

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

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

Synthèse des points clés de la table ronde sur l'indépendance des instances de réglementation

Annexe au projet de compte rendu succinct de la 68e réunion du Groupe de travail n° 2

2 décembre 2019

Cette synthèse établie par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des débats qui ont eu lieu pendant la 68^e réunion du Groupe de travail n° 2 le 2 décembre 2019.
D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :
<http://www.oecd.org/daf/competition/independent-sector-regulators.htm>.

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

JT03469736

Synthèse des points clés de la table ronde sur l'indépendance des instances de réglementation

Par le Secrétariat*

Plusieurs points se dégagent des débats qui ont eu lieu au cours de la table ronde organisée le 2 décembre 2019 par le Groupe de travail n° 2, des contributions des délégués, des présentations des intervenants et du document de référence du Secrétariat :

1. En présence de défaillances du marché, la réglementation indépendante contribue de manière décisive à créer des marchés efficaces et à protéger les consommateurs de l'exploitation du pouvoir de marché. Il s'agit là d'une fonction importante, que les prestataires de services soient publics ou privés. Autre rôle important, parfois méconnu, de la réglementation indépendante : elle peut favoriser l'investissement privé.

Ces dernières décennies, la réglementation indépendante a été mise en place pour encadrer le pouvoir de marché engendré par la privatisation de monopoles naturels et pour préserver le bien-être des consommateurs, tandis que parallèlement, des incitations concurrentielles et des mécanismes de marché étaient introduits. Elle a également permis d'encourager des acteurs privés à acquérir des actifs publics puis à investir pour les renouveler et les remplacer.

De plus en plus d'interrogations se font jour au sujet de la capacité des organismes de réglementation à protéger les consommateurs et de la question de savoir si les incitations créées par la réglementation en direction des monopoleurs privatisés ont permis un investissement suffisant. Ces interrogations ont donc rouvert le débat sur le point de savoir si le passage au marché doit nécessairement s'accompagner d'une privatisation et, partant, s'il faut autoriser les entreprises publiques à livrer concurrence sur les marchés qu'elles ont créés. La place que les prix payés par le consommateur occupent dans ce débat est certes légitime, mais elle risque d'occulter le rôle important que jouent les organismes de réglementation en protégeant et en encourageant l'investissement privé dans le service concerné. À titre d'exemple, une réglementation qui limite la capacité de fixer les prix risque d'avoir pour conséquence un investissement inférieur à ce qu'il serait sans réglementation.

De même, la priorité accordée par les autorités de la concurrence à l'amélioration du bien-être des consommateurs fait passer au second plan l'objectif consistant à accroître l'investissement. Néanmoins, bon nombre d'autorités de la concurrence reconnaissent que pour être efficace, la concurrence doit non seulement permettre que les prix restent bas, mais aussi favoriser l'investissement. Les organismes de réglementation comme les autorités de la concurrence peuvent, par exemple dans le contexte des études de marché,

* Cette synthèse ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Groupe de travail n° 2. Elle récapitule cependant les points essentiels des débats, des contributions écrites des délégués et des présentations des intervenants.

exercer une influence non négligeable sur l'investissement et l'innovation tout comme sur les prix et la qualité. Il leur faut donc accorder une attention particulière à chacun des effets potentiels de cette influence.

2. Les relations entre les instances de réglementation indépendantes et les autorités de la concurrence revêtent une grande importance parce que ces autorités ont souvent pour objectif commun d'intensifier la concurrence.

Les objectifs des organismes de réglementation indépendants et des autorités de la concurrence convergent à bien des égards. Les raisons en sont les suivantes : (i) en présence de défaillances du marché, les organismes de réglementation cherchent souvent à limiter le pouvoir de marché ; (ii) en l'absence de réglementation dans les secteurs relevant d'un régime d'autoréglementation par les professionnels ou lorsqu'il existe un pouvoir de marché important ou durable, les autorités de la concurrence plaident parfois pour la création d'organismes de réglementation indépendants et (iii) les activités des organismes de réglementation peuvent influencer sur celles des autorités de la concurrence et inversement, au risque que des décisions contradictoires soient prises ; une amélioration de la coordination et de la coopération est un moyen de prévenir ce risque.

