

**EXAMENS DE L'OCDE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**  
**LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION AU ROYAUME-UNI**

**LE ROLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE**  
**DANS LA REFORME DE LA REGLEMENTATION**



**ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES**

## **ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES**

En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

*Also available in English under the title :*  
THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN REGULATORY REFORM

© OCDE 2002. Tous droits réservés.

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : [www.copyright.com](http://www.copyright.com). Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

## AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est aujourd'hui un domaine d'action essentiel aussi bien dans les pays de l'OCDE que dans les pays non membres. Pour que cette réforme soit bénéfique, il faut que les régimes réglementaires soient transparents, cohérents et exhaustifs. L'objectif doit être à la fois de mettre en place le cadre institutionnel le plus adéquat, de libéraliser les industries de réseau, de promouvoir et faire respecter le droit et la politique de la concurrence et d'ouvrir le marché intérieur et extérieur aux échanges et à l'investissement.

Ce rapport sur *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et les instruments d'action au Royaume-Uni. Il comporte également un ensemble de recommandations formulées par l'OCDE à l'issue de la procédure d'examen.

Ce rapport a été rédigé en vue de l'*Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation au Royaume-Uni*, publié en novembre 2002. Cet examen fait partie d'une série de rapports par pays établis par l'OCDE au titre du Programme de réforme de la réglementation conformément au mandat que les Ministres des pays Membres lui ont conféré en 1997.

Depuis lors, l'OCDE a examiné la politique réglementaire de 16 pays Membres dans le cadre de ce programme, qui vise à aider les gouvernements à améliorer la qualité de leur réglementation, c'est-à-dire réformer leur réglementation de manière à favoriser la concurrence, l'innovation, la croissance économique et les objectifs sociaux importants. L'examen consiste à évaluer les progrès accomplis par les pays à la lumière des principes approuvés par les pays Membres dans le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*.

L'examen a un caractère pluridisciplinaire et est axé sur les aspects suivants : la capacité de gestion de la réforme de la réglementation, la politique de la concurrence et sa mise en œuvre, l'ouverture des marchés, certains secteurs comme les télécommunications et le contexte macroéconomique interne.

Ce rapport a été rédigé par Michael Wise, de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE, qui a tiré parti des précieux commentaires de ses collègues de l'OCDE et d'étroites consultations avec un grand nombre de fonctionnaires, de parlementaires, de représentants des milieux d'affaires et des syndicats, d'associations de défense des consommateurs et d'universitaires du Royaume-Uni. Le rapport a été examiné par les 30 pays Membres de l'OCDE. Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

## TABLE DES MATIÈRES

1. FONDEMENTS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE .....	7
1.1. Contexte et histoire .....	7
1.2. Objectifs de l'action des pouvoirs publics .....	12
1.3. La politique de la concurrence à l'heure de la réforme: problèmes actuels.....	13
2. Questions de fond: contenu du droit de la concurrence .....	15
2.1. Accords horizontaux .....	17
2.2. Accords verticaux .....	20
2.3. Abus de position dominante .....	21
2.4. Fusions .....	26
2.5. Protection des consommateurs.....	30
3. Questions institutionnelles : structures et méthodes d'application de la politique de la concurrence .....	30
3.1. Les institutions de la politique de la concurrence .....	31
3.2. Application du droit de la concurrence .....	34
3.3. Autres moyens d'application de la législation .....	36
3.4. Aspects internationaux de la politique de la concurrence et de son application .....	37
3.5. Ressources, actions et priorités implicites de l'autorité de la concurrence.....	38
4. Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux .....	42
4.1. Exemptions générales ou traitements spéciaux.....	42
4.2. Exclusions, règles et exemptions sectorielles .....	44
5. Sensibilisation à l'impératif de concurrence dans le cadre de la réforme de la réglementation .....	58
6. Conclusions et actions envisageables .....	60
6.1. Possibilités d'action à considérer.....	65
BIBLIOGRAPHIE.....	77

## SOMMAIRE

La politique de la concurrence s'intègre de plusieurs façons complexes dans le cadre général de l'action réglementaire au Royaume-Uni. Le rôle joué par la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation est reconnu en pratique et dans des déclarations de principe formulées récemment. La réforme de la réglementation stimulant le changement structurel, une application résolue des dispositions s'impose pour empêcher que des pratiques abusives sur les marchés privés ne puissent annuler les effets positifs de la réforme. Au Royaume-Uni, le changement structurel a précédé d'au moins dix ans le renforcement du droit de la concurrence, mettant à rude épreuve la capacité des autorités de régulation spécialisées de faire face aux rapports de force s'exerçant sur le marché à la suite des privatisations généralisées. Les principaux instruments de la politique de la concurrence ont maintenant été modernisés et plus étroitement harmonisés avec les rôles joués par les autorités de régulation spécialisées.

Le Royaume-Uni a adopté des instruments explicites de politique de la concurrence il y a plus de cinquante ans. Les institutions qui sont au cœur de son dispositif sont le Department of Trade and Industry (DTI) (ministère du Commerce et de l'Industrie), l'Office of Fair Trading (OFT) (Office pour la loyauté des pratiques du commerce) et la Competition Commission (Commission de la concurrence), qui a remplacé la Monopolies and Mergers Commission (Commission des monopoles et des fusions). Les principes de la politique de la concurrence ont étayé les principales réformes structurelles pendant près de vingt ans. Le programme de privatisation, qui a été l'un des moteurs essentiels de ces réformes, a inclus les principes de la politique de la concurrence ainsi que l'objectif de réduire non seulement la taille de l'État et des entités qui en dépendaient directement mais aussi la charge budgétaire que représentaient les entreprises improductives. Le droit de la concurrence n'a toutefois pas été appliqué avec rigueur jusqu'à une date récente. L'adoption du Competition Act 1998 (loi relative à la concurrence) est le signe le plus visible d'un effort crédible de renforcement des moyens d'assurer le respect des dispositions. Cette loi adopte une approche « prohibitive » à l'égard des pratiques restrictives et de l'abus de position dominante tout en simplifiant et en renforçant le processus coercitif. Les réformes ont préservé, jusqu'à présent, les particularités de l'ancien système en confiant notamment à la Commission de la concurrence la responsabilité d'étudier les problèmes de monopole et de pouvoir de marché et de recommander les mesures à prendre. Une question qui se pose depuis longtemps, et qui n'a toujours pas été résolue, est celle de la réforme du processus d'examen des fusions qui semble avoir été efficace dans l'ensemble bien que l'on puisse le considérer comme opaque et incertain. L'OFT et la Commission de la concurrence contribueront peut-être bientôt plus activement à l'examen des propositions législatives et réglementaires maintenant que le nouveau dispositif coercitif est en place.

Le rôle déterminant que joue dans l'ensemble, au Royaume-Uni, la spécialisation sectorielle dans l'application de la politique de la concurrence s'explique en partie par le fait que cette dernière ne pouvait s'appuyer sur de solides moyens d'action au moment où les monopoles publics ont été privatisés. L'expérience pratique et la diversité des variations observées sur les thèmes institutionnels montrent aussi la prédisposition du Royaume-Uni à opter pour des structures institutionnelles originales et des ajustements pragmatiques plutôt que pour un programme global et à chercher en général à diffuser largement le pouvoir. Les institutions et les systèmes prévus pour assurer la cohérence entre les nombreuses autorités de régulation dotées de pouvoirs concomitants qui se recouvrent semblent fonctionner bien que la ligne de démarcation entre ce qui relève de la politique sectorielle et de la politique générale de la concurrence soit parfois encore contestée.

Alors que la loi de 1998 a été décrite comme l'amélioration la plus importante et la plus profonde apportée depuis un quart de siècle à la politique de la concurrence et que les nouveaux moyens d'action n'ont encore été guère utilisés, puisque la loi n'est entrée en vigueur qu'en mars 2000, le gouvernement a déjà demandé de nouvelles réformes visant principalement à renforcer les institutions qui appliquent la loi et les sanctions prévues pour les infractions. Ce programme ambitieux, qui suit de très près le précédent, offre une cible mobile à tout effort d'évaluation des conditions ou du succès des réformes antérieures. En fait l'emploi du mot « réforme » dans son acception traditionnelle ne se justifie peut-être pas tout à fait dans le cas du Royaume-Uni où le dispositif réglementaire évolue constamment depuis vingt ans. L'étude devrait donc porter, au moins, sur l'évolution de la politique réglementaire plutôt que sur son état actuel. L'étendue des modifications qui sont encore apportées, ou qu'il est suggéré d'apporter, aux objectifs et aux rôles fondamentaux des autorités des régulation laisse supposer que le dispositif réglementaire peut encore être considérablement amélioré ou bien elle témoigne peut-être simplement de la recherche pragmatique, caractéristique, de perfectionnements marginaux.

### ENCADRÉ 1. Rôles de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation

Dans toute évaluation des rapports entre la concurrence et la réglementation, la question générale, fondamentale, qui se pose est celle de savoir si la politique réglementaire est **cohérente** avec la conception et l'objet de la politique de la concurrence. Les interactions entre cette dernière et les problèmes réglementaires peuvent revêtir quatre formes différentes:

- La réglementation peut **contredire** la politique de la concurrence. Il arrive qu'une réglementation favorise, voire exige, des pratiques ou des conditions qui pourraient constituer par ailleurs une infraction au droit de la concurrence. Des dispositions réglementaires peuvent, par exemple, autoriser la coordination des prix, empêcher la publicité ou d'autres moyens de concurrence, voire exiger une division territoriale du marché. On peut citer également les lois interdisant les ventes à perte dont l'objet est de favoriser la concurrence, mais qui sont souvent interprétées comme des pratiques anticoncurrentielles, ainsi que la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus qu'il n'est nécessaire pour réaliser les objectifs réglementaires fixés. Lorsque de telles réglementations sont modifiées ou supprimées, les entreprises touchées doivent modifier leurs habitudes et leurs attentes.
- La réglementation peut **remplacer** la politique de la concurrence. Notamment lorsqu'un monopole se révèle inévitable, la réglementation peut tenter de contrôler directement la puissance sur le marché en fixant les prix et en contrôlant l'entrée sur celui-ci. Les changements intervenant dans la technologie et dans d'autres institutions peuvent amener à revoir l'hypothèse fondamentale à la base de la réglementation, en vertu de laquelle la politique et les institutions de la concurrence peuvent être impropres à la prévention des monopoles et à l'exercice d'un pouvoir de marché.
- La réglementation peut **dupliquer** la politique de la concurrence. Les autorités de régulation peuvent s'efforcer d'empêcher la coordination ou les pratiques abusives dans un secteur, tout comme le fait la politique de la concurrence. Ainsi, des réglementations peuvent fixer des normes de concurrence loyale ou des règles de soumission visant à assurer l'équité des appels d'offre. Toutefois, différentes autorités de régulation peuvent appliquer des normes différentes, et tout changement dans les institutions réglementaires peut faire apparaître que des politiques en apparence semblables peuvent avoir produit des résultats différents dans la pratique.
- La réglementation peut **utiliser** les méthodes de la politique de la concurrence. Les instruments permettant de réaliser les objectifs réglementaires peuvent être conçus pour tirer parti des mesures d'incitation du marché et de la dynamique concurrentielle. Une coordination peut être nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le contexte des exigences du droit de la concurrence.

## 1. Fondements de la politique de la concurrence

Le Royaume-Uni offre des contrastes intéressants. Il a donné naissance aux doctrines économiques et politiques du libéralisme et se caractérise par une longue et solide tradition entrepreneuriale et commerciale. Il a fait oeuvre de précurseur pour la restructuration des secteurs des services publics qui faisaient traditionnellement l'objet de monopoles d'État. Il a été l'un des premiers pays d'Europe à adopter une politique formelle de la concurrence, il y a plus de 50 ans, mais ce n'est que récemment que de forts pouvoirs coercitifs ont été ajoutés aux « instruments » de la politique de la concurrence. La conception, ou plutôt, l'évolution des politiques et des institutions reflète l'habitude nationale de résoudre progressivement des problèmes particuliers. Les propositions ambitieuses formulées récemment par le gouvernement sont l'expression d'une volonté délibérée inhabituelle de faire des principes généraux de la concurrence l'un des principaux fondements de la politique de réglementation du pays.

### 1.1. Contexte et histoire

Le libéralisme et le libre-échange ont prospéré dans cette nation qui était tributaire de la mer et était au centre d'un empire mondial. La révolution industrielle a touché le Royaume-Uni, en premier, dans le contexte d'une intervention gouvernementale limitée, ce qui a permis un développement fondé sur l'autonomie des entreprises. La culture commerciale qui est apparue au 19<sup>ème</sup> siècle a promu les avantages liés à un système fondé sur le jeu du marché, tels que l'indépendance, la propriété privée et la liberté de passer contrat. Les entreprises familiales ont coexisté avec le capitalisme du marché des valeurs mobilières. C'est peut-être parce que les conditions « naturelles » soutenant la concurrence sur le marché étaient si solides qu'il a semblé moins nécessaire de recourir à une législation formelle pour la protéger.

Les vertus du marché étaient plus fortement appréciées que celles de la concurrence. Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, les entreprises ont commencé à coopérer durablement, à s'associer et à introduire une autodiscipline par le biais de l'exercice de pressions et de la négociation, toutes ces initiatives étant prises au nom de l'individualisme et de la liberté de passer contrat. La crise économique de 1929 a ensuite abouti à l'adoption de dispositions telles que la loi sur les droits d'importation (Import Duties Act) de 1932 qui a détruit la concurrence dans de nombreux secteurs. Les intérêts des producteurs, des syndicats et des financiers ont convergé dans les années 30 pour rationaliser l'industrie à l'aide de pratiques restrictives et de partages des marchés. En 1945, après des années d'action gouvernementale pour faire face à la dépression puis à la mobilisation du temps de guerre, l'économie se caractérisait par des ententes, des oligopoles et des pratiques restrictives, souvent ouvertement sanctionnés et gérés par des ministères, des organismes professionnels et des accords en bonne et due forme.

Le gouvernement d'après-guerre envisageait notamment de créer une nouvelle structure administrative chargée de déterminer si ces pratiques et situations servaient vraiment l'intérêt général. Les lois existantes pour s'attaquer aux contraintes pesant sur la concurrence, dont certaines étaient très anciennes, n'étaient manifestement plus adaptées à la situation. Les textes juridiques visant à lutter contre les comportements monopolistiques remontent, en effet, au moins au 13<sup>ème</sup> siècle. La première décision enregistrée ayant pour objet de refuser l'application d'un contrat restreignant le commerce parce qu'il contrevenait à la politique menée par les pouvoirs publics, l'affaire *Dyer's*, remonte à 1414.<sup>1</sup> Cette longue tradition du « common law » ne s'est toutefois pas traduite par une politique d'encouragement systématique de la concurrence dans l'intérêt général. Au contraire: la décision *Mogul Steamship*<sup>2</sup> de 1892 a empêché d'invoquer les principes du « common law » relatifs à la

restriction du commerce pour défendre la cause de l'intérêt général et a semblé autoriser n'importe quelle pratique pour se débarrasser d'un concurrent à condition qu'elle ne constitue pas un « délit proprement dit ». Vue des États-Unis, la situation a été résumée dans les termes suivants: « la voie de fait économique était tolérée si elle était motivée par l'avarice mais elle ne l'était pas si elle était motivée par la malveillance » (Bernhard, 1960). Cette anarchie supposée était certainement une source de polémique. Réagissant au débat de société engagé sur le « problème des monopoles », le gouvernement en place a établi, en 1918, une Commission sur les trusts (Committee on Trusts) qui a examiné un projet de création d'une juridiction d'enquête et un projet de loi sur les monopoles a été élaboré mais il a ensuite été mis de côté.

L'expérience de la planification globale de la deuxième guerre mondiale a fourni la base intellectuelle d'une politique systématique de contrôle des monopoles. Il a été soutenu, en 1943, dans un mémorandum<sup>3</sup> influent que les contre-performances et les injustices résultant d'une domination du marché empêcheraient de réaliser le plein-emploi dans l'économie de l'après-guerre. Ce mémorandum a trouvé un écho dans le livre blanc de 1944 sur l'emploi qui a invité le pouvoir à étudier l'ampleur et l'effet des accords restrictifs et des ententes industrielles et à prendre des mesures contre ces pratiques si elles étaient contraires à l'intérêt général. Cette position était en partie inspirée par des motifs politiques puisque le livre blanc affirmait que « [d]ans une démocratie, le public doit être le maître de l'industrie. » Ce n'était pas un manifeste néolibéral. Plus précisément, le succès de la planification pendant la guerre favorisait la conclusion d'un « accord d'après-guerre » envisageant de maintenir le système de planification pour assurer un haut niveau d'emploi dans un environnement se caractérisant par la négociation et le volontarisme. La lutte contre les restrictions à la concurrence devait s'intégrer dans un système réglementaire et économique qui restait soumis à un contrôle central. Le processus d'adoption d'une loi sur les monopoles privés a coïncidé avec une vague de nationalisations et la création de nouveaux monopoles publics. Cette série de réformes de l'après-guerre a donc créé les problèmes qu'une autre série de réformes a tenté de résoudre 40 ans plus tard.

Le Royaume-Uni a été la première juridiction européenne à adopter une législation sur la concurrence en promulguant, en 1948, la loi sur les monopoles et les pratiques restrictives (enquêtes et contrôles) [Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act]. Ce long intitulé décrit exactement les thèmes de la législation. Le nouveau dispositif était administratif et il visait davantage à analyser et à faire connaître les problèmes posés par les monopoles qu'à faire appliquer des règlements contre eux. La conception très large de « l'intérêt général » était destinée à éviter une attitude légaliste et à encourager la négociation. La nouvelle Commission des monopoles et des pratiques restrictives<sup>4</sup>, dont les membres à temps partiel étaient issus, entre autres, des milieux d'affaires et des milieux universitaires, devait étudier les problèmes de l'industrie (mais non pas le comportement de certaines entreprises) qui lui étaient soumis par le gouvernement. Elle pouvait recommander des solutions que le gouvernement était libre d'adopter. Elle a été longue à se mettre en marche mais elle est devenue très active après avoir été renforcée en 1953. Son premier rapport général intitulé *Collective Discrimination* a abouti à des conclusions radicales préconisant, en fait, l'adoption d'un programme rigoureux de prohibition-exemption pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Ce qu'elle proposait ressemblait beaucoup à la Communauté européenne du charbon et de l'acier nouvellement créée dont les conditions préfiguraient les règles relatives à la concurrence du Traité de Rome, bien connues maintenant. Au lieu de suivre cette recommandation inattendue et étonnamment ambitieuse, le gouvernement a éviscéré la Commission en revenant sur les améliorations qui lui avaient été apportées en 1953 et il a pratiquement cessé de la consulter pendant de nombreuses années.



Le gouvernement a proposé, à la place, une nouvelle législation: la loi sur les pratiques commerciales restrictives (Restrictive Trade Practices Act) de 1956, et la création d'un nouvel organisme chargé de l'appliquer. Le Tribunal des pratiques restrictives (Restrictive Practices Court) qui, comme la Commission, comprenait des magistrats et des personnes n'appartenant pas à l'ordre judiciaire,<sup>5</sup> a pris son rôle et les règles de la nouvelle législation beaucoup plus au sérieux que ne le pensaient les entreprises et le gouvernement. En appliquant strictement les dispositions de la loi et en jugeant contraires à l'intérêt général la plupart des accords qu'elle a examinés, cette juridiction a en pratique éliminé, au cours de la décennie suivante, les ententes manifestes qui étaient largement répandues jusqu'alors.

Alors que des mesures strictes étaient prises contre les pratiques restrictives, les « monopoles » continuaient d'être traités avec bienveillance. En 1965, la Commission n'avait publié que six rapports en dix ans. Son activité a été relancée cette année-là, lorsqu'au milieu d'une polémique suscitée par d'importants groupements de sociétés, elle a été chargée d'examiner des fusions et d'établir sur elles des rapports en utilisant toujours le critère de « l'intérêt général » et sur la base des mêmes principes qu'avant, c'est-à-dire qu'elle ne devait examiner une fusion que si elle y était invitée par le gouvernement, celui-ci restant libre de choisir le remède à appliquer. L'approche adoptée restait administrative, assez permissive et fondée sur le « respect de la législation » plutôt que doctrinaire ou rigoriste et elle tenait résolument compte de plusieurs facteurs. Un fonctionnaire du ministère du commerce (Board of Trade) a fait observer à l'époque, sans ironie, qu'il ne fallait pas trop mettre l'accent sur les effets sur la concurrence et que la défense de l'intérêt général « pouvait, dans certains cas, impliquer d'ignorer les intérêts directs des consommateurs et des utilisateurs » (citation tirée de Wilks, 1999, page 202).

La structure de mise en oeuvre de la législation semblait toutefois faible. L'influence politique manifeste derrière toute décision de soumettre une question à la Commission pour étude et recommandation était jugée préoccupante. Les ministères étaient souvent accusés de défendre leurs clients industriels. Devant ces inquiétudes et la montée d'un mouvement des consommateurs qui se faisait de plus en plus entendre, une importante législation a réorienté, en 1973, le critère de « l'intérêt général » pour donner plus de place à la concurrence et un organisme d'exécution doté d'un porte-parole a été créé pour atteindre cet objectif. La loi sur la loyauté des pratiques du commerce (Fair Trading Act) de 1973 a réaffirmé les principes de base de la politique de la concurrence. Un nouveau haut fonctionnaire, le Directeur général pour la loyauté des pratiques du commerce (DGFT), a été chargé d'appliquer et de défendre cette politique avec l'aide de l'Office pour la loyauté des pratiques du commerce (OFT) dont le rôle est devenu de plus en plus important au cours des vingt-cinq années suivantes. Les dernières propositions gouvernementales impliquent de nouveaux changements qui confirmeraient l'OFT dans sa position de principal intervenant dans la politique de la concurrence.

La mise en place d'un fonctionnaire indépendant médiatisé, responsable de la concurrence, a modifié les termes du débat mais n'a pas résolu les problèmes. Pendant les années 70, des rapports de la Commission ont attiré l'attention sur les problèmes de concurrence dans les services spécialisés et pour plusieurs produits de consommation. Des études sur les monopoles et les pratiques restrictives, diffusées en 1978 et 1979 et reposant en grande partie sur les observations recueillies par la Commission, ont conclu que l'économie britannique était dominée par de grandes entreprises opérant sur des marchés oligopolistiques dans une plus large mesure que les autres grandes puissances industrielles et elles ont inventorié les pratiques monopolistiques caractéristiques. La loi sur les pratiques commerciales restrictives s'avérait lourde et coûteuse à appliquer du fait qu'elle était handicapée par le formalisme qui avait contribué à son succès au départ. La loi sur la concurrence (Competition Act) de 1980 a résolu ces problèmes de plusieurs façons. Elle a chargé l'OFT et la Commission de s'attaquer à certaines pratiques et de s'intéresser aux pratiques des entreprises et non pas uniquement des industries et des « monopoles ». En reprenant, en outre, la formulation

fondamentale du Traité de Rome, elle a mis l'accent sur les effets sur la concurrence. Reflétant les priorités du nouveau gouvernement, ce texte a autorisé la Commission à entreprendre des recherches sur les problèmes économiques des industries nationalisées. Entre 1980 et 1993, la Commission a produit 35 rapports de ce type concernant les services postaux, les chemins de fer, l'électricité, l'eau, l'acier et le charbon.

Avec la loi de 1980, la politique de la concurrence est devenue, pour la première fois, un élément essentiel du programme gouvernemental mais l'étape suivante pour promouvoir la concurrence n'a pas consisté à continuer de perfectionner le dispositif d'application de la législation. Le programme radical de privatisation des monopoles d'État, de déréglementation des marchés et d'introduction de la concurrence dans les différents secteurs, souvent guidée par les nouvelles autorités de régulation indépendantes, modelées sur le bureau du DGFT, a été plus important qu'une nouvelle réforme des institutions de la politique de la concurrence. Les réformes visant à stimuler le marché ont été loin d'être limitées aux secteurs des services d'utilité publique et des transports et ont inclus de profonds changements dans le domaine du logement, des soins de santé, des pensions, du contrôle des changes et des relations industrielles. L'amélioration des détails de l'application effective de la législation a peut-être été, en comparaison, beaucoup moins importante pour la politique de la concurrence au sens large.

La loi relative à la concurrence de 1998 (« CA98 ») a été la principale initiative législative récente concernant la politique de la concurrence, plus étroitement définie. Adoptée en novembre 1998, elle est entrée pleinement en vigueur le 1er mars 2000. Elle a aligné la législation britannique relative aux accords restrictifs et à l'abus de position dominante sur l'approche « prohibitive » de l'Union européenne. Pour la première fois, le droit britannique de la concurrence prévoit l'application de sanctions pécuniaires réelles plutôt qu'un simple recours à des injonctions d'interdiction. Les pouvoirs d'enquête ont aussi été considérablement renforcés.

Le cadre réglementaire a été simplifié en abrogeant plusieurs autres lois<sup>6</sup> ainsi que les procédures qu'elles prévoyaient [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 2000]. Au dire de deux professeurs britanniques, le droit de la concurrence du Royaume-Uni était devenu « bizarre, » « un labyrinthe de complexité byzantine » (Whish, 1993, page 700; Craig, 1987, page 202). Trois lois<sup>7</sup> et trois institutions<sup>8</sup> étaient responsables des ententes. Les fusions étaient couvertes par 5 lois<sup>9</sup> ainsi que par l'OFT, le DTI et la Commission de la concurrence tandis que les monopoles naturels pouvaient mettre en jeu toutes les lois et instances précédemment citées ainsi que des lois sectorielles spéciales et les autorités de régulation des services d'utilité publique. Après la loi de 1948, 21 autres textes ont été adoptés pour la politique de la concurrence dont 14 sont toujours en vigueur même après la loi de 1998 (y compris 12 lois sectorielles ou spéciales).<sup>10</sup> Alors que la loi sur les pratiques commerciales restrictives avait à l'évidence atteint les limites de sa durée utile, la loi sur la loyauté des pratiques du commerce était jugée opérante. C'est pourquoi, bien qu'il ait adopté la législation et l'approche fondamentale de l'UE à l'égard des pratiques restrictives et de la domination économique, le Royaume-Uni a maintenu les dispositions concernant les monopoles de sa loi sur la loyauté des pratiques du commerce ainsi que les institutions et les moyens permettant de les appliquer. En outre, plusieurs autorités de régulation sectorielle, indépendantes, étaient habilitées, parallèlement au DGFT, à assurer l'application de la loi sur la concurrence dans leurs secteurs ainsi que des lois sectorielles distinctes concernant l'octroi de licences et la déontologie, qui étaient fortement liées à la politique de la concurrence. Enfin, si la nouvelle législation a supprimé une institution, le Tribunal des pratiques restrictives, elle en a créé une autre à sa place: les tribunaux d'appel de la Commission de la concurrence.

La nouvelle législation a été longue à venir. Le ministre du Commerce et de l'Industrie avait annoncé, en 1986, l'intention du gouvernement de revoir le droit de la concurrence. Il a fallu attendre dix ans. Les avantages de l'adoption d'un système analogue à celui de l'UE paraissaient de plus en plus évidents au milieu des années 80. Cette idée a été officialisée dans un livre blanc, de juillet 1989, intitulé: *Opening Markets: New Policy on Restrictive Trade Practices* (ouverture des marchés: la nouvelle politique relative aux pratiques commerciales restrictives). Le temps mis à réaliser ce changement, qui n'est intervenu qu'en 1998, a peut-être permis d'introduire des réformes plus radicales du fait que les pratiques de l'UE elle-même avaient, entre-temps, fait leurs preuves mais, dans cet intervalle, de vives polémiques et de profonds désaccords entre divers groupes d'intérêt et même entre les différentes institutions de la politique de la concurrence ont fait apparaître que l'opinion publique était de plus en plus consciente de l'importance de la politique de la concurrence. Les groupements d'entreprises n'étaient pas opposés à un alignement de la législation britannique sur l'approche « prohibitive » des accords adoptée dans l'article 81 mais ils préféraient l'approche discrétionnaire du Royaume-Uni pour l'abus de position dominante et ils jugeaient la négociation administrative préférable aux procédures contradictoires et aux recours de tiers. Les propositions formulées initialement pendant les années 80 suivaient cette approche et n'auraient pas inclus dans le droit britannique des dispositions du type de celles prévues par l'article 82 (Utton, 2000). Le Conseil national des consommateurs (National Consumers Council) et l'Association des consommateurs (Consumer's Association) se sont, en revanche, déclarés partisans d'un net durcissement des règles de la concurrence. (Wilks, 1996).

Il a été reproché à la Commission de la concurrence, pendant cette période, d'être imprévisible et de manquer de rigueur. Sa suppression a été suggérée à plusieurs reprises. En 1991, une commission parlementaire a recommandé de la fusionner avec l'OFT pour former une autorité unique de la concurrence et des fusions. Les rapports de la Commission sur la vente au détail et les pièces détachées d'automobiles, qui ont conclu à l'existence d'un « monopole complexe » (du fait, en partie, d'autres réglementations telles que les exemptions de groupe et la limitation des importations appliquées par la CE) mais n'ont pas préconisé son allègement, ont été fortement critiqués par les organisations de consommateurs qui ont même demandé que la Commission soit totalement supprimée parce qu'elle était trop permissive. D'autres rapports ayant également conclu à l'existence de monopoles complexes sans toutefois estimer que l'intérêt général était lésé ont été publiquement critiqués par le DGFT, qui a fini par se prononcer ouvertement en faveur de la création d'un organisme unique de la concurrence, s'opposant sur ce point à la politique gouvernementale, peu avant de démissionner en 1995. Le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) faisait en même temps connaître son désaccord avec le DGFT en refusant de suivre ses recommandations pour l'ouverture d'enquêtes sur deux fusions à quelques semaines d'intervalle au début de 1993, en lui demandant de ne pas lancer une enquête sur un monopole d'autocars en 1994 et en refusant en 1995, par un plaisant paradoxe, de saisir la Commission d'une fusion impliquant le jeu de société « Monopoly », manifestement parce que le DTI estimait qu'un monopole national serait plus fort à l'exportation. L'opposition a promis de renforcer la politique de la concurrence notamment en alignant la législation britannique sur les pratiques européennes, si elle était appelée à gouverner.

Le temps considérable pris pour réviser la loi sur la concurrence et s'aligner plus nettement sur le système de l'UE laisse supposer qu'une action dans ce sens n'était pas jugée urgente et que le fonctionnement des institutions britanniques était dans l'ensemble considéré comme assez satisfaisant. L'absence de polémique observée lorsque les nouvelles dispositions ont été finalement adoptées suggère l'existence d'un tout aussi large consensus en faveur d'une réforme progressive. La politique de la concurrence s'est caractérisée, au Royaume-Uni, par une très grande stabilité dans le temps et par un large soutien bipartite peut-être parce qu'elle ne s'imposait souvent pas à l'attention des responsables politiques. Le large consensus superficiel observé en faveur de l'orientation générale adoptée a peut-être toutefois retardé la réforme pendant les années 90 alors que sa nécessité était largement admise.

L'importance que le gouvernement a accordée à la politique de la concurrence au cours des dernières années donne à penser que cette manière de voir, établie de longue date, est en train d'évoluer. Les concepteurs de la politique britannique de la concurrence avaient délibérément refusé, dès le départ, de suivre les modèles étrangers alors qu'aujourd'hui l'alignement sur le modèle de l'UE semble emporter une large adhésion. Les rédacteurs de la nouvelle législation ont pensé que sa partie la plus sujette à controverse serait l'instruction d'interpréter le droit britannique suivant la jurisprudence de l'UE du fait que c'était la première fois que la législation britannique demandait de suivre l'UE là où le traité européen ne l'exigeait même pas. Mais cet aspect de la loi n'a guère suscité de critiques ou de débats. Les principes de la concurrence sont en outre devenus un aspect essentiel de l'élaboration de la politique économique au cours des vingt-cinq dernières années, depuis l'adoption de la loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce et la création du DGFT face aux inquiétudes exprimées par les consommateurs et cette tendance s'est poursuivie à la suite des grandes réformes structurelles des années 80. Après l'adoption de la loi de 1998, le gouvernement a maintenu la dynamique en proposant d'améliorer les mesures d'application des dispositions concernant les fusions, de renforcer encore les moyens d'assurer leur respect et d'introduire de nouvelles responsabilités pour l'analyse des règlements qui auront pour effet d'intégrer la politique de la concurrence dans le processus visant à assurer la qualité de l'ensemble de la réglementation.

## **1.2. Objectifs de l'action des pouvoirs publics**

Comme il se doit pour un pays n'ayant pas de constitution écrite, les objectifs de la politique britannique de la concurrence ne sont pas exposés dans les textes législatifs. La loi sur la concurrence ne contient pas d'exposé des motifs. Elle offre des précisions réglementaires sur le critère fondamental de « l'intérêt général<sup>11</sup> » établi par la loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce mais celles-ci ne sont pas assez étendues ou approfondies pour guider ou limiter le pouvoir discrétionnaire des décideurs. L'intérêt de « maintenir et de favoriser une réelle concurrence » est le premier aspect mentionné dans la loi sur la concurrence, ce qui implique qu'il a logiquement, ou en substance, priorité sur les autres mais la loi ne précise pas dans quel sens le mot « concurrence » est utilisé. Le deuxième aspect, les intérêts des consommateurs et des utilisateurs en ce qui concerne les prix et la qualité, serait généralement considéré comme le résultat d'une saine concurrence, c'est pourquoi la loi lie implicitement ces deux aspects. Le troisième reconnaît explicitement que la concurrence favorise l'efficacité de la production et l'innovation, ce qui bat en brèche l'argument selon lequel ces objectifs pourraient mieux être atteints par un monopole. Les deux derniers aspects du critère de l'intérêt général, la « répartition équilibrée de l'industrie et de l'emploi » et l'aide apportée aux entreprises britanniques pour affronter la concurrence sur les marchés étrangers, n'ont pas de lien évident avec la politique de la concurrence telle qu'on l'entend généralement.

