

Non classifié

Français - Or. Anglais

28 avril 2022

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

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

Résumé des discussions de la table ronde sur l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires

Annexe au compte rendu succinct de la 71e réunion du Groupe de travail n° 2

7 juin 2021

Ce document est un résumé des discussions de la table ronde sur l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires tenues par le Groupe de travail no 2 le 7 juin 2021.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-enforcement-and-regulatory-alternatives.htm>

Veuillez prendre contact avec Mme Federica Maiorano pour toute question concernant ce document [Federica.Maiorano@oecd.org].

JT03494295

Résumé des discussions de la table ronde sur l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires

1. Introduction

Le Groupe de travail n° 2 du Comité de la concurrence de l'OCDE a étudié l'interaction existant entre l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires possibles lors de sa table ronde sur l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires, tenue le 7 juin 2021.

Le **Président** explique que la table ronde devait porter, à l'origine, sur le « facteur complémentaire », c'est-à-dire le point qui, outre la violation d'une réglementation, doit être établi pour que l'on puisse conclure que cette violation est aussi constitutive d'une infraction au droit de la concurrence. La plupart des contributions des pays se sont néanmoins intéressées aux relations entre les instances de réglementation et les autorités de la concurrence, en analysant les circonstances dans lesquelles une entreprise soumise à un certain type de réglementation doit aussi faire l'objet d'un contrôle en vertu du droit de la concurrence. Cet aspect des discussions a été retenu pour être examiné dans la deuxième partie de la table ronde, dont la troisième partie concerne la nécessité, pour les institutions de réglementation, d'intervenir lorsque l'application du droit de la concurrence est jugée insuffisante. Le Président souligne que cette discussion revêt une importance non négligeable dans les débats en cours, de nombreux pays ayant élaboré des propositions visant à introduire un certain type de réglementation régissant le comportement des grandes plateformes numériques.

Le Président note que ce thème a fait l'objet de 19 contributions (Australie, Belgique, Canada, Colombie, Espagne, États-Unis, Grèce, Hongrie, Lituanie, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, UE, Afrique du Sud, Brésil, Fédération de Russie, Inde, Taipei chinois et BIAC). Il présente alors les experts et les remercie pour leurs interventions enregistrées, qui ont été postées au préalable sur la page web de la table ronde : les professeurs **Niamh Dunne** de la London School of Economics au Royaume-Uni, **Giorgio Monti** de l'Université de Tilbourg aux Pays-Bas et **Howard Shelanski** de Georgetown aux États-Unis.

2. Le facteur complémentaire

Le Président donne la parole à l'**Allemagne**, qui évoque l'affaire Facebook du *Bundeskartellamt*. Le principal raisonnement avancé dans cette affaire était que les données sont un élément essentiel permettant aux plateformes numériques d'acquérir une position dominante. De ce fait, les autorités de la concurrence doivent examiner les modalités de collecte et de traitement des données. Cette appréciation requiert un paramètre d'évaluation, qui peut être emprunté à un certain nombre de sources – parmi lesquelles les règlements existants, comme le Règlement général sur la protection des données (RGPD). La décision de 2019 a conclu que Facebook ne respectait pas le RGPD et, en tant qu'entreprise en position dominante, contraignait ses utilisateurs à consentir à l'utilisation illimitée de leurs données à caractère personnel pour pouvoir utiliser sa plateforme sociale. Les utilisateurs qui n'acceptent pas de partager leurs données n'ont pas la possibilité d'utiliser une autre application. Cette décision est actuellement en instance devant les juridictions d'appel allemandes, qui ont effectué un renvoi préjudiciel

à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). La position dominante a été établie à tous les niveaux. Les principales questions soumises à la CJUE concernent l'interprétation du RGPD et ses répercussions sur l'affaire. L'Allemagne se félicite de cet examen judiciaire de questions concernant l'interaction entre la protection des données et le droit de la concurrence. Cette clarification judiciaire est la bienvenue, notamment à la lumière des initiatives réglementaires comme les nouveaux articles de la Loi allemande sur la concurrence (concernant le pouvoir du contrôleur d'accès) et la proposition de législation européenne sur les marchés numériques.