Les autorités de la concurrence ont beaucoup à apprendre des connaissances sectorielles des organismes de réglementation spécialisés, tandis que ceux-ci peuvent tirer des leçons de l'éventail d'activités mises en œuvre par les autorités de la concurrence pour faire respecter les principes du droit de la concurrence.

3. Une mission de surveillance de l'économie en général assortie de pouvoirs quasi judiciaires peut avoir pour corollaire une exigence d'indépendance, mais une mission de surveillance portant sur un secteur spécifique peut elle aussi exiger une forte indépendance. Une comparaison internationale peut mettre en lumière des moyens de préserver et d'améliorer cette indépendance.

Le fait d'être investies d'une mission de surveillance économique générale met peut-être les autorités de la concurrence davantage à l'abri du risque d'être destinataires de requêtes spéciales de tel ou tel secteur d'activité, mais exige sans doute une plus grande indépendance politique. En effet, le favoritisme politique peut avoir des conséquences économiques beaucoup plus grandes dans le cas d'acteurs qui ont l'économie dans son ensemble pour champ de compétence et dont les activités peuvent avoir une incidence, non pas sur un, mais sur de nombreux secteurs politiquement sensibles. En raison de la nature quasi judiciaire des autorités de la concurrence, dont certains types de décisions (notamment celles rendues en matière de concentration) sont assez rarement contestées devant les tribunaux tandis que d'autres (celles rendues en matière d'ententes et d'abus de position dominante) sont suivies de très longues procédures judiciaires, l'exercice d'une influence politique peut être particulièrement lourd de conséquences.

De leur côté, les organismes de réglementation sectoriels peuvent être particulièrement exposés au risque de subir l'influence d'intérêts particuliers, ce qui laisse penser qu'ils doivent certes être indépendants des pouvoirs publics, mais doivent aussi avoir l'obligation de leur rendre des comptes pour éviter toute captation de la réglementation.

En règle générale, plus une entité créée par la puissance publique est indépendante, plus elle a de comptes à rendre au gouvernement, au Parlement, aux professionnels du secteur et à la population dans son ensemble. Des obligations de rendre compte plus exigeantes sont un moyen naturel de garantir que les organismes indépendants n'outrepassent pas leur mission et mettent tout en œuvre pour la remplir. Les organismes de réglementation indépendants sont probablement en bonne position pour communiquer des informations permettant de déterminer si leurs relations avec les pouvoirs publics sont conformes aux

bonnes pratiques internationales en matière d'indépendance. Le Réseau des régulateurs économiques recueille et publie précisément des informations sur ces questions.

4. Dans un contexte de changement technologique rapide, les organismes de réglementation indépendants ont tout intérêt à opter une approche fondée sur des principes, comme celle adoptée par les autorités de la concurrence, c'est-à-dire une approche qui leur permettrait d'adapter leurs règles en fonction de l'évolution des circonstances, sans que le vote de nouvelles lois par le Parlement soit nécessaire.

La réglementation fondée sur des principes présente surtout l'avantage d'être évolutive. Contrairement à des règles définies de manière étroite, les principes peuvent permettre que la réglementation évolue si les circonstances l'exigent. Amender la législation adoptée par le Parlement peut être compliqué en raison d'un calendrier législatif contraint et de la nécessité de parvenir à un consensus politique. Dès lors, les amendements nécessaires peuvent prendre beaucoup de retard, même s'ils sont jugés techniquement justifiés.

Le fait que beaucoup d'organismes de réglementation n'aient pas adopté de lignes directrices et ne disposent pas du pouvoir de produire des normes laisse penser que bon nombre d'entre eux ne fonctionnent pas dans le cadre d'une réglementation fondée sur des principes. Le secteur des taxis, par exemple, illustre bien les conséquences que peut avoir une réglementation extrêmement précise, à la fois difficile à adapter et sensible à l'influence de groupes d'intérêts.