L'équilibre recherché entre les objectifs possibles apparaît plus clairement dans les mesures prises et dans les annonces et les explications des décideurs. Ces annonces et explications sont de plus en plus cohérentes depuis quelques années. Il ressort des discours et autres déclarations politiques officielles que le Royaume-Uni adopte une conception dynamique de la concurrence c'est-à-dire qu'il l'assimile à la rivalité et à la possibilité de rivalité au lieu de la mesurer sous l'angle de son efficacité dans la répartition des ressources. Les liens entre la concurrence, l'intérêt du consommateur et la discipline en matière de prix de revient sont clairement admis. Les déclarations de principe des différentes institutions font apparaître de légères différences dans l'ordre des priorités retenu qui sont probablement sans importance. Le DTI lie la politique de la concurrence aux objectifs de grande portée de la politique gouvernementale. Dans une consultation récente sur la politique concernant les fusions, il a indiqué qu'une « concurrence réelle et dynamique » faisait partie de « son plus large programme d'action en faveur de la compétitivité et de la croissance. Une forte concurrence constitue non seulement la meilleure garantie pour les consommateurs au niveau du choix et de la valeur des

produits offerts mais elle contribue à la solidité des entreprises en les incitant à être dynamiques et innovantes ... ». On retrouve ces thèmes dynamiques, orientées vers les processus, dans les lignes directrices de l'OFT concernant « les principales dispositions de la loi de 1998 sur la concurrence » qui leur ajoutent l'idée que la concurrence est « indispensable à une répartition efficace des ressources. » Le lien avec la politique à l'égard des consommateurs est explicite dans l'extrait suivant d'un discours parlementaire: « La concurrence constitue aussi la façon la plus efficace de faire en sorte que les consommateurs soient traités équitablement. »<sup>12</sup> L'exposé officiel des objectifs de l'OFT combine les différents aspects avec autant de dextérité: « L'objectif de l'OFT est d'assurer le bon fonctionnement des marchés pour les consommateurs. Les marchés fonctionnent bien lorsqu'il existe une concurrence vigoureuse entre des entreprises ayant des pratiques commerciales équitables. Lorsque les marchés fonctionnent bien, les bonnes entreprises prospèrent. »<sup>13</sup>

La confiance dans les multiples effets positifs de la politique de la concurrence s'est affermie au fil des nombreuses réformes structurelles des vingt dernières années. Avant cela, la politique britannique de la concurrence a probablement surtout été guidée par le scepticisme. Ce n'est qu'en 1980 que le mot « concurrence » est apparu dans l'intitulé de la législation. La concurrence n'était pas considérée comme une fin en soi mais comme un moyen d'assurer l'efficacité et le bien-être économique et on n'était pas certain, au départ, que la concurrence était efficace ou qu'elle était une bonne chose. Les décisions prises au titre de la loi de 1948 concluaient généralement à l'existence d'un « monopole » (le plus souvent un oligopole) qui était néanmoins jugée justifiée par le souci d'efficacité. La Commission a parfois estimé et ce, aussi récemment qu'en 1993, que « la recherche, par principe, de la concurrence ne contribuerait probablement pas à accroître l'efficacité, sur la base des données de la situation. » La compétitivité internationale a parfois été considérée comme incompatible avec une intense concurrence intérieure et il a été soutenu, jusqu'en 1995, que des champions nationaux et des monopoles locaux étaient nécessaires au commerce international. L'objectif qui a inspiré la législation initiale était le plein emploi. Pendant la majeure partie de la période comprise entre 1964 et 1983, les décisions ont été dominées par la politique industrielle. Lorsque la politique à l'égard des consommateurs et les prix sont devenus des préoccupations importantes pendant les années 70, la Commission a semblé agir au nom du contrôle des prix.

### ***1.3. La politique de la concurrence à l'heure de la réforme: problèmes actuels***

L'appréciation de la politique de la concurrence par rapport à d'autres politiques a marqué l'évolution et la maturation des institutions chargées de l'appliquer. L'intitulé complet de la loi initiale, qui mentionne des « enquêtes et contrôles », montre que ses rédacteurs étaient vraiment agnostiques. L'objet de la loi n'était pas de faire en sorte que ses dispositions soient respectées mais de permettre la réalisation d'une enquête permettant d'établir les faits et de peser les coûts et avantages par rapport à un large éventail de valeurs sociales et économiques possibles. La loi avait aussi pour fonction d'éduquer les décideurs et le public tout d'abord sur les effets nocifs des pratiques restrictives et le dispositif élaboré des ententes organisées ainsi que sur les problèmes complexes des oligopoles. À mesure que la confiance s'est développée avec l'expérience, les principes de la concurrence et les institutions chargées de les faire respecter ont été mobilisés pour soutenir les réformes structurelles. Après avoir refusé pendant longtemps de franchir ce pas, le Royaume-Uni s'est rallié à une conception globale de la politique de la concurrence et de son rôle dans la politique de réglementation.

Un autre thème actuel de la politique de réglementation du Royaume-Uni risque cependant de réintroduire un certain rééquilibrage ponctuel. L'accent de la politique britannique de réglementation a délibérément été déplacé des considérations d'efficacité à celles d'équité comme en témoigne l'intitulé du livre vert de 1997: « A Fair Deal for Consumers » (un traitement équitable des consommateurs). Les autorités de régulation sont invitées à définir la « qualité » du service sous

l'angle des questions de distribution et à établir un cadre pour répondre aux préoccupations sociales et environnementales. La rhétorique occulte les risques d'incohérence ou au moins dissimule les compromis en visant des objectifs sur le plan de la distribution tout en encourageant l'efficacité. Ce problème sera davantage sensible dans la réglementation des secteurs traditionnellement monopolistiques que dans le cadre de l'application courante de la politique de la concurrence. Les décisions concernant cette dernière risquent de se heurter à des arguments liés aux effets sociaux et environnementaux surtout dans le cas des décisions prises au titre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce qui doivent se justifier au regard de « l'intérêt général ». Bien que les dirigeants soulignent que les considérations d'« intérêt général » se polariseront sur la concurrence, la loi ne limite pas les autres objectifs d'action qui peuvent être également jugés pertinents.

La lutte contre la hausse des prix est un objectif qui semble souvent pertinent et qui est étroitement lié à l'intérêt porté aux préoccupations concernant la distribution. Il a été soutenu, au cours des dernières années, que l'absence de concurrence contribuait à la hausse des prix à la consommation au Royaume-Uni. Cette conclusion s'appuyait sur des études qui prétendaient montrer que les marges commerciales et les prix étaient plus élevés au Royaume-Uni pour des produits comme les automobiles. Les économistes de l'OCDE ont contesté ces observations en faisant remarquer dans le rapport annuel 2000 sur le Royaume-Uni, que le niveau global des prix britanniques était l'un des plus bas de l'Union européenne, au moins avant l'appréciation de la livre sterling survenue après 1996 (OCDE, 2000). Ils ont fait état d'une étude comparée des prix des mêmes produits au Royaume-Uni, en Allemagne, en France et aux États-Unis dont il est ressorti que huit produits étaient sensiblement plus chers au Royaume-Uni et que trois y étaient nettement meilleur marché. (Une étude du DTI portant sur des produits d'épicerie et des articles ménagers a constaté peu de différences de prix importantes avec l'Allemagne, la France et les États-Unis tandis qu'une étude plus récente consacrée à des biens de consommation de marque a montré que nombre d'entre eux étaient plus chers au Royaume-Uni et en Suède qu'en France, en Allemagne et aux États-Unis). Dans l'ensemble, les économistes de l'OCDE ont mis en doute que la faiblesse de la concurrence intérieure soit à l'origine des prix plus élevés arguant par contre que la persistance d'écarts de prix plus importants entre les pays qu'à l'intérieur des frontières, où les différences de coût sont les mêmes, impliquait que le problème tenait probablement davantage aux restrictions anticoncurrentielles aux échanges internationaux comme l'exemption de groupe appliquée par l'UE aux concessionnaires de marques d'automobiles.

D'une manière plus générale, le gouvernement britannique s'est dit préoccupé par le retard accusé par la productivité et il a placé la concurrence en tête des cinq domaines clés dans lesquels une amélioration de son action pourrait permettre de rattraper ce retard<sup>14</sup> (OCDE, 2000, page 90). La haute priorité qu'il a accordée au renforcement de la concurrence a été confirmée dans le communiqué diffusé en juin 2001 par le ministère des Finances et le DTI sous le titre: « *Productivity in the UK: Enterprise and the Productivity Challenge* ». En haut de la liste des mesures envisagées figurent « d'importantes réformes du régime de la concurrence y compris l'octroi d'une totale indépendance aux autorités de la concurrence dotées, en outre, de davantage de ressources, l'introduction d'un nouveau droit pour promouvoir la concurrence dans l'ensemble de l'économie, une réforme du régime complexe des monopoles et une proposition tendant à introduire des sanctions pénales pour les participants à une entente. » (page 1). L'analyse met l'accent sur l'innovation, l'efficacité, l'abaissement des barrières à l'entrée des petites entreprises et les avantages qui résultent, pour le consommateur final, d'une baisse des prix et d'une amélioration de la qualité. Elle reconnaît aussi que le régime de la concurrence peut encore être amélioré pour atteindre les objectifs suivants: de solides autorités indépendantes, un large champ d'application, un fort effet dissuasif, des réparations effectives, une cohérence et une coopération internationales et une grande notoriété en rapport avec son importance pour les performances économiques. Des propositions plus concrètes ont été exposées en détail dans un livre blanc officiel du DTI, diffusé en juillet, sous le titre: « *Productivity and*

*Enterprise: A World-Class Competition Regime* ». Elles tendaient à faire jouer à l'OFT un rôle de sensibilisation plus étendu et plus visible, à réduire la place accordée à l'appréciation ministérielle dans les cas de fusion et d'enquête sur le « marché », à ouvrir de nouvelles possibilités de réclamation et de dédommagement, et à moderniser certains des processus de la Commission et de l'OFT. La proposition la plus radicale est celle qui envisage d'envoyer en prison ceux qui participent à une entente.

## **2. Questions de fond: contenu du droit de la concurrence**

Depuis la loi de 1998, le droit fondamental britannique de la concurrence est analogue à celui de l'UE sur tous ses principaux points mais le Royaume-Uni a aussi conservé son approche particulière de l'examen des problèmes dans les industries peu concurrentielles et du traitement des fusions. Cette approche, qui repose sur une étude multifactorielle exhaustive et la publicité, a fourni une base analytique solide aux réformes structurelles des vingt dernières années mais elle n'a pas soutenu un programme général d'application stricte de la législation aux pratiques anticoncurrentielles. La loi de 1998 s'est attaquée à cette faiblesse en renforçant les processus d'application et les sanctions, en réduisant le nombre des exclusions et en maintenant la tendance à privilégier l'évaluation des effets par rapport à la forme.

L'évolution du droit britannique montre comment, dans la tradition du « common law », l'élaboration des procédures est aussi importante que l'analyse de fond. La loi de 1980 sur la concurrence a complété la loi sur la loyauté des pratiques du commerce en transformant le processus existant d'analyse de la situation du marché en un moyen d'enquêter sur des accords ou des pratiques restrictifs d'entreprises particulières. La loi de 1980 a aussi introduit une innovation fondamentale en décrivant ces accords et ces pratiques en des termes calqués sur la terminologie du droit européen de la concurrence et en considérant leurs effets réels, recherchés ou probables sur la concurrence, sur un marché donné. Aucune pratique, pas même les ententes horizontales sur les prix ou le partage des marchés, n'était toutefois considérée comme invariablement anticoncurrentielle. Cette concentration sur les effets a constitué à la fois un progrès dans la voie de l'adoption intégrale de l'approche de l'UE et un changement par rapport aux dispositions formelles de la loi sur les pratiques commerciales restrictives qui est néanmoins restée aussi en vigueur.

La loi de 1998 a mené à son terme la réorientation vers les modèles européens. Le Royaume-Uni interdit maintenant, comme l'UE, les accords restrictifs et l'abus de position dominante. La loi invite également, ce qui est tout aussi important, à suivre l'UE dans l'application des dispositions parallèles du droit britannique. Cela inclut non seulement les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Commission européenne mais aussi les autres communications relativement formelles de la CE, telles que les rapports annuels et les lignes directrices publiées dans le cadre des procédures de consultation. Tous ces documents doivent être considérés comme fournissant des indications qui font autorité pour l'application du droit britannique de la concurrence (article 60).<sup>15</sup> Les juges devront donc se référer aux textes et aux décisions de la CE pour interpréter les concepts de base de la législation britannique (Bloom, 2000). Toutes les exemptions individuelles et de groupe de la CE s'appliquent automatiquement et les accords qui sont officiellement notifiés à la CE sont temporairement à l'abri de toute pénalité financière dans le cadre du droit britannique. Cette prise en compte des exemptions de la CE n'est toutefois pas une totale nouveauté puisque l'ancienne loi sur les pratiques commerciales restrictives n'obligeait pas à notifier les accords qui auraient bénéficié des dispositions des réglementations de la CE relatives aux exemptions de groupe. Le respect de la jurisprudence de l'UE, sans la moindre possibilité d'adaptation au contexte national, devrait permettre aux entreprises de se conformer plus facilement à la législation.

## ENCADRÉ 2: LES INSTRUMENTS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Les législations générales sur la concurrence abordent dans l'ensemble les problèmes de pouvoir de monopole en distinguant trois situations: relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, actions menées par une seule entreprise et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première situation, celle des **accords**, est souvent subdivisée en deux groupes, à des fins analytiques: les accords « horizontaux » conclus entre entreprises ayant la même activité et les accords « verticaux » conclus entre entreprises opérant à des stades différents de la production ou de la distribution. La deuxième situation est qualifiée de « **monopolisation** » dans certaines lois et d'« **abus de position dominante** » dans d'autres et suivant les appellations utilisées, les systèmes juridiques ont élaboré des approches légèrement différentes du problème du pouvoir économique exercé par une seule entreprise. La troisième situation, souvent désignée par les termes de « **fusions** » ou de « **concentrations** », inclut généralement d'autres types de regroupements structurels comme les acquisitions d'actions ou d'actifs, les co-entreprises et les participations croisées au capital ou aux conseils d'administration.

Les **accords** peuvent permettre au groupe d'entreprises agissant de concert de remplir certaines des fonctions des monopoles, à savoir faire monter les prix, limiter la production et empêcher l'entrée ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus préjudiciables sont ceux qui empêchent toute rivalité quant aux facteurs dynamiques fondamentaux de la concurrence sur le marché que sont les prix et la production. La plupart des législations actuelles sur la concurrence traitent très durement les accords qui ont manifestement pour objet de fixer les prix, limiter la production, truquer les soumissions ou partager les marchés. Pour mettre en oeuvre ces accords, les concurrents peuvent aussi convenir de tactiques visant à empêcher toute nouvelle concurrence ou à mettre au pas les entreprises récalcitrantes; c'est pourquoi les législations s'efforcent aussi de prévenir et de sanctionner les boycotts. La coopération horizontale sur d'autres aspects, tels que les normes de produits, la recherche et la qualité, peut aussi affecter la concurrence mais elle peut avoir un effet positif ou négatif suivant les conditions du marché. Aussi, la plupart des législations traitent-elles ces autres types d'accords en tenant compte d'un plus large éventail d'inconvénients et d'avantages potentiels ou en s'efforçant de mettre au point des règles plus précises pour identifier les pratiques bénéfiques et prévoir des dérogations pour elles.

Les **accords verticaux** cherchent à contrôler certains aspects de la distribution. Les raisons d'inquiétude sont les mêmes: ces accords peuvent conduire à une hausse des prix, à une baisse des quantités produites (ou de la qualité) ou à des barrières à l'entrée et à l'innovation. Ils peuvent cependant aussi favoriser l'efficacité. Les effets de ces accords sur la concurrence pouvant être plus complexes, et étant généralement moins graves, que ceux des accords horizontaux, le traitement juridique des diverses formes qu'ils revêtent est encore plus diversifié que dans le cas des accords horizontaux. L'une des principales pratiques est celle des prix imposés, les accords verticaux pouvant en effet permettre de contrôler un prix de revente minimum ou maximum, ce qui peut avoir pour effet, dans certains cas, de limiter les abus des distributeurs sur les marchés et, dans d'autres, de reproduire ou de mettre en place une entente horizontale. Les accords ayant pour objet d'octroyer des droits ou des zones de distribution exclusive peuvent encourager un plus gros effort de vente du produit du fournisseur ou protéger le distributeur de la concurrence ou encore empêcher l'entrée d'autres fournisseurs. Les accords portant sur des combinaisons de produits, tels que ceux obligeant les distributeurs à tenir des lignes entières de produits ou liant différents produits entre eux, peuvent, selon les circonstances, faciliter ou décourager l'introduction de nouveaux produits. Le franchisage implique souvent tout un ensemble d'accords verticaux qui peuvent influencer sur la concurrence: un accord de franchise peut contenir des dispositions concernant la concurrence dans certaines limites géographiques, l'exclusivité des approvisionnements et les droits de propriété intellectuelle, comme les marques de fabrique.

L'**abus de position dominante** ou la **monopolisation** concerne principalement les pratiques et la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui ne doit affronter aucune concurrence ou menace de concurrence, appliquera des prix plus élevés et aura une production plus faible ou de moins bonne qualité; il sera aussi vraisemblablement moins disposé à introduire des méthodes plus efficaces ou des produits nouveaux. Les lois contre la monopolisation visent généralement les pratiques d'exclusion par lesquelles les entreprises peuvent essayer d'obtenir ou de protéger des positions de monopole. Les lois contre l'abus de position dominante visent les mêmes problèmes et peuvent aussi essayer de s'attaquer à l'exercice effectif d'un pouvoir de marché. Certaines d'entre elles par exemple, déclarent illégale l'application de prix élevés sans raison valable.



Le **contrôle des fusions** vise à empêcher la création, par le biais de prises de contrôle ou d'autres restructurations, d'entreprises qui seront incitées à exercer un pouvoir de marché et qui seront aptes à le faire. Dans certains cas, la légalité de l'opération est appréciée sur la base de la législation relative à la domination du marché ou aux pratiques restrictives, dans d'autres, elle l'est également sur la base de son effet probable sur la concurrence en général. Le processus analytique généralement suivi implique de définir les produits en concurrence, les entreprises qui pourraient entrer en concurrence ainsi que les parts relatives et l'importance stratégique de ces entreprises pour les marchés de produits concernés. La probabilité de nouvelles entrées et l'existence de barrières effectives à l'entrée constituent un facteur important. La plupart des systèmes appliquent un critère fondé sur les parts de marché, soit pour orienter une enquête ultérieure, soit pour déterminer la légalité de l'opération. Les fusions effectuées sur des marchés exceptionnellement concentrés ou qui créent des entreprises détenant des parts de marché exceptionnellement importantes sont jugées plus susceptibles de nuire à la concurrence. La plupart des systèmes prévoient, en outre, des procédures de notification préalable, aux autorités de la concurrence, des opérations de grande envergure ainsi que des procédures spéciales d'enquête accélérée permettant de déceler et de résoudre les problèmes avant la réalisation effective de la restructuration.

### **2.1. Accords horizontaux**

Les accords qui restreignent la concurrence sont prohibés.<sup>16</sup> La formulation et la portée des dispositions qui les interdisent de même que la liste des types d'accords visés sont calqués sur le modèle européen. Cette interdiction au titre du chapitre I de la loi remplace le processus de notification et d'examen précédemment prévu par la loi sur les pratiques commerciales restrictives. La nouvelle législation prévoit aussi des sanctions plus sévères pour les infractions. Alors qu'auparavant les parties à un accord anticoncurrentiel n'encouraient qu'une injonction de mettre un terme au comportement répréhensible, les contrevenants sont maintenant passibles d'une amende d'un montant représentant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires du groupe au Royaume-Uni, pour chaque année pendant laquelle la législation a été enfreinte (dans la limite de trois ans). Le risque de sanction pécuniaire existant depuis l'entrée en vigueur de la loi en mars 2000, le montant de ces sanctions potentielles va augmenter jusqu'en mars 2003. La claire interdiction prévue par le chapitre I de la loi montre que le Royaume-Uni accorde maintenant la priorité à la promotion de la concurrence.

Le DGFT peut décider d'exempter un accord particulier de ces dispositions et le ministre peut publier des règlements d'exemption de groupe applicables de façon générale, suivant les mêmes critères que ceux qui s'appliquent aux exemptions individuelles et de groupe dans le système de l'UE. Les exemptions communautaires, actuelles et éventuelles, sont incorporées dans la législation par une référence (article 10, article 60). Les parties à un accord qui craignent que celui-ci ne soit interdit peuvent être rassurées en le notifiant à l'OFT pour connaître son avis. Les exemptions peuvent être antidatées pour être applicables à partir d'une date antérieure à la notification, ce qui réduit l'incitation à déposer un dossier dans le but uniquement de s'assurer une place dans la file d'attente. L'OFT n'a pas l'intention de consacrer toutes ses ressources au traitement d'une montagne de notifications défensives et de demandes d'un traitement de faveur. Les efforts d'information du public sur la portée de la loi et les exemptions généralement applicables ont visé à encourager les dépôts de plaintes et à décourager les notifications superflues. Les entreprises peuvent demander des avis informels et non définitifs au personnel de l'OFT mais si elles souhaitent des avis plus fiables et notamment savoir si l'accord qu'elles envisagent risque d'enfreindre la législation (article 13) ou être officiellement assurées qu'il ne l'enfreint pas (article 14), elles doivent acquitter un droit d'un montant de 5 000 livres sterling dans le premier cas et de 13 000 livres dans le second (Bloom, 2000).

Les petites entreprises, en particulier, sont invitées à ne pas chercher à obtenir un avis. Les accords conclus entre des parties qui, collectivement, détiennent moins de 25% du marché sont généralement considérées comme peu susceptibles d'avoir un effet appréciable sur la concurrence. L'OFT a publié des directives officielles demandant aux entreprises de ne pas notifier ce type

d'accord.<sup>17</sup> Ce principe *de minimis* ne couvre pas les ententes sur les prix, les partages de marchés ou les éléments d'un ensemble d'accords qui, cumulativement, ont un effet anticoncurrentiel. Les directives actuelles de l'OFT, qui ne se traduisent pas par une exemption formelle mais indiquent le point de vue du DGFT et la façon dont il a l'intention d'appliquer la loi, reformulent (avec quelques nuances nouvelles) les exemptions *de minimis* que prévoyaient les précédents textes de loi.<sup>18</sup>

L'interdiction des accords restrictifs peut être utile pour supprimer les effets anticoncurrentiels de l'autoréglementation. C'est ce que faisait le Tribunal des pratiques restrictives, entre 1956 et 1965, contre les ententes en bonne et due forme. L'autoréglementation constitue un aspect important de la conception minimaliste de la réglementation du gouvernement là où elle est possible et compatible avec d'autres politiques comme celle de la concurrence. Il subsiste toutefois certains secteurs couverts par l'autoréglementation, tels en particulier que celui des prestataires de services spécialisés, qui sont susceptibles de bénéficier d'une exclusion officielle. Le gouvernement a fait savoir qu'il avait l'intention de limiter ou de supprimer ces exemptions en faisant état d'une étude des services spécialisés entreprise récemment par l'OFT pour constater leurs effets.

L'expérience de l'application de la nouvelle interdiction est limitée. Ce n'est qu'au début de 2002 que l'OFT a constaté qu'un accord horizontal violait l'interdiction du chapitre I. Cela tient sans aucun doute au fait que ces dossiers judiciaires sont longs à préparer et que les ententes ne sont interdites que depuis mars 2000. La législation précédente avait, elle aussi, été peu appliquée. Le Tribunal des pratiques restrictives a condamné de nombreuses ententes explicites mais les moyens d'enquête existant pour des accords officieux étaient très faibles. Aux termes de la loi sur les pratiques commerciales restrictives, le DGFT pouvait demander des justifications (en demandant officiellement aux entreprises de lui communiquer des informations détaillées) seulement après avoir prouvé qu'il « avait un motif raisonnable de croire » que les entreprises concernées étaient parties à un accord non déclaré. Les tribunaux respectaient strictement cette condition de sorte que l'OFT ne pouvait obtenir de preuve de l'existence d'un accord avant d'en savoir déjà beaucoup sur celui-ci. L'absence de sanction effective affaiblissait aussi l'application de la législation. Le Tribunal des pratiques restrictives n'a pu accepter qu'un engagement et émettre une injonction d'interdiction contre l'entente internationale pour la lysine, qui s'est vu appliquer de très lourdes amendes par de nombreuses autres juridictions. Des mesures ou des décisions indulgentes ont également été prises à l'encontre d'ententes sur les prix pour des services d'autocar et du matériel électrique et à l'encontre d'une entente visant à soutenir les efforts entrepris par des concessionnaires en vue de fixer le prix des automobiles en limitant les rabais offerts [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Maintenant que les sanctions sont beaucoup plus sévères, l'OFT a adopté et rendu public un programme de clémence, s'inspirant de l'expérience des États-Unis et destiné à encourager les demandes de clémence et la communication d'indices pour les enquêtes.

Jusqu'à présent, une seule affaire a abouti à l'imposition d'une amende au titre de la nouvelle loi; d'autres cas pourraient suivre puisque l'OFT a lancé plusieurs enquêtes. Le gouvernement a déjà proposé d'ajouter une sanction encore plus lourde en faisant de la collusion horizontale un acte délictueux pouvant conduire en prison les personnes impliquées. Cette mesure renforcerait notablement l'efficacité du programme de clémence en donnant à des acteurs importants de bonnes raisons de se manifester rapidement pour fournir des éléments de preuve incriminant les entreprises contrevenantes.

### ENCADRÉ 3: LES OUTILS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

La législation britannique suit maintenant dans l'ensemble les principes fondamentaux du droit communautaire élaborés dans le cadre du traité de Rome (traité d'Amsterdam, aujourd'hui):

- **Accords:** l'article 81 (ancien article 85) interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence. Le terme « accord » s'entend dans une large acception, de sorte que cette interdiction s'étend aux actions concertées et à toute autre disposition ne constituant pas un contrat officiel exécutable en droit civil. Certains de ces accords interdits sont identifiés clairement: fixation directe ou indirecte des prix ou des conditions de transaction, limitation ou contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou du développement technique, répartition des marchés et des sources d'approvisionnement, discrimination qui désavantage les partenaires commerciaux dans la concurrence et imposition de conditions n'ayant aucun lien avec l'objet du contrat. Certains arrêts ont précisé le champ d'application de l'article 81. Les achats conjoints sont autorisés (dans certaines conditions de marché) en raison des gains d'efficacité qu'ils permettent, tandis que la vente conjointe est généralement interdite puisqu'elle équivaut à une entente. Toutes les modalités d'accord visant à se répartir les marchés et à contrôler les prix, y compris la mise en commun des bénéfices et les accords sur les marges bénéficiaires ainsi que les règles privées de « pratiques commerciales loyales », sont rejetées. L'échange d'informations sur les prix n'est autorisé qu'à l'issue d'un certain délai et seulement si cet échange ne permet pas d'identifier certaines entreprises. Les mécanismes d'exclusion, comme les ententes sur remise totalisée, sont interdits même s'ils permettent de traiter avec des tiers.
- **Exemptions:** un accord qui devrait être interdit peut néanmoins être autorisé s'il contribue à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique et réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, s'il n'impose que des restrictions qui sont indispensables pour atteindre ces objectifs et s'il ne donne pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Des exemptions peuvent être octroyées en réponse à des demandes spécifiques au cas par cas. Par ailleurs, il existe des exemptions « de groupe » de validité générale, qui précisent les conditions ou les critères applicables aux accords autorisés, y compris les clauses susceptibles ou non de figurer dans lesdits accords (les « listes blanches » et les « listes noires »). Tout accord qui répond à ces conditions est exempté sans devoir faire l'objet d'une demande particulière. Certaines des exemptions les plus importantes s'appliquent à des types de relations verticales, y compris la distribution exclusive, les achats exclusifs et le franchisage.
- **Abus de position dominante:** l'article 82 (ancien article 86) interdit d'exploiter de façon abusive une position dominante et dresse la liste de certains actes réputés constituer un abus de position dominante: imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction inéquitables (de façon directe ou indirecte), limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, pratiquer une discrimination qui inflige à des partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence et imposer des conditions contractuelles n'ayant aucun lien avec l'objet du contrat. En présence d'une position dominante, divers types de pratiques qui désavantagent les autres partenaires sur le marché peuvent être considérés comme constituant un abus. Il y a souvent présomption de position dominante en présence d'une part de marché supérieure à 50 %, voire moins selon les circonstances. L'interdiction peut être étendue aux abus commis par plusieurs entreprises agissant de concert même si aucune d'elle ne contrôle une part aussi importante du marché.
- **Réformes administratives:** les modifications qui ont été apportées récemment et qu'il est envisagé d'apporter à la politique communautaire de la concurrence réduisent le champ de l'interdiction frappant les accords verticaux et supprimeraient la procédure de demande d'exemptions pour des accords particuliers. Au lieu de cela, les critères d'exemption seraient directement applicables dans les décisions appliquant la législation et ces décisions devraient de plus en plus être prises par les autorités nationales chargées de la concurrence.

## 2.2. Accords verticaux

Interprétée au pied de la lettre, l'interdiction du chapitre I de la loi s'applique aussi dans une assez large mesure aux accords verticaux conclus entre vendeurs et acheteurs mais une exemption tout aussi large a pour effet de lever cette interdiction pour tous les comportements répréhensibles, à l'exception des plus importants d'entre eux. Les prix de vente imposés ont fait l'objet, en 1976, d'une loi spéciale (le Resale Prices Act) qui interdisait aux fournisseurs d'imposer des prix de vente aux revendeurs ou de les obliger à appliquer ces prix en les menaçant de ne plus les approvisionner ou en leur imposant une autre pénalité. Cette loi a été remplacée par la loi de 1998 qui est interprétée comme imposant une interdiction équivalente [Royaume-Uni (OCDE CLP), 1999b] mais, en dehors de cela, la plupart des accords verticaux sont exclus pour l'essentiel de l'interdiction.

L'exclusion dans le cadre de la législation britannique<sup>19</sup> est plus généreuse que la nouvelle exemption de groupe de l'UE (Bloom, 2000). L'interdiction du chapitre I ne s'applique pas à une forme spéciale d'« accord vertical »<sup>20</sup> portant sur les conditions d'achat, de vente et de cession de droits de propriété intellectuelle. Un accord revenant à fixer un prix maximum ou à recommander un prix de revente pourrait bénéficier de l'exclusion à condition qu'en pratique, il n'ait pas pour effet d'imposer le prix de revente par le biais de pressions ou d'incitations (voir OFT Guidance, *Vertical agreements and restraints*, publication 419 de l'OFT). L'exclusion britannique ne dépend pas des parts de marché afin de réduire les risques d'incertitude, pour les entreprises, quant à l'étendue de son application. Parmi les types d'accords auxquels elle est probablement applicable figurent: les accords de distribution exclusive, les accords d'achats exclusifs, les accords de distribution sélective et les accords de franchise. Elle ne couvre expressément pas les « accords fonciers », c'est-à-dire des accords concernant des intérêts fonciers, y compris certains contrats contrôlant l'utilisation des terres (Order 2000, Statutory Instrument 2000, n° 310). Le DGFT peut décider de ne pas faire bénéficier des cas particuliers de l'exclusion générale mais uniquement après en avoir averti les parties concernées (OFT, 2001a).

Les autres lois relatives à la concurrence restent utiles contre les restrictions verticales. Dans le cadre de l'une des dernières applications de la loi sur les prix de revente et dans la dernière affaire traitée par le Tribunal des pratiques restrictives, supprimé depuis, l'OFT a demandé qu'il soit mis fin au décret qui exemptait de l'interdiction les médicaments vendus sans ordonnance. Au début de 2001, l'OFT a obtenu gain de cause et les prix de détail pour ces produits ont considérablement diminué. Les dispositions de la loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce concernant le « monopole d'échelle » et le « monopole complexe » peuvent aussi être pertinentes pour les accords verticaux lorsque la structure du marché conduit à une série d'accords verticaux qui empêchent d'accéder au marché (OFT, 2001a). Le maintien de ces pouvoirs a manifestement permis de prévoir une large exclusion de l'interdiction du chapitre I (Bloom, 2000). L'exemple de la distribution automobile est révélateur à cet égard. À l'issue d'une enquête lancée en 1999, la Commission de la concurrence a estimé, en avril 2000, que si les prix des véhicules automobiles étaient relativement élevés au Royaume-Uni, c'était partiellement en raison de l'existence d'un « monopole complexe » au niveau de la distribution.<sup>21</sup> Le fort pourcentage de ventes de flottes de véhicules à des sociétés implique l'existence d'une redistribution tarifaire entre les ventes aux particuliers et aux sociétés. Les signes d'une réelle collusion visant à empêcher l'octroi de rabais ont en outre été observés (OCDE, 2000, pages 187 à 190). Afin de résoudre les problèmes décelés, le DTI a annoncé l'introduction de règles visant à empêcher toute discrimination en faveur des acheteurs de flottes de véhicules et à autoriser les revendeurs à faire connaître leur « prix minimum ».

Le livre blanc de juillet 2001 annonce que le gouvernement a l'intention de supprimer l'application de l'exclusion aux accords verticaux afin d'aligner l'exemption britannique sur celle, moins généreuse, de l'UE et d'encourager ainsi les parties à chercher à obtenir réparation en intentant des actions privées.

### 2.3. *Abus de position dominante*

L'interdiction « du chapitre II » de la loi sur la concurrence reprend maintenant la terminologie du traité de l'UE en interdisant tout comportement qui constitue un abus de position dominante. Cette interdiction est la principale innovation touchant à une question de fond de la nouvelle loi. Le même type de comportement aurait pu être considéré comme enfreignant la précédente législation mais il n'aurait pas pu y être remédié tant que l'infraction n'aurait pas été constatée et la seule sanction possible aurait été une éventuelle injonction. Maintenant, les parties qui ont un comportement abusif encourent des amendes. La première amende imposée au titre de la nouvelle loi l'a été contre un abus de position dominante, ce qui a attiré l'attention sur l'importance de cette nouvelle disposition.

La nouvelle interdiction coexiste avec les dispositions, établies depuis longtemps, de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce de 1973 qui concernent les « monopoles ». Le Royaume-Uni s'est montré réticent à adopter l'approche de l'UE à l'égard de la position dominante en partie parce qu'il était convaincu de la supériorité du système britannique. Il a donc décidé de faire coexister les deux systèmes plutôt que d'opter pour l'un d'eux. Il n'est pas clairement précisé à quel type de cas ou de comportement une loi plutôt que l'autre s'applique mais les lignes directrices de l'OFT concernant les principales dispositions de la loi sur la concurrence indiquent que « normalement » cette dernière sera appliquée. Pour donner une indication aux entreprises, les ministres ont indiqué qu'ils n'ont pas l'intention d'utiliser les pouvoirs traditionnels relatifs aux « monopoles d'échelle » avant la constatation de l'existence d'un abus de position dominante—et peut-être uniquement après un abus répété—en vertu du chapitre II de la loi. La loi sur la loyauté des pratiques du commerce a surtout été appliquée aux oligopoles, ou aux « monopoles complexes », comme la loi les appelle. La notion voisine de « domination conjointe » utilisée dans le cadre de l'approche communautaire n'est pas aussi bien développée. Des fonctionnaires britanniques ont fait remarquer que la caractérisation du « monopole complexe » pouvait apporter des éclaircissements sur la notion de « domination conjointe » de l'UE et vice versa. (Bloom, 2000). Les autres avantages perçus de l'approche traditionnelle du Royaume-Uni résident dans l'attention portée à l'exploitation du pouvoir de marché, dans le recours à des mesures correctrices structurelles et dans l'examen attentif des efficacités.

#### **ENCADRÉ 4: LE « MONOPOLE » DANS LE CADRE DE LA LOI SUR LA LOYAUTÉ DES PRATIQUES DU COMMERCE (FAIR TRADING ACT)**

La loi sur la loyauté des pratiques du commerce définit deux types de « monopole » pouvant faire l'objet d'une enquête. La terminologie est vague étant donné que ni l'un ni l'autre de ces types de monopole n'est nécessairement un monopole économique. Chacun d'eux est défini sur la base de la part de l'offre qu'il représente:

- dans un « monopole d'échelle », une entité représente au moins 25 pour cent de l'offre, et
- dans un « monopole complexe », plusieurs entités représentent ensemble au moins 25 pour cent de l'offre et elles ont un comportement qui empêche, restreint ou fausse la concurrence.