Le Président interroge alors l'**Allemagne** sur l'issue attendue pour cette affaire. L'Allemagne répond qu'il est difficile de prévoir ce qui va se passer au niveau de l'UE, mais que lorsque l'affaire reviendra devant les tribunaux allemands, il faudra peut-être un certain temps et plusieurs renvois en appel avant que l'affaire ne soit close. D'un autre côté, les nouvelles dispositions sur la concurrence, comme l'article 19a, qui permet de prendre des décisions à l'encontre des grands acteurs numériques, peuvent faciliter à l'avenir l'application en temps voulu du droit de la concurrence dans des affaires similaires.

Le Président s'adresse ensuite à la **Colombie**, qui a décrit dans sa contribution une affaire d'infraction fondée sur la constatation qu'un groupe de télécommunications en position dominante ne respectait pas la réglementation sur les télécommunications. La Colombie déclare que cette affaire constitue un bon exemple de la complémentarité de la réglementation et du droit de la concurrence, ainsi que des synergies résultant de la coexistence et de la coordination de l'instance de réglementation et de l'autorité de la concurrence dans certains secteurs de l'économie. L'affaire concernait la portabilité des numéros de téléphone, dont les conditions sont fixées par l'autorité de réglementation des télécommunications. L'absence de portabilité a créé un obstacle effectif à la concurrence sur le marché colombien des télécommunications. Auparavant, l'autorité de réglementation du secteur était la principale instance dotée de responsabilités dans ce secteur, même si l'autorité de la concurrence était habilitée à évaluer la réglementation sectorielle avant son adoption en émettant des avis sur les effets des projets de réglementation sur la libre concurrence sur les marchés. À la suite de diverses plaintes déposées auprès de l'instance de réglementation, lesquelles ont été transmises à l'autorité de la concurrence, cette dernière a enquêté sur plusieurs pratiques qui limitaient la concurrence en restreignant la portabilité des données. L'entreprise en position dominante aurait abusé de cette position en empêchant ses concurrents d'avoir pleinement accès au canal de commercialisation (processus de portabilité). Pour ce faire, elle a notamment verrouillé les téléphones et empêché leur déblocage, prélevé des frais en cas de déconnexion et gonflé de manière frauduleuse les chiffres sur le portage communiqués aux consommateurs.

Le Président invite le **professeur Giorgio Monti** à commenter ces exposés. L'expert note que l'affaire colombienne concerne une atteinte à la concurrence, tandis que l'approche allemande semble principalement viser une infraction potentielle à la réglementation sur la protection des données. Il se demande s'il ne vaudrait pas mieux considérer cette deuxième affaire comme une théorie d'exclusion, ou considérer qu'elle implique une pratique de contournement des règles de protection des données. Le professeur Monti se demande également si l'affaire Facebook peut nous éclairer sur la méthode la plus indiquée pour appliquer les règles sur la protection des données, et nous dire, par exemple, si les entreprises en position dominante devraient être soumises à des obligations spécifiques en vertu de ces règles.

3. Interaction du droit de la concurrence et de la réglementation dans certains pays

Le Président en vient ensuite à l'application du droit de la concurrence dans les secteurs réglementés. Dans un premier temps, la discussion porte sur les meilleurs moyens d'instaurer une coordination entre l'autorité de la concurrence et les instances de réglementation habilitées à faire respecter le droit de la concurrence.

3.1. Chevauchement des compétences

Le Président explique qu'au **Brésil**, l'autorité de réglementation du secteur énergétique, celle des télécommunications et la banque centrale font toutes respecter un certain nombre de règles antitrust. Il demande au Brésil si cette situation ne conduit pas à des conflits de compétence. Le Brésil indique que les institutions chargées de la concurrence et de la réglementation ont des fonctions complémentaires, et que la coopération est essentielle. Les relations entre les instances de réglementation et l'autorité de la concurrence ont été renforcées au Brésil en 2019 avec l'introduction d'une loi générale régissant les organismes de réglementation. Cette loi décrit la compétence des organismes de réglementation dans les affaires de concurrence, et le rôle de l'autorité de la concurrence brésilienne vis-à-vis des marchés réglementés. En fait, le chevauchement des compétences n'est pas considéré comme un problème au Brésil. Il a au contraire renforcé l'efficacité de la politique publique. À titre d'exemple, les instances de réglementation peuvent désormais soumettre des plaintes à l'autorité de la concurrence, même si elles sont compétentes en matière de concurrence. Le modèle brésilien continue d'évoluer vers un régime plus cohérent fondé sur la coopération entre le CADE et les autorités de réglementation sectorielle.