À l'inverse, beaucoup d'autorités de la concurrence s'appuient sur un cadre législatif général, établissant des lignes directrices dans lesquelles elles définissent des règles plus précises et interprétant ces règles dans le cadre des affaires dont elles ont à connaître. En conséquence, leur approche peut évoluer, par exemple s'agissant de la définition du marché ou de préjudices spécifiques, sans qu'une intervention des pouvoirs publics soit nécessaire.

5. Lorsqu'un régime d'autoréglementation sectorielle existe et ne remédie pas aux défaillances du marché, la création d'organismes de réglementation indépendants peut avoir des avantages. Il est cependant important de bien mettre en balance les coûts et les avantages de l'introduction de nouvelles obligations réglementaires.

La décision d'introduire de nouvelles obligations réglementaires ne doit pas être prise à la légère. Les défaillances du marché ne justifient pas toutes l'adoption d'une réglementation, d'autant que celle-ci peut avoir des conséquences imprévues et qu'il existe un risque d'intervention et d'influence du pouvoir politique une fois la réglementation en place.

L'une des manières de résoudre les problèmes de concurrence provoqués par l'autoréglementation consiste à appliquer le droit de la concurrence aux activités en cause. Les écueils auxquels cette stratégie peut se heurter tiennent au fait qu'il peut être difficile d'engager des poursuites contre les associations assurant l'autoréglementation, lesquelles peuvent tout simplement se restructurer après dissolution.

Dans certains cas, les autorités de la concurrence ont plaidé avec succès pour un accroissement de l'indépendance des organismes de réglementation – c'est par exemple ce qu'a fait l'autorité irlandaise de la concurrence dans le cas du Conseil des dentistes et l'autorité chilienne dans celui des notaires – ou pour la création de nouveaux organismes de réglementation – comme en Roumanie pour les ports et au Royaume-Uni pour le secteur de l'éducation.

6. L'architecture institutionnelle et le recours à des instruments de coopération peuvent faciliter la coordination et la coopération entre autorités de la concurrence et organismes de réglementation. Les modes de coopération qui fonctionnent diffèrent d'une autorité à l'autre, mais de nombreuses stratégies sont connues et ont déjà fait leurs preuves.

Diverses causes peuvent expliquer les difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation indépendants pour mettre en œuvre des approches cohérentes, notamment : des différences d'objectifs, des différences au niveau des règles matérielles ou procédurales, des différences en termes de moyens de collecte de données (les capacités des organismes de réglementation sont souvent inférieures à celles des autorités de la concurrence) et des divergences au niveau de l'évaluation des affaires.

Pour accroître la cohérence, il est possible de s'appuyer sur les structures organisationnelles et de recourir à des instruments de coopération. S'agissant des structures organisationnelles, il peut par exemple être envisagé de regrouper les fonctions au sein d'une seule et même institution, comme en Australie, en Estonie, aux Pays-Bas et en Espagne, ou d'investir les autorités de pouvoirs de répression concurrents comme au Royaume-Uni ou encore d'instituer des procédures de recours communes comme dans l'Union européenne et aux États-Unis.

Parmi les instruments de coopération figurent les protocoles d'accord et les lois sur l'échange d'informations. Ainsi, en Corée et au Mexique, l'autorité de la concurrence émet des commentaires sur toute nouvelle loi susceptible d'avoir une incidence sur la concurrence. Les points de contact constituent une autre approche. On peut citer l'exemple de la participation à la prise de décision en Russie. Les échanges et les détachements de personnel sont un autre instrument intéressant pour favoriser la définition d'approches communes. L'Australie, la France, le Royaume-Uni et les États-Unis y ont recours. Enfin, la rédaction de rapports communs peut aussi être un bon moyen, comme l'illustre l'exemple de l'Italie. Toutefois, dès que trois institutions au moins doivent rédiger un rapport ensemble, des difficultés de coordination non négligeables peuvent apparaître.