

# La Réforme de la Réglementation aux États-Unis

**Le rôle de la politique de la concurrence dans  
la réforme de la réglementation**



## **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 1999. 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.

© OCDE 1999. Tous droits réservés.

## AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est devenu un domaine de politique dont l'importance est reconnue par les pays de l'OCDE ainsi que par les pays non-membres. Afin que les réformes réglementaires soient bénéfiques, les régimes de réglementation doivent être transparents, cohérents et détaillés, en instaurant un cadre institutionnel adéquate, en libéralisant les industries de réseau, en proposant et en mettant en oeuvre les lois et la politique de la concurrence et en ouvrant les marchés internes et externes aux échanges et à l'investissement.

Le présent rapport sur *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et l'utilisation des instruments de politique aux États-Unis. Il comprend également les recommandations pour ce pays élaborées par l'OCDE au cours du processus d'examen.

Ce rapport a été préparé pour l'*Examen de l'OCDE sur la réforme de la réglementation* au aux États-Unis publié en 1999. L'examen fait partie d'une série de rapports nationaux réalisés dans le cadre du programme de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, en application du mandat ministériel de l'OCDE de 1997.

Depuis lors, l'OCDE a évalué les politiques de réglementation dans 18 pays membres dans le cadre de son programme sur la réforme de la réglementation. Ce programme a pour but d'aider les gouvernements à améliorer la qualité réglementaire - c'est-à-dire à réformer les réglementations afin de stimuler la concurrence, l'innovation, et la croissance économique, et d'atteindre à d'importants objectifs sociaux. Il évalue également les progrès des pays relatifs aux principes endossés par les pays membres dans le *Rapport de l'OCDE de 1997 sur la réforme de la réglementation*.

Les examens par pays suivent une approche pluridisciplinaire en se penchant sur la capacité du gouvernement de gérer la réforme de la réglementation, sur la politique et l'application de la concurrence, l'ouverture des marchés, sur des secteurs spécifiques tel que les télécommunications et sur le contexte national macro-économique.

Ce rapport a été préparé par Michael Wise, de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE. Il a bénéficié des nombreux commentaires des collègues du Secrétariat de l'OCDE, ainsi que de consultations suivies avec de nombreux représentants du gouvernement, des parlementaires, des représentants d'entreprises et représentants syndicaux, des groupes de défense des consommateurs et d'experts universitaires aux États-Unis. Le présent rapport a fait l'objet d'un examen par les 30 pays membres de l'OCDE et a été publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

## TABLE DES MATIÈRES

1. LES PRINCIPES DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AUX ÉTATS-UNIS : FONDEMENTS ET CONTEXTE.....	6
2. LES PRINCIPAUX ÉLÉMENTS DE LA PANOPLIE : LE CONTENU DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE CONCURRENCE.....	10
2.1. Accords horizontaux : règles visant à empêcher la coordination à caractère anticoncurrentiel, y compris celle encouragée par la réglementation.....	11
2.2. Accords verticaux : règles visant à empêcher les arrangements anticoncurrentiels au niveau de l’approvisionnement et de la distribution, y compris ceux favorisés par la réglementation.....	14
2.3. Monopolisation (abus de position dominante) : règles visant à faire obstacle ou à remédier au pouvoir de marché, en particulier celui découlant des restructurations liées à la réforme.....	15
2.4. Fusions : règles visant à empêcher que des problèmes de concurrence ne découlent de la restructuration des entreprises, notamment en réaction à une modification de la réglementation.....	16
2.5. Protection de la concurrence : relations avec les règles concernant la « concurrence déloyale ».....	18
2.6. Protection des consommateurs : cohérence avec le droit et la politique de la concurrence.....	19
3. OUTILS INSTITUTIONNELS : LA MISE EN ŒUVRE AU SERVICE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION.....	19
3.1. Institutions chargées de la politique de la concurrence.....	19
3.2. Mise en œuvre du droit de la concurrence.....	21
3.3. Autres méthodes de mise en œuvre.....	23
3.4. Problèmes de commerce international, politique de la concurrence et mise en œuvre.....	24
3.5. Ressources, actions, et priorités implicites des organismes de la concurrence.....	25
4. LES ASPECTS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE QUI LIMITENT LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION.....	26
4.1. Exemptions ou traitements spéciaux applicables à l’ensemble de l’économie.....	26
4.2. Exclusions, exemptions et règles ou organismes d’exécution spéciaux prévus pour certains secteurs.....	29
5. SENSIBILISATION A L’IMPERATIF DE CONCURRENCE DANS LE CADRE DE LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE.....	46
6. CONCLUSIONS ET OPTIONS POUR LA RÉFORME.....	49
6.1. Évaluation générale des forces et faiblesses actuelles.....	49
6.2. Le point de vue dynamique : rythme et orientation du changement.....	50
6.3. Avantages et coûts potentiels de nouvelles mesures de réforme réglementaire.....	51
6.4. Options politiques à envisager.....	51
6.5. Gestion de la réforme réglementaire.....	53
NOTES.....	55

## Résumé exécutif

### Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation – Rapport de référence

La politique de la concurrence est-elle suffisamment intégrée au cadre général d'action en matière de réglementation ? La politique de la concurrence revêt une importance centrale pour la réforme réglementaire, car (comme le montre l'étude connexe du chapitre 2), les principes sur lesquels elle est fondée et les analyses auxquelles elle donne lieu servent de critères pour évaluer la qualité des réglementations économiques et sociales et motivent aussi l'application des lois qui protègent la concurrence. En outre, la réforme réglementaire stimulant le changement structurel, l'application résolue de mesures en faveur de la concurrence est nécessaire pour éviter que les abus des opérateurs sur les marchés privés n'annulent les avantages de la réforme. Il faut aussi, parallèlement, mener une campagne de sensibilisation afin de promouvoir les principes du marché et les principes de la concurrence dans les autres politiques et les processus réglementaires. Le présent rapport porte sur deux questions fondamentales. Premièrement, la conception américaine de la politique de la concurrence, qui est enracinée dans l'histoire et la culture du pays, est-elle propice à une réforme allant dans le sens d'une plus grande concurrence ? Deuxièmement, les institutions nationales disposent-elles des instruments appropriés pour encourager efficacement la politique de la concurrence ? C'est-à-dire la législation en matière de concurrence et les structures de mise en œuvre sont-elles suffisantes pour empêcher la collusion, les monopoles, et les pratiques déloyales, ou remédier à ces pratiques, maintenant et après la réforme ? Enfin, les institutions chargées du droit et de la politique de la concurrence peuvent-elles encourager la réforme ?

La politique de la concurrence des États-Unis repose sur des principes d'économie et elle a fortement contribué à la réforme de la réglementation. La mise en œuvre de la législation en matière de concurrence et la fourniture de conseils sur l'action à mener ont joué un rôle essentiel dans le succès des efforts entrepris depuis 20 ans en vue de modifier, et souvent éliminer, la réglementation économique anticoncurrentielle dans les secteurs des transports, de l'énergie, des télécommunications, et des services. La conviction que l'économie américaine doit reposer sur la concurrence commerciale est largement partagée, de sorte que les autorités sectorielles chargées de la réglementation au niveau national ont aussi pour mission d'encourager la concurrence. Certes, l'attachement ostensible à la concurrence a été défaillant dans certains contextes, ce qui s'est traduit par des anomalies là où les missions assignées en matière de concurrence aux responsables de la réglementation ont été définies dans des termes vagues, ambigus ou pouvant sembler contradictoires. Mais le lien établi entre la réglementation et la concurrence a souvent facilité la réforme dans les cas où la réglementation sectorielle a eu des effets anticoncurrentiels. Les efforts de sensibilisation des autorités chargées de la concurrence ont souvent notablement contribué, non seulement à inciter les autres responsables de la réglementation à se focaliser sur les questions de concurrence et à appliquer avec cohérence les principes de la politique de la concurrence, mais aussi à faire apparaître plus clairement le rôle positif que cette dernière pouvait jouer dans la réalisation des objectifs concernant la réglementation.

Les principaux instruments permettant de faire respecter la législation sont assez solides de sorte que la mise en application de la législation en matière de concurrence garantit de façon crédible la défense des intérêts de la collectivité en l'absence de réglementation économique. Paradoxalement, l'ampleur de l'attachement à la politique de la concurrence et la vigueur du droit américain de la concurrence et des sanctions qui punissent ses violations peuvent empêcher d'appliquer directement la législation relative à la concurrence dans certains contextes se prêtant à la réforme. La responsabilité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence est très dispersée et soumise à une multitude d'intérêts potentiellement contradictoires. Le nombre de règles sectorielles spéciales, particularités juridictionnelles, responsables de la réglementation et dérogations sectorielles, qui contribuent globalement à gêner l'application du droit fondamental de la concurrence, est étonnamment élevé. Certains des programmes réglementaires sectoriels s'harmonisent assez bien avec la législation générale en matière de concurrence mais ce n'est pas le cas de tous. Une source importante de dérogation à la législation, la doctrine de « l'acte d'État » qui permet aux différents États d'imposer des programmes réglementaires non concurrentiels au niveau local, peut affaiblir la réforme entreprise sur une plus grande échelle en faveur de la concurrence. Pour réagir en partie à ces limites et ces dérogations juridictionnelles, les organismes d'exécution ont vigoureusement défendu la cause d'une réforme allant dans le sens d'une plus grande concurrence dans le but d'introduire la concurrence par le biais d'une modification de la réglementation là où ils ne peuvent le faire en faisant respecter le droit de la concurrence.

## 1. LES PRINCIPES DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AUX ÉTATS-UNIS : FONDEMENTS ET CONTEXTE

De par la place essentielle qu'elle occupe dans la « constitution » économique des États-Unis et le rôle capital qu'elle joue dans la conception de la législation et de la réglementation économique, la politique de la concurrence constitue une base solide sur laquelle peut s'appuyer une réforme fondamentale de la réglementation. Fonder la réglementation sur le postulat de la concurrence ne constitue pas une idée radicalement nouvelle aux États-Unis, comme c'est le cas dans d'autres pays de l'OCDE. Les réformes qui mettent l'accent sur la concurrence peuvent plutôt être considérées, à juste titre, comme un retour aux sources politiques et administratives. Cette assise politique explique probablement pourquoi les États-Unis se sont tant efforcés de supprimer les contrôles de prix et les obstacles à l'entrée dans des secteurs qui sont structurellement compétitifs.

Au cours des vingt dernières années, les deux organismes américains chargés de la concurrence, l'*Antitrust Division of the Department of Justice* (Division antitrust du ministère de la Justice) et la *Federal Trade Commission* (FTC, Commission fédérale du commerce) ainsi que les tribunaux, qui constituent les autorités ultimes, ont adopté une conception essentiellement économique de la politique de la concurrence. En vérité, la politique américaine de la concurrence repose sur des principes économiques depuis au moins 50 ans. Si la FTC a été créée en 1914, c'est essentiellement pour apporter des compétences économiques et commerciales à l'application du droit général de la concurrence. La législation antitrust a généralement adopté les nouveaux principes économiques qui se sont imposés

Le droit de la concurrence empêche les contraintes privées de gêner la réalisation des objectifs économiques, au premier rang desquels figure une utilisation plus rationnelle des ressources. Cette finalité essentiellement économique du droit de la concurrence s'accorde bien avec les orientations et les fondements de la politique réglementaire en général. Dans son rapport économique annuel de 1996, le Président a introduit son examen de la politique réglementaire en soulignant l'importance de la concurrence commerciale pour favoriser une baisse des coûts et des prix, inciter les entreprises à produire des biens correspondant aux désirs des consommateurs, et stimuler l'innovation et l'expansion de nouveaux marchés extérieurs<sup>1</sup>. Les politiques suivies par les autres organismes fédéraux responsables de la réglementation sont généralement destinées à favoriser la concurrence plutôt qu'à la remplacer, dans toute la mesure du possible. Il est, par exemple, précisé dans l'énoncé de la mission assignée à l'organisme fédéral chargé de réglementer le secteur de l'énergie que celui-ci doit « encourager et garantir la concurrence entre les fournisseurs d'énergie et de combustibles »<sup>2</sup>.

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

Outre la question générale critique de la compatibilité de la politique réglementaire avec les principes et les objectifs de la politique de la concurrence, cette politique et les problèmes réglementaires interagissent de quatre manières :

- La réglementation peut être en contradiction avec la politique de la concurrence. Les réglementations peuvent avoir encouragé, voire exigé, un comportement ou des conditions représentant, dans d'autres circonstances, une violation du droit de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent avoir autorisé la concertation des prix, avoir empêché la publicité ou d'autres moyens de concurrence, voire avoir exigé un partage géographique du marché. On peut aussi citer l'exemple des textes de loi interdisant les ventes à perte, qui se veulent favorables à la concurrence mais qui sont souvent interprétés dans un sens anticoncurrentiel, et celui du très grand nombre de réglementations qui limitent la concurrence plus que ne l'exige la réalisation des objectifs de la réglementation. Lorsque ces dispositions sont modifiées ou supprimées, les entreprises touchées doivent modifier leurs habitudes et leurs anticipations.

- La réglementation peut remplacer la politique de la concurrence. Surtout lorsqu'un monopole apparaît comme inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en limitant l'entrée et l'accès. L'évolution de la technologie et des autres structures peuvent conduire à un réexamen du principe de base invoqué pour justifier la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne sont pas adaptées pour empêcher un monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.
- La réglementation peut reproduire la politique de la concurrence. Les règles et les organismes de réglementation peuvent avoir essayé d'empêcher la coordination ou les abus dans un secteur, tout comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent fixer des critères de concurrence loyale ou bien des règles en matière d'adjudication visant à assurer un appel à la concurrence. Les différents organismes de réglementation peuvent appliquer des critères différents, cependant, et les changements apportés aux structures réglementaires peuvent alors révéler que des politiques en apparence similaires ont peut-être conduit à des résultats différents dans la pratique.
- La réglementation peut utiliser les méthodes de la politique de la concurrence. Les instruments employés pour réaliser les objectifs réglementaires peuvent aussi être conçus de façon à tirer parti des incitations du marché et de la dynamique concurrentielle. La coordination peut être nécessaire, pour assurer que ces instruments fonctionnent comme prévu compte tenu des exigences du droit de la concurrence.

Malgré tout l'appui que la culture politique américaine apporte au principe de la concurrence, la finalité de la politique nationale de la concurrence n'a jamais fait l'objet d'une définition communément acceptée, faisant autorité. Les textes de loi nationaux en matière de concurrence, l'*Interstate Commerce Act* (loi sur le commerce entre États) de 1887 et le *Sherman Act* (loi Sherman) de 1890, ont permis aux autorités et aux institutions fédérales d'appliquer des principes fondamentaux découlant essentiellement du droit coutumier. On s'est interrogé à l'époque, et depuis, sur la nature exacte de l'objectif que ces textes de loi cherchaient à atteindre en contestant les ententes et les abus de position dominante. Des textes de loi ultérieurs, comme le *Robinson-Patman Act* (loi Robinson-Patman) de 1936 sur la différenciation des prix et le *Celler-Kefauver Act* (loi Celler-Kefauver) de 1950 sur les fusions, semblent avoir visé des objectifs différents au moment où ils ont été promulgués, à savoir : protéger les entreprises contre les pratiques déloyales de leurs concurrents et de leurs fournisseurs et contrôler la concentration de l'industrie. L'absence d'une définition unique, faisant autorité, dans la législation de base tient sans aucun doute au caractère multiple, changeant et parfois contradictoire, des objectifs poursuivis. La description la plus fréquemment citée de la raison d'être de la législation américaine en matière de concurrence n'a pas été donnée par le pouvoir législatif mais par la Cour suprême des États-Unis qui a qualifié la loi Sherman de « charte globale de la liberté économique visant à ce que les échanges continuent d'être régis par la règle d'une concurrence dénuée de toute entrave » et reposant sur l'idée que « la libre interaction des forces concurrentielles permettra d'obtenir la meilleure répartition possible de nos ressources économiques, les prix les plus bas, les niveaux de qualité les plus élevés, et le progrès matériel le plus large, tout en créant un environnement favorable à la préservation de nos institutions politiques et sociales démocratiques »<sup>3</sup>.

Différents aspects de la politique de la concurrence sont souvent mentionnés dans ces exposés des objectifs poursuivis, du fait que les responsables de son élaboration hésitent à admettre leurs priorités. La déclaration faite récemment par les États-Unis à l'OMC sur la politique de la concurrence illustre cette indécision de façon éloquente. Elle conclut que les trois « principaux axes » de la politique américaine de la concurrence sont « le bien-être du consommateur, la protection du mécanisme de la concurrence, et le renforcement de l'efficacité économique ». La notion de « bien-être du consommateur » est entendue ici dans une acception assez large. Elle signifie que la préoccupation fondamentale est toujours l'effet sur les consommateurs, les effets sur les autres producteurs n'étant considérés que dans la mesure où ils affectent en fin de compte les consommateurs. Elle sous-entend qu'une plus grande variété de produits de meilleure qualité offertes à des prix plus bas améliore le bien-être des consommateurs. L'« efficacité » existe alors

au sens où le consommateur « ne paie pas plus ni moins que ce qu'il en coûte à la collectivité dans son ensemble, en valeur réelle, de produire lesdits biens et services ». Cette formulation reflète l'analyse traditionnelle de l'équilibre statique qui apprécie la concurrence dans la mesure où elle se traduit par une combinaison prix-production qui maximalise la production pour un prix de revient donné. La priorité accordée à la répercussion de ce faible coût sur le consommateur est notable mais le bien-être de celui-ci ne tient pas uniquement à une zone définie par un diagramme économique. Pour déterminer ce que la législation de la concurrence considère comme une limitation non souhaitable des échanges, il faut établir si cette limitation « [réduit] l'importance accordée à la préférence du consommateur au moment de fixer le prix et le volume de la production ». Le deuxième objectif de la politique de la concurrence, à savoir la protection du mécanisme de la concurrence, est atteint en préservant les conditions statiques et dynamiques qui découragent la collusion et permettent l'innovation et la pénétration de nouveaux entrants dans des conditions satisfaisantes. La réalisation du troisième objectif, le renforcement de l'efficacité, est favorisée par le fait que la concurrence oblige les entreprises à réduire leurs coûts et à répondre aux signaux du marché.