Le Président consulte ensuite l'**Inde** sur un arrêt de la Cour suprême statuant qu'en cas de compétence concurrente, l'autorité qui traite la question technique pertinente dans une affaire devrait toujours être prioritaire. La question technique peut toutefois revêtir un caractère à la fois sectoriel et concurrentiel, et donc des objectifs différents. Dans l'arrêt de la Cour suprême indienne, la compétence de l'autorité de la concurrence n'a pas été annulée, mais son exercice décalé dans le temps eu égard à la compétence de l'autorité de réglementation des télécommunications. En réalité, cette doctrine s'applique uniquement aux affaires dans lesquelles une autorité de réglementation sectorielle est saisie et le tribunal estime que la simple existence d'une réglementation n'empêche pas l'autorité de la concurrence d'intervenir à un stade ultérieur. Cependant, cet arrêt est aujourd'hui utilisé devant les juridictions inférieures – par exemple dans les différends concernant les droits de propriété intellectuelle – pour faire valoir que la compétence de l'autorité de la concurrence ne devrait pas prévaloir dans les affaires de DPI. L'Inde a dit espérer que la jurisprudence qui se développe sur la question des conflits de compétence des autorités de réglementation sectorielle et de la concurrence donnera naissance à un modèle d'application concurrente de la réglementation et du droit de la concurrence.

3.2. Interventions des autorités de la concurrence dans les secteurs réglementés

Le Président s'intéresse ensuite aux cas dans lesquels les autorités de la concurrence interviennent dans des secteurs réglementés. Il interroge tout d'abord le Taipei chinois sur ses interventions dans ces secteurs.

Le **Taipei chinois** a modifié ses règles pour remédier à l'augmentation du nombre d'obstacles sur les marchés des médias, et cherché à donner à l'autorité de réglementation du secteur le pouvoir d'intervenir directement au regard des obstacles à la concurrence. Cette situation peut entraîner des conflits de compétence entre l'instance de

réglementation et l'autorité de la concurrence. Dans la pratique, la deuxième transmet à la première les affaires qu'elle juge les plus appropriées, mais cela crée une insécurité juridique. Cette question a fait l'objet d'une consultation publique, qui est parvenue à la conclusion que si la plupart des affaires de discrimination existant sur le marché de la télévision par câble devraient être transmises à l'instance de réglementation sectorielle, un certain nombre de pratiques continueront probablement de relever de la compétence de l'autorité de la concurrence lorsqu'elles sont typiquement anticoncurrentielles.

Le Président s'adresse ensuite au **Canada**, où le moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause est un des ressorts de la capacité de la cour d'évaluer le caractère global d'un comportement qui doit être mis en balance avec les éléments démontrant l'intention anticoncurrentielle. Dans une affaire récente, le Bureau a enquêté sur les restrictions à l'entrée de tiers sur le marché des services de restauration imposées par l'administration de l'aéroport de Vancouver. Dans cette affaire, il n'y avait pas d'intégration verticale, mais l'administration de l'aéroport de Vancouver était incitée à exploiter le service de restauration. L'administration de l'aéroport a invoqué le moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause, et fait valoir qu'à long terme, un nombre excessif de services de restauration porterait atteinte à la qualité et à la concurrence. Cet argument, et les éléments de preuve présentés, ont été considérés comme n'étant pas particulièrement convaincants.

La **Belgique** est interrogée sur le risque de violation du principe *non bis in idem* dans une affaire dans laquelle la même pratique discriminatoire a été sanctionnée par l'autorité de réglementation des postes et par l'autorité de la concurrence – la deuxième ayant toutefois pris en compte l'amende imposée par la première pour fixer sa propre amende. Les autorités de réglementation sectorielle et celles de la concurrence disposent d'une compétence exclusive pour faire appliquer leurs règles, qui peuvent sanctionner des situations factuelles très semblables – voir parfaitement identiques. Dans l'affaire examinée, l'autorité de la concurrence a conclu que le principe *non bis in idem* avait été respecté bien que les faits sanctionnés par l'autorité de réglementation des postes soient identiques à ceux visés par la décision de l'autorité de la concurrence. La question a été soumise à la Cour de justice de l'Union européenne.

