurrence seront faibles si un régime réglementaire pro-concurrentiel est déjà en place (Shelanski, 2011, p. 701<sub>[34]</sub>)<sup>19</sup>. En conséquence, à supposer même que l'on puisse envisager une action sur le fondement de la législation antitrust qui n'entre pas en conflit avec une réglementation, cette action serait néanmoins exclue étant donné qu'il existe déjà une réglementation en place pour remédier au dommage allégué. Il en résulte que la législation antitrust est moins capable d'agir en parallèle ou en complément de la réglementation (Shelanski, 2019, p. 1942<sub>[31]</sub>).

*b. L'application conjointe de la réglementation et du droit de la concurrence est possible, à moins qu'ils n'entrent en conflit dans l'affaire en cause*

66. Traditionnellement, l'interaction entre les règles fédérales de la concurrence et la réglementation économique aux États-Unis était régie par une règle plus favorable à l'application conjointe du droit de la concurrence et de la réglementation, en partant du postulat que « *lorsqu'il existe deux textes réglementant le même objet, la règle est de donner effet aux deux si possible* »<sup>20</sup>. Ce postulat a servi de « principe directeur » pour juger des demandes invoquant une immunité antitrust implicite<sup>21</sup>. La « bonne approche » pour juger une demande prétendant qu'une réglementation fédérale a implicitement abrogé les lois antitrust au titre du comportement contesté consiste à faire « *une analyse qui rapproche l'application des deux régimes légaux plutôt que d'évincer totalement l'un d'eux* »<sup>22</sup>.

67. Dans cette perspective, l'application de la législation antitrust vient compléter la réglementation qui pourrait entrer en jeu, pour autant que cette législation n'entre pas en conflit avec des objectifs réglementaires dans l'affaire individuelle en cause (OCDE, 2011, p. 186<sub>[6]</sub>). Il s'agit donc d'une présomption en faveur d'une application conjointe, à moins qu'il n'existe une « *incompatibilité flagrante* » entre l'application du droit de la concurrence et la réglementation économique dans des affaires individuelles<sup>23</sup>, les exemptions implicites n'étant reconnues « *qu'à condition que cela soit nécessaire pour que [la réglementation] s'applique et, même dans ce cas, uniquement dans la mesure minimum nécessaire* »<sup>24</sup> (FTC, 2010, p. 4<sub>[39]</sub>).

*c. L'application du droit de la concurrence n'est exclue que dans des circonstances limitées*

68. Cette position, qui adopte une vue très favorable de l'application concurrente de la réglementation et du droit de la concurrence, est celle que l'on peut rencontrer dans l'Union européenne. La réglementation sectorielle et le droit de la concurrence au niveau de l'UE sont complémentaires, le droit de la concurrence complétant *ex post* le rôle de supervision du marché assumé par la réglementation économique *ex ante*<sup>25</sup>. Il en découle que le droit de la concurrence est applicable *ex post* à tout marché réglementé, y compris au comportement d'une entreprise qui a été modifié ou orienté par le régime réglementaire, sous cette réserve que l'entreprise conserve un certain degré d'autonomie dans la détermination de son comportement sur le marché<sup>26</sup>.

69. Seules certaines circonstances limitées rendent impossible l'application du droit de la concurrence (OCDE, 2011, p. 195<sub>[6]</sub>). En premier lieu, le droit de la concurrence ne s'applique pas si la réglementation prévoit une dérogation expresse à son application.<sup>27</sup> En second lieu, le droit de la concurrence ne s'applique pas si la réglementation signifie que le secteur n'est pas ouvert à la concurrence, par exemple si elle crée des situations de monopole *de facto* ou légal<sup>28</sup>. En troisième lieu, si la réglementation sectorielle spécifique supprime toute possibilité d'activité autonome de l'entreprise, de telle sorte qu'aucun comportement autonome ne peut avoir lieu et qu'il n'existe donc aucune possibilité d'appliquer le droit de la concurrence à l'encontre de l'entreprise réglementée<sup>29</sup>. Cette dernière exception a été appliquée de manière restrictive, étant donné que le droit de l'UE part de l'hypothèse que la réglementation doit supprimer toute possibilité de comportement autonome sur le marché<sup>30</sup>. Dès lors, une responsabilité peut être encourue alors même que la législation nationale « encourage ou facilite un comportement anti-concurrentiel autonome des entreprises »<sup>31</sup>.

70. L'existence d'une réglementation peut toutefois constituer une circonstance atténuante lors de la détermination de la sanction. Ainsi, les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes disposent que « lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation », ce fait constituera une circonstance atténuante, une vue partagée par les tribunaux dans plusieurs affaires (OCDE, 2011, pp. 35-37<sub>[6]</sub>)<sup>32</sup>.

71. Cette approche favorable à l'application du droit de la concurrence pose cependant un problème, dans la mesure où elle ouvre la porte à l'application cumulative de la réglementation et des règles de la concurrence au même comportement, et soulève donc des préoccupations en termes de droit à un procès équitable et de double incrimination.

#### Encadré 4. Ne bis in idem

En Belgique, bpost est le prestataire historique de services postaux chargé de la collecte, du tri, du transport et de la distribution des envois postaux aux destinataires. En 2010, bpost a informé l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) d'une modification de son système de ristourne sur les tarifs contractuels relatifs aux services de distribution de matériel publicitaire avec adresses et d'envois administratifs. Par décision du 20 juillet 2011, l'IBPT a infligé à bpost une amende de 2,3 millions d'euros au motif qu'elle avait adopté un système tarifaire discriminatoire en violation de la Directive européenne 97/67. En particulier, bpost aurait adopté une remise sélective fondée sur une différence de traitement injustifiée entre les expéditeurs et les groupeurs. En 2015, la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») a estimé que

les expéditeurs d'envois en nombre et les groupeurs étaient dans des situations différentes et que la remise accordée par bpost ne constituait pas une discrimination interdite par l'article 12 de la directive 97/67 (affaire C-340/13 bpost EU:C:2015:77). En conséquence, la Cour d'appel a annulé la décision de l'IBPT.

Entre-temps, l'Autorité Belge de la Concurrence a estimé que l'adoption par bpost de différentes remises sur la quantité constituait un abus dans la mesure où elle encourageait les grands clients à passer directement des contrats avec bpost et plaçait les groupeurs dans une situation de désavantage concurrentiel. L'Autorité belge de la concurrence a infligé à bpost une amende de 37 399 786 euros, en tenant compte de l'amende précédemment infligée par l'IBPT.

En appel, la Cour d'appel a annulé la décision pour violation du principe *ne bis in idem*. La Cour de cassation a ensuite annulé cet arrêt, estimant que des poursuites pénales fondées sur les mêmes faits n'enfreignent pas le principe *non bis in idem* lorsque ces poursuites ont des objectifs complémentaires, couvrant des aspects différents du même comportement illicite. L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel, qui a adressé un renvoi préjudiciel à la CJUE concernant l'interprétation à donner au principe *non bis in idem* en matière de concurrence (Affaire C-117/20 bpost).

### 3.2. Cadres institutionnels

72. Bien qu'aucun cadre institutionnel ne puisse garantir l'élimination de toutes les incohérences entre l'application de la réglementation et celle du droit de la concurrence (Petit, 2005, p. 202<sub>[40]</sub>), la conception de ce cadre est importante pour la gestion de l'interface entre la réglementation et le droit de la concurrence. Les structures organisationnelles permettant de garantir la cohérence entre les approches du droit de la concurrence et celles de la réglementation prennent des formes diverses, qui se situent à cheval entre les différentes approches de fond de l'application conjointe du droit de la concurrence et de la réglementation (ou de l'absence de cette application) décrites ci-dessus.

73. Cette section examinera brièvement les principaux modèles institutionnels régissant les relations entre la réglementation et le droit de la concurrence. L'OCDE a récemment poursuivi d'importants travaux dans ce domaine – voir, en particulier, (OCDE, 2015<sub>[41]</sub>), (OCDE, 2016<sub>[42]</sub>) et (OCDE, 2019<sub>[11]</sub>) – auxquels vous pouvez vous référer pour un examen plus approfondi de ces questions.

#### 3.2.1. Les autorités de la concurrence et les régulateurs disposent de compétences exclusives dans le cadre de leur mission respective

74. L'approche la plus simple et la plus courante consiste à séparer clairement les autorités de la concurrence, d'une part, et les régulateurs, d'autre part (Jenny, 2013, p. 169<sub>[43]</sub>). Cette approche reflète les rôles alternatifs que jouent le droit de la concurrence et la réglementation, en alignant la conception du cadre institutionnel sur les règles de fond et en veillant à ce que l'application du droit de la concurrence et l'exercice des pouvoirs réglementaires aient lieu indépendamment l'un de l'autre.

75. L'application du droit de la concurrence en vertu de ce modèle institutionnel se heurte à une difficulté principale, à savoir les conflits à propos de l'instance compétente. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le même problème peut relever à la fois de la législation antitrust et de la réglementation. La question devient donc celle de savoir quelle institution doit agir si une application parallèle est possible.

76. Les conflits de compétence peuvent être réglés en vertu de règles rigoureuses ou par des moyens informels. Les mécanismes législatifs formels mis en place afin de résoudre des conflits potentiels de compétence, entre les autorités de la concurrence et les régulateurs sectoriels, instituent non seulement des règles de fond comme celles qui ont été évoquées sous la section 3.1 ci-dessus, mais également des règles concernant la priorité respective de la réglementation et du droit de la concurrence (par ex., une règle imposant de surseoir à l'application du droit de la concurrence jusqu'au terme de l'action réglementaire). La coopération informelle, courante entre les autorités de la concurrence et les régulateurs sectoriels, représente une alternative à ces mécanismes formels (Stern, 2015, p. 896<sup>[44]</sup>). Cette coopération peut prendre la forme d'échanges d'informations informels, d'obligations faites aux régulateurs d'informer les autorités de la concurrence de pratiques suspectées dans des secteurs réglementés et vice-versa, d'échanges bilatéraux ou multilatéraux entre les autorités de la concurrence et les régulateurs, de détachements de personnel, et même de projets conjoints. Ces accords informels peuvent être formalisés, par exemple par des protocoles d'accord, voire même dans la loi (Petit, 2005, p. 191<sup>[40]</sup>), (OCDE, 2019, pp. 24-25<sup>[11]</sup>).

### ***3.2.2. La même institution est responsable de l'application à la fois de la réglementation et du droit de la concurrence***

77. À l'autre extrémité du modèle institutionnel qui vient d'être décrit, on trouve la création d'une seule et même autorité habilitée à appliquer à la fois la réglementation et le droit de la concurrence. Cette configuration est relativement rare. En effet, cette intégration réglementaire n'a été réalisée que dans quatre pays membres de l'OCDE – l'Australie, l'Estonie, les Pays-Bas et l'Espagne – même si d'autres pays ont évoqué la possibilité d'une plus grande intégration.<sup>33</sup> Toutefois, l'intégration d'un type spécifique de réglementation horizontale – la protection des consommateurs – intervient dans environ 36% des pays membres de l'OCDE (OCDE, 2019, pp. 20, 22<sup>[11]</sup>).

#### **Encadré 5. Régulateurs intégrés et autorités de la concurrence**

En Australie, l'ACCC bénéficie non seulement d'une primauté en termes d'application de la législation antitrust fédérale, mais dispose également d'importants pouvoirs de réglementation économique. Les fonctions de réglementation de l'ACCC couvrent les télécommunications, l'énergie, les transports, les services postaux et l'eau.

En Estonie, l'autorité de la concurrence dispose depuis 2010 d'une Division de la concurrence et d'une Division de la réglementation. La Division de la réglementation est responsable de la réglementation de l'énergie, de l'eau, des postes, des communications et des chemins de fer.

Aux Pays-Bas, l'Autorité pour les consommateurs et les marchés (ACM) a été créée le 1<sup>er</sup> avril 2013 en combinant l'Autorité des consommateurs, l'Autorité de la concurrence et l'Autorité indépendante des postes et télécommunications (OPTA). L'ACM a également des compétences pour promouvoir la concurrence dans le domaine des transports et des soins de santé.

En Espagne, la Commission nationale des marchés et de la concurrence a fusionné l'autorité de la concurrence avec les organismes de réglementation sectoriels responsables des télécommunications, de l'énergie, des chemins de fer, des aéroports et du secteur audiovisuel.

Source : (OCDE, 2015<sup>[41]</sup>) et (OCDE, 2019, p. 22<sup>[11]</sup>)

### 3.2.3. Les autorités de la concurrence et les régulateurs détiennent une compétence concurrente

78. Enfin, certaines juridictions ont créé des régulateurs et des autorités de la concurrence indépendants, mais leur ont conféré des compétences concurrentes au titre de certaines règles ou de certains secteurs économiques. Certaines juridictions confèrent des pouvoirs aux régulateurs pour l'application de la législation antitrust, tandis que d'autres juridictions confèrent ces pouvoirs aux autorités de la concurrence.

79. En ce qui concerne l'application du droit de la concurrence, ce modèle implique habituellement que les régulateurs sectoriels disposent de pouvoirs d'application du droit de la concurrence, seuls ou en complément des pouvoirs des autorités de la concurrence. Cette compétence concurrente est relativement rare dans les pays de l'OCDE, mais existe néanmoins (OCDE, 2019, p. 23<sup>[11]</sup>).

#### Encadré 6. Régulateurs ayant des pouvoirs d'application du droit de la concurrence

L'exemple le plus marquant d'application simultanée est celui du Royaume-Uni, où l'application des règles de concurrence est assurée « simultanément » par la CMA et par les régulateurs sectoriels désignés.<sup>1</sup> Il s'agit de l'Office of Communications, de la Water Services Regulation Authority, de l'Office of Rail Regulation, de la Gas and Electricity Markets Authority, de la Northern Ireland Authority for Utility Regulation, de la Civil Aviation Authority, de la Financial Conduct Authority and Monitor. Un réseau britannique de la concurrence (UKCN) permet à la CMA et aux régulateurs sectoriels de se coordonner sur les questions liées à la concurrence.<sup>2</sup> La CMA statuera en cas d'absence de consensus sur la question de savoir qui doit faire appliquer le droit de la concurrence, et pourra également décider de reprendre une affaire de concurrence d'un régulateur sectoriel désigné.<sup>3</sup>

Dans certains cas, les régulateurs sectoriels peuvent être uniquement habilités à faire respecter la concurrence dans leur secteur, comme c'est le cas au Costa Rica, au Mexique et en Grèce dans le secteur des télécommunications.

Au Costa Rica, l'autorité de régulation des télécommunications (SUTEL) dispose d'une compétence exclusive pour superviser les politiques de concurrence dans le secteur des télécommunications. Toutefois, la SUTEL doit exiger un avis non contraignant de l'autorité de la concurrence avant d'entamer les procédures d'exécution et avant de prendre une décision finale.<sup>4</sup> Une récente réforme juridique a explicitement adopté un cadre de concurrence unique, tant sur le fond que sur la forme, applicable à toutes les procédures en matière de concurrence, et prévoit un certain nombre de mécanismes de coordination supplémentaires.

Au Mexique, l'Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) est la seule autorité de la concurrence chargée de faire respecter le droit de la concurrence dans les secteurs des télécommunications et de la radiodiffusion, en plus d'être l'organisme de réglementation *ex ante*. L'IFT et l'autorité mexicaine de la concurrence, la COFEC, ont été créées en 2013. Cette réforme visait, entre autre, à renforcer la réglementation et l'application de la concurrence dans les secteurs hautement techniques et complexes des

télécommunications et de la radiodiffusion, et de faire face aux puissants intérêts et acteurs privés.<sup>5</sup>

En Grèce, la Commission hellénique des télécommunications et des postes (EETT) s'occupe de l'application du droit de la concurrence sur les marchés des communications électroniques et des services postaux. Cette commission a le droit de mener des enquêtes et des investigations sectorielles spécifiques à l'industrie et de publier des analyses et des recommandations concernant la concurrence dans ces secteurs. La coopération entre l'EETT et le HCC s'inscrit dans le cadre des dispositions générales relatives à leur coopération.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Section 54 du Competition Act.

<sup>2</sup> CMA (2014), *Regulated industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries*.

<sup>3</sup> S. 51(1) ERRA(2013).

<sup>4</sup> Articles 55 et 56 de la loi générale sur les télécommunications.

<sup>5</sup> OCDE (2020), *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Mexico*, p. 32-33.

<sup>6</sup> OCDE (2018), *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Greece*, p. 160-162.

### 3.2.4. Autres mécanismes de coordination

80. En pratique, tous les modèles institutionnels impliquent un certain niveau de concurrence et de coordination dans l'application de la réglementation et du droit de la concurrence. Même dans les juridictions où il existe une division du travail claire entre les autorités de la concurrence et les régulateurs sectoriels, ces derniers peuvent exercer certaines fonctions relevant de la législation antitrust – aux États-Unis, par exemple, la Commission fédérale des communications est responsable du contrôle des fusions qui impliquent le transfert d'actifs ou du contrôle de l'entreprise par des opérateurs de télécommunications. D'autres pays, notamment l'Autriche, la Belgique, le Costa Rica et la France, ont institué un degré de ce que l'on pourrait appeler une concurrence informelle systématisée. Par exemple, les régulateurs peuvent avoir l'obligation de transmettre des affaires de concurrence à l'autorité de la concurrence, y compris s'ils n'ont pas eux-mêmes des pouvoirs en matière de concurrence. En outre, les régulateurs et les autorités de la concurrence peuvent être habilités à réaliser des études de marché ou à donner des avis sur leurs travaux mutuels (OCDE, 2019, p. 23<sub>[11]</sub>).

81. Des procédures d'appel communes peuvent également contribuer à la cohérence dans l'application de la réglementation et du droit de la concurrence. Différents moyens permettent d'y parvenir. Ainsi, il est possible d'adopter des procédures judiciaires communes, applicables à toutes les activités publiques contrôlées par l'État (tel est le cas dans l'Union européenne ou aux États-Unis) ; ou encore il est possible de mettre en place des tribunaux spécialisés traitant des affaires impliquant à la fois la concurrence et la réglementation économique (comme au Royaume-Uni) ; ou enfin, il est possible de créer une juridiction d'appel commune afin de superviser les tribunaux de premier ressort et de garantir la cohérence de leurs approches (OCDE, 2011, p. 48<sub>[6]</sub>) (OCDE, 2020, pp. 23-24<sub>[45]</sub>).