Le critère utilisé par la législation américaine relative à la concurrence est l'effet produit sur les résultats de la concurrence plutôt que sur le seul processus concurrentiel. Dans une certaine mesure, les questions concernant ce processus sont à la base de l'attention de plus en plus grande qui est accordée au comportement stratégique exclusif. La prise en compte de l'efficacité dynamique peut provoquer le retour d'anciennes règles du droit de la concurrence, adaptées aux nouvelles circonstances. Toutefois, la législation américaine en matière de concurrence a rarement pour seul objectif de préserver la possibilité d'une plus grande rivalité sauf quand il s'agit de remédier aux pratiques déloyales d'une entreprise dominante le marché ou d'empêcher une fusion qui risque d'aboutir à un résultat de cette nature. Ni le droit, ni la politique de la concurrence ne se préoccupent guère non plus des aspects structurels, pour l'instant du moins. Il y a quelques années, lorsque la théorie économique considérait la concentration comme un élément important ou même déterminant, indépendamment des conditions d'accès au marché ou de tout autre facteur, la politique américaine de la concurrence adoptait la même optique.

L'utilisation de la notion de « loyauté » dans la politique de la concurrence est controversée. Toute la législation américaine concernant la concurrence est contenue dans le *FTC Act* (loi portant création de la Commission fédérale du commerce) qui interdit les « formes déloyales de concurrence ». Mais l'interprétation de cette expression a évolué depuis l'adoption de la législation en 1914. Elle est aujourd'hui considérée sous l'angle du consommateur, c'est-à-dire que l'on juge « déloyal » de priver celui-ci des avantages offerts par un marché ouvert et concurrentiel. D'autres textes de loi sectoriels visent encore à préserver l'existence d'une concurrence loyale entre des entreprises rivales et il n'est pas toujours facile d'établir si les autres responsables de l'application de la législation ont adopté la même interprétation que les organismes chargés de la concurrence eux-mêmes<sup>4</sup>. Une loi antitrust des États-Unis, le *Robinson-Patman Act* (loi Robinson-Patman), repose, en outre, sur les principes traditionnels de la concurrence déloyale entre concurrents. La politique américaine de la concurrence ne fait aucune place spéciale à l'objectif de croissance bien qu'elle suppose que la concurrence favorise la croissance et que l'expérience semble confirmer la validité de cette hypothèse. Elle ne fait pas non plus preuve d'une sollicitude particulière à l'égard des petites et moyennes entreprises même si cela n'a pas toujours été le cas et si la protection des petites entreprises a constitué l'un de ses fondements politiques.

Le rôle essentiel accordé à la politique de la concurrence concorde avec l'accent que la culture américaine met depuis longtemps sur l'individualisme et l'esprit d'entreprise. Si les institutions réglementaires nationales, telles que l'*Interstate Commerce Commission* (ICC, Commission du commerce entre les États) et la FTC, ont été initialement créées, c'est dans le but de protéger et de favoriser la concurrence commerciale et non pas de contrôler directement le comportement et l'investissement des entreprises. Ces lois ont alors été adoptées à la demande des exploitants agricoles et des entreprises

locales en butte aux abus des compagnies de chemin de fer et des entreprises intervenant à l'échelon national afin de mettre un terme aux discriminations et autres abus qui, selon eux, les empêchaient injustement de se livrer concurrence entre eux. Pendant la période comprise entre la crise de 1929 et les années 70, au cours de laquelle la plupart des autres institutions nationales ont vu le jour, la préférence semble avoir été accordée aux réglementations économiques fédérales dans de nombreux secteurs. Mais même dans ce cas, des législations telles que le *Federal Power Act* (loi fédérale sur l'électricité) et le *Federal Radio Act* (qui devait devenir le *Federal Communications Act*, loi fédérale sur les communications) ont souvent expliqué ou justifié le recours à la réglementation pour rendre les marchés plus concurrentiels.

Si la notion de « concurrence » bénéficie d'un large soutien, c'est évidemment du fait, entre autres, qu'elle peut donner lieu à des interprétations différentes selon les observateurs et les circonstances. Pendant les 50 premières années d'application de la politique américaine de la concurrence, l'encouragement de la concurrence a souvent été entendu comme une action visant à protéger les possibilités commerciales des petites entreprises contre des monopoles putatifs. Les organismes de réglementation sectoriels, qui prétendent aussi encourager plutôt qu'évincer la concurrence, ont parfois interprété et appliqué les textes différemment des organismes chargés d'assurer leur application. Ces contradictions persistent, dans une certaine mesure, et elles ont retardé la manifestation de tous les effets positifs de la réforme. Mais l'acceptation culturelle fondamentale d'une norme de concurrence explique peut-être pourquoi les États-Unis ont pu politiquement revoir tant de leurs politiques réglementaires non concurrentielles. Lorsque le mécontentement suscité par la cartellisation résultant de la réglementation économique a abouti aux projets de déréglementation en règle de l'économie sous les gouvernements Ford et Carter, pendant les années 70, ces efforts ont été soutenus par les partisans de la politique de la concurrence. L'application de la législation relative à la concurrence a en outre été utilisée directement pour mettre en œuvre la réforme, en permettant de briser le monopole national des télécommunications et d'éliminer les ententes sur les prix par le biais d'une réglementation « privée » des services professionnels.

La multitude des institutions responsables de la « concurrence » souligne qu'aux États-Unis, comme ailleurs, la politique de la concurrence ne doit pas être considérée uniquement comme un simple ensemble de lois fondamentales sur les pratiques commerciales restrictives et les combinaisons de sociétés. Elle est l'aboutissement des effets combinés des diverses législations, mesures, et institutions qui visent à protéger, empêcher, favoriser, ou exploiter la concurrence commerciale. Les lois fondamentales de la concurrence sont des actes législatifs fédéraux mais leur contenu et leur signification sont principalement déterminés par un processus jurisprudentiel dans lequel les tribunaux constituent l'autorité suprême. Si la plupart des autres programmes réglementaires sont énoncés dans des textes de loi et des actes législatifs détaillés, les tribunaux jouent aussi un rôle important dans leur interprétation et leur application. L'importance du rôle joué par le pouvoir judiciaire dans le système juridique des États-Unis contribue à maintenir la cohérence de la politique américaine de la concurrence malgré le grand nombre de participants. Les juges qui sont appelés à se prononcer sur des cas particuliers sont souvent tenus de reconnaître les nombreux objectifs et effets de ces différentes prescriptions légales et d'essayer de les concilier. Cela se traduit par un processus constant de définition et d'équilibrage des rôles des institutions chargées de la politique de la concurrence et de celles responsables de la réglementation économique et sociale.

L'importance et le caractère diffus des concepts de la politique de la concurrence expliquent peut-être d'autres particularités de la réglementation américaine. L'objectif de la protection de la concurrence n'est pas considéré par rapport à d'autres objectifs de l'action publique dans l'application de la législation relative à la concurrence aux États-Unis. C'est ainsi qu'une réduction de la concurrence ne peut généralement pas être justifiée par l'obtention d'un autre résultat. Les efforts déployés pour atteindre d'autres objectifs par des moyens qui semblent réduire la concurrence courent, en outre, sérieusement le

risque de tomber sous le coup de la législation antitrust. Les objectifs ne pouvant être atteints en réduisant la concurrence, d'autres moyens sont utilisés aux États-Unis pour les atteindre, y compris le recours à la réglementation directe. Une autre question importante se pose alors, c'est celle de savoir si les avantages de la réglementation directe et des autres méthodes employées se justifient au regard des coûts encourus, y compris sous la forme peut-être d'effets indirects sur la concurrence.

## **2. LES PRINCIPAUX ÉLÉMENTS DE LA PANOPLIE : LE CONTENU DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE CONCURRENCE**

La législation américaine en matière de concurrence semble solide et vigoureuse. Ses principales dispositions peuvent permettre de résoudre tous les types possibles de problèmes qui peuvent se poser une fois que les réglementations ont été modifiées pour permettre une plus grande concurrence sur les marchés. Elle a déjà été utilisée directement pour atteindre les objectifs de la réforme. Toutefois, l'un des aspects qui font sa force peut se transformer en handicap dans des contextes réglementaires. Les sanctions qui répriment ses violations sont singulièrement sévères. De lourdes amendes, des dommages-intérêts d'un montant triple de celui du préjudice, et des peines de prison peuvent sembler disproportionnés pour sanctionner un comportement qui, jusqu'à une date récente, était autorisé, voire imposé, par une autre réglementation gouvernementale. Les fortes pénalités appliquées encouragent les demandes d'exemption, de traitement spécial, ou même de recours à la réglementation pour remplacer les dispositifs permettant d'assurer le libre jeu de la concurrence

### **Encadré 2. Les instruments de la politique de la concurrence**

En général, le droit de la concurrence aborde les problèmes du pouvoir de monopole dans trois optiques distinctes : relations et accords entre entreprises autrement indépendantes, actions d'une seule entreprise, et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, les accords, est souvent subdivisée à des fins analytiques en deux groupes : accords « horizontaux » entre entreprises qui font la même chose et accords « verticaux » entre entreprises se situant à des stades différents de la production ou de la distribution. La deuxième catégorie est appelée « monopolisation » dans certaines lois et « abus de position dominante » dans d'autres ; suivant les appellations qu'ils utilisent, les systèmes juridiques sont arrivés à des approches quelque peu différentes du problème de pouvoir économique d'une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent appelée « fusions » ou « concentrations », comprend généralement les 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 ensemble d'avoir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production, et d'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, les prix, et la production. Les lois les plus récentes sur la concurrence traitent de façon très dure les accords de fixation des prix, de limite de la production, de soumission concertée, ou de partage des marchés. Pour mettre en œuvre ces accords, les concurrents peuvent aussi convenir de tactiques visant à empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents ou à mettre au pas les entreprises récalcitrantes ; ainsi, les législations s'efforcent également d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale dans d'autres domaines, comme les normes de produits, la recherche et la qualité, peut aussi affecter la concurrence, mais le caractère positif ou négatif de cette coopération peut dépendre des conditions du marché. Aussi, la plupart des législations traitent-elles ces autres types d'accords en mettant en évidence un éventail plus large d'inconvénients et d'avantages potentiels ou en s'efforçant de mettre au point des règles plus détaillées pour identifier les comportements bénéfiques et les exempter.

Les accords verticaux visent à contrôler certains aspects de la distribution. Les motifs d'inquiétude sont les mêmes, à savoir que ces accords peuvent conduire à une augmentation des prix, entraîner une diminution de la quantité (ou une qualité plus médiocre), ou empêcher l'entrée et l'innovation. Étant donné que les effets sur la concurrence des accords verticaux peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le traitement juridique des différents types d'accords verticaux varie encore davantage que celui accordé aux accords horizontaux. L'une des principales pratiques est celle des prix imposés : les accords verticaux établissent des prix minimaux ou maximaux. Dans certaines conditions, ils peuvent freiner les abus des distributeurs alors que dans d'autres ils peuvent reproduire ou mettre en œuvre une entente horizontale. Les accords portant sur l'octroi de droits ou de zones de distribution exclusive peuvent encourager un plus gros effort de vente du produit du fournisseur ou protéger les distributeurs de la concurrence ou encore empêcher l'entrée d'autres fournisseurs. Selon les circonstances, les accords concernant des combinaisons de produits, tels que ceux obligeant les distributeurs à tenir des lignes entières de produits ou liant différents produits entre eux, peuvent faciliter ou décourager l'introduction de nouveaux produits. La franchise suppose souvent un ensemble d'accords verticaux ayant une importance sur le plan de la concurrence : un accord de franchise peut contenir des dispositions concernant la concurrence dans certaines limites géographiques, un contrat d'approvisionnement exclusif, et les droits de propriété intellectuelle, comme les marques de fabrique.

L'abus de position dominante ou la monopolisation sont des catégories qui intéressent essentiellement le comportement et la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui ne doit faire face à aucune concurrence ou menace de concurrence, pourra appliquer des prix plus élevés et avoir une production de plus ou moins bonne qualité. Il sera sans doute aussi moins probable qu'il introduise des méthodes plus efficaces ou des produits novateurs. 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'appliquer à l'exercice effectif d'un pouvoir de marché. Par exemple, aux termes de certaines lois, il est considéré que l'application de prix trop élevés est une violation des dispositions législatives.

Le contrôle des fusions s'efforce d'empêcher la création, par des restructurations d'entreprises, d'unités qui seront incitées à exercer un pouvoir de marché et en mesure de le faire. Dans certains cas, le critère de légalité repose sur les dispositions concernant la domination ou les restrictions ; dans d'autres, le critère utilisé est fondé sur l'effet probable sur la concurrence de manière générale. Le processus analytique généralement appliqué demande que soient décrits les produits qui entrent en concurrence, les entreprises qui peuvent exercer une concurrence ainsi que les parts relatives et l'importance stratégique de ces entreprises sur les marchés du produit en question. Un facteur important est la probabilité de nouvelles entrées et l'existence d'obstacles effectifs à ces entrées. La plupart des systèmes appliquent une forme ou l'autre de critères de parts de marché, soit pour orienter les enquêtes futures soit comme hypothèse de base quant à la légalité. Les fusions sur des marchés exceptionnellement concentrés, ou celles qui créent des entreprises ayant une part exceptionnellement importante du marché, sont généralement considérées comme risquant d'affecter la concurrence. En outre, la plupart des systèmes prévoient la notification préalable aux autorités de la concurrence des transactions les plus grandes et les plus importantes et elles définissent aussi des procédures spéciales pour accélérer les enquêtes, de façon que les problèmes puissent être mis en évidence et résolus avant que la restructuration n'intervienne effectivement.

### ***2.1. Accords horizontaux : règles visant à empêcher la coordination à caractère anticoncurrentiel, y compris celle encouragée par la réglementation***

Aux termes de la législation antitrust, les accords conclus entre concurrents sur les aspects critiques de la concurrence que constituent les prix et la production peuvent être considérés comme des délits passibles de lourdes amendes et d'emprisonnement. Ni l'effet réel de ces ententes, ni le bien-fondé des prix ou des répartitions du marché convenus n'entrent en ligne de compte. Ces accords sont illégaux *per se*. Des sanctions moins sévères peuvent aussi être appliquées, telles que des ordonnances de ne pas faire. Bien qu'illégaux, d'autres types d'accords horizontaux peuvent être considérés comme réguliers sur la base du critère de la « règle de raison », c'est-à-dire d'un examen de leurs effets nets sur la concurrence dans les circonstances particulières qui les entourent.

La loi qui interdit les accords horizontaux a souvent été utilisée pour empêcher les secteurs déréglementés de poursuivre leurs pratiques antérieures. Des cadres de direction de compagnies aériennes qui tentaient d'opérer une fixation des prix, après la déréglementation du secteur, ont été poursuivis en justice<sup>5</sup>. Un autre procès a mis un terme à des pratiques concertées entre des compagnies aériennes qui essayaient d'établir ou de maintenir des accords de prix en communiquant par l'intermédiaire de leurs réseaux informatiques<sup>6</sup>. Les accords conclus par le bureau de tarification sur le prix du transport routier ont été contestés comme constituant une fixation horizontale des prix<sup>7</sup>. Un accord de non-concurrence conclu entre des entreprises de télévision par câble a été accusé de constituer une division du marché<sup>8</sup>.

L'autodiscipline a constitué une cible particulière de la législation en matière de concurrence. Celle-ci a en effet été utilisée pour mettre un terme aux contraintes « déontologiques » que les professions libérales et d'autres prestataires de services se sont imposés, par le biais généralement de leurs associations professionnelles. La première initiative dans ce sens a correspondu à la plainte déposée, avec succès, par la FTC contre l'*American Medical Association* (Association médicale américaine) pour son interdiction de la publicité des prix et de la sous-traitance<sup>9</sup>. Elle a été suivie par de très nombreuses autres actions en justice qui ont, pour la plupart, été résolues par des règlements amiables. En 1996, la FTC a interdit à la *California Dental Association* (Association dentaire californienne) de limiter la publicité et le démarchage non dolosifs. La Commission a estimé que de vastes interdictions catégoriques de publicités faisant état de prix intéressants et de remises sont aussi anticoncurrentielles qu'une fixation des prix pure et simple<sup>10</sup>. En 1997, elle a, en outre, ordonné à une association professionnelle bénévole, l'Association internationale des interprètes de conférence, et à ses membres aux États-Unis, de cesser d'appliquer des règles ayant effectivement pour effet de fixer les prix des services d'interprétation. Des actions analogues ont été intentées dans des secteurs autres que les professions intellectuelles et notamment contre les associations de concessionnaires automobiles et celles des assureurs. Les entreprises appartenant à des secteurs touchés par la modification de la réglementation peuvent obtenir des services responsables certaines garanties contre une action antitrust en les consultant à l'avance. C'est ainsi qu'en 1995, la Division antitrust a approuvé une proposition de l'*Intermodal Council of the American Trucking Associations, Inc.* (Conseil intermodal des Associations américaines de camionnage) d'entreprendre une série de discussions sur l'amélioration de l'efficacité des opérations intermodales. Cette approbation a revêtu la forme d'une « lettre d'examen d'activités », donnant de façon informelle, mais contraignante, l'assurance que les actions proposées ne seraient pas contestées<sup>11</sup>.

La force de la législation relative aux ententes sur les prix découle naturellement du fondement économique de la politique américaine de la concurrence. Un aspect moral entre aussi en ligne de compte : certains ont justifié la rigueur des sanctions imposées en assimilant la législation contre les ententes sur les prix à une loi contre le vol du fait que, dans les deux cas, le consommateur perd de l'argent à son insu et contre sa volonté. La rigueur se justifie toutefois moins dans les contextes réglementaires, ce qui explique pourquoi la plupart des actions intentées contre les restrictions horizontales dans des cadres réglementaires l'ont été devant des tribunaux civils. (Sauf dans le cas des tentatives pures et simples d'entente sur les prix faites bien après l'abrogation officielle des méthodes réglementaires de détermination des prix).