Le **BIAC** souligne que la sécurité et la cohérence juridiques sont essentielles pour les entreprises, qui se préoccupent du respect des principes *res judicata* et *non bis in idem*. Ces doctrines visent non seulement à éviter de sanctionner deux fois le même comportement, mais aussi à statuer définitivement sur la question considérée – y compris en évitant de porter de nouveau en justice, sous des formes différentes, des affaires classées. Cela peut se produire lorsque des affaires de concurrence sont examinées en parallèle par différentes autorités, ou que les instances de réglementation sectorielle et les autorités de la concurrence enquêtent sur des scénarios factuels similaires. La clarté et la sécurité juridiques, notamment en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence et de la réglementation, sont déterminantes pour encourager les investissements.

Le Président demande alors au professeur **Howard Shelanski** si l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Trinko* peut être interprété comme une forme de *non bis in idem*. Le professeur Shelanski note que selon cet arrêt, le droit de la concurrence doit s'effacer lorsque des cadres réglementaires répondent déjà aux préoccupations s'y rapportant. On ignore dans quelle mesure cette doctrine s'appliquerait à la mise en œuvre des règles dans l'intérêt public, mais, associée à la décision rendue dans l'affaire *Credit Suisse*, l'arrêt *Trinko* semble rendre impossible toute application parallèle ou concurrente de la réglementation et du droit de la concurrence. Le Congrès pourrait remédier à ce problème en recourant à une clause de sauvegarde spécifique,

permettant de préserver la possibilité d'appliquer le droit de la concurrence dans la réglementation, et rendant possible une double application.

Le Président demande alors à l'**Afrique du Sud** de revenir sur un cas antérieur d'application du droit de la concurrence aux prix excessifs pratiqués par un exploitant portuaire dans un secteur réglementé. La Loi sur la concurrence s'applique aux secteurs réglementés, et les instances de réglementation sont tenues de conclure des mémorandums d'accord avec l'autorité de la concurrence. Dans le secteur portuaire, certaines pratiques sont réglementées, d'autres non. La procédure en question a été engagée à l'encontre d'une entreprise publique ayant une fonction de réglementation. Elle portait, en particulier, sur les droits imposés par une division de cette entreprise publique. Ces tarifs ont été fixés par l'entreprise publique, et devaient être approuvés par l'autorité de réglementation sectorielle. La procédure a été ouverte à la suite de signalements indiquant que les prix réglementés pratiqués par l'entreprise publique étaient nettement supérieurs à ceux de produits comparables. L'enquête ayant montré que des coûts plus importants que prévu expliquaient ces prix élevés, l'affaire a été classée. Cette expérience a été utilisée par la suite pour éclairer l'application du droit de la concurrence dans d'autres secteurs réglementés.

Le Président demande ensuite à la **Grèce** de s'exprimer sur une fusion donnant lieu à monopole dans le secteur réglementé du transport maritime. Cette fusion a été approuvée, mais soumise à des engagements très intrusifs. La Grèce fait observer qu'il ne s'agissait pas d'une fusion donnant lieu à monopole. La part de marché en résultant était inférieure à 55 % sur les deux marchés de produits grecs. Dans la pratique, toutefois, on dénombrait 700 marchés pertinents, correspondant à des itinéraires différents. Seuls 20 de ces marchés ont fait l'objet de mesures correctives intrusives, car la fusion risquait de créer des monopoles sur certaines routes, mais même sur ces routes, il existait des concurrents viables disposant de capacités non utilisées. À ce titre, les mesures correctives visaient à libéraliser la plupart des routes qui suscitaient les plus grandes inquiétudes. Il existe également un cadre réglementaire complémentaire qui garantit l'accès aux îles grecques inhabitées, et la possibilité de plafonner les prix et d'éviter les prix excessifs ou non équitables.