Ces définitions sont juridictionnelles et non analytiques. Elles précisent les cas dans lesquels la Commission de la concurrence est habilitée à enquêter et si celle-ci décèle des effets préjudiciables à l'intérêt général, le ministre est habilité à décider une action correctrice.

Le seuil de 25 pour cent ne définit pas la domination économique et il ne correspond même pas nécessairement à la part d'un marché économique. Il correspond au pourcentage de l'offre (ou de l'acquisition) de biens ou de services d'un type particulier dans l'ensemble ou une partie du Royaume-Uni. Une fois sa compétence établie par la part de ce « marché de référence », la Commission entreprend une enquête exhaustive qui établit le marché économique pertinent pour évaluer le comportement des « monopoleurs » et l'intérêt général. La gamme de produits et le marché géographique concernés peuvent se révéler plus étendus ou plus étroits que le marché de référence.

Les définitions sont suffisamment larges pour qu'une saisine de la Commission pour une affaire de « monopole » puisse concerner non seulement une entreprise nettement dominante mais aussi un oligopole rigide ou lâche ou même une structure plus fragmentée dans laquelle la façon dont tous les participants au marché agissent semble restreindre la concurrence. Ce concept a été utilisé pour des enquêtes sur les règles des organismes professionnels, des pratiques sectorielles telles que l'obligation d'appliquer des prix de détail recommandés, les réseaux d'accords verticaux constitués pour l'essence, la bière, les films et les véhicules automobiles, et la distribution sélective pour la parfumerie de luxe et les journaux.

Dans chaque cas, la Commission doit déterminer si les entreprises qui constituent un « monopole », sur le plan juridictionnel, bénéficient d'un pouvoir de marché et exercent celui-ci d'une façon qui est préjudiciable à l'intérêt général. L'« intérêt général » n'est pas défini bien que la loi énumère un certain nombre de facteurs que la Commission doit considérer, au premier rang desquels figure le souci de favoriser la concurrence. En fin de compte, toutefois, la Commission peut tenir compte de n'importe quel aspect qu'elle juge pertinent, sans aucune restriction.

#### **Comportement**

Les rapports de la Commission de la concurrence ont jugé contraire à l'intérêt général une grande variété de pratiques, telles que les comportements prédateurs, divers types de pratiques d'exclusion et les comportements d'exploitation. Parmi les comportements d'entreprises dominantes ou de « monopoles d'échelle » qui ont été considérés figurent notamment:

- l'acquisition de petits concurrents (déjections animales et services de lutte antiparasitaire);
- les primes de loyauté rétrospectives et les remises sur quantité (allumettes et briquets jetables);
- l'octroi de rabais aux établissements ne stockant pas les produits de concurrents (surgelés);
- le refus d'approvisionner (bicyclettes et services de lutte antiparasitaire);
- l'application de conditions restrictives dans les accords de licence de copyright (jeux vidéo);
- l'application de prix uniformes à la livraison (placoplâtre);
- l'application d'une tarification discriminatoire (contraceptifs, gaz et déjections animales);
- l'application de prix d'éviction (plaques de toiture en béton et services d'autocar);
- l'application de prix excessifs (membres inférieurs artificiels, sel blanc, solutions pour lentilles de contact).

Les dispositions concernant les « monopoles complexes » ont été utilisées pour mener des enquêtes tant sur les restrictions verticales que le « parallélisme délibéré », c'est-à-dire la « collusion tacite » qui a lieu lorsqu'un même comportement est observé au sein d'oligopoles sans que soit constatée l'existence d'un accord de non-concurrence.

La Commission de la concurrence n'a pas jugé nécessaire de recommander une action lorsqu'elle a estimé que l'accès au marché était relativement libre (comme dans le cas des tampons) ou que les profits réalisés constituaient une juste rémunération de l'efficacité et de l'innovation (comme dans le cas du café soluble). Elle n'a pas considéré comme contraires à l'intérêt général les pratiques d'une entreprise dominante qui semblaient exclure la concurrence parce que, selon elle, soit le choix offert aux consommateurs était plus large et la concurrence était plus réelle que les parts de marché pouvaient le laisser penser (comme dans le cas de l'exclusivité des congélateurs pour les crèmes glacées), soit il existait d'autres effets compensateurs pour l'intérêt général (comme dans le cas du gaz de pétrole liquéfié pour lequel des considérations de sécurité ont semblé justifier les accords de distribution exclusifs).

### Mesures correctrices

Les mesures correctrices qui peuvent être prises par le ministre, et non par la Commission de la concurrence, vont du contrôle des prix au démantèlement. Le plus souvent, les constatations et recommandations de la Commission pour l'« intérêt général » aboutissent à ce que les entreprises s'engagent à modifier leur comportement à l'avenir. Le ministre peut accepter des engagements exécutoires au lieu de soumettre la question à la Commission. L'OFT s'assure alors que les engagements sont bien respectés et qu'ils restent appropriés devant l'évolution de la situation du marché.

Lorsque la domination économique est favorisée par un règlement anticoncurrentiel, les recommandations de la Commission peuvent inclure la modification de celui-ci. Une enquête entreprise sur les solutions pour lentilles de contact a permis de constater que les fabricants et une grande chaîne de vente au détail exploitaient un pouvoir de marché mais que le dispositif réglementaire contribuait notablement à gêner la concurrence. La Commission a recommandé d'assouplir les contrôles réglementaires à l'entrée sur le marché pour encourager une plus grande concurrence aux deux niveaux mais elle a suggéré d'envisager de recourir à un contrôle des prix si cela ne s'avérait pas efficace.

Une étude rétrospective des résultats des mesures correctrices laisse entendre que les mesures de nature structurelle sont plus efficaces que celles qui sont axées sur le comportement. Un projet de recherche entrepris pour l'OFT a constaté que:

- l'enquête elle-même avait parfois un effet bénéfique en incitant, par exemple, le secteur concerné à réduire ses prix;
- les contrôles de prix et les démantèlements étaient plus efficaces que l'arrêt des pratiques ou la suppression des accords;
- les deux cas de démantèlement qui ont été étudiés (publicité routière et membres inférieurs artificiels) ont provoqué des changements spectaculaires;
- dans quatre cas étudiés sur cinq, les engagements de renoncement à une pratique n'avait pas, ou peu, d'effet;
- les mesures correctrices étaient parfois dépassées par les événements (par exemple, la privatisation a transformé la fourniture d'électricité et donc le marché des compteurs électriques et la crise du SIDA a accru la demande de contraceptifs, ce qui s'est traduit par l'apparition de nouveaux fournisseurs);
- les réactions stratégiques ont peut-être limité l'effet de certains engagements (par exemple, les mesures visant à stimuler la concurrence dans la vente au détail de voyages à forfait a encouragé les voyageurs à s'intégrer verticalement dans les agences de voyages).

Source: Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1996.

Un aspect essentiel de la tâche qui incombe à la Commission de la concurrence, pour chaque cas qui lui est soumis, est de déterminer si le pouvoir de marché a été exploité en examinant les niveaux de prix et la rentabilité. Elle peut recommander un contrôle des prix lorsqu'une entrée sur le marché est peu probable et qu'une concurrence ne peut être créée. Ce système administratif était considéré comme mieux adapté, qu'une démarche judiciaire, à l'évaluation des prix et des bénéfices et à l'obtention d'un avis sur le caractère excessif ou non de leur niveau. Les tribunaux peuvent hésiter à condamner si les critères servant à évaluer les bénéfices d'une entreprise ne peuvent être énoncés dans la loi. Pour comparer la situation existante à celle qui prévaudrait sur le plan des prix et des bénéfices si la concurrence était effective, la Commission doit estimer les risques et l'efficacité. Les données sur lesquelles elle se fonde risquent d'être imparfaites, ou au moins plus opaques que les éléments de preuve qu'un tribunal exigerait pour établir que des prix sont illicites. Avant l'adoption de la nouvelle loi sur la concurrence, l'OFT a estimé que « la possibilité de déterminer s'il y a eu ou non exploitation du pouvoir de marché ... constitue sans aucun doute un trait spécifique et avantageux, semble-t-il, du système britannique ». [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1996].

Maintenant que la nouvelle loi est en place, l'OFT doit aussi examiner les niveaux de prix, la rentabilité et les assertions concernant l'efficacité. Ses lignes directrices indiquent clairement que l'interdiction prévue par le chapitre II sera appliquée sur la base d'une analyse économique tenant compte des effets et de l'efficacité même si la loi semble absolue comme le modèle de l'UE qui ne prévoit pas d'exemptions. Suivant le principe communautaire de la « justification objective », tout comportement d'entreprises dominantes qui améliore l'efficacité peut être autorisé même s'il peut nuire à la concurrence, à condition que l'effet négatif sur la concurrence soit proportionnel à l'effet positif sur l'efficacité.<sup>22</sup> Les lignes directrices de l'OFT préconisent aussi de recourir au critère du « monopoleur hypothétique » fondé sur les aspects économiques pour définir les marchés concernés.<sup>23</sup> Elles semblent désapprouver l'idée que le produit d'une seule entreprise pourrait constituer son propre « marché » et que l'existence de clients captifs définirait un marché distinct. Dans ce dernier cas, la question essentielle qui se pose plutôt est celle de savoir si une entreprise pourrait réussir à exercer une discrimination visant à léser ces clients.

La première amende infligée au titre de la loi sur la concurrence de 1998 l'a été pour un abus de position dominante revêtant la forme d'une discrimination par les prix. Une entreprise jouissant du monopole de la fourniture d'un produit pharmaceutique largement utilisé (avec une part de marché de plus de 95%) a fixé son prix à un niveau inférieur à ses coûts variables pour les hôpitaux, afin d'exclure la concurrence, et à un niveau nettement supérieur et abusif pour les patients non hospitalisés. Elle a donc été condamnée à la fois parce qu'elle appliquait un prix trop faible et un prix trop élevé. La décision de 72 pages<sup>24</sup> entreprend une analyse détaillée des prix et des bénéfices pour déterminer s'ils prouvent qu'un pouvoir de marché a été exercé et exploité. Bien que l'OFT ne fasse pas d'observations sur l'« intérêt général », sa décision implique un niveau de détail et d'analyse comparable à celui qu'impliquerait ce type d'observations par la Commission.

Le processus de la loi sur la concurrence est plus simple que celui de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce et il peut devenir un instrument plus puissant. L'OFT enquête, décide et impose la sanction (qui peut faire l'objet d'un appel auprès d'un tribunal d'appel de la Commission). Les premiers résultats donnent à penser que l'OFT a l'intention d'appliquer rigoureusement la loi. La première décision impose une lourde amende à une entreprise (plus de 8 % du chiffre d'affaires concerné et environ 5 % de son chiffre d'affaires total), pour avoir vendu à perte pour faire face à la concurrence d'un nouveau venu sur le marché (qui lui aussi vendait probablement à perte pour s'établir sur le marché). La décision de l'OFT a jugé les prix assez élevés pour constituer un abus de position dominante, fondé sur des bénéfices excessifs, bien que l'entreprise ait respecté la réglementation applicable, en matière de bénéfices, aux entreprises du secteur concerné<sup>25</sup>. Cette décision implique que la réalisation de bénéfices supérieurs à la norme pour compenser les dépenses



de recherche n'est pas défendable après la venue à expiration d'un brevet et que le fait, pour une entreprise, de ne pas modifier son comportement après avoir été informée que l'OFT estimait qu'elle enfreignait la législation, constitue une circonstance aggravante qui justifie une amende plus lourde. La loi sur la concurrence peut compléter ou remplacer les règles d'accès dans les secteurs réglementés si la doctrine des « installations essentielles » lui est adjointe par le biais de l'article 60 de manière à ce que les acteurs dominants soient obligés de permettre l'accès à leurs systèmes.

Par comparaison, les processus prévus par la loi sur la loyauté des pratiques du commerce sont plus complexes et leurs résultats peuvent sembler peu concluants. La division et le partage des responsabilités entre les différentes étapes (enquête préliminaire, recommandation, rapport et remède) peuvent aboutir à l'expression d'opinions discordantes, ou au moins variables. On peut citer, à titre d'exemple, le traitement des supermarchés, qui a attiré l'attention de la Commission de la concurrence et de l'OFT à plusieurs reprises. En 1981, la Commission a estimé que les supermarchés pouvaient obtenir de leurs fournisseurs d'importants rabais non liés aux coûts et que cela servait l'intérêt général puisque la forte concurrence s'exerçant au niveau du commerce de détail obligeait les supermarchés à répercuter ces rabais sur les prix appliqués aux clients. En 1985, un document de l'OFT a aussi estimé que les consommateurs étaient les premiers bénéficiaires du pouvoir de marché des supermarchés. En 1998, l'OFT s'est à nouveau intéressé au secteur parce que certains estimaient que la concentration s'intensifiait et redoutaient les effets que les hypermarchés installés hors des villes pouvaient avoir sur les zones commerciales traditionnelles du centre des agglomérations. L'OFT n'a pas proposé de réexaminer l'existence du pouvoir de marché en considérant que celle-ci était établie mais il a supposé qu'elle se traduirait par des bénéfices excessifs si la concurrence au niveau du commerce de détail n'était pas assez forte et il a donc essayé de comparer les bénéfices des plus grands établissements au coût du capital ajusté en fonction du risque [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999b]. L'OFT a constaté l'existence des profits élevés qu'il recherchait et il en a déduit que la concurrence dans le commerce de détail était insuffisante, question qu'il a soumise à la Commission de la concurrence en avril 1999.<sup>26</sup> Le rapport remis par cette dernière en octobre 2000 n'a toutefois pas confirmé l'existence de profits excessifs et a, au contraire, à nouveau conclu que le secteur était dans l'ensemble concurrentiel au niveau du détail. Il décrivait des pratiques susceptibles de fausser la concurrence dont la plupart, toutefois, impliquaient des prix bas et non trop élevés. La Commission a admis que toute mesure correctrice visant à contrôler ce qui semblait constituer des « ventes à perte » aurait un effet négatif en provoquant une hausse générale des niveaux de prix et elle n'a donc pas recommandé de mesure de ce type mais elle a préconisé, par contre, l'adoption d'un « code de conduite » visant à empêcher les grands établissements d'intimider les petits fournisseurs.<sup>27</sup>

Les phénomènes complexes d'interaction entre les rôles des diverses institutions apparaissent clairement dans le cas *Milk Marque* examiné en 1999. La Commission de la concurrence a constaté l'existence d'un « monopole d'échelle » dans le secteur des produits laitiers et elle a recommandé que celui-ci soit démantelé.<sup>28</sup> Le ministre n'était pas de cet avis et il a demandé au DGFT d'essayer de parvenir à un consensus avec le secteur sur une réforme à long terme et de négocier des engagements de changement de comportement. *Milk Marque* a rejeté les engagements suggérés par le DGFT, notamment une limitation de l'acquisition de nouvelles capacités de traitement, et proposé, plutôt, de suivre l'approche de la Commission en se scindant en trois entités séparées sur une base géographique. Après avoir consulté le DGFT, qui supervise la mise en oeuvre des mesures correctrices, le ministre a estimé que le démantèlement serait effectivement efficace [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999].<sup>29</sup>

Le système traditionnel britannique n'avait guère d'effet dissuasif sur les monopoles et les oligopoles. Les contrevenants n'encouraient ni une pénalité financière, ni le risque d'un procès privé mais ils pouvaient faire l'objet d'une intervention sur le plan réglementaire (dont les conditions pouvaient être négociées) et d'un démantèlement, dans quelques cas extrêmes. Les rapports de la

Commission de la concurrence ne créaient pas de précédents au sens juridique de sorte qu'ils ne pouvaient donner d'indication fiable sur l'évolution probable de la politique gouvernementale ou même la teneur de la prochaine décision. L'interdiction figurant dans la nouvelle loi sur la concurrence laisse présager des conséquences plus tangibles. Pourtant, bien que le nouveau système vienne d'être introduit, il est déjà envisagé d'apporter de nouvelles modifications au processus traditionnel, ce qui souligne l'importance que le gouvernement accorde à ce domaine d'action. La soumission des questions à la Commission sera généralisée en supprimant l'application du critère juridictionnel de la part de l'offre. La Commission pourrait, en effet, être saisie d'une question si l'OFT estime, après enquête, qu'il existe des raisons de soupçonner la présence d'une entrave à la concurrence. Surtout, le critère général et illimité de l'« intérêt général » doit être remplacé par une norme conventionnelle fondée sur la concurrence, et la décision de la Commission et le remède suggéré seraient sans appel, les ministres pouvant toutefois intervenir dans des cas exceptionnels qui soulèvent des questions d'« intérêt général » comme celles qui concernent la sécurité nationale. L'OFT pourrait être invité à rendre compte de l'efficacité des mesures mises en oeuvre dans les domaines ayant fait l'objet d'une enquête.

#### **2.4. Fusions**

Le processus d'examen des fusions est assez comparable à celui des monopoles, dans le cadre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. La réforme du processus d'examen des fusions est maintenant considérée comme hautement prioritaire, l'un des principaux objectifs visés étant de réduire le degré auquel les décisions semblent être influencées par des facteurs autres que la politique de la concurrence.

Les fusions sont évaluées sur la base du même critère de l'« intérêt général » que celui qui est utilisé pour l'examen des monopoles. Tous les aspects mentionnés dans la loi pour décrire l'« intérêt général » peuvent donc, entre autres, être pris en considération, à savoir: maintien et encouragement d'une réelle concurrence, défense des intérêts des consommateurs, encouragement de l'efficacité, maintien d'une répartition équilibrée de l'industrie et de l'emploi au Royaume-Uni et renforcement de la présence des entreprises britanniques sur les marchés étrangers (OFT, 2001a). La politique de la concurrence constitue la principale base de référence depuis au moins juillet 1984, lorsque le ministre du Commerce et de l'Industrie a déclaré que sa politique avait été, et continuerait d'être, de « saisir la Commission surtout pour des questions de concurrence ». Cette déclaration n'a pas force de loi mais les successeurs de ce ministre ont aussi fait connaître leur intention de suivre les « orientations Tebbit ». En octobre 2000, le ministre en place s'est engagé à accepter l'avis de l'OFT sur les dossiers soumis à son examen, « sauf circonstances exceptionnelles », anticipant ainsi les intentions du projet de réforme en instance concernant les fusions. L'étendue des intérêts généraux à protéger est illustrée par les raisons que la Commission a données, dans son rapport d'avril 1999, pour justifier le refus de l'acquisition de Manchester United par British Sky Broadcasting. La principale raison avancée était l'effet que cet achat pourrait avoir sur la concurrence sur le marché de la télédiffusion du football mais la Commission craignait aussi qu'il ne nuise à l'intérêt général en compromettant l'égalité concurrentielle entre les clubs, sur le terrain. D'autres décisions récentes concernant l'élevage de saumons et les fusions d'ITV illustrent une interprétation encore plus large de ce qui constitue une réduction de la concurrence.

Des seuils structurels déterminent si une fusion peut faire l'objet d'une enquête mais ils ne déterminent pas nécessairement si elle est jugée, en définitive, contraire à l'intérêt général. Une fusion doit soit établir ou renforcer une part de 25% dans l'offre d'un bien ou d'un service au Royaume-Uni ou sur une partie importante de son territoire, soit impliquer l'acquisition d'actifs d'une valeur supérieure à 70 millions de livres sterling (OFT, 2001a). Le seuil juridictionnel que constitue la part de

l'offre joue un rôle analogue à celui joué par le seuil déterminant l'existence d'un « monopole d'échelle » ou d'un « monopole complexe » potentiel dans le cadre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce; il permet de délimiter approximativement un secteur probable d'activité commerciale plutôt que de parvenir à une conclusion sur le marché économique concerné. L'OFT jouit pratiquement d'un pouvoir discrétionnaire illimité pour déterminer si le seuil juridictionnel est atteint.<sup>30</sup> Le gouvernement propose de renoncer au critère des autres « actifs » en faveur d'un critère fondé sur le chiffre d'affaires total au Royaume-Uni des entreprises convoitées et il a fixé le niveau à 45 millions de livres sterling (pour l'ensemble de l'entreprise et de ses filiales et non pas uniquement les domaines d'activité concernés).<sup>31</sup>

Les fusions effectuées dans les secteurs réglementés sont examinées en application des lois relatives à la concurrence, sans la participation officielle des autorités de régulation sectorielle. Ces dernières sont invitées à faire connaître leurs commentaires mais elles ne jouent aucun rôle dans la décision. Les autorités de la concurrence sont habilitées à examiner des opérations voisines de fusions, effectuées dans des secteurs réglementés, telles que les soumissions pour les franchises ferroviaires et les projets de « partenariat entre le secteur public et le secteur privé » qui peuvent justifier une enquête du même type que celles entreprises pour les fusions (OFT, 2001a). Plusieurs décisions concernant des fusions ont soutenu les réformes de la réglementation. Dans le secteur aérien, l'accord entre British Air et CityFlyer Express a été soumis à des conditions limitant le contrôle des créneaux horaires pour encourager la venue de nouveaux concurrents. Dans les accords et acquisitions réalisés dans le secteur de l'électricité et portant sur les équipements de production, les entreprises se sont notamment engagées à procéder à d'importants désinvestissements et modifications de contrats pour préserver la concurrence après la réforme [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Des règles spéciales s'appliquent dans deux secteurs : les fusions dans le secteur de l'eau et des égouts doivent être examinées par la Commission si elles dépassent un certain seuil de capital [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999] et celles concernant les journaux doivent être examinées par la Commission puis être autorisées par le ministre, au-delà d'un certain seuil de diffusion.<sup>32</sup>

Il n'existe pas de méthode analytique type, applicable dans tous les cas même si l'OFT a publié des lignes directrices sur des aspects tels que la définition des marchés. Les autorités examinent de vastes questions comme celle de savoir si une fusion pourrait entraîner une hausse importante et durable des prix, ou une réduction de l'innovation ou du choix, ou léser les intérêts des consommateurs. Les méthodes d'analyse et le traitement des parts de marché peuvent varier selon les cas. La possibilité d'accéder au marché est un aspect qui est pris en compte et les assertions concernant l'efficacité de même que les autres solutions envisageables en dehors de la fusion peuvent être considérées « avec la circonspection qui s'impose » (OFT, 2001a).

Les entreprises ne sont pas tenues d'informer d'une fusion les autorités de la concurrence. Le processus de notification préalable, ajouté en 1989 à la loi sur la loyauté des pratiques du commerce par la loi sur les sociétés (Companies Act), est facultatif. Lorsqu'elles suivent ce processus, qui est entré en vigueur en 1990, les sociétés sont assurées qu'une décision sera prise par l'OFT et le ministre dans un délai de 20 jours ouvrables (qui peut être éventuellement prolongé de quinze jours) [OFT, 2001a; Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Lorsqu'elles ne procèdent pas à cette notification préalable, la loi ne fixe aucun délai pour la saisine de la Commission tant que la fusion n'est pas réalisée. Une fois celle-ci effectuée, elle doit être considérée par la Commission dans un délai de quatre mois [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Le processus de notification volontaire n'est pas aussi largement suivi que certains le pensaient au départ. Certaines entreprises craignent, évidemment, qu'en imposant un délai de décision aux fonctionnaires, cette démarche n'augmente les risques de saisine de la Commission (Wilks, 1999, page 220). Les entreprises prennent souvent des engagements pour éviter les retards et les incertitudes qui entourent les saisines de la Commission.

Les trois institutions de la politique de la concurrence peuvent participer à l'examen d'une fusion. Le rôle du ministre, et donc du pouvoir d'appréciation politique, a été prééminent dans le passé en dépit des nombreux efforts déployés pour le minimiser. L'OFT est chargé de mener l'enquête initiale. Il conseille le ministre sur la question de savoir si une opération doit être approuvée ou soumise à la Commission de la concurrence pour être examinée de plus près. Il peut aussi lui conseiller de chercher à obtenir des engagements de la part des sociétés concernées au lieu de saisir la Commission. Il incombe au ministre de décider s'il convient d'approuver la fusion, de chercher à obtenir des engagements ou de saisir la Commission. Dans ce dernier cas, la Commission mène une enquête approfondie dont elle rend compte au ministre. Si elle conclut que la fusion dessert l'intérêt général, le ministre peut l'interdire, l'autoriser sous certaines conditions ou ne pas prendre de décision. L'OFT est invité à négocier des engagements avec les parties, s'il est décidé d'autoriser la fusion sous certaines conditions. Si la Commission conclut qu'une fusion ne dessert pas l'intérêt général, les parties peuvent la réaliser et le ministre ne peut rien faire (OFT, 2001a). Chacune des institutions de la politique de la concurrence peut donc entreprendre, indépendamment et jusqu'à un certain point, une analyse approfondie de la même opération. Au bout du compte, c'est la décision du ministre qui importe le plus bien que la ministre actuelle ait fait connaître son intention d'accepter l'avis de l'OFT dans cette prise de décision (sauf dans des circonstances exceptionnelles).

Les risques de désaccord et de chevauchement d'activités sont quelque peu réduits par le rôle consultatif que joue le groupe spécial des fusions (Mergers Panel). Ce comité interministériel permanent examine les cas les plus importants et les plus épineux, qui représentent environ 10 pour cent des cas. Créé en 1965, il est actuellement présidé par le directeur de la politique de la concurrence de l'OFT. Il réunit des membres permanents représentant le ministère du Commerce et de l'Industrie et le ministère des Finances et des participants occasionnels représentant les ministères éventuellement concernés (comme ceux des Transports, de l'Agriculture, de la Défense, des Affaires étrangères ou de l'Écosse), les autorités de régulation des services d'utilité publique et la Commission de la concurrence. Il examine un bref document présenté par un fonctionnaire responsable du dossier qui résume les questions en jeu et indique au DGFT si, à son avis, le dossier doit être soumis à la Commission. S'il l'est, le document du groupe spécial constitue le point de départ de l'enquête de la Commission. La présence des ministères concernés et des autorités de régulation donne à penser que le groupe spécial des fusions peut fournir l'occasion d'examiner toute une série de questions, voire même de procéder à un marchandage sur les saisines.

Les consultations préalables sont encouragées et même officiellement prévues sous l'appellation de « consultations confidentielles ». Les parties à une fusion peuvent interroger l'OFT sur la probabilité de la saisine de la Commission de la concurrence une fois le projet divulgué. Les consultations peuvent être soumises au processus du groupe spécial des fusions et l'avis qu'il est suggéré de donner au ministre pour sa prise de décision est approuvé par les fonctionnaires du DTI et les ministres. Le processus est totalement confidentiel et il se prête donc à l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire passé sous silence. Les discussions et négociations peuvent, en conséquence, aboutir à une solution qui télescope les procédures officielles d'examen et de saisine.

Le sentiment que le processus est soumis à une influence politique ou autre est plus fort que les faits ne le justifient. Les désaccords publics entre fonctionnaires peuvent tenir à des différences d'opinion sur le bien-fondé de la politique de la concurrence en ce qui concerne les fusions. Le ministre a rejeté l'avis du DGFT dans 23 cas jusqu'en 1997, en refusant quatorze fois de saisir la Commission et en la saisissant au contraire neuf fois alors qu'il lui avait été conseillé de ne pas le faire. Il a aussi refusé parfois de suivre les recommandations de la Commission. En 1995, le ministre en poste a autorisé une fusion alors que la Commission avait estimé qu'elle était contraire à l'intérêt général. En 1996, il a décidé, en accord avec une minorité de membres de la Commission (et le DGFT), de bloquer deux fusions dans le secteur de l'électricité alors que la Commission les avait

approuvées sous condition et en 1997, il en a rejeté une autre dans des circonstances analogues. L'approche générale adoptée par la personne qui détient le portefeuille joue un rôle déterminant : un ministre a saisi 23 fois la Commission en une seule année (1989-1990) alors qu'un autre ne l'a saisie que six fois en plus de trois ans (1992-1995). De telles dissensions n'ont pas été observées au cours des dernières années mais les grandes variations constatées dans les façons de procéder et la publicité qu'attirent les interventions ministérielles confirment certains dans l'idée, partagée dit-on par des observateurs spécialisés, que les autorités britanniques de la concurrence sont nettement moins indépendantes du pouvoir politique que celles de certains autres pays (PWC, 2001, page 23).

Après l'adoption de la loi sur la concurrence de 1998, la réforme des fusions est devenue la prochaine priorité sur le plan législatif. Les propositions de modification du processus d'examen des fusions ont fait l'objet de deux séries de consultations publiques depuis 1999. Elles visent principalement à souligner l'importance des facteurs de la concurrence et à réduire le rôle du ministre. Le critère fondamental de l'effet sur l'« intérêt général » serait remplacé par celui de « forte diminution de la concurrence ». Les propositions ne reprennent délibérément pas le critère de « domination » de l'UE parce que le critère plus large des effets sur la concurrence serait mieux adapté aux situations oligopolistiques.

Pour bien montrer qu'il est important de fonder les décisions concernant les fusions sur les aspects ayant trait à la politique de la concurrence, le processus serait simplifié pour que le ministre n'intervienne pas dans la plupart des cas. L'OFT réaliserait une enquête préliminaire et si celle-ci faisait apparaître des risques de problèmes au niveau de la concurrence et des faits confirmant que la question est bien de son ressort, il soumettrait le dossier à la Commission pour une enquête plus poussée. La décision de la Commission serait sans appel.<sup>33</sup> Le ministre n'aurait aucun pouvoir de décision en ce qui concerne la saisine de la Commission ou les remèdes sauf pour une « petite minorité » de cas soulevant des « problèmes d'intérêt général exceptionnels » bien définis qui, jusqu'à présent, seraient limités au domaine de la sécurité nationale. La question de la définition du pouvoir discrétionnaire laissé au ministre pour intervenir ou aller à l'encontre d'un avis a été énormément débattue. La solution retenue consistera probablement à mentionner un critère dans la loi et à indiquer aussi que d'autres critères pourraient être ajoutés par une résolution parlementaire allant dans ce sens. Le souci de l'intérêt général serait pris en considération dès le début de l'enquête afin qu'il ne puisse être invoqué à la fin pour revenir sur une décision; en revanche, un nouveau critère d'« intérêt général » pourrait être ajouté par décision ministérielle avant d'être confirmé par le Parlement. Le gouvernement a souligné qu'il n'envisageait pas actuellement d'ajouter un autre critère à celui de la sécurité nationale.

La façon dont la proposition envisage que d'autres aspects pourraient être plus importants que les effets sur la « concurrence » implique qu'au moins pour les besoins de la politique à l'égard des fusions, la « concurrence » est essentiellement conçue en termes structurels. Selon la proposition, l'OFT ou la Commission serait en effet autorisé(e) à considérer les effets positifs pour les consommateurs comme une raison d'autoriser une fusion, jugée anticoncurrentielle à d'autres égards, ou à assouplir les conditions qui lui sont imposées. Or, les effets positifs pour les consommateurs qui sont décrits (prix plus bas ou plus grande innovation, sélection ou qualité des produits ou des services) sont ceux que l'on attendrait d'une fusion favorable à la concurrence. Il est difficile d'imaginer qu'une fusion qui ferait baisser les prix, renforcerait l'innovation et améliorerait les services fournis, puisse être jugée défavorable à la concurrence sauf dans la mesure, sans importance, où elle augmenterait la concentration ou, plus étroitement, où des marchés particuliers seraient considérés isolément en ignorant les complémentarités stratégiques entre eux, qui seraient favorables à la concurrence. L'intention est peut-être d'établir des principes permettant de justifier l'approbation d'une fusion dépassant les limites fixées empiriquement à la concentration. Il se peut aussi que les pouvoirs publics veuillent souligner que les consommateurs doivent bénéficier de certains des avantages qui découlent d'une fusion augmentant à la fois l'efficacité et le pouvoir de marché.

## 2.5. *Protection des consommateurs*

Les liens entre la politique de la concurrence et la politique à l'égard des consommateurs sont potentiellement forts. La reconstruction de la politique britannique de la concurrence, en 1973, tient en partie aux pressions exercées en faveur de la prise en compte des intérêts des consommateurs. L'OFT a joué un rôle important dans la protection de ces derniers ainsi que dans la politique de la concurrence, dès le départ.<sup>34</sup> Pendant de nombreuses années, la protection des consommateurs a été le rôle le plus visible de l'OFT. C'est d'ailleurs peut-être toujours le cas, si l'on en juge par l'importance de la place que les questions concernant les consommateurs occupent sur le site Internet de l'OFT. Parmi les fonctions que celui-ci a assumées pour protéger les consommateurs figurent : l'encouragement de l'adoption de codes déontologiques sectoriels pour les services fournis à la clientèle, l'octroi de licences aux entreprises qui offrent un crédit à la consommation [dans le cadre de la loi sur le crédit à la consommation (Consumer Credit Act)], la mise au pas des agents immobiliers [dans le cadre de la loi sur les agents immobiliers (Estate Agents Act)], la prévention des contrats de consommation abusifs [dans le cadre des règlements relatifs aux contrats de consommation prévoyant des conditions abusives (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations)] et l'interdiction de la publicité trompeuse [application des règlements contrôlant les annonces publicitaires trompeuses (Control of Misleading Advertisements Regulations), soutien de l'autorité chargée des normes de la publicité (Advertising Standards Authority) et des services des normes du commerce (Trading Standards Departments) des administrations locales]. La responsabilité de la publicité est divisée et d'autres règles ou organismes couvrent la publicité télévisée et la publicité du crédit. Dans la description qu'il donne de sa mission générale, l'OFT souligne qu'il défend l'intérêt des consommateurs en assurant la concurrence des marchés. Il est généralement admis qu'il est important de lier les intérêts des consommateurs à la réforme axée sur la concurrence. Dans les secteurs réglementés, des organismes indépendants représentant les consommateurs, constitués par le gouvernement et financés par un prélèvement, sont actuellement mis en place. Il est trop tôt pour dire comment ils fonctionneront ou ce qu'ils feront mais le but recherché est clair. Il est envisagé, dans les toutes dernières propositions du gouvernement, d'habiliter ces organismes ainsi que les ONG de défense des consommateurs à déposer officiellement des « superplaintes » portant sur des problèmes de concurrence qui se posent à l'échelle de tout un secteur.

## 3. **Questions institutionnelles : structures et méthodes d'application de la politique de la concurrence**

La structure institutionnelle prévue pour appliquer la politique de la concurrence reste d'une complexité frappante même après les réformes de 1998. Avant ces réformes, quatre institutions se partageaient les responsabilités : le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI), la Commission des monopoles et des fusions (Monopolies and Mergers Commission), le Tribunal des pratiques restrictives (Restrictive Practices Court) et le directeur général de la loyauté des pratiques du commerce (DGFT). Elles sont au nombre de trois aujourd'hui, mais l'une d'entre elles a été scindée en deux puisque le Tribunal des pratiques restrictives a été supprimé mais que la Commission des monopoles et des fusions est devenue la Commission de la concurrence divisée en deux parties dont l'une se consacre à l'établissement de rapports et l'autre à l'examen des recours (tribunaux d'appel). À cela s'ajoutent les nombreux autres organismes qui appliquent la politique de la concurrence dans des secteurs particuliers et qui sont décrits dans la prochaine section. De nouveaux changements s'annoncent puisque le gouvernement a l'intention de remplacer le DGFT par un conseil comprenant plusieurs membres.