Là où une réglementation a été en vigueur, il est souvent possible de prétendre que les mesures restrictives ont vraiment une raison d'être ou même qu'elles favorisent la concurrence. Les organismes responsables et les tribunaux ont essayé plusieurs approches pour constater et évaluer les efficacités potentielles des restrictions horizontales tout en essayant de réduire, si possible, au minimum les frais et le temps consacrés à cette analyse. La FTC a adopté une tactique consistant à déplacer la charge de la preuve et à relever le niveau des preuves requises dans la décision concernant le *Massachusetts Board of Optometry* (Conseil de l'optométrie du Massachusetts) qu'elle a prise pendant les années 80 et elle a ensuite largement utilisé cette méthode pour lutter contre les réglementations privées des associations

professionnelles. Alors que la FTC a maintenant clairement abandonné la méthode qu'elle avait employée dans son action contre le *Massachusetts Board*<sup>12</sup>, la Division antitrust a annoncé qu'elle appliquait un processus en trois étapes, qui lui ressemble fort. La première étape consiste à déterminer si un accord entre les entreprises concurrentes limite la concurrence. Si la réponse est positive sans que l'accord entre toutefois dans une catégorie d'entente habituellement jugée répréhensible *per se*, la prochaine étape consiste à mettre les parties à l'accord au défi d'expliquer pourquoi, malgré les risques évidents qu'il présente pour la concurrence, cet accord a eu des effets favorables à celle-ci. Si elles n'y parviennent pas, la Division antitrust estime qu'elle doit l'emporter même si elle n'a pas démontré l'existence de nets effets anticoncurrentiels dans le contexte particulier en jeu. Si, par contre, les parties apportent la preuve de nets gains d'efficacité ou d'importants effets favorables pour la concurrence, il faut alors passer à la troisième étape qui consiste à appliquer le critère de la règle de raison aux circonstances particulières de la situation considérée<sup>13</sup>. Cette méthode de décision intermédiaire a déjà été utilisée par la Cour suprême<sup>14</sup>. L'emploi d'une méthode reposant uniquement sur l'application intégrale traditionnelle de la règle de raison et de la règle de l'infraction *per se* pourrait avoir une incidence sur les coûts et les priorités de l'application de la législation et réduire l'efficacité de la contestation des restrictions horizontales<sup>15</sup>.

Quelle que soit la méthode employée, d'autres préoccupations et effets d'ordre social ne peuvent entrer en ligne de compte dans toute question concernant l'application de la législation relative à la concurrence. La Cour suprême a elle-même estimé<sup>16</sup> que toute argumentation tendant à faire valoir qu'un autre intérêt général, y compris des considérations de sécurité, l'emporte sur l'intérêt porté à la libre concurrence par la législation, doit être soumise au corps législatif et non pas aux tribunaux ou aux organismes chargés de l'application de la législation. Cette doctrine, selon laquelle les entraves à la concurrence économique ne peuvent être légalement justifiées par la défense d'autres intérêts, n'a pas nécessairement nui à la protection de ces intérêts. Elle peut, par contre, expliquer en partie le grand nombre de réglementations directes existant aux États-Unis pour promouvoir ou protéger des valeurs sociales. On peut notamment citer l'exemple des règles appliquées par l'*Environmental Protection Agency* (Agence pour la protection de l'environnement), la *Food and Drug Administration* (administration pour les produits alimentaires et pharmaceutiques), le ministère de l'Agriculture et la *Consumer Product Safety Commission* (Commission pour la sécurité des produits de consommation). Certaines de ces réglementations sont destinées à remédier à des défaillances du marché et notamment à celles liées à l'insuffisance de l'information des consommateurs. La réglementation directe permet d'éviter l'inefficacité qui résulterait d'une entrave à la concurrence mais il reste à établir si, dans certains cas, ses avantages justifient ses coûts. Le refus de la législation relative à la concurrence d'admettre les défenses reposant sur la protection d'autres valeurs n'empêche pas les concurrents d'agir de concert pour améliorer la sécurité ou remédier aux défaillances de l'information. Il les empêche plutôt de se concerter pour supprimer la concurrence économique. Lorsqu'un autre programme réglementaire régit aussi le comportement considéré, un juste équilibre entre les politiques en jeu peut être trouvé en limitant ou en canalisant l'application du droit de la concurrence. L'équilibre avec les autres intérêts publics est obtenu par le biais d'un système de dispenses ou de transferts de compétences plutôt que par celui de décisions sur l'application de la législation relative à la concurrence.

La législation américaine concernant les accords horizontaux pourrait se révéler moins utile dans les contextes réglementaires du fait des difficultés généralement rencontrées dans le traitement des cas de conspiration « tacite » et d'action concertée, même dans le cadre plus flexible du *Federal Trade Commission Act* (loi portant création de la FTC). Une analyse économique attentive et une présentation soignée des éléments de preuve ont toutefois permis d'appliquer avec succès la loi Sherman à la conspiration tacite dans le secteur des compagnies aériennes, après sa déréglementation, ce qui prouve que cette faiblesse peut probablement être surmontée lorsque les circonstances s'y prêtent.

Plus préoccupant est le fait que les sanctions soient jugées disproportionnées. Les allégations concernant leur caractère draconien (dans le cas notamment des risques de dommages-intérêts d'un montant triple de celui du préjudice dans les litiges n'impliquant pas les pouvoirs publics) peuvent renforcer la position de ceux qui estiment que la législation antitrust ne devrait pas s'appliquer dans son intégralité aux comportements qui étaient auparavant réglementés. Plusieurs des nombreuses dispositions statutaires particulières, examinées plus loin à la section 4, semblent destinées à empêcher l'application de sanctions pénales et de dommages-intérêts triples, précisément pour cette raison.

## **2.2. Accords verticaux : règles visant à empêcher les arrangements anticoncurrentiels au niveau de l'approvisionnement et de la distribution, y compris ceux favorisés par la réglementation**

Le texte de la législation américaine, comme celui de la plupart des autres lois relatives à la concurrence, ne font pas de distinction entre les accords horizontaux et verticaux. La doctrine développée par les tribunaux et les organismes d'exécution américains établit, par contre, une nette distinction entre ces deux types d'accords. Une seule forme d'accord vertical, celle consistant à fixer des prix de revente minimaux, est nettement illégale *per se*. En dépit de cette illégalité intrinsèque, la pratique des prix imposés n'est pas assimilée à la fixation horizontale de prix, sur le plan des mesures correctrices et de l'application de la législation. Les organismes compétents intentent très peu d'actions contre ces agissements et ils ne poursuivent pratiquement jamais leurs auteurs au pénal. Certains accords de liaison sont parfois décrits comme illégaux *per se*, ce qui paraît contestable du fait que les tribunaux ont aussi fixé comme condition que la partie qui impose l'accord jouisse d'une suprématie économique pour le bien ou le service concerné. L'illégalité de ce type d'accord ne réside donc pas uniquement dans la forme qu'il revêt. La plupart des relations verticales sont de ce fait évaluées à l'aide de la règle de raison et elles ne sont considérées comme illégales que si l'on peut prouver qu'elles ont des effets nets anticoncurrentiels. La solution généralement adoptée est une injonction ou une ordonnance de ne pas faire ou l'imposition de dommages-intérêts dans les affaires privées.

Les principes de la législation relative à la concurrence ont été appliqués aux relations verticales imposées par la réglementation ou adoptées pour s'opposer aux objectifs de la réforme de la réglementation. Les réglementations adoptées au niveau des États et délimitant des territoires de vente exclusifs ou protégeant des distributeurs et des franchisés contre des associés ou des concurrents ont été critiquées et contestées. Sur les marchés des soins de santé, certains ont réagi à l'intensification de la concurrence en appliquant la clause du « client le plus favorisé » à leur politique de prix, c'est-à-dire en assurant à leurs clients ou à leurs fournisseurs que leurs concurrents ne seraient pas mieux traités. Ces pratiques ont fait l'objet de plusieurs actions du fait que, dans certains cas, elles peuvent avoir pour effet net de décourager les entrées sur le marché et les réductions de prix. Certains fournisseurs ont, en outre, demandé l'adoption de réglementations imposant des garanties de liberté d'accès pour s'imposer comme parties contractantes dans les programmes d'assurance médicale. Les organismes d'exécution ont reproché à ces réglementations de freiner probablement la concurrence favorisant une baisse des prix.

L'application de la « règle de raison » à presque toutes les relations verticales montre bien comment le droit américain se conforme aux principes économiques. Les organismes d'exécution et les tribunaux sont conscients qu'il est difficile de déterminer l'effet net sur la concurrence de la plupart des restrictions verticales et que celles-ci ont probablement une raison d'être utile et rationnelle. Cette approche cadre bien avec la tendance libertaire des États-Unis. Présument que les accords commerciaux ont été conclus librement, les responsables de l'application de la législation en matière de concurrence n'interviennent généralement pas pour remédier à un déséquilibre perçu dans le pouvoir de négociation.

Le traitement juridique des restrictions verticales aux États-Unis présente, toutefois, certaines singularités, principalement liées à la volonté de continuer de considérer les prix imposés comme illégaux *per se*. La législation américaine semble moins régulatrice que, par exemple, la structure élaborée de conditions contractuelles prescrites et prohibées dans le cadre des exemptions par catégorie de la CE mais on observe, dans le droit américain de la concurrence, une interaction complexe et obscure de doctrines jurisprudentielles sur la façon dont l'existence d'un accord vertical peut être déduite ou évitée.

### **2.3. Monopolisation (abus de position dominante) : règles visant à faire obstacle ou à remédier au pouvoir de marché, en particulier celui découlant des restructurations liées à la réforme**

Le *Sherman Act* (loi Sherman) n'empêche pas d'être un monopoliste ni même d'agir comme lui en appliquant des prix élevés ou en réduisant la production. Ce qu'elle interdit, c'est un comportement ayant pour effet de créer ou de maintenir un monopole, à l'aide de moyens déloyaux visant principalement à exclure d'autres concurrents performants. Les sanctions possibles sont importantes et peuvent aller jusqu'à l'imposition d'un démembrement et d'une restructuration dans le but de démanteler le monopole et de le remplacer par des entreprises concurrentes. Toutefois, les actions engagées contre les monopoles peuvent être très complexes et, de ce fait, elles sont rares.

La législation sur les monopoles a été utilisée pour restructurer les monopoles de réseaux réglementés. C'est ainsi notamment qu'une action engagée pendant les années 70 contre un monopole au titre de la loi Sherman, a été utilisée pour restructurer le réseau téléphonique national. Le règlement amiable, conclu en 1982, a séparé les équipements, les services interurbains, et les services locaux. Cette mesure a été prise devant les efforts déployés par le monopoliste en place pour exclure la concurrence dans le domaine des équipements et des services interurbains. Le règlement amiable a toutefois déclenché une longue controverse sur les compétences respectives du juge fédéral chargé de surveiller son application, de la Division antitrust et de l'autorité responsable de la réglementation du secteur, la *Federal Communications Commission* (Commission fédérale des communications), pour la mise en œuvre d'autres réformes dans le domaine des télécommunications. Cette question est examinée plus à fond dans l'étude connexe du chapitre 5.

S'il n'est tenu compte que des politiques de la concurrence pour déterminer les responsabilités dans les cas de monopolisation, les tribunaux peuvent considérer d'autres politiques publiques lorsqu'ils envisagent la solution à adopter du fait que celle-ci doit servir l'intérêt général et donc ne pas compromettre inutilement d'autres politiques importantes. C'est ainsi que dans le cas du démantèlement de AT&T, le juge qui a établi le règlement amiable a tenu compte des commentaires du public sur la façon dont le démembrement proposé affecterait d'autres conditions imposées par la réglementation, y compris les responsabilités des autorités réglementaires, au niveau des États<sup>17</sup>.

La législation relative aux monopoles n'est pas utilisée pour remédier directement à l'exercice d'un pouvoir de marché se traduisant par des prix élevés. La politique étant mise en œuvre par le biais de l'application judiciaire de la législation, il faudrait pour cela que les juges ou les procureurs se transforment en contrôleurs des prix. Cela est impossible dans le cadre du système administratif américain du fait que ces représentants officiels n'ont ni le soutien technique ni la responsabilité politique nécessaires pour s'acquitter de cette tâche. La législation concernant les monopoles peut, toutefois, être invoquée pour lutter contre des actions ayant pour effet de refuser l'accès aux « facilités essentielles » et elle l'a été, à cette fin, dans de nombreux secteurs réglementés, comme ceux des télécommunications et de l'électricité. Le fait que la législation relative à la concurrence ne permet pas de s'attaquer aux aspects concernant les prix du pouvoir de marché mais uniquement aux conditions fondamentales qui rendent ce pouvoir possible, peut favoriser le maintien de programmes réglementaires contrôlant directement les prix.

#### **2.4. Fusions : règles visant à empêcher que des problèmes de concurrence ne découlent de la restructuration des entreprises, notamment en réaction à une modification de la réglementation**

Le *Clayton Act* (loi Clayton), qui est le texte de loi général sur les fusions, couvre toutes sortes de combinaisons, y compris les co-entreprises et les acquisitions effectuées sur le marché financier. Le critère qu'il utilise est le risque que l'opération concernée nuise à la concurrence ou ait tendance à créer un monopole. C'est une loi prospective qui permet d'empêcher la réalisation de fusions en montrant les effets futurs probables, sans qu'il soit nécessaire de mettre en évidence des effets réels antérieurs ou l'existence de conditions non concurrentielles. Elle peut aussi être invoquée pour annuler une fusion déjà effectuée mais, cela n'est plus que rarement le cas aujourd'hui du fait de la notification préalable des fusions. L'obligation de notifier les fusions à l'avance dépend uniquement de la taille des parties en présence et de l'importance de l'opération, ce qui permet la réalisation de nombreuses unions n'ayant pas d'effet sur la concurrence. Le processus de dépôt des dossiers entraîne un certain retard même lorsque les organismes responsables mettent rapidement fin à l'enquête, comme ils en ont la possibilité, et son coût peut s'élever à plus de 100 000 dollars même en l'absence de risque de problème. Le droit perçu pour chaque dossier déposé se monte déjà à lui seul à 50 000 dollars par partie concernée et par opération. Ce chiffre peut être important pour des entreprises ou des opérations qui dépassent à peine le seuil fixé pour l'obligation de notification, qui est d'un niveau de ventes ou d'actifs d'environ 15 millions de dollars. La bonne marche du processus d'application de la loi est assurée par l'imposition de dates limites et par le fait que les organismes responsables ne peuvent agir totalement à leur guise mais doivent obtenir un mandat d'un juge fédéral avant de pouvoir bloquer une opération.

Du fait en partie qu'elle énonce clairement le critère relatif à l'effet sur la concurrence qu'elle utilise, la loi sur les fusions constitue peut-être l'expression la plus pure de l'approche fondée sur des considérations économiques de la politique de la concurrence. Les principes directeurs fixés pour les organismes d'exécution donnent les grandes lignes d'une définition du marché (reposant sur l'utilisation des incitations et comportements en faveur de la substitution de la demande comme indicateurs de l'élasticité croisée de la demande), précisent comment identifier et caractériser les participants au marché (participants actuels et éventuels), énoncent des postulats sur les mesures structurelles et fixent des critères d'évaluation des effets probables sur la concurrence de la pénétration sur le marché. Ces principes directeurs et le texte de loi applicable fixent aussi des critères de parts de marché. Ces critères, apparemment très précis, semblent affirmer que le regroupement de deux entreprises contrôlant environ 5 % d'un marché dans une industrie, qui compte cinq entreprises, est illégale et qu'une fusion entre des entreprises dont les parts de marché s'élèvent à environ 7 % dans un secteur comprenant dix entreprises est, quant à elle, suspecte. Ce degré de précision n'est toutefois qu'apparent et des opérations d'une si faible ampleur sont rarement contestées. Les décisions de contester une transaction ne sont prises qu'à l'issue d'une évaluation détaillée de l'effet probable de celle-ci dans les circonstances particulières qui l'entourent. Les marchés sont définis à l'aide de données sur les élasticités croisées effectives et probables et sur les substitutions provoquées. L'évaluation des effets probables dépend essentiellement de l'importance à long terme de la pénétration sur le marché. L'entrée éventuelle d'une entreprise susceptible de se désengager rapidement sans encourir le moindre coût n'est pas traitée de la même façon que celle d'une entreprise devant engager des ressources irrécupérables. Cette différence dans le traitement des entrées sur le marché pourrait avoir des effets très importants dans des contextes réglementaires. Un concurrent dont les activités sont axées sur des équipements pourrait se heurter à des obstacles beaucoup plus sérieux qu'un revendeur du service de base offert par l'établissement en place.

La loi ne mentionne que les effets sur la concurrence. Elle ne considère pas, expressément du moins, d'autres facteurs tels que le développement industriel, l'emploi, ou les valeurs et objectifs visés par d'autres programmes réglementaires. En réalité, les organismes responsables peuvent être conscients de l'impact possible d'autres considérations relatives à l'action publique lorsqu'ils décident d'intervenir ou non. La façon dont la loi a été appliquée dans le domaine des soins de santé fournis selon les lois du marché est instructive sur la façon dont les tribunaux considèrent l'équilibre avec les autres politiques. La réforme des soins de santé a entraîné une profonde restructuration sous la forme notamment de fusions et d'acquisitions d'hôpitaux et d'entreprises pharmaceutiques. Les organismes responsables de l'application de la loi ont perdu dans de nombreuses actions intentées contre des fusions d'hôpitaux du fait que les tribunaux ont du mal à admettre que la concurrence ne peut pas être évaluée en regard d'autres objectifs sociaux.

La législation sur les fusions a souvent été utilisée pour maintenir et protéger les effets positifs des réformes et des restructurations. Le secteur du gaz naturel a été essentiellement déréglementé il y a une dizaine d'années et la FTC a récemment empêché une acquisition qui aurait eu pour effet de protéger un gazoduc local contre les risques de concurrence<sup>18</sup>. D'autres exemples sont fournis par le secteur de la télévision et de la radio dans lequel des règles sectorielles particulières en matière de concurrence ont été assouplies ou abandonnées. En septembre 1996, la FTC a contesté l'acquisition de *Turner Broadcasting* par *Time-Warner* parce que celle-ci aurait eu pour effet, non seulement, de limiter l'accès des distributeurs à la programmation vidéo et celui des producteurs de programmes à la distribution, mais aussi de renforcer la concentration en regroupant de grands producteurs et d'intensifier l'intégration verticale<sup>19</sup>. Après que des restrictions sectorielles aux prises de contrôle eurent été assouplies, la Division antitrust a contesté des fusions de stations de radio<sup>20</sup>. Elle est aussi intervenue dans le secteur des télécommunications où son action a entraîné la restructuration de l'acquisition Nextel-Motorola afin de préserver les possibilités de concurrence entre nouveaux entrants sur le marché de la communication radio, susceptibles de s'attaquer aux monopoles des télécommunications terrestres réglementées. La Division antitrust a également insisté, en 1995, pour que des modifications soient apportées à l'alliance proposée entre Sprint, France Telecom, et Deutsche Telekom, dans le but de préserver les possibilités concurrentielles des entreprises américaines sur les marchés mondiaux émergents des télécommunications.