## 4. Influences mutuelles entre la réglementation et le droit de la concurrence

82. La réglementation et le droit de la concurrence ne font pas que se chevaucher, ils s'influencent également mutuellement. L'application du droit de la concurrence peut affecter la décision d'adopter une réglementation et la manière dont elle est appliquée. Par

ailleurs, l'existence d'une réglementation a généralement un impact non seulement sur la possibilité même d'appliquer le droit de la concurrence, mais également, si cette application est possible, sur les types d'affaires qui donnent lieu à cette application et les problèmes qu'elle vise à régler. En outre, la réglementation et le droit de la concurrence se font souvent des emprunts mutuels.

83. Les sections 4 et 5 analyseront les influences mutuelles entre la réglementation et le droit de la concurrence. La présente section se concentrera sur la manière dont l'application de la réglementation et celle du droit de la concurrence peuvent s'influencer mutuellement, en termes de portée et de contenu, tandis que la section 5 explorera la manière dont la pollinisation croisée de la réglementation et du droit de la concurrence a conduit au développement d'outils d'application combinant des éléments de chaque discipline.

84. Deux dimensions différentes peuvent être identifiées dans l'analyse de l'influence mutuelle entre l'application de la réglementation et celle du droit de la concurrence. La première dimension concerne l'influence que l'application de l'une de ces disciplines peut avoir sur les décisions d'adopter l'autre mécanisme de supervision du marché. Les expériences acquises dans l'application du droit de la concurrence peuvent influencer les décisions d'adopter ou d'abroger une réglementation, tandis que l'adoption ou l'abrogation d'une réglementation peut affecter les niveaux d'application du droit de la concurrence. La seconde dimension concerne le contenu de fond de la réglementation et de l'application du droit de la concurrence. L'application du droit de la concurrence peut influencer le contenu de la réglementation qui est adoptée dans son sillage, tandis que le contenu de la réglementation peut influencer les types d'affaires donnant lieu à des procédures en vertu du droit de la concurrence et les théories du préjudice qu'elles adoptent. Nous examinerons successivement chacune de ces possibilités.

#### **4.1. L'application du droit de la concurrence peut jouer un rôle dans l'adoption d'une réglementation**

85. La réglementation peut faire suite et fait souvent suite à une intervention en vertu du droit de la concurrence. En effet, il a même été argué que certains types de procédures engagées en vertu du droit de la concurrence constituent des actions stratégiques visant à stimuler d'autres réponses réglementaires (Monti, 2019, p. 2<sub>[46]</sub>). Les interventions en vertu du droit de la concurrence visant à combattre des pratiques commerciales tirant avantage des lacunes de la réglementation en sont un bon exemple (Monti, 2019, p. 16<sub>[46]</sub>).

##### **Encadré 7. L'affaire Pfizer/Flynn au Royaume-Uni et la suppression des vides juridiques**

En décembre 2016, l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) a adopté une décision pour pratique de prix excessif concernant les gélules de phénytoïne sodique, un médicament antiépileptique dont le brevet est arrivé à expiration et dont le coût est remboursé par le National Health Service (NHS) du Royaume-Uni. La pratique sanctionnée a été rendue possible parce que les entreprises pharmaceutiques ont exploité un vide juridique qui leur a permis de soustraire les gélules de phénytoïne sodique du champ d'application de la réglementation des prix et d'augmenter considérablement leur prix.

Jusqu'en 2012, Pfizer vendait des gélules de phénytoïne sodique en tant que médicament de marque (Epanutin) dans le cadre du Pharmaceutical Price Regulation Scheme (« PPRS »), qui contrôle le bénéfice global que ses membres peuvent réaliser sur les

ventes de médicaments de marque sous licence au NHS sur la base d'un portefeuille (c'est-à-dire l'ensemble de leur portefeuille de médicaments de marque). En 2009 et 2014, les taux de rentabilité cibles étaient de 6 % de rendement des ventes (« RoS ») et de 21 % de rendement du capital (« RoC »).

Le PPRS ne s'applique pas aux médicaments génériques. Après avoir acheté l'autorisation de mise sur le marché de l'Epanutin à Pfizer, Flynn a obtenu l'autorisation au Royaume-Uni de vendre le produit en tant que générique, le retirant ainsi du contrôle des prix du PPRS. Flynn a ensuite demandé une modification du prix de la version générique des gélules de phénytoïne sodique.

Le ministère de la Santé a estimé que, puisque Pfizer et Flynn étaient membres du régime volontaire du PPRS, tous les produits qu'ils commercialisaient étaient exemptés des contrôles de prix légaux. Étant donné que les gélules étaient désormais des génériques non soumis au PPRS, le ministère de la Santé a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'empêcher l'augmentation proposée du prix des gélules de phénytoïne sodique de Flynn. En revanche, lorsque Flynn a augmenté le prix des gélules de phénytoïne sodique de façon considérable, le ministère de la Santé a porté plainte auprès de l'autorité britannique de la concurrence, qui a enquêté et finalement sanctionné Pfizer et Flynn en vertu du droit de la concurrence.

Entre-temps, le vide juridique qui rendait la pratique sanctionnée possible, a été comblé par l'article 4 de la loi de 2017 sur les fournitures médicales des services de santé (coûts) (Health Service Medical Supplies (Costs) Act 2017). Cet article permet de réglementer le prix des médicaments génériques. Lors de la présentation du projet de loi concerné au Parlement en deuxième lecture le 24 octobre 2016, le secrétaire d'État a déclaré : *« Nous sommes préoccupés par le fait que les entreprises ont exploité les différences entre les régimes volontaire et légal, en particulier par le vide juridique que le projet de loi cherche à combler, étant donné que si des entreprises ont des médicaments dans les deux régimes, nous sommes incapables de réglementer les prix des médicaments qui relèveraient normalement du régime légal. »*

86. Des plaintes ou enquêtes récurrentes en vertu du droit de la concurrence peuvent également mettre en lumière l'existence de problèmes affectant l'ensemble du marché, qui sont mieux résolus par une intervention systémique à l'échelle de tout le marché. Une réglementation spécifique adoptée à cet effet peut fournir un moyen plus complet et plus efficace de remédier aux défaillances du marché constatées que des procédures épisodiques engagées en vertu du droit de la concurrence (Hellwig, 2009, p. 212<sup>[26]</sup>) (OCDE, 2011, p. 23<sup>[6]</sup>).

87. On peut trouver de nombreux exemples de cas dans lesquels des procédures récurrentes en vertu du droit de la concurrence peuvent conduire à l'adoption d'une réglementation.

### Encadré 8. L'application du droit de la concurrence peut conduire à l'adoption d'une réglementation

L'un des premiers exemples d'application du droit de la concurrence menant à une réglementation est également l'un des plus célèbres, dans un domaine où la tension entre la réglementation et l'application du droit de la concurrence est permanente : les télécommunications. Peu après l'adoption de la loi Sherman, le gouvernement fédéral américain a engagé de nombreuses actions antitrust contre les efforts d'AT&T pour

obtenir un monopole unique dans le secteur de la téléphonie. Ces actions ont finalement conduit à l'adoption de l'engagement antitrust *Kingsbury* en 1913, par lequel AT&T a accepté de permettre aux compagnies de téléphone locales indépendantes de s'interconnecter avec son réseau longue distance, de céder Western Union et de s'abstenir d'acheter d'autres entreprises si l'Interstate Commerce Commission s'y opposait. Toutefois, des problèmes de concurrence ont continué à se poser, notamment dans le cadre d'affaires concernant la législation antitrust, de telle sorte que les États-Unis ont finalement décidé d'adopter des instruments réglementaires dans ce secteur, notamment, la loi sur les communications de 1934<sup>1</sup>.

Un exemple plus récent concerne les systèmes de paiement, dont la plupart sont détenus par des consortiums de grands établissements de crédit. Certaines inquiétudes ont été exprimées à propos de la capacité de ces consortiums à refuser à leurs concurrents l'accès à l'infrastructure de leurs systèmes de paiement, et à exploiter les clients en fixant des commissions d'interchange multilatérales excessivement élevées. Ces inquiétudes ont entraîné l'application de la législation antitrust dans le monde entier. Finalement, une réglementation a été adoptée concernant ces systèmes de paiement, dans des termes qui reflètent souvent le résultat d'actions antérieures visant à faire respecter la concurrence<sup>2</sup>.

En outre, l'application du droit de la concurrence dans les marchés déréglementés peut parfois stimuler une nouvelle réglementation, comme l'illustre le développement de la réglementation de la manutention au sol et des redevances aéroportuaires. En Europe, la manutention au sol était à l'origine assurée uniquement par des exploitants d'aéroports ou des prestataires désignés. En l'absence de réglementation, les clients ont eu recours à des plaintes antitrust pour régler des problèmes apparus à la suite de la libéralisation du marché, ce qui a conduit à 10 enquêtes dans le secteur en 1993 et à certaines décisions répressives. En ce qui concerne les redevances aéroportuaires, les mesures de libéralisation du transport aérien en Europe n'ont pas garanti l'égalité de traitement des compagnies aériennes par les aéroports. Les redevances aéroportuaires discriminatoires en faveur des compagnies aériennes nationales ont déclenché une série d'actions en justice. Dans les deux cas, l'UE a fini par adopter des directives exigeant l'ouverture des services aéroportuaires à des tiers sous réserve de conditions de non-discrimination, de transparence et de qualité<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Wu, T. (2007), « A Brief History of American Telecommunications Regulation » in *Oxford International Encyclopaedia of Legal History*, vol. 5, p. 95 (2009).

<sup>2</sup> OCDE, *Competition and Payment Systems*, DAF/COMP(2012)24 et OCDE, *Les restrictions applicables aux branches d'activité*, DAF/COMP/WP2(2020)1.

<sup>3</sup> OCDE, *Competition Policy and International Airport Services*, DAF/CLP(98)3 et OCDE (2014), *Airline Competition*.

88. Dans la sphère de l'économie numérique, nous vivons actuellement une période de transition entre une époque s'appuyant exclusivement sur l'application du droit de la concurrence et une époque prônant également l'adoption d'une réglementation. Après une décennie d'efforts pour faire appliquer les lois sur la concurrence dans ce secteur, les dernières années ont vu les autorités de la concurrence prendre l'initiative de débats sur l'opportunité et la manière de réguler le comportement des entreprises opérant des plateformes numériques. Cette évolution s'explique par l'opinion de plus en plus répandue selon laquelle l'application du droit de la concurrence peut ne pas être suffisamment efficace et rapide. En outre, plusieurs plateformes numériques créent leurs propres écosystèmes, dans lesquels ils sont à la fois des régulateurs *de facto* et des acteurs du marché. Compte tenu de tous ces éléments, les autorités étudient actuellement la possibilité de soumettre les plateformes à diverses obligations réglementaires, afin de

garantir des règles du jeu équitables et de protéger la concurrence dans (et entre) ces écosystèmes (Lundqvist, 2019, pp. 27-28<sup>[47]</sup>).

### Encadré 9. Réglementer le domaine numérique

Au moment de la rédaction de la présente note, certaines juridictions étudient la possibilité d'adopter une réglementation à la suite d'enquêtes de concurrence sur les pratiques commerciales des entreprises numériques. Ces propositions empruntent souvent aux principes (et aux affaires) existants du droit de la concurrence, mais les développent en fixant des obligations comportementales positives applicables sans qu'il soit nécessaire d'établir des effets anticoncurrentiels.

L'Allemagne a récemment modifié sa loi sur la concurrence pour lui permettre de mieux faire face au comportement des grandes entreprises numériques. L'article 19a nouvellement introduit habilite le *Bundeskartellamt* à intervenir à un stade précoce dans les cas où certaines grandes entreprises numériques menacent la concurrence. À titre préventif, le *Bundeskartellamt* peut interdire certains comportements d'entreprises qui, en raison de leur position stratégique et de leurs ressources, revêtent une importance capitale pour la concurrence sur les marchés. Ces comportements comprennent, notamment, l'auto-référencement des services d'un groupe ou le fait d'empêcher des entreprises tierces d'entrer sur le marché en leur interdisant l'accès à des données pertinentes pour la concurrence.

Au Japon, un siège pour la concurrence sur les marchés numériques (« Digital Headquarters ») a été créé sous l'égide du Cabinet, avec la participation de la JFTC, afin de promouvoir la concurrence et l'innovation sur les marchés numériques. En outre, une loi sur l'amélioration de la transparence et de l'équité de plateformes numériques spécifiées (« loi DP ») est entrée en vigueur au début de l'année 2021. La loi DP s'applique aux opérateurs de plateformes numériques qui seront désignés par le ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie (METI) parmi ceux qui respectent un ensemble de seuils. Les opérateurs des plateformes désignées seront tenus de divulguer certaines informations, comme les conditions de leurs transactions, de maintenir des opérations et des systèmes appropriés conformément aux directives de conduite qui seront fixées par le METI, et de rendre compte chaque année de leur conformité à ces exigences, sous peine de sanctions pénales.

Au Royaume-Uni, un examen indépendant réalisé par un groupe d'experts en concurrence numérique sur le thème « Favoriser la concurrence numérique » (communément appelé le « rapport Furman ») et une étude de marché de la CMA sur les plateformes en ligne et la publicité numérique ont identifié quelques problèmes de concurrence dans le secteur numérique et ont proposé des réformes pour y remédier. Parmi ces propositions figure la création d'une unité des marchés numériques (DMU), au sein de la CMA, chargée de superviser un nouveau régime réglementaire pour les entreprises numériques les plus puissantes, qui seront soumises à un code de conduite exécutoire. La DMU a été mise en place à titre provisoire pour se concentrer sur l'opérationnalisation et la préparation du nouveau régime, qui nécessitera une base statutaire. Le code de conduite, qui doit encore être adopté, devrait comporter les éléments suivants : (i) des objectifs généraux de haut niveau à fixer dans la législation, y compris, potentiellement, le commerce équitable, les libres choix, la confiance et la transparence ; et (ii) des principes de soutien et des orientations, qui seront déterminés par la DMU.

## 4.2. Une réforme réglementaire peut influencer l'application du droit de la concurrence

89. Une réforme réglementaire peut avoir un effet significatif sur l'application du droit de la concurrence. Un exemple l'illustre clairement, qui a déjà été évoqué à la section 3.1.2 ci-dessus, à savoir l'adoption d'une réglementation qui introduit des exemptions en matière de législation antitrust ou limite autrement le champ d'application du droit de la concurrence dans le secteur réglementé.

90. Un autre exemple témoigne également de l'impact d'une réforme réglementaire sur les niveaux d'actions engagées en vertu du droit de la concurrence, à savoir les grandes réformes de déréglementation qui ont eu lieu ces dernières décennies dans le monde entier, dans des secteurs comme les communications, l'électricité, le gaz naturel, l'eau/les eaux usées, les transports, les services financiers, les services professionnels et l'agriculture. Ces réformes ont généralement comporté les mesures suivantes : ouverture du marché ; privatisation ; reconsidération des obligations de service universel ; libéralisation des restrictions à l'entrée, des prix et des pratiques commerciales normales ; et prise de mesures afin de veiller à ce que les consommateurs soient convenablement informés et protégés (OCDE, 1999, pp. 7, 17<sub>[17]</sub>).

91. La déréglementation est un processus long, et a rarement consisté simplement à abolir des réglementations et à tout abandonner aux forces du marché, sous réserve uniquement du droit de la concurrence. Au contraire, elle implique habituellement des mesures réglementaires transitoires pour passer de la réglementation à la gouvernance par des forces du marché (OCDE, 1999, pp. 7, 17<sub>[17]</sub>) (Shelanski, 2012, p. 493<sub>[48]</sub>). La déréglementation s'opère donc généralement par l'adoption de nouveaux contrôles réglementaires afin de restructurer des monopoles et de créer des marchés concurrentiels qui peuvent finalement être régis par des forces du marché plutôt que par des structures réglementaires (Hellwig, 2009, pp. 205-208<sub>[26]</sub>) (Dunne, 2015, pp. 148-149<sub>[51]</sub>).

92. Les efforts de déréglementation ouvrent souvent la voie à des actions en application du droit de la concurrence (Khan, 1987, p. 1059<sub>[28]</sub>). En premier lieu, la déréglementation implique habituellement la suppression d'une immunité expresse ou tacite permettant d'échapper à l'application de la législation antitrust (Jenny, 2013, p. 172<sub>[43]</sub>). En second lieu, la déréglementation accroît la perspective de suppression de certaines règles orientées sur la concurrence qui figuraient dans la réglementation. En conséquence, la probabilité qu'il se produise des lacunes dans l'application du droit de la concurrence risque de devenir plus forte si le gouvernement poursuit une politique agressive de déréglementation (Shelanski, 2019, pp. 1928-1929<sub>[31]</sub>).

93. En outre, les processus de libéralisation peuvent exiger une surveillance accrue, à la fois de la part des autorités réglementaires et des autorités chargées de l'application de la législation antitrust (Kahn, 1990, p. 329<sub>[49]</sub>) (Armstrong et Sappington, 2006, p. 327<sub>[50]</sub>). En effet, les industries qui étaient auparavant réglementées sont enclines à adopter des pratiques anticoncurrentielles dans le sillage de la déréglementation (Carlton et Picker, 2014, p. 42<sub>[35]</sub>). Cette surveillance accrue peut être nécessaire à titre temporaire afin de veiller à ce que la concurrence sur le marché ait la possibilité de se développer jusqu'au moment où elle pourra finalement remplacer la réglementation comme la source clé de la discipline de l'entreprise en cause (Armstrong et Sappington, 2006, p. 359<sub>[50]</sub>).

94. De nombreux exemples attestent de l'importance de l'application du droit de la concurrence pour le succès de la libéralisation. Par exemple, certains auteurs ont fait observer comment le droit de la concurrence a été déployé avec succès pour compléter la réglementation en matière d'énergie et de télécommunications ou pour en combler les

lacunes (Diathesopoulos, 2012<sup>[51]</sup>) (Dunne, 2015, pp. 114-115<sup>[51]</sup>). Incapable de traiter pleinement les problèmes clés liés à la structure du marché dans ses réformes de déréglementation<sup>34</sup>, l'UE a néanmoins réussi à obtenir la dissociation des structures de propriété au moyen de plusieurs décisions prises dans le secteur de l'énergie<sup>35</sup> et à garantir l'efficacité de la réglementation en matière d'accès dans le secteur des télécommunications, au moyen de plusieurs décisions prises en vertu de la législation antitrust et du contrôle des fusions.<sup>36</sup>

95. Dans certains cas, plusieurs États ont même décidé de se fonder uniquement sur l'application du droit de la concurrence, en remplacement de la réglementation, dans le contexte des processus de libéralisation. Cette approche part du postulat que le droit de la concurrence d'un pays contient des interdictions suffisamment fortes, en ce qui concerne les abus de position dominante et les accords anticoncurrentiels, pour résoudre tous les problèmes qui peuvent surgir dans des industries de réseau à la suite de leur déréglementation (OCDE, 1999, p. 21<sup>[17]</sup>).