### 3.1. *Les institutions de la politique de la concurrence*

Le directeur général de la loyauté des pratiques du commerce (DGFT) est le principal fonctionnaire chargé d'appliquer la politique. Il est soutenu par l'Office de la loyauté des pratiques du commerce (Office of Fair Trading), service gouvernemental non ministériel qui emploie environ 500 personnes au total. Le DGFT est nommé pour cinq ans par le ministre du Commerce et de l'Industrie à l'issue d'une procédure de sélection qui s'applique généralement aux fonctionnaires candidats à des postes comparables. Une fois nommé, il mène indépendamment ses activités dans le cadre des lois de la concurrence (OFT, 2001a). Ces lois accordent des pouvoirs juridiques et de décision au DGFT lui-même et non pas à l'OFT.

Il se peut que le DGFT cède la place à une instance collégiale. Dans le livre blanc qu'il a publié en juillet et dans son projet de loi sur les entreprises, le gouvernement a, en effet, fait connaître son intention de transformer le DGFT en conseil au lieu d'un décideur unique. Le conseil proposé serait composé de hauts fonctionnaires de l'OFT et, pour l'essentiel probablement, de membres externes à temps partiel. Toutes ces personnes seraient nommées suivant le même processus que celui utilisé actuellement pour le DGFT et il leur serait demandé de prouver qu'elles disposent d'une expérience ou de connaissances appropriées. Le conseil serait habilité par la loi à participer à la prise de décision et aux fonctions d'exécution.<sup>35</sup> Les membres à temps partiel ne devraient pas officiellement représenter des intérêts ou des secteurs particuliers mais, selon toute vraisemblance, les nominations refléteraient les principaux groupes d'intérêts. D'autres autorités de régulation britanniques indépendantes sont passées d'une structure reposant sur une seule personne à un conseil. Pour celles régissant les télécommunications et l'énergie, la première étape a consisté à constituer un « groupe consultatif » pour ouvrir la voie à un organisme composé de plusieurs membres. Imitant ce précédent, le DGFT a annoncé la formation d'un groupe consultatif, le 2 mai 2001. Ce groupe consultatif est composé de membres ayant l'expérience des questions concernant les consommateurs, les collectivités locales, le monde des affaires, les médias et les milieux universitaires. Le DGFT, dont le rôle avait été de mener des enquêtes, de recommander des décisions et de demander à d'autres instances, comme le Tribunal des pratiques restrictives, de prendre des décisions, agit maintenant comme le principal décideur en vertu des dispositions de la loi de 1998 sur la concurrence. Une structure reposant sur une seule personne est probablement la plus efficace pour les fonctions d'« exécution ». Il faudra faire preuve de discernement pour concevoir une instance collégiale capable de remplir efficacement ce qui reste du rôle de « procureur » à jouer tout en maintenant un processus de décision collective transparent et prévisible.

Une instance collégiale est déjà profondément impliquée dans les questions de concurrence, bien sûr. La Commission récemment devenue la « Commission de la concurrence » est le plus ancien organisme européen chargé de la concurrence est l'un des plus anciens de la zone de l'OCDE. Elle a eu essentiellement pour rôle d'étudier et de recommander, plutôt que de parvenir à une décision finale, bien que l'on puisse en fait parler de décision finale lorsqu'elle estime qu'une fusion ou un monopole ne compromet pas l'intérêt général. Elle comprend deux membres à plein temps : son président et le président des tribunaux d'appel. Tous ses autres membres sont des membres à temps partiel : les deux vice-présidents, les 55 membres du groupe chargé d'établir les rapports, les 23 membres du groupe chargé des questions concernant l'électricité, l'eau, les télécommunications et les journaux (dont 8 sont aussi membres du groupe établissant les rapports) et les 20 membres du groupe des tribunaux d'appel dont l'un est aussi membre du groupe chargé d'établir les rapports. Les membres sont nommés par le ministre du Commerce et de l'Industrie pour une période de quatre ans, renouvelable une fois. La commission initiale était dominée par des juristes mais les économistes prédominent aujourd'hui. (Certains ont craint, au départ, que les économistes « ne risquent de défendre des points de vue fanatiques susceptibles de conduire à l'établissement de rapports reflétant des vues minoritaires ».)<sup>36</sup> Les membres de la Commission viennent de milieux variés et du fait que leur présence n'est exigée qu'à temps partiel, ils occupent généralement aussi d'autres fonctions.

Le rôle traditionnel de la Commission a été d'enquêter et de rédiger des rapports sur les questions qui lui sont soumises. Elle est saisie par le ministre du Commerce et de l'Industrie, le DGFT et les autorités réglementant des secteurs particuliers.<sup>37</sup> Les questions qui lui sont soumises sont essentiellement de quatre types : monopoles, fusions et fusions d'éditeurs de journaux (dans les trois cas, au titre de la loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce) et services d'utilité publique et autres détenteurs de licences (au titre de plusieurs lois sectorielles). La Commission est saisie par les autorités de régulation lorsqu'une entreprise refuse de modifier les conditions de sa licence, comme elles le lui demandent. À la fin de chaque enquête, elle soumet au ministre ou à l'autorité de régulation un rapport exposant les faits observés ainsi que ses conclusions et recommandations. Dans le cas des fusions et des monopoles, elle doit déterminer si l'opération ou la situation est contraire à l'intérêt général et dans celui des licences, si l'intérêt général serait lésé si les conditions de la licence n'étaient pas modifiées.<sup>38</sup>

Les tribunaux d'appel font partie de la Commission mais ils fonctionnent séparément. Créés pour prendre connaissance des recours formés contre des décisions prises en application de la loi de 1998 sur la concurrence et se prononcer sur eux, ils sont entrés en activité pendant l'année 2000 et ils ont connu leur première affaire en 2001. Ils peuvent confirmer, écarter ou modifier une décision prise par le DGFT ou une autorité de régulation sectorielle, renvoyer la question pour qu'elle fasse l'objet d'une autre action et, en général, ils prennent n'importe quelle autre décision que le DGFT ou l'autorité de régulation aurait pu prendre (Commission de la concurrence, 2000). Comme c'était déjà le cas pour le Tribunal des pratiques restrictives qu'ils ont essentiellement remplacée, nombre de leurs membres n'avaient aucune connaissance approfondie ou expérience de la politique ou de l'analyse de la concurrence au moment de leur nomination. (Deux des membres initiaux étaient d'anciens membres non juristes du Tribunal des pratiques restrictives). Le président, par contre, est un expert puisque c'est un avocat qui s'était spécialisé dans le droit de la concurrence et qui a siégé pendant sept ans au Tribunal de première instance de l'Union européenne (Commission de la concurrence, 2000).

Le ministère du Commerce et de l'Industrie se trouve au sommet de la structure institutionnelle. Soutenu par le personnel de la direction de la politique de la concurrence, le ministre est habilité à nommer le DGFT et les membres de la Commission, à élaborer la législation et la politique gouvernementale concernant la concurrence et à décider les renvois et les recours pour les questions de fusion et de monopole. Pour reprendre l'image colorée utilisée par un historien, le ministre « est le soleil autour duquel tourne la politique britannique de la concurrence » (Wilks, 1996, page 150). Le chevauchement des responsabilités se traduit par un certain doublement des ressources et des efforts tant au niveau de dossiers particuliers que de l'ensemble de la politique. De par sa participation à l'équipe gouvernementale, le DTI est considéré comme jouant un rôle dominant. Le ministre est habilité par la loi à fixer des orientations pour les questions soulevées et les priorités et il est intervenu au moins une fois, en 1994, pour empêcher le DGFT de poursuivre une enquête. Conscient du fait que ce pouvoir d'intervention, même s'il n'est que rarement utilisé (voire pas du tout : la faculté de donner des instructions à un groupe d'enquête de la Commission<sup>39</sup> n'a jamais été utilisée), permet de douter que les décisions d'application soient prises indépendamment et sur la base du bien-fondé de chaque cas, le DTI a cherché à limiter son activité à l'action gouvernementale. Les récentes modifications apportées à la loi, comme les propositions de réforme actuelles, visent à permettre davantage au DGFT et à la Commission de prendre des décisions définitives et à limiter la possibilité d'intervention du ministre dans les décisions d'exécution. Le DTI propose aussi que l'OFT joue un rôle stratégique plus important et plus visible en l'encourageant à attirer l'attention sur les problèmes de concurrence qui résultent de la réglementation et en sollicitant son aide dans l'examen des propositions de réglementation.



L'importance de l'indépendance de la prise de décision est bien comprise et assez bien respectée, hormis quelques cas exceptionnels. Au sein de la Commission, l'indépendance est une priorité profondément enracinée dans la culture interne de cet organisme quasi judiciaire. Dans un équilibre subtil et typiquement britannique entre indépendance et réceptivité, la Commission a négocié, en 1996, un « protocole d'accord » avec le DTI et un aspect de l'une des tâches définies était de maintenir l'indépendance des membres. En pratique, le DTI ne donne pas d'instructions à l'OFT ou à la Commission pas plus qu'il n'intervient dans des cas individuels mais le détachement et les mouvements de personnel entre les trois instances favorisent la cohérence des points de vue à long terme et la création de circuits de communication. Selon certains, le public resterait sceptique, malgré les assurances données. Une enquête menée, en 1988, auprès de personnalités influentes a montré que peu d'observateurs pensaient que la Commission échappait à toute pression gouvernementale et que d'autres instances (y compris l'OFT) étaient considérées comme sensiblement plus indépendantes.<sup>40</sup> Une autre enquête menée en 2001 a constaté que ce scepticisme n'avait pas disparu (PWC, 2001). Cela montre à quel point il est difficile d'établir de façon crédible l'indépendance de la prise de décision quand la notion de responsabilité ministérielle imprègne traditionnellement la conception de l'administration publique. Dans le nouveau processus proposé pour les fusions, l'étendue du pouvoir de définition des conditions de son intervention laissé au ministre est définie de façon assez ambiguë et elle est accompagnée de l'assurance que le gouvernement n'a pas l'intention d'utiliser cette prérogative, du moins « pour l'instant ».

L'OFT comme la Commission ont pris des initiatives importantes pour mieux expliquer leurs processus et leurs décisions au public et ils ont notamment organisé, en 1999, de vastes consultations du public sur la transparence de ces processus. La publicité faite autour de ses rapports finaux a toujours constitué un aspect important du travail de la Commission puisque l'une de ses principales fonctions est d'informer le public et d'influer sur les normes de l'industrie. Depuis quelque temps, elle divulgue aussi largement les étapes intermédiaires de ses processus. Elle a commencé à diffuser, en 1998, sa « lettre sur les questions en jeu » dans laquelle elle expose ses préoccupations dans le cadre d'une enquête et elle a organisé des audiences publiques, à titre expérimental. L'OFT, quant à lui, a commencé à publier ses analyses et les avis qu'il communique au DTI sur l'opportunité de saisir ou non la Commission pour telle ou telle fusion, et à faire le point de la situation concernant les fusions sur son site Internet. La loi sur la concurrence stipule que le DGFT doit publier ses décisions et s'efforcer de consulter le public sur les propositions d'octroi d'exemptions individuelles. Après notification d'une décision, le public peut aussi être consulté sur un projet de décision tendant à indiquer qu'il n'y a pas eu violation de l'interdiction (OFT, 2001a). Certains observateurs craignent que les efforts déployés pour rendre les délibérations plus transparentes aient cessé d'être rentables dans la mesure où ils alourdissent les coûts sans rien ajouter. La publication des détails de l'avis donné sur une fusion peut, par exemple, avoir tendance à obliger le DGFT à adopter une certaine position et contraindre la Commission à se justifier si elle s'en écarte. Il est ressorti des audiences publiques organisées par la Commission que les discussions avec le public avaient des effets positifs mais qu'elles créaient aussi des complications du fait que les questions mentionnées à l'intention du public ne sont pas toutes totalement en rapport avec les problèmes de concurrence et le fait que l'industrie semble être au banc des accusés est incompatible avec le rôle neutre de recherche factuelle qui est attribué à la Commission (Commission de la concurrence, 2000).

Si l'opinion publique était incertaine de la ligne d'action du gouvernement britannique dans le domaine de la concurrence, c'est notamment parce que la Commission s'obstinait à refuser que ses propres décisions et rapports puissent lui servir de précédents pour des décisions ultérieures. Faire preuve d'ouverture d'esprit en se montrant disposé à mettre en question des conclusions atteintes antérieurement lorsqu'on examine des faits nouveaux témoigne d'une curiosité intellectuelle tout à fait louable mais laisser d'importantes questions perpétuellement ouvertes ou exposées à des changements de position radicaux peut gêner la planification des entreprises. L'OFT a essayé d'aider celles-ci à

tenir compte dans leur planification des effets de la loi sur la concurrence en publiant une série complète de guides détaillés qui ont été mis au point à l'issue d'un processus de consultation du public. Les 18 guides finaux qui peuvent maintenant être consultés sur le site Internet de l'OFT couvrent des sujets généraux, comme la définition des marchés, le pouvoir de marché et les moyens d'enquête de l'OFT, ainsi que des sujets particuliers et techniques, comme les effets de la législation sur les associations professionnelles et les organismes d'autoréglementation, la détermination des pénalités par le DGFT et la portée de l'exclusion des accords fonciers. Plusieurs des guides projetés ou établis expliquent comment la loi sera appliquée par les autorités de régulation sectorielle dotées de compétences parallèles.

La publication de la nouvelle loi s'est aussi accompagnée d'une campagne d'éducation du public. Pour faire prendre conscience de l'extension des pouvoirs d'enquête, l'OFT a distribué 3 000 exemplaires d'une vidéo montrant une rafle des actions d'une société à l'ouverture de la Bourse. Les fonctionnaires de l'OFT ont prononcé des centaines de discours et organisé des opérations « portes ouvertes » dans tout le pays. Des informations sur la loi ont été directement adressées par la poste en même temps que les formulaires de TVA à 1,6 million d'entreprises (Bloom, 2000). Un million d'exemplaires des prospectus expliquant la loi a été imprimé pour être distribué par d'autres voies [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Malgré cela, si l'on en croit certains, les entreprises et les responsables de l'élaboration des politiques seraient peu sensibilisés aux questions concernant le respect de la concurrence. Les premières grosses amendes infligées au titre de la nouvelle loi et les décisions en matière de fusion qui font les gros titres des journaux devraient contribuer à y remédier.

### **3.2. Application du droit de la concurrence**

Les rôles, les fonctions et les relations de ces institutions varient suivant les dispositions de fond qui sont invoquées. Les moyens d'application renforcés ont presque tous été donnés au DGFT dont le rôle est donc de plus en plus important. En vertu des dispositions de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce, le DGFT soumet les questions de monopole à la Commission. Le ministre peut aussi saisir la Commission d'une situation potentiellement monopolistique, de sa propre initiative, et il peut opposer son veto à la saisine de la Commission par le DGFT pour une question de monopole (mais il ne l'a jamais fait). La Commission publie un rapport et des recommandations mais le ministre décide quelle action prendre éventuellement et il la met en oeuvre tandis qu'il incombe au DGFT de s'assurer que la décision est respectée (OFT, 2001a). Le processus d'examen des fusions est assez semblable au processus prévu pour les monopoles (mais la réforme proposée rendrait la décision de la Commission définitive dans presque tous les cas). Le processus d'application de la loi de 1980 sur la concurrence a aussi impliqué la saisine de la Commission et une prise de décision finale par le ministre.<sup>41</sup> De plus en plus, toutefois, les questions (y compris celles concernant les fusions) étaient résolues par la prise d'engagements négociés par le DGFT, sans que la Commission soit saisie. Maintenant, l'application de la nouvelle loi de 1998 sur la concurrence est principalement confiée au DGFT (et aux autorités de régulation sectorielle, comme on le verra plus loin) qui prend en premier lieu des décisions formelles, applicables, qui sont révisables par un tribunal d'appel de la Commission et le DTI n'a aucun rôle à jouer.

La démarche adoptée par l'OFT à l'égard des accords restrictifs était de nature administrative, dans le cadre de l'ancienne législation, alors que dans celui de la loi de 1998 sur la concurrence, elle se fait de plus en plus inquisitoriale. La loi de 1976 sur les pratiques commerciales restrictives stipulait que les accords restrictifs susceptibles d'être portés devant le Tribunal des pratiques restrictives devaient être notifiés. La loi sur la concurrence de 1998 a abrogé ce texte<sup>42</sup> mais elle maintient un certain processus de notification qui ne revêt toutefois plus un caractère obligatoire. L'OFT décourage les parties de recourir à ce processus. Comme l'UE, il essaie de concentrer ses ressources sur l'examen des accords problématiques et de ne plus chercher à rassurer les parties sur

des accords inoffensifs (Bloom, 2000). La publicité faite à l'étendue des exemptions jointe à la perception de droits élevés pour la fourniture de conseils et la prise de décisions semble avoir eu l'effet recherché. Dix notifications seulement ont été enregistrées pendant l'année 2000, alors qu'entre 2 000 et 3 000 plaintes étaient déposées auparavant chaque année (Bloom, 2000).

Le DGFT jouit de pouvoirs d'investigation et de décision étendus. Ses pouvoirs d'investigation, qui lui ont été conférés par la loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce, ont été notablement renforcés par la loi de 1998. Le seuil juridictionnel a été assoupli pour lui permettre d'enquêter plus facilement sur les ententes secrètes. Maintenant, une enquête officielle peut être lancée lorsque le DGFT a « des motifs raisonnables de soupçonner » l'existence d'une entente [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. L'enquête peut impliquer d'exiger la communication de certains documents ou de certaines informations, de pénétrer dans des locaux et d'y faire une perquisition, à condition d'être muni du mandat nécessaire (OFT, 2001). Les sanctions encourues en cas de refus de coopérer peuvent être lourdes : une action visant délibérément à entraver une enquête peut être sanctionnée par deux ans de prison et une amende (articles 42 et 43). Un programme de clémence encourage les participants à des ententes à fournir des informations sur elles en offrant de réduire ou de supprimer les pénalités financières qu'ils encourent. Le processus de décision rappelle celui de l'UE : la notification aux parties de la « règle 14 » qui expose les faits, les conclusions, l'évaluation juridique, l'action proposée et le raisonnement, s'apparente à un « exposé des griefs ». Les parties peuvent y répondre verbalement ou par écrit et elles ont la possibilité de consulter le dossier de l'OFT (Bloom, 2000). La loi sur la concurrence habilite le DGFT à décider si la législation a été enfreinte, à prendre des mesures intérimaires, à donner des instructions et à imposer des pénalités financières. Ces pénalités peuvent représenter jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé au Royaume-Uni par l'entreprise pendant la période d'infraction à la législation (dans la limite de trois ans).

La Commission de la concurrence n'a pas été conçue comme une instance d'exécution, en dépit de son caractère quasi judiciaire et sa façon de procéder a été relativement informelle et flexible. Les enquêtes sont réalisées par des groupes composés de 4 à 6 membres. Chaque groupe est généralement soutenu par une personne responsable du dossier, un économiste et un comptable. Il peut aussi faire appel à des consultants extérieurs. Il peut, en outre, fixer ses propres règles sous la direction du président. Chaque enquête fait l'objet d'une annonce dans la presse et les principales parties concernées sont contactées directement. Le calendrier est publié sur le site Internet de la Commission. Le groupe d'enquête peut organiser des réunions « ouvertes » avec le public ou des réunions « conjointes » permettant aux principales parties concernées de faire connaître leur point de vue. Les informations sont réunies à l'aide de questionnaires, d'enquêtes sur le secteur en jeu et de visites sur place. La Commission peut obliger les parties à lui fournir des informations mais la procédure est lourde dans ce cas et elle préfère donc compter sur la coopération des parties; elle a refusé, dans le passé, d'obliger une partie à répondre même lorsqu'elle savait que les responsables mentaient (Wilks, 1999, page 57, 122). La coopération est encouragée par une forte protection de la confidentialité. Les documents confidentiels de l'entreprise concernée ne seront pas divulgués tant que celle-ci sera en activité. Les principales parties sont informées des conclusions provisoires et des remèdes envisagés par une « lettre exposant la situation ». Cette lettre est normalement diffusée sur le site Internet et la déclaration concernant les remèdes peut l'être aussi. Les participants ont parfois fait savoir qu'ils trouvaient déroutante l'absence de réquisitoires et de plaidoiries, structures qui seraient attendues dans le cas d'une instance qui ressemble à une instance judiciaire. Les auditions sont transcrites mais les déclarations ne sont pas faites sous serment et elles ne font pas l'objet de contre-interrogatoires. Afin de répondre aux plaintes fréquemment formulées contre les retards observés, la Commission a pris des mesures pour respecter les délais fixés et elle atteint maintenant le plus souvent ses objectifs qui sont de fermer les dossiers en trois mois lorsqu'ils concernent une fusion, en neuf mois, lorsqu'ils concernent un monopole et, en six mois, lorsqu'ils concernent des services d'utilité publique. Une fusion ou un monopole ne peut être déclaré contraire à l'intérêt général par la Commission qu'à la majorité des deux tiers de ses membres.

Les nouveaux tribunaux d'appel de la Commission peuvent réexaminer les décisions appliquant la loi sur la concurrence et prendre n'importe quelle mesure que le DGFT ou l'autorité réglementaire aurait pu prendre. Ils ont des pouvoirs étendus et peuvent confirmer, annuler ou modifier une décision ou le montant d'une pénalité ou renvoyer la question pour qu'elle fasse l'objet d'un plus ample examen (loi sur la concurrence, annexe 8; Competition Commission, 2000). Dans le cadre de ce processus, le tribunal réexamine la question et peut recueillir de nouveaux témoignages. Il n'a pas de préjugé favorable en faveur de la décision prise antérieurement. Étant donné l'étendue des pouvoirs qui leur ont été conférés par la nouvelle législation, les tribunaux d'appel pourraient devenir la principale instance de décision. Les procédures qu'ils suivent sont un peu plus formelles que celles suivies pour la notification à la Commission. Elles s'inspirent de celles du Tribunal de première instance des Communautés européennes qui examine les recours formés contre les décisions de la Commission européenne concernant la concurrence. Elles privilégient l'économie et la rapidité en prévoyant que les arguments et les éléments probants de chaque partie soient exposés tôt dans le cadre d'une gestion active des dossiers par les tribunaux qui permet de détecter rapidement les problèmes et d'éviter les retards, en imposant des calendriers rigoureux et en s'appuyant sur des procédures efficaces pour établir les faits contestés et en veillant à ce que les auditions soient structurées et respectent des délais précis. L'objectif est de fermer les dossiers simples en moins de six mois (Competition Commission, 2000). Ces règles envisagent un processus simplifié, reposant principalement sur des documents écrits, et suivi sous la direction du juge-rapporteur qui doit focaliser l'attention sur les points à éclaircir et ceux appelant une éventuelle confrontation. Les règles fixées encouragent le traitement « à chaud » des dépositions d'experts par le recours à une « discussion structurée, en présence de la cour, entre les parties concernées et leurs experts » pour réduire l'importance des divergences de vue avant l'audition.

D'autres recours ou réexamens sont possibles mais les motifs qui peuvent être invoqués sont limités. La Cour d'appel (Court of Appeal)<sup>43</sup> peut connaître des appels contre des décisions des tribunaux d'appel portant sur un point de droit ou sur le montant d'une pénalité (Competition Commission, 2000). Un recours administratif (Judicial review) est aussi possible pour contester une injustice d'ordre procédural, une action *ultra vires* ou une décision dont le bien-fondé est fondamentalement contestable. Le processus du recours administratif, qui était rarement utilisé et qui, jusqu'à présent, n'avait pas donné de résultats satisfaisants, est de plus en plus courant et, en 2001, il a abouti, pour la première fois, au rejet d'une conclusion de la Commission de la concurrence. Celle-ci a toujours soutenu que ses décisions portant sur des faits précis ne créaient pas de précédents pour d'autres décisions mais pour les questions concernant les services d'utilité publique, au moins, les juges du recours administratif semblent escompter une certaine cohérence de fond entre ses décisions. Dans l'affaire *Scottish Hydro-Electric*, une entreprise a convaincu une Cour d'appel que la Commission aurait dû la traiter comme elle avait traité une autre entreprise du même secteur, bien que l'entreprise plaignante ait accepté des conditions moins favorables avant que la Commission ne se prononce sur le cas de l'autre entreprise.

### 3.3. *Autres moyens d'application de la législation*

Des parties privées peuvent intenter une action en justice pour obtenir une réparation et des dommages-intérêts par injonction en cas de transgression des interdictions du chapitre I ou du chapitre II de la loi. Les constatations du DGFT (contre les contrevenants) ont force exécutoire dans les actions intentées par des tiers pour obtenir réparation d'une infraction (Bloom, 2000). Si le DGFT ne prend aucune mesure ou ne constate pas l'existence d'une infraction, le plaignant déçu a la possibilité, quoique limitée, de chercher à obtenir une décision ailleurs. À condition qu'il soit suffisamment motivé, il peut demander au DGFT de retirer ou de modifier une décision (sauf si elle concerne une pénalité ou s'il s'agit d'une modification après appel). Une décision formelle de non-infraction

pourrait faire l'objet d'un recours mais il pourrait ne pas en aller de même pour le simple rejet d'une plainte sans décision formelle; c'est une question qui n'a pas encore été testée auprès des tribunaux. Le DGFT a des chances d'utiliser le pouvoir dont il jouit de prendre et de publier une décision de non-infraction pouvant faire l'objet d'un recours pour clarifier la loi, établir un précédent ou répondre aux considérations d'intérêt général qui sont incluses dans la plainte. Un plaignant déçu pourrait aussi tenter un recours administratif (OFT, 2001a). La loi de 1973 sur la loyauté des pratiques du commerce offre la possibilité d'une action privée puisqu'elle permet à des parties privées de saisir la justice pour faire appliquer un engagement (OFT, 2001a). La doctrine du « common law » qui invalide les contrats qui restreignent le commerce de façon déraisonnable est peut-être toujours applicable. Elle a été étroitement appliquée bien que les tribunaux aient autorisé des tierces parties, n'ayant aucun intérêt dans les contrats, à les contester (Whish, 1985, pages 26 à 35). La possibilité d'intenter une action au nom de toute une catégorie de parties lésées n'a pas encore été exploitée puisque le droit britannique ne prévoit pas les « actions collectives » (Bloom, 2000). La nouvelle législation semble avoir stimulé l'intérêt dans les initiatives privées (Bloom, 2000). Le gouvernement souhaite les encourager davantage puisque l'ensemble de dispositions législatives de 2001 promet d'introduire de nouvelles procédures pour les dédommagements, un nouveau droit d'appel direct auprès des tribunaux d'appel de la Commission contre les décisions de l'OFT pour l'obtention de mesures intérimaires pendant l'examen d'une question et la possibilité pour les tierces parties de déposer des demandes de dommages-intérêts auprès des tribunaux d'appel après la constatation par l'OFT ou la Commission européenne d'une infraction pour laquelle les voies de recours ont été épuisées.

Des actions privées peuvent être intentées au Royaume-Uni contre des violations des dispositions du traité de l'UE qui sont analogues, en substance, à celles de la législation britannique. Le DGFT n'est toujours pas habilité à appliquer l'article 81 ou l'article 82 (Bloom, 2000) (bien que le gouvernement ait l'intention de lui conférer ce pouvoir pour la mise en oeuvre des réformes du système d'application de l'UE qui élargissent le rôle des autorités nationales de la concurrence). Peu d'actions privées ont été intentées au Royaume-Uni au titre de la législation de l'UE et aucun tribunal n'a accordé de dommages-intérêts. Du fait de l'instruction donnée dans l'article 60 de la loi sur la concurrence de suivre la jurisprudence de l'UE, l'évolution du droit, dans le cadre des actions privées intentées au Royaume-Uni, doit suivre les tendances nouvelles observées dans les actions privées intentées au sein de l'UE.

#### **3.4. *Aspects internationaux de la politique de la concurrence et de son application***

Bien que le Royaume-Uni ait maintenant lié, sur le fond, sa politique de la concurrence à l'UE, il continue de n'accorder qu'une importance limitée au traitement des effets transnationaux. La politique de la concurrence et son application ne visent que les pratiques observées au Royaume-Uni et leurs effets sur la concurrence dans ce pays. Alors qu'il serait bien sûr tenu compte, dans l'analyse, des conditions et des actions constatées ailleurs qui affectent le marché national, telles que les mesures prises dans d'autres pays qui influent sur les possibilités d'importation, les effets possibles sur la concurrence ailleurs d'actions ou de conditions observées au Royaume-Uni se sont pas pris en considération (OFT, 2001a). Il semble que le Royaume-Uni n'ait pas encore adopté une conception pure des « effets ». Les accords restrictifs ne sont en effet interdits que s'ils sont appliqués au Royaume-Uni (article 2, paragraphe 3).

La circonspection observée à l'égard des effets transnationaux dans la jurisprudence britannique relative à la concurrence n'est, à l'évidence, pas imputable à l'inexpérience ou à des craintes concernant le commerce extérieur ou l'investissement étranger. Le pays d'Adam Smith a une longue tradition d'ouverture au commerce extérieur et il est une destination et une source importante d'investissements étrangers. Dans l'ensemble, l'ouverture des marchés ne soulève aucun problème de

concurrence particulier et le traitement des entreprises étrangères n'a rien de remarquable. Ce qu'il est advenu d'une exception intéressante à cette règle générale est là pour le prouver : il y a une dizaine d'années, le ministre du Commerce et de l'Industrie en poste a fait connaître son intention de faire examiner par la Commission de la concurrence toutes les absorptions d'entreprises britanniques par des entreprises d'État étrangères, après une série d'acquisitions de compagnies britanniques des eaux. La saisine de la Commission a toutefois marqué la fin de l'intervention dans presque tous les cas car celle-ci a estimé que sur la demi-douzaine d'opérations considérées, toutes sauf une étaient compatibles avec l'intérêt général. La « doctrine Lilley » a été discrètement abandonnée au bout d'un an environ.

Le Royaume-Uni a essayé d'améliorer ses moyens de coopérer avec d'autres organismes de la concurrence bien qu'il n'ait conclu aucun accord formel de coopération. Il y a vingt ans, il a adopté une législation visant à bloquer la fourniture d'éléments de preuve et à empêcher l'application de jugements rendus à l'étranger, qui a été invoquée une fois dans un procès antitrust.<sup>44</sup> Depuis, le Royaume-Uni a pris de nombreuses mesures pour contribuer aux enquêtes et processus d'autres pays bien que la loi de blocage n'ait pas été abolie. Le projet de loi proposé sur les entreprises (Enterprise Bill) doit harmoniser les divers textes, y compris la loi sur la concurrence, qui énoncent les conditions dans lesquelles les autorités britanniques peuvent échanger des informations entre elles et avec des autorités étrangères pour des questions de droit pénal et de droit civil. L'OFT pourrait alors divulguer des informations, sous réserve de diverses mesures de sauvegarde, pour les besoins de procédures engagées au Royaume-Uni et ailleurs. Le ministre du Commerce et de l'Industrie serait habilité à interdire la divulgation d'informations lorsqu'à son avis, il serait plus approprié que l'enquête soit menée par un tribunal britannique ou le tribunal d'un pays tiers (OFT, 2001a). La loi de 1990 sur la justice pénale (coopération internationale) [The Criminal Justice (International Co-operation) Act] met en oeuvre les obligations contractées par le Royaume-Uni, dans le cadre de conventions internationales, pour la collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Des autorités étrangères peuvent solliciter l'assistance du ministre de l'Intérieur pour obtenir des informations au Royaume-Uni qui leur sont nécessaires pour une procédure pénale engagée sur leur territoire. Si le ministre de l'Intérieur accède à cette demande, l'information recherchée est obtenue par les autorités britanniques sous la supervision d'un tribunal britannique puis elle est transmise au pays demandeur. Pour montrer que le gouvernement est disposé à coopérer davantage sur les questions antitrust, les ministres ont décidé de faire clairement savoir qu'ils sont en principe disposés à accéder aux demandes d'assistance juridiquement valables, au regard de la loi, dans les affaires pénales antitrust. Ces demandes devraient, bien sûr, être examinées individuellement afin de s'assurer qu'elles ne soulèvent pas de problèmes de compétence, par exemple. On s'attend à ce que les demandes d'assistance puissent être satisfaites sans problème dans la majorité des cas (OFT, 2001a). Le traité d'assistance juridique mutuel conclu entre le Royaume-Uni et les États-Unis (UK/US Treaty of Mutual Legal Assistance) a contenu, à un moment donné, une exclusion antitrust dans une note additive qui a été supprimée en mai 2001.

### **3.5. *Ressources, actions et priorités implicites de l'autorité de la concurrence***

Dans l'ensemble, les niveaux de ressources n'apparaissent pas clairement mais il semble qu'ils aient tendance à augmenter. L'OFT a créé plus de 50 postes pour assumer les responsabilités que lui a conférées la nouvelle loi de la concurrence et le gouvernement envisage de développer encore les fonctions du personnel. Les effectifs de la Commission ont aussi augmenté mais il est possible que cette augmentation tienne en partie à un transfert de ressources entre l'ancien Tribunal des pratiques restrictives et les nouveaux tribunaux d'appel. En mars 2000, le nombre des employés de la Commission (en équivalents plein temps) s'élevait à 82, ce qui représentait une augmentation d'environ 10% depuis 1998 (année où il atteint son plus bas niveau depuis 1979) mais une nette diminution par rapport au maximum de 119 employés, atteint en 1990 (Wilks, 1999, page 53;

Competition Commission, 2000). L'OFT emploie en tout environ 500 personnes dans ses principales divisions qui sont désormais au nombre de trois (Consumer Regulation Enforcement, Competition Enforcement et Markets and Policy Initiatives) auxquelles s'ajoutent des divisions consacrées aux services juridiques, aux communications et aux ressources. De 40 à 45% de ses dépenses de fonctionnement et un pourcentage à peu près équivalent de ses effectifs sont consacrés aux questions de concurrence, y compris les fusions et les régimes spéciaux.

**Tableau 1: Évolution des ressources de l'OFT**

	Effectifs <sup>1</sup>	Budget <sup>2</sup> (millions de livres sterling)
2001	232 <sup>3</sup>	22,1 <sup>4</sup>
2000	170	14,2
1999	125	11,6 <sup>2</sup>
1998	n.d.	9,8 <sup>2</sup>
1997	n.d.	7,8 <sup>2</sup>
1996	n.d.	7,5 <sup>2</sup>

1. En poste à la fin de l'année (et non pas en équivalents plein temps).  
2. L'exercice budgétaire va d'avril à mars (par exemple le chiffre pour 2001 couvre la période du 1er avril 2001 au 31 mars 2002) Approximation fondée sur l'estimation du pourcentage des coûts de fonctionnement relatifs aux services de soutien affectés aux activités de concurrence.  
3. Comprend le personnel de la Markets and Policy Initiatives Division, dont certains membres peuvent aussi travailler aux questions de concurrence.  
4. Comprend les coûts relatifs au travail de la Markets and Policy Initiatives Division, dont une partie porte sur les questions de concurrence.  
Source: (OFT, 2001a)

Du fait de la complexité de la structure institutionnelle, il est difficile de déterminer la part des ressources qui est consacrée à l'analyse et à la sensibilisation. Ce travail semble être maintenant effectué en grande partie par la division de la politique de la concurrence du DTI qui compte 63 personnes (OFT, 2001a). L'OFT n'a pas eu un rôle stratégique et de sensibilisation cohérent à jouer jusqu'à une date récente mais davantage de ressources doivent être consacrées à cette fonction. L'OFT a été doté d'une nouvelle division à laquelle a été confiée la vaste mission d'examiner les marchés pour détecter les facteurs susceptibles d'avoir des effets négatifs pour les consommateurs britanniques.