Les compétences en matière de fusion ont, toutefois, été dispersées. Certains organismes de réglementation sectoriels ont une compétence partielle ou même exclusive dans ce domaine pour le secteur placé sous leur responsabilité. La plupart des réglementations sectorielles sont en train d'être démantelées mais la pratique des autorités de contrôle distinctes pour les fusions s'est révélée difficile à éradiquer. Il a, de ce fait, parfois été difficile d'appliquer la législation dans des secteurs réglementés. Parce que leur expérience est limitée et que, dans certains cas, ils sont chargés de favoriser la prospérité du secteur dont ils ont la charge, les organismes de réglementation sectoriels peuvent avoir systématiquement tendance à voir le monde sous l'angle du secteur réglementé et ne pas apprécier tous les effets possibles que de nouveaux regroupements peuvent avoir sur la concurrence. Les diverses exemptions juridictionnelles sont examinées plus loin dans le cadre de l'exposé des différentes dérogations sectorielles. L'élimination de cette balkanisation bureaucratique de l'analyse et de l'application de la législation pourrait faire de la loi sur les fusions un instrument de réforme plus efficace en garantissant une application uniforme des méthodes et des principes du droit général de la concurrence.

## **2.5. Protection de la concurrence : relations avec les règles concernant la « concurrence déloyale »**

La législation fédérale des États-Unis concernant la concurrence déloyale a évolué au fil du temps. Alors qu'elle était, au départ, destinée à remédier aux effets préjudiciables d'un tel comportement sur les concurrents, elle est devenue le fondement d'une politique de la concurrence visant essentiellement à protéger le consommateur. Le texte de loi fondamental, dans ce domaine, est la loi portant création de la FTC, dont la principale section évoque la « déloyauté » dans deux sens, qui découlent tous deux, à certains égards, des définitions habituelles de la concurrence déloyale. Sur le plan de la protection de la concurrence, elle interdit les « formes déloyales de concurrence », entendues comme les actions interdites par les autres législations antitrust. Sur le plan de la protection des consommateurs, elle prohibe des actions ou des pratiques « déloyales ou trompeuses ». La distinction implicite entre actions « déloyales » et actions « trompeuses » semble signifier que l'une des formes traditionnelles et élémentaires de concurrence déloyale que constitue la publicité mensongère, se distingue de la « déloyauté ». Cette singularité s'explique par la façon dont la finalité de la législation américaine a évolué. La législation traditionnelle relative à la concurrence déloyale vise la déloyauté entre concurrents. Le droit américain interprète aujourd'hui ces termes dans le sens de la déloyauté envers les consommateurs, y compris dans le cas des préjudices causés au mécanisme de la concurrence sur lequel les consommateurs sont en droit de compter. En fait, la façon dont la législation américaine de la concurrence est de plus en plus interprétée, a pour effet d'ignorer les pratiques déloyales entre concurrents sauf lorsque celles-ci risquent de nuire aux consommateurs. Les lois antitrust ne font plus beaucoup référence à l'interprétation traditionnelle de la concurrence déloyale qui est aujourd'hui parfois désignée, aux États-Unis, par l'expression « préjudices commerciaux ». Les intérêts protégés étant généralement privés, les préjudices commerciaux font surtout l'objet d'actions judiciaires privées. Toutefois, la loi Robinson-Patman, qui, dans le cadre de la législation fédérale antitrust, régleme les discriminations au niveau des prix et des services commerciaux, constitue une exception à cette tendance. Elle est considérée depuis longtemps comme un texte destiné à promouvoir la loyauté, même si ce terme n'apparaît pas dans son énoncé. Bien que les actions qu'elle interdit essentiellement doivent, entre autres, avoir des effets sur la concurrence, elle constitue un texte de loi techniquement complexe qui peut parfois être appliqué pour protéger des concurrents. Les organismes fédéraux contribuent peu à son application et la Division antitrust a même demandé qu'elle soit abrogée il y a 20 ans. Bien qu'elle soit peu appliquée par les pouvoirs publics, elle joue encore un rôle important dans les procès privés.

Le droit et la politique de la concurrence ont souvent été invoqués pour saper ou supprimer des règles qui s'opposent ostensiblement à la concurrence déloyale, telles notamment que les règles ou même les législations d'États interdisant les ventes « à perte ». La FTC s'est montrée préoccupée de ces lois car les ventes qu'elles interdisent sont souvent favorables aux consommateurs en raison de leur faible prix. Il est cependant peu probable que cela nuise à la concurrence à court ou à long terme du fait qu'il est rarement possible de compenser les pertes résultant du comportement « prédateur » dans le contexte dans lequel ces plaintes sont formulées, qui est souvent celui du commerce de détail. On peut aussi citer le cas des codes déontologiques professionnels cherchant à empêcher la concurrence par les prix et la publicité, qui ont souvent été la cible des organismes chargés d'appliquer la législation.

## **2.6. *Protection des consommateurs : cohérence avec le droit et la politique de la concurrence***

La politique américaine considère l'application de la législation antitrust et de la législation visant à protéger les consommateurs comme un moyen supplémentaire d'obtenir les effets positifs de la concurrence commerciale. La législation générale en matière de concurrence doit permettre de garantir que les marchés offrent aux consommateurs une gamme d'options appropriée. Elle interdit donc les comportements ayant pour effet de limiter notablement et artificiellement les choix offerts sur le marché. La législation générale en matière de protection des consommateurs (surtout la section 5 de la loi portant création de la FTC mais aussi d'autres textes visant spécifiquement à protéger les consommateurs) est destinée à permettre aux consommateurs de pouvoir choisir librement et effectivement parmi les options offertes sur le marché<sup>21</sup>. Elle interdit les pratiques qui nuisent au choix des consommateurs même si elles sont le fait d'une seule entreprise. Ces deux séries de textes de loi allant dans le sens de l'action publique en faveur de l'économie de marché, il est normal que leur application soit surveillée par des organismes et des instances publics. La FTC, qui est chargée de faire respecter ces deux corps de lois, contribue utilement à leur intégration. Le fait que la responsabilité de l'application de ces deux ensembles de loi est confiée à une seule organisation peut permettre de tester les relations entre les deux séries de mesures. Ces possibilités de fertilisation croisée se présentent souvent dans des contextes réglementaires. Les groupements américains de consommateurs sont généralement favorables à ce que la législation en matière de concurrence soit appliquée avec rigueur, tout en critiquant souvent les autorités responsables de l'application de ne pas être assez actives. En général, cependant, les craintes suscitées par certains aspects de la réforme et de la déréglementation ont été apaisées, et même dissipées jusqu'à un certain point, par la certitude que le dispositif en place pour assurer le respect de la législation sur la concurrence est crédible.

## **3. OUTILS INSTITUTIONNELS : LA MISE EN ŒUVRE AU SERVICE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**

La réforme de la réglementation économique peut être moins bénéfique ou même être dommageable, si l'autorité chargée de la concurrence n'intervient pas de façon rigoureuse pour empêcher les abus sur les marchés en développement. Les États-Unis disposent d'institutions de base solides et bien établies pour faire respecter la législation. Les moyens d'exécution auxquels ils peuvent faire appel sont, en fait, si nombreux qu'assurer leur coordination et leur cohésion pose un défi constant. Cette cohésion est favorisée, dans une large mesure, par le fait qu'il est toujours possible de faire appel au système judiciaire. Le pourcentage d'affaires tranchées par une action en justice demeure toutefois faible. L'application de la législation américaine en matière de concurrence en est venue, au cours des dix dernières années, à s'apparenter à la réglementation du fait que les organismes responsables se sont mis à formuler des principes directeurs sur d'importants aspects de l'action publique, tels que les soins de santé et la propriété intellectuelle, et à négocier des prescriptions détaillées en matière de comportement dans les règlements amiables des affaires complexes concernant des fusions. Cela conduit donc à se demander si ces processus satisfont aux normes de qualité souhaitables pour les réglementations.

### **3.1. *Institutions chargées de la politique de la concurrence***

Avec leurs deux organismes nationaux de la concurrence, les États-Unis présentent deux types différents d'institutions. L'une, la Division antitrust du ministère de la Justice, fait partie de l'exécutif. Son rattachement au ministère de la Justice, plutôt qu'à un ministère plus spécifiquement chargé de la politique économique, tient au fait qu'à l'origine la loi Sherman relevait du droit pénal. Cela suggère une tradition d'action en justice autant que d'analyse des politiques. L'autre instance, la Commission fédérale

du commerce (FTC), est un organe indépendant qui, sur les plans politique et géographique, se situe entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Elle a notamment été créée pour apporter de plus grandes compétences techniques à la politique de la concurrence mais son texte de loi fondamental reposait sur la législation concernant la concurrence déloyale et elle devait aussi jouer un rôle dans le processus d'application de la législation. L'idée de créer un organisme de la concurrence, habilité à régler directement l'économie a été rejetée dès le départ, en 1914. De ce fait, les États-Unis disposent de deux organismes chargés de faire respecter la législation, dont le personnel est composé dans les deux cas de juristes et d'économistes et qui, tous deux, associent des compétences administratives et juridiques à une responsabilité politique (assurée différemment) et mettent en œuvre la politique de la concurrence essentiellement en appliquant, cas par cas, des principes généraux à des situations particulières. Cette duplication n'a jamais provoqué d'antagonismes, les deux institutions ayant strictement divisé leurs responsabilités pour éviter tout chevauchement d'activité ou toute concurrence entre elles mais la coordination de leurs politiques et de leurs actions implique des coûts pour chacune d'elles.

L'indépendance et la transparence sont assurées, dans les deux cas, par des moyens assez comparables. La Division antitrust a une tradition de décision indépendante échappant à l'influence ou aux conseils d'instances politiques supérieures. Elle est légalement obligée de publier les règlements amiables envisagés afin de permettre au public de formuler des commentaires. Elle ne peut pas non plus émettre d'injonctions de sa propre autorité mais elle doit faire valoir ses arguments à des juges fédéraux indépendants, en poste. L'indépendance de la FTC est assurée par le fait que ses membres sont nommés pour une période déterminée et qu'ils ne peuvent être écartés en cas de désaccord sur l'action menée. Le contrepois politique revêt, dans les deux cas, la forme de la nomination des hauts responsables (les commissaires et le directeur de la Division antitrust) par le Président, sous réserve de l'approbation du Sénat. Le Président désigne, en outre, celui des membres de la FTC qui en assurera la présidence. Pas plus de trois commissaires sur cinq peuvent appartenir au même parti politique. Les deux organismes se caractérisent par une solide tradition de professionnalisme et les décisions d'intervention ne semblent pas être liées à l'exercice d'une influence politique. Ils informent, l'un comme l'autre, le public de leur intention d'engager une action. Les décisions finales des tribunaux ou de la Commission sont presque toujours accompagnées de points de vue et d'explications détaillés. Cependant, ni la FTC ni la Division antitrust ne donnent généralement les raisons d'une décision de non-intervention sauf dans les cas qui suscitent un intérêt particulier. (Les décisions de non-intervention sont sans appel ; le seul recours possible pour le demandeur débouté et d'intenter lui-même une action). Certains ont craint que le processus de règlement amiable n'obscurcisse parfois le raisonnement des organismes de contrôle du fait que les explications données au public sont souvent formulées dans des termes conclusifs qui ne donnent guère d'indications sur la façon dont les doctrines évoluent.

Les relations qu'entretiennent les deux organismes de la concurrence avec les instances chargées de la réglementation et les centres de décision diffèrent quelque peu, ce qui n'a rien d'étonnant compte tenu de la différence qu'ils présentent au niveau de leur conception. Les dirigeants des autres instances et autorités chargées de la réglementation étant aussi nommés par le Président, ils devraient tous, en principe, être sensibles aux mêmes grands thèmes politiques. Du fait que la Division antitrust fait partie de l'exécutif, elle agit comme un ministère parmi d'autres et elle est donc davantage impliquée dans l'élaboration de la politique économique au sein de l'exécutif. En tant qu'organe indépendant, la FTC reste plus à l'écart des autres administrations. Les deux organismes de la concurrence ne font partie ni l'un, ni l'autre, du cercle des organismes indépendants qui ont été chargés des grands secteurs des infrastructures, tels que ceux des télécommunications, de l'énergie, et des transports. Dans le cadre, surtout, de leurs relations avec ces organismes, les interactions entre la politique de la concurrence et les autres politiques peuvent devenir formalistes. Les efforts qu'ils déploient pour promouvoir des approches favorables à la concurrence dans ces autres organismes ont eu tendance à être plus fructueux lorsqu'ils reposaient sur une tradition bien établie de contacts et de consultations entre membres de leurs personnels. Par exemple, la réforme des télécommunications a impliqué de longues années d'interaction entre les

personnels de la Division antitrust de la FCC et plusieurs déclarations des organismes de la concurrence sur les propositions de réglementation formulées par la FCC ont été mises au point conjointement pour soutenir l'orientation des efforts de la FCC.

### 3.2. *Mise en œuvre du droit de la concurrence*

Les deux organismes de la concurrence disposent de l'autorité nécessaire pour agir indépendamment, réunir les informations indispensables à la prise de décisions raisonnées et garantir l'application de celles-ci. Et bien que l'optique dans laquelle ils fonctionnent soit celle de l'application de la législation et que les politiques autres que celles de la concurrence ne soient pas formellement prises en compte dans la détermination des responsabilités, les deux organismes n'ont pas ignoré les contextes réglementaires. Ils ont essayé de faire en sorte que leurs programmes d'exécution de la loi soient compatibles avec les initiatives prises dans le domaine de la réforme de la réglementation. Bien qu'ils puissent encore améliorer leurs propres procédures réglementaires sur le plan notamment des délais et des coûts, ils s'efforcent dans l'ensemble d'atteindre des normes satisfaisantes.

Les deux organismes mettent en œuvre leurs programmes d'exécution indépendamment et ils peuvent prendre des initiatives sans avoir nécessairement à obtenir l'autorisation officielle d'autres parties de l'administration. Ils peuvent toutefois consulter officieusement d'autres services administratifs qui, de notoriété publique, s'intéressent à des sociétés ou des secteurs particuliers pour des raisons d'ordre réglementaire ou coercitif. Ils disposent, en outre, de pouvoirs étendus pour obtenir des documents et des dépositions. Bien que leurs processus d'exécution diffèrent légèrement, ils prévoient dans les deux cas des auditions de témoins contradictoires. La Division antitrust se présente, en tant que plaignante ou représentante d'un plaignant, devant la juridiction fédérale pour déposer une plainte ou formuler une accusation. Cela peut aboutir à un jugement prononcé par un juge ou un jury et à la formulation d'une opinion par le juge fédéral indépendant. La FTC formule, dans le cadre de son processus interne, une plainte qui peut donner lieu à une audition qui s'apparente à un procès mais se déroule devant un juge administratif qui est un employé de la Commission bénéficiant d'un mandat et d'un statut protégés. La décision et l'opinion de la Commission elle-même sont généralement sollicitées en appel de la décision initiale prise par le juge administratif. On espérait, au départ, que la procédure administrative prévue pour la FTC permettrait d'établir les faits et de les soumettre à l'analyse d'experts avec plus d'efficacité mais cet espoir a été déçu. Les procédures internes de la Commission ne se sont révélées ni plus rapides ni moins coûteuses que les actions portées devant les tribunaux fédéraux.

Certaines questions, telles notamment que les fusions et les poursuites au pénal, sont soumises à de strictes délais réglementaires. D'autres ne le sont toutefois pas et en l'absence d'une telle contrainte, les affaires peuvent traîner. Cependant, ce n'est pas nécessairement par faute d'attention que des affaires mettent longtemps à être réglées. Plus précisément, les cas faciles étant résolus rapidement, ceux qui traînent en longueur peuvent indiquer que l'organisme en cause s'attaque à des problèmes difficiles. Toutefois, les délais inutilement longs des litiges portant sur la concurrence retiennent l'attention depuis longtemps. En 1997, la FTC a adopté de nouvelles règles en vue de fixer de nouveaux délais plus courts pour les procédures administratives<sup>22</sup>. Une première décision doit être prise dans les douze mois suivant le dépôt de la plainte de la Commission, sauf cas exceptionnels. Dans certaines circonstances, la procédure « accélérée » peut obliger la Commission à prendre une décision finale (en cas d'appel de la décision initiale) dans un délai de treize mois après la formulation de sa plainte. L'expérience a été prometteuse jusqu'à présent puisque la Commission a respecté ce délai lorsqu'elle se l'est imposé.

La sanction adoptée, dans la plupart des affaires de caractère non pénal, revêt la forme d'une injonction ou d'une ordonnance de ne pas faire visant à empêcher de nouvelles violations. Elle s'accompagne aussi souvent de mesures destinées à assurer le respect de la décision. L'imposition

d'amendes n'est possible que dans les actions au pénal mais les règlements des actions civiles peuvent comporter des aspects pécuniaires et les pouvoirs publics peuvent engager des poursuites en dommages-intérêts. Un particulier reconnu coupable d'avoir violé la loi Sherman peut être condamné à une peine de prison de trois ans maximum et à une amende allant jusqu'à 350 000 dollars pour chaque infraction. Dans le cas des sociétés, les amendes infligées peuvent atteindre un montant de base de 10 millions de dollars pour chaque infraction, auquel peuvent s'ajouter des dommages-intérêts correspondant au double des gains tirés du comportement illégal ou de la perte subie par les victimes. Les violations plus récentes sont régies par les réglementations générales concernant les sentences qui ont tendance à allonger les peines d'emprisonnement possibles et à réduire le montant des amendes pour les particuliers reconnus coupables d'avoir violé la législation antitrust. Les nouvelles méthodes de calcul des amendes imposées aux sociétés condamnées se traduisent généralement par un alourdissement des pénalités.

La possibilité d'un examen de leur conformité à la constitution constitue le moyen de contrôle ultime des politiques et des procédures suivies par les organismes d'exécution. Toute décision de fond concluant à l'existence d'une responsabilité et émanant soit d'un juge ou d'un jury, soit de la FTC dans les affaires impliquant une décision, peut toujours faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel fédérale. Ces juges d'appel indépendants, qui connaissent aussi des appels interjetés au titre d'actions privées et de décisions concernant d'autres programmes réglementaires, peuvent veiller à la cohérence de l'interprétation et de l'application du droit de la concurrence et ils influent fortement sur les relations entre les principes de la concurrence et les autres programmes réglementaires. Le contrôle judiciaire a aussi tendance à favoriser la continuité de la politique. L'influence de plus en plus forte exercée par les juges ayant une optique économique a renforcé l'orientation économique de la politique antitrust au cours des vingt dernières années.