La **Hongrie** est ensuite interrogée sur une procédure visant des paiements par carte, et notamment un cas d'abus de position dominante commis par un fournisseur de cartes au regard de ses commissions d'interchange. Si la décision a été annulée par la Cour suprême hongroise, les commissions d'interchange montrent utilement que la réglementation sectorielle peut parfois s'avérer nécessaire pour remédier à des problèmes de concurrence largement répandus. L'affaire hongroise est née lorsque les commissions d'interchange de l'un des principaux fournisseurs de cartes ont été réglementées au moyen d'une mesure corrective en matière de concurrence. L'autre grand fournisseur de cartes, qui n'était pas soumis à cette réglementation, a maintenu des commissions d'interchange élevées, ce qui a conduit les banques à faire migrer leurs cartes vers son réseau. L'autorité hongroise a engagé une procédure à cet égard, mais la Cour suprême a estimé que le critère de l'abus n'était pas rempli. En particulier, il n'existait pas de lien direct entre les commissions d'interchange plus élevées et la monopolisation croissante du marché, car bien d'autres évolutions du marché auraient pu expliquer ce phénomène. Dans ce contexte, l'autorité de la concurrence a commencé à plaider plus vigoureusement pour une solution réglementaire, qui a fini par être adoptée. Cela démontre aussi l'importance de la coopération entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation.

En **Lituanie**, le Conseil de la concurrence, confronté à des plaintes concernant une pratique déjà sanctionnée par l'autorité de réglementation des télécommunications, a

refusé d'enquêter sur cette pratique qui relevait pourtant de sa compétence. Le Conseil a toute latitude pour fixer ses priorités afin de renforcer le bien-être du consommateur, et a estimé que cette affaire ne constituait pas une priorité. Le Conseil de la concurrence a coopéré avec l'instance de réglementation des télécommunications pour décider de ne pas enquêter – le Conseil est en effet tenu de coopérer. Néanmoins, l'autorité de réglementation des télécommunications n'est pas soumise à une obligation réciproque de coopérer avec le Conseil de la concurrence. Il convient de redoubler d'efforts dans ce domaine pour préciser quelle autorité est compétente au premier chef dans une affaire, et comment établir cette compétence. La Lituanie relève aussi que ce chevauchement entre les pratiques réglementées et concurrentielles est un problème courant.

Le **professeur Niamh Dunne** note que la question de savoir si l'application du droit de la concurrence est appropriée dans les secteurs réglementés pourrait recevoir une réponse différente si elle était posée aux autorités de réglementation sectorielle. Dans la pratique, pour y répondre, il faut peut-être s'intéresser aux pouvoirs des instances de réglementation, à leur compétence et à leur capacité de remédier rapidement à ce problème. Une question différente, plus difficile, consiste à savoir tout simplement pourquoi il convient d'appliquer le droit de la concurrence sur les marchés réglementés. Il se peut que la réglementation ou les autorités de réglementation encouragent ou permettent un comportement anticoncurrentiel. Il faut également se demander pourquoi les autorités de la concurrence doivent intervenir dans un deuxième temps si les instances de réglementation l'ont déjà fait – et, dans le même ordre d'idées, si une interprétation étroite du principe *non bis idem* est appropriée (notamment au regard de l'état de droit). Dans certaines affaires, en outre, les autorités de réglementation peuvent ne pas avoir la même compétence territoriale, ce qui peut conduire à des tensions et à des questions sur les raisons pour lesquelles une autorité de la concurrence essaie de remettre en question une mesure réglementaire (ou l'absence de mesure réglementaire) dans un autre pays. Le professeur Dunne se demande également si le droit de la concurrence peut parfois représenter la meilleure solution de rechange pour faire respecter la réglementation dans un contexte de rivalités institutionnelles et si une telle base institutionnelle représente une justification suffisante à l'application du droit de la concurrence pour faire respecter ces normes réglementaires. La meilleure solution constitue probablement à améliorer le dispositif réglementaire, soit en réformant une réglementation imparfaite, soit en mettant en place un cadre de mise en œuvre plus efficace.

Le Président note que sur le plan technique, l'application de la réglementation et du droit de la concurrence présente de fait des difficultés, alors même que les autorités de la concurrence peuvent fournir des éléments d'information aux instances de réglementation et en recevoir, et que celles-ci peuvent tenter de remédier aux problèmes concurrentiels avec ou sans soutien.