Si à l'issue d'une analyse, elle détecte un comportement répréhensible, elle peut soumettre la question à la division de la concurrence ou des affaires concernant les consommateurs pour qu'elle fasse l'objet d'une action visant à ce que la législation soit respectée; si les problèmes qu'elle constate sur le marché résultent de la législation ou de la réglementation, elle peut en informer les ministres. Elle doit aussi jouer un rôle moteur dans les initiatives pratiques de l'OFT.

Le personnel de l'OFT chargé de la concurrence a reçu une formation spéciale poussée pour pouvoir mettre en oeuvre le nouveau système d'application de la législation. Le personnel des autorités de régulation sectorielle, qui aura les mêmes responsabilités, a bénéficié de la même formation. Ce programme de neuf mois, couvrant le droit, l'économie et la politique de la concurrence

aboutit à l'obtention d'un diplôme universitaire de troisième cycle. Quelque 170 personnes avaient suivi ce programme à la fin de l'année 2000. Une version informatisée permettant l'apprentissage à distance a été mise au point à l'intention des futurs employés et certains éléments de ce matériel d'enseignement peuvent être utilisés pour venir en aide aux nouvelles autorités de la concurrence (Bloom, 2000).

La priorité essentielle pour l'OFT est d'utiliser ses nouveaux instruments juridiques, c'est-à-dire de faire respecter la législation sous sa nouvelle forme. En dehors de cet objectif général, il n'a évidemment pas été précisé quelles catégories de problèmes devraient retenir davantage l'attention. La collusion horizontale injustifiable devrait constituer une cible importante et plusieurs enquêtes sont en cours mais la première amende imposée au titre de la nouvelle législation a sanctionné un abus de position dominante et non pas une entente sur les prix. L'OFT n'enregistre pas ses engagements de ressources d'une façon permettant de voir quelles sont, en pratique, ses priorités.

**Tableau 2 : Évolution des actions dans le cadre de la politique de la concurrence**

	Accords <sup>1</sup>	Abus de position dominante <sup>2</sup>	Fusions <sup>3</sup>	Concurrence déloyale <sup>4</sup>
2000 : Ouvertures de dossiers	11	n.d.	192	
Demandes de sanctions ou d'injonctions	-	-	14	
Impositions de sanctions ou d'injonctions	-	1	9	5
Total des sanctions imposées			n.d.	n.d.
1999 : Ouvertures de dossiers	318	1728	254	82
Demandes de sanctions ou d'injonctions	6	2	10	3
Impositions de sanctions ou d'injonctions	8	1	11	8
Total des sanctions imposées	n.d.		n.d.	n.d.
1998 : Ouvertures de dossiers	815	1173	269	103
Demandes de sanctions ou d'injonctions	4	2	8	2
Impositions de sanctions ou d'injonctions	5	2	8	2
Total des sanctions imposées	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
1997 : Ouvertures de dossiers	687	909	254	138
Demandes de sanctions ou d'injonctions	2	1	11	1
Impositions de sanctions ou d'injonctions	3	3	12	2
Total des sanctions imposées	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.



	Accords <sup>1</sup>	Abus de position dominante <sup>2</sup>	Fusions <sup>3</sup>	Concurrence déloyale <sup>4</sup>
1996 : Ouvertures de dossiers	602		274	130
Demandes de sanctions ou d'injonctions	1	4	11	2
Impositions de sanctions ou d'injonctions	2	3	12	12
Total des sanctions imposées	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
1995 : Ouvertures de dossiers	518	1216	275	116
Demandes de sanctions ou d'injonctions	3	9	8	-
Impositions de sanctions ou d'injonctions	2	3	10	5
Total des sanctions imposées	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
1994 : Ouvertures de dossiers	686	1162	231	139
Demandes de sanctions ou d'injonctions	1	3	8	-
Impositions de sanctions ou d'injonctions	5	6	5	3
Total des sanctions imposées	n.d.	n.d.	n.d.	
1993 : Ouvertures de dossiers		1557	197	246
Demandes de sanctions ou d'injonctions		7	3	-
Impositions de sanctions ou d'injonctions		5	2	-
Total des sanctions imposées		n.d.	n.d.	n.d.

<sup>1</sup> Pour 1993-1999 : accords (horizontaux et verticaux) enregistrables en vertu de la loi de 1976 sur les pratiques commerciales restrictives. Pour 2000 : accords visés par la loi de 1998 sur la concurrence. Ouvertures de dossiers : pour 1993-1999, cas jugés enregistrables (en moyenne, la moitié des cas notifiés). Pour 1995-1999 : inclut aussi les enquêtes entreprises par le groupe spécial pour les ententes (Cartels Task Force). Pour 2000 : notifications en vue d'une décision ou de conseils. Demandes de sanctions ou d'injonctions : lancements de procédures judiciaires. Impositions de sanctions ou d'injonctions : injonctions de juridictions ou engagements y compris ceux pris pour éviter des poursuites judiciaires.

<sup>2</sup> Cas traités en vertu des dispositions relatives aux monopoles du Fair Trading Act de 1973, du Competition Act de 1980, et du Resale Price Maintenance Act de 1976. Ouvertures de dossiers : total des plaintes reçues. Demandes de sanctions ou d'injonctions : saisines de la Commission des monopoles et des fusions (MMC) ou de la Commission de la concurrence (CC). Impositions de sanctions ou d'injonctions : mesures correctrices imposées à la suite de la publication des rapports de la MMC/CC, y compris les engagements et les engagements pris au lieu d'une saisine de la Commission.

<sup>3</sup> Cas couverts par les dispositions relatives aux fusions du Fair Trading Act de 1973, à l'exclusion des fusions de journaux. Ouvertures de dossiers : fusions répondant aux critères fixés. Demandes de sanctions ou d'injonctions : saisines de la MMC/CC. Impositions de sanctions ou d'injonctions : refus d'autoriser une fusion ou imposition de mesures correctrices.

<sup>4</sup> Réglementation de 1988 contrôlant les publicités trompeuses. Ouvertures de dossiers : total des plaintes. Demandes de sanctions ou d'injonctions : engagements de procédures devant la Haute Cour par l'OFT. La plupart des dossiers sont transmis pour action à l'ASA (autorité chargée des normes de la publicité) ou aux services responsables des normes commerciales au sein des collectivités locales. Impositions de sanctions ou d'injonctions : injonctions de la Haute Cour ou engagements auprès d'elle et engagements pris pour éviter des poursuites.

<sup>5</sup> Période transitoire précédant l'entrée en vigueur de la loi de 1998 sur la concurrence.

Source: (OFT, 2001a)

## 4. Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux

### 4.1. Exemptions générales ou traitements spéciaux

La législation générale relative à la concurrence fait l'objet de peu d'exemptions ou d'exclusions. Les dispositions permettant de créer des exclusions semblent non limitatives mais les ministres ont fait clairement savoir que le recours aux exclusions serait limité. La méthode généralement employée au Royaume-Uni pour adapter la politique de la concurrence aux problèmes de secteurs particuliers consiste à créer des institutions réglementaires spéciales.

Un régime réglementaire particulier est appliqué dans quelques secteurs pour assurer la concurrence. L'interdiction du chapitre I visant les accords restrictifs ne s'applique pas aux accords conclus dans le cadre de ces régimes réglementaires qui sont examinés sous l'angle de la concurrence. Ces régimes réglementaires particuliers sont énumérés dans l'annexe 2 de la loi sur la concurrence, ce sont : la loi de 1986 sur les services financiers (Financial Services Act), la loi de 1989 sur les sociétés (Companies Act) et la loi de 1990 sur la diffusion audiovisuelle (Broadcasting Act) (OFT, 2001a).

D'une manière générale, les interdictions prévues dans les chapitres I et II de la législation ne s'appliquent pas aux accords ou comportements visant à « se conformer à une prescription légale ». À cette fin, une « prescription légale » peut être une chose imposée « par, ou en vertu d'une disposition légale ». De plus, les traités de l'UE ou de l'EEE ou une « disposition légale » étrangère pourraient aussi faire l'objet d'une exclusion dans la mesure où ils sont applicables au Royaume-Uni. Les accords ou comportements qui sont nécessaires pour respecter les obligations internationales et qui font aussi l'objet d'un décret du ministre ne sont également pas couverts par les interdictions (OFT, 2001a). L'expression « par, ou en vertu » implique que des règlements ou des décisions secondaires pourraient donner lieu à une exclusion mais celle-ci ne s'appliquerait évidemment qu'à la prescription légale et non pas à la façon dont on choisirait de s'y conformer. Une liste des domaines bénéficiant de cette exclusion figure dans l'annexe 3 de la loi sur la concurrence. Il n'apparaît pas clairement si cette liste est exclusive et exhaustive ou si d'autres accords ou comportements non mentionnés mais répondant aux conditions prévues seraient considérés comme non visés par les interdictions des chapitres I et II, si cet argument était avancé dans un contexte particulier.

Les exclusions étaient plus fréquentes dans le cadre de la loi sur les pratiques commerciales restrictives (RTPA) alors que la disposition générale permettant l'exclusion de son champ d'application était moins généreuse que la formulation utilisée dans la nouvelle loi sur la concurrence.<sup>45</sup> La liste des exclusions du champ d'application du RTPA incluait les accords de propriété intellectuelle et certains contrats d'exclusivité et ententes à l'exportation. Une longue liste de services spécialisés était aussi incluse dans une liste des exclusions du champ d'application de la nouvelle loi sur la concurrence.<sup>46</sup> Plusieurs exclusions n'ont évidemment pas été transférées dans la nouvelle loi comme notamment la disposition générale excluant les accords approuvés par le ministre « qui peuvent revêtir une grande importance pour l'économie, favoriser l'efficacité ou la productivité », etc. [article 29 du RTPA). Cette très large disposition n'a été utilisée qu'une seule fois. Des critères d'exemption du même ordre apparaissent, toutefois, dans la nouvelle loi sur la concurrence. Une modification apportée en 1968 à la législation, dans le but de lutter contre l'inflation, autorisait les accords visant à empêcher une hausse des prix (article 30 du RTPA); elle est devenue inutile lorsque le gouvernement a renoncé à essayer de contrôler les prix. Les accords concernant l'agriculture, la pêche et la sylviculture étaient aussi exemptés (article 33) et une autre législation excluait d'autres programmes réglementaires mis en oeuvre dans ces secteurs (Whish, 1985, page 120). Une exclusion pour les produits agricoles a survécu dans la nouvelle loi.

Le ministre est habilité à allonger la liste des exclusions sans devoir faire adopter une nouvelle législation primaire. Il peut déclarer, par décret, qu'une catégorie d'accords n'est pas couverte par l'interdiction du chapitre I s'il est convaincu qu'« elle n'a, dans l'ensemble, pas d'effet négatif sur la concurrence » ou qu'elle serait mieux traitée par la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. Le pouvoir du ministre d'exclure un comportement du champ d'application de l'interdiction du chapitre II est encore plus étendu puisqu'il n'est pas subordonné à l'obligation de constater que le comportement en question n'a pas d'effet défavorable sur la concurrence (article 19). Les pouvoirs du ministre sont limités par la nécessité de tenir compte de l'article 10 des traités (consolidés) de l'Union européenne. Le ministre peut, en outre, exclure par décret des accords du champ d'application de l'interdiction même sans constater l'absence d'effet sur la concurrence, ce qui veut dire qu'il peut exclure des accords qui nuisent à la concurrence, s'il estime qu'il existe « des raisons exceptionnelles et impérieuses de politique publique » qui le justifient (annexe 3, article 7). L'autorisation de l'exclusion d'un comportement incontestablement anticoncurrentiel suivant les dispositions de l'annexe 3 nécessite une action du Parlement qui pourrait toutefois revêtir la forme d'une procédure négative n'exigeant ni débat ni action positive. Cette formalité procédurale est la seule restriction imposée au pouvoir discrétionnaire du ministre.

Le ministre est aussi largement libre d'exempter des accords ou des comportements s'il est « convaincu » qu'il serait « approprié » de le faire pour éviter un conflit avec une obligation internationale. Ce pouvoir d'exemption peut être exercé pour un accord particulier ou une série d'accords correspondant à une description particulière ou, dans le cas d'une exemption de l'interdiction du chapitre II, à des « circonstances particulières ». L'exemption peut être accordée rétroactivement, pour excuser un comportement après le dépôt d'une plainte contre lui. Ce pouvoir étendu semble avoir été consenti pour répondre à un problème spécifique : l'article indique expressément que les accords concernant l'aviation civile internationale doivent être couverts par cette disposition (annexe 3.6).

Les interdictions fondamentales énoncées dans la législation peuvent s'appliquer aux pratiques d'entités gouvernementales si celles-ci agissent comme des « entreprises ». Ce terme est celui qui est utilisé dans la législation de l'UE. Ce qui détermine si une entité est une « entreprise », ce n'est pas son statut juridique ou sa source de financement mais le fait qu'elle exerce ou non des activités économiques ou commerciales. Les interdictions pourraient donc s'appliquer à des collectivités locales, des services et des organismes gouvernementaux, des établissements d'enseignement et les fidéicomis du service national de santé (NHS Trusts) mais du fait que la Couronne n'est pas passible de pénalités financières, les seuls recours possibles seraient des injonctions, des décrets et des dommages-intérêts (OFT, 2001a). Le Royaume-Uni a adopté la règle fondamentale de l'UE en ce qui concerne l'application de la politique de la concurrence aux entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. L'annexe 3, paragraphe (4) exempte « une entreprise chargée d'assurer des services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole productif de recettes dans la mesure où l'interdiction gênerait l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission confiée ». L'OFT et l'Office des marchés du gaz et de l'électricité (OFGEM) ont entrepris des consultations sur un projet de ligne directrice expliquant la portée de cette exemption potentielle surtout en faisant le point de la terminologie et des interprétations pertinentes de l'UE. Le projet de document examine comment les principes en jeu pourraient être appliqués à l'énergie, aux services postaux, à l'eau, aux télécommunications et aux secteurs ferroviaires et il fait observer que l'exemption ne s'appliquerait souvent pas aux services tels qu'ils sont actuellement fournis au Royaume-Uni.

Deux exemptions techniques, générales s'appliquent, au Royaume-Uni aux droits sur les biens immobiliers et à leur utilisation. L'exclusion des « accords fonciers » excuse les accords qui créent, modifient, transfèrent ou mettent un terme à un intérêt dans un bien foncier ainsi que certains des types habituels de clauses secondaires qui figurent souvent dans ces accords et qui concernent le paiement des loyers et les conditions d'utilisation des lieux loués. L'exclusion ne s'étend toutefois pas nécessairement aux restrictions imposées à une activité concurrentielle ou commerciale sous la forme, par exemple, d'accords de non-concurrence ou d'engagements contraignants concernant d'autres services.<sup>47</sup> Enfin, les « obligations en matière de planification » imposées par la loi de 1990 relative à l'aménagement des zones urbaines et rurales (Town and Country Planning Act, et ses équivalents pour l'Écosse et l'Irlande du Nord) ne sont pas soumises à l'interdiction frappant les accords restrictifs [annexe 3, paragraphe (1)]. Cette nouvelle disposition n'a pas d'équivalent évident dans la législation de l'UE (Bloom, 2000).

L'immunité limitée prévue pour les petites et moyennes entreprises est légèrement différente des règles *de minimis* de l'UE. Les parties à un accord restreint ne seraient pas passibles de pénalités financières pour violation de l'interdiction énoncée au chapitre I sauf si le DGFT a levé l'immunité pour les amendes mais celui-ci pourrait formuler une injonction contre l'accord en question et les parties pourraient devoir affronter une action en justice intentée par une tierce partie. Un accord « restreint » est un accord conclu entre des parties dont le chiffre d'affaires global à l'échelon mondial est inférieur à 20 millions de livres sterling. De même, le comportement d'une entreprise ayant un chiffre d'affaires total inférieur à 50 millions de livres est considéré comme « peu important » et donc non passible des amendes infligées pour violation de l'interdiction du chapitre II (ici encore sauf si l'immunité a été levée). Les indications données par l'OFT sur la signification de l'expression « effet appréciable » dans le cas des accords restrictifs fixent un seuil général de part de marché de 25 %, ce qui est donc beaucoup plus généreux que la règle *de minimis* de l'UE qui prévoit maintenant des seuils plus bas, de 10 % pour les accords horizontaux et de 15 % pour les accords verticaux. Cependant, tout accord visant à fixer des prix (y compris des prix de revente) ou à partager des marchés est considéré comme ayant un effet appréciable indépendamment de la taille des parties ou de leurs parts de marché. Un accord s'intégrant dans une série d'accords analogues qui ont un effet cumulé sur le marché est considéré comme susceptible d'avoir un effet appréciable même si les parts des différentes parties sont inférieures aux seuils fixés dans les lignes directrices (OFT, 2001a).

#### **4.2. Exclusions, règles et exemptions sectorielles**

Les nombreuses autorités de régulation sectorielle partagent en général l'objectif de protéger et de favoriser la concurrence, à côté de leurs responsabilités réglementaires qui incluent le contrôle des aspects du secteur dont elles ont la charge qui peuvent faire l'objet d'un pouvoir monopolistique. On observe, au niveau du détail, de légères différences entre les institutions réglementaires en raison des modifications et des ajustements apportés au concept commun sur lequel elles reposent. Le système de réglementation des services d'utilité publique a évolué progressivement et de façon pragmatique à mesure que progressait la mise en oeuvre du programme de privatisation pendant les années 80. Certains principes, bien sûr, ont été clairement définis dès le départ, comme en particulier la préférence marquée pour la propriété privée et les solutions s'appuyant sur le jeu du marché. La nécessité de structures concurrentielles et d'un contrôle réglementaire est apparue plus nettement avec l'expérience.

La grande campagne de restructuration a été lancée peu après que la loi de 1980 sur la concurrence eut créé, pour la Commission, un rôle lié à la politique réglementaire, en introduisant la possibilité qu'elle soit saisie en vue d'établir des rapports sur les secteurs nationalisés et de formuler des recommandations à leur intention. Ces saisines au titre de l' « article 11 » sont devenues

hautement prioritaires et ont abouti à l'établissement de 35 rapports, entre 1980 et 1993, qui concernaient essentiellement l'eau, l'électricité, les services postaux, les chemins de fer et d'autres services de transport. Ces enquêtes étaient surtout axées sur l'efficacité ou, plutôt, sur le manque d'efficacité. C'est pourquoi, les télécommunications et le gaz n'ont pas été couverts par ces études des secteurs nationalisés puisqu'ils étaient rentables. Un nombre équivalent de rapports a été publié par la Commission sur des secteurs réglementés suite à des saisines portant sur des questions de monopole ou de fusion entre 1985 et 1999 et, dans ce cas, le gaz et les télécommunications ont fait l'objet de rapports.

Les rapports de la Commission de la concurrence sur les questions de monopole peuvent aussi être à l'origine de ce qui est devenu un instrument courant de la réglementation sectorielle du Royaume-Uni, à savoir : le système de tarification « indice des prix de détail-x » (IPD-x). Un document du DTI de 1983 sur la tarification des télécommunications a préconisé cette forme de « réglementation incitative » reposant sur un indice des coûts diminué d'un facteur d'efficacité.<sup>48</sup> Il notait que des mesures comparables avaient été suggérées au sein de la Commission pour des questions de monopole (concernant des céréales pour le petit-déjeuner et des contraceptifs et non pas des services d'utilité publique). Ce contrôle des prix était envisagé comme une solution provisoire pour ces secteurs et il ne devait être appliqué que tant que la concurrence n'était pas assez forte pour se passer d'une réglementation. Cette idée a peut-être eu tendance à réduire l'importance de la conception d'institutions réglementaires durables (Wilks, 1999, page 253).

Le premier responsable de la régulation d'un secteur, le directeur général des télécommunications (DGT) a fixé les grandes lignes pour ses successeurs. Comme le DGFT et l'OFT, le DGT était un individu soutenu par le personnel d'un organisme désigné par l'acronyme, OFTEL. Comme le DGFT également, le DGT était habilité à saisir la Commission au titre de la législation de la concurrence. Le maintien et le renforcement de la concurrence n'étaient toutefois, au départ, qu'une responsabilité secondaire du DGT. La nouvelle législation a aussi chargé la Commission d'examiner les actions du responsable de la régulation en matière d'octroi de licences, parallèlement aux enquêtes qu'elle doit mener sur les monopoles.

L'octroi de licences a constitué la principale innovation de la structure réglementaire. Il implique, pour les responsables de la régulation, le pouvoir de s'attaquer à la domination du marché par des moyens qui présentent des points communs avec ceux dont dispose le DGFT pour répondre à un abus de position dominante. Le système mis en place pour le DGT a été incorporé dans les autres systèmes réglementaires. Le ministre accorde les licences selon l'avis du responsable de la régulation qui peut, par la suite, proposer d'apporter des modifications à ces licences, telles que des modifications des niveaux ou des formules des tarifs. Si les bénéficiaires des licences n'acceptent pas ces changements, le responsable de la régulation peut soumettre les modifications proposées à la Commission pour enquête et détermination des effets sur l'intérêt général. La Commission utilise essentiellement, pour se prononcer, le critère de l'intérêt général de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce mais « en tenant compte » des devoirs que le responsable de la régulation doit assumer en vertu de la législation. Si la Commission estime que la licence existante, avant modification, est incompatible avec l'intérêt général, c'est-à-dire si elle considère essentiellement, comme le responsable de la régulation, qu'une modification est nécessaire, elle peut suggérer sa propre solution que le responsable de la réglementation n'est toutefois pas tenu d'adopter. Le rôle principal que doit jouer la Commission dans les régimes réglementaires consiste donc à contrôler les décisions des responsables de la régulation en matière d'octroi de licences.

Les autorités de régulation chargées des secteurs du gaz, de l'électricité, des télécommunications, de l'eau et des chemins de fer sont totalement habilités à faire appliquer la loi sur la concurrence avec le DGFT. Ces pouvoirs parallèles conférés par la loi de 1998 ne constituent pas

une nouveauté puisque les autorités de régulation bénéficiaient déjà de pouvoirs de saisine dans le cadre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce et de pouvoirs allant dans le même sens pour appliquer la loi de 1980 sur la concurrence. Cette question des pouvoirs parallèles a toutefois prêté à controverse dans le cadre du débat qui a entouré l'adoption de la nouvelle loi du fait que certaines entreprises réglementées qui craignaient que des autorités sectorielles ne soient plus sévères, préféreraient que le DGFT jouisse de pouvoirs exclusifs. L'OFT espère que le partage des responsabilités ne se traduira pas par des applications divergentes de la législation mais que celle-ci sera interprétée essentiellement dans le sens où il l'interprète lui-même. Tout d'abord, le DGFT prendra davantage de décisions dans le cadre de la nouvelle loi. Les recours formés par l'OFT et les autorités sectorielles contre toutes les décisions prises au titre de la loi sur la concurrence suivront le même cheminement jusqu'aux tribunaux d'appel de la Commission, ce qui devrait garantir une certaine cohérence entre eux. Toutes les décisions prises en vertu de la loi devront être compatibles avec le principe de l'UE, comme le stipule l'article 60. Enfin, les autorités de régulation doivent respecter les mêmes règles de procédure et notamment utiliser un « seul point de notification » qui se trouve à l'OFT.

L'OFT et les autorités de régulation ont adopté formellement un processus pour gérer la concomitance de leurs prérogatives qui les oblige à se consulter sur leurs responsabilités respectives lorsqu'un problème se pose. Il est prévu que l'autorité de régulation prenne normalement l'initiative lorsqu'elle-même et le DGFT pourraient agir. La présomption de compétence sectorielle implique que les cas dont les faits concernent nettement un secteur sont normalement traités par l'autorité de régulation compétente mais qu'ils sont principalement pris en main par l'OFT lorsqu'ils soulèvent des problèmes intersectoriels. Des règlements et un groupe de travail permanent, présidé par l'OFT, fixent et font appliquer les règles du jeu.<sup>49</sup> En dépit du caractère formel du processus, beaucoup dépendra du maintien de bonnes relations de travail au quotidien. Le groupe de travail sur les pouvoirs parallèles ne prend en fait pas de décisions contraignantes pour les autorités de régulation parce que cela serait incompatible avec leur indépendance. Il fournit un lieu de discussion pour un examen général tandis que les questions courantes sont traitées de façon administrative. Une certaine centralisation est prévue pour les notifications (en vue de conseils informels ou d'une décision formelle) qui doivent être faites en premier auprès de l'OFT mais les plaintes peuvent être adressées à n'importe quelle autorité compétente et celle-ci n'est pas tenue d'informer les autres autorités qu'elle est en train d'examiner une plainte jusqu'au moment où elle doit exercer des pouvoirs d'enquête formels. Les autorités de régulation doivent obtenir l'accord préalable de l'OFT pour procéder à la collecte d'informations prévue par la loi sur la concurrence. Bien que les autorités de régulation ne soient pas tenues d'informer les autres des plaintes dont elles sont saisies, le groupe de travail les exhorte à partager les informations dans ce domaine le plus tôt possible pour éviter les doubles emplois. Le groupe de travail escompte qu'un accord soit obtenu dans un délai d'un mois sur le choix du bureau chargé de l'examen d'une question et l'expérience a montré jusqu'à présent que quelques jours suffisent dans la plupart des cas. Si les autorités dotées de compétences communes ne peuvent s'entendre, la décision est prise par le ministre. Le groupe de travail se charge d'aider à résoudre les différends et d'organiser une réunion formelle le cas échéant, avant de faire intervenir le DTI. Ces procédures plus formelles prévues pour résoudre les problèmes de compétence n'ont toutefois pas encore été utilisées (OFT, 2001a). Elles ne seront d'ailleurs bientôt plus nécessaires puisque le principal sujet de conflit ne portera probablement plus sur le choix de l'organisme chargé d'examiner une plainte formulée au titre de la loi sur la concurrence mais sur la question de savoir s'il est préférable que la question soit résolue grâce à la loi sur la concurrence ou au pouvoir dont jouit l'autorité de régulation de veiller à ce que les conditions d'une licence soient respectées.

Les autorités de régulation ont aussi essayé d'assurer la cohérence à l'aide de lignes directrices pour l'application de la nouvelle loi, qui sont actuellement produites conjointement avec l'OFT et approuvées par lui. Le groupe de travail sur les pouvoirs parallèles a notamment été chargé

d'examiner la version préliminaire de ces lignes directrices (Bloom, 2000). Toutes les principales autorités de régulation ont maintenant produit des lignes directrices finales décrivant comment elles exerceront leurs responsabilités dans le cadre de la loi sur la concurrence, à l'exception de l'autorité chargée des chemins de fer dont le projet de lignes directrices fait l'objet de consultations depuis quelque temps. Les lignes directrices des autorités de régulation reprennent pour l'essentiel les descriptions de la législation et des procédures figurant dans les lignes directrices de l'OFT. Elles s'en écartent sur des points correspondant à des obligations légales particulières ou à des problèmes fréquemment rencontrés dans les différents secteurs concernés.

Les fusions dans les secteurs réglementés sont traitées suivant le même processus que celui qui est généralement applicable, sauf dans le cas de l'eau (examiné plus loin). Les autorités de régulation sectorielle n'ont pas de responsabilités officielles ou de pouvoirs de décision pour les fusions qui interviennent dans leur secteur mais, en réalité, elles sont toujours consultées et elles réalisent en fait la majeure partie des consultations publiques entreprises pendant le processus d'examen (Bloom, 2000).

Bien que les autorités de régulation soient organisées sur la base du même modèle, chacune d'entre elles présente des particularités. Les différences qu'elles présentent au niveau des rôles et des pouvoirs qui leur sont attribués sont difficiles à expliquer autrement que par le fait qu'elles résultent de circonstances historiques dues au hasard. Le principe de base est que l'autorité de régulation est aussi habilitée à prendre des décisions au titre de la loi sur la concurrence (et à chercher à obtenir des avis au titre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce) et qu'elle doit suivre la conclusion prise par la Commission au regard de l'« intérêt général » pour les différends portant sur les licences, bien qu'elle ne soit pas tenue de suivre ses recommandations quant à la solution à adopter, mais :

- pour l'électricité, le ministre peut bloquer la saisine de la Commission pour un différend portant sur une licence (bien qu'il ne l'ait jamais fait); il n'en va pas de même dans d'autres secteurs;
- pour l'eau, la saisine de la Commission pour la détermination des prix aboutit à une décision de celle-ci qui est contraignante tant pour l'autorité de régulation que pour l'entité réglementée;
- pour la diffusion audiovisuelle, la Commission indépendante pour la télévision (ITC) ou les détenteurs des licences régionales de la troisième chaîne peuvent saisir la Commission de leurs différends portant sur les clauses de leurs licences relatives à la concurrence, et la Commission se prononce sur la base d'un critère d'efficacité calqué sur les clauses d'exemption de la législation européenne (et maintenant britannique) concernant la concurrence. La Commission peut préciser les modifications requises;
- pour les transports aériens, la Commission doit être consultée tous les cinq ans sur les aéroports et son rôle est purement consultatif. À la différence des autres autorités de régulation, l'autorité des aéroports n'est pas habilitée à appliquer la législation de la concurrence sauf en ce qui concerne le contrôle du trafic aérien;
- pour les transports ferroviaires, un recours ne peut être formé auprès de la Commission contre une décision de l'autorité de régulation concernant les frais d'accès.

La loi de l'année 2000 sur les services d'utilité publique (Utilities Act) a apporté des changements au modèle type. Destinés, au départ, à s'appliquer à toutes les autorités de régulation sectorielle, ces changements n'ont finalement concerné que l'électricité et le gaz mais des ajustements

du même ordre sont prévus pour les autres régimes réglementaires. La mission en faveur du développement de la concurrence, confiée à l'OFGEM a été reformulée dans les termes suivants : « protéger les intérêts des consommateurs ... chaque fois qu'il convient, en favorisant une réelle concurrence ... », et tenir compte à cette occasion des intérêts des personnes handicapées, malades, âgées, défavorisées ou résidant dans les zones rurales. La loi prévoit que le gouvernement donne des indications formelles sur le rôle que l'autorité de régulation doit jouer dans la réalisation d'objectifs sociaux et environnementaux. Les priorités relatives de ces instructions explicites du gouvernement et le maintien de l'indépendance théorique de l'autorité de régulation en matière de prise de décision n'ont pas encore été mis à l'épreuve. L'extension de la mission réglementaire au-delà de la réglementation économique et du renforcement de la concurrence permettra aussi de tester l'aptitude de l'autorité de régulation à respecter des principes cohérents et transparents dans ses décisions. La loi a resserré le processus réglementaire, en exigeant la publication des raisons ayant motivé une décision, telles que celles justifiant le choix de « x » dans la formule « IPD-x » utilisée pour la fixation des tarifs. La loi décourage en outre l'autorité de régulation d'ignorer les conclusions des enquêtes de la Commission sur les modifications de licences en habilitant la Commission à opposer son veto à la solution adoptée par l'autorité de régulation après la publication du rapport. Ce pouvoir de veto semble ne s'appliquer qu'à l'électricité et non pas au gaz.

Le groupe spécial pour l'amélioration de la réglementation (BRTF) a examiné le fonctionnement de ces structures réglementaires. Son rapport de juillet 2001 est principalement axé sur les critères généraux de la qualité de la réglementation : transparence, responsabilité, proportionnalité, cohérence et ciblage.<sup>50</sup> Les questions posées dans l'annonce initiale du projet par le BRTF promettaient un examen approfondi des questions fondamentales : est-il nécessaire que le secteur soit réglementé à long terme? Le cadre réglementaire favorise-t-il la concurrence et le choix des consommateurs? Le rôle de l'autorité de régulation a-t-il changé avec le développement de la concurrence? Une réglementation excessive a-t-elle gêné la concurrence? Les relations entre l'autorité de régulation et les institutions de la politique de la concurrence favorisent-elles ou gênent-elles le développement d'un marché concurrentiel? La réglementation peut-elle accroître la concurrence tout en défendant d'autres valeurs, comme le respect de normes sur le plan de la santé, de la sécurité et de la protection de l'environnement et la protection des consommateurs vulnérables? Des normes de service universel sont-elles nécessaires? Les subventions croisées sont-elles acceptables? En fin de compte, le rapport approuve dans l'ensemble la direction générale suivie et l'état actuel de la politique de réglementation. Le BRTF recommande que les autorités de régulation prennent davantage au sérieux l'intention initiale qui était que les branches d'activité passent de la réglementation à la concurrence en fixant des programmes annuels d'examen des secteurs du marché pour déterminer où les contrôles des prix et les conditions dépassées des licences pourraient être supprimés. Pour que cela soit crédible, le BRTF recommande aussi que les sociétés puissent interpeller l'autorité de régulation si elle ne procède pas à cet examen.

Le rapport du BRTF approuve aussi la transformation des autorités de régulation en conseils, qui est devenue l'un des objectifs de la politique officielle. Ces conseils comprendraient à la fois des membres exécutifs à plein temps, principalement issus de la bureaucratie, et des membres non exécutifs. Le BRTF recommande que tous les membres soient choisis pour leurs compétences techniques plutôt que pour représenter des groupes d'actionnaires. Même s'ils ne sont pas tous des spécialistes au moment de leur nomination, la présence de nombreux membres réduit le risque qu'une différence d'expérience et d'aptitude chez l'un des membres compromette la cohérence ou la qualité des décisions. Les conseils qui sont placés sous la surveillance du DTI, y compris le DGFT, font actuellement l'objet d'une restructuration. La CAA est dirigée par un conseil et le gouvernement a annoncé que l'OFWAT aurait la même structure. L'autorité de réglementation des chemins de fer est toujours sous la responsabilité d'une seule personne.