#### Encadré 3. Les pouvoirs de mise en œuvre

**L'autorité est-elle habilitée à agir de sa propre initiative ?** La FTC, comme la plupart des autorités des pays Membres (19), a le pouvoir d'émettre des interdictions de son propre chef ; la Division antitrust, cependant, ne le peut pas ; elle doit porter l'affaire devant les tribunaux. Il n'est pas nécessaire dans les deux cas d'agir sur plainte. Contrairement aux autorités de la moitié des pays Membres, aucune des autorités ne peut fixer directement les sanctions financières ; c'est aux tribunaux de rendre une décision.

**L'autorité fait-elle connaître publiquement ses décisions et les raisons qui les motivent ?** Comme pratiquement toutes les autorités des pays membres, la FTC publie ses décisions, et les tribunaux publient leurs avis sur de nombreuses affaires instruites par la Division antitrust. (dans des affaires pénales soumises à des jurés, les avis ne sont pas publiés).

**Les décisions de l'autorité peuvent-elles faire l'objet d'un examen au fond et d'une correction par un tribunal ?** Toutes les autorités des pays membres doivent défendre leurs actions devant les tribunaux si nécessaire.

**Les parties privées peuvent-elles également intenter une action en matière de concurrence ?** Certaines actions de ce type sont possibles dans presque tous les pays membres mais les dispositions de la loi américaine concernant la réparation due à des particuliers sont probablement les plus significatives, et c'est dans ce pays également qu'on y a le plus recours. Contrairement, cependant, à la plupart des pays membres, les autorités américaines n'expliquent pas vraiment les raisons pour lesquelles elles ne donnent pas suite dans un cas particulier, mais cela ne semble pas empêcher les plaignants de recourir aux tribunaux.

### 3.3. *Autres méthodes de mise en œuvre*

Les organismes de la concurrence ne sont pas les seules entités habilitées à faire respecter la législation nationale en matière de concurrence. La possibilité d'intenter des actions privées pour obtenir des dommages-intérêts d'un montant triple de celui du préjudice ou une injonction était inscrite dans le texte original de la loi Sherman et continue de jouer un rôle important. Les actions privées peuvent compléter la coercition exercée par l'administration mais les priorités et les motivations des parties plaignantes peuvent ne pas toujours correspondre à la position des organismes officiels sur la politique de la concurrence. Les actions antitrust privées revêtent souvent la forme d'une requête complémentaire dans un litige portant sur un marché du fait que la menace de dommages-intérêts triples peut constituer un instrument de négociation utile. Quelques affaires privées ont toutefois été importantes en elles-mêmes. La possibilité d'actions privées peut en outre se révéler utile pour contrebalancer les politiques gouvernementales. Si l'organisme officiel refuse de lancer une enquête à la suite d'une réclamation, le plaignant est légalement en droit de porter lui-même l'affaire devant la justice. Cela permet aux tribunaux d'être saisis d'affaires portant sur la fixation de prix différentiels et de types de restrictions verticales qui ne figurent pas au premier rang des priorités des programmes répressifs des organismes d'exécution. La possibilité de bénéficier de dommages-intérêts triples et du remboursement des honoraires des avoués a été incluse dans la législation pour encourager les actions privées en compensant le coût et les risques élevés qu'encourt un plaignant lorsqu'il intente une action contre une entreprise qui est souvent son fournisseur ou son principal concurrent. Mais du fait qu'aujourd'hui il est possible d'engager des actions collectives regroupant un grand nombre de plaintes portant sur de faibles montants et que le niveau des amendes imposées au pénal a considérablement augmenté, il convient peut-être de s'interroger sur le bien-fondé de l'attribution de dommages-intérêts exemplaires dans les affaires relevant de la législation antitrust.

Les actions privées en justice ont joué un rôle important dans la réforme de la réglementation, surtout dans le secteur des services professionnels. La législation antitrust a été appliquée pour la première fois aux professions libérales, dans le cadre de l'affaire *Goldfarb contre l'Ordre des avocats de l'État de Virginie* (*Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 US 773), qui a fait date en 1975. Dans cette affaire, la Cour suprême a estimé que le barème d'honoraires minimaux fixé pour les avocats par une association locale d'avocats du barreau et appliqué à l'aide de mesures disciplinaires par l'Ordre des avocats de l'État, constituait essentiellement une initiative privée anticoncurrentielle. Cette décision a ouvert la voie à un nombre considérable d'actions privées et publiques contestant les restrictions imposées aux pratiques commerciales des professions libérales.

En dehors des actions intentées sur des initiatives purement privées, deux sortes d'actions peuvent être engagées par des représentants officiels des États et des administrations locales. Ceux-ci peuvent, tout d'abord, jouer un rôle analogue à celui joué par un demandeur privé dans des actions intentées au titre du droit fédéral général de la concurrence. Les représentants officiels des États peuvent aussi faire appliquer les lois de leurs États respectifs sur la concurrence. Quarante-huit des 50 États américains disposent, en effet, d'actes législatifs antitrust d'application générale qui reflètent, généralement, la législation fédérale antitrust. En vertu de leurs dispositions statutaires ou de leur interprétation judiciaire, les États se réfèrent pour la plupart à la jurisprudence fédérale et s'alignent généralement sur elle lorsqu'ils élaborent leur législation antitrust. Toutefois, nombre d'entre eux se sont dotés de textes de loi spécifiques visant des secteurs particuliers, tels que ceux des assurances, des produits pétroliers, des produits laitiers, ou des pratiques spécifiques, telles que les ventes à perte, les soumissions concertées ou les différenciations de prix entre les régions de leur territoire. Les exemptions prévues par les lois antitrust des États sont nombreuses et varient considérablement d'un État à l'autre.

Les actions entreprises au niveau des États complètent les initiatives prises à l'échelon fédéral pour faire respecter la législation et elles constituent un contrepoids de plus aux politiques et priorités des organismes fédéraux. Les autorités de l'administration fédérale et celles des États n'ont pas toujours eu la même conception de la façon dont les lois fédérales devaient être appliquées. Les fonctionnaires locaux ont eu tendance à être plus agressifs pendant les années 80. Cet échelon supplémentaire dans le système répressif peut compliquer la planification des entreprises. Les autorités chargées de faire respecter la législation au niveau des États ont élaboré des principes directeurs communs, pour les fusions et les restrictions verticales, qui diffèrent considérablement de ceux des organismes fédéraux. Ces textes, qui s'apparentent à des règlements, ont été publiés selon des processus variables et il est difficile de déterminer dans quelle mesure ils sont contraignants. Le nombre de désaccords directs sur les mesures prises pour faire appliquer la législation a diminué du fait que les organismes de la concurrence et les instances d'exécution des États ont développé de meilleurs moyens de coopération pendant les années 90. Néanmoins, des responsables de l'application de la législation des États ont essayé de bloquer des fusions que le gouvernement fédéral ne contestait pas et intenté des actions contre des restrictions verticales auxquelles les organismes fédéraux d'exécution ne se seraient pas opposés.

### **3.4. *Problèmes de commerce international, politique de la concurrence et mise en œuvre***

Les entreprises étrangères ont autant le droit que les entreprises et les citoyens américains de déposer des plaintes auprès des organismes d'exécution et d'intenter des actions pour obtenir des dommages-intérêts d'un montant triple de celui du préjudice ou une autre compensation. Les gouvernements étrangers eux-mêmes peuvent aussi engager une procédure s'ils ont des raisons de se plaindre d'un préjudice couvert par la législation antitrust des États-Unis mais ils ne peuvent obtenir que des dommages-intérêts d'un montant équivalent à celui du préjudice. Les entreprises étrangères peuvent se plaindre aux deux organismes de la concurrence de l'ostracisme pratiqué par des entreprises américaines et elles ne manquent pas de le faire. Elles ont même parfois déposé des plaintes contre des actions d'autres instances du gouvernement fédéral, telles que des ordonnances de droits antidumping qui, selon elles, gênaient leur accès au marché américain. Les organismes de la concurrence ne peuvent engager des actions coercitives contre d'autres sections de l'administration mais lorsqu'ils ont pu craindre qu'une réduction inopportune de la concurrence ne nuise aux consommateurs américains, ils ont parfois essayé de faire valoir leur point de vue auprès d'autres organismes publics.

Dans l'ensemble, la teneur et l'application de la politique américaine de la concurrence ne varient pas en fonction de la nationalité des parties ni même de l'endroit où se manifeste le comportement répréhensible. Un comportement anticoncurrentiel affectant le commerce national ou international américain peut violer la législation antitrust des États-Unis quels que soient le lieu où il se manifeste ou la nationalité des parties concernées. Une série importante d'affaires récentes portant sur des ententes sur les prix ont abouti à l'imposition de lourdes amendes à des entreprises japonaises de papeterie. Des entreprises allemandes et brésiliennes ont payé une amende record pour n'avoir pas respecté l'obligation de notification préalable des fusions. Dans l'ensemble, le pourcentage des affaires traitées par les organismes d'exécution qui impliquent des entreprises ou des ressortissants étrangers a fortement augmenté au cours des dix dernières années<sup>23</sup>. Les méthodes utilisées pour définir les marchés et évaluer les chances de les pénétrer ne comprennent aucune conjecture sur les frontières ou les origines nationales mais considèrent plutôt ces aspects comme une donnée du problème parmi d'autres<sup>24</sup>. Le programme américain de notification préalable des fusions ne prévoit aucune procédure spéciale pour l'obtention ou la communication d'informations dans le cas des entreprises et des produits étrangers. Toutefois, certaines opérations internationales qui, bien qu'atteignant les seuils fixés par la législation, n'ont qu'un faible lien avec le commerce américain, sont dispensées de l'obligation de notification préalable<sup>25</sup>.

Des problèmes pratiques spécifiques peuvent se poser dans le cadre des interventions concernant des entreprises et des produits étrangers. Les organismes américains ont de plus en plus recours à la conclusion d'accords de coopération avec d'autres pays pour obtenir des éléments d'information. Ils en ont conclu quatre, avec l'Allemagne, l'Australie, le Canada, et la CE. En 1997, ils ont effectué plus de 70 notifications aux organismes chargés de la concurrence dans d'autres pays, au titre de la Recommandation de l'OCDE sur la coopération dans le domaine de l'action antitrust. Les accords avec le Canada et la CE ont adopté le principe de la « courtoisie positive », énoncé dans la recommandation de l'OCDE, en vertu duquel chaque partie est invitée à considérer l'impact d'un comportement anticoncurrentiel sur l'autre partie comme une raison supplémentaire de contester un comportement qui transgresse également la propre législation du pays concerné. Alors qu'à l'origine, l'accord conclu entre les États-Unis et le Canada était destiné à éviter des désaccords sur des dossiers sensibles, il met aujourd'hui l'accent sur la coopération dans le domaine de l'application de la législation. Ceux qui, dans les deux pays, sont chargés de faire respecter les textes de loi, ont mené plusieurs enquêtes communes sur des cas d'ententes sur les prix qui ont abouti à des condamnations des deux côtés de la frontière. La clause de la « courtoisie positive » figurant dans l'accord conclu avec la CE a récemment été invoquée dans une enquête concernant des systèmes informatisés de réservation. Au titre de la coordination prévue par cet accord, les organismes américains ont également déféré plusieurs autres affaires aux instances européennes compétentes. Il est difficile de formuler des généralisations sur le degré de concordance des diverses politiques nationales en matière d'application de la législation face à un même comportement ou à une même transaction. Dans certains cas bien connus, comme celui de Boeing-McDonnell Douglas, les instances européennes ont semblé adopter une attitude plus dure que les organismes américains. Dans d'autres cas, par contre, ces derniers ont insisté pour que des démantèlements soient effectués alors, que les organismes européens avaient approuvé les fusions concernées.

#### Encadré 4. Accords de coopération internationale

Huit pays Membres ont conclu un ou plusieurs accords formels en vue de coopérer sur des questions de concurrence : l'Australie, le Canada, la République Tchèque, la Hongrie, la Corée, la Nouvelle-Zélande, la Pologne, et les États-Unis. L'Union européenne, également.

### 3.5. *Ressources, actions, et priorités implicites des organismes de la concurrence*

Les États-Unis consacrent des ressources importantes à la politique de la concurrence à laquelle ils sont attachés. Les effectifs des deux organismes chargés de la concurrence ont augmenté d'environ 15 % au cours des cinq dernières années et ils atteignent aujourd'hui le niveau d'environ 1 300 personnes (auxquelles il convient d'ajouter les quelque 500 personnes qui, au sein de la FTC, se concentrent sur le volet « protection du consommateur » des activités de cet organisme). En outre, des centaines d'employés d'autres organismes officiels œuvrent à l'application d'autres lois et réglementations dont des aspects importants touchent à la politique de la concurrence et des centaines d'autres, au sein des administrations des États, s'efforcent de faire respecter la législation du gouvernement fédéral et des États relative à la concurrence. L'importance des moyens mis en œuvre témoigne d'un sérieux bien réel, et non pas simplement de façade, dans l'application de la législation. Les entreprises américaines peuvent s'attendre à ce que la législation en matière de concurrence leur soit appliquée et elles ont tendance à agir en conséquence.

Les deux organismes d'exécution font avant tout porter leurs efforts sur les restrictions et les fusions horizontales. La FTC a récemment commencé à s'intéresser davantage que par le passé aux questions verticales. La moitié de ses nouvelles actions ne concernant pas des fusions a porté sur des relations verticales en 1997. C'est à peu près deux fois plus qu'il y a cinq ans. Un fort pourcentage des

ressources est consacré aux enquêtes menées sur des fusions. Les organismes de la concurrence ont reçu environ 2 200 dossiers par an et le rythme s'est accéléré ces derniers temps. Plus de 3 700 dossiers ont, en effet, été déposés en 1997. Cette année-là, 15 % environ des opérations notifiées aux autorités ont fait l'objet d'un complément d'enquête bien que seulement 2 % environ d'entre elles aient fait l'objet d'une action coercitive.

Les deux organismes chargés de la concurrence ont été actifs dans des secteurs touchés par la réforme. En 1997, la Commission a engagé quatre procédures d'exécution contre des tentatives d'entente sur les prix ou d'opposition à la concurrence par d'autres moyens, dans le domaine des services professionnels, y compris ceux de santé fournis dans le cadre de programmes publics réglementés. Deux autres actions coercitives ont visé à protéger la concurrence dans le secteur du gaz naturel qui est maintenant déréglementé. Ces deux types de problèmes, réglementation «privée» de services professionnels et protection de la concurrence sur des marchés déréglementés tels que ceux de l'énergie et de la diffusion, ont retenu constamment l'attention. Il est cependant difficile d'estimer la part des ressources dont ils disposent pour faire appliquer la législation que les organismes de la concurrence ont consacré à des affaires dans lesquelles la réglementation avait un effet important sur la concurrence. Les deux organismes américains ont activement défendu les solutions allant dans le sens de la politique de la concurrence ; ces efforts sont décrits de façon plus détaillée ci-après dans la section 5. Les ressources consacrées aux efforts de sensibilisation ont notablement diminué pendant les années 90.

#### **4. LES ASPECTS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE QUI LIMITENT LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**

La réponse à la question de savoir si la politique de la concurrence peut constituer un cadre approprié pour une vaste réforme de la réglementation dépend en partie de l'étendue et du bien-fondé des exemptions, exclusions ou traitements spéciaux accordés à des secteurs ou des types d'entreprises ou d'initiatives particuliers. Dans le cadre du système juridique américain, la politique de la concurrence jouit d'une certaine préséance sur les politiques réglementaires mais toute une série d'exemptions et de clauses juridictionnelles particulières a été élaborée au cours des 100 dernières années et les relations actuelles entre la politique de la concurrence et la réglementation sont extrêmement complexes.

##### **4.1. Exemptions ou traitements spéciaux applicables à l'ensemble de l'économie**

###### ***Autorisation gouvernementale***

L'exercice de l'autorité par un autre organisme de contrôle n'exclut normalement pas l'application de la législation relative à la concurrence, sauf si une disposition statutaire précise cette exclusion. Le principe généralement appliqué par les tribunaux, au niveau fédéral, est que l'« abrogation implicite » de la loi sous l'effet d'un autre texte réglementaire n'est pas souhaitable et qu'elle ne se justifie que « dans les cas d'incompatibilité manifeste entre les dispositions antitrust et les clauses réglementaires »<sup>26</sup>. Cette attitude témoigne de la primauté du principe de la concurrence et elle signifie que si le Congrès souhaite soustraire un comportement à l'application de la législation relative à la concurrence ou lui appliquer des règles spéciales, il doit le dire clairement. Les tribunaux n'ont constaté des exclusions implicites que dans quelques cas, dont les principaux exemples sont la réglementation concernant les titres supervisée par la *Securities and Exchange Commission* (Commission des opérations de bourse)<sup>27</sup> et les tarifs communs des transporteurs déposés auprès des organismes de contrôle<sup>28</sup>. En cas d'incompatibilité entre les exigences de la réglementation et celles de la législation antitrust, les tribunaux

limitent généralement l'exemption au minimum nécessaire pour permettre l'application de la disposition réglementaire. Les problèmes d'incompatibilité sont quelquefois évités en les remettant à plus tard. Si la législation relative à la concurrence et un programme réglementaire sont applicables à une situation, les tribunaux peuvent accorder la « juridiction primaire » à l'autorité responsable de la réglementation pour que celle-ci règle en premier la question, le recours à l'application de la législation restant toujours possible si le problème de concurrence n'est pas résolu après l'intervention de l'instance de réglementation. Dans l'ensemble, les fonctionnaires fédéraux ne sont pas habilités à exclure, de leur propre chef, un comportement du champ d'application de la législation antitrust. De ce fait, au niveau fédéral, la question de la dispense ou de l'obligation du respect des dispositions réglementaires se pose essentiellement dans le cadre de la pléthore de dispositions spéciales (principalement) statutaires qui sont examinées ci-dessous<sup>29</sup>.