#### Encadré 10. Substituer l'application du droit de la concurrence à la réglementation sectorielle

Lors de la libéralisation du marché de l'électricité en Allemagne en 1998, il a été décidé d'ouvrir le marché dès le départ au lieu d'effectuer une libéralisation progressive. La réforme a introduit l'accès négocié des tiers et a remplacé les réglementations en matière d'accès par des accords d'accès négociés entre les acteurs du marché, supervisés par l'autorité de la concurrence. Le droit de la concurrence a également été réformé afin d'introduire une disposition selon laquelle le refus d'accorder l'accès au réseau électrique constitue un abus. En vertu de cette disposition, un opérateur de réseau monopolistique agirait de manière abusive s'il refusait un accès non discriminatoire à ses réseaux.<sup>1</sup> Ce régime axé sur la concurrence a ensuite été complété par l'introduction d'un accès réglementé des tiers, fondé sur des tarifs approuvés et publiés, applicables à tous les clients, et appliqués de manière objective et sans discrimination entre les utilisateurs du réseau ; et par la création de l'Agence fédérale des réseaux (*Bundesnetzagentur*), qui fournit actuellement le modèle des accords d'accès au réseau dans le secteur de l'électricité et à qui tout refus d'accorder l'accès au réseau doit être notifié.

En Nouvelle-Zélande, la libéralisation du marché dans les années 1980 s'appuyait presque exclusivement sur les mécanismes du marché sous la supervision des dispositions génériques en matière de concurrence. L'application du droit de la concurrence a été soutenue par la possibilité, prévue dans la partie 4 de la loi sur le commerce de 1986, pour le gouvernement d'introduire une réglementation comme filet de sécurité au cas où l'application du droit de la concurrence serait insuffisante pour garantir des prix compétitifs et la qualité des biens ou des services sur les marchés présentant des caractéristiques monopolistiques. Un certain nombre de régimes réglementaires de ce type ont été ajoutés au fil du temps. Par exemple, en 2001, l'autorité de la concurrence a été habilitée à faire appliquer la réglementation sur les marchés des produits laitiers et des télécommunications. Les entreprises de transport et de distribution d'électricité ont également été soumises à la réglementation, car la concurrence sur les marchés de ces services était quasi inexistante. En 2008, des services spécifiques dans les trois principaux aéroports internationaux de Nouvelle-Zélande (Auckland, Wellington et Christchurch) ont également été soumis à des exigences réglementaires.

<sup>1</sup> OCDE, *Competition Policy in the Electricity Sector*, DAFFE/COMP(2003)14.

96. Même dans le cas où les réformes ne vont pas jusqu'à remplacer complètement la réglementation par l'application du droit de la concurrence, il reste souvent nécessaire d'intervenir en vertu de la législation antitrust une fois le nouveau régime réglementaire en place. Il est reconnu depuis longtemps en théorie – comme en pratique<sup>37</sup> – que la déréglementation d'un marché peut ouvrir la voie à un plus grand nombre d'actions en application du droit de la concurrence (OCDE, 2011, p. 244<sub>[6]</sub>).

97. Les marchés nouvellement déréglementés sont rarement parfaitement concurrentiels, et exigent une supervision permanente, que ce soit en raison de la persistance de barrières structurelles ou légales, de la dynamique du marché (ou de son absence), ou de la résistance stratégique opposée par l'ancienne entreprise en place. La déréglementation partielle peut provoquer des asymétries et des distorsions entre les segments de marché réglementés et non réglementés (Kahn, 1990, pp. 333-334<sub>[49]</sub>). En effet, les goulots d'étranglement qui peuvent entraver le développement de la concurrence dans des segments concurrentiels sont un problème récurrent dans les industries partiellement déréglementées (Breyer, 1987, p. 1032<sub>[29]</sub>).

98. Ces difficultés peuvent justifier un contrôle antitrust accru des marchés nouvellement libéralisés (Armstrong et Sappington, 2006, p. 359<sub>[50]</sub>). Il a même été soutenu que l'application de la législation antitrust devrait intervenir de manière contra-cyclique par rapport à la réglementation, particulièrement pendant les cycles marqués par une déréglementation importante. L'importance comparative des mesures visant à contrer les tendances à la déréglementation tient au fait que, tandis qu'une réglementation accrue peut déclencher des barrières qui tiennent l'application du droit de la concurrence à l'écart des marchés réglementés, une réglementation réduite ne déclenche aucun mécanisme de cette nature qui réactive l'application du droit de la concurrence dans des marchés déréglementés (Shelanski, 2019, p. 1924<sub>[3]</sub>).

### 4.3. L'application du droit de la concurrence peut influencer le contenu de fond de la réglementation

99. L'application du droit de la concurrence peut non seulement conduire à l'adoption ou à la réforme d'une réglementation, mais également influencer son contenu. La volonté de se fonder sur le droit de la concurrence peut refléter un choix politique délibéré de favoriser des solutions orientées sur le marché. Ce choix peut se traduire par le recours à des procédures d'application du droit de la concurrence comme un outil pour régler les problèmes résiduels qui se posent après l'abolition d'une réglementation sectorielle spécifique, comme nous venons de le voir, mais également conduire à l'adoption d'une nouvelle réglementation allégée dont le contenu est inspiré par le droit de la concurrence (Dunne, 2015, pp. 71-72<sub>[5]</sub>).

100. Il est communément reconnu que la réglementation n'est pas seulement génériquement nécessaire pour le fonctionnement de l'économie de marché, mais qu'elle demeure essentielle sur certains marchés, par exemple lorsque des éléments monopolistiques sont présents (Baldwin, Cave et Lodge, 2015, pp. 9-10<sub>[14]</sub>). Dans ces circonstances, la réglementation et la concurrence sont des moyens alternatifs de traiter les défis posés par la puissance sur le marché.

101. Dans ces contextes, la réglementation peut adopter et adopte souvent des concepts et approches tirés du droit de la concurrence, particulièrement lorsqu'elle vise à obtenir des résultats de quasi-marché plus efficaces (Dunne, 2015, p. 169<sub>[5]</sub>). L'analyse de la

concurrence peut être utile pour diagnostiquer des problèmes liés à la puissance sur le marché et pour identifier des mesures correctives dans ces scénarios (Moodalyar et Weeks, 2012, p. 19<sub>[52]</sub>). Les cartes de paiement en sont de bons exemples, puisque la réglementation sectorielle spécifique<sup>38</sup> reflète largement l'approche adoptée dans de précédentes décisions à l'encontre d'opérateurs de services de paiement (Monti, 2019, p. 4<sub>[46]</sub>)

102. L'influence du droit de la concurrence sur le contenu de la réglementation s'exerce non seulement lorsque celle-ci remplace le droit de la concurrence, mais lorsqu'elle est adoptée pour le compléter. À titre d'exemple, les règles de l'UE sur les services d'intermédiation en ligne<sup>39</sup> ont adopté plusieurs mesures expressément identifiées comme complétant le droit de la concurrence de l'UE.<sup>40</sup> Certaines de ces mesures – par exemple, l'interdiction de certaines clauses de la nation la plus favorisée, les exigences de transparence concernant l'auto-préférence ; l'interdiction des restrictions illicites, de la suspension ou de la résiliation de comptes d'utilisateurs, équivalant au référencement de produits et de services – ont été décrites comme inspirées par les théories du préjudice du droit de la concurrence, sans être nécessairement limitées à des critères spécifiques définissant la puissance sur le marché et la position dominante (Roman, 2021<sub>[53]</sub>).

103. Les initiatives de l'UE en matière de communications électroniques fournissent un très bon exemple de l'influence que le droit de la concurrence exerce sur le contenu de la réglementation. Ces initiatives ont expressément adopté des outils analytiques déployés dans le droit de la concurrence afin de déterminer si des marchés spécifiques justifient l'adoption d'une réglementation sectorielle spécifique (Moodalyar et Weeks, 2012, p. 19<sub>[52]</sub>).

#### Encadré 11. Le régime des communications électroniques dans l'UE

L'un des objectifs du régime communautaire des communications électroniques, lorsqu'il a été adopté, était de promouvoir une concurrence effective en favorisant une structure de marché concurrentielle ou en imitant les résultats d'une structure de marché concurrentielle<sup>1</sup>. En conséquence, le régime exigeait qu'une autorité réglementaire suive trois étapes avant d'imposer des obligations aux opérateurs. En premier lieu, l'autorité devait sélectionner les marchés où l'antitrust serait inefficace pour résoudre les éventuels problèmes de concurrence. Il s'agissait de marchés remplissant trois critères cumulatifs : barrières à l'entrée permanentes et non stratégiques élevées, absence de dynamique concurrentielle derrière ces barrières et inefficacité des mesures antitrust pour résoudre les problèmes de concurrence. Les frontières des marchés sélectionnés ont été délimitées selon les méthodologies antitrust (par exemple, le test SSNIP). En second lieu, l'autorité devait déterminer si un opérateur bénéficiait d'une position dominante unique ou collective ou pouvait tirer parti d'une position dominante sur un marché étroitement lié. Dans ce cas, le régulateur pouvait alors imposer un certain nombre de mesures correctives réglementaires proportionnées<sup>2</sup>.

Comme on peut le constater, le cadre réglementaire a expressément déployé des outils analytiques utilisés dans l'application du droit de la concurrence afin de déterminer si des marchés spécifiques méritent une réglementation sectorielle<sup>3</sup>. En outre, les régulateurs ont été tenus de procéder à une analyse du marché, - en utilisant les concepts de définition du marché et de position dominante, tels que définis dans le droit de la concurrence -, afin de déterminer si un opérateur, seul ou conjointement, détient un « pouvoir de marché significatif »<sup>4</sup>. L'alignement de la réglementation sur les méthodologies antitrust visait à répondre aux principes de bonne gouvernance, à rendre le régime plus souple et à faire en sorte qu'il repose sur des principes économiques

solidement ancrés qui garantissent que les décisions réglementaires sont plus proches de la réalité du marché<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Le régime réglementaire initial a été mis en place en 2002. Ce régime a été récemment mis à jour au moyen de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code européen des communications électroniques (refonte) OJ L 321 du 17.12.2018, p. 36-214, mais le fond reste globalement le même en ce qui concerne notre discussion ici.

<sup>2</sup> de Stree, A. (2008), « The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The Case of Electronic Communications » in *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2008/1, Tome XLVII, pp. 55-72.

<sup>3</sup> Cave, M. et P. Crowther (2004), « Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post » in *Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post* (Konkurrensverket), p. 12.

<sup>4</sup> La définition de pouvoir de marché significatif qui a été retenue à cet effet était identique à la définition standard de la position dominante - id., p. 15 -, tandis que la définition du marché a été largement abordée de manière similaire en vertu du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle. de Stree, A. (2010), « Interaction between the Competition Rules and Sector Specific Regulation » in (dir. pub. L. Garzaniti, et M. O'Regan) *Telecommunications, Broadcasting and the Internet : EU Competition Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, p. 871.

<sup>5</sup> de Stree, A. (2008), « The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The Case of Electronic Communications » in *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2008/1, Tome XLVII, pp. 55-72.

104. Étant donné que les gouvernements du monde entier explorent actuellement le moyen d'exercer une surveillance réglementaire sur les plateformes numériques, l'application du droit de la concurrence a été une source d'inspiration pour un grand nombre des propositions publiées à ce jour. Comme nous l'avons vu ci-dessus, une décennie d'efforts a mis en lumière les limitations auxquelles se heurte l'application du droit de la concurrence dans ce domaine. En conséquence, les débats ont désormais porté sur la manière de réglementer les plateformes numériques, et les autorités de la concurrence ont souvent été à l'initiative et pris la tête de ces débats. L'ensemble a conduit à plusieurs propositions (voir Encadré 9 ci-dessus), dont un grand nombre ont été influencées par de précédentes actions engagées en vertu du droit de la concurrence.

### Encadré 12. Influences du droit de la concurrence sur la proposition de loi sur les marchés numériques de l'UE

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a adopté une proposition de loi sur les marchés numériques (DMA). Cet instrument a notamment pour objectif de combler les lacunes du droit de la concurrence et d'intervenir lorsque ce droit ne peut agir, ou que son action est inefficace, notamment en ce qui concerne la contestabilité du marché et la concurrence intra-plateforme<sup>1</sup>. À la lumière de ce qui précède, il n'est pas surprenant que l'application du droit de la concurrence ait inspiré la proposition de loi.

Le DMA s'applique aux fournisseurs de services de plateforme de base qui sont désignés comme contrôleurs d'accès. Cette désignation n'adopte pas le concept de position dominante, mais exige plutôt le respect de trois critères cumulatifs. Certes, le texte ne mentionne pas explicitement la puissance sur le marché et aucun marché pertinent ne doit être défini dans le processus de désignation, mais certains critères d'identification d'un contrôleur d'accès, - en particulier ceux qui exigent un contrôle solide et durable d'une passerelle importante permettant aux utilisateurs professionnels d'atteindre les utilisateurs finaux -, font implicitement référence à la puissance sur le marché. En outre, une désignation initiale en tant que contrôleur d'accès peut être

réfutée sur la base d'un certain nombre d'indicateurs liés à la puissance sur le marché et à l'évaluation d'une position dominante en vertu du droit de la concurrence<sup>2</sup>.

Par ailleurs, un contrôleur désigné est soumis à certaines obligations, dont beaucoup sont inspirées par des affaires antitrust passées et actuelles<sup>3</sup>. Selon la Commission, ces obligations ont été choisies parce qu'elles « *sont considérées comme inéquitables compte tenu des caractéristiques du secteur numérique et lorsque l'expérience acquise, par exemple dans le cadre de l'application des règles de la concurrence de l'UE, montre qu'elles ont un impact direct particulièrement négatif sur les utilisateurs professionnels et les utilisateurs finaux* »<sup>4</sup>. Ces obligations comprennent les obligations suivantes :

- s'abstenir de combiner des données personnelles provenant du contrôleur d'accès avec d'autres données sans le consentement de l'utilisateur (de telles pratiques ont été condamnées en vertu du droit de la concurrence par l'autorité allemande de la concurrence dans l'affaire Facebook de 2019, et en vertu du droit de la protection des consommateurs par l'autorité italienne de la concurrence et des consommateurs) ;
- permettre aux utilisateurs professionnels d'offrir les mêmes services aux utilisateurs finaux par le biais de services d'intermédiation tiers à des conditions différentes de celles offertes par l'intermédiation du contrôle d'accès (des clauses empêchant cela ont été condamnées dans l'affaire 40.153 *Amazon eBooks*, et dans des affaires de réservation d'hôtel en ligne) ;
- permettre aux utilisateurs professionnels de conclure des contrats directement avec les utilisateurs finaux acquis par l'intermédiaire de la plateforme (anti-steering), et permettre aux utilisateurs finaux d'accéder aux applications professionnelles par l'intermédiaire de la plateforme pour obtenir des articles acquis par les utilisateurs finaux auprès de l'utilisateur professionnel concerné sans utiliser la plateforme du contrôleur d'accès (la légalité de telles clauses est actuellement examinée sous l'angle du droit de la concurrence dans l'affaire 40.437 *Apple - Pratiques de l'App Store (streaming musical)*) ;
- ne pas regrouper plusieurs services de base offerts par la plateforme (une pratique interdite dans l'affaire 40.099 *Google Android*) ;
- fournir aux annonceurs et aux éditeurs des informations concernant le prix payé par l'annonceur et la rémunération versée à l'éditeur (le manque de transparence sur ce marché fait actuellement l'objet d'une enquête dans les affaires AT. 40.660 et 40.670 *Google AdTech*) ;
- s'abstenir d'utiliser, en concurrence avec les utilisateurs professionnels, toute donnée non publique fournie par ces utilisateurs à la plateforme ou générée par les activités de ces utilisateurs par le biais du service de base de la plateforme (ces pratiques sont actuellement analysées dans l'affaire 40.462 *Amazon Marketplace*)
- permettre aux utilisateurs finaux de désinstaller les applications préinstallées (empêcher la désinstallation a été interdit dans l'affaire 39.530 *Microsoft Explorer* et l'affaire 40.099 *Google Android*) ;
- permettre l'utilisation d'applications et de magasins d'applications tiers utilisant ou interagissant avec le système d'exploitation du contrôleur d'accès, et permettre l'accès à ces applications et magasins d'applications par des moyens autres que le service de la plateforme centrale du contrôleur d'accès (chargement

latéral) (dont les restrictions sont actuellement examinées dans l'affaire 40.716 *Apple - Pratiques de l'App Store*).

- s'abstenir de classer les services offerts par le contrôleur d'accès de manière plus favorable par rapport à des services tiers similaires, et appliquer les conditions FRAND à ce classement (de telles pratiques ont été interdites dans l'affaire 39.740 *Google Search (Shopping)* et sont en cours d'examen dans l'affaire 40.703 *Amazon - Buy Box*)
- fournir aux utilisateurs professionnels et aux fournisseurs de services auxiliaires un accès et une interopérabilité avec le même système d'exploitation, le même matériel ou les mêmes logiciels que ceux utilisés pour la fourniture de services auxiliaires par le contrôleur d'accès (ce type de discrimination interne est analysé dans l'affaire 40.452 - *Apple - Paiements mobiles*).

1 Proposition de la Commission, considérants 9 et 10. Voir également l'analyse d'impact, paragraphes 119-124.

2 CERRE (2021), « The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment », p. 15.

3 Id., p. 16-18 ; Analyse d'impact, p. 54-61.

4 Analyse d'impact, paragraphe 153.

#### 4.4. L'influence de la réglementation sur le fond du droit de la concurrence et sur son application

105. Une dernière question – qui n'est certainement pas la moins importante – reste à examiner : elle concerne la manière dont la réglementation peut influencer le fond du droit de la concurrence et son application. Cette influence peut prendre plusieurs formes. À titre d'exemple, l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un comportement doit tenir compte des différences entre les marchés réglementés et les marchés non réglementés ; la réglementation peut influencer le contenu des concepts, des méthodologies et des théories du préjudice appliqués en droit de la concurrence ; et la réglementation peut même déclencher une responsabilité en vertu du droit de la concurrence.

