

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

Synthèse 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

Cette synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la 71^e réunion du Groupe de travail n° 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].

JT03494298

Synthèse de la table ronde sur l'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires

Par le Secrétariat¹

Plusieurs points se dégagent des débats ayant eu lieu au cours de la table ronde tenue par le Groupe de travail n° 2 du Comité de la concurrence le 7 juin 2021, des communications présentées par les délégués, des exposés des participants et du document de référence du Secrétariat :

1. La réglementation économique et la politique de la concurrence sont des instruments de la politique économique fortement interdépendants. Si elles diffèrent dans leurs objectifs et leurs méthodes, dans la pratique, elles se chevauchent fréquemment sur ces deux plans.

Il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre la réglementation et le droit de la concurrence, car ils peuvent se chevaucher en termes d'objectifs et de méthodes. Premièrement, même si la réglementation peut poursuivre d'autres objectifs que l'amélioration du bien-être du consommateur, le droit de la concurrence et la réglementation peuvent chercher à contrôler l'acquisition et l'exercice du pouvoir de marché.

Si on fait souvent valoir que la réglementation économique et le droit et la politique de la concurrence recourent habituellement à des outils différents, cela n'est pas toujours évident. Il est vrai que le droit de la concurrence cherche à renforcer le fonctionnement des marchés en proscrivant certaines formes de comportement anticoncurrentiel qui, seules ou de concert, peuvent permettre d'exercer un pouvoir de marché, tandis que la réglementation économique implique généralement une obligation de modification des mécanismes de libre marché émanant de l'État ou une dérogation à ces mécanismes de libre jeu du marché dans un secteur donné afin de remédier à certaines « défaillances du marché ». Néanmoins, le droit de la concurrence et la réglementation peuvent s'appliquer aux mêmes secteurs économiques de manière *ex ante* et *ex post*, s'appuyer sur des outils d'application similaires et imposer des mesures correctives similaires. Dans la pratique, nombre de mesures prises par des organismes chargés de la concurrence passent pour contenir des aspects réglementaires. Il s'agit par exemple de l'adoption de plus en plus fréquente d'engagements négociés ou d'orientations sous forme de lignes directrices, de la réalisation d'études de marché (notamment lorsque celles-ci peuvent conduire à l'imposition de mesures correctives) et de l'application croissante de mesures correctives spécifiques de nature structurelle ou comportementale.

De ce fait, même si l'on peut les distinguer en théorie, dans la pratique, il peut ne pas être possible de déterminer clairement, dans tous les cas de figure, les limites du droit de la concurrence et de la réglementation économique. Bien souvent, il est possible de résoudre les problèmes du marché en appliquant le droit de la concurrence ou en recourant à une alternative réglementaire – ou par un certain type d'intervention publique associant des éléments de l'une et de l'autre.

¹ Cette synthèse ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. En revanche, elle récapitule les points essentiels des débats ayant eu lieu au cours de la session, des communications écrites présentées par les délégués, des exposés des participants, ainsi que du document de référence du Secrétariat.

2. Des approches distinctes des relations entre le droit de la concurrence et la réglementation économique traduisent des points de vue différents sur le rôle de l'un et de l'autre.

Certains considèrent le droit de la concurrence et la réglementation comme des alternatives. De ce point de vue, la réglementation est le résultat d'une décision publique visant à soustraire un secteur aux mécanismes du marché, et donc à l'exclure du champ d'application du droit de la concurrence, et à le remplacer par une autre forme d'intervention de l'État. D'autres estiment que le droit de la concurrence et la réglementation sont complémentaires et font valoir que bien souvent, une application du droit de la concurrence en temps voulu et ciblée et une réglementation *ex ante* fondée sur un large éventail d'expériences du marché sont les meilleurs garants du bon fonctionnement des marchés.

Ces approches différentes rendent compte de la diversité des relations que le droit de la concurrence et la réglementation économique peuvent avoir dans la pratique. Suivant les circonstances, la réglementation et le droit de la concurrence peuvent être interchangeables ou se compléter. Qui plus est, la solution qui sera adoptée dans la pratique contiendra souvent des éléments de l'une et de l'autre.

Dans certains cas, la réglementation remplace effectivement (et supplante) le droit de la concurrence, et tous deux peuvent donc se substituer l'une à l'autre. Dans d'autres – notamment lorsque leurs objectifs concordent ou sont du moins cohérents – le droit de la concurrence et la réglementation peuvent opérer dans la même sphère d'activité économique et traiter des mêmes problèmes, et le recours à un mécanisme n'empêche pas l'application de l'autre. En pareils cas, si l'application du droit de la concurrence peut compléter la réglementation économique, la réglementation économique peut aussi compléter l'application du droit de la concurrence.