Les rapports entre les réglementations imposées par l'un des 50 États et la politique nationale de la concurrence sont différents et l'effet de cette différence peut être important. La « doctrine de l'acte d'État » permet à un comportement privé anticoncurrentiel de ne pas tomber sous le coup de la législation antitrust s'il résulte de la politique d'un État visant à supprimer la concurrence. Cet État ne peut pas tout bonnement annoncer qu'il autorise les comportements privés anticoncurrentiels. Il faut qu'il définisse clairement et qu'il expose avec fermeté sa politique réglementaire destinée à remplacer la concurrence et superviser activement sa mise en œuvre<sup>30</sup>. Il doit avoir examiné la question indépendamment et avoir exercé un contrôle suffisant pour établir que le comportement en question est bien le résultat d'une intervention délibérée de sa part et qu'il n'en vient pas à donner son consentement au comportement anticoncurrentiel de parties privées<sup>31</sup>. Il n'est toutefois pas nécessaire que la loi de l'État indique expressément qu'elle couvre le comportement anticoncurrentiel en question et que celui-ci ne tombe donc pas sous le coup de la législation fédérale en vertu de la doctrine de l'acte d'État. Cette doctrine protège aussi les initiatives prises par les États eux-mêmes et par les villes, les comtés et les autres subdivisions politiques auxquels ils ont délégué le pouvoir d'adopter des mesures réglementaires supprimant la concurrence. (Un corollaire de cette doctrine, adopté alors que la Cour suprême n'avait pas encore mis au point tous ses détails, est l'immunité statutaire dont bénéficie, dans les actions privées, en matière de dommages-intérêts, tout fonctionnaire de l'administration locale ou agent de celle-ci agissant à titre officiel pour un comportement répréhensible qu'il a eu lui-même ou qu'il a ordonné)<sup>32</sup>.

La doctrine de l'acte d'État illustre l'attachement des États-Unis au fédéralisme. Elle trouve son origine dans un arrêt rendu par la Cour suprême, à la fin de la crise de 1929, en vertu duquel un État a été autorisé à cautionner un cartel alors que celui-ci était accusé de nuire aux consommateurs aussi bien au niveau de l'État qu'à l'échelon fédéral<sup>33</sup>. Les décisions appliquant cette doctrine ont autorisé des réglementations anticoncurrentielles des États notamment dans le domaine des transports, des hôpitaux, des soins de santé et des autres services spécialisés, de la distribution au détail, des services d'utilité publique, et de la location résidentielle et commerciale. Les organismes fédéraux de la concurrence ont essayé de contenir cette doctrine en intentant des actions pour définir son contenu et ses limites mais celle-ci semble bien établie.

La doctrine de l'acte d'État risque d'édulcorer la politique nationale de la concurrence des États-Unis. Elle repose sur l'interprétation des textes de loi sur la concurrence par les tribunaux et des intentions du Congrès lorsqu'ils les a adoptés. L'exemption qui résulte de cette doctrine pourrait, en principe, être révisée ou même supprimée par le Congrès, comme il l'a, en fait, déjà fait dans des cas particuliers. C'est ainsi qu'il a mis un terme à la réglementation des transports routiers locaux par les États, possibilité qui avait été exclue par les tribunaux au titre de la doctrine de l'acte d'État. Il ne semble toutefois guère probable que celle-ci soit modifiée prochainement par les tribunaux ou le corps législatif. Elle prouve que si la politique américaine de la concurrence est privilégiée par rapport à la politique réglementaire nationale, elle n'en est pas moins considérée comme moins importante que d'autres valeurs politiques telles que le fédéralisme, en l'occurrence.

Une autre valeur privilégiée, la protection constitutionnelle du droit d'adresser une requête aux pouvoirs publics, a conduit à un autre type d'exemption générale des dispositions de la législation antitrust. Celle-ci, en effet, ne peut être invoquée à l'encontre d'efforts entrepris individuellement ou conjointement pour persuader un organisme public ou un représentant officiel d'intervenir, même si cette intervention se traduit par l'exclusion d'un concurrent ou la suppression de la concurrence. Comme celle qui résulte de la doctrine de l'acte d'État, cette exemption trouve son origine dans des décisions juridiques. Des décisions ultérieures ont affiné son principe. Par exemple, la protection ne s'applique pas à une requête qui n'est en fait présentée, non pas pour influencer les pouvoirs publics, mais pour intimider un concurrent. L'exemption de base (qualifiée de doctrine *Noerr-Pennington* en raison du nom des deux décisions qui l'ont instaurée<sup>34</sup>) est fréquemment invoquée dans les cadres réglementaires, du fait que l'action souhaitée de la part des pouvoirs publics est souvent l'imposition ou la révision d'une réglementation ou une initiative d'ordre réglementaire. L'exemption est supposée couvrir uniquement l'initiative conjointe prise pour influencer les pouvoirs publics et non pas d'autres accords anticoncurrentiels susceptibles d'être conclus en même temps ou dans les mêmes circonstances. Il peut toutefois s'avérer difficile de détecter et d'isoler des accords ou des arrangements parallèles conclus dans le cadre de requêtes communes ou de pressions exercées conjointement. Même en l'absence d'accord anticoncurrentiel parallèle, l'effet négatif sur la concurrence d'une requête ayant abouti nuit aux objectifs de la politique de la concurrence. Un domaine dans lequel ces deux problèmes se posent souvent est celui des procédures antidumping du fait que la mise au point d'une requête visant à ce que la concurrence étrangère soit découragée ou exclue peut fournir l'occasion d'obtenir également d'autres types d'accords.

### ***Entités gouvernementales***

Les entités gouvernementales, y compris celles qui participent à des activités commerciales, sont à l'abri de mesures d'application de la législation relative à la concurrence ou d'actions privées. En effet, les entités qui appartiennent au gouvernement fédéral ou qui sont gérées par lui ne peuvent faire l'objet d'aucune poursuite au titre de la législation antitrust. Celles qui appartiennent à des États ou à des administrations locales et qui sont gérées par eux peuvent échapper aux obligations de la législation antitrust grâce à la doctrine de l'acte d'État. Cette immunité peut être particulièrement importante pour les réseaux électriques, les hôpitaux, et les autorités portuaires publics qui relèvent tous de secteurs actuellement affectés par les réformes de la réglementation. Des concurrents privés se sont parfois plaints du fait que les entités liées aux pouvoirs publics sont injustement favorisées sur le plan de la concurrence au niveau notamment de l'accès aux moyens de financement.

### ***Petites et moyennes entreprises***

La législation fédérale antitrust est applicable aux petites et moyennes entreprises qui ne bénéficient, en outre, d'aucun seuil *de minimis* pour les comportements couverts par le critère de l'illégalité *per se*. Certes, une entreprise qui est trop petite pour affecter la concurrence ne risque guère de retenir l'attention des organismes chargés de faire respecter la législation à propos d'une conduite relevant de la règle de raison. La seule immunité légale prévue pour les petites entreprises ne constitue pas une exemption à proprement parler puisque le comportement qu'elle vise ne serait probablement pas considéré comme dérogeant à la législation. Certains accords étroitement définis (travaux de recherche-développement entrepris conjointement et ceux considérés par le Président comme contribuant à la défense nationale) conclus entre de petites « entreprises détenues et gérées de façon indépendante » qui ne sont pas « dominantes » dans leur « domaine d'activité » ne peuvent faire l'objet de poursuites au titre de la législation antitrust<sup>35</sup>. (Les organismes d'exécution n'ont pas connaissance de cas où cette protection a été invoquée). Les petites et moyennes entreprises ne bénéficient, par contre, d'aucune protection sur le

plan des responsabilités lorsqu'elles sont parties défenderesses<sup>36</sup>, mais certaines dispositions sont destinées à leur être favorables lorsqu'elles sont plaignantes. L'une des raisons invoquées pour justifier l'octroi de dommages-intérêts triples, majorés du montant des honoraires de l'avoué, et l'autorisation d'actions groupées en justice est que ces mesures permettent d'encourager les petites entreprises disposant de moins de ressources à engager des actions privées.

### **Recherche et production conjointes**

Une législation spéciale garantit que les co-entreprises dans le domaine de la recherche-développement et de la production (même entre concurrents horizontaux) ne seront pas jugées sur la base du critère rigoureux de l'illégalité *per se* mais sur celle de la règle de raison qui tient compte de plusieurs facteurs<sup>37</sup>. Cette mesure de protection, qui a tout d'abord été adoptée en 1984 et ne concernait alors que la recherche-développement, a été étendue en 1993 aux co-entreprises portant sur la production. Elle ne couvre toutefois ni les accords concernant la commercialisation et la distribution, ni les échanges d'information sur les coûts, les ventes, la rentabilité, ou les prix, ni les partages de marchés entre concurrents. Elle a été adoptée parce que les principes rigoureux de la législation de base relative à la concurrence semblaient inadaptés à ces activités et qu'ils risquaient de les décourager inutilement. De plus, pour garantir l'application de la règle de raison, la loi prévoit aussi de ramener les responsabilités potentielles dans les actions privées à des dommages-intérêts simples, si les parties communiquent leurs plans de co-entreprises aux organismes chargés d'appliquer la législation. L'effet dissuasif possible de la législation a peut-être été surestimé du fait que les dépôts de dossier sont rares et que l'on en compte environ 60 chaque année, en moyenne. L'impact de la législation peut être légèrement différent sur les entreprises étrangères parce que la limitation des dommages-intérêts possibles à un montant équivalant uniquement au montant du préjudice ne s'appliquent aux activités de production que si des centres de fabrication se trouvent aux États-Unis.

#### Encadré 5. **Champ de la politique de la concurrence**

**Existe-t-il une exemption au titre des obligations du droit général de la concurrence pour un comportement exigé ou autorisé par une autre entité publique ?** Comme dans la plupart des pays Membres de l'OCDE (15 sur les 27 qui ont répondu), on trouve aux États-Unis de telles exemptions. La structure fédérale a conduit à différents niveaux d'exemptions pour des actions réglementaires nationales ou pour des réglementations ou législations d'État.

**Le droit général de la concurrence s'applique-t-il aux entreprises publiques ?** Les États-Unis sont l'un des deux seuls pays Membres qui n'applique pas de législation générale de la concurrence aux activités commerciales des entreprises publiques (l'autre pays dans ce cas est le Portugal).

**Les petites et moyennes entreprises bénéficient-elles d'une exemption soit dans la loi elle-même soit dans la politique de mise en œuvre ?** Comme la majorité des pays Membres, la législation américaine ne comporte pas d'exemption spéciale fondée sur la taille de l'entreprise.

#### **4.2. Exclusions, exemptions et règles ou organismes d'exécution spéciaux prévus pour certains secteurs**

Si, aux États-Unis, les secteurs économiques échappant totalement à la politique et à la législation relative à la concurrence sont rares, ils sont nombreux à faire l'objet de règles ou de structures spéciales pour la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Nombre des différences juridiques et structurelles existantes n'ont pratiquement pas d'implications du fait que l'exception ou le traitement spécial prévu vise un comportement qui n'aurait de toute façon probablement pas été considéré comme transgressant la législation ou qui aurait pu être adopté pour se conformer aux exigences d'un programme

réglementaire gouvernemental. Ces exemptions ont pu avoir été jugées nécessaires pour éviter le risque qu'une action privée antitrust ne gêne la réalisation d'autres objectifs réglementaires. Elles semblent en outre avoir pu être adoptées, dans certains cas, lorsqu'elles modèrent la rigidité et la sévérité des critères de la législation en matière de concurrence et des sanctions imposées au titre de son application. La plupart des réglementations nationales, telles que celles impliquant des prix fixes, une limitation de la production, une réduction de qualité, un partage des marchés ou des obstacles à l'accès aux marchés ont été supprimées. Nombre des organismes sectoriels restants appliquent des politiques assez compatibles avec celles que les organismes de la concurrence mettent eux-mêmes en œuvre. Dans certains cas, toutefois, les différences de traitement maintenues ne peuvent nettement se justifier au titre de la défense d'intérêts généraux qui ne pourrait être assurée autrement. On examinera dans les paragraphes qui suivent les exemptions maintenues et les cas dans lesquels des discordances ont été constatées entre les façons dont l'organisme sectoriel et les organismes de la concurrence conçoivent la politique de la concurrence. Ces discordances ont parfois été observées dans le contexte de périodes transitoires, lorsque les anciens organismes de tutelle ont conservé leur autorité sur les questions concernant les fusions ou d'autres comportements et l'ont exercée sous des formes qui ont probablement plutôt accru que réduit les risques concurrentiels à long terme. L'expérience prouve qu'il est préférable, pour toute modification de normes réglementaires, de fixer des délais précis et impératifs, et de réduire au minimum la période de chevauchement entre l'ancien et le nouveau régime.

### ***Transport aérien***

La déréglementation du transport aérien doit être considérée comme un succès majeur de la réforme opérée au profit de la concurrence. Le cartel mis en œuvre avec l'appui des pouvoirs publics, qui contrôlait l'accès au marché, les services et les tarifs, a été démantelé à la fin des années 70 et l'organisme responsable, le *Civil Aeronautics Board* (Conseil de l'aéronautique civile) a été supprimé en 1985. Une certaine compétence en matière d'application de la politique de la concurrence a toutefois été laissée à l'autorité de réglementation sectorielle, le *Department of Transportation* (DOT, ministère des Transports) plutôt qu'accordée aux organismes de la concurrence.

Les fusions et les acquisitions entre compagnies aériennes nationales ont relevé de la compétence exclusive du DOT, plutôt que de celle des organismes antitrust, jusqu'en 1989. La décision du pouvoir législatif de continuer de confier cette responsabilité à une autorité sectorielle, malgré la déréglementation de l'accès au marché et des tarifs, tient probablement à des tractations politiques intervenues dans le cadre de la déréglementation. La rationalisation du processus de décision n'aurait pas pu constituer un facteur décisif puisque l'ancienne autorité réglementaire, qui connaissait bien les structures du secteur, était supprimée. Le DOT était autorisé à invoquer la poursuite d'autres objectifs de l'action publique pour justifier son approbation d'une opération anticoncurrentielle mais il ne l'a jamais fait ; il a par contre prétendu avoir fondé ses décisions en matière de fusion sur son interprétation et l'application de la politique de la concurrence. Il a approuvé pratiquement toutes les opérations portées à son attention. Il était évidemment convaincu que les marchés liant les aéroports de deux villes étaient très contestables et il a donc eu tendance à supposer que l'arrivée de nouveaux concurrents empêcherait l'exercice d'un pouvoir de marché. La Division antitrust a pris note de ses objections à certaines des opérations que le DOT a néanmoins approuvées. Des études économiques ont montré que lorsque ces combinaisons se traduisaient par l'élimination de concurrents et par une plus grande concentration dans plusieurs aéroports-pivots, les tarifs étaient sensiblement plus élevés parce que les passagers voyageant à partir et à destination de ces aéroports bénéficiaient d'un moins grand choix. L'autorité spéciale dont jouissait le DOT sur les fusions intérieures lui a été retirée en 1989 pour être confiée à la Division antitrust. Celle-ci a annoncé que son analyse ne s'occuperait pas du caractère contestable d'une opération mais qu'elle porterait principalement sur les positions sur le marché national. La Division antitrust est aussi intervenue contre d'autres types d'opérations qui menaçaient de limiter la concurrence, telles que les acquisitions de droits d'utiliser les portes des aéroports.

Bien que le traitement spécial réservé aux fusions ne se soit pas formellement traduit par une couverture insuffisante du secteur, la couverture assurée n'a, en fait, pas été totale. L'autorité chargée de limiter l'application de la politique de la concurrence n'a jamais eu l'occasion de le faire. Il est permis de douter que l'abrogation de fait de la loi sur les fusions dans ce secteur pendant une dizaine d'années ait été vraiment indispensable dans l'intérêt général. Au contraire, du fait que les modifications radicales apportées à la dynamique concurrentielle fondamentale du secteur ont favorisé l'arrivée de nouveaux concurrents, encouragé les réorganisations, provoqué des faillites, et suscité de nouveaux regroupements, on aurait dû s'interroger davantage sur les implications à long terme de ces restructurations. Du fait surtout que l'autorité de réglementation sectorielle avait uniquement l'expérience des conditions commerciales qu'elle avait elle-même imposées, il aurait été particulièrement utile que ses fonctions soient assumées par un organisme ayant une expérience et un point de vue plus larges.

La « concurrence déloyale » entre compagnies aériennes continue d'être du ressort du DOT, en vertu d'un texte de loi dont les modalités d'application sont calquées sur celles de la loi portant création de la FTC. Il a été envisagé de confier la responsabilité de l'application de ces dispositions relatives à la protection de la concurrence et du consommateur aux organismes polyvalents mais, là encore, il semble qu'un accord ait été conclu au sein du pouvoir législatif sur le maintien d'une autorité sectorielle. Le domaine de compétence du DOT en matière de « concurrence déloyale » empiète considérablement sur le champ d'application de la législation antitrust. C'est ainsi que le DOT a pu s'occuper des plaintes formulées contre la monopolisation exercée par le biais du contrôle des systèmes informatisés de réservation et les accusations de comportement prédateur. Dans ces deux cas, le DOT impose son autorité sur une question qui a également été activement examinée par la Division antitrust. Il a coopéré, pour ces affaires, avec les organismes de la concurrence en vue de mettre au point des moyens coercitifs permettant de renforcer la politique de la concurrence et d'étendre son champ d'application.

La décision prise, en 1998, par le DOT sur la question du comportement prédateur constitue une étude de cas intéressante. Le problème, tel qu'il est perçu, est imputé à la réaction stratégique ciblée des compagnies aériennes participant à un nœud de correspondances, face aux risques de pénétration de nouveaux concurrents. Le DOT a décrit la situation de la façon suivante :

*A la suite de la déréglementation, par le Congrès, du secteur du transport aérien en 1978, tous les grands transporteurs ont transformé leurs réseaux en « réseaux en étoile ». De grandes compagnies aériennes appliquent depuis longtemps des tarifs beaucoup plus élevés pour la plupart de leurs liaisons entre deux villes, c'est-à-dire sur le marché des centres locaux de transit, que dans d'autres liaisons « interurbaines » comparables tant sur le plan de la distance parcourue que de la densité du trafic. Au cours des dernières années, où des petits transporteurs nouveaux venus sur le marché ont introduit de nouveaux services à bas prix dans les centres locaux de transit des grands transporteurs, ces derniers ont de plus en plus souvent riposté en baissant leurs prix et en augmentant leurs capacités dans le but, non pas de maximaliser leurs bénéfices, mais de priver leurs nouveaux concurrents des passagers et des recettes indispensables. Une fois qu'un nouveau venu sur la place a cessé ses activités, le grand transporteur réduit généralement ses capacités sur le marché concerné ou il ramène ses tarifs au niveau antérieur quand il ne prend pas ces deux mesures à la fois. Le grand transporteur accepte donc de réduire ses bénéfices à court terme pour s'en assurer de plus gros à long terme. Cette stratégie peut aussi lui être profitable à l'avenir dans la mesure où elle dissuade d'autres transporteurs d'essayer de pénétrer sur le marché en pratiquant de faibles prix. Elle peut, par contre, nuire aux consommateurs à long terme en les privant des bienfaits de la concurrence<sup>38</sup>.*

Les règles proposées par le DOT pour remédier à ce comportement diffèrent sur deux points importants des règlements que les tribunaux ont imposés dans les affaires relevant du droit de la concurrence. Tout d'abord, il ne serait pas nécessaire de prouver que la compagnie incriminée a pratiqué un prix inférieur à ses coûts variables (ou à un autre indicateur de coûts). La réalité du comportement prédateur serait établie sur la base à la fois des baisses de prix et des accroissements de capacité se traduisant par la réalisation, par la compagnie en cause, de bénéfices moins importants que ceux qu'elle aurait réalisés si elle avait tenu compte de l'impact de l'arrivée du nouveau concurrent sur ses activités. Il ne serait pas non plus expressément demandé de prouver la probabilité d'une récupération des pertes après l'éviction du nouveau venu. Le DOT estime toutefois que le comportement visé n'est rationnel sur le plan économique que si, une fois l'intrus écarté, le grand transporteur peut récupérer facilement les recettes qu'il a sacrifiées. Le DOT a consulté les organismes de la concurrence lorsqu'il a élaboré cette règle mais il maintient que celle-ci, qui relève de ses responsabilités dans le domaine de la « concurrence déloyale », ne doit pas être considérée comme une règle antitrust.