##### 4.4.1. L'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un comportement doit tenir compte des spécificités des marchés réglementés

106. Les effets d'un comportement prétendument anticoncurrentiel peuvent être très différents selon que ce comportement intervient dans un secteur réglementé ou non réglementé<sup>41</sup>. L'analyse antitrust conventionnelle risque donc de ne pas tenir compte des caractéristiques spéciales des marchés réglementés ; or, ce qui est optimal dans un marché non réglementé peut ne pas être idéal dans des secteurs réglementés. (Breyer, 1987, p. 1011<sup>[29]</sup>) (Kovacic, 1995, p. 498<sup>[37]</sup>)

107. En raison de l'influence que la réglementation exerce sur la structure économique d'une industrie, et sur le comportement d'une entreprise opérant dans cette industrie, il pourrait être plus difficile pour les autorités chargées de l'application de la législation antitrust d'établir un lien entre des effets particuliers sur la concurrence et le comportement du défendeur. Étant donné que la réglementation économique modifie généralement les conditions dans lesquelles les acteurs du marché interagissent, les effets sur la concurrence et les justifications invoquées au cours d'une enquête des autorités de la concurrence sont susceptibles de changer selon que la réglementation est ou non prise en compte (Shelanski, 2011, p. 700<sup>[34]</sup>).

108. Simultanément, il est clair que le droit de la concurrence est suffisamment souple pour s'adapter aux complexités de la concurrence dans des marchés réglementés (Dunne, 2015, pp. 229-230<sup>[5]</sup>). Par exemple, l'existence d'une réglementation *ex ante* est habituellement considérée comme un facteur pertinent pour l'application du droit de la concurrence au comportement d'entreprises réglementées, y compris pour la définition des marchés, pour l'appréciation du caractère abusif du comportement d'une entreprise et pour la détermination du montant des amendes<sup>42</sup>.

109. La réglementation est également un élément important dans le domaine du contrôle des ententes. Le cadre réglementaire fait partie des faits qui doivent être examinés dans le contexte d'une fusion, et peut être pris en compte pour son examen en vertu du droit de la concurrence. À titre d'exemple, le rôle d'une réglementation applicable au marché de gros a souvent été pris en compte pour évaluer la capacité des fournisseurs de service à large bande à faire concurrence sur les marchés de détail<sup>43</sup>, et la fixation des frais de résiliation par un régulateur national a été un élément décisif pour déterminer qu'il n'était pas possible d'opérer une discrimination anticoncurrentielle par les prix<sup>44</sup> (OCDE, 2011, p. 201<sup>[6]</sup> ; De Streel, 2010, p. 878<sup>[21]</sup>). De la même manière, la réglementation sectorielle a été prise en compte pour autoriser certaines fusions dans le secteur de l'électricité (OCDE, 2011, pp. 41-42<sup>[6]</sup>).

#### ***4.4.2. La réglementation peut inspirer le droit de la concurrence sur le fond***

110. Les marchés réglementés posent également des difficultés pour l'application de certains concepts du droit de la concurrence. Par exemple, les concepts de « position dominante » ou de « monopole », en tant qu'éléments requis pour déclencher la responsabilité au titre d'un comportement unilatéral, supposent qu'une entreprise puisse agir de manière indépendante et autonome sur le marché. Or, l'existence de contrôles réglementaires peut sérieusement limiter cette capacité à agir de manière indépendante (Kovacic, 1995, pp. 490-491<sup>[37]</sup>).

111. Par ailleurs, certains auteurs ont fait observer que les obligations réglementaires ont inspiré l'élaboration, en droit de la concurrence, de théories du préjudice présentant des orientations réglementaires marquées, notamment en ce qui concerne la compression des marges et l'accès à des facilités essentielles (De Streel, 2010, p. 875<sup>[21]</sup>). D'autres auteurs ont également relevé que certaines doctrines antitrust impliquent l'imposition d'obligations de faire qui sont très semblables à des mesures réglementaires – notamment en ce qui concerne le refus de fourniture ou la pratique de prix excessifs. De manière non surprenante, ces doctrines figurant parmi celles qui sont les plus controversées en droit de la concurrence (Dunne, 2015, p. 83<sup>[5]</sup>).

112. Deux cas particuliers sont habituellement évoqués au cours des discussions sur la nature réglementaire de certaines théories du préjudice appliquées en droit de la concurrence : la compression des marges et le refus de fournir/l'accès à des facilités essentielles.

113. La compression des marges survient habituellement dans des marchés où une entreprise verticalement intégrée contrôle l'accès à un goulot d'étranglement, à un certain niveau de la chaîne de production. Pour que cette compression ait lieu, il faut que cette entreprise verticalement intégrée fournisse un accès à des concurrents via ce goulot d'étranglement, mais manipule ensuite le prix d'accès afin de comprimer les marges bénéficiaires de ces concurrents, et finisse par les exclure du marché. La compression des marges survient lorsque la marge entre le prix que le fournisseur intégré applique à un concurrent pour la vente d'intrants essentiels et le prix en aval de ce concurrent est si étroite que ce dernier ne peut pas survivre ou être effectivement compétitif.

114. Les cas de compression des marges seront relativement courants, et se produisent souvent dans des industries récemment libéralisées, où les entreprises en place sont tenues d'une obligation réglementaire de fournir certains intrants essentiels à des concurrents en aval. Un grand nombre d'autorités de la concurrence ont examiné au moins quelques plaintes impliquant des compressions de marges potentiellement illégales (OCDE, 2009, p. 8<sub>[54]</sub>).

115. Étant donné que la question de la compression des marges peut être réglée soit par une réglementation spécifique *ex ante* soit par une procédure en vertu du droit de la concurrence *ex post*, elle soulève souvent des interrogations à propos du rôle approprié du droit de la concurrence/des autorités de la concurrence, d'une part, et de la réglementation sectorielle/des régulateurs, d'autre part. En particulier, la présence d'obligations réglementaires pose la question du rôle approprié du droit de la concurrence dans les poursuites relatives à ces pratiques.

116. Par ailleurs, l'existence de formes autonomes de compression des marges en vertu du droit de la concurrence a été contestée. La question de savoir si des différences de prix anticoncurrentielles peuvent constituer une infraction autonome ou si elles doivent plutôt être considérées comme des formes de prédation ou de refus de vente fait l'objet d'un débat parmi les auteurs (OCDE, 2009, pp. 8-9<sub>[54]</sub>) (Dunne, 2015, p. 192<sub>[5]</sub>). En pratique, la compression des marges est désormais reconnue comme une forme d'infraction au droit de la concurrence dans de nombreuses juridictions, en dépit des arguments prétendant qu'il s'agit d'une question réglementaire qui se pose uniquement lorsqu'il existe une réglementation des prix dans une industrie déjà soumise à des obligations de vente et placée sous le contrôle de régulateurs institutionnels compétents (OCDE, 2009, pp. 21, 32<sub>[54]</sub>).

117. Un autre courant de la doctrine en matière de droit de la concurrence, clairement inspiré par des considérations réglementaires, interprète ces pratiques comme un refus de vente – c'est-à-dire le refus de vendre l'accès à des facilités essentielles et le refus de fournir des ressources. Il est communément reconnu que les affaires de refus de vente soulèvent parfois des problèmes de politique qui se chevauchent avec la réglementation traditionnelle en matière de services publics. Toutes les affaires de refus de vente sont susceptibles d'exiger l'examen des clauses et conditions dans lesquelles le produit ou le service en question doit être fourni. De nombreux tribunaux et autorités de la concurrence éprouvent des difficultés à reconnaître le rôle réglementaire inhérent à la fixation des clauses et conditions auxquelles une entreprise devrait traiter avec une autre entreprise (OCDE, 2007, p. 10<sub>[55]</sub>).

118. La nature réglementaire des refus de vente se reflète dans les seuils élevés qui doivent être atteints pour reconnaître une infraction au droit de la concurrence, et qui entourent en particulier l'existence d'une obligation de fourniture. Habituellement, cette obligation ne peut naître qu'à condition que l'intrant soit « indispensable », ou dans des circonstances exceptionnelles qui créent une exception à la règle par défaut selon laquelle les entreprises n'ont pas l'obligation de traiter avec des tiers (par ex., si une entreprise abandonne un mode de négociation avec des tiers, en sacrifiant des bénéfices, dans l'intention d'exclure un concurrent du marché au détriment des consommateurs) (OCDE, 2007, pp. 35-56<sub>[55]</sub>).

119. Si le refus de vente a lieu dans une industrie réglementée, la réglementation peut prévaloir sur le droit de la concurrence et, ce faisant, confier l'analyse de ce refus à une autorité réglementaire plutôt qu'à l'autorité de la concurrence. En fait, même si la réglementation applicable ne prévaut pas sur le droit de la concurrence, les tribunaux pourront néanmoins décider de laisser l'autorité réglementaire statuer sur l'affaire (OCDE, 2007, p. 29<sub>[55]</sub>).

120. La réglementation peut influencer cette doctrine du droit de la concurrence d'une autre manière, en remplaçant l'un de ses éléments ou en fournissant un substitut à celui-ci. En Europe, l'existence d'une obligation réglementaire de vente peut servir de substitut à l'exigence de caractère indispensable dans des affaires de droit de la concurrence, dispensant ainsi de la nécessité d'établir une nécessité objective et autonome d'accès avant d'examiner les effets d'un refus de fourniture (Dunne, 2020, pp. 85-92<sup>[56]</sup>).

121. Ce traitement différencié d'un comportement, selon qu'il est ou non réglementé, se justifie essentiellement par le fait que la réglementation tient déjà compte des effets sur les incitations à l'investissement d'une intervention en vertu de la législation antitrust imposant une obligation de vente. Il se justifie également par le fait que l'impact de cette obligation de vente sur les incitations à l'investissement est moins important lorsque l'infrastructure concernée a été développée dans des conditions protégées des forces normales du marché, comme cela est souvent le cas dans des secteurs réglementés soumis à des obligations de vente (De Streef, 2014, p. 202<sup>[57]</sup>). En effet, si la réglementation impose une obligation de fourniture, on part du principe que l'équilibrage nécessaire a déjà été réalisé entre les incitations économiques à investir de l'entreprise dominante, d'une part et les intérêts de l'ouverture du marché concerné à la concurrence, au moyen d'une obligation imposant de permettre l'accès à ce marché, d'autre part<sup>45</sup>.

122. En outre, l'existence d'une obligation réglementaire de vente peut même permettre aux autorités d'éviter d'avoir à satisfaire aux exigences rigoureuses posées par la doctrine en matière de refus de fourniture. À titre d'exemple, la fourniture de l'accès à une infrastructure à des conditions déloyales pourrait être interprétée comme un refus (préssumé) de vente. En vertu du droit communautaire, toutefois, dans tous les cas où une entreprise donnerait accès à son infrastructure dans des conditions déloyales, ce comportement ne sera pas apprécié selon la doctrine du refus de vente, pour autant qu'il existe une obligation réglementaire de vente. Le fait d'imposer des obligations d'accès dans un tel contexte sera moins préjudiciable à la liberté de contracter de l'entreprise dominante et à son droit de propriété que le fait de la contraindre à donner accès à son infrastructure, si elle a réservé cette infrastructure aux besoins de sa propre activité<sup>46</sup>. En conséquence, le droit de la concurrence pourra s'appliquer sans qu'il soit besoin de respecter les seuils rigoureux définis par la doctrine sur le refus de fourniture, puisqu'il s'agit uniquement de l'exercice de l'autonomie de l'entreprise dans la décision de donner accès à son infrastructure, laquelle sera soumise à un examen en vertu du droit de la concurrence<sup>47</sup>.

123. Certaines affaires de pratique de prix excessifs illustrent également comment la réglementation peut influencer les doctrines en matière de droit de la concurrence. Il est bien connu que l'une des difficultés principales dans ces affaires est de déterminer à partir de quel niveau un prix devient trop élevé, c'est-à-dire excessif et déloyal, et enfreint donc le droit de la concurrence. Dans ces conditions, les autorités peuvent se fonder sur l'évaluation préalable qui a été faite par les régulateurs, particulièrement si l'enquête concerne un secteur réglementé.

### Encadré 13. Prix réglementés et pratiques abusives dans l'affaire Pfizer/Flynn

L'encadré 7 ci-dessus a décrit comment l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) a adopté une décision pour pratique de prix excessif concernant des gélules de phénytoïne sodique, un médicament antiépileptique dont le brevet avait expiré, et comment cela a conduit à la suppression d'un vide juridique. Cette décision fournit également un excellent exemple de la manière dont les prix réglementés peuvent

jouer un rôle dans la détermination du caractère excessif des prix aux fins d'établir une infraction à la concurrence.

Avant le débranding du médicament, qui l'a transformé en générique, les gélules de phénytoïne sodique étaient soumises à un contrôle réglementaire des prix dans le cadre du Pharmaceutical Price Regulation Scheme (« PPRS »), qui contrôle le bénéfice global que ses membres peuvent réaliser sur les ventes de médicaments de marque sous licence au NHS sur la base d'un portefeuille (c'est-à-dire l'ensemble de leur portefeuille de médicaments de marque). En 2009 et 2014, les taux cibles étaient de 6 % de rendement des ventes (« RoS ») et de 21 % de rendement du capital (« RoC »).

Dans sa décision constatant une infraction, la CMA a estimé que l'approche appropriée pour déterminer si les prix des gélules de phénytoïne sodique étaient excessifs était une approche fondée sur le principe du coût majoré, qui prévoyait un RoS inférieur à 6 % (c'est-à-dire la marge bénéficiaire réglementée). La CMA a considéré qu'il s'agissait d'un taux de rendement raisonnable selon les normes du secteur. Ce taux était plus élevé que les marges bénéficiaires annuelles moyennes de Pfizer pour l'ensemble de ses activités au Royaume-Uni (qui comprenaient des produits innovants dont les RoS étaient forcément plus élevés que ceux d'un ancien médicament). Un équilibre a donc été établi entre les intérêts des vendeurs et ceux des clients, similaire au prix auquel le produit de marque était vendu dans le cadre du PPRS. Enfin, *« l'utilisation du taux de ROS du PPRS a permis à la CMA de calculer un taux de rendement pour Pfizer qui préservait sa situation financière globale ; et un ROS de 6 % équivalait à une marge de contribution globale plus de quatre fois supérieure au taux cible interne en dessous duquel Pfizer met un produit sous examen »* (Flynn/Pfizer [2018] CAT 11, paragraphes 250-256).

Le Competition Appeal Tribunal (CAT), saisi d'un recours contre cette décision, a estimé que la CMA avait commis une erreur en se basant uniquement sur une approche fondée sur le coût majoré pour déterminer le caractère excessif du prix, à l'exclusion d'autres méthodes. Au lieu de cela, la CMA aurait dû établir un prix de référence (ou une fourchette de prix) qui aurait été appliqué dans des circonstances de concurrence normale et suffisamment efficace (*Flynn/Pfizer* [2018] CAT 11, para. 310). En particulier, le CAT a estimé que *« la CMA n'a pas eu raison de s'appuyer sur le taux de rendement de 6 % du PPRS (...) pour confirmer, et encore moins pour déterminer, le taux de rendement raisonnable pour Flynn et Pfizer dans cette affaire »*. Le CAT a considéré que le prix réglementé était clairement *« un facteur pertinent à examiner, en tant qu'indicateur, qui, avec d'autres indicateurs, pourrait établir si la CMA a retenu la bonne fourchette de pourcentages comme des taux de rendement appropriés ou raisonnables en appliquant une mesure du ROS, le tout dans le contexte de la recherche de ce qui doit être le prix de référence »* (para. 339).

Lors d'un nouvel appel, la Cour d'appel a infirmé la décision du CAT. Elle a estimé que le CAT avait eu tort de suggérer que la CMA était tenue d'établir un prix de référence, ou une fourchette de prix, au-delà du calcul du coût majoré, afin de déterminer si les prix pratiqués par Pfizer et Flynn étaient excessifs (*CMA contre Flynn Pharma Ltd & Anor (Rév 3)* [2020] EWCA Civ 339, para. 254). Il n'existe pas de règle de droit obligeant les autorités de la concurrence à utiliser plus d'un test ou d'une méthode dans tous les cas, car les autorités disposent d'une marge de manœuvre ou d'appréciation pour décider de la méthodologie à utiliser, même si l'autorité doit évaluer équitablement les méthodes économiques ou les types de preuves offertes par une entreprise pour sa défense (paras. 97, 125).

#### 4.4.3. La réglementation comme source de responsabilité en vertu de la législation antitrust

124. Outre l'impact que la réglementation peut avoir sur les doctrines et les analyses en droit de la concurrence, la violation et la manipulation de dispositions réglementaires peuvent également motiver une responsabilité en vertu du droit de la concurrence. En pratique, ces affaires sont généralement considérées comme impliquant purement et simplement des violations des règles de la concurrence, tandis que les violations des obligations réglementaires sont classifiées comme des infractions parallèles mais qui n'entraînent pas, à elles seules, une responsabilité en vertu de la législation antitrust.

125. On peut citer, à titre d'exemple de ce genre de situation, les pratiques qui violent simultanément le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle, où chaque autorité fait valoir sa propre cause. Par exemple, une violation des obligations réglementaires de non-discrimination de la part des entreprises en place peut également constituer une violation du droit de la concurrence, notamment si l'application de prix discriminatoires exclut les concurrents en aval d'un fournisseur réglementé verticalement intégré. Dans ces cas, deux jeux de règles différentes peuvent s'appliquer simultanément au même comportement, ce qui peut susciter des questions à propos du principe *non bis in idem* (voir Encadré 4 ci-dessus)<sup>48</sup>.

126. Les pratiques impliquant le contournement de dispositions réglementaires, y compris des violations sélectives des obligations réglementaires, peuvent également constituer des violations du droit de la concurrence (Lemley et Dogan, 2009<sup>[7]</sup>). L'industrie pharmaceutique semble particulièrement encline à ce genre de comportements, comme en atteste le nombre d'affaires engagées contre des entreprises de ce secteur pour des pratiques comme la perpétuation des brevets, la manipulation des brevets et des systèmes de propriété intellectuelle, voire même la pratique de prix excessifs (notamment dans l'affaire *Pfizer/Flynn* évoquée ci-dessus). Toutefois, alors que ces pratiques peuvent impliquer des violations répétées des obligations réglementaires<sup>49</sup>, la violation du droit de la concurrence n'est pas nécessairement la simple conséquence de ces violations. En effet, cette violation du droit de la concurrence pourrait être établie quand bien même aucune violation réglementaire n'aurait été commise, dès lors que le contournement du système réglementaire peut avoir des conséquences anticoncurrentielles<sup>50</sup>.