### *Télécommunications*<sup>51</sup>

Le premier responsable indépendant de la réglementation après le DGFT, le directeur général des télécommunications (DGT) jouit de pouvoirs parallèles à ceux du DGFT sur « les activités commerciales liées aux télécommunications » en vertu des dispositions de la loi de 1984 sur les télécommunications (Telecommunications Act). Le DGT devait surveiller et contrôler le monopole privé créé par la privatisation de British Telecom et soutenir le développement de la concurrence dans le secteur. Un important chevauchement avec la politique de la concurrence existait dès le départ. En 1995, le DGT a même proposé une nouvelle condition générale pour les licences ayant tout bonnement pour effet d'intégrer textuellement les dispositions du droit de la concurrence concernant les accords restrictifs et l'abus de position dominante. Cela permettait au DGT de retirer ou de suspendre une licence si son bénéficiaire ne respectait pas les interdictions. British Telecom a consenti à ce que la licence soit modifiée puis a essayé de contester ce changement dans le cadre d'un recours administratif. Le tribunal a refusé de laisser BT porter plainte contre une décision qu'il avait approuvée, tout en indiquant que la façon dont le DGT s'était « attribué » le pouvoir d'appliquer le droit de la concurrence par le biais du processus sommaire de l'application des licences était probablement *ultra vires*. De toute façon, cette « condition de la loyauté des pratiques du commerce » a été évincée avec l'adoption de la loi de 1998 sur la concurrence.<sup>52</sup>

Le responsable de la réglementation des télécommunications a étendu son mandat au-delà de la « concurrence », au sens traditionnel du terme. D'une part, il a annoncé l'application de règles spéciales concernant l'éviction dans le secteur. Les lignes directrices de l'OFTEL pour l'application de la loi sur la concurrence vont plus loin que les principes des lignes directrices de l'OFT dans ce domaine, qui suivent les décisions pertinentes de la Cour de justice des Communautés européennes. Les lignes directrices de l'OFTEL fixent de nouveaux critères spécialement conçus pour les industries de réseau qui se caractérisent par des coûts fixes très élevés et des coûts marginaux négligeables. Elles sont modelées sur les instructions pertinentes de l'UE concernant l'accès des télécommunications, ce qui est tout à fait compréhensible, mais il est curieux qu'elles soient présentées comme une application de la loi de la concurrence du fait que comme elles ne sont pas exigées par la législation communautaire de la concurrence, les autorités britanniques de la concurrence ne sont peut-être pas obligées de les suivre lorsqu'elles analysent la concurrence. D'autre part, l'OFTEL a décidé, à l'évidence, que la mission de régulation ne se limitait pas à assurer une réelle concurrence. Le document de consultation de l'OFTEL sur une réduction du rôle de régulation reconnaît que la concurrence entre les fournisseurs de télécommunications a des chances d'assurer la meilleure régulation du secteur à condition qu'elle permette efficacement de procurer des avantages aux consommateurs. En notant que les défaillances du marché peuvent parfois empêcher une réelle concurrence, le document affirme aussi que même lorsque la concurrence est réelle, « elle ne permet pas, dans certaines circonstances, d'offrir les meilleures conditions aux consommateurs. De ce fait, même à plus long terme, la régulation sectorielle a des chances de continuer d'avoir un rôle à jouer ».<sup>53</sup> Ce document ne précise pas quelles peuvent être ces circonstances en dehors d'une vague référence au service universel de sorte qu'involontairement peut-être, ce passage semble simplement établir un droit d'immortalité bureaucratique (Sharpe, 2000).

### *Électricité et gaz naturel*<sup>54</sup>

Placés initialement sous la responsabilité d'autorités de régulation distinctes, ces deux secteurs relèvent maintenant de l'OFGEM [Office of Gas and Electricity Markets et Office for the Regulation of Electricity and Gas (OFREG) en Irlande du Nord]. Les autorités de régulation de l'énergie jouissent de pouvoirs parallèles à ceux de l'OFT sur « les activités commerciales liées à la production, au transport ou à la fourniture d'électricité », en vertu des dispositions de la loi de 1989 sur l'électricité (Electricity Act). L'OFGEM jouit de pouvoirs parallèles pour le « transport, maritime

notamment, ou la fourniture de gaz et les activités qui leur sont liées », en vertu des dispositions de la loi de 1986 sur le gaz (Gas Act). Dans un autre exemple de variations minimales entre des dispositifs identiques à tous autres égards, les pouvoirs conférés à l'OFREG sur le gaz en Irlande du Nord sont légèrement différents de ceux qui sont accordés à l'OFGEM en Angleterre, en Écosse et au pays de Galles; les responsabilités de l'OFREG couvrent en effet le stockage mais non pas le transport maritime. L'autorité de régulation du secteur de l'énergie a été la première à être remplacée par un conseil.

La privatisation de British Gas et l'introduction de la concurrence dans le secteur ont impliqué un long processus difficile. Elles n'ont pas très bien commencé puisqu'elles ont abouti, au départ, à créer « un énorme monopole arrogant, inefficace et exploiteur dans le secteur privé », ce qui a constitué « une grave erreur de jugement de la part d'un gouvernement soucieux d'assurer la concurrence » (Wilks, 1999, page 261). Plusieurs enquêtes de la Commission de la concurrence ont permis d'orienter la transformation de ce secteur. Bien qu'un rapport n'ait jamais été établi sur les industries nationalisées au titre de l' « article 11 », un rapport litigieux a été rédigé en 1980 sur les *Appareils ménagers à gaz*, au titre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. En 1987, après la privatisation, le DGFT a saisi la Commission de la concurrence de la partie non réglementée des activités de British Gas à la suite de plaintes de la clientèle industrielle. La Commission a estimé que British Gas agissait comme le monopole qu'il était en pratiquant une large discrimination par les prix, en refusant de fournir certains clients, en imposant des conditions abusives dans les contrats et en exerçant un pouvoir d'achat excessif. Les recommandations de la Commission ont abouti à la formulation d'une injonction contre la discrimination par les prix et à l'imposition de limites aux achats de nouveaux gisements de gaz par le monopole. En 1992, l'autorité de régulation, l'OFGAS à l'époque, a saisi la Commission de la concurrence de questions concernant le transport et les tarifs tandis que le DTI la saisissait sur les activités non réglementées du monopole, au titre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. Cette fois, le rapport en quatre tomes publié en 1993 par la Commission a recommandé que les activités commerciales soient explicitement séparées des opérations de transport, que les tarifs soient réduits et même (en termes mesurés) qu'il soit mis fin au monopole de la fixation des prix. Le DTI a accepté certaines de ces recommandations à l'exclusion du démembrement en bonne et due forme. En 1992, la législation a ouvert le marché pour les petits utilisateurs industriels et commerciaux et British Gas a accepté de séparer ses fonctions au sein de son organisation mais ce n'est qu'en 1997, après la loi de 1995 sur le gaz (Gas Act) que British Gas a été explicitement divisé en deux entités séparées : Centrica pour les opérations commerciales et BG plc pour le transport par gazoduc.<sup>55</sup>

L'autre aspect des activités de l'OFGEM a déclenché la première controverse portant sur la question de savoir s'il convenait d'exercer le pouvoir de faire respecter les conditions des licences ou celui de faire appliquer la loi sur la concurrence. L'OFGEM a proposé de modifier les licences pour parer au risque de pratiques abusives dans un aspect des services électriques. Deux entreprises ayant refusé d'accepter les modifications suggérées, l'OFGEM a soumis la question à la Commission pour qu'elle l'examine sous l'angle de « l'intérêt général ». L'OFGEM prétendait que le comportement répréhensible ne pouvait être interdit au titre de la loi sur la concurrence parce qu'il pouvait être le fait d'entreprises ne jouissant pas d'une position dominante. L'OFT a contesté cette interprétation de l'application de la loi sur la concurrence et il a soutenu, dans un commentaire formulé au cours du processus de modification qu'il était préférable d'utiliser la loi de la concurrence que de recourir à une modification des licences. En l'occurrence, la Commission a estimé que les nouvelles conditions des licences n'étaient pas nécessaires pour protéger l'intérêt général. L'OFGEM a néanmoins demandé au ministre d'imposer ces conditions. Ce différend n'entraînait pas dans les compétences du groupe spécial sur les pouvoirs parallèles auquel il n'a pas été demandé de déterminer si le comportement en question soulevait un problème concernant les conditions des licences, dans le cadre de la législation sectorielle, ou un problème relevant de la loi sur la concurrence, mais uniquement de préciser qui est compétent dans ce dernier cas.

## *Réseau d'alimentation en eau et d'assainissement*

La nécessité d'une réglementation est apparue lorsque les dix compagnies britanniques des eaux et de l'assainissement ont été privatisées et sont devenues des monopoles locaux, détenteurs de licences, en 1989. 17 autres compagnies des eaux sont organisées sur la même base. En vertu des dispositions de la loi de 1991 relative au secteur de l'eau (Water Industry Act), l'office des services d'eau [Office of Water Services (OFWAT), en fait le « Director General of Water Services ») réglemente les prix suivant les conditions des licences.<sup>56</sup> Cette réglementation vise à assurer la solidité financière et un bon fonctionnement, à protéger les consommateurs contre des tarifs monopolistiques, à favoriser la rentabilité et l'efficacité et à faciliter une réelle concurrence, y compris avec l'arrivée de nouveaux entrants. La loi de 1999 sur le secteur de l'eau (Water Industry Act) a modifié le système de fixation des prix pour que les tarifs soient obligatoirement approuvés par l'OFWAT. À cette occasion, le directeur doit « tenir compte » des orientations ministérielles sur les plans social et environnemental et les modifications qu'il suggère d'apporter aux tarifs doivent prendre en considération les exigences de la réglementation concernant les besoins des clients défavorisés. Malgré les monopoles géographiques qui ont été accordés, depuis 1992, l'entrée de concurrents est autorisée pour servir les gros clients qui sont maintenant définis comme ceux dont la demande annuelle excède 250 000 mètres cubes. Le fournisseur établi peut être invité à fournir de l'eau en grandes quantités à l'entrant et à le raccorder au réseau d'égouts existant. Jusqu'à présent, la loi n'impose pas un transporteur commun mais les parties peuvent opter pour cette solution et un refus d'accès, non fondé, pourrait être considéré comme un abus de position dominante. L'OFWAT se fonderait sur la doctrine des « installations essentielles » pour se prononcer. Bien que les licences interdisent des tarifs exagérément préférentiels ou discriminatoires, les fournisseurs en place peuvent ajuster leurs tarifs pour les gros clients s'ils anticipent une concurrence à condition qu'ils couvrent leurs coûts marginaux à long terme et que les tarifs accordés soient offerts à d'autres clients se trouvant dans une situation comparable. Les tarifs consentis à ces gros clients ne sont plus inclus dans le « panier » global des tarifs afin de décourager les prix d'éviction ou d'exclusion.

L'OFWAT partage avec l'OFT un droit de regard sur les activités commerciales liées à l'alimentation en eau ou à la fourniture de services d'assainissement en Angleterre et au pays de Galles. Le DGFT est l'autorité compétente, dans ce secteur, pour le reste du Royaume-Uni, y compris l'Écosse où les compagnies des eaux sont publiques. Les lignes directrices de l'OFWAT décrivent certains problèmes de concurrence qui pourraient se poser dans ce secteur, à propos des conditions des marchés, des raccordements et de l'utilisation abusive des licences pour le « prélèvement » de l'eau dans des puits ou des rivières. Elles attirent l'attention sur le risque de collusion qui compromettrait le recours, par l'autorité de régulation, à la tarification comparative.<sup>57</sup> L'OFWAT a suivi l'OFTEL en adoptant, pour détecter les pratiques d'éviction, une conception des coûts spéciale pour les « industries de réseau » qui s'inspire de la communication de l'UE sur les problèmes d'accès dans le secteur des télécommunications<sup>58</sup> plutôt que de la jurisprudence de l'UE concernant l'abus de position dominante.

Les fusions dans le secteur de l'alimentation en eau sont soumises à des règles spéciales. La Commission de la concurrence doit être saisie de toutes les opérations importantes (plus de 30 millions de livres sterling). La législation résulte de l'expérience des premières années qui ont suivi la privatisation. Le ministre de l'Environnement qui était responsable de la privatisation, en 1989, est devenu plus tard le ministre du Commerce et de l'Industrie, à un moment où des entreprises publiques étrangères achetaient les compagnies britanniques des eaux, nouvellement privatisées. Il a décidé que la Commission devrait être saisie de tous ces projets d'acquisition. La Commission a estimé que la plupart des fusions envisagées dans ce secteur n'étaient pas contraires à l'intérêt général.

Le ministère responsable des services d'eau et d'assainissement était le ministère de l'Environnement, des Transports et des Régions (Department of Environment, Transport and the Regions) jusqu'aux élections de 2001 mais la responsabilité de ces questions a été ensuite confiée au nouveau ministère de l'Environnement, de l'Alimentation et des Affaires rurales (Department of Environment, Food and Rural Affairs). Il a été envisagé d'introduire une législation visant à imposer formellement l'obligation de partage du réseau contraignant les compagnies à transporter l'eau fournie par d'autres. L'instauration d'une pleine concurrence est compliquée par le fait que la plupart des consommateurs ne disposent pas de compteurs parce que l'ancien système de tarification reposait sur la valeur locative des habitations et non pas sur la consommation effective. Avant la réorganisation, il n'était pas prévu de modifier la structure de l'OFWAT et d'instaurer un conseil à la place de la direction unique mais, dans sa réponse à la consultation relative au projet de loi sur l'eau, le DFRA a annoncé son intention de placer l'OFWAT sous l'autorité d'un conseil.

### *Chemins de fer*

Depuis 1994, le monopole national du rail, intégré verticalement, a été démantelé et éclaté en une centaine de nouvelles entités. La restructuration s'est accompagnée de la création de l'autorité de régulation du rail confiée à un responsable soutenu par un bureau, l'ORR. Cette autorité de régulation est officiellement chargée de protéger les intérêts des usagers et de favoriser l'utilisation et l'amélioration du réseau ferroviaire national, la rentabilité, l'efficacité et la concurrence. Ce dernier devoir est évidemment interprété comme signifiant que les intérêts de nouveaux entrants et des entrants potentiels doivent être protégés. La principale fonction de l'autorité de régulation du rail est maintenant d'assurer la régulation économique de Railtrack, le monopole de l'infrastructure ferroviaire.

Les objectifs de la réforme étaient de réduire les subventions publiques, répondre aux besoins des usagers et réduire l'encombrement des routes en augmentant l'attrait des transports publics. Plusieurs considérations ont tenu une place importante dans la conception du nouveau secteur et de ses structures réglementaires. Les usagers risquaient d'être déçus si le nouveau système était trop complexe. L'expérience de la « guerre des autocars », qui a suivi la déréglementation de ce secteur, avait montré qu'une concurrence à court terme pouvait négliger les intérêts des usagers et compromettre les atouts du réseau. Une résistance de la part des intérêts en place et notamment des salariés était prévisible et les investisseurs se préoccuperaient des risques inhérents aux investissements à long terme.

La propriété des infrastructures a été octroyée à une nouvelle société, Railtrack. Les activités de fret ont été réparties entre six entités vendues, pour la plupart, au même acheteur. Les services auxiliaires tels que la location du matériel roulant, le gros entretien et les études techniques ont été vendus au secteur privé pour créer des conditions concurrentielles au niveau de l'offre de services [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998]. Des concessions ont été accordées pour l'exploitation des services de transport de voyageurs existants, le plus souvent pour une période de sept ans, de sorte qu'elles viennent à expiration en 2003 et 2004. Ces concessions prévoyaient le versement d'une subvention ou la perception d'une prime, suivant les cas [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998]. La plupart des bénéficiaires des concessions étaient des monopoles locaux qui continuent, le plus souvent, de bénéficier de subventions. La loi relative aux chemins de fer (Railway Act) prévoyait une certaine liberté d'accès pour les services mais la concurrence pour le rail proprement dit a été limitée [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998]. Les concessions incluent généralement des dispositions en faveur d'une « modération de la concurrence » qui permettent aux concessionnaires de désigner des secteurs devant être protégés de l'arrivée de nouveaux entrants. L'idée était de laisser aux concessionnaires le temps de se familiariser avec l'exploitation commerciale de leurs activités et de

permettre à l'autorité de régulation de tester un renforcement progressif de la concurrence [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998]. L'ORR a organisé des consultations sur les clauses de « modération de la concurrence » qui devraient être incluses dans les nouvelles concessions.

Les principaux moyens dont dispose l'autorité de régulation pour renforcer la concurrence sont de faire respecter les conditions de la licence de Railtrack et d'approuver les accords d'accès. Un recours ne peut être formé contre les décisions de l'autorité de régulation portant sur des questions d'accès (en dehors d'un recours administratif), ni auprès de la Commission contre des droits d'accès [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998]. Pour « la fourniture de services ferroviaires », l'ORR est doté de pouvoirs parallèles à ceux du DGFT, au titre de la loi sur la concurrence et de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce, mais il n'a que très peu exercé ces pouvoirs jusqu'à présent. Certaines actions concernant la réglementation permettent de bénéficier d'une exemption des obligations découlant de la loi sur la concurrence. D'après le projet de lignes directrices de l'ORR pour l'application de la loi sur la concurrence (à la différence des lignes directrices des autres autorités de régulation dotées de pouvoirs parallèles, celles-ci ne sont pas encore définitives), les accords d'accès approuvés par l'ORR, les accords de concession et certains autres accords concernant l'ensemble du secteur bénéficieront de l'exemption accordée au titre de « l'exception réglementaire ». Ce projet de lignes directrices décrit plusieurs situations propres aux chemins de fer. Il attire l'attention sur le danger que pourrait constituer l'existence d'un pouvoir de marché pour la location de matériel roulant ne constitue un danger au moment du transfert des concessions; jusqu'à présent, des lignes directrices sur les conditions des concessions et de la location, mises au point par le secteur, de son plein gré, ont permis de faire face à ce risque. Parmi les autres questions couvertes, figurent l'élaboration d'horaires communs et de « partenariats de qualité » pour la fixation des normes de service, la concurrence intermodale et la probabilité d'une définition des marchés définis en termes de services fournis à certaines heures de la journée et d'horaires flexibles pour les usagers. Les pratiques qui pourraient enfreindre l'interdiction prévue au chapitre I pourraient inclure la conclusion d'accords portant sur les horaires, pour empêcher la concurrence, sur les services, pour restreindre leur fourniture, ou sur les conditions d'accès, pour empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents, ainsi qu'une collusion sur les tarifs ou les soumissions pour l'obtention des concessions. Des exemptions seraient probablement accordées pour la fourniture de commodités telles que l'établissement de billets jusqu'au lieu de destination finale et la coordination des horaires. Le projet de lignes directrices n'adopte pas une définition spéciale de l'éviction ou des installations essentielles.

L'autorité de régulation du rail a fortement critiqué les faiblesses de la restructuration initiale et surtout la façon dont Railtrack a été privatisé en 1996. L'ORR a entrepris un examen approfondi des conditions de la licence de base de Railtrack en vue de renforcer sa responsabilité, une révision des principaux contrats liant Railtrack aux exploitants pour préciser les responsabilités et améliorer sa capacité de réaction et une réforme de la transparence financière de Railtrack pour l'encourager à investir là où il faut.<sup>59</sup> Parmi les problèmes qui continuent de retenir l'attention, en dehors des questions de sécurité soulevées par plusieurs accidents graves, figurent : la réduction des subventions publiques qui soutiennent la rentabilité économique, l'inadéquation évidente entre la durée des concessions et les horizons d'investissement pour l'amélioration des infrastructures et du matériel roulant, et la mise au point de droits d'accès suffisamment incitatifs [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998].

La solution de plusieurs de ces problèmes a été confiée à une nouvelle institution. La loi de l'année 2000 sur les transports (Transport Act) a créé une nouvelle autorité, la Strategic Rail Authority, qui est maintenant chargée de concevoir et d'attribuer les concessions pour le transport de voyageurs. L'allongement de la durée des concessions devrait encourager, du moins l'espère-t-on, les sociétés d'exploitation à investir davantage et à offrir notamment des services de meilleure qualité. Le processus s'appuiera sur une concurrence pour le marché, plutôt que sur le marché, pour obtenir de

meilleurs résultats pour les usagers. La nouvelle autorité est aussi responsable des questions concernant la protection des consommateurs telles que les tarifs, la qualité des services, le remplissage excessif des trains et le traitement des plaintes, la gestion des subsides accordés pour le fret en Angleterre et le pilotage des projets d'investissement visant à supprimer les goulets d'étranglement et à développer les capacités du réseau. Elle finance aussi le conseil et les comités des usagers du rail qui défendent les intérêts des consommateurs. Les objectifs assignés par la loi à la Strategic Rail Authority n'incluent pas le renforcement de la concurrence pas plus qu'il ne lui est demandé de choisir la solution la moins anticoncurrentielle. La création de cette autorité constitue un commentaire implicite sur l'expérience du modèle d'autorité de régulation confiée à une seule personne. La fréquence du changement de responsable (trois personnes différentes au cours des cinq dernières années) souligne le risque d'une personnalisation de la politique. La nouvelle autorité est organisée suivant le modèle, qui est préféré actuellement, d'un conseil composé de plusieurs membres. Elle s'occupera de la plupart des problèmes délicats que pose la réglementation dans ce secteur en laissant à l'ORR la responsabilité du contrôle économique de Railtrack.

### *Transports aériens*

Les rôles joués par l'autorité de l'aviation civile [Civil Aviation Authority (CAA)], sur le plan de la réglementation concernant les transports aériens à plusieurs égards. Le dernier rôle qui lui a été attribué dans ce domaine est de réglementer le partenariat entre le secteur public et le secteur privé qui assure le contrôle du trafic aérien. Elle jouit, à cette fin, de pouvoirs parallèles à ceux du DGFT pour faire appliquer la loi sur la concurrence (Transportation Act 2000, chapitre V; OFT, 2001a). Elle n'est pas dotée de tels pouvoirs pour remplir ses autres fonctions, y compris la réglementation des aéroports et des compagnies aériennes, et le DGFT assume donc seul la responsabilité de l'application de la loi. Une pratique résultant d'une décision de la CAA aurait, bien sûr, des chances de bénéficier d'une exemption des dispositions de la loi sur la concurrence. Le groupe de contrôle économique de la CAA fixe le plafond des droits pour les aéroports de Heathrow, Gatwick, Stansted et Manchester, après consultation de la Commission de la concurrence, sauf si le ministre en décide autrement. La loi stipule que ces droits doivent être revus tous les cinq ans. Un processus de consultations formelles est déjà engagé pour la révision qui doit avoir lieu en 2003.

Les questions concernant l'aviation internationale sont souvent résolues en associant une analyse de la concurrence à des négociations pures et simples. Le Royaume-Uni a indiqué qu'il souhaitait transférer les responsabilités dans ce domaine aux autorités indépendantes de la concurrence et réduire le niveau d'intervention ministérielle. En ce qui concerne les problèmes d'aviation internationale qui impliquent des pays tiers (c'est-à-dire des pays non membres de l'UE), le livre blanc de juillet 2001 indique : « jusqu'à présent, les ministres britanniques avaient un rôle à jouer dans la prise de décision mais dorénavant, toutes les décisions seront prises par l'OFT » (DTI, 2001, page 22).

### *Transports par autocars*

Le DGFT est intervenu dans le secteur des autocars lorsque la concurrence qui s'est exercée après la privatisation du secteur a abouti à la formulation de plaintes sérieuses contre des pratiques d'exclusion et d'éviction ainsi que contre des ententes sur les prix et une série de fusions. Ces questions étaient résolues jusqu'à présent en se fondant sur le droit général de la concurrence et, souvent, par des prises d'engagements par les sociétés concernées. La loi de l'année 2000 sur les transports a maintenant introduit des règles spéciales que le DGFT doit faire respecter par le secteur. Les « partenariats pour la qualité » et les accords en matière de billetterie peuvent être approuvés s'ils permettent d'améliorer la qualité des véhicules ou des services ou de réduire les encombrements ou la pollution mais à condition que toute réduction de la concurrence qu'ils impliquent soit proportionnelle aux effets positifs obtenus.

## *Services financiers*

L'OFT a entrepris, en 1979, une enquête sur les ententes portant sur les commissions de la Bourse de Londres. Il a été dessaisi de l'affaire par une législation qui a exempté la Bourse des dispositions de la loi sur les pratiques commerciales restrictives. En contrepartie de cette protection, la City a accepté les réformes qui ont conduit au « big bang » de 1986. Cette évolution a été parallèle à la réforme de la profession boursière intervenue dans d'autres pays, comme les États-Unis, où la législation n'a pu être appliquée en raison d'une exemption technique mais où la profession a néanmoins accepté des réformes en faveur de la concurrence pour éviter de se discréditer davantage aux yeux du public. Aux termes de la loi de 1986 sur les services financiers (Financial Services Act), ceux qui exercent des activités financières doivent appartenir à une organisation autoréglémentée, à une bourse de placements reconnue ou à un organisme professionnel reconnu. Le DGFT a examiné les règles et autres dispositions de ces organismes du point de vue de la concurrence et il a fait part de ses conclusions au ministre des Finances qui pouvait imposer des changements s'il estimait que la concurrence était sérieusement compromise. Les règles des organismes autonomes et professionnels du secteur pouvaient être exemptées de l'interdiction prévue par le chapitre I [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 2000, page 5]. Cette exemption est mentionnée dans la loi sur la concurrence (annexe 2, partie 1).

La loi de l'année 2000 sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act) continue de charger le DGFT d'examiner les règles de la Financial Services Authority (FSA), des bourses de placements et des chambres de compensation et de donner son avis sur elles et elle prévoit une responsabilité du même ordre pour l'examen des règles de « l'autorité compétente pour la cotation en Bourse » [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999]. Si le DGFT estime que ces règles ont un effet anticoncurrentiel, il saisit la Commission de la concurrence qui examine alors la question. Si la Commission estime aussi qu'elles nuisent à la concurrence, elle doit tenir compte également des autres considérations qui auront incité la FSA à adopter les règles, telles que l'exigence de prudence et de stabilité financière. Si la Commission estime que, malgré ces facteurs, les mesures pourraient être modifiées pour réduire ou supprimer un effet anticoncurrentiel, elle en informe le ministre des Finances. Elle examine aussi les pratiques, règles et directives des bourses de placement et des chambres de compensation (Commission de la concurrence, 2000) mais c'est la FSA et le ministère des Finances qui doivent agir en dernier ressort. Si la Commission estime injustifiée une restriction de la concurrence, le ministère des Finances doit inviter la FSA à prendre la mesure qui s'impose « sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles ». La précision apportée pour éclairer la signification de cette expression est elliptique puisqu'elle indique simplement que le ministère des Finances doit décider qu'« il ne serait ni approprié ni nécessaire » d'imposer à la FSA d'agir. D'après les exemples donnés, ce serait le cas si la FSA avait déjà tenté de résoudre le problème ou si le ministère des Finances estimait qu'une modification des règles mettrait « sérieusement en danger » le système financier. Le ministère des Finances peut en outre imposer que les règles soient modifiées pour respecter des obligations internationales ou protéger les consommateurs, même lorsque la Commission ne constate pas de problèmes.

Le ministre des Finances a chargé un expert indépendant d'examiner « les niveaux de concurrence, d'innovation et d'efficacité sur les marchés bancaires britanniques » (Cruickshank, 1999). Le rapport qui en est résulté, le « rapport Cruickshank » a abouti à une saisine de la Commission de la concurrence, au titre de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce, pour qu'elle enquête sur les services de compensation offerts aux petites et moyennes entreprises (le rapport a peut-être aussi conduit à l'examen et au rejet d'une importante fusion bancaire). La Commission menait toujours son enquête à la fin de l'été 2001. Le gouvernement avait néanmoins déjà profité du fait que la Commission avait suggéré des solutions possibles pour faire connaître, en mars 2001, son intention d'accorder à l'OFT de nouveaux pouvoirs de réglementation pour l'accès et les droits

d'accès aux systèmes de paiement « en vue de favoriser une réelle concurrence » dans ce domaine (OFT, 2001a). Cela se traduira probablement par la création d'une section ou d'un bureau spécial(e) au sein de l'OFT, par une législation spécifique.

Les premières versions du texte qui a abouti au « Financial Services Act 2000 » continuaient d'exclure, en termes vagues, des dispositions de la législation de la concurrence, un comportement « envisagé » par la réglementation du secteur financier. La version intérimaire du rapport Cruickshank a recommandé un resserrement de cette disposition visant à n'exclure un comportement que lorsqu'un instrument juridique autorisait les exclusions (approche adoptée pour les exclusions générales prévues dans l'annexe 3 de la loi de 1998) ou lorsque l'autorité de régulation avait examiné le comportement en question et l'avait autorisé ou imposé (Cruickshank, 1999, page 17). La loi a finalement adopté une formulation se situant entre ces deux options puisque les interdictions de la loi sur la concurrence ne s'appliquent pas à un comportement « encouragé » par les « dispositions réglementaires » de la FSA. On verra, avec le temps, si le niveau de sanction officielle est matériellement différent selon qu'un comportement est « encouragé », « autorisé » ou « envisagé ».<sup>60</sup>

### *Assurances*

Les sociétés d'assurances ont bénéficié d'une exemption des dispositions de la loi sur les pratiques commerciales restrictives (RTPA), ce qui a eu pour effet de leur permettre de coopérer en échangeant des informations et en partageant les risques là où cela était nécessaire au bon fonctionnement du secteur. Cette exemption aurait pu aussi, théoriquement, leur permettre d'uniformiser les conditions et modalités et de s'entendre sur les primes. Elle ne s'étendait toutefois pas à d'autres réglementations de la concurrence. Les ententes sur les prix, les accords de partage des marchés, ou les accords qui affectaient notablement la concurrence d'une autre façon ou qui se traduisaient par un comportement collectif inadmissible pouvaient faire l'objet d'une enquête et d'un contrôle en vertu des dispositions de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce, si les critères juridictionnels étaient respectés au niveau par exemple de la part globale du marché détenue [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1998b]. Le RTPA a été abrogé et la loi sur la concurrence de 1998 ne prévoit pas d'exemption équivalente.

### *Services professionnels<sup>61</sup>*

La Commission de la concurrence a établi quelque quatorze rapports sur les services professionnels, dont neuf en 1976. Malgré cette « forte attaque soutenue contre les pratiques restrictives » dans ces secteurs (Wilks, 1999, page 295), d'importantes restrictions et exemptions persistent. L'OFT et le gouvernement ont réclamé leur suppression. Le gouvernement a demandé à l'OFT, en 1999, d'examiner la concurrence dans les services professionnels pour déceler les restrictions ayant pour effet d'empêcher, de limiter ou de fausser notablement la concurrence, qu'elles tiennent à la législation, aux règles professionnelles ou à d'autres facteurs. L'étude de l'OFT devait recenser les effets positifs pour les consommateurs que les restrictions étaient censées avoir mais ne pas chercher à déterminer à ce stade si ces effets justifiaient vraiment les restrictions. Le rapport de l'OFT de mars 2001 concernait les professions juridiques, les comptables et les architectes. Après avoir fait observer que les précédents travaux de l'OFT et de la Commission avaient été suivis par d'importantes réformes encourageant la concurrence sur les prix et la publicité ainsi qu'une plus grande souplesse dans la façon dont la profession était exercée, le rapport a néanmoins constaté que plusieurs restrictions persistaient. Les architectes et les conseils et notaires (solicitors) continuent d'employer des méthodes qui ont tendance à stabiliser certains honoraires. La publicité fait encore l'objet de restrictions qui tendent à la décourager inutilement. L'OFT a en outre attiré l'attention sur



les conséquences, pour la concurrence, de restrictions portant sur la façon dont la profession est exercée, comme le fait, par exemple, que les avocats doivent travailler seuls et obtenir leur travail uniquement des « solicitors » et non pas directement des clients (OFT, 2001b).<sup>62</sup>

Les dispositions juridiques existantes devront être modifiées pour que la loi sur la concurrence s'applique totalement aux associations professionnelles. Le ministre est habilité à exclure de l'interdiction prévue au chapitre I les règles applicables aux services professionnels ou aux prestataires de services. Les organismes professionnels doivent être reconnus par le ministre pour pouvoir bénéficier de cette exclusion. Le DGFT peut indiquer au ministre s'il est souhaitable, à son avis, de continuer à reconnaître un organisme et le ministre doit consulter les autres ministères dont les fonctions sont concernées par les services en question. C'est la seule restriction au pouvoir de reconnaissance des organismes dont jouit le ministre. La liste des professions pouvant être reconnues est longue et elle inclut les avocats, les « solicitors », les médecins, les chirurgiens, les dentistes, les ophtalmologues et les optométristes, les vétérinaires, les infirmiers, les sages-femmes, les physiothérapeutes, les pédicures, les architectes, les comptables, les commissaires aux comptes, les syndicats de faillite, les agents en brevets, les agents parlementaires, les géomètres, les ingénieurs et les experts ou conseillers techniques, les enseignants et les cadres religieux (loi de 1998 sur la concurrence, annexe 4).<sup>63</sup> L'exclusion ne couvre les activités des organismes ou organisations professionnels que dans la mesure où un accord constitue un règlement professionnel reconnu, impose des obligations découlant de celui-ci ou concrétise l'agrément d'agir conformément à ses dispositions. Jusqu'à présent, le ministre n'a reconnu aucun règlement mais l'OFT estime qu'une demande de reconnaissance ne pourrait, en pratique, être refusée aux termes de la législation actuelle (OFT, 2001b). Le gouvernement a annoncé en mars, au moment de la sortie du rapport de l'OFT, qu'il a l'intention de supprimer l'exclusion de l'annexe 4 de la loi sur la concurrence et de poursuivre les consultations pour déterminer ce qui peut être fait pour supprimer d'autres restrictions injustifiées [MW1] (OFT, 2001a).

### *Produits agricoles*

L'interdiction prévue par le chapitre I ne s'applique pas aux accords portant sur la production ou le commerce d'un produit agricole qui font « partie intégrante » d'une organisation nationale de marché, sont nécessaires à la réalisation d'un objectif de l'article 39 du traité de l'UE ou équivalent à un arrangement entre exploitants agricoles pour la production, la vente, le stockage ou la transformation d'un produit (à condition qu'ils n'imposent pas des prix uniformes). Cette exemption semble vouloir correspondre à une exemption de la Commission pour les coopératives agricoles.

### *Fusions de journaux*

Des règles spéciales s'appliquent aux fusions et aux transferts de propriété de journaux. Elles remontent à la loi de 1965 sur les monopoles et les fusions. Dans certaines circonstances, la propriété de journaux ne peut être transférée sans le consentement du ministre et ce consentement ne peut être donné tant que la Commission ne s'est pas prononcée sur l'opération envisagée. En gros, cette règle s'applique si la fusion concerne des journaux vendus à plus de 500 000 exemplaires. Le groupe d'enquête de la Commission peut comprendre des membres choisis au sein d'un groupe d'experts constitué à cette fin [Royaume-Uni (OCDE, CLP) 2000, page 19]. Composé de dix membres, ce groupe d'experts réunit des journalistes, des écrivains, des professeurs de journalisme ou des cadres du secteur de l'édition (Commission de la concurrence, 2000).

La raison avancée pour ces règles spéciales est que le changement de propriété des journaux peut poser des problèmes au niveau de l'exactitude des faits relatés et de la liberté d'expression. Cette raison sous-jacente implique qu'une fusion pourrait être rejetée si la Commission estimait que la partie acheteuse pourrait ne pas rendre exactement compte de l'actualité, jugement concernant l'« intérêt général » qui est très éloigné des préoccupations habituelles liées à la politique de la concurrence. La loi a été invoquée pour assurer l'équilibre des opinions représentées. En 1999, par exemple, un éditeur de journaux régionaux a été autorisé à acquérir des titres en Irlande du Nord à condition de procéder à des transferts de propriété permettant que l'opinion des deux camps qui s'opposent dans le débat entre les Républicains et les Unionistes continue d'être représentée dans la presse [Royaume-Uni (OCDE, CLP), 1999].

### *Diffusion audiovisuelle*

Deux exemptions au titre de la loi de 1990 sur la diffusion audiovisuelle (Broadcasting Act) sont mentionnées dans la troisième partie de l'annexe 2 de la loi sur la concurrence. Elles concernent, d'une part, les arrangements relatifs aux actualités télévisées par la troisième chaîne, pour lesquels les décisions afférentes au champ d'application et à l'effet probable sont prises par le ministre et, d'autre part, les accords d'interconnexion pour lesquels les conditions requises sont déterminées par l'Independent Television Commission. La loi de 1990 sur la diffusion audiovisuelle confère deux responsabilités au DGFT. La première est d'examiner et d'indiquer dans un rapport dans quelle mesure les accords d'interconnexion de la troisième chaîne satisfont au critère de concurrence fixé dans la loi. La seconde est de surveiller et d'indiquer dans un rapport dans quelle mesure la BBC respecte le quota de 25 pour cent pour la diffusion de productions indépendantes dans sa programmation. La loi sur la télédiffusion fixe aussi des limites absolues pour les parts d'audience. D'autres règles plus générales sur le contrôle des médias sont à l'étude. La responsabilité de la réglementation de la télédiffusion sera probablement intégrée dans une nouvelle unité s'occupant aussi des télécommunications : l'OFCOM.