Le Président interroge alors les **États-Unis** sur leurs exceptions au droit de la concurrence/immunités, dont bon nombre ont été supprimées récemment. Les États-Unis expliquent que les organismes de la concurrence font valoir de longue date que ces exceptions devraient être supprimées ou, lorsque l'intérêt général le justifie, être limitées à titre exceptionnel à ce qui est nécessaire pour servir cet intérêt. Ces arguments sont parfois convaincants. Ainsi, l'exception existant dans l'assurance maladie a été limitée récemment, mais pas supprimée eu égard à la coopération qui est nécessaire pour introduire de nouveaux produits sur le marché. Cette nouvelle loi marque une évolution favorable, mais ces exceptions sont très rarement abrogées, et elles sont encore une trentaine à être prévues par des textes sans aucune clause de réexamen ou d'extinction. En 2007, une commission bipartite de modernisation du droit de la concurrence a examiné ces immunités, et douté qu'elles puissent être justifiées – certaines résultaient de la législation relative à l'intérêt général, d'autres de conceptions archaïques considérant

certains secteurs comme des monopoles naturels se prêtant davantage à la réglementation. Les efforts et les discussions visant à restreindre et à limiter ces exemptions se poursuivent.

Le Président souhaite savoir comment fonctionne le pouvoir concurrent des instances de réglementation sectorielle et des autorités de la concurrence aux États-Unis – et en particulier s’il est possible de faire la distinction entre les orientations fonctionnelles de chaque régime, et si l’approche de la « simultanété » adoptée par les tribunaux implique que le régime le plus strict, le plus détaillé, prévaut toujours. Les États-Unis font observer que la possibilité d’appliquer simultanément la réglementation et le droit de la concurrence dépend en grande partie de l’architecture réglementaire et de la dynamique de marché des régimes réglementaires spécifiques. De ce fait, des régimes réglementaires différents s’appliquent selon les circonstances, et peuvent être appliqués simultanément avec le droit de la concurrence. Cela nécessite toutefois une analyse au cas par cas. Il ne serait pas exact d’affirmer, toutefois, que le régime le plus strict prévaut toujours. Le Président souhaite savoir comment les organismes d’application du droit de la concurrence sont informés des initiatives législatives prises par les états. Les États-Unis répondent que les organismes fédéraux présentent souvent aux législateurs et instances de réglementation des états des observations formelles concernant les répercussions de l’adoption de certaines règles sur la concurrence. Dans certains cas, les états sollicitent activement les organismes fédéraux afin qu’ils leur soumettent de telles contributions, et dans d’autres, ces organismes cherchent des occasions de faire part de leur point de vue.

3.3. Les objectifs de l’application de la réglementation et du droit de la concurrence

Le Président en vient ensuite à la dernière partie de la discussion, essentiellement consacrée aux objectifs de la réglementation économique et à leurs relations avec l’application du droit de la concurrence.

En **Fédération de Russie**, le Service fédéral antimonopole (FAS) est non seulement l’autorité de la concurrence, mais aussi l’instance de réglementation des prix pour les monopoles naturels. La Fédération de Russie évoque dans sa contribution une affaire intéressante concernant le secteur du chauffage, dont les prix ont été totalement libéralisés en 2019. Si l’on considère que la concurrence favorise l’investissement et améliore l’efficacité du marché, le marché est encore loin d’être concurrentiel. Sa segmentation et ses barrières à l’entrée restreignent la concurrence, et y introduire de la concurrence s’est révélé difficile.

Au **Mexique**, certaines dispositions permettent aux organismes chargés de la concurrence d’étudier les marchés afin de repérer et de lever les obstacles à la concurrence. L’Institut fédéral des télécommunications (IFT) – l’autorité de réglementation et de la concurrence dans les secteurs des télécommunications et de l’audiovisuel – est habilité à mener de telles enquêtes dans ses secteurs réglementés et vient d’enquêter sur plusieurs marchés numériques. La Commission fédérale de compétence économique (COFECE) a indiqué que cet instrument va au-delà de l’application du droit de la concurrence, mais implique aussi une analyse approfondie des marchés. La procédure permet aussi aux parties de participer aux processus, et la décision définitive doit être dûment justifiée. Les résolutions des autorités de la concurrence font l’objet d’un examen judiciaire, d’où la nécessité de justifier précisément l’absence de conditions concurrentielles sur un marché et les mesures correctives proposées pour remédier aux problèmes de concurrence mis en évidence.