127. Il a été argué que lorsque des entités privées détiennent des pouvoirs quasi-réglementaires, tout biais dans l'exercice de ces pouvoirs peut constituer une violation du droit de la concurrence. À titre d'exemple, on peut citer les entreprises en place qui ont des obligations réglementaires favorisant certains producteurs en aval<sup>51</sup> ; des organismes quasi-réglementaires chargés de la supervision d'un segment de marché spécifique adoptant des pratiques restrictives, discriminatoires ou autrement déloyales<sup>52</sup> ; et des entreprises participant à un exercice d'autoréglementation et essaient ensuite de se libérer des contraintes réglementaires afin de promouvoir leurs propres intérêts<sup>53</sup>. Ces différentes affaires démontrent qu'il existe de nombreuses circonstances dans lesquelles des entreprises dominantes qui exercent des fonctions de type réglementaire (ou de « fixation des règles ») peuvent être obligées de s'abstenir de tout comportement qui est intrinsèquement déloyal, ou qui fausse d'une manière quelconque les règles du jeu administrées par l'entreprise dominante (Dunne, 2020, pp. 12-16<sup>[58]</sup>).

128. Toutes les pratiques précitées exigent la constatation autonome d'un dommage concurrentiel ; autrement dit, pour qu'une violation du droit de la concurrence soit établie, il ne suffit pas d'établir qu'une violation de la réglementation ait été commise. Toutefois, une affaire récemment jugée en Allemagne à propos des pratiques de traitement des données par une plateforme numérique dominante suggère la possibilité qu'une violation

de la réglementation constitue également une violation du droit de la concurrence, sans plus.

#### Encadré 14. L'affaire Facebook en Allemagne

En février 2019, le *Bundeskartellamt* a estimé que Facebook occupait une position dominante sur le marché des réseaux sociaux et avait abusé de cette position en imposant des conditions d'utilisation l'autorisant : (i) à collecter les données personnelles de ses utilisateurs (et les données relatives à leurs terminaux) en dehors du réseau social Facebook, et (ii) à attribuer ces données à des comptes d'utilisateurs individuels<sup>1</sup>. La décision ne visait que la collecte des données « hors Facebook », désignées ainsi par le *Bundeskartellamt*, c'est-à-dire les données collectées sur les sites Internet et les applications en dehors du réseau social Facebook, y compris les plateformes appartenant à Facebook (Instagram, WhatsApp, etc.) et les sites Internet tiers.

Un aspect de l'affaire a particulièrement attiré l'attention à savoir le fait que le *Bundeskartellamt* s'est appuyé sur des violations alléguées du Règlement général sur la protection des données (RGPD) pour établir une infraction au droit de la concurrence. La décision a estimé que le comportement de Facebook n'était pas conforme au RGPD, car les utilisateurs n'étaient pas pleinement conscients de la collecte et du traitement de leurs données « hors Facebook » et ne pouvaient donc pas véritablement y consentir. S'appuyant sur une jurisprudence nationale établissant que l'imposition de clauses contractuelles enfreignant les règles impératives relatives aux conditions contractuelles générales peut enfreindre le droit de la concurrence lorsque ces clauses résultent de la position dominante de l'entreprise sur le marché, le *Bundeskartellamt* a conclu que le non-respect du RGPD par Facebook dans ses conditions générales était abusif et enfreignait les règles de concurrence. Fort de sa position dominante, Facebook a conditionné l'utilisation de son service de réseau social à l'autorisation par les utilisateurs de collecter sans limite leurs données. Cette offre « à prendre ou à laisser » a entraîné un effet de verrouillage pour les utilisateurs et un désavantage pour les concurrents<sup>2</sup>.

La décision a suscité des réactions différentes de la part des tribunaux dans le cadre d'un recours contre la mesure provisoire imposée par le *Bundeskartellamt* à Facebook.

La Cour d'appel de Düsseldorf a accordé une mesure corrective provisoire à Facebook, indiquant clairement que la décision constatant l'infraction serait probablement annulée lors de la procédure d'appel sur le fond (Affaire VI-Kart 1/19 (V) *Facebook*). Entre autres conclusions, la Cour d'appel de Düsseldorf a estimé qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la position dominante de Facebook sur le marché et ses conditions contractuelles, et qu'il n'y avait pas eu d'exploitation abusive, puisque les utilisateurs avaient librement et volontairement accepté les conditions d'utilisation et avaient le choix, autrement, de ne pas utiliser le réseau social Facebook. La Cour d'appel ne s'est pas étendue sur la violation alléguée des exigences du RGPD, arguant que cela n'était pas pertinent pour l'affaire en question.

Saisie d'un pourvoi en cassation, la Cour suprême fédérale a annulé la décision de la Cour d'appel de Düsseldorf, mais sans se fonder sur le RGPD (Affaire KVR 69/19 *Facebook*). Au lieu de cela, la Cour suprême fédérale a conclu que Facebook avait abusé de sa position dominante sur le marché en obligeant tous les utilisateurs (privés) à accepter des conditions d'utilisation qui permettent à Facebook de collecter des données « hors Facebook » et de fusionner ces données avec les comptes des utilisateurs sans

leur consentement. Il en résulte deux inconvénients pour la concurrence : les utilisateurs n'ont pas le choix et sont contraints de fournir plus de données qu'ils ne le souhaiteraient, tout en étant obligés d'utiliser un produit dont ils ne veulent peut-être pas dans sa totalité. Il devient donc plus difficile pour les concurrents (potentiels) de Facebook de faire concurrence pour des contrats publicitaires<sup>3</sup>.

L'affaire a ensuite été renvoyée à la Cour d'appel de Düsseldorf, qui, au moment de la rédaction de la présente note, avait effectué un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>1</sup> Affaire B6–22/16 Facebook, 6 février 2019.

<sup>2</sup> Rachel Scheele « Facebook: From Data Privacy to a Concept of Abuse by Restriction of Choice » (2021), *Journal of European Competition Law & Practice* 12(1) 34.

<sup>3</sup> Klaus Wiedemann « A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings *Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)* » (2020) *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* volume 51 1168.

## 5. Le développement croissant d'hybrides combinant droit de la concurrence et réglementation

129. Il a été observé de longue date qu'il existe plusieurs domaines dans lesquels les actions des autorités de la concurrence contiennent des aspects réglementaires (OCDE, 1999, p. 25<sub>[17]</sub>). Cette section analyse plusieurs outils et méthodes déployés par les autorités de la concurrence, qui empruntent à la sphère réglementaire. Les développements consacrés à chacun d'eux seront brefs – l'objectif est seulement de mettre en lumière la nature réglementaire de ces outils, et la manière dont ils ajoutent une dimension réglementaire à l'application du droit de la concurrence.

130. L'inclusion d'éléments réglementaires dans le droit de la concurrence peut être jugée positive. Il est fréquent que ces éléments fournissent le moyen le plus efficace de traiter des problèmes qui affectent la concurrence sur le marché. Les avantages potentiels tiennent principalement à l'augmentation de l'efficacité à court terme de la supervision de la concurrence, en améliorant la capacité des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence à corriger et décourager des accords ayant un effet dommageable pour la concurrence.

131. Néanmoins, le droit « réglementaire » de la concurrence trouve peu de défenseurs parmi les auteurs de la doctrine consacrée à la législation antitrust. Quatre objections principales ont été formulées à cet égard, qui expriment des craintes à propos de la légitimité de ces approches et de leur impact sur l'efficacité à long terme de l'application du droit de la concurrence (Dunne, 2015, pp. 89-97<sub>[5]</sub>).

132. La première objection concerne la manière dont ces évolutions violent le principe de la séparation des pouvoirs. La question de savoir si la législation antitrust a été violée relève de la compétence des juridictions chargées d'appliquer la loi, tandis que l'adoption d'une réglementation relève habituellement d'un effort législatif impliquant des choix politiques. En adoptant des outils et des méthodes quasi-réglementaires, les autorités de la concurrence peuvent régir certaines activités économiques sans qu'aucune décision politique n'ait été adoptée à cet effet. Qui plus est, ces outils quasi-réglementaires permettent généralement aux autorités de la concurrence d'agir avec moins d'entraves à leur pouvoir discrétionnaire, voire même d'outrepasser les pouvoirs qui leur sont attribués formellement (Larouche, 2000, pp. 356-358<sub>[59]</sub>); (Monti, 2008, p. 141<sub>[38]</sub>).

133. Ces évolutions peuvent avoir un impact sur la légitimité de l'application du droit de la concurrence. Les obligations réglementaires sont le résultat de processus politiques qui habilite les régulateurs à adopter des décisions affectant le comportement des entreprises, uniquement dans des circonstances spécifiques et selon certaines procédures. L'intervention des autorités réglementaires s'appuie également, en règle générale, sur une expertise dans le secteur spécifique concerné. Or, les autorités chargées de l'application de la législation antitrust ne sont pas soumises à ces facteurs de discipline. En effet, les autorités de la concurrence ne bénéficient pas d'une expertise dans le secteur spécifique concerné, et ne sont pas non plus habilitées à imposer des mesures correctives dont l'application dépasse les faits de la cause. En revanche, les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence doivent respecter, de manière archétypale, une procédure de jugement qui garantit fortement les droits de la défense et est soumise à un contrôle judiciaire – qui peut souvent être évité si les autorités de la concurrence disposent d'outils et de méthodes quasi-réglementaires (Larouche, 2000, p. 124<sup>[59]</sup>) (Monti, 2008, p. 141<sup>[38]</sup>).

134. Cette situation crée à son tour un risque d'instrumentalisation et de politisation du droit de la concurrence. Certains auteurs se déclarent préoccupés par le fait que la possibilité d'outrepasser leur mission traditionnelle rende les autorités de la concurrence plus vulnérables à des pressions et à une influence politiques, voire même au risque d'être évincées par les autorités réglementaires (Spencer Weber Waller, 1998, p. 1448<sup>[60]</sup>) (Larouche, 2000, pp. 353-356<sup>[59]</sup>).

135. Enfin, une dernière critique est adressée aux théories qui donnent une interprétation trop large du dommage concurrentiel, sous-jacentes à l'intervention quasi-réglementaire des autorités de la concurrence. Cette critique a trait au fait que ces théories peuvent conduire à la conclusion par des entreprises d'accords inférieurs aux normes optimales. Outre les préoccupations traditionnelles inspirées par une intervention erronée qui produirait des effets préjudiciables sur la concurrence dynamique et l'innovation, ainsi que par le potentiel d'adoption d'une loi inappropriée qui ne ferait pas l'objet d'un contrôle adéquat, il existe également un risque que des entreprises s'engagent sur des accords qui ne seraient pas bénéfiques pour les marchés (Melamed, 1995, p. 14<sup>[61]</sup>).

136. En dépit de ces critiques formulées de longue date, les outils du droit de la concurrence, avec leurs éléments réglementaires, conservent toute leur légitimité. Cela peut s'expliquer par l'efficacité dont ces outils font preuve pour régler des problèmes de concurrence, de telle sorte que la légitimité du droit de la concurrence n'a pas été remise en question jusqu'à présent. Les craintes précitées ne se sont pas matérialisées, ce qui peut tenir à la reconnaissance du besoin d'indépendance des autorités de la concurrence et au fait que l'application du droit de la concurrence se concentre exclusivement sur des questions de concurrence (OCDE, 2016<sup>[42]</sup>). Cette situation peut avoir un lien avec les deux facteurs suivants : l'acquisition par les autorités de la concurrence d'une expertise dans les différents secteurs en cause, par exemple grâce aux développements institutionnels évoqués à la section 3.2 ci-dessus, d'une part, et une plus grande efficacité du contrôle judiciaire de l'application du droit de la concurrence et des théories du préjudice sous-jacentes que celle que les auteurs formulant ces critiques avaient prévue, d'autre part (OCDE, 2018<sup>[62]</sup>).

## 5.1. Procédures négociées et orientations futures

137. L'application du droit de la concurrence prend une tournure réglementaire lorsqu'elle incorpore certaines procédures ou caractéristiques de fond qui sont généralement davantage associées à la réglementation. Ces caractéristiques sont notamment les suivantes : l'engagement d'actions administratives qui évitent un contrôle judiciaire rigoureux, l'engagement d'actions *ex ante*, l'imposition d'obligations détaillées

aux entreprises, et l'adoption de mesures correctives de type réglementaire qui exigent une surveillance permanente et vont au-delà de la simple prévention d'un comportement anticoncurrentiel (Dunne, 2015, pp. 79-87<sup>[5]</sup>).

138. Les procédures négociées (y compris les engagements pris dans le cadre du contrôle des fusions) sont un exemple de cette forme de procédure. Les procédures négociées permettent aux autorités de la concurrence de mettre fin à une enquête en acceptant des mesures correctives ou des engagements spontanément proposés par les parties afin de répondre aux préoccupations initiales identifiées par l'autorité de la concurrence. Elles impliquent généralement des accords consensuels entre les autorités publiques et les entreprises, en vertu desquels ces dernières acceptent de modifier un certain comportement, habituellement sans aucun aveu ni reconnaissance de responsabilité ; elles peuvent également contenir des engagements acceptés par les parties afin d'obtenir l'approbation d'une fusion (OCDE, 2016<sup>[63]</sup>).

139. La résolution d'une affaire au moyen d'une procédure négociée présente des avantages pour les autorités de la concurrence, les parties et le public. L'absence d'amendes et de constatation d'une infraction constitue une caractéristique attrayante pour les entreprises faisant l'objet de l'enquête, tout comme l'approbation d'une fusion sous certaines conditions. Par ailleurs, les procédures négociées permettent aux autorités de la concurrence d'économiser des ressources et de régler plus rapidement les affaires. Il s'y ajoute que le contrôle judiciaire de ces accords, limité et léger, permet aux autorités de la concurrence de parvenir plus vite à régler « définitivement » les procédures, par comparaison avec des décisions constatant la commission d'une infraction, qui sont plus susceptibles de faire l'objet de recours par les parties. En outre, la restauration plus rapide d'une concurrence effective est également appréciée par le public (OCDE, 2016, p. 3<sup>[63]</sup>).

140. Toutefois, les procédures négociées présentent quelques risques communément reconnus. Pour commencer, les mesures correctives imposées en vertu d'une procédure négociée peuvent aller au-delà de celles que les autorités de la concurrence pourraient obtenir dans le cadre d'une décision constatant la commission de l'infraction. En particulier, les autorités de la concurrence peuvent obtenir des mesures correctives structurelles et différents types de mesures correctives comportementales proactives et personnalisées, tout en imposant une supervision par les pouvoirs publics, afin de s'assurer que le comportement de l'entreprise est conforme à l'accord négocié. Il en découle qu'un recours massif à des décisions d'engagement pourrait transformer l'application du droit de la concurrence, qui ne serait plus un contrôle *ex post* d'un comportement passé au moyen de décisions constatant une infraction, mais deviendrait un contrôle réglementaire prospectif *ex ante* d'un comportement spécifié d'une entreprise (OCDE, 2016, p. 3<sup>[63]</sup>).

141. Par ailleurs, plusieurs auteurs sont préoccupés par la manière dont les procédures négociées permettent le déploiement du droit de la concurrence au-delà de sa fonction de base qui est d'interdire et de sanctionner des comportements anticoncurrentiels des entreprises. En effet, les procédures négociées ouvrent la voie à l'imposition de mesures correctives qui ne sont pas étroitement liées à l'infraction ou à la transaction qui a déclenché l'enquête, ainsi qu'au traitement de problèmes autres que les effets anticoncurrentiels d'un comportement privé (Monti, 2008, pp. 140-141<sup>[38]</sup>)<sup>54</sup>. (Cave et Crowther, 2004, pp. 21-25<sup>[64]</sup>) ont identifié plusieurs cas dans lesquels une autorité de la concurrence a conclu un accord privé avec une entreprise en place, faisant l'objet d'une enquête, de manière à influencer la structure fondamentale d'une industrie selon des prescriptions relevant de la politique de la concurrence (et non des prescriptions réglementaires). En conséquence, le déploiement de procédures négociées en vertu du droit de la concurrence a été perçu comme une alternative à une réglementation sectorielle spécifique, et non comme un substitut à

celle-ci (Spencer Weber Waller, 1998, pp. 1413, 1415<sub>[60]</sub>) (Melamed, 1995, p. 13<sub>[61]</sub>) (Dunne, 2015, p. 80<sub>[5]</sub>).

142. Cette situation crée à son tour un risque d'instrumentalisation et de politisation du droit de la concurrence. La capacité à adopter un rôle réglementaire peut faire du droit de la concurrence et des autorités de la concurrence la cible de pressions politiques, voire même de tentatives de capture réglementaire (Spencer Weber Waller, 1998, p. 1448<sub>[60]</sub>) (Larouche, 2000, pp. 353-356<sub>[59]</sub>).

143. Enfin, étant donné qu'elles visent à réaliser des économies de frais de procédure, les procédures négociées suscitent des craintes à propos de l'affaiblissement des droits à un procès équitable et des droits procéduraux des parties (OCDE, 2016, p. 3<sub>[63]</sub>). On pourrait dire que les décisions négociées sont soumises à un contrôle judiciaire qui limite ces risques<sup>55</sup>. En pratique, toutefois, ces décisions excluront habituellement tout contrôle judiciaire, ou feront l'objet d'un contrôle superficiel (Monti, 2008, p. 143<sub>[38]</sub>).

144. Le Comité de la concurrence de l'OCDE a recommandé par le passé que les autorités de la concurrence pèsent les avantages et les risques des procédures négociées avant de décider d'y avoir recours. Les autorités de la concurrence se sont efforcées de définir cette balance en publiant des lignes directrices ou des orientations auto-contraignantes, afin d'accroître la transparence et la prévisibilité de ces procédures (OCDE, 2016, p. 4<sub>[63]</sub>).

145. Cependant, ces instruments d'orientation suscitent eux-mêmes des préoccupations. En effet, la publication de lignes directrices par les autorités de la concurrence peut avoir un impact significatif sur la compréhension générale des règles de la concurrence. Les entreprises adaptent souvent leur comportement pour agir en conformité avec ces lignes directrices, étant donné que cette conformité peut leur éviter de faire l'objet d'une procédure en vertu du droit de la concurrence ou leur fournir des moyens de défense plausibles (Spencer Weber Waller, 1998, pp. 1404-1408<sub>[60]</sub>) (Dunne, 2015, p. 81<sub>[5]</sub>). En conséquence, certains auteurs ont soutenu que ces instruments d'orientation changent la nature de l'application du droit de la concurrence, qui, dans ces conditions, n'intervient plus *ex post* mais *ex ante* (Cave et Crowther, 2004, p. 25<sub>[64]</sub>).