### *Protection de l'environnement*

L'annexe des exemptions particulières (quatrième partie de l'annexe 2 de la loi de 1998 sur la concurrence) mentionne, dans des références peu claires, les obligations découlant de la loi de 1995 sur la protection de l'environnement (Environmental Protection Act) auxquelles, implicitement, l'interdiction prévue dans le chapitre I ne s'applique pas à certains égards.

## **5. Sensibilisation à l'impératif de concurrence dans le cadre de la réforme de la réglementation**

Dans le débat public sur les effets de la réglementation sur la concurrence, c'est le DTI qui a surtout fait entendre sa voix. Les rapports de la Commission de la concurrence, et notamment ceux concernant les industries nationalisées, ont aussi effleuré ces thèmes. L'OFT a rarement abordé directement les questions concernant la réglementation mais le gouvernement a l'intention de faire jouer à l'OFT un rôle beaucoup plus visible dans la sensibilisation du public.

Les réformes structurelles de grande ampleur qui ont été entreprises pendant les années 80 l'ont été au nom d'une politique générale visant à réduire le rôle de l'État dans l'économie et du désir d'élargir le cadre de la concurrence. Les rapports de la Commission, surtout ceux établis au titre du pouvoir que lui confère l'« article 11 » d'examiner les secteurs nationalisés, ont notamment

contribué au débat sur le besoin de changement et la forme des nouvelles institutions. Dans le dernier examen de la politique générale relative à la réglementation des services d'utilité publique, le DTI a joué un rôle moteur en créant une unité spéciale l' « Utilities Review Team » chargée d'organiser les consultations et d'élaborer les études et les propositions.

En comparaison, les rapports et les études de l'OFT ont été plus réactifs. L'OFT a en effet réalisé certaines études pour répondre à des demandes particulières. Ce fut notamment le cas récemment pour le rapport de décembre 2000 qu'il a établi avec l'OFTEL sur les conditions du commerce électronique et pour le rapport de mars 2001 sur les problèmes de concurrence dans les services professionnels. Le rapport sur le commerce électronique juge les conditions du secteur favorables dans l'ensemble et, de ce fait, il ne présente pas une analyse détaillée des obstacles réglementaires ou de propositions de réforme. Le rapport sur les services professionnels recommande, par contre, de modifier la législation. Autrement, les travaux de recherche de l'OFT portent surtout sur les aspects théoriques de la politique de la concurrence, l'analyse des jugements et les conditions économiques des marchés et de l'industrie, les problèmes de réglementation ne constituant pas le principal sujet de préoccupation. Une série de rapports sur les règles des organismes financiers et professionnels autonomes a été entreprise pour répondre aux exigences de la législation. L'OFT est maintenant consulté de temps à autre sur des propositions de réglementation ou de législation surtout lorsqu'il risque de lui incomber de les faire respecter.

Le gouvernement a récemment annoncé qu'il envisageait de faire jouer à l'OFT un nouveau rôle dans l'évaluation des effets des lois et réglementations sur la concurrence. Dans des livres blancs publiés en février et juillet 2001, il a indiqué comment l'OFT et d'autres autorités chargées de la réglementation seront invités à « déterminer quand la législation et les réglementations créent des obstacles à l'entrée et à la concurrence ou orientent les marchés dans une direction particulière et freinent ainsi l'innovation et le progrès. » L'OFT sera notamment chargé de « désigner les secteurs importants dans lesquels des problèmes de concurrence ont été détectés et d'entreprendre des études approfondies pour déterminer si une intervention est nécessaire », de signaler au gouvernement les obstacles qu'il constatera éventuellement au cours des enquêtes entreprises pour faire appliquer la législation et de collaborer avec l'unité spéciale ayant pour tâche d'évaluer l'impact de la réglementation et avec d'autres services officiels en vue de leur fournir des informations sur les effets des réglementations proposées sur la concurrence.

L'OFT et la Commission doivent attirer l'attention sur les obstacles que la réglementation crée pour la concurrence et dont ils constatent l'existence au cours de leurs enquêtes. Cela a notamment été le cas récemment lorsque la Commission a examiné, dans son rapport sur les supermarchés, des allégations selon lesquelles la réglementation de l'aménagement du territoire décourageait l'entrée sur le marché. La Commission a toujours été en mesure d'examiner et de commenter les effets de la réglementation sur les marchés et de recommander des changements mais l'étendue des pouvoirs de l'OFT était moins nette. L'OFT est en effet habilité à observer les marchés et à rendre compte de ses observations aux ministres en vertu des dispositions de l'article 2 de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. Le DTI souhaite qu'il renforce cet aspect de ses activités. Dans le livre blanc du mois d'août, le gouvernement s'engage à réagir aux rapports de l'OFT et de la Commission signalant les effets anticoncurrentiels des réglementations existantes. L'OFT ou la Commission ont pu recevoir et répondre à une demande d'examen d'un secteur dans lequel un problème de concurrence pouvait être dû à la réglementation. C'est ce qui s'est produit pour le rapport remis en mars 2001 par l'OFT sur les services professionnels. L'OFT aurait également pu entreprendre cette étude de sa propre initiative. L'idée d'examiner l'ensemble de la législation existante pour déceler les problèmes qu'elle peut créer pour la concurrence a été considérée mais elle a été rejetée jusqu'à présent. Enfin, l'OFT peut participer à l'élaboration de nouveaux textes de loi.

## 6. Conclusions et actions envisageables

Jusqu'à une date récente, les politiques britanniques concernant la concurrence et la réglementation offraient un curieux contraste. Un programme révolutionnaire de déréglementation des services d'utilité publique favorisait la concurrence dans des secteurs qui avaient été pendant longtemps aux mains de monopoles dans le contexte d'un système de rapports avec les secteurs peu concurrentiels qui était intéressant, sur le plan intellectuel, mais indulgent dans l'ensemble. Le système général d'application de la législation de la concurrence était manifestement insuffisant puisqu'il s'appuyait sur des actions inefficaces pour mettre un terme aux pratiques existantes et ne permettait pas d'empêcher les pratiques abusives ou d'y remédier. Le Royaume-Uni dispose maintenant, pour faire respecter la législation de la concurrence, d'un dispositif moderne et vigoureux, qui devrait encore être modernisé et renforcé d'ici peu, tout en maintenant et en développant une approche bien particulière des problèmes qui touchent des marchés entiers. Le renforcement de la concurrence dans les secteurs réglementés exige, toutefois, une plus grande attention qu'initialement prévu tandis que les objectifs de la politique de la concurrence sur le plan de la réglementation sectorielle sont supplantés par de nouvelles missions. Pour la première fois depuis une génération au moins, les concepts de la politique de la concurrence sont au centre de la stratégie économique du pays et le gouvernement est décidé à aller encore plus loin.

Le fait que le ministre des Finances et deux autres ministres aient annoncé, après les élections, que la politique de la concurrence figurerait en haut de la liste d'une série de mesures hautement prioritaires visant à rattraper le retard accusé au niveau de la productivité montre qu'une réforme axée sur la concurrence est fortement soutenue à haut niveau, au sein du gouvernement.<sup>64</sup> Si ce programme est maintenu, l'équilibre entre les différents intérêts qu'a représenté l'« accord de l'après-guerre » et qui s'est traduit par la politique de la concurrence peu ambitieuse que le Royaume-Uni a menée jusqu'en 1998, pourra céder la place à un nouveau modèle de politique économique dans lequel les concepts de la concurrence occuperont une place fondamentale, voire quasi constitutionnelle, pour la première fois au Royaume-Uni.

Le public britannique n'est toutefois pas totalement convaincu de l'importance de la concurrence. Il ressort d'une enquête menée récemment dans le pays auprès d'observateurs expérimentés, que 10% d'entre eux seulement pensaient que la politique de la concurrence était importante pour l'opinion britannique alors qu'aux États-Unis, ce pourcentage atteignait 83% (PWC, 2001). Le Better Regulation Task Force, groupe de haut niveau sur la réforme de la réglementation, ne mentionne pas la concurrence ou la solution des problèmes des marchés dans ses « cinq principes de bonne réglementation », qui se préoccupent uniquement des questions de mode d'action telles que la transparence, la responsabilité, la proportionnalité, la cohérence et le ciblage, mais ce manque relatif d'attention directe tient peut-être simplement à un manque de familiarité avec la question, la politique de la concurrence n'ayant pas constitué une préoccupation majeure jusqu'à présent. Jusqu'à la fin des années 80, la politique de la concurrence a été en effet constamment éclipsée par d'autres aspects de la politique économique. D'autres moyens ont été utilisés pour contrôler l'industrie et même les monopoles tels que, notamment, la nationalisation à la fin des années 40 et la planification et l'intervention directe pendant les années 60 et 70. La politique de la concurrence ne faisant pas la une des journaux, la législation de la concurrence n'était pas considérée comme urgente. La longue période d'expérimentation institutionnelle, qui s'est écoulée entre 1948 et 1998, a maintenu les principes dans le débat public même s'ils restaient généralement à l'arrière-plan. Avec le temps, un large consensus, quoique superficiel, s'est fait jour et les réformes de la politique de la concurrence ont été soutenues par les deux grands partis politiques lorsqu'elles ont été finalement adoptées.

Cela a été le cas pour les réformes qui étaient incluses dans la loi de 1998 sur la concurrence. Bien qu'elle ait maintenu la plupart des institutions de base, cette loi a finalement rendu crédible l'application de la législation générale relative à la concurrence au Royaume-Uni. Elle fournit maintenant un ensemble complet et bien pensé de moyens d'application. Elle s'écarte nettement de l'approche précautionneuse traditionnelle du pays en adoptant pratiquement toutes les grandes lignes de la politique européenne de la concurrence et notamment une interdiction fondée sur les effets sur la concurrence plutôt que sur une enquête agnostique et théorique axée sur l'intérêt général. Elle menace, en outre, d'appliquer de réelles sanctions en cas d'infractions. Ces sanctions plus rigoureuses n'ont toutefois pas encore été vraiment appliquées de sorte qu'il est peut-être trop tôt pour établir les pratiques qu'elles empêcheront efficacement. Le maintien des anciennes dispositions relatives aux monopoles de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce a permis de préserver une autre approche intéressante et utile, même si certains de ses aspects ont besoin d'être actualisés. Par exemple, le critère juridictionnel du niveau de la part de l'offre est insolite, infondé et, en définitive, non pertinent. L'ancien processus d'examen des fusions a prouvé qu'il pouvait être incertain. Ces deux processus doivent maintenant faire l'objet d'une réforme approfondie.

Ces processus, non encore modifiés, font ressortir la complexité et le caractère apparemment superfétatoire de la structure institutionnelle dans le cadre de laquelle la Commission de la concurrence peut réexaminer le travail initial fait par l'OFT avant sa saisine et le DTI peut ensuite anticiper ce que la Commission va conclure dans son rapport et la court-circuiter. Il est indéniable que les chevauchements présentent certains avantages en créant un pouvoir de négociation et des possibilités d'émulation en ce qui concerne l'action à mener et les compétences. La menace de soumettre une question à une longue enquête de la Commission, aux résultats incertains, peut favoriser un règlement négocié. Les dernières études sectorielles de l'OFT semblent couvrir le même genre de territoire que celui qui a été pendant longtemps le domaine réservé de la Commission. Le système « tripartite » résultant de l'éclectisme qui caractérise l'administration publique britannique a été à la fois critiqué et vanté:

L'existence de trois sources distinctes de pouvoir discrétionnaire administratif rend difficile d'établir des principes généraux et rend les procédures opaques mais elle a le même effet que la séparation des pouvoirs dans la constitution américaine : elle empêche le développement d'une politique arbitraire ou énergique par une branche de l'administration. C'est pourquoi l'industrie aime le dispositif actuel : il est peut-être lourd mais il n'est pas menaçant (Wilks, 1999, page 218).

La possibilité d'une intervention ministérielle de dernière minute peut mettre en porte-à-faux l'application scrupuleuse de la politique. Le gouvernement s'efforce d'y remédier en faisant valoir les mesures qu'il prend pour assurer l'indépendance de la prise de décision de l'OFT et de la Commission et en soulignant qu'il disposera d'un pouvoir discrétionnaire limité dans le cadre du nouveau système prévu pour les fusions. Il reste à voir si cette détermination résistera à un cas épineux. Malheureusement, les interventions passées, bien que rares et dues à un autre gouvernement, ne seront pas oubliées facilement. Il faudra peut-être qu'une période de 25 ans sans intervention s'écoule pour que les événements du milieu des années 90 disparaissent des mémoires. La stratégie générale est évidemment de souligner l'indépendance de l'OFT et de supprimer le risque de décisions arbitraires par une restructuration se traduisant par l'instauration d'un conseil à la place d'un unique responsable.

Les trois institutions peuvent souvent sembler faire le même genre de choses mais elles s'efforcent de tenir le public totalement informé de leurs activités. La transparence et la consultation du public sont si développées que certains déplorent timidement que le point des rendements décroissants ait été dépassé. Les consultations menées avec le public sur les propositions législatives et les lignes directrices sont approfondies et le processus est pris au sérieux. Plusieurs aspects de la

dernière série de réformes, y compris les modifications apportées au processus prévu pour les fusions, ont été sensiblement modifiés à la suite des commentaires formulés. Le produit obtenu est parfois bizarre. Les nombreuses lignes directrices formulées pour interpréter la loi sur la concurrence témoignent d'un louable souci d'information et d'éducation du public mais les indications « informelles » qui en résultent montrent les signes d'une intense intervention des juristes en prévision, peut-être, d'une attention judiciaire. Il est certain que les lignes directrices sont beaucoup plus faciles à comprendre que les textes législatifs qu'elles expliquent et que les couches successives de descriptions minutieuses, de définitions artificielles et de renvois rendent inintelligibles aux non-spécialistes.

Les dirigeants de l'OFT et de la Commission, tous deux professeurs d'économie à Oxford,<sup>65</sup> ont promis une application vigoureuse de leurs nouveaux moyens de coercition. Tout dirigeant est toutefois tributaire de ceux qu'il dirige. Une culture du « respect de la législation » et les compétences nécessaires à cet effet doivent être développées, surtout à l'OFT, l'unité qui doit fournir l'essentiel des troupes. De nombreuses mesures ont déjà été prises pour répondre à ce besoin sous la forme, par exemple, de la formation du personnel et d'un renforcement du financement mais cette transformation prendra du temps. Avec l'adjonction de la responsabilité des activités de sensibilisation et d'une nouvelle unité chargée de réaliser des études pratiques, l'OFT doit veiller à ne pas détourner son attention et ses ressources, du travail ingrat mais indispensable qu'implique une application efficace de la législation.

L'analyse des problèmes de concurrence qui sont provoqués par d'autres lois et réglementations a moins retenu l'attention des trois principales institutions. Même à la Commission, ce sujet n'a généralement été abordé que dans le cadre d'études entreprises à d'autres fins. Les rapports que celle-ci a établis au titre de l'« article 11 » ainsi que l'examen de dossiers portant sur des fusions et des monopoles ont toutefois contribué au programme à long terme de réforme des monopoles couvrant les infrastructures. Le DTI a également abrité l'unité chargée d'étudier les services d'utilité publique qui a supervisé les initiatives prises récemment en vue de revoir complètement le système de réglementation sectorielle.

Ce chapitre est trop bref pour permettre une analyse approfondie de la façon dont la concurrence s'est ou non développée dans les nombreux secteurs qui ont été privatisés et libéralisés au Royaume-Uni depuis le milieu des années 80. Pour le transport par autocar, les réformes ont eu des effets inattendus sur le plan de politique de la concurrence en renforçant les pratiques de monopole que les moyens d'action existant avant la loi de 1998 ne permettaient pas de corriger facilement. Pour le rail, le mécontentement provoqué récemment par la structure qui a résulté de la privatisation ne semble pas tenir à une conception erronée de la politique de la concurrence mais à une inadéquation des mesures d'incitation en faveur d'une exploitation efficiente et d'investissements dans les infrastructures. L'évolution observée dans d'autres secteurs importants est examinée dans d'autres chapitres du présent ouvrage. Dans l'ensemble, les autorités de régulation semblent prendre au sérieux le rôle qu'elles doivent jouer pour la politique de la concurrence. Le système formel soigneusement élaboré pour gérer leurs pouvoirs parallèles dans ce domaine a fonctionné comme prévu et il a, en fait, à peine dû être invoqué. Cela tient toutefois au fait qu'un désaccord est peu probable sur l'application des lois relatives à la concurrence elles-mêmes. La question qui se pose presque, plutôt, est celle de savoir s'il convient de continuer d'utiliser les législations sectorielles pour favoriser la concurrence maintenant que le droit de la concurrence a lui-même été renforcé et complété. La situation qui a abouti récemment à la saisine de la Commission pour les licences du secteur de l'électricité a soulevé le problème et conduit à se demander si, face à « un important pouvoir de marché » ne se traduisant pas nécessairement par une « position dominante », il fallait charger l'autorité sectorielle attribuant les licences de prendre des dispositions réglementaires, développer les concepts du droit de la concurrence ou saisir la Commission de la concurrence et lui demander d'établir un rapport en vertu des

dispositions de la loi sur la loyauté des pratiques du commerce. La réponse à cette question n'est toujours pas évidente et il est, à vrai dire, toujours difficile de déterminer qui est en mesure d'y répondre.

#### **ENCADRÉ 5 : EXPÉRIENCE DANS LE DOMAINE DE LA RÉGLEMENTATION DES SERVICES D'UTILITÉ PUBLIQUE**

Un examen entrepris en 1999 de l'expérience considérable acquise par le Royaume-Uni dans l'introduction de la concurrence dans des secteurs qui étaient jusque-là réglementés et placés sous le contrôle d'un monopole a permis de tirer plusieurs conclusions:

Une structure de marché concurrentielle doit être créée le plus tôt possible; le pouvoir d'opposition des entités dominantes en place à l'arrivée de nouveaux entrants a été sous-estimée. La libéralisation entraîne des changements dynamiques et a donc tendance à supprimer, au fil du temps, les particularités des marchés des services d'utilité publique. Les rôles et les objectifs des pouvoirs publics, des autorités de régulation et des sociétés doivent être clairs et distincts.

« La réglementation économique indépendante reposant sur le modèle Indice des prix de détail (IPD)-X a généralement résisté à l'épreuve du temps et fonctionne bien ». L'indépendance constitutionnelle par rapport aux manœuvres politiques améliore les décisions. Le plafonnement des prix est accepté maintenant, bien que les avis divergent sur le niveau auquel le plafond doit être fixé pour qu'à la fois, la société concernée soit incitée à produire efficacement et les consommateurs reçoivent leur part des avantages. L'étude a conclu que les pouvoirs publics et les autorités de régulation pouvaient être « ambitieux » quant aux possibilités de gains d'efficacité. La marge de manœuvre dont disposait le système était plus importante qu'on ne le pensait et les sociétés devaient être sanctionnées si elles encaissaient les économies facilement réalisées sans renforcer leur action.

L'expérience a aussi révélé l'existence de problèmes au niveau de la conception des institutions réglementaires. « La réglementation a souvent été perçue en termes de conflit de personnalités » par les médias et les milieux financiers. Le processus de saisine de la Commission, qui était censé aboutir à un arbitrage entre les sociétés et l'autorité de régulation, « a eu tendance à aggraver plutôt qu'à atténuer ce problème en raison de la rareté des saisines ». Les marchés se sont inquiétés du fait que les décisions étaient incohérentes et imprévisibles, ce qui augmentait le « risque réglementaire » et donc les coûts. Enfin, sous sa forme initiale, le système n'assignait pas de responsabilités pour la réalisation des objectifs sociaux et environnementaux qui sortent du domaine habituel de compétence d'une autorité de régulation économique, technocratique.

Le gouvernement a annoncé une « nouvelle approche » sous la forme d'une série de modifications progressives du système de réglementation sectorielle, consistant notamment à :

- assigner aux autorités de régulation sectorielle la nouvelle tâche essentielle de « protéger les intérêts des consommateurs, chaque fois que les circonstances le permettent, en favorisant une réelle concurrence »;
- établir des « conseils de consommateurs puissants et indépendants » pour défendre la cause des consommateurs;
- supprimer le facteur personnel et améliorer la transparence en confiant à un conseil, et non plus à une seule personne, la responsabilité des autorités de régulation, en demandant à celles-ci de travailler de concert sur les problèmes communs et en exigeant d'elles une plus grande consultation et la publication des raisons des décisions;
- rendre plus claire la responsabilité du gouvernement pour la réalisation des objectifs sociaux et environnementaux en fixant des orientations non contraignantes dans ce domaine aux autorités de régulation indépendantes;
- mettre l'accent sur la réglementation de la « qualité » en fixant des normes et en définissant les pouvoirs réglementaires permettant de les faire respecter;
- augmenter la flexibilité, en fusionnant les autorités et les systèmes de régulation lorsque les marchés fusionnent.

Source: HM Treasury, Competition, Regulation and Energy Team , août 1999 : « The UK approach to utility regulation ».

Les nouveaux thèmes retenus dans l'approche de la réglementation et de la politique de la concurrence témoignent d'une intention délibérée de prévenir une « lassitude devant les réformes » après vingt années de restructurations fondamentales et d'établir une large base de soutien en faveur de la nouvelle approche. La réglementation fondée sur les marchés et la concurrence n'est pas présentée comme une fin en soi mais comme un moyen d'améliorer la productivité et de faire en sorte que les consommateurs soient traités « équitablement ». L'accent mis sur la protection des intérêts des populations défavorisées et sur les objectifs sociaux et environnementaux rassure les sceptiques en leur montrant que les valeurs du marché ne seront pas considérées comme les seules à défendre. La réorientation de l'application même de la législation de la concurrence répond implicitement aux plaintes formulées par les groupes de consommateurs selon lesquels le critère de « l'intérêt général » avait surtout été appliqué dans le passé pour excuser les restrictions anticoncurrentielles. L'OFT, qui est chargé de faire respecter plusieurs textes législatifs importants pour la protection des consommateurs à côté du droit de la concurrence, est bien placé pour lier ces concepts et persuader ce public. Cette synergie est résumée dans le slogan de la mission du DGFT, à savoir : « assurer un bon fonctionnement des marchés pour les consommateurs. » Suivant l'un des nouveaux thèmes généraux, l'OFT s'efforce de s'intéresser, en priorité, aux marchés et aux problèmes qui concernent les consommateurs les plus vulnérables. En juin 2001, l'OFT a immédiatement exercé ses nouveaux pouvoirs contre la commercialisation trompeuse pour les consommateurs. La première amende infligée au titre de la loi sur la concurrence a visé le prix de monopole appliqué pour un analgésique qui est très important pour les cancéreux.

L'attention accordée aux intérêts des consommateurs reconnaît, mais ne résout pas, la difficulté de prendre en compte les objectifs d'ordre social et concernant la répartition dans un cadre conçu pour favoriser l'efficacité. Cette difficulté est surtout éprouvée par les autorités de régulation sectorielle qui doivent à la fois veiller à ce que les règles de la concurrence soient respectées et prendre des décisions en matière de prix et de service pour leurs secteurs. Tout en soutenant le « service universel » afin de protéger les populations vulnérables, elles doivent trouver le moyen d'assurer l'efficacité en supprimant les péréquations tarifaires sans éliminer le service qui était soutenu. En procédant à un ajustement précis et en appliquant la méthode IPD-X, elles doivent choisir une référence pour déterminer à partir de quel moment une répartition des bienfaits de la concurrence est équitable, décider s'il convient d'évaluer les gains en matière d'équité en regard des pertes d'efficacité et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point, et subir les conséquences de ces décisions pour les incitations à long terme à investir dans le secteur. L'analyse de la politique de la concurrence suggère une façon de clarifier certaines de ces questions à défaut d'y répondre. Dans certaines juridictions, les décideurs se sont attaqués directement à la question de savoir s'ils devaient autoriser un comportement qui augmentait l'efficacité de la production, même si cela obligeait les consommateurs à payer davantage. Une préférence pour le maintien ou l'augmentation de la part de la rente des consommateurs peut motiver une politique cohérente de la concurrence (mais une préférence pour la maximisation de la rente totale serait, bien sûr, tout aussi cohérente).

L'analyse quantitative coûts-avantages soutient l'argument des marchés et de la concurrence et le désir d'améliorer la productivité et, au bout du compte, la compétitivité. Le projet d'évaluation des effets de la réglementation qui accompagne le livre blanc de juillet 2001 cite des estimations établies par des économistes qui évaluent les pertes de bien-être résultant d'un comportement monopolistique à un pourcentage compris entre 0,5% et 1% du PIB, soit un chiffre compris entre 4,5 et 9 milliards de livres sterling par an. Inversement, d'autres analystes ont estimé que la faiblesse de la politique britannique de la concurrence dans le cadre de « l'accord » de l'après-guerre s'est traduite par une perte de productivité et de croissance (Broadberry, 1998). Les évaluations de la perte résultant des pratiques anticoncurrentielles sont toujours plus incertaines que celles du coût de l'application de la législation et le calcul du bénéfice net repose sur une comparaison de ces deux aspects (ainsi que d'autres coûts et avantages difficiles à mesurer, tels que l'effet dissuasif). Les



budgets globaux des instances d'exécution permettent de se faire une idée approximative des coûts directs. Les rapports annuels de la Commission fournissent encore plus de détails puisqu'ils indiquent le coût de chaque enquête. Les enquêtes sur le lait et les voitures neuves ont, par exemple, coûté environ 1,5 million de livres sterling chacune tandis que l'enquête spontanée sur les crèmes glacées a coûté environ 1 million de livres (Commission de la concurrence, 2000). Ces rapports ne rapprochent toutefois pas ces chiffres des effets des restrictions ou des avantages résultant d'une action correctrice. L'OFT serait en train d'élaborer une méthode permettant de mesurer la perte nette qu'entraînent pour les consommateurs les infractions à la législation de la concurrence, et donc, les effets positifs probables d'une application plus rigoureuse de la législation (OCDE, 2000, page 96). La difficulté de tout exercice de ce type réside dans la détermination et l'évaluation non seulement des coûts directs d'un comportement particulier mais aussi des avantages systémiques de la dissuasion, c'est-à-dire des fusions anticoncurrentielles qui ne sont pas proposées et des ententes qui ne sont pas conclues.

### **6.1. Possibilités d'action à considérer**

La fréquence et l'importance de l'annonce d'initiatives compliquent la fourniture de conseils. Les annonces du gouvernement et les livres blancs fournissent déjà une esquisse détaillée de la prochaine série de réformes de la politique de la concurrence. La plupart des points examinés ci-dessous ont déjà été exposés en détail dans ces propositions. Ceux qui sont mentionnés en premier sont les plus importants : renforcer l'indépendance des institutions, actualiser les processus relatifs aux fusions et aux monopoles, et inclure l'OFT et la Commission dans le processus d'évaluation des effets, sur la concurrence, d'autres lois et réglementations.

#### **ENCADRÉ 6 : EXPOSÉ DE LA MISSION DU GOUVERNEMENT DANS LE DOMAINE DE LA CONCURRENCE EN 2001**

Le gouvernement est soucieux de stimuler la concurrence dans l'économie dans le but d'améliorer les performances du Royaume-Uni en matière de productivité et d'assurer un bon fonctionnement des marchés pour les consommateurs.

Le gouvernement compte:

- respecter l'indépendance absolue des autorités nationales de la concurrence;
- s'abstenir d'intervenir dans les cas qui font l'objet d'une enquête;
- adopter les mesures correctrices recommandées par la Commission de la concurrence sauf lorsqu'il est justifié de ne pas le faire pour des raisons exceptionnelles d'intérêt général et, dans ce cas, exposer toutes les raisons sur lesquelles il fonde sa décision;
- veiller à ce que le cadre juridique permette aux autorités nationales de la concurrence de s'attaquer à toutes les formes de comportement anticoncurrentiel;
- expliquer l'importance de la politique de la concurrence à la population, aux entreprises et aux médias;
- réagir de façon positive lorsque l'OFT, la Commission de la concurrence ou une autorité de régulation sectorielle estime que des réglementations entravent la concurrence, en publiant dans un délai de 90 jours une analyse raisonnée de la façon dont il a l'intention de procéder;
- ne nommer que des personnes dotées de compétences concernant la concurrence à la Commission de la concurrence et des personnes dotées de compétences concernant la concurrence ou la protection des consommateurs au Conseil de l'OFT; et
- veiller à ce que les autorités nationales de la concurrence disposent des ressources nécessaires pour atteindre leurs objectifs.

Source: DTI, 2001.

- ***Confirmer l'indépendance de l'OFT et de la Commission***

Il doit être hautement prioritaire d'assurer l'indépendance des décideurs. La récente étude critique, entreprise sous les auspices du DTI, a conclu que l'impression d'un manque d'indépendance constituait une faiblesse importante de la structure mise en place au Royaume-Uni pour la politique de la concurrence. Il est indéniable que le gouvernement a l'intention d'y remédier et la quantité d'encre qui a coulé pour définir l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui sera maintenu contribue à donner l'impression que celui-ci sera plus important qu'il ne le sera probablement en réalité. La suggestion du gouvernement d'exiger des exposés de mission et des rapports annuels, pour prouver que les institutions doivent rendre des comptes au public et au Parlement, ne fait que confirmer ce qui se fait déjà. La proposition de nommer exclusivement à la Commission et au Conseil de l'OFT des personnes ayant des compétences dans le domaine de la concurrence permettra de réduire l'impression que les décisions représentent l'aboutissement de négociations entre représentants de groupes d'intérêts. De façon assez surprenante, peut-être, l'augmentation probable du recours au processus judiciaire, par la voie d'actions privées et de recours portés devant les tribunaux d'appel, contribuera aussi à renforcer l'indépendance par rapport, au moins, au gouvernement. L'une des raisons justifiant la transformation du DGFT en Conseil est probablement le souci de réduire la crainte de l'arbitraire mais, malgré cette assurance, les parties déçues se tourneront probablement de plus en plus vers les tribunaux d'appel surtout parce que cela permettra de rouvrir les dossiers et de parvenir à une nouvelle décision, au moins jusqu'à ce que l'on constate que les décisions de ces tribunaux penchent fortement en faveur de la décision de l'OFT.

- ***Réformer le processus des fusions***

Il y a longtemps que le processus d'examen des fusions aurait dû être modifié. L'un des principaux objectifs de la série de réformes envisagées est aussi d'établir l'indépendance de la prise de décision. Le remplacement de la norme de « l'intérêt général » par un critère fondé sur la concurrence rendra cette indépendance possible et crédible. Le choix du critère d'une « diminution importante de la concurrence » plutôt que d'un critère fondé sur la notion de « position dominante » s'écarte de la pratique générale suivie récemment et consistant à adopter les concepts fondamentaux de l'UE mais il colle mieux à la notion de « monopole complexe » traditionnellement utilisée au Royaume-Uni, ce qui peut être très important dans le contexte de certaines fusions. Le maintien du pouvoir d'intervention pour des raisons bien définies touchant à l'intérêt général, est compréhensible. Il serait irréaliste de vouloir supprimer totalement cette règle après cinquante ans d'existence. Toutefois, certains des critères dont l'OFT et la Commission de la concurrence peuvent tenir compte, en dehors des effets sur la concurrence, sont déroutants. L'idée qu'une fusion anticoncurrentielle puisse être autorisée parce qu'elle se traduira par une baisse des prix et de meilleurs produits donne à penser qu'il existe une certaine ambivalence dans la conception de la « concurrence » dans le cadre de l'analyse des fusions. L'intention est peut-être de justifier l'imposition de remèdes ou de conditions garantissant une baisse des prix ou une amélioration des produits tout en autorisant une fusion anticoncurrentielle à tous autres égards, bien que les avantages pour les consommateurs doivent découler de la fusion elle-même et non dépendre des remèdes éventuels. Les dispositions visant à renforcer les pouvoirs d'obtention de l'information en autorisant les autorités à suspendre les dates limites tant que les entreprises n'ont pas fourni les informations demandées et en prévoyant des sanctions si les demandes de la Commission ne sont pas satisfaites, devraient rendre le processus plus efficace. La possibilité de recourir à une plus large gamme de remèdes et notamment à une licence obligatoire, donnera aux entreprises et à ceux qui sont chargés de faire respecter la législation davantage d'options pour faire face à différentes situations. Le Royaume-Uni a toutefois l'intention de continuer à faire appel à la notification volontaire et aux enquêtes postérieures aux fusions car il estime que cette méthode offre plus de flexibilité aux entreprises (si elles sont prêtes à courir le risque d'une enquête ultérieure) que l'option, plus efficace du point de vue de l'autorité chargée de la réglementation mais plus coûteuse pour les entreprises, d'une notification préalable obligatoire pour les opérations importantes. Si, comme il est

suggéré, l'OFT est autorisé à chercher à obtenir des injonctions provisoires pour empêcher la réalisation de changements irréversibles avant la conclusion d'une enquête, cela compensera certaines des faiblesses de cette méthode et notamment le risque que les problèmes doivent être résolus par des changements de comportement moins efficaces.

- ***Moderniser le processus prévu pour les « monopoles »***

Le processus sur lequel la Commission de la concurrence s'appuie pour résoudre les problèmes de « monopole » doit aussi être revu et les propositions que le gouvernement a formulées à cette fin ressemblent, à certains égards, à celles qu'il a avancées pour les fusions. Le processus formel et général existant, qui prévoit la réalisation d'une étude extensive des conditions du marché et des mesures flexibles auxquelles il pourrait être recouru pour résoudre les problèmes constatés, est un outil exceptionnel et précieux. Parce qu'il offre une flexibilité que l'on ne retrouve pas dans les moyens d'action normalement prévus par l'UE, le Royaume-Uni a décidé de le garder et de l'améliorer, au moins tant que l'interdiction énoncée au chapitre II ne se sera pas révélée aussi adaptable. Ces études ne dépendraient plus toutefois d'une conception assez rudimentaire du « monopole ». Au lieu de cela, la Commission de la concurrence pourrait être saisie pour des motifs de « marché » par l'OFT (ou une autorité de réglementation sectorielle dotée de pouvoirs parallèles) s'il existait des raisons suffisantes pour soupçonner que la concurrence sur un marché est empêchée, restreinte ou faussée par certains aspects de la structure du marché ou par le comportement des entreprises ou de leurs clients, sans qu'il y ait violation manifeste de la loi sur la concurrence. La Commission examinerait alors la question et élaborerait les remèdes, le cas échéant. Le processus n'impliquerait normalement pas une action ministérielle mais un ministre pourrait toutefois intervenir, dans des circonstances exceptionnelles, s'il juge que l'action proposée par la Commission peut avoir un effet sur la sécurité nationale ou d'autres questions d'intérêt public (qui seraient définies par un texte législatif). Là aussi, l'intention est de responsabiliser les décideurs indépendants mais il sera difficile, voire impossible, d'abandonner complètement la possibilité d'une intervention au niveau politique.