En **Norvège**, les marchés de l’épicerie sont très concentrés au niveau local. On a observé une barrière à l’entrée particulièrement visible, à savoir les servitudes d’urbanisme

imposées par les services d'urbanisme locaux. L'autorité de la concurrence a au fil des ans tenté de convaincre ces services de prendre en considération les effets sur la concurrence lorsqu'ils adoptent des décisions en matière d'urbanisme, mais ils ont souvent fait valoir que la Loi sur l'urbanisme ne permettait pas de tenir compte de ces effets. L'autorité de la concurrence a conclu que ces objections étaient infondées. Malgré tout, il serait souhaitable d'introduire un règlement pour préciser que les effets sur la concurrence pourraient être pris en considération lors de l'adoption des décisions en matière d'urbanisme, car il est possible de mettre en balance la concurrence et d'autres considérations urbanistiques. Le **Président** demande si les refus des autorités locales de réexaminer les décisions prises précédemment en matière d'urbanisme constituent un problème, et la **Norvège** confirme que c'est en effet le cas.

L'**Espagne** réunit la réglementation et le contrôle sectoriels dans les télécommunications, les médias, l'énergie, le transport, les services postaux et l'application horizontale d'une politique de la concurrence au sein du même organisme. D'après son expérience, l'intégration de la réglementation et de la concurrence a évolué dans le temps, ces règles devenant de plus en plus complémentaires, notamment sur les marchés impliquant de hauts niveaux de rupture et d'innovation. Ces marchés sont divers. Ainsi, il n'existe pas de marché numérique unique, mais plusieurs marchés et services numériques. Dans le même temps, bon nombre de ces marchés sont étroitement liés, car certaines plateformes intègrent différentes combinaisons de ces services dans leurs écosystèmes. Dans ce contexte, l'Espagne propose d'appliquer une approche au cas par cas de la réglementation *ex ante* dans le secteur numérique, en s'appuyant sur la vaste expérience acquise par l'autorité de la concurrence dans les secteurs réglementés. Une telle approche pourrait permettre de mieux relever les défis imminents, et aller de pair avec l'octroi de fonctions réglementaires aux autorités de la concurrence.

L'**Union européenne** a entrepris d'élaborer une proposition de réglementation des plateformes numériques, qui témoigne une nouvelle fois de son aptitude à s'appuyer sur les efforts accomplis précédemment en matière de concurrence pour concevoir des solutions réglementaires aux problèmes observés sur certains marchés. Les initiatives relatives aux marchés numériques sont destinées à compléter l'application du droit de la concurrence, mais aussi à lutter contre les pratiques commerciales déloyales auxquelles le droit de la concurrence ne permet pas de remédier. Ce sont les limites du droit de la concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer une concurrence équitable, qui ont conduit la Commission à tenter de promouvoir la contestabilité en tant que telle sur certains marchés numériques.

Le **Royaume-Uni** est capable de remédier à des problèmes structurels dans le cadre de ses études de marché et en vertu de ses pouvoirs d'enquête. Malgré cela, il éprouve toutefois le besoin de mettre en place, au sein de l'autorité de la concurrence, de nouveaux mécanismes d'application du droit de la concurrence pour les marchés numériques. Les études de marché sont conçues comme des exercices ponctuels et peu adaptés à la conduite d'enquêtes rapides et fréquentes. Les mesures correctives qui pourraient être prises à la suite d'une affaire de concurrence ou d'une étude de marché ne peuvent pas être modifiées une fois qu'elles ont été imposées, ce qui limite leur flexibilité. Le régime proposé de marchés numériques proconcurrentiels conduira à l'adoption de codes de conduite pour chaque contrôleur d'accès, et d'instruments destinés à lutter directement contre le pouvoir de marché lorsqu'un code de conduite ne suffit pas. Les avantages que présente ce nouveau régime par rapport aux études de marché sont notamment une sécurité juridique accrue, la rapidité de l'application du droit de la concurrence, la possibilité d'enquêter sur des pratiques posant problème, l'accumulation d'une expertise interne et un recours accru et plus flexible aux mesures correctives dans le temps. Le Président s'enquiert de la capacité de choisir des mesures correctives, par

exemple en ce qui concerne les données, et le Royaume-Uni fait observer qu'un éventail de mesures possibles peuvent être déployées et peaufinées avec le temps.