146. Il n'en demeure pas moins, cependant, que ces instruments d'orientation présentent des avantages importants. Ils aident à clarifier la loi et les procédures, et accroissent donc la sécurité juridique dans une mesure importante. Ils sont utiles pour clarifier les priorités des autorités de la concurrence et le comportement de l'administration, et limitent souvent l'étendue de leurs pouvoirs d'appréciation discrétionnaire. En outre, ces instruments ne sont généralement pas juridiquement contraignants pour les tribunaux, lesquels restent compétents pour interpréter le droit de la concurrence – de telle sorte que ces instruments ne peuvent pas, en tant que tels, modifier le contenu du droit de la concurrence. En effet, les tribunaux sont compétents pour contrôler les mesures d'application du droit de la concurrence, y compris si ces mesures sont conformes aux orientations publiées.

## 5.2. Études de marché

147. Les autorités de la concurrence des pays membres de l'OCDE ont pratiquement toutes recours à des études de marché sous une forme ou un autre, qui vont d'évaluations brèves et informelles jusqu'à des études longues et formelles, impliquant de multiples cycles d'enquête auprès des parties prenantes et une analyse empirique. Bien que les objectifs des études de marché soient vastes et variables selon les juridictions, il est unanimement reconnu qu'elles ont une portée plus vaste que des actions engagées en vertu du droit de la concurrence (OCDE, 2016, p. 5<sub>[65]</sub>).

148. En effet, l'application du droit de la concurrence se concentre sur des entreprises spécifiques auxquelles il fait grief d'avoir enfreint le droit de la concurrence, tandis que les études de marché adoptent une vue plus large et analysent la structure de certains marchés ou de certains secteurs économiques. Les études de marché servent à identifier des pratiques restrictives de la concurrence qui ne se limitent pas à des comportements prohibés par les lois sur la concurrence (OCDE, 2016, p. 5<sub>[65]</sub>). En conséquence, les études de marché peuvent jouer un rôle proactif dans la promotion de la concurrence, par comparaison avec les efforts plus limités de l'application du droit de la concurrence, qui visent à garantir que certains types circonscrits de comportement ne portent pas préjudice à la concurrence dans des cas particuliers (Fletcher, 2021, p. 44<sub>[66]</sub>). En outre, il importe peu, pour les études de marché, qu'un comportement soit délibérément anticoncurrentiel ou que des entreprises soient autrement coupables du dommage, et ces études ne prêtent qu'une attention limitée aux questions plus vastes de dissuasion et de priorité (Indig et Gal, 2015, p. 3<sub>[67]</sub>) (Fletcher, 2021, pp. 46-47<sub>[66]</sub>).

149. En outre, les études de marché constituent un bon moyen de réaliser des analyses holistiques des marchés dans lesquels des facteurs interconnectés créent des problèmes concurrentiels qui échappent à des actions de répression. Du côté de l'offre, par exemple, les études de marché peuvent examiner des complexités subtiles dans la nature de l'interdépendance stratégique entre des entreprises, y compris le potentiel de coordination tacite. Du côté de la demande, les études de marché peuvent examiner le comportement d'une entreprise qui pourrait étouffer ou fausser la concurrence, par exemple en rendant les décisions des consommateurs plus difficiles. Les études de marché peuvent également, mieux que les actions en vertu du droit de la concurrence, prendre en compte l'interaction entre la politique de la concurrence et d'autres politiques, notamment dans le domaine de la protection des consommateurs, du respect de la vie privée, de l'environnement et du développement durable. En tant que telles, les études de marché peuvent clarifier les options disponibles pour résoudre certains problèmes, dans la perspective de la politique sur la concurrence, de l'application du droit de la concurrence, de la politique réglementaire ou de toute autre politique (OCDE, 2020, p. 20<sub>[68]</sub> ; Fletcher, 2021, pp. 44-45<sub>[66]</sub>).

150. Les études de marché partagent certaines caractéristiques avec la réglementation, en ce qu'elles jouent souvent un rôle volontariste dans la promotion d'une concurrence accrue. À la différence des actions engagées en vertu du droit de la concurrence, les recommandations formulées par les études de marché peuvent être prospectives, et les solutions qu'elles proposent s'appliquent fréquemment de manière transversale dans tout le marché, indépendamment des entreprises individuelles (OCDE, 2020, pp. 20-21<sub>[68]</sub>). Les études de marché permettent aux autorités de la concurrence de s'attaquer plus efficacement aux problèmes de concurrence – par la répression, des actions de plaidoyer et, à l'occasion, l'adoption de mécanismes réglementaires (Dunne, 2015, pp. 280, 293-294<sub>[5]</sub>).

151. Les études de marché franchissent donc certaines des lignes traditionnelles séparant la réglementation *ex post* et *ex ante*, et élargissent les pouvoirs des autorités de la concurrence dans une mesure significative, au point que certains auteurs considèrent qu'elles les habilitent à se livrer à de l'ingénierie de marché (Indig et Gal, 2015, p. 9<sub>[67]</sub>).

152. Les similitudes avec la réglementation deviennent particulièrement frappantes lorsque des études de marché peuvent conduire à l'imposition de mesures correctives. Bien que les études de marché conduisent pour la plupart à des conclusions purement consultatives – qui sont présentées à une autorité gouvernementale avec des recommandations non contraignantes –, les autorités de la concurrence sont habilitées, dans un nombre limité de juridictions, à prendre des mesures juridiques supplémentaires pour mettre ces recommandations en œuvre, par exemple en adoptant des mesures

correctives (OCDE, 2016, pp. 5, 17-18<sub>[65]</sub>). Cela crée un chevauchement entre les études de marché et l'application du droit de la concurrence, et, particulièrement si les mesures correctives concernent tout le marché, cela peut brouiller la frontière entre le droit de la concurrence et la réglementation (Dunne, 2015, p. 286<sub>[5]</sub>) (Fletcher, 2021, pp. 47-48<sub>[66]</sub>).

153. En outre, si une étude de marché se conclut par l'imposition de mesures correctives comportementales, cela constitue effectivement une forme de réglementation *ex ante* qui régit le comportement futur des entreprises. La remarque vaut à la fois pour les mesures correctives du côté de l'offre – par exemple des exigences de transparence – et pour les mesures correctives du côté de la demande – par exemple des exigences de divulgation (Fletcher, 2021, p. 48<sub>[66]</sub>).

154. Dans la mesure où les études de marché ne conduisent habituellement à des mesures correctives que lorsque l'application de la législation antitrust est inadéquate<sup>56</sup>, le pouvoir de réaliser des études de marché et d'imposer ces mesures correctives s'apparente davantage à des idées de réglementation et à la volonté d'inverser certains mécanismes du marché qu'à l'application du droit de la concurrence. Il en est ainsi même si ces études de marché sont réalisées, et si les mesures correctives qu'elles recommandent sont adoptées, par une autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence (Indig et Gal, 2015, p. 5<sub>[67]</sub>) (Dunne, 2015, p. 289<sub>[5]</sub>).

155. Cela étant, les études de marché se distinguent de la réglementation conventionnelle, même lorsqu'elles prévoient l'imposition de mesures correctives, à la fois en ce qui concerne la nature de l'objectif de ces mesures correctives et en ce qui concerne la nature (peut-être) moins politiquement responsable des décisions d'intervention (Indig et Gal, 2015, p. 11<sub>[67]</sub>) (Dunne, 2015, p. 292<sub>[5]</sub>).

### 5.3. Mesures correctives présentant des caractéristiques réglementaires

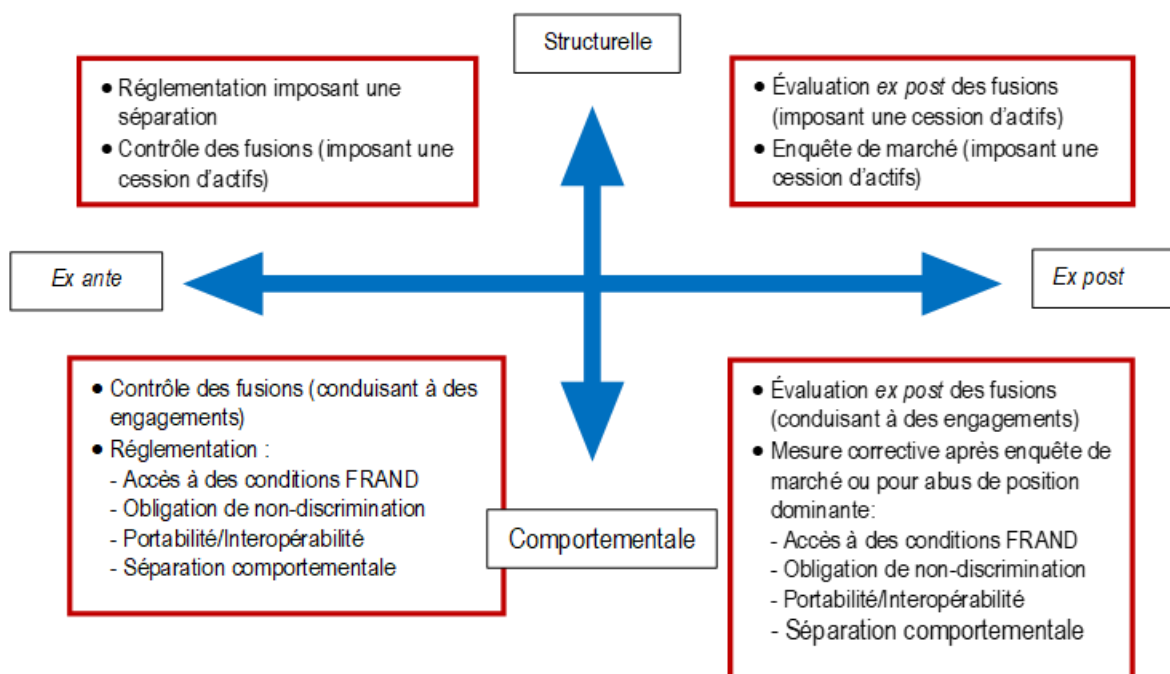
156. L'application croissante de mesures correctives prescriptives qui exigent une mise en œuvre ou une surveillance permanente, particulièrement courantes dans des secteurs réglementés, constitue un autre motif récurrent invoqué par certains auteurs pour prétendre que le droit de la concurrence s'est infléchi dans un sens réglementaire (Dunne, 2015, p. 84<sub>[5]</sub>). Ces mesures correctives s'efforcent souvent de contraindre des entreprises à adopter un comportement permettant d'accroître la concurrence, plutôt que de se limiter à faire cesser leur comportement anticoncurrentiel ou à régler autrement les problèmes qu'elle pose (Spencer Weber Waller, 1998, pp. 1414-1415<sub>[60]</sub>).

157. La nature réglementaire de certaines mesures correctives en matière de concurrence ressort également de la manière dont les autorités de la concurrence estiment parfois inutile d'imposer ces mesures en matière de fusions, étant donné que la réglementation sectorielle suffit à empêcher un comportement ou des effets anticoncurrentiels<sup>57</sup>. À l'inverse, les autorités de la concurrence ont jugé que des mesures correctives en matière de fusions peuvent être nécessaires si la réglementation sectorielle spécifique est insuffisante<sup>58</sup> (De Streel, 2010, pp. 879-880<sub>[21]</sub>) (OCDE, 2011, pp. 41-42<sub>[6]</sub>).

158. Les restrictions applicables aux lignes d'activité – c'est-à-dire les mesures correctives qui peuvent être utilisées pour limiter la gamme des activités auxquelles une entreprise peut se livrer – représentent un type de mesures correctives en matière de concurrence qui penchent clairement vers des mesures réglementaires. Elle comprennent toute une gamme d'obligations de séparation, qui vont d'une séparation structurelle à une séparation comportementale (comptable, fonctionnelle ou juridique), qui, bien qu'elles soient habituellement réservées à une réglementation *ex ante*, ont été utilisées par des autorités chargées de l'application de la législation antitrust<sup>59</sup>. Les restrictions applicables aux lignes d'activité incluent également des restrictions comportementales, dont un accès

obligatoire, des obligations de non-discrimination, et des normes impératives en matière de portabilité et d'interopérabilité (OCDE, 2020, pp. 25-27<sup>[69]</sup>).

Graphique 1. Types de restrictions applicables aux lignes d'activité



Source : (OCDE, 2020, p. 4<sup>[69]</sup>).

159. Bien qu'elles soient habituellement considérées comme une forme de réglementation *ex ante*, les restrictions applicables aux lignes d'activité peuvent être utilisées à la fois par des régulateurs et des autorités de la concurrence afin de régler des problèmes liés à la puissance sur le marché d'une entreprise. Par exemple, ces restrictions peuvent servir à régler des situations dans lesquelles une facilité essentielle en amont refuse d'approvisionner ses concurrents sur les marchés en aval, ou exclut ces concurrents en aval en se livrant à des pratiques discriminatoires (« *self-preferencing* ») qui augmentent les coûts des concurrents et compriment leurs marges. Chacun de ces problèmes peut surgir dans le contexte d'une proposition réglementaire, d'une allégation d'abus de position dominante ou d'un projet de fusion – et les mesures correctives prenant la forme de restrictions applicables aux lignes d'activité s'appliqueraient de manière égale dans chacun de ces scénarios (OCDE, 2020, pp. 4-7<sup>[69]</sup>).

160. En bref, les mesures correctives en matière de concurrence présentent souvent des caractéristiques réglementaires – et peuvent même devoir présenter ces caractéristiques pour réparer efficacement des dommages concurrentiels. Simultanément, les mesures correctives antitrust ne sont pas bien adaptées pour régler tous les problèmes du marché, et d'autres instruments politiques devront parfois être déployés à cet effet (Wheeler, Verveer et Kimmelman, 2020, p. 25<sup>[70]</sup>). Des doutes ont été soulevés à propos de la capacité des autorités de la concurrence à imposer des obligations réglementaires détaillées et à en contrôler l'application, et, dès lors, à propos de l'opportunité d'imposer une responsabilité en vertu de la législation antitrust si elle impose à ces autorités d'agir en qualité de régulateurs, ou impose des conditions détaillées en matière de police ou de stipulations

contractuelles, particulièrement lorsqu'un régulateur sectoriel est déjà en place (Speta, 2003, p. 101<sup>[71]</sup>).

## 6. Conclusion

161. Cette note de référence s'est efforcée de fournir une vue à haut niveau de la manière dont l'application du droit de la concurrence et la réglementation économique peuvent agir en parallèle, traiter des problèmes similaires et s'influencer mutuellement.

162. Elle a commencé, à la section 2, par décrire comment, en dépit du fait qu'ils traitent généralement de problèmes différents et adoptent des méthodes différentes, le droit de la concurrence et la réglementation partagent plusieurs caractéristiques communes et peuvent être appelés, à l'occasion, à traiter et régler les mêmes problèmes. La section 3 a été consacrée aux doctrines juridiques et aux mécanismes institutionnels qui permettent d'éviter ou de gérer concrètement des chevauchements entre la réglementation économique et l'application du droit de la concurrence. En dépit de l'existence de ces mécanismes, le chevauchement entre la réglementation économique et le droit de la concurrence, à la fois en termes d'objectifs et de méthodes, ouvre la voie à l'exercice d'influences mutuelles. Cette question a fait l'objet de la section 4, consacrée à la manière dont l'application de chacun de ces mécanismes de surveillance du marché a affecté la manière dont les autorités publiques s'appuient les unes sur les autres, et sur la manière dont leurs contenus respectifs se sont enrichis en apprenant de leur expérience respective. Enfin, la section 5 a exploré comment ces influences mutuelles ont contribué au développement d'outils permettant des interventions en vertu du droit de la concurrence, caractérisées par des tendances de nature réglementaire.

163. Cette analyse conduit à la conclusion que des problèmes se posant sur le marché peuvent souvent être traités au moyen d'une action engagée en vertu du droit de la concurrence ou d'une alternative réglementaire – ou encore au moyen d'une forme d'intervention publique qui combine des éléments des deux. En fonction des circonstances, la réglementation et l'application du droit de la concurrence peuvent être des solutions alternatives, ou se compléter mutuellement. Qui plus est, la solution qui sera souvent adoptée en pratique contiendra des éléments tenant à la fois de la réglementation et du droit de la concurrence, même si un seul de ces outils de supervision du marché est formellement retenu.

164. Cette nature duale de l'intervention publique ne se limite pas aux procédures engagées pour appliquer la loi – en effet, plusieurs instruments juridiques adoptent expressément une nature « hybride », reflétant à la fois des caractéristiques du droit de la concurrence et des caractéristiques réglementaires. Ces instruments juridiques sont habituellement adoptés afin de remédier aux limitations des approches du droit de la concurrence et des approches réglementaires, et combinent les vertus de chacune de ces approches – un objectif que l'application du droit de la concurrence et l'application de la réglementation cherchent également à atteindre, comme le montre clairement cette note de référence.

## *Notes de fin*

<sup>1</sup> La définition initiale de la défaillance du marché était la suivante : « *la défaillance d'un système plus ou moins idéalisé d'institutions de contrôle des prix-du marché entraînant l'incapacité à soutenir des activités 'souhaitables' ou à faire cesser des activités 'indésirables'* », habituellement mesurée par référence à une certaine mesure du bien-être (Bator, 1958, p. 351<sub>[15]</sub>).

<sup>2</sup> D'autres types de défaillances du marché sont parfois invoqués pour justifier la réglementation. Ils comprennent, notamment, l'inégalité du pouvoir de négociation, la rationalisation et la coordination de l'industrie, le risque moral, la pénurie et l'allocation des ressources et des raisons paternalistes (Breyer, 1984, pp. 33-34<sub>[11]</sub>), les effets d'aubaine ou l'absence de continuité du service (Baldwin, Cave et Lodge, 2015, pp. 15-23<sub>[14]</sub>).

<sup>3</sup> Il va sans dire que la puissance sur le marché n'équivaut pas nécessairement à une défaillance du marché, dans la mesure où elle peut maximiser le bien-être et où son acquisition peut être parfaitement légitime.

<sup>4</sup> Cette situation exige habituellement, à son tour, une réglementation détaillée afin d'éviter l'écrémage de segments plus profitables et d'accorder des subventions croisées à des clients réalisant des pertes.

<sup>5</sup> Le traitement de cette difficulté sort du cadre de la présente note, particulièrement dans la mesure où elle se concentre sur la réglementation économique. Toutefois, il convient de mentionner que les définitions de la réglementation sont très diverses : elles vont de références à un ensemble spécifique d'ordres donnés jusqu'à une influence délibérée de l'État et à toutes les formes de contrôle social. (Breyer, 1984, p. 7<sub>[11]</sub>) (Baldwin, 2010, pp. 12-13<sub>[86]</sub>) (Dunne, 2020, p. 4<sub>[58]</sub>) (Baldwin, Cave et Lodge, 2015, pp. 2-3<sub>[14]</sub>) (Prosser, 1997, p. 5<sub>[24]</sub>).

Une autre source de difficultés à cet égard a trait à la « tournure réglementaire » que prend le droit de la concurrence, qui sera analysée à la section 5 de la présente note.