Il est admis que les relations entre la réglementation et le droit de la concurrence sont plus complexes qu'une simple distinction substitués/compléments. En effet, les choix effectués au niveau local en matière de réglementation économique et de droit de la concurrence sont souvent l'expression de conceptions très élaborées des véritables relations existant entre eux. On peut dire que ces conceptions reflètent essentiellement des points de vue sur deux points : (i) faut-il introduire une réglementation économique pour résoudre des problèmes spécifiques du marché, ou s'en remettre au droit de la concurrence ? (ii) si une réglementation économique a été mise en place, quelles règles devraient prévaloir en cas de chevauchement avec le droit de la concurrence ?

3. S'il y a lieu de privilégier dans la mesure du possible les mécanismes de la concurrence – dont le droit et la politique de la concurrence –, le recours à la réglementation économique se justifie dans de nombreux scénarios.

Les imperfections du marché constituent une raison économique justifiant la réglementation économique uniquement lorsque les réponses du marché n'y remédient pas efficacement (voire les exacerbent), et qu'il existe des interventions réalistes qui peuvent, en principe du moins, produire des améliorations nettes du bien-être. En conséquence, il convient généralement de préférer l'application du droit de la concurrence à la réglementation économique.

Quoi qu'il en soit, plusieurs raisons expliquent que l'on puisse préférer adopter une réglementation économique, en particulier lorsque les défaillances du marché autres que le pouvoir de marché, ou les objectifs de la société autres que l'amélioration du bien-être du consommateur sont en jeu, ou que la réglementation économique constitue un outil plus efficace de lutter contre le pouvoir de marché ou de renforcer le bien-être du consommateur.

4. Les règles qui prévalent en cas de chevauchement de la réglementation économique et du droit de la concurrence diffèrent selon les pays, mais dépendent souvent du type de réglementation en jeu.

On considère généralement que la question de la gestion des chevauchements entre la réglementation économique et le droit de la concurrence consiste à déterminer dans quelle mesure le droit de la concurrence peut s'appliquer au comportement des entreprises dans les secteurs réglementés – moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause. Si les principes essentiels, les conditions et les doctrines juridiques sous-jacentes régissant les chevauchements potentiels de l'application de la réglementation et de celle du droit de la concurrence sont similaires dans les pays de l'OCDE, les détails et la portée de ce moyen de défense varient de l'un à l'autre.

Dans les pays de l'OCDE, la plupart du temps, les autorités de la concurrence ne peuvent pas intervenir, et le moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause s'applique lorsque le comportement de l'entreprise a été autorisé ou dicté par la réglementation. Lorsque l'entreprise a simplement été incitée à violer le droit de la concurrence, par des orientations administratives, par exemple, cet aspect peut souvent être pris en compte, du moins à titre de circonstance atténuante, par exemple, même s'il n'exclut pas nécessairement la responsabilité ou l'imposition d'une sanction. En outre, plus les obligations réglementaires sont étendues, complexes et précises, plus le champ d'application du droit de la concurrence perçu est restreint.

Par conséquent, la plupart des approches du moyen de défense tiré du caractère réglementé du comportement en cause se situent quelque part entre une immunité complète de poursuites en vertu du droit de la concurrence dans les secteurs réglementés et une application conjointe totale du droit de la concurrence et de la réglementation.

5. La conception du cadre institutionnel permettant d'appliquer la politique de la concurrence et la réglementation économique joue un rôle dans la gestion des relations entre la réglementation et le droit de la concurrence.

Les structures organisationnelles permettant de garantir la cohérence entre le droit et la politique de la concurrence et la réglementation économique prennent des formes diverses.

S'il est rare de charger une seule autorité de l'application de la réglementation économique et du droit de la concurrence, plusieurs pays de l'OCDE habilite les autorités à appliquer à la fois le droit de la concurrence et certains types de réglementation économique, ce qui reflète l'opinion que dans certains contextes, il est possible de dégager des synergies dans l'application de la politique de la concurrence et de la réglementation économique. Ce point de vue transparait aussi dans la façon dont certains pays ont établi des instances de réglementation et des autorités de la concurrence indépendantes, tout en leur conférant des compétences concurrentes au titre de certaines règles ou de certains secteurs économiques.

La conception des cadres institutionnels comprenant des autorités de la concurrence et des instances de réglementation économique séparées dotées de compétences clairement distinctes est généralement alignée sur les règles de fonds attribuant des rôles alternatifs au droit de la concurrence et à la réglementation économique. Dans la pratique, toutefois, tous les modèles institutionnels comportent des chevauchements plus ou moins importants et une nécessaire coordination dans l'application de la réglementation économique et du droit de la concurrence. Même dans les pays où il existe une distinction claire des fonctions entre les organismes chargés de la concurrence et les instances de réglementation sectorielle, ces dernières exercent parfois certaines fonctions antitrust. Dans d'autres, une simultanéité informelle systématisée s'observe dans la pratique, les

autorités ayant par exemple des obligations de saisine et des pouvoirs de mener des études de marché qui se chevauchent. Enfin, des procédures de contrôle judiciaire communes peuvent aussi contribuer à la cohérence de l'application de la réglementation économique et du droit de la concurrence.