L'**Australie** a longuement examiné les liens existant entre le droit de la concurrence et la réglementation dans les années 1990, période à laquelle une nouvelle politique de la concurrence a été adoptée dans un contexte favorable à la libéralisation. L'Australie a constaté que la réglementation *ex ante* permettait de remédier à diverses situations de pouvoir de marché. Fort de cette tradition, le gouvernement a demandé récemment à l'autorité de la concurrence de mener une étude sur la méthode la plus indiquée pour relever les défis que posent les plateformes numériques. Cette étude a conclu que l'application classique du droit de la concurrence ne serait pas suffisante pour résoudre un certain nombre de problèmes dans ce domaine, notamment en ce qui concerne le pouvoir de négociation dans des secteurs comme les médias, dont la viabilité est menacée. L'Australie s'intéresse aussi, à l'heure actuelle, aux problèmes émergents concernant l'*adtech* (technologie publicitaire) et les magasins d'applications, et se demande si la réglementation *ex ante* ne serait pas le meilleur moyen d'y remédier. Enfin, l'Australie étudie un certain nombre de mesures possibles pour résoudre les problèmes qu'elle a mis en évidence jusqu'à présent. Celles-ci consistent notamment à améliorer la portabilité des données et l'interopérabilité, à mettre en place des mesures de séparation des données ayant pour effet de restreindre l'utilisation que les entreprises peuvent faire des données qu'elles ont recueillies auprès des consommateurs, et à introduire des règles de gestion des conflits d'intérêts et de l'auto-référencement dans la fourniture de services *adtech*, notamment.

Le **professeur Shelanski** note qu'une convergence de vues se dégage sur les méthodes les plus adaptées pour prendre des mesures concernant les plateformes numériques – par exemple en proscrivant la discrimination et en imposant l'interopérabilité. Toutefois, la question de savoir si la réglementation ou le droit de la concurrence est plus indiqué à cet effet dépend des outils juridiques disponibles. Aux États-Unis, suivant la doctrine antitrust, ces objectifs peuvent être atteints avec plus d'efficacité par des moyens réglementaires.

S'exprimant sur la session, le professeur Shelanski fait observer que la réglementation peut avoir, outre la promotion de la concurrence, de nombreux objectifs, si bien que les autorités de réglementation sectorielle peuvent ne pas se concentrer uniquement sur l'application du droit de la concurrence. Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit, lors de la conception d'un régime réglementaire venant compléter l'application du droit de la concurrence, qu'en règle générale, ce régime viendra simplement en complément du droit de la concurrence, et qu'il ne devrait pas supplanter son application, sauf si celle-ci est clairement incompatible avec des objectifs réglementaires qui devraient constituer une priorité. Quatre critères doivent être pris en compte lorsqu'une telle réglementation est adoptée. Premièrement, la réglementation devrait combler l'écart existant entre la doctrine antitrust et l'application du droit de la concurrence. Deuxièmement, il convient d'indiquer clairement pourquoi l'approche administrative réglementaire est plus maniable et plus efficace par rapport au régime de concurrence. Troisièmement, les objectifs réglementaires doivent être compatibles avec l'objectif d'intensification de la concurrence. Quatrièmement, enfin, le régime réglementaire ne devrait pas contraindre une société réglementée à choisir un certain type de responsabilité – c'est-à-dire que les obligations fixées par différents régimes réglementaires devraient être cohérentes. On peut aussi envisager d'intégrer l'autorité de la concurrence et les instances de réglementation lorsqu'il existe des objectifs réglementaires communs, et éviter aussi, ce faisant, toute spéculation réglementaire.

4. Conclusion

Le Président clôt la session en faisant observer qu'un grand nombre de ces débats trouvent des parallèles dans les discussions tenues dans les années 1990. Bien que les secteurs posant problème soient différents des services publics examinés à l'époque, plusieurs de ces questions – la non-discrimination, l'interopérabilité, etc. – sont similaires.