<sup>6</sup> Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, réalisé par R. S. Khemani et D. M. Shapiro, pour le compte de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE, en 1993.

<sup>7</sup> Cette réglementation inclurait des questions comme le service universel, la protection des consommateurs, le respect de la vie privée, la sécurité publique, la protection de l'environnement, la promotion du pluralisme et de la diversité des médias, ou encore la protection des mineurs. Dans ce cas particulier, la réglementation économique est essentiellement comprise comme une réglementation sectorielle spécifique, visant à corriger des défaillances du marché au moyen d'une réglementation ex ante de questions comme l'accès au réseau, les obligations d'interconnexion, et le contrôle des prix et des politiques tarifaires.

<sup>8</sup> Cette distinction était opérée entre les réglementations qui interviennent directement dans les décisions du marché, notamment celles qui concernent la fixation des prix, la concurrence et l'entrée ou la sortie du marché ; les réglementations sociales qui protègent des intérêts publics comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociale ; et les réglementations administratives qui concernent les documents et les formalités administratives – la « paperasserie » – grâce auxquels les gouvernements collectent des informations et interviennent dans des décisions économiques individuelles.

<sup>9</sup> Il convient peut-être de noter que cet auteur semble avoir écrit cela comme une critique - l'extrait cité est suivi de l'observation suivante : « *de nombreux universitaires estiment, comme en attestent de nombreuses preuves, que les réglementations doivent plus à des politiques défendant des intérêts de groupe qu'au souci des législateurs d'assurer le bien-être de la société dans son ensemble. (...) Les lois antitrust, au contraire, sont destinées à préserver le*

*fonctionnement de marchés concurrentiels qui, sont censées produire une efficience en termes d'allocation, ou sont au moins présumées telles* » (Easterbrook, 1983, pp. 23-24<sup>[271]</sup>).

<sup>10</sup> En outre, il existe des cas dans lesquels la réglementation sectorielle, bien qu'elle ne soit pas destinée à promouvoir la concurrence, est un complément utile au droit de la concurrence. Trois types de cas au moins relèvent de cette catégorie : les cas dans lesquels la concurrence ne peut pas fonctionner à moins qu'une réglementation sectorielle spécifique ne soit en place ; les cas dans lesquels le droit de la concurrence ne permet pas à l'autorité de la concurrence d'exempter des pratiques qui devraient l'être (par exemple, afin de promouvoir la durabilité), et les cas dans lesquels le droit de la concurrence ne permet pas à l'autorité de la concurrence de sanctionner certaines pratiques anticoncurrentielles. Voir (ICN, 2004, pp. 8-13<sup>[321]</sup>)

<sup>11</sup> Pour un exemple de l'impact que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la législation antitrust a pu avoir sur le fonctionnement de la loi américaine de 1996 sur les télécommunications, voir (Speta, 2003, pp. 129-123<sup>[71]</sup>).

<sup>12</sup> Voir, par exemple, *United States v Borden* 308 US 188 (1939), 196-203 plaidant pour une interprétation étroite des exemptions permettant d'échapper à l'application de la législation antitrust.

<sup>13</sup> *Credit Suisse Securities v Billing et al.* 127 S.Ct. 2383 (2007), 2389.

<sup>14</sup> *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 412 (2004).

<sup>15</sup> *Credit Suisse Securities v Billing et al.* 127 S.Ct. 2383 (2007), 2392-2395.

<sup>16</sup> *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 412 (2004).

<sup>17</sup> *Pacific Bell Telephone Co., d/b/a AT&T California et al. v Linkline Communications Inc* 555 US 438 (2009), 1124 Breyer J (dans le même sens)

<sup>18</sup> *Credit Suisse Securities v Billing et al.* 127 S.Ct. 2383 (2007), 2387.

<sup>19</sup> Voir *Trinko*, 540 U.S. au § 412.

<sup>20</sup> *United States v Borden* 308 US 188 (1939).

<sup>21</sup> *National Gerimed. Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross*, 452 U.S. 378, 392 (1981) (National Gerimed.).

<sup>22</sup> *Silver v. NYSE*, 373 U.S. 341, 357 (1963)

<sup>23</sup> *Gordon v. N.Y. Stock Exch., Inc.*, 422 U.S. 659, 682 (1975) (citant *US v Philadelphia National Bank* 374 US 321 (1963), 350-1.

<sup>24</sup> *Silver d/b/a Municipal Securities v New York Stock Exchange* 373 US 341 (1963), 357.

<sup>25</sup> Affaire C-280/08 P *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne* EU:C:2010:603, paragraphe 94, sans préjudice du fait que la réglementation et le droit de la concurrence ont des « objets et des objectifs distincts » – Affaire T-398/07 *Espagne contre Commission européenne* EU:T:2012:713, paragraphe 56.

<sup>26</sup> Affaire C-280/08 P *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne* EU:C:2010:603. En effet, les tribunaux de l'UE sont allés jusqu'à affirmer que le droit de la concurrence de l'UE doit primer sur la réglementation nationale et les règles secondaires de l'UE – voir Affaire T-398/07 *Espagne contre Commission européenne* EU:T:2012:713, paragraphe 55.

<sup>27</sup> Affaire T-398/07 *Espagne contre Commission européenne* EU:T:2012:713, paragraphe 50. Toutefois, si cette exemption est adoptée au niveau national, des questions peuvent se poser à propos du respect par l'État du droit communautaire.

<sup>28</sup> Affaire T-360/09 *E.ON Ruhrgas AG et E.ON AG contre Commission européenne* EU:C:T:2012:332, paragraphes 84-86.

<sup>29</sup> Affaires jointes 40/73 *Suiker Unie et autres contre Commission européenne* EU:C:2012:23 ; Affaires jointes C-359/95 et C-379/95 P *Commission européenne contre Ladbroke Racing* EU:C:1997:531, paragraphe 331 ; Affaire C-280/08 *Deutsche Telekom*, paragraphes 80-84.

<sup>30</sup> Affaire C-280/08 P *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne* EU:C:2010:603, paragraphe 80.

<sup>31</sup> Affaire C-198/01 *Fiammiferi* ECLI:EU:C:2003:430, paragraphe 56

<sup>32</sup> Id., paragraphe 57, Affaire C-280/08 P *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne* EU:C:2010:603 au paragraphe 279.

<sup>33</sup> Le National Audit Office britannique a suggéré que « le gouvernement pourrait envisager une plus grande mise en commun des ressources consacrées à l'application du droit de la concurrence entre les différents régulateurs concurrents »—voir NAO (2016) « The UK Competition Regime » à l'adresse suivante : <https://www.nao.org.uk/wpcontent/uploads/2016/02/The-UK-Competition-regime.pdf>.

<sup>34</sup> À la suite du Rapport de la Direction générale de la concurrence de 2007 sur l'enquête sectorielle relative au marché de l'énergie (SEC(2006)1724), et du Troisième paquet sur l'énergie pour l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité.

<sup>35</sup> Voir les différentes affaires ayant donné lieu à ces décisions, notamment *RWE gas foreclosure* (Affaire COMP/39.402) [2009] OJ C133/8 ; *ENI foreclosure* (Affaire COMP 39.315) ; *Distrigaz* (Affaire COMP/37.966) 2007 [2007] OJ C9/5 ; *Long-term electricity contracts in France* Affaire COMP/39.386 ; « Antitrust: Commission market tests commitments by GDF Suez to boost competition in French gas market » IP/09/1097, 8 juillet 2009; Commission (EC), Notification publiée en vertu de l'article 27(4) du Règlement du Conseil (CE) No 1/2003 ; *E.ON gas* (Affaire COMP/B-1/39.317) ; *Svenska Kraftnät* (Affaire COMP 39.351). *German electricity wholesale market* (Affaire COMP 30.388) ; *German electricity balancing market* (Affaire 39.389) [2009] OJ C36.

<sup>36</sup> Au milieu des années 1990, la Commission européenne a subordonné l'approbation de plusieurs coentreprises dans le secteur des télécommunications à l'adoption de mesures de libéralisation supplémentaires, notamment l'obligation de consentir une licence à des opérateurs alternatifs sur le marché, en dépit des obligations légales préexistantes imposant déjà aux entreprises ou aux États membres de ce faire – par ex. Affaire 35.337 *Atlas* ; Affaire 35.617 *Phoenix/Global One*. Certaines mesures correctives en matière de fusions ont été jugées avoir des effets équivalents à ceux d'une réglementation sectorielle, par exemple en exigeant d'un opérateur européen, leader dans le secteur des télécommunications, de consentir à des opérateurs tiers un accès non discriminatoire à son réseau paneuropéen, afin de protéger la concurrence sur le marché émergent des services de téléphonie mobile paneuropéens, par exemple Affaire M.1795 *Vodafone Airtouch/Manesmann* ; Affaire M.2305 *Vodafone/Eircell*; Affaire M.2469 *Vodafone/Airtel* – voir (De Streel, 2010, pp. 877-878<sub>[21]</sub>)

<sup>37</sup> Voir l'intervention de l'UE dans des secteurs déréglementés, notamment l'énergie, les télécommunications, le rail et la poste. Dans le secteur des télécommunications aux États-Unis, voir la décision de cession intervenue d'un commun accord à l'encontre d'AT&T en 1982.

<sup>38</sup> Commission, Proposition de règlement relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte COM(2013) 550 Final 2, p. 6. Voir également Règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, JO L123/1,

<sup>39</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JO L 186, 11.7.2019, p. 57–79

<sup>40</sup> Document de travail des services de la Commission, Évaluation de l'impact, accompagnant la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, SWD(2018) 138 final, p. 3.

<sup>41</sup> *Town of Concord* 28.

<sup>42</sup> Affaire C-280/08 *Deutsche Telekom*, paragraphes 81-84. En Europe, la Commission a même indiqué qu'elle vise, dans l'application du droit de la concurrence aux marchés des télécommunications, à se fonder autant que possible sur des principes réglementaires – voir Commission européenne, *Communication relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications* (JO C265/2), paragraphe 58.

<sup>43</sup> Affaire COMP/M.5532 *Carphone Warehouse/Tiscali UK*.

<sup>44</sup> Affaires COMP/M.5148 *Deutsche Telekom/OTE* ou COMP/M.5730 *Telefónica/Hansenet*

<sup>45</sup> Affaire T-851/14 *Slovak Telekom contre Commission européenne* EU:T:2018:929, paragraphe 118, confirmé en appel par l'Affaire C-165/19 P *Slovak Telekom* ECLI:EU:C:2021:239, paragraphes 54-59 ; Affaire T-814/17 *Lietuvos geležinkeliai AB contre Commission européenne* ECLI:EU:T:2020:545, paragraphe 92. Ces décisions découlent des Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité

CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45, 24.2.2009, paragraphe 82 – qui indique que tel pourrait être le cas également lorsque l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché en amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'État.

<sup>46</sup> Affaire C-152/19 P *Deutsche Telekom* ECLI:EU:C:2021:238, paragraphes 50-53, Affaire C-165/19 P *Slovak Telekom* ECLI:EU:C:2021:239, paragraphes 50-53, s'appuyant sur la motivation retenue dans l'Affaire C-52/09 *TeliaSonera* EU:C:2011:83, paragraphe 72.

<sup>47</sup> Affaire C-152/19 P *Deutsche Telekom* ECLI:EU:C:2021:238, paragraphes 54-59 ; Affaire C-165/19 P *Slovak Telekom* ECLI:EU:C:2021:239, paragraphes. 54-59.

<sup>48</sup> Par exemple, les circonstances entourant l'Affaire C-117/20 *bpost*, qui impliquaient des décisions constatant une infraction et des pénalités imposées parallèlement par le régulateur belge des services postaux et l'autorité de la concurrence, en ce qui concerne le même système de rabais sur les tarifs contractuels applicables aux services distribuant des courriers publicitaires et administratifs.

<sup>49</sup> Affaire COMP/ 139.525 *Telekomunikacja Polska*, paragraphe 150 (si la pratique d'éviction impliquait un refus de se conformer à des obligations réglementaires). Cette décision a fait l'objet d'un appel, dans l'Affaire T-533/08, mais le demandeur s'est désisté avant le prononcé d'une décision.

<sup>50</sup> Dans l'Affaire C-457/10 P *AstraZeneca* ECLI:EU:C:2012:770, où l'utilisation abusive des systèmes de brevets afin d'obtenir des certificats de protection supplémentaires, et l'utilisation abusive du système réglementaire pharmaceutique par le retrait sélectif de certaines autorisations de mise sur le marché ont été jugées constitutives d'une infraction. Alors que le second retrait sélectif de certaines autorisations de mise sur le marché était licite, il a néanmoins été jugé anticoncurrentiel car il a eu lieu dans le contexte d'une stratégie anticoncurrentielle d'exclusion de nouveaux entrants du marché.

<sup>51</sup> Voir, par exemple, Affaire 39351—*Swedish Interconnectors*, Décision du 14 avril 2010 ; Affaire AT.40461—*DE/DK Interconnector*, Décision du 7 décembre 2018. Ces décisions stipulant un certain nombre d'engagements sont intervenues dans le cadre de l'obligation de non-discrimination exclusivement dans les termes de l'article 102 du TFUE, en dépit de l'existence d'obligations sectorielles spécifiques parallèles - Directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (2009) JO L211/, article 12(f).

<sup>52</sup> Affaire C-127/73 *BRT v SABAM* (1974) EU:C:1974:25 ; Affaire C-395/87 *Tournier* (1989) EU:C:1989:319; Affaire C-177/16 *AKKA* (2017) EU:C:2017:689 ; Affaire C-525/16 *Meo—Serviccos de Comunicacões e Multimedia* (2018) EU:C:2018:270.

<sup>53</sup> Tel est particulièrement le cas dans les affaires SEP – voir, en Europe, Affaire AT.38636—*Rambus* ; Affaire AT.39985—*Motorola* ; Affaire AT.39939—*Samsung* ; et Affaire C-170/13 *Huawei Technologies* (2015) EU:C:2015:4779.

<sup>54</sup> Prenant comme exemples des conditions imposées à ENI afin d'améliorer la structure du marché, dans le contexte d'une enquête sur un accord anticoncurrentiel avec Gazprom (la Commission a réussi à parvenir à un accord avec Gazprom et ENI sur les clauses de restriction territoriale, 6 octobre 2003 (IP/03/1345) ; voir également le remplacement perçu des choix du régulateur allemand en matière de prix dans l'affaire *Deutsche Telekom*.

<sup>55</sup> En Europe, les engagements prévus par l'article 9 du Règlement 1/2003 doivent être proportionnés, c'est-à-dire ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier au risque anticoncurrentiel – voir Affaire T-170/06 *Alrosa v Commission*, arrêt du 11 juillet 2007. Aux États-Unis, la Loi Tunney dispose que les décisions rendues d'un commun accord entre les parties, autorisées par le ministère de la Justice, doivent être approuvées par un juge comme « relevant de l'intérêt public » - *US v Microsoft I* au § 1460.

<sup>56</sup> Voir OFT Market Investigation Guidance, para. 2.1-2.3.

<sup>57</sup> Les décisions suivantes sont autant d'exemples de fusions intervenues dans le secteur des télécommunications où la réglementation a été prise en compte de cette manière par la Commission européenne : Décision de la Commission du 7 octobre 2005, Affaire M.3752, *Verizon/MCI 6* ; Décision de la Commission du 2 octobre 2008, Affaire M.5148, *Deutsche Telekom/OTE*, paragraphes 26, 89 et 115 ; Décision de la Commission du 27 novembre 2007, Affaire M.4947, *Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain*, paragraphes.22–27 ; Décision de la Commission du 20 août 2007, Affaire M. 4748 T-*Mobile/Orange Netherlands*, paragraphe 49, dans laquelle la Commission a pris en compte, dans son évaluation de la concurrence, le fait que le régulateur néerlandais considérait qu'aucune entreprise ne

détenait une puissance significative dans le marché, sur le marché de gros de l'accès à la téléphonie mobile et aux services de départ d'appel.

<sup>58</sup> Voir également, à propos des fusions dans le secteur des télécommunications en Europe, Décision de la Commission du 13 octobre 1999, Affaire M.1439 *Telia/Telenor*; Décision de la Commission du 10 juillet 2002, Affaire M.2803, *Telia/Sonera*.

<sup>59</sup> Par exemple, l'ordonnance prononcée avec l'accord d'AT&T aux États-Unis – voir *United States v. American Tel. and Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1983).