6. La réglementation et le droit de la concurrence se chevauchent et influent aussi l'une sur l'autre.

La réglementation et le droit de la concurrence s'inspirent mutuellement, mais aussi empruntent souvent l'une à l'autre. L'application du droit de la concurrence peut influencer sur la décision d'adopter une réglementation et sur la manière dont elle est mise en œuvre, l'existence d'une réglementation économique ayant généralement un impact sur la possibilité même d'appliquer le droit de la concurrence, mais aussi, si cette application est possible, sur les types de procédures engagées et sur leur déroulement.

La réglementation peut découler d'une intervention en vertu du droit de la concurrence, et c'est souvent le cas. Des plaintes ou enquêtes récurrentes au titre du droit de la concurrence peuvent mettre en lumière l'existence de problèmes touchant l'ensemble du marché, auxquels une intervention systémique menée à l'échelle du marché tout entier constitue la meilleure réponse. À titre d'exemple, citons la transition en cours entre une époque s'appuyant exclusivement sur l'application du droit de la concurrence et une autre prônant également l'adoption d'une réglementation économique applicable à la sphère numérique. Après dix ans d'efforts visant à faire appliquer le droit de la concurrence dans ce secteur, ces dernières années, les autorités de la concurrence ont pris l'initiative de débats sur l'opportunité de réglementer le comportement des entreprises exploitant des plateformes numériques, et sur les modalités d'une telle réglementation.

Les réformes de la réglementation peuvent aussi influencer fortement sur l'application du droit de la concurrence, notamment lorsque l'adoption d'une réglementation introduit des exemptions en matière de législation antitrust ou limite par ailleurs le champ d'application du droit de la concurrence dans le secteur réglementé. Parmi les exemples courants de réformes de la réglementation ayant des répercussions sur l'application du droit de la concurrence, citons également les grandes réformes de dérégulation, qui bien souvent, ouvrent la voie à des actions en application du droit de la concurrence, mais exigent aussi une surveillance accrue de la part des instances de réglementation et des autorités de la concurrence.

L'application du droit de la concurrence peut aussi influencer sur le contenu de la réglementation qui est adoptée dans son sillage, le contenu de la réglementation pouvant quant à lui influencer sur le type d'affaires donnant lieu à des procédures en vertu du droit de la concurrence et sur les théories du préjudice adoptées. La réglementation peut adopter et adopte souvent des concepts et des approches tirés du droit de la concurrence, notamment lorsqu'elle vise à obtenir des résultats de quasi-marché plus efficaces en remplaçant ou en complétant l'application du droit de la concurrence. La façon dont les propositions de contrôle des plateformes numériques par les autorités de réglementation ont trouvé une source d'inspiration dans les efforts visant à faire appliquer le droit de la concurrence en témoigne tout particulièrement. Par ailleurs, la réglementation peut influencer sur le fond du droit de la concurrence et sur son application à bien des égards : ainsi, 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 sur 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.

7. La mesure dans laquelle le non-respect d'obligations réglementaires peut déclencher la responsabilité au titre du droit de la concurrence fait aujourd'hui l'objet de débats.

L'existence d'une responsabilité au titre du droit de la concurrence à raison d'un comportement constitutif d'un manquement à une obligation réglementaire exige généralement la constatation autonome d'un préjudice concurrentiel : autrement dit, pour qu'une infraction au droit de la concurrence soit établie, il ne suffit pas d'établir qu'une violation de la réglementation a été commise. Ce type de scénarios a généralement suscité des inquiétudes concernant une violation du principe *non bis in idem*, notamment lorsque certaines pratiques violent simultanément le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle ou que différentes autorités publiques engagent des procédures parallèles en appliquant des dispositions de fond différentes.

Toutefois, des affaires récentes ont montré qu'une violation de la réglementation pouvait également constituer une infraction au droit de la concurrence dans la pratique. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'une pratique potentiellement anticoncurrentielle concerne un élément autre que le prix, comme le respect de la vie privée ou la qualité, ou l'exploitation des barrières à l'entrée existantes en matière de portabilité des numéros, par exemple, et que l'on peut tirer de règlements de référence un paramètre d'évaluation qui permette de déterminer si le comportement considéré est anticoncurrentiel ou non. L'ampleur de l'adéquation de ces indicateurs de la violation du droit de la concurrence et les conditions dans lesquelles les violations de la réglementation conduisent à un préjudice concurrentiel restent à déterminer.