La règle proposée montre comment un système réglementaire sectoriel pourrait être utilisé comme banc d'essai pour la politique de la concurrence. La notion de « coût d'opportunité », qui est au cœur de la règle suggérée par le DOT, a été approuvée par deux économistes qui ont occupé des postes de haut niveau à la Division antitrust. Il pourrait toutefois s'avérer difficile de l'utiliser dans le cadre des procédures judiciaires. Afin de ne pas risquer de décourager une saine concurrence par les prix, les règles normalement appliquées aux prix d'éviction, au titre de la législation antitrust des États-Unis, imposent l'utilisation d'un critère rigoureux fondé sur les coûts et exigent que la probabilité d'une récupération des pertes soit démontrée, afin d'éviter l'obtention de résultats « faussement positifs ». Il reste à voir si une autorité de réglementation sectorielle, connaissant bien les méthodes stratégiques de son secteur, pourrait être en mesure d'appliquer le critère, plus sensible mais plus difficile, reposant sur les coûts d'opportunité, sans décourager davantage la concurrence qu'il ne la protège. Si l'expérience est concluante, elle pourra être étendue à d'autres domaines et peut-être servir de base à une modification des règles appliquées généralement au titre de la législation relative à la concurrence.

Toutefois, il n'aurait peut-être pas été nécessaire de définir une règle spéciale pour s'opposer à ce comportement dans le secteur du transport aérien si celui-ci n'avait pas été autorisé à transformer les nœuds de correspondance en « forteresses » après la déréglementation. Si aucune compagnie aérienne n'avait été en mesure de dominer un centre de transit important, les comportements prédateurs auraient été moins probables du fait qu'une stratégie d'éviction est plus difficile à mettre en œuvre lorsqu'elle doit être coordonnée avec d'autres entreprises.

Les accords concernant les transports aériens étrangers entrent aussi dans le domaine de compétence du DOT, ils sont également soumis à un critère fondamental reposant sur la concurrence et échappent aux dispositions de la législation antitrust s'ils sont approuvés par le DOT<sup>39</sup>. Ce dernier a exercé le pouvoir qui lui a été consenti dans ce domaine, conjointement avec des efforts diplomatiques bilatéraux, pour autoriser des accords de coopération avec des compagnies aériennes étrangères. Certains de ces accords, comme celui conclu entre KLM et Northwest, semblent avoir nettement ouvert les marchés à une nouvelle concurrence. La Division antitrust a toutefois objecté à d'autres autorisations en estimant que l'octroi d'une immunité ne se justifie pas pour un comportement qui ne transgresse pas la loi et qu'il doit être exclu pour un comportement qui la viole. Le DOT et la Division antitrust peuvent s'occuper d'aspects différents d'une même relation. Le DOT peut être chargé d'approuver les aspects internationaux de la coopération entre les compagnies aériennes alors que la Division antitrust s'intéresse à ses conséquences au niveau national. Un exemple de cette double approche nous est fourni par l'examen simultané, par les deux instances, de l'accord de coopération envisagée entre American Airlines et British Airways. Pour assurer, dans un tel cas, une mise en œuvre cohérente de la politique de la concurrence, il est indispensable que l'autorité de réglementation sectorielle et l'organisme de la concurrence trouvent un juste équilibre entre les besoins de la concurrence et les exigences des autres politiques.

Ce sont des domaines particuliers dans lesquels le système de réglementation du transport aérien n'a pas coïncidé avec les principes généralement applicables de la politique de la concurrence. Ils ne sont pas nécessairement exclus du champ d'application de la législation relative à la concurrence. De fait, la Division antitrust examine certaines des questions auxquelles le DOT s'intéresse et elle considérera de nouvelles évolutions comme le code commun proposé et d'autres alliances entre transporteurs américains. Le problème n'est donc pas tant celui de l'exemption ou de l'exclusion du champ d'application des lois sur la concurrence que celui des risques de désaccords sur le contenu et l'application de critères fondamentalement analogues, sinon identiques.

### *Transport ferroviaire*

Le système du transport de marchandises par chemin de fer a été fortement déréglementé depuis 1980 mais différemment du secteur aérien. L'ancien organisme de contrôle, l'*Interstate Commerce Commission* (Commission pour le commerce inter-États) a été supprimé mais nombre de ses fonctions ont été transférées à une nouvelle instance, le *Surface Transportation Board* (STB, Conseil du transport terrestre). La déréglementation consiste essentiellement à étendre les pouvoirs du STB pour lui permettre d'autoriser des exemptions des obligations réglementaires. Les principales mesures prises au titre de la déréglementation ont consisté à supprimer la plupart des restrictions portant sur les tarifs et les services et à limiter les discussions et les accords possibles sur les tarifs entre compagnies de chemin de fer sans toutefois les interdire totalement, à condition qu'ils soient approuvés par le STB<sup>40</sup>. Le STB reste cependant chargé des fusions qui n'encourent pas de sanctions au titre de la législation antitrust si elles sont autorisées par le STB<sup>41</sup>. Celui-ci peut, en outre, connaître des plaintes formulées contre le pouvoir de marché exercé par des compagnies de chemin de fer sur des affréteurs « captifs » et remédier à la situation. Dans ces différents domaines, le pouvoir accordé au STB évince les organismes de la concurrence et, dans le dernier cas, il peut lui faire jouer le rôle d'une autorité traditionnelle de réglementation des tarifs même s'il n'est exercé que dans des circonstances qui, dans d'autres systèmes juridiques, seraient qualifiées d'« abus de position dominante »<sup>42</sup>.

La décision de créer le STB plutôt que de supprimer complètement la réglementation du secteur du transport terrestre a été prise par le pouvoir législatif et elle résulte probablement à nouveau de tractations et de la supposition qu'elle serait vraisemblablement mieux accueillie qu'une décision d'appliquer la législation générale relative à la concurrence. Comme dans le cas des compagnies aériennes, l'exercice par le STB de son pouvoir en matière de fusions a été problématique. En 1996, celui-ci a approuvé la plus grande fusion de l'histoire du rail des États-Unis : celle intervenue entre Union Pacific et Southern Pacific, deux des trois plus grandes compagnies que comptait seulement l'Ouest des États-Unis. La Division antitrust est officiellement intervenue dans les débats du STB et elle a fait valoir que cette fusion réduirait notablement la concurrence sur de nombreux marchés où le nombre de sociétés concurrentes tomberait de deux à une ou de trois à deux. Les parties ont proposé un accord visant à ouvrir à la concurrence les droits sur les voies ferrées mais la Division antitrust a estimé que cette solution serait inappropriée du fait qu'elle s'appliquerait souvent dans le contexte d'un duopole non concurrentiel. La Division antitrust a finalement invité la STB à rejeter totalement la fusion parce que le profond démantèlement auquel il aurait fallu procéder pour l'organiser lui aurait fait perdre tout intérêt. En août 1996, toutefois, la STB a approuvé la fusion avec une seule minime condition supplémentaire. Au bout de moins d'un an, de graves problèmes persistants se sont manifestés au niveau de l'exploitation et des capacités, souvent là où la Division antitrust avait anticipé l'apparition de difficultés si les affréteurs ne pouvaient plus avoir accès à des systèmes parallèles à des fins concurrentielles. L'effondrement des services ferroviaires a persisté et il est devenu un important sujet de controverse, des groupements d'affréteurs demandant des mesures réglementaires. Si le STB a approuvé la fusion, c'est évidemment entre autres parce qu'il était convaincu que sa seule intervention permettrait de résoudre les problèmes

éventuels de pouvoir de marché. Ses initiatives jusqu'à présent semblent reposer sur l'espoir que le problème va se résoudre de lui-même. Il a invité les compagnies de chemin de fer et les affréteurs à engager des discussions sur les problèmes de service en vue d'examiner les modalités possibles d'un partage des voies ferrées et des installations et de nommer des experts chargés de recommander les façons d'identifier les problèmes de pouvoir de marché auxquels il devrait remédier. En d'autres termes, le STB ne semble pas capable de résoudre les problèmes qu'il a contribué à créer en approuvant une fusion qui s'est traduite par la création d'une importante puissance de marché.

Dans ce cas également, il n'y a pas tant nécessairement une faille dans le champ couvert par la législation ou la politique relative à la concurrence qu'une différence notable dans la façon dont l'organisme de réglementation sectoriel la conçoit et l'applique. La première ligne d'action expressément énoncée dans le document régissant la réglementation du rail est la suivante : « permettre, dans la plus large mesure possible, à la concurrence et à la demande de services d'établir des tarifs raisonnables pour le transport par chemin de fer »<sup>43</sup>. D'autres aspects des politiques statutaires énoncées sont aussi compatibles avec la politique de la concurrence généralement applicable. Même si la création, à partir d'une fusion, d'une société reposant sur une plus large base d'actifs aurait pu être compatible avec une autre politique réglementaire visant à « favoriser de saines conditions économiques dans les transports », il est difficile d'établir avec certitude que cet objectif était si impératif qu'il justifiait de créer une puissance de marché ou qu'une autre solution moins défavorable à la concurrence n'était pas envisageable. Comme dans le cas des compagnies aériennes, il semble que l'organisme de réglementation sectoriel qui n'était pas assez familiarisé avec la dynamique de marchés déréglementés, n'ait pas suffisamment perçu les problèmes que ce regroupement risquait de provoquer ni l'ampleur des difficultés qu'impliquerait leur solution, une fois la fusion réalisée.

### ***Transport maritime et opérateurs de terminaux***

Les cartels dans le domaine du transport maritime font l'objet d'un dispositif réglementaire spécial depuis 1916. Les relations entre ce dispositif et la législation antitrust constituaient depuis longtemps un sujet de polémique, la principale source de friction découlant du souci des partenaires commerciaux étrangers de protéger leurs entreprises nationales contre les dispositions de la législation antitrust des États-Unis. En 1984, le Congrès a apporté plusieurs modifications au *Shipping Act* (loi sur les transports maritimes) et il a notamment rendu plus explicite l'exemption de la législation antitrust. La loi a été révisée à nouveau en 1998 pour réduire l'impact de certains de ses éléments anticoncurrentiels. Une instance spéciale, la *Federal Maritime Commission* (FMC, Commission maritime fédérale) réglemente les transporteurs communs dans ce secteur. Le dispositif réglementaire prévu ne correspond ni à une totale réglementation économique des tarifs et de l'accès au marché, ni à une supervision et à une mise en œuvre du cartel par les pouvoirs publics, ni à une concurrence ouverte mais à une combinaison de ces diverses possibilités qui reflète probablement l'ensemble des raisons contradictoires de la surveillance. D'un côté, la législation américaine doit tenir compte du fait que les transports maritimes réguliers internationaux sont depuis longtemps dominés par des cartels qui ont bénéficié d'une certaine protection juridique ailleurs et, de l'autre, la tradition antitrust des États-Unis a du mal à s'accommoder de cette entente généralisée sur les prix. Il en résulte un dispositif réglementaire qui permet, dans une large mesure, une cartellisation qui serait considérée comme illégale *per se*, et même délictueuse, si elle intervenait dans d'autres secteurs. Les accords conclus, dans le cadre des conférences, pour fixer les tarifs, partager les marchés, mettre en commun les recettes, limiter la production, et s'opposer à la concurrence par tout autre moyen, ainsi que les comportements qu'ils impliquent, échappent aux dispositions de la législation antitrust s'ils sont portés à la connaissance de la FMC. Toutefois, aux États-Unis au moins, les conférences du secteur doivent être ouvertes et ne pas exercer de discrimination entre les chargeurs ou les ports. Elles doivent, en outre, autoriser leurs participants à agir indépendamment, c'est-à-dire, en fait, à ne

pas respecter l'accord de cartel jusqu'en 1998. Les tarifs devaient être communiqués à la FMC, quoique celle-ci ne réglemente pas leurs niveaux. La surveillance qu'elle exerce se limite à examiner les plaintes portant sur l'exercice d'une discrimination ou le non respect des tarifs déclarés. La FMC peut faire appel à la justice pour obtenir une injonction visant à empêcher l'application d'un accord qui selon elle risque, en réduisant la concurrence, de provoquer une diminution excessive des services de transport ou une hausse inconsidérée de leurs coûts. Elle n'a, en fait, jamais eu à obtenir d'injonction de ce type. Les rares fois où elle a soulevé des objections à l'égard des effets d'un accord sur la concurrence, la question a été réglée à l'amiable. La législation générale relative à la concurrence est néanmoins applicable à quelques cas, tels qu'un comportement anticoncurrentiel non couvert par un accord déclaré et les fusions et les acquisitions intervenant dans le secteur.

La dimension internationale du transport par mer est l'une des raisons pour lesquelles ce secteur a fait l'objet, à l'origine, d'une réglementation spéciale. Il semblait en effet injuste et difficile d'appliquer les règles américaines de la concurrence à des entreprises nationales essayant de livrer concurrence à des entreprises étrangères qui étaient de connivence, ou d'essayer d'appliquer la législation américaine à des entreprises étrangères qui n'avaient que des liens minimes avec les États-Unis. Les autres raisons qui sont parfois avancées sont assez peu convaincantes. La première est que la structure de coût et la nature fongible de ses actifs rendent difficile de lui appliquer le droit général de la concurrence. Or, le secteur des transports maritimes réguliers partage avec celui du transport aérien la particularité d'avoir d'importants coûts fixes par rapport aux coûts variables et de compter des éléments d'actif très mobiles. L'expérience de la déréglementation des lignes aériennes montre, en outre, que la concurrence ouverte n'a pas provoqué une « concurrence destructrice » réduisant la production et entraînant une mauvaise utilisation des actifs. La deuxième raison avancée est que le secteur du transport par mer serait très compétitif malgré les restrictions imposées à la concurrence. Les performances du secteur suggèrent, pourtant, que le système actuel des conférences réduit la concurrence. Les cartels ne sont certes pas totalement efficaces mais l'analyse montre que les tarifs sont inférieurs là où les règles réduisant la concurrence, fixées par les conférences, sont moins rigides<sup>44</sup>.

La FMC n'a pris que quelques mesures provisoires au titre de sa mission de protection de la concurrence. Elle semble avoir pour pratique d'accepter des compromis prévoyant une réduction temporaire des tarifs plutôt que d'exiger des modifications structurelles fondamentales. Il est clair qu'en instaurant ce système, le Congrès souhaitait empêcher l'application des principes et des solutions habituels de la politique de la concurrence. Il n'est donc pas surprenant que l'autorité de contrôle sectorielle ait recours à la réglementation pour résoudre les problèmes qui se posent sur le plan de la concurrence. Cela laisse, toutefois, sans justification, une vaste zone hors du champ d'application d'une politique cohérente de la concurrence.

Le Congrès a récemment révisé substantiellement le système. La suppression de l'obligation de communiquer les tarifs à la FMC a mis un terme aux dernières responsabilités que celle-ci assume dans la mise en œuvre du cartel. Les possibilités d'action indépendante ont été accrues pour permettre la conclusion de contrats de services séparés. De plus, le Congrès a essayé d'obtenir des agences sectorielles qu'elles appliquent les règles de concurrence de manière plus stricte, manifestant sa préoccupation à l'égard de l'évolution de l'industrie vers plus de concentration et moins de concurrence depuis la loi de 1984. Toutefois, la nouvelle législation s'est gardée d'assigner une responsabilité d'application de la concurrence aux autorités de concurrence elles-mêmes. En revanche, elle tend à consolider la fonction de mise en œuvre de la FMC ainsi que celle du STB.

La longue histoire du traitement spécial dont ce secteur a bénéficié ne justifie guère de le maintenir en dehors du champ d'application de la législation générale antitrust. Le jugement le moins défavorable que l'on puisse porter sur la situation de ce secteur du point de vue de la politique de la

concurrence consiste à dire qu'elle pourrait être pire. Les autres pays étant en train de se demander jusqu'à quel point ils doivent tolérer les cartels dans ce secteur, il est possible que les difficultés d'une application transnationale de la législation et les craintes de frictions diplomatiques constituent aujourd'hui des obstacles moins importants. En l'absence d'exemption de la législation de la concurrence, les conflits portant sur l'étendue des possibilités d'application de la politique de la concurrence à ce secteur pourraient être résolus, comme ils le sont de plus en plus dans d'autres secteurs, par le biais de consultations entre les autorités nationales responsables de la concurrence pour assurer une solution cohérente.