- ***Permettre à l'OFT et à la Commission de contribuer plus activement à la sensibilisation***

Soulignant l'importance de la détection des contraintes anticoncurrentielles d'où qu'elles viennent, le premier point spécifique figurant sur la liste de propositions du livre blanc concerne l'attribution claire à l'OFT de la responsabilité juridique d'une action générale en faveur de la concurrence. L'OFT et la Commission seront encouragées à examiner l'effet des réglementations sur la concurrence. Surtout, le gouvernement s'est engagé à réagir publiquement à leurs conclusions dans un délai de 90 jours. L'équilibre des politiques peut justifier le maintien de restrictions à la concurrence mais le gouvernement a promis d'expliquer comment il atteint cet équilibre. Il y a longtemps que l'OFT aurait dû jouer un rôle de sensibilisation; la promesse d'une réaction publique à ses conclusions devrait rendre ce rôle plus effectif. (En février 2002, la Regulatory Impact Unit et l'OFT ont adressé conjointement aux responsables des divers ministères des conseils sur la façon d'évaluer l'impact futur de leurs politiques et législations sur la concurrence dans le marché. Ces responsables seront tenus d'effectuer une évaluation de la concurrence dans le cadre de leur AIR avant que les mesures ne soient mises en place). Ce nouveau rôle devrait être intégré dans un plus large processus d'examen visant à établir si les nombreux changements et réformes des vingt dernières années ont atteint leurs objectifs.

- ***Préciser les rôles relatifs des dispositions réglementaires et du droit général de la concurrence***

Les processus qui font appel aux pouvoirs de la Commission fournissent un moyen naturel et approprié de résoudre les incertitudes qui entourent la portée relative des lois sectorielles et des politiques de la concurrence. On ne devrait plus être tenté de recourir à une façon problématique de combiner les méthodes d'action et consistant tout simplement à intégrer le droit de la concurrence dans

les conditions des licences. Faire respecter la législation en faisant respecter les conditions des licences constitue une solution attirante parce qu'apparemment efficace mais elle pourrait conduire à négliger les moyens disponibles pour contrôler les abus administratifs et assurer la cohérence de l'action gouvernementale. Maintenant que le droit de la concurrence a été renforcé et que les autorités de régulation sont habilitées à l'appliquer, en exploitant leur connaissance probablement plus approfondie du secteur, la nécessité d'un système spécial pour la politique sectorielle de la concurrence est moins évidente. L'élaboration, par les autorités de régulation, de lignes directrices pour l'application de la loi de 1998 sur la concurrence montre comment ses dispositions générales peuvent s'appliquer aux conditions particulières des secteurs. Pour les questions qui semblent ne pas être couvertes par la législation, une saisine de la Commission « par le marché » et la participation de spécialistes à son groupe spécial pour les services d'utilité publique pourraient être la meilleure solution. Cela pourrait permettre non seulement de résoudre le problème sectoriel mais aussi de le faire d'une façon enrichissante pour le développement de la politique générale de la concurrence. La récente controverse sur la démarche stratégique adoptée dans le secteur de l'électricité en est une illustration. Il a été soutenu que les doctrines traditionnelles du droit de la concurrence ne permettraient pas de constater l'existence d'une « position dominante » parce que les concepts habituels de parts du marché étaient trop rudimentaires. Une meilleure solution pourrait toutefois consister à élaborer, pour la définition des marchés et l'effet sur la concurrence, des concepts plus souples pouvant être appliqués de façon générale.

- ***Réduire l'étendue des exclusions***

Les règles de certaines professions libérales constituent une catégorie importante d'exclusion des dispositions de la loi sur la concurrence. À la suite du rapport de l'OFT sur la persistance de problèmes de concurrence dans ce domaine, le gouvernement a promis, à juste titre, de supprimer la liste spéciale d'exclusions prévues pour les règles des organisations professionnelles. Les pouvoirs que celles-ci exercent sur l'accès aux professions et sur les praticiens peuvent servir à empêcher une réelle concurrence et l'entrée de nouveaux participants. Les exclusions seraient encore possibles mais uniquement dans les situations particulières où elles présentent réellement des avantages et c'est aux professions concernées qu'il appartiendrait de le prouver.

- ***Fournir les ressources nécessaires pour les nouvelles missions, surtout à l'OFT***

Des mesures ont déjà été prises en vue de renforcer les ressources budgétaires et en personnel. Le niveau de financement a augmenté de plus de 50% entre 1997 et 2002. Les dernières propositions iraient plus loin. Étant donné que l'instauration d'une nouvelle « culture » et l'augmentation des effectifs prendront du temps, il est envisagé de recourir à des contrats de courte durée pour recruter de nouveaux employés dès maintenant. Cette proposition s'inscrit dans le cadre de l'adoption prometteuse du système de « va-et-vient » entre les services publics et le secteur privé pour attirer de nouvelles recrues et leur ouvrir des perspectives de carrière. La possibilité d'offrir de plus hauts niveaux de rémunération est aussi envisagée pour attirer le type voulu de spécialistes. La nouvelle division des marchés et des initiatives pratiques de l'OFT semble être une autre raison d'attirer des spécialistes talentueux pour étudier des questions intéressantes. Cette nouvelle division devra réaliser cinq études sectorielles par an, répondre aux « superplaintes » et consacrer deux études par an aux problèmes de réglementation. Le risque existe peut-être qu'étant chargée de toutes les questions hautement prioritaires, cette division attire tous les talents et réduise la priorité d'une application plus vigoureuse de la législation.

- ***Encourager le partage d'informations avec les autorités étrangères de la concurrence***

De nombreux problèmes actuels de concurrence se posent à l'échelle internationale et mondiale, surtout lorsqu'ils concernent des ententes et des fusions importantes. Le gouvernement a l'intention de promulguer une législation permettant une plus large coopération avec d'autres organismes d'exécution pour les affaires civiles et pénales (à l'exclusion des demandes de fusion). La loi sur la protection des intérêts commerciaux (Protection of Trading Interests Act) n'est pas mentionnée dans les dernières propositions; elle sera probablement gardée en réserve, sans être utilisée.

- ***Élargir les possibilités d'accès et de dédommagement pour les tiers***

Plusieurs mesures sont envisagées en vue de fournir à des parties la possibilité de porter plainte et d'obtenir réparation. Offrir de réelles possibilités de réparation privée ne consiste pas simplement à compléter les ressources des organismes publics d'exécution. Cela peut aussi constituer un moyen important d'assurer l'indépendance des institutions chargées de faire respecter la législation qui peuvent être gênées si un plaignant privé l'emporte dans une affaire que les organismes d'exécution ont refusé de poursuivre. Les dispositions existantes n'ont guère été utilisées mais cela tient peut-être à leurs insuffisances plutôt qu'à l'absence de besoin ou de demande pour elles. La proposition d'autoriser les tribunaux d'appel à connaître des actions privées est très intéressante et prometteuse. A une époque, l'OFT avait proposé une sorte de « superplainte » auprès d'elle, qui pourrait être déposée par des groupes de consommateurs. Ces « superplaintes » ne pourraient pas demander une sanction au nom de la loi sur la concurrence, mais seulement la saisine de la Commission pour étude. Le projet de loi sur les entreprises va nettement plus loin dans la reconnaissance des initiatives émanant de groupes de consommateurs organisés. Le livre blanc note que, pour mettre en route une action représentative visant à obtenir des dommages-intérêts pour le compte de groupes importants de consommateurs identifiables, il faudrait résoudre le problème de la distribution, ou d'une utilisation appropriée, des sommes collectées. Le projet de loi sur les entreprises permettrait aux organismes représentatifs de porter plainte en dommages-intérêts auprès des tribunaux d'appel, mais seulement au nom de consommateurs désignés et identifiables. Il habiliterait aussi les groupes de consommateurs à déposer des « superplaintes » auprès de l'OFT quand il existe des preuves de défaillance du marché. L'OFTC serait tenu d'étudier la question pour déterminer si les plaintes justifient une enquête complète.

- ***Maintenir l'attention sur les questions horizontales***

Il ressort des lignes directrices et autres prises de position sur les intentions d'application de la législation que l'OFT a l'intention de concentrer son attention sur les restrictions horizontales et les pratiques abusives et de ne pas perdre son temps avec des accords de distribution inoffensifs ou même efficaces. Une exclusion bien conçue maintient l'interdiction légale des seules restrictions verticales susceptibles éventuellement, peut-être, de nuire à la concurrence en l'absence de position dominante ou d'une forte composante horizontale. Il est donc surprenant que le livre blanc propose d'éliminer cette exclusion. La raison avancée est que cela favorisera les actions privées en justice. Il est certain que cette suppression aurait cet effet mais nombre des actions engagées pourraient être inutiles ou même préjudiciables. Les actions privées portant sur des problèmes de distribution sont souvent en fait des différends concernant la forme des contrats. L'intention est peut-être d'offrir une possibilité de recours aux entreprises qui s'estiment victimes du plus grand pouvoir de négociation dont jouit un gros fournisseur ou un gros client. L'octroi de dommages et intérêts simples est un moyen de limiter l'abus de procès mais renoncer à l'exclusion, qui se justifie sur le plan économique et qui représente une utilisation efficace des ressources disponibles pour l'application de la législation, donnerait un signal malencontreux. Il pourrait peut-être se justifier, au nom du changement, d'aligner l'exclusion britannique sur l'exemption de groupe de l'UE si le souci de cohérence est une considération. Cela

n'en constituerait toutefois pas moins un pas en arrière en empêchant d'invoquer dans les recours normaux les questions de pratiques abusives et de position dominante et en augmentant donc les risques pour les contrats des entreprises dont on peut penser qu'elles détiennent plus de 30% d'un marché.

- *Envisager des sanctions individuelles pour les ententes injustifiables..*

La plus intéressante des propositions est celle qui vise à imposer des sanctions pénales aux personnes qui enfreignent la législation relative aux ententes. Bien que le pouvoir dissuasif des sanctions prévues par la loi de 1998 n'ait encore guère été mis à l'épreuve, l'examen critique réalisé sous les auspices du DTI donne à penser que cette mesure serait soutenue. Le risque d'être personnellement tenu responsable et sanctionné a un fort effet dissuasif, s'il semble crédible qu'un juge prononce effectivement la sentence. Le livre blanc montre que les implications et les difficultés de la définition du délit ont déjà été examinées de manière approfondie. L'option de l'imposition de lourdes amendes aux contrevenants a été envisagée mais rejetée. Les entreprises trouveraient, en effet, le moyen d'indemniser leurs cadres; la menace d'une peine de prison serait plus efficace pour attirer leur attention et leur faire changer de comportement. (Une autre solution mentionnée dans la proposition et consistant à licencier le conseil d'administration d'une société jugée coupable d'infraction à la législation, pourrait aussi attirer l'attention des cadres supérieurs mais uniquement s'ils n'étaient pas en mesure de recevoir une grosse prime de départ). La sanction serait appliquée en sus de celles de l'UE et elle ajouterait donc une arme utile et importante à l'arsenal actuel de l'UE, c'est-à-dire que l'OFT poursuivrait les cadres en personne alors que l'UE prend des mesures contre leurs sociétés. La participation à des ententes horizontales caractérisées, la soumission concertée et le partage d'un marché, mais pas les accords verticaux, seraient considérés comme des actes délictueux. La proposition ajouterait aussi une sanction non pénale contre les personnes ; un tribunal pourrait interdire à un administrateur d'intervenir dans la direction d'une société (pour une période pouvant aller jusqu'à 15 ans) si son comportement par rapport à une infraction le rendait inapte à exercer sa fonction. C'est un domaine dans lequel la politique continue d'évoluer rapidement, dans le contexte de la préparation, pour publication, du projet de loi sur les entreprises. L'adoption de l'approche pénale ne serait pas sans précédent puisque plusieurs pays Membres de l'OCDE ont recours aux procédures pénales pour imposer des sanctions financières et que certains d'entre eux envoient les contrevenants en prison mais cela constituerait une initiative audacieuse et opportune pour un pays ayant la réputation de changer progressivement ses politiques, d'apporter de légères retouches à ses règles et institutions et de rechercher un équilibre entre les valeurs et les intérêts dans le cadre d'un processus d'élaboration des politiques qui reflète l'adaptation itérative des marchés.

## NOTES

<sup>1</sup> *Dyer's Case* (1414), YB II Henry 5, f. 5, pl. 26.

<sup>2</sup> *Mogul SS Co. Ltd. v. McGregor, Gow & co.*, [1892] AC 25.

<sup>3</sup> Hugh Gaitskell et G. K. Allen, *The Control of Monopoly*.

<sup>4</sup> Cette commission a changé plusieurs fois de nom: elle est devenue la « Monopolies Commission » (Commission des monopoles) puis la « Monopolies and Mergers Commission » (Commission des monopoles et des fusions) qui a été officiellement supprimée et remplacée, en 1998, par la « Competition Commission » (Commission de la concurrence) qui occupe les mêmes locaux et remplit à peu près les mêmes fonctions avec plus ou moins les mêmes membres. Sauf si le contexte exige une plus grande précision, toutes ces entités sont désignées par le mot « Commission » dans le présent document.

<sup>5</sup> Le Tribunal comprenait trois juges de la Haute Cour représentant la Grande-Bretagne, l'Irlande du Nord et l'Écosse et dix membres extérieurs à l'ordre judiciaire. Il siégeait en chambres réunissant trois membres dont un juge. Sa structure était très voisine de celle des tribunaux d'appel de la Commission de la concurrence, créée par la législation de 1998 qui a aboli le Tribunal des pratiques commerciales restrictives.

<sup>6</sup> Parmi les lois abrogées figuraient les lois de 1976 et 1977 sur les pratiques commerciales restrictives, la loi de 1976 relative au Tribunal des pratiques commerciales restrictives, la loi de 1976 sur les prix imposés et les sections 2 à 10 de la loi de 1980 sur la concurrence.

<sup>7</sup> La loi sur les pratiques commerciales restrictives, la loi sur les prix imposés (Resale Prices Act) et la loi sur la déréglementation (Deregulation Act) de 1994.

<sup>8</sup> Le Tribunal des pratiques restrictives, la Haute Cour et le DGFT.

<sup>9</sup> La loi de 1965 sur les monopoles et les fusions, la loi de 1973 sur la loyauté dans le commerce, la loi de 1980 sur la concurrence, la loi de 1989 sur les sociétés et la loi de 1994 sur la déréglementation.

<sup>10</sup> Télécommunications, 1984; transports, 1985; aéroports, 1986; services financiers, 1986; gaz, 1986; sociétés, 1989; eau, 1989; électricité, 1989; diffusion audiovisuelle, 1990; secteur de l'eau, 1991; chemins de fer, 1993; déréglementation et sous-traitance, 1994.

<sup>11</sup> Fair Trading Act 1973, article 84.

<sup>12</sup> Déclaration faite par le ministre du Commerce et de l'Industrie, suite à la publication par l'OFT de son étude sur les professions libérales, dans le cadre du débat sur le budget qui s'est déroulé à la Chambre des communes le 7 mars 2001 (Hansard, colonnes 458-459).

<sup>13</sup> Communiqué de presse de l'OFT, 17 juillet 2001.

<sup>14</sup> Les autres domaines sont l'entrepreneuriat, l'éducation, l'investissement et l'efficacité du secteur public.

<sup>15</sup> La loi dit que les « communications » doivent être suivies mais cela est interprété comme excluant les propositions d'action et les discours.

<sup>16</sup> La loi précise que les accords visés doivent affecter le commerce au Royaume-Uni. Cette disposition qui reflète l'interdiction de l'UE ne devrait guère avoir de portée indépendamment du critère de l'« effet sur la concurrence ».

17 Publication 401 de l'OFT, *The Chapter I Prohibition* (mars 1999).

18 Dans le cadre de la loi de 1980 sur la concurrence, une clause *de minimis* excluait les entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions de livres sterling ou dont la part du marché concerné au Royaume-Uni était inférieure à 25 pour cent et dans le cadre de la loi sur les pratiques commerciales restrictives, une exemption *de minimis* dispensait de l'obligation de notification les accords conclus par des parties alors que leur chiffre d'affaires global annuel au Royaume-Uni était inférieur à 20 millions de livres (sauf s'il s'agissait d'accords d'ententes sur les prix).

19 Décret 2000 (exclusion des accords fonciers et verticaux) en vertu de l'article 50 de la loi sur la concurrence.

20 C'est-à-dire, « un accord entre entreprises dont chacune intervient, aux fins d'application de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et portant sur les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. » L'application et l'exclusion spéciales « couvrent les dispositions contenues dans ces accords qui concernent la cession à l'acheteur ou l'utilisation par celui-ci de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas le principal objet de l'accord et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. » Un accord conclu entre une entreprise et un groupe de ses clients ou fournisseurs ne remplirait pas les conditions requises parce que le groupe inclurait plusieurs entreprises se trouvant au même niveau du processus. L'exclusion pourrait toutefois s'appliquer à une entreprise opérant elle-même aux deux niveaux si l'accord en question ne concernait que des activités intervenant à un stade différent de celui auquel l'entreprise opère relativement à cet accord.

21 Parmi les autres raisons du niveau relativement élevé des prix au Royaume-Uni figurent la vigueur de la livre sterling, la conduite à droite et l'exemption de groupe de l'UE qui permet des restrictions au niveau de la distribution depuis 1984.

22 OFT, *Guidelines—The Chapter 2 Prohibition*, article 8.

23 La section des lignes directrices consacrée à la définition du marché (*Guidelines—Market Definition*) fait observer les parallèles avec le projet de note de la Communauté européenne sur la définition du marché pertinent pour le droit communautaire (*Draft Notice on the Definition of the Relevant Market for the purpose of Community Law* [1997] 5 CMLR 113) et les lignes directrices des États-Unis concernant les fusions.

24 *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd.*, DGFT, n° CA98/2/2001, 30 mars 2001.

25 L'abus de position dominante est déterminé au niveau du produit et non de l'entreprise. Le problème de la répartition des coûts communs est évité en ignorant ces coûts et en attribuant l'abus à des marges brutes excessives.

26 Communiqué de presse de l'OFT du 8 avril 1999. Les questions à considérer étaient étendues: obstacles à l'entrée, effet sur le coût des terrains, intensité de la concurrence par les prix et relations avec les fournisseurs.

27 Commission de la concurrence, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, [www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm#summary](http://www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm#summary), 10 octobre 2000.

28 Monopolies and Mergers Commission, *The supply in Great Britain of raw cows' milk*, 6 juillet 1999.



- 29 Bien que ses membres aient ensuite voté en faveur de la scission proposée, le groupe Milk Marque s'est joint au syndicat national des exploitants agricoles (National Farmers' Union) pour contester les conclusions de la Commission en raison de leur incompatibilité avec la politique agricole commune de l'UE et porter l'affaire devant la Cour de justice des Communautés européennes.
- 30 Il n'a été estimé qu'une seule fois que l'OFT n'avait peut-être pas correctement évalué l'aspect concernant « une partie importante du Royaume-Uni » et la Chambre des lords a chargé l'OFT de répondre à cette question.
- 31 Pour avoir la certitude de couvrir des opérations commerciales affectant des marchés voisins, le ministère du Commerce et de l'Industrie a aussi envisagé, avant d'y renoncer, d'ajouter une clause permettant de faire examiner toute opération impliquant une entreprise détenant une part de 40% de l'offre de n'importe quel bien ou service.
- 32 Fair Trading Act, articles 57 à 62.
- 33 À un moment, le DTI a envisagé une extrême simplification du processus en ce sens que l'OFT et le DGFT auraient à la fois réalisé l'enquête préliminaire et pris la décision définitive, suivant le modèle de la Direction générale de la concurrence et de la Commission de l'UE mais après une série de consultations, il a estimé préférable de conserver un organe de décision totalement indépendant.
- 34 En 1973, le projet de loi sur la concurrence a été ajouté à un projet de loi sur la protection des consommateurs afin que du temps parlementaire puisse lui être consacré et cela a notamment eu pour effet que les deux fonctions ont été confiées au DGFT (Wilks, 1999, pages 157 à 189).
- 35 Annonce faite le 18 mai 2000 sur le site Internet du DTI.
- 36 Mémoire du ministère du Commerce (Board of Trade) rédigé en 1948 et cité dans Wilks, 1999, page 93.
- 37 Pour les cas qui lui sont soumis au titre de la loi sur la diffusion audiovisuelle (Broadcasting Act), elle doit être saisie par l'Independent Television Commission ou les détenteurs de licence de la troisième chaîne de télévision.
- 38 S'agissant des licences, les pouvoirs qui sont attribués à la Commission varient légèrement d'un secteur à l'autre. Pour l'électricité et le gaz, la loi relative aux services d'utilité publique (Utility Act) lui accorde un droit de veto sur la décision de l'OFGEM concernant les modalités d'application des conclusions de la Commission; pour l'eau, ses examens déterminent en fait le prix appliqué, et pour les aéroports, la loi exige qu'elle soit consultée et établisse un rapport tous les cinq ans sur chaque aéroport.
- 39 Loi sur les pratiques commerciales restrictives, voir l'article 8, paragraphe 3 et l'annexe 3.
- 40 Harris Research Centre pour le Central office of Information, rapport sur la façon dont était perçue la Commission des monopoles et des fusions (document non publié, mars 1988), examiné dans (Wilks, 1999, pages 58-59).
- 41 Dans le cadre du processus antérieurement prévu, le DGFT pouvait, à l'issue d'une enquête préliminaire, recommander que le DTI accepte les engagements des entreprises. Si aucun engagement acceptable n'était proposé, la pratique en cause pouvait être soumise à l'examen de la Commission pour que celle-ci décide si elle était anticoncurrentielle et, dans l'affirmative, si elle lésait l'intérêt général. À la différence de ce qui se passait pour les saisines de la Commission pour des questions de monopole, dans ce type de saisine (connue sous le nom de « saisine pour une question de concurrence »), le nom de la société concernée était précisée de même que les biens ou les services en

jeu et la pratique incriminée. La Commission pouvait ensuite faire des recommandations au ministre qui, sur avis du DGFT, pouvait soit ordonner de modifier ou d'abandonner la pratique, soit demander au DGFT d'obtenir des engagements à cet effet [description donnée sur le site Internet de l'OFT].

42 L'obligation de notification qu'elle prévoyait a aussi été suspendue (sauf pour les accords d'entente sur les prix et les modifications apportées à des accords antérieurement enregistrés) pendant la période transitoire précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

43 En Angleterre et au pays de Galles; la Cour de session (Court of Session) en Écosse et la Cour d'appel (Court of Appeal) en Irlande du Nord.

44 Loi de 1980 sur la protection des intérêts commerciaux (Protection of Trading Interests Act); voir Waller *et al.* (1997), *Antitrust & American Business Abroad*, troisième édition, paragraphe 4.17.

45 La loi sur les pratiques commerciales restrictives (RTPA) ne s'appliquait pas « à un accord autorisé expressément par une disposition légale, ou par un dispositif, une directive ou tout autre instrument adopté en vertu d'une disposition légale » [RTPA, annexe 3, paragraphe 1 point (1)].

46 Certains accords étaient « protégés »: les « accords comportant des directives », d'après l'article 21, paragraphe (2) de la loi sur les pratiques commerciales restrictives (RTPA), sont exclus de façon permanente à moins que de profondes modifications ne leur soient apportées. Ces accords, au nombre d'environ 6 000, auraient généralement été considérés comme revêtant trop peu d'importance pour nécessiter une enquête du Tribunal des pratiques restrictives. L'OFT ne les examine pas et les parties n'ont pas à les notifier. (Annexe 3 de la loi de 1998 sur la concurrence).

47 OFT Guidance about Land Agreements, publication 420 de l'OFT.

48 Stephen Littlechild, « Regulation of British Telecommunications' Profitability », DTI (février 1983). L'auteur de ce document a ultérieurement été membre de la Commission et il a participé, à ce titre, à 14 enquêtes y compris les premières études des aéroports et du gaz (Wilks, 1999, page 269).

49 Les objectifs du groupe de travail des pouvoirs parallèles (énoncés dans une annexe aux termes du mandat figurant dans le guide révisé de l'OFT intitulé: *Concurrent Application to Regulated Industries*) sont les suivants (OFT, 2001a):

- favoriser, dans la plus large mesure possible, l'adoption, par les autorités de régulation et le DGFT, d'une approche cohérente de l'exercice des fonctions qu'ils doivent assumer en vertu des dispositions de la loi,
- examiner les dispositions pratiques mises au point entre eux,
- fournir un lieu de discussion pour l'examen des questions d'intérêt commun et le partage d'information lorsque les circonstances s'y prêtent et que la loi l'autorise, et
- coordonner la fourniture de conseils et d'informations au public sur la loi.

50 La réponse aux recommandations du BRTF publiée par le gouvernement est disponible sur le site [www.cabinet-office.gov.uk/regulation/taskforce/2001/regulatorsresponse](http://www.cabinet-office.gov.uk/regulation/taskforce/2001/regulatorsresponse).

51 Ce secteur est examiné en détail dans un chapitre spécial du présent document.

52 Elle serait de toute façon devenue caduque le 31 juillet 2001 (OFTEL Guidelines for Application of Competition Act), OFT417.

- 53 « OFTEL Strategy Statement: Achieving the Best Deal for Telecoms Consumers », paragraphe 2.17 (janvier 2000).
- 54 Ce secteur est examiné en détail dans un chapitre spécial du présent document.
- 55 Une autre saisine et un autre rapport ont permis, en 1996, à la Commission de la concurrence de mettre au point et d'expliquer les principes de la tarification reposant sur la formule indice des prix de détail-x.
- 56 D'autres entreprises privées fournissant de l'eau sont assujetties à une réglementation environnementale mais non économique.
- 57 Ce principe est aussi reconnu dans la législation sectorielle qui stipule que l'aptitude de l'autorité de régulation à « effectuer des comparaisons entre différentes compagnies des eaux ne doit pas être compromise. » (Water Industry Act, 1991, article 34).
- 58 Commission européenne, Communication relative à l'application des règles de la concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, communication n° 98/C265/02.
- 59 Discours prononcé par Tom Winsor, responsable de l'autorité de régulation du rail, à la conférence de l'Institute of Economic Affairs, « The Future of UK Rail, 'Positively regulating the railway industry' », 26 juin 2001.
- 60 Le rapport Cruickshank a aussi proposé une « typologie » des rapports entre les régimes de concurrence et les régimes réglementaires qui impliquent ou imposent un comportement anticoncurrentiel pour atteindre leurs objectifs légitimes sur le plan économique. Il distingue, en effet, les rapports *intégrés* (une organisation remplit les deux fonctions), *hiérarchiques* (deux organismes différents s'occupent de la réglementation et de la concurrence et l'un d'eux joue un rôle dominant), *arbitrés* (même situation que précédemment mais une tierce partie, un tribunal, par exemple, résoud les différends qui les opposent) et « *exempts de problèmes* » (aucune disposition n'est prévue pour régler les différends parce que l'on exclut la possibilité de leur survenue). Les deux options intermédiaires sont recommandées pour toute situation dans laquelle les relations et l'ordre des priorités ne sont pas évidents et chacune d'elles devra faire l'objet d'une surveillance épisodique ou peut-être continue de la part de l'autorité de la concurrence pour veiller à ce que la réglementation soit respectée. Le rapport a recommandé, pour le secteur financier, le modèle « intégré » suivant lequel la responsabilité de la concurrence serait confiée à l'autorité de régulation du secteur financier et non pas partagée entre celle-ci, l'OFT et la Commission de la concurrence, un tribunal ou un ministère, afin que la responsabilité de la réalisation de l'équilibre entre la réglementation et la concurrence soit clairement assignée. L'argument avancé pour cette recommandation pourrait s'appliquer à presque n'importe quelle réglementation sectorielle. Il n'a manifestement pas été jugé convaincant à l'extérieur du secteur financier.
- 61 Ce secteur est examiné en détail dans un chapitre spécial du présent document.
- 62 L'OFT assume d'autres responsabilités dans le cadre de la surveillance des risques d'effets anticoncurrentiels des règles professionnelles. En vertu des dispositions de la loi de 1990 sur les tribunaux et les services juridiques (Courts and Legal Services Act) et de la loi de 1990 sur la réforme du droit écossais [Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act], le DGFT est tenu d'examiner, du point de vue de la concurrence, les règles des organismes qui cherchent à obtenir ou qui détiennent le droit de tenir audience dans les tribunaux ou de mener une action en justice et d'informer le Grand Chancelier ou le ministre de l'Écosse de l'effet de ces règles sur la concurrence. La loi de 1989 sur les sociétés (Companies Act) oblige le DGFT à examiner régulièrement les règles et directives des organismes qui réglementent la profession de commissaire aux comptes. S'il constate

que l'une d'elles restreint fortement la concurrence à un égard quelconque, il doit en informer le ministre qui peut ensuite imposer des changements.

<sup>63</sup> La loi sur les pratiques commerciales restrictives contenait, dans son annexe I, une liste analogue de services (professionnels, pour la plupart) « reconnus » exemptés de l'obligation d'enregistrement et incluant: les professions juridiques (avocats, « solicitors »), les professions médicales (et chirurgicales), la dentisterie, l'ophtalmologie, la médecine vétérinaire, le personnel infirmier, les sages-femmes et les autres professions paramédicales, les architectes, les comptables, les commissaires aux comptes, les services « liés aux faillites », les agents en brevets, les agents parlementaires, les géomètres, les ingénieurs, les enseignants et les ministres.

<sup>64</sup> En 1999, une étude de la politique britannique de la concurrence entreprise par le ministère des Finances a reconnu que le cadre institutionnel n'avait « ni créé le climat approprié pour la concurrence, ni favorisé une application rigoureuse des dispositions concernant la concurrence. » Il a estimé que la notion fondamentale de l'« intérêt général » manquait de précision, le principal objectif d'amélioration de l'efficacité étant associé à d'autres objectifs tels que le développement régional et le contrôle national. Le cadre existant pour l'application des dispositions était inefficace du fait que les institutions faisaient double emploi tout en ne disposant pas de pouvoirs coercitifs suffisants tandis que les règlements étaient inutilement techniques et pesants aussi bien pour les entreprises que pour les autorités. La législation et les réglementations gênaient aussi la concurrence sur les marchés. La loi de 1998 sur la concurrence s'était attaquée à plusieurs de ces problèmes en imposant des interdictions claires, en renforçant les pouvoirs coercitifs de l'OFT, en augmentant les ressources et en ciblant les efforts mais la politique des fusions restait à modifier, l'intention étant d'accorder aux autorités de la concurrence une « large autonomie » par rapport au DTI et de les rendre principalement responsables de l'application d'un nouveau critère fondé sur la concurrence. Cette indépendance apparente améliorerait la prévisibilité et la confiance: « Alors qu'en réalité les exemples de désaccord entre le ministre et les autorités de la concurrence sont très peu nombreux par rapport au total des cas traités, ils ont eu, en général, un grand retentissement. Cela a peut-être influencé, de façon disproportionnée, la façon dont les entreprises percevaient le système de sorte que les réformes proposées devraient aussi avoir des avantages économiques en améliorant la prévisibilité, telle qu'elle est perçue, ainsi que la transparence et l'efficacité de la prise de décision. » Pour remédier aux effets négatifs sur la concurrence d'une nouvelle réglementation (souvent perçue comme constituant un obstacle à l'entrée, surtout des petites entreprises), il était notamment envisagé à l'époque de fixer un objectif sur le plan de la concurrence aux autorités de régulation afin qu'elles puissent essayer elles-mêmes de trouver un juste équilibre et de charger un organisme indépendant de voir dans quelle mesure ces objectifs étaient compatibles avec les politiques et les décisions des autres autorités de régulation (HM Treasury, Competition, Regulation and Energy Team, August 1999: The UK approach to competition policy).

<sup>65</sup> Le DGFT est aussi une sommité qui a publié des ouvrages sur la réforme de la réglementation et la concurrence: Vickers, John, *Regulatory Reform—Economic Analysis and British Experience*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1994 (en collaboration avec Mark Armstrong et Simon Cowan); Vickers, John, *Privatisation and the Natural Monopolies*, Public Policy Centre, Londres, 1985 (avec George Yarrow).

## BIBLIOGRAPHIE

- Bernhard, R. (1960), « English Law and American Law on Monopolies and Restraints of Trade », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, page 137. Octobre.
- Bloom, Margaret (2000), *The New UK Competition Act*.
- Broadberry, S. N. et N. Craft (1998), « The post-war settlement: not such a good bargain after all », *Business History*, 40:2. Avril.
- Craig, P. (1987), « The Monopolies and Mergers Commission », in *Regulation and Public Law*, R. Baldwin et C. McCrudden, dir. publ., Londres.
- Cruickshank, Don (1999), *Review of Banking Services in the U.K. (Interim)*, (22 juillet 1999).
- Gouvernement du Royaume-Uni (2000), Competition Commission, *Annual Review and Accounts 1999-2000*.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2001), Department of Trade and Industry, *Productivity and Enterprise: A World-Class Competition Regime*, juillet.
- Gouvernement du Royaume-Uni, Office of Fair Trading, (2001), *Concurrent Application to Regulated Industries*, janvier.
- Gouvernement du Royaume-Uni, Office of Fair Trading (2001a), Communication with OECD Secretariat.
- Gouvernement du Royaume-Uni, Office of Fair Trading (2001b), *Competition in Professions*, mars.
- OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence (1996), *Table ronde sur l'abus de position dominante*, Note by the United Kingdom, Paris [OCDE/GD(96)131].
- OCDE Comité du droit et de la politique de la concurrence (1998), *Roundtable on Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*, Note by the United Kingdom, février, Paris [DAFFE/CLP(98)1].
- OCDE Comité du droit et de la politique de la concurrence (1998b), *Roundtable: Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry*, Note by the United Kingdom, décembre, Paris [DAFFE/CLP(98)20].
- OCDE Comité du droit et de la politique de la concurrence (1999), *Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence au Royaume-Uni*, Paris.
- OCDE Comité du droit et de la politique de la concurrence (1999b), *Buying Power of Multiproduct Retailers*, Note by the UK, juillet, Paris [DAFFE/CLP/(99)21].
- OCDE (2000), *Études économiques de l'OCDE: Royaume-Uni*, juin, Paris.
- PriceWaterhouseCoopers (2001), *Peer Review of the UK Competition Policy Regime: Final Report to the Department of Trade and Industry*, avril.

- Sharpe, Tom (2000), « Concurrency or Convergence? Competition and Regulation under the Competition Act 1998 », *Beesley Lectures on Regulation*, Institute for Economic Affairs, 28 novembre, Londres.
- Utton, Michael (2000), « Going European: Britain's new competition law », *Antitrust Bulletin*, vol. 45:2, page 531.
- Whish, Richard (1985), *Competition Law* (Londres).
- Whish, Richard (1993), *Competition Law*, 3ème éd. Londres.
- Wilks, Stephen, « The Prolonged Reform of United Kingdom Competition Policy », in *Comparative Competition Policy*, G. Bruce Doern et Stephen Wilks, dir. publ., pages 139 à 184, Oxford.
- Wilks, Stephen (1999), *In the Public Interest: Competition Policy and the Monopolies and Mergers Commission*, Manchester.
- Williamson, Brian (2001), « UK 'Incentive' Regulation: International Best Practice? », in *Regulatory Review 2001/2001*, dir. publ. Peter Vass, page 271. Bath.