## Bibliographie

- Armstrong, M. et D. Sappington (2006), *Regulation, Competition, and Liberalization*, [50]  
[https://www.jstor.org/stable/30032251?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/30032251?seq=1#metadata_info_tab_contents).
- Baldwin, R. (2010), “Introduction: Regulation-the Field and the Developing Agenda”, in *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, [86]  
<http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560219.003.0001>.
- Baldwin, R., M. Cave et M. Lodge (2015), *Understanding Regulation*, Oxford University Press, [14]  
<http://dx.doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>.
- Bator, F. (1958), « The Anatomy of Market Failure », *The Quarterly Journal of Economics*, [15]  
 vol. 72/3, p. 351, <http://dx.doi.org/10.2307/1882231>.
- Brennan, T. (2008), *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined?*, <https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol61/iss1/9>. [87]
- Brennan, T. (2005), *Trinko V. Baxter: The Demise of U.S. V. At&T*, [85]  
<https://mdsoar.org/handle/11603/19108>.
- Breyer, S. (1987), « Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace », *California Law Review*, vol. 75/3, p. 1005, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1112872?ln=en> (consulté le 1 avril 2021). [29]
- Breyer, S. (1984), *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, [1]  
<https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674753761> (consulté le 15 mars 2021).
- Cannataci, J. (2020), *Antitrust enforcement and privacy standards*, Edward Elgar Publishing. [84]
- Competition and Markets Authority (2020), *Regulation and Competition A Review of the Evidence*, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf> (consulté le 9 février 2021). [4]
- Condorelli, D. (2020), *Harnessing Platform Envelopment Through Privacy Policy Tying*, Elsevier BV., <https://papers.ssrn.com/abstract=3504025>. [83]
- Coscelli, A. (2018), *Regulation and competition enforcement – a combined approach*, [31]  
<https://www.wired-gov.net/wg/news.nsf/articles/Regulation+and+competition+enforcement+%E2%80%93+a+combined+approach+10092018162000> (consulté le 15 mars 2021).
- Crampton, P. (2003), *Competition and Efficiency as Organising Principles for All Economic and Regulatory Policy-Making*. [82]
- Crémer, J. (2018), *Competition Policy for the digital era: A report*. [81]

- De Streel, A. (2014), « The Antitrust Activism of the European Commission in the Telecommunications Sector », dans Lowe, P. et M. Marquis (dir. pub.), *European Competition Law Annual 2012 : Competition, Regulation and Public Policies*, Hart, 2014, 189-208.. [57]
- De Streel, A. (2010), « Interaction between the Competition Rules and Sector Specific Regulation », dans Garzaniti, L. et M. O'Regan (dir. pub.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet - EU Competition Law & Regulation*, Sweet & Maxwell, <http://www.crid.be/pdf/public/6475.pdf> (consulté le 31 janvier 2021). [21]
- De Streel, A. (2008), *The relationship between competition law and sector specific regulation: The case of electronic communications*, Boeck Universite. [80]
- Diathesopoulos, M. (2012), « From Energy Sector Inquiry to Recent Antitrust Decisions in European Energy Markets: Competition Law as a Means to Implement Sector Regulation », *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1639883>. [51]
- Drexl, J. et F. di Porto (dir. pub.) (2015), *New Powers-New vulnerabilities? A critical analysis of Market Inquiries Performed by Competition Authorities*, Elgar, <http://ssrn.com/abstract=2333068>. [67]
- Dunne, N. (2020), « Dispensing with Indispensability », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16/1, pp. 74-115, <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhaa004>. [56]
- Dunne, N. (2020), « Platforms as regulators », *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 1, <http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa052>. [58]
- Dunne, N. (2015), *Competition law and economic regulation: Making and managing markets*, Cambridge University Press, <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781107707481>. [5]
- Easterbrook, F. (1983), « Antitrust and the Economics of Federalism », *Journal of Law and Economics*, vol. 26, [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/3400](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/3400) (consulté le 2 avril 2021). [27]
- Evenett, S. et G. Michal (2004), *ICN - A Report On The Third Annual Conference Of The International Competition Network*, The International Competition Network. [30]
- Federle, A. (2019), *The interplay of data protection and competition law - issues beyond the Facebook case*, <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/the-interplay-of-data-protection-and-competition-law-issues-beyond-the-facebook-case>. [79]
- Feintuck, M. (2010), « Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest », dans *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560219.003.0003>. [16]
- Fels, A. et H. Ergas (2014), *Institutional Design of Competition Authorities*, DAF/COMP/WD(2014), <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-> (consulté le 27 janvier 2021). [2]
- Financial Conduct Authority (2016), *Economics for Effective Regulation*, <http://www.fca.org.uk> (consulté le 3 février 2021). [12]

- Fletcher, A. (2021), « Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement? », [66]  
*Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12/1, p. 44,  
<https://www.gov.uk/government/publications/digital-markets-ta> (consulté le 29 janvier 2021).
- Foster, C. (1992), *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, [19]  
 Blackwell, <https://www.amazon.com/Privatization-Ownership-Regulation-Natural-Monopoly/dp/0631184864> (consulté le 1 avril 2021).
- Fox, E. (2014), *When the State Harms Competition - The Role for Competition Law*. [78]
- FTC, F. (2010), *Is There Life After Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in Regulated Industries*. [39]
- Geradin, D., R. Muñoz et N. Petit (dir. pub.) (2005), *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A source of jurisdictional confusion?*, Elgar, [40]  
[https://books.google.com.ua/books?id=ntwZjbhEBw0C&pg=PA180&lpg=PA180&dq=Nicolas+Petit+%E2%80%98The+Proliferation+of+National+Regulatory+Authorities+alongside+Competition+Authorities:+A+source+of+jurisdictional+confusion?&source=bl&ots=YpQJjStzx\\_&sig=ACfU3U2g3S7m6xDYy8aI55JF8wOhX5LFvw&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwj\\_k66s1OnvAhWwxYUKHUUtCgQQ6AEwA3oECAQQA#wv=onepage&q=Nicolas%20Petit%20%E2%80%98The%20Proliferation%20of%20National%20Regulatory%20Authorities%20alongside%20Competition%20Authorities%3A%20A%20source%20of%20jurisdictional%20confusion%3F&f=false](https://books.google.com.ua/books?id=ntwZjbhEBw0C&pg=PA180&lpg=PA180&dq=Nicolas+Petit+%E2%80%98The+Proliferation+of+National+Regulatory+Authorities+alongside+Competition+Authorities:+A+source+of+jurisdictional+confusion?&source=bl&ots=YpQJjStzx_&sig=ACfU3U2g3S7m6xDYy8aI55JF8wOhX5LFvw&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwj_k66s1OnvAhWwxYUKHUUtCgQQ6AEwA3oECAQQA#wv=onepage&q=Nicolas%20Petit%20%E2%80%98The%20Proliferation%20of%20National%20Regulatory%20Authorities%20alongside%20Competition%20Authorities%3A%20A%20source%20of%20jurisdictional%20confusion%3F&f=false).
- Geradin, D. et R. O'Donoghue (2005), « The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector », *GCLC Working Paper no 04/05*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.671804>. [36]
- Hellwig, M. (2009), « Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries », dans Vives, X. (dir. pub.), *Competition Policy in the EU : Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford University Press, [26]  
<http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199566358.003.0008>.
- Hovenkamp, H. (2020), *Hovenkamp's Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, <https://faculty.westacademic.com/Book/Detail?id=326961> (consulté le 22 mars 2021). [33]
- Hovenkamp, H. (2019), « Regulation and the Marginalist Revolution Regulation and the Marginalist Revolution », *Florida Law Review*, vol. 71/2, p. 455, [10]  
<https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol71/iss2/4> (consulté le 3 mars 2021).
- Hovenkamp, H. (2005), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge. [18]
- ICN (2004), *Enforcement experience in regulated sectors - International Competition Network Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group Subgroup 2*. [32]
- Kahn, A. (1990), *Deregulation: Looking Backward and Looking Forward 1989. I acknowledge with gratitude the criticisms of*. [49]
- Khan, A. (1988), *The Economics of Regulation*, MIT Press, [23]  
<https://mitpress.mit.edu/books/economics-regulation> (consulté le 1 avril 2021).

- Khan, A. (1987), « Deregulatory Schizophrenia », *Deregulatory Schizophrenia*, vol. 75/3, p. 1059, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1112874> (consulté le 2 avril 2021). [28]
- Konkurrensverket (dir. pub.) (2004), *Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post*. [64]
- Kovacic, W. (1995), *Accounting for Regulation in Determining the Application of Antitrust Rules to Firms Subject to Public Utility Oversight*, SAGE Publications, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0003603X9504000302>. [37]
- Larouche, P. (2000), *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart, [https://books.google.fr/books?id=w7rSI2cwsjIC&printsec=copyright&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=w7rSI2cwsjIC&printsec=copyright&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false) (consulté le 1 avril 2021). [59]
- Lemley, M. et S. Dogan (2009), *Antitrust Law and Regulatory Gaming - Journal Article - Stanford Law School*, <https://law.stanford.edu/publications/antitrust-law-and-regulatory-gaming/>. [7]
- Lianos, I. (dir. pub.) (2013), *The Regulation / Competition Interaction*. [73]
- Lundqvist, B. (2019), « Regulating competition in the digital economy - With a special focus on platforms », dans Lundqvist, B. et M. Gal (dir. pub.), *Competition Law for the Digital Economy*, Elgar, Cheltenham, <http://su.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1414767&dswid=-8379> (consulté le 17 mars 2021). [47]
- Marciano, A. et S. Medema (2015), « Market Failure in Context: Introduction », *History of Political Economy*, vol. 47/suppl 1, pp. 1-19, <http://dx.doi.org/10.1215/00182702-3130415>. [9]
- Melamed, D. (1995), *Antitrust: The New Regulation*, <https://law.stanford.edu/publications/antitrust-the-new-regulation/>. [61]
- Monti, G. (2019), « Excessive pricing: Competition Law in Shared Regulatory Space », *TILEC Work in Progress*, Tilburg, <https://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/events/work-progress-giorgio-monti> (consulté le 8 mars 2021). [46]
- Monti, G. (2008), « Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law », *Competition Law Review*, vol. 4/2, pp. 123-145, <http://ssrn.com/abstract=1273615> (consulté le 8 mars 2021). [38]
- Moodalyar, K. et K. Weeks (2012), « A Framework for Promoting Competition in Electronic Communications », dans Moodalyar, K. et S. Roberts (dir. pub.), *The development of competition law and economics in South Africa*, HSRC Press, [https://www.google.com/search?q=A+Framework+for+Promoting+Competition+in+Electronic+Communications+Moodalyar&rlz=1C1GCEB\\_enFR922FR922&biw=1280&bih=578&ei=359UYJLzFsaPlwSbuJ2YCA&oq=A+Framework+for+Promoting+Competition+in+Electronic+Communications+Moodalyar&gs\\_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EANQ3zZY3zZg6VBoAXAAeACAAfMBiAGwA5IBBTauMS4xmAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesABAQ&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEwjS3tjtLzvAhXGx4UKHRtcB4MQ4dUDCA0&uact=5](https://www.google.com/search?q=A+Framework+for+Promoting+Competition+in+Electronic+Communications+Moodalyar&rlz=1C1GCEB_enFR922FR922&biw=1280&bih=578&ei=359UYJLzFsaPlwSbuJ2YCA&oq=A+Framework+for+Promoting+Competition+in+Electronic+Communications+Moodalyar&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EANQ3zZY3zZg6VBoAXAAeACAAfMBiAGwA5IBBTauMS4xmAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesABAQ&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEwjS3tjtLzvAhXGx4UKHRtcB4MQ4dUDCA0&uact=5) (consulté le 19 mars 2021). [52]

- Nicolaides, P. (2005), « Regulation of Liberalised Markets », dans Geradin, D., R. Munoz et N. Petit (dir. pub.), *Regulation Through Agencies in the EU*, Elgar, [https://scholar.google.com/scholar?hl=en&as\\_sdt=0%2C5&q=Nicolaides+%22Regulation+of+Liberalised+Markets%22&btnG=](https://scholar.google.com/scholar?hl=en&as_sdt=0%2C5&q=Nicolaides+%22Regulation+of+Liberalised+Markets%22&btnG=) (consulté le 30 mars 2021). [8]
- OCDE (2020), *Costa Rica: Assessment of Competition Law and Policy 2020*. [45]
- OCDE (2020), *Les restrictions applicables aux branches d'activité*, DAF/COMP/WP2(2020)1, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2020\)1&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2020)1&docLanguage=Fr) (consulté le 25 janvier 2021). [69]
- OCDE (2020), *Using Market Studies to Tackle Emerging Competition Issues*, <http://www.oecd.org/daf/competition/using-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues-2020.pdf> (consulté le 25 janvier 2021). [68]
- OCDE (2019), *Organismes de réglementation sectoriels indépendants - Note de référence*, DAF/COMP/WP2(2019)3, <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/independance-des-instances-de-reglementation-et-concurrence.htm> (consulté le 25 janvier 2021). [11]
- OCDE (2018), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy of Greece*, <https://www.oecd.org/fr/concurrence/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-greece-2018.htm>. [77]
- OCDE (2018), *Perspectives judiciaires sur le droit de la concurrence*, DAF/COMP/GF(2017)4, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/perspectives-judiciaires-droit-de-la-concurrence.htm>. [62]
- OCDE (2016), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, DAF/COMP/M(2016)1. [63]
- OCDE (2016), *Indépendance des Autorités de la concurrence - Des intentions aux pratiques -- Note de référence par le Secrétariat*, DAF/COMP/GF(2016)5, <https://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/independance-of-competition-authorities.htm>. [42]
- OCDE (2016), *Le rôle des études de marché en tant qu'instrument de promotion de la concurrence*, <https://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/the-role-of-market-studies-as-a-tool-to-promote-competition.htm> (consulté le 25 janvier 2021). [65]
- OCDE (2015), *Compte rendu succinct : Annexe au compte rendu succinct de la 123e réunion du Comité de la concurrence des 15-19 juin 2015*, DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL. [41]
- OCDE (2011), *Regulated Conduct Defence*, DAF/COMP(2011)3, [https://one.oecd.org/document/COMP\(2013\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/COMP(2013)13/en/pdf) (consulté le 27 janvier 2021). [6]
- OCDE (2009), *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009)36, <https://www.oecd.org/fr/concurrence/> (consulté le 28 janvier 2021). [54]
- OCDE (2007), *Refusals to Deal*, DAF/COMP(2007)46, <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. [55]
- OCDE (1999), *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, DAF/COMP(99)8, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920556.pdf> (consulté le 26 janvier 2021). [17]

- OCDE (1997), *Points clés des tables rondes sur l'évolution institutionnelle des autorités de la concurrence*. [22]
- Ogus, A. (1994), *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, <http://dx.doi.org/10.5040/9781472559647>. [20]
- Prosser, T. (1997), *Law and the Regulators*, [https://books.google.fr/books?id=GCrpGc\\_RZn8C&pg=PA32&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=GCrpGc_RZn8C&pg=PA32&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false) (consulté le 1 avril 2021). [24]
- Roman, V. (2021), « Platform-to-Business Regulation - Where Does it Fit in the EU Antitrust Constellation? », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12/1, [http://www.nber.org/chapters/c12565](https://watermark.silverchair.com/lpaa030.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kKhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAgwggKkBgkqhkiG9w0BBwagggKZMIICQIBADCCAo4GCSqGSIb3DQEHATAeBgIghkgBZQMEAS4wEQQMFK0CqGhp1Zh8zt6DAgEQgIICX6JgishGKRwkPZijUvzIUuf_bq_UOcZct_IycSkRPy3mwxJphD31Ez4zZGq5UE9DrYHgBPB1wgYYsgf0AnMXhaPAhBKNEEx_svpxx1UFRSpUftMOLbqC_AjjMHYdF6UC_cELILlarZiWjgrgdIUNiuvtKVPIDHaIRD2Ku1vEnN-8yyJ6jsXXaYW_gVdO77ITnv5SUxKtrKTcJaIgjV_nQq0-BLh9ZpWwV9oiJITN3HtKLhdgS2g11SankcahaANmfDMSOcEITV3LzSoeu7xpWZfjxhm7_9TGHILJHyu2RKZZ9GX1hTSHrsSEVjxZukbdG7u9PsqCY7pl6oGmIle10SAsOhdIXeC2Pgi1fEkPRjDWu6IrZJFwb9cZkDISS7ip41AFZVgyrleWLCxib0x28GeDIF9A2M3j9fk9p5xs4UxKiI9yP0wjmE3fFQmIscscQ009Zbi7INCYFDuoSIRH9KXF3gHiQq92_vABAJFjS05MwgrDvXmVThevJWsJF1InZPLAn9vZvBtlYKRO8U_z00TGwfnmVk-CSEyEsi0Sva1IPjfUU_BM7zqw_Wb2Ye-QyZq_mJuUcbydeeFOsqBRGe5_k4jGyWDJavuWptw6_Yy9UNS_S4k_fO2B8s4hqavBGXmUA0YT3bp0TyISJaC5BzzejQ1a_mb_-YNDW-gwEeRRDCft-7E1YDJ7faKr2T2VoRjEJWvj-jFXmXWj7827xkw6NoYFyOwUIgNjvz3bkLJeNPSHNMSpU6ia4U8pUDLrK66GqpJVjaoaAJba1-1-azgPGvJhxPzItQRrLuQ (consulté le 26 janvier 2021). [53]</p>
<p>Rose, N. (dir. pub.) (2014), <i>Antitrust and Regulation</i>, University of Chicago, <a href=). [35]
- Rose, N. (2012), « After Airline Deregulation et Alfred E. Kahn », *American Economic Review: Papers & Proceedings*, vol. 102/3, p. 376, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.102.3.376>. [25]
- Scheele, R. (2021), *Facebook: From Data Privacy to a Concept of Abuse by Restriction of Choice*, [https://watermark.silverchair.com/lpaa101.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kKhW\\_Ercy7Dm3ZL\\_9Cf3qfKAc485ysgAAAgwggKkBgkqhkiG9w0BBwagggKVMiICkQIBADCCAooGCSqGSIb3DQEHATAeBgIghkgBZQMEAS4wEQQMEhTB3gtHhyk3c4NBAgEQgIICW4gPlo4Dft3VGeLjxKZzxb8Nqz7RApBg\\_HIM87yZDbmMiNv](https://watermark.silverchair.com/lpaa101.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kKhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAgwggKkBgkqhkiG9w0BBwagggKVMiICkQIBADCCAooGCSqGSIb3DQEHATAeBgIghkgBZQMEAS4wEQQMEhTB3gtHhyk3c4NBAgEQgIICW4gPlo4Dft3VGeLjxKZzxb8Nqz7RApBg_HIM87yZDbmMiNv). [76]
- Shelanski, H. (2019), « Antitrust and Deregulation », *Yale Law Journal*, vol. 127/7, <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol127/iss7/5> (consulté le 18 janvier 2021). [3]
- Shelanski, H. (2012), *Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries*, <http://www.justice.gov/atr/public/international/268695.pdf>. [48]

- Shelanski, H. (2011), *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, [34]  
<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol1109/iss5/1>.
- Smith, V. (2004), *Competition Concurrency between the OFT and Sector Regulators*. [75]
- Sokol, D. et I. Liannos (dir. pub.) (2013), *Competition Authorities - Independence and Advocacy*, [43]  
Stanford University Press.
- Spencer Weber Waller (1998), *Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Competition Enforcement*, [60]  
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=294114121126073117029029097123091070063055032019074004085072102009028003070020111007042057100123047057125079090099119022029109066028026087006009071095093081008063022035004001006085019104065094008086006127095121110008079120114023073023017069082094&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.
- Speta, J. (2003), *Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act*, [71]  
[https://www.jstor.org/stable/40843582?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/40843582?seq=1#metadata_info_tab_contents).
- Stern, J. (2015), *Sectoral Regulation and Competition Policy: The UK's Concurrency Arrangements - An Economic Perspective*, Oxford University Press, [44]  
<https://academic.oup.com/jcle/article-lookup/doi/10.1093/joclec/nhv029>.
- Sunstein, C. (1993), *After the Rights Revolution - Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, [74]  
<https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674009097> (consulté le 31 mars 2021).
- Viscusi, W., J. Harrington et D. Sappington (2018), *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, [13]  
<https://mitpress.mit.edu/books/economics-regulation-and-antitrust-fifth-edition>.
- Wheeler, T., P. Verveer et G. Kimmelman (2020), *New Digital Realities; New Oversight Solutions in the*, Harvard Kennedy School, Cambridge, [70]  
<https://www.pbs.org/newshour/> (consulté le 9 février 2021).
- Wiedemann, K. (2020), *A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)*, [72]  
<http://dx.doi.org/10.1007/s40319-020-00991-2>.