### ***Transport routier : marchandises***

La réglementation économique du camionnage a pratiquement été totalement supprimée depuis qu'en 1995 le Congrès a rendu inutiles les dernières réglementations économiques des États<sup>45</sup>. Il a toutefois maintenu des îlots d'exemption de la législation antitrust au niveau national. Les bureaux de tarification continuent de ne pas être soumis aux dispositions de la législation antitrust pour les accords portant sur les sujets suivants : classification des marchandises, documents administratifs, conditionnement, systèmes tarifaires, guides kilométriques, transit direct et taux groupés, règles et divisions, activités ne concernant pas les prix, et accords de mise en commun entre transporteurs<sup>46</sup>. L'exemption de la législation antitrust ne s'étend toutefois plus aux accords sur les taux de liaisons spécifiques, à une exception notable près : les transporteurs routiers de mobilier domestique peuvent se mettre d'accord sur les tarifs pratiqués, sous réserve des dispositions réglementaires prévues par le STB, et cet accord ne tombe pas sous le coup de la législation antitrust<sup>47</sup>. La raison pour laquelle cette exemption a été maintenue n'est pas claire. Certains ont craint que la suppression de la Commission du commerce inter-États ne rende difficile l'application des règles de protection du consommateur dans ce secteur mais il n'est pas nécessaire d'autoriser les déménageurs à convenir de ne pas se livrer concurrence pour protéger le consommateur. On ne connaît pas l'impact net de cette exemption sur les conditions de la concurrence. De nombreuses grandes entreprises de déménagement, qui traitent souvent avec des sociétés, ont probablement dû consentir des prix et des services compétitifs pour conserver cette clientèle mais il est possible que, du fait de la collusion existant au sein du secteur, les particuliers qui ne disposent pas des informations, ou du pouvoir de négociation dont bénéficient les gros clients, reçoivent un service de moindre qualité ou acquittent un prix trop élevé. En l'absence de toute justification plausible, cette dernière exemption importante en faveur du camionnage devrait être supprimée. Les autres exemptions et immunités dont bénéficient les accords sur les taux communs et forfaitaires devraient probablement être supprimées également du fait qu'elles semblent inutiles dans le contexte compétitif actuel du secteur. Il est peu probable que des collaborations verticales efficaces seraient jugées illégales aujourd'hui dans le cadre de l'application normale des principes antitrust.

### ***Transport routier : voyageurs***

En 1982, la FTC a plaidé énergiquement pour une déréglementation complète des services de transport interurbain en autocar, y compris une préemption des réglementations éventuelles des États freinant la concurrence. Elle avait alors constaté que les deux plus faibles entreprises du secteur étaient les deux grandes compagnies nationales et elle avait attribué cette faiblesse à un manque de concurrence entre elles. Les réformes opérées par la suite ont ouvert le secteur à la concurrence mais en maintenant certaines réglementations économiques. Le STB est habilité à examiner et à approuver les opérations et, donc, à ne pas soumettre aux dispositions de la législation antitrust les fusions, les transferts de contrôle, les accords de mise en commun, et certaines autres opérations impliquant les compagnies de transport interurbain en autocar<sup>48</sup>. Les tarifs appliqués aux voyageurs doivent être communiqués au STB qui est habilité à

connaître des plaintes formulées sur leur niveau. Le STB est aussi habilité à approuver ou à refuser les demandes d'entrée dans le secteur mais la norme juridique d'« aptitude » ne tient pas compte des effets sur la concurrence ou sur le marché et les demandes d'accès sont, de ce fait, rarement rejetées. L'accès au secteur est donc pratiquement libre. Les nombreuses nouvelles compagnies d'autocars sont toutefois presque toutes des sociétés d'exploitation de cars affrétés et les deux grandes compagnies nationales assurant des liaisons régulières ont été autorisées à s'unir, la plus petite des deux étant manifestement en déclin. Il convient de s'interroger sur la nécessité et l'effet de la surveillance réglementaire qui a été maintenue. La baisse des tarifs aériens a privé les compagnies d'autocars de nombre de leurs clients traditionnels. Il est possible que les prix des autres moyens de transport soient si bas qu'il reste trop peu de clients pour les liaisons interurbaines en autocar pour justifier l'existence de plus d'un système. Cependant, les personnes qui continuent d'utiliser le réseau d'autocars dépendent probablement beaucoup de lui parce que ce sont celles qui sont trop pauvres, trop jeunes ou trop âgées pour conduire ou pour prendre l'avion. L'existence d'une réglementation se justifie peut-être pour protéger ces consommateurs que l'on peut considérer comme particulièrement vulnérables mais si certains aspects de la structure réglementaire existante renforcent inutilement le monopole de fait, la possibilité de recourir à d'autres solutions plus favorables à la concurrence devrait être explorée.

## *Énergie*

La réglementation spéciale appliquée aux secteurs du gaz naturel et de l'électricité au niveau fédéral a progressivement été modifiée dans le sens d'une plus grande cohérence avec la politique de la concurrence généralement applicable. Ce contraste avec l'évolution plus incertaine de la réglementation dans le secteur des transports tient à plusieurs facteurs. La structure réglementaire ne s'est pas totalement substituée au droit de la concurrence mais elle a coexisté avec lui. Les tribunaux ont invité les responsables de la réglementation à tenir compte de la politique de la concurrence dans leur interprétation et leur application de critères d'évaluation plus larges de l'« intérêt général » et leurs instructions ont été respectées. Le Congrès a nettement soutenu l'évolution en faveur de la déréglementation en prenant, à la fin des années 70, des mesures qui ont commencé à lever le contrôle des prix pour le gaz et à introduire la concurrence dans le domaine de la production d'électricité. Les organismes de la concurrence ont, en outre, encouragé ces initiatives à chacune de leurs étapes en offrant des conseils et une assistance aussi bien de façon formelle qu'informelle.

L'autorité chargée de la réglementation du secteur, la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC, Commission fédérale de réglementation de l'énergie) partage la responsabilité de la surveillance des fusions avec les organismes antitrust. Dans le cas du gaz naturel, la FERC est habilitée à approuver les acquisitions d'actifs physiques tandis que les organismes antitrust sont compétents pour les opérations impliquant des fusions ou l'acquisition de titres. Dans le cas de l'électricité, la FERC est responsable des regroupements impliquant des entreprises soumises à son pouvoir réglementaire auxquels elle doit appliquer le critère de l'« intérêt général » mais elle partage cette responsabilité avec les organismes de la concurrence pour l'application de la loi Clayton. Elle a imposé aux fusions qu'elle a approuvées des conditions qui ont eu pour effet d'étendre ses efforts en faveur de la concurrence dans des domaines dans lesquels elle n'est probablement pas habilitée à ordonner directement des changements. Son pouvoir de réglementation porte essentiellement sur les questions de tarification et d'accès pour l'exploitation des réseaux de transport du gaz naturel et de l'électricité. Dans ce cas également, il y a chevauchement du domaine de compétence de la FERC et du champ d'application de la législation relative à la concurrence. La loi Sherman a été appliquée pour la première fois au problème de l'accès au transport de l'électricité dans le cadre d'une action engagée par les pouvoirs publics contre une monopolisation<sup>49</sup>, et le secteur privé a par la suite engagé d'autres actions antitrust concernant ce problème. La FERC jouit aussi d'une certaine compétence en matière de fixation des prix de gros de l'électricité (les prix de détail et les

services offerts à la petite clientèle étant réglementés par les États) mais elle intervient moins dans ce domaine aujourd'hui du fait que ses décisions ont abouti à une fixation de fait des prix par le marché dans une grande partie du secteur. L'action réglementaire de la FERC ne confère généralement pas une protection absolue contre l'application de la législation antitrust, ce qui explique peut-être pourquoi les politiques et les décisions de la FERC ont convergé sur le champ d'application du droit de la concurrence. Cette convergence est de plus en plus nette. Dans les nouvelles règles concernant les fusions qu'elle a récemment modifiées, la FERC a repris la méthodologie des principes directeurs relatifs aux fusions des organismes de la concurrence. Ses règles sur les conditions dans lesquelles les prix des gazoducs doivent être fixés par le marché plutôt que par la réglementation s'inspirent aussi de l'analyse utilisée dans ces principes directeurs. Les décisions qu'elle a prises au sujet de la réglementation des oléoducs font également appel à des principes assez proches de ceux reposant sur la législation antitrust. Dans ce cas, la réglementation revêt généralement la forme d'une décision de ne pas intervenir pour permettre aux forces du marché de s'exercer librement tant que le marché n'est pas trop concentré.

L'ensemble de règles spéciales s'appliquant au secteur de l'énergie a plusieurs origines. La législation réglementaire initiale n'a pas créé un domaine réglementaire distinct, échappant à l'application de la législation antitrust mais elle affirmait plutôt que la concurrence faisait partie intégrante de la réglementation. Dans leurs décisions, les tribunaux ont exhorté les responsables de la réglementation à interpréter la notion d'« intérêt général » de façon aussi compatible que possible avec les principes généraux de la législation antitrust. En lançant la déréglementation des prix à la tête de puits et de ceux de l'électricité, la législation ultérieure a témoigné du maintien d'une attitude favorable à l'égard des initiatives en faveur de la concurrence. Les responsables de la réglementation ont généralement œuvré dans ce sens dans leurs décisions concernant les prix, l'accès aux marchés, la séparation structurelle du monopole et des parties concurrentielles des entreprises, et les rapports avec le pouvoir réglementaire des États sur les services locaux. De leur côté, les organismes de la concurrence ont eux-mêmes encouragé et conseillé l'autorité responsable de la réglementation tout en soutenant les mesures en faveur de la déréglementation par la mise en œuvre de la législation concernant les fusions. L'application, par la FERC, de l'analyse des fusions utilisée par les organismes de la concurrence à son propre critère d'« intérêt général » constitue peut-être un compromis fructueux entre la réglementation sectorielle et le droit général de la concurrence. Par contre, la réforme du secteur aurait peut-être pu être réalisée plus rapidement si elle n'avait dépendu que d'une seule autorité. La FERC a fait preuve d'hésitation, jusqu'à présent, dans son application des principes directeurs relatifs aux fusions, en raison évidemment du problème juridictionnel complexe auquel elle est confrontée. Du fait que son pouvoir réglementaire ne s'étend pas aux opérations au niveau du détail, il est difficile d'établir si elle est habilitée à intervenir dans le cas d'une fusion dont les principaux effets sur la concurrence se manifestent à ce niveau. Elle s'est alignée, dans ce domaine, sur la position des autorités responsables de la réglementation dans les États, or il est probable que celles-ci ont plutôt recours, dans ce cas, à un contrôle direct sur les prix et les services qu'à des solutions structurelles fondées sur la concurrence. Il serait plus simple que la législation générale en matière de fusion soit appliquée sur la base de normes et d'une analyse identiques.

Deux exemptions mineures sont prévues afin d'éviter que le risque de poursuites judiciaires au titre de la législation antitrust n'empêche le secteur de l'énergie de participer à certains efforts en matière de sécurité. Les accords internationaux d'auto-limitation et les plans d'action du secteur face aux crises d'approvisionnement échappent à l'application de la législation antitrust à condition qu'ils aient été approuvés par l'« Attorney General », après consultation avec la FTC<sup>50</sup>. Cette « exemption » s'apparente à celle prévue pour les examens d'activité ou les avis consultatifs mais elle va plus loin dans la mesure où elle confère une immunité contre des actions privées ainsi qu'une garantie contre l'engagement de poursuites judiciaires. En outre, certaines réunions et actions connexes des producteurs de gaz naturel bénéficient d'une exemption limitée des dispositions de la législation antitrust lorsqu'elles sont organisées en vertu d'un décret présidentiel et surveillées par le ministère de la Justice et la FTC<sup>51</sup>.

## ***Banques et institutions financières***

Les institutions financières n'échappent pas aux dispositions de la législation antitrust<sup>52</sup> mais elles font l'objet de règles spéciales en matière de concurrence, surtout en ce qui concerne les fusions. La responsabilité de l'application de ces dispositions est partagée entre la Division antitrust et quatre autorités chargées de la réglementation bancaire qui ont chacune compétence pour un type particulier d'institution financière et qui appliquent toutes la même législation de base. La législation relative aux fusions bancaires<sup>53</sup> fixe des normes en matière de concurrence qui sont analogues à celles prévues par les lois Sherman et Clayton. Elle permet aussi d'invoquer l'argument de l'« intérêt général », ce qui ne serait pas possible dans les affaires concernant de simples questions de concurrence. Un organisme de réglementation bancaire peut approuver une opération anticoncurrentielle, s'il estime que ses effets défavorables sur la concurrence sont largement compensés, au regard du principe de l'intérêt général, par le fait qu'elle a des chances de faciliter la vie et de répondre aux besoins de la communauté concernée. Les autorités responsables de la réglementation bancaire doivent consulter le ministère de la Justice (sauf dans le cas des opérations impliquant des holdings bancaires) et l'« *Attorney General* » peut essayer d'obtenir une injonction contre une fusion approuvée par l'une d'elles. Toutefois, même dans ce cas, l'argument de l'« intérêt général » peut être invoqué devant la justice. Les organismes de réglementation bancaire et la Division antitrust appliquent des normes fondamentales différentes, même en ce qui concerne l'analyse de la concurrence. Ces normes reposent, dans les deux cas, sur les principes directeurs relatifs aux fusions des organismes de la concurrence mais les autorités chargées de la réglementation bancaire et les responsables de l'application de la législation antitrust se fondent sur des présomptions différentes en ce qui concerne le profil probable des produits et les marchés géographiques. Les banques sont également soumises à une législation spéciale qui les empêche de lier la fourniture de leurs services à l'acceptation d'un service autre que les quatre fonctions bancaires traditionnelles (prêt, escompte, dépôt, et gestion de portefeuille)<sup>54</sup>. Cette disposition spéciale ne constitue pas une exemption, mais plutôt un renforcement, de la législation relative à la concurrence, qui est applicable à tous autres égards. Enfin, la législation fédérale adoptée récemment et permettant une plus grande expansion entre les États a aussi fixé les limites suivantes à la concentration des établissements (mesurée en termes de dépôts) qui peut en résulter : 10 % au niveau national ou 30 % dans un seul État<sup>55</sup>.

Ces diverses formes de traitement spécial correspondent à des décisions législatives délibérées, prises en partie en raison des inquiétudes suscitées par le rôle joué par les institutions financières dans l'économie. L'existence d'autorités de contrôle spécialisées institutionnalise un certain équilibre entre les préoccupations concernant la concurrence et celles relatives à la liquidité, la solvabilité et la sécurité. La cohérence dans l'application des principes de la concurrence est obtenue, avec un certain manque d'efficacité, par la menace d'une action indépendante de l'organisme de la concurrence et par le fait que les décisions peuvent être examinées et modifiées par les tribunaux de compétence générale.

## ***Titres et opérations à terme***

Les tribunaux ont accordé au secteur des titres une immunité limitée tenant compte du vaste système de réglementations et de surveillance de la SEC (Commission des opérations de bourse). Le texte de loi instituant la réglementation du secteur des titres invite la SEC à considérer l'impact de ses initiatives sur la concurrence. La façon dont la déréglementation intervient dans ce secteur prouve la valeur potentielle des actions privées engagées à cette fin au titre de la législation antitrust. La décision prise par un tribunal, dans le cadre d'une action privée, a eu pour effet d'étendre l'immunité à l'égard de la législation antitrust aux accords fixant les commissions<sup>56</sup>. Le Congrès a réagi en révisant la loi fondamentale relative aux titres en vue d'empêcher ce type d'entente sur les prix. Des règles du même ordre s'appliquent, avec des résultats analogues, aux opérations à terme portant sur des marchandises, qui

relèvent d'un organisme de réglementation différent. La législation de base prévoit une immunité implicite limitée et un « critère des effets sur la concurrence » pour ces opérations qui ont aussi fait l'objet d'une action antitrust en justice qui s'est soldée par l'abandon des commissions fixes. Les mesures législatives et réglementaires ayant eu pour effet de faire nettement évoluer ces deux secteurs vers des méthodes concurrentielles, les immunités implicites, créées par le pouvoir judiciaire ne sont peut-être plus très importantes.

### *Assurances*

Le secteur des assurances n'est soumis ni aux lois Sherman et Clayton ni à la loi portant création de la FTC dans la mesure où il est régi par la législation des États. Cette exemption légale qui résulte de la loi Mc Carran-Ferguson<sup>57</sup>, correspond à une réaction directe du Congrès à des poursuites engagées par les pouvoirs publics contre une entente sur les prix. Il a été établi que la législation protégeait la prérogative dont jouissent traditionnellement les États d'imposer les compagnies d'assurances et de réglementer le contenu des polices d'assurances, après que la Cour suprême eut conclu que les activités d'assurances entraînent dans le cadre du commerce inter-États soumis à la surveillance du Congrès<sup>58</sup>. L'exemption ne s'applique pas aux initiatives équivalant à un boycottage, une contrainte ou une intimidation. De plus, la législation générale relative aux fusions s'applique aux regroupements de sociétés intervenant dans le secteur des assurances. Toutefois, le Congrès a généralement tenu les autorités responsables de l'application de la législation antitrust à l'écart du secteur des assurances, dans toute la mesure du possible. A la fin des années 70, le personnel de la FTC a étudié les problèmes qui se posaient au niveau de la protection des consommateurs et de la concurrence dans le secteur des assurances et il leur a consacré un rapport. Bien que ces documents n'aient fait que rendre compte d'un examen et qu'ils n'aient pas conclu à la nécessité d'engager une action coercitive, le Congrès a réagi en empêchant la FTC de consacrer la moindre fraction de ses ressources à la réalisation d'études ou à l'établissement de rapports sur n'importe quel aspect du secteur des assurances sans y avoir été expressément invitée par le Congrès. Les initiatives en faveur de la concurrence dans ce secteur relèvent de la législation des États et des autorités chargées de la réglementation des assurances au niveau des États. La limitation de ses moyens de financement empêche la FTC d'agir en faveur de la concurrence dans ce secteur et la Division antitrust n'a entrepris, jusqu'à présent, que peu d'actions de sensibilisation au niveau des États. La base institutionnelle nécessaire à une application cohérente des politiques nationales de la concurrence dans ce secteur est donc faible.

### *Communications*

Dans l'ensemble, la législation en matière de concurrence s'applique dans son intégralité aux communications, à la diffusion et au câble. Aucune exemption générale n'est prévue ; en fait, les textes de loi sur lesquels repose la réglementation de la diffusion et des télécommunications indiquent expressément que la législation antitrust leur est aussi applicable<sup>59</sup>. Il existe deux exemptions de portée limitée. L'une s'applique au secteur de la télévision pour les initiatives conjointes visant à élaborer et à faire adopter des lignes directrices facultatives visant à réduire les effets négatifs de la violence des programmes télévisés<sup>60</sup>. L'autre concerne les responsables locaux de l'octroi des franchises pour le câble qui ne peuvent être condamnés à des dommages-intérêts triples dans le cadre d'actions en justice engagées contre leurs décisions<sup>61</sup>. L'autorité chargée de la réglementation du secteur, la *Federal Communications Commission* (FCC, Commission fédérale des communications) s'est nettement efforcée, au cours des dernières années, de favoriser l'introduction de la concurrence dans les domaines qui restent réglementés. Elle a, par exemple, changé les règles concernant les licences de diffusion et leur exploitation qui présentaient d'importants aspects relevant de la politique de la concurrence. Ces règles limitaient notamment le nombre de licences de diffusion qui pouvaient être détenues conjointement et les relations verticales entre les réseaux et les sources de programmes. Elles étaient probablement assez compatibles avec l'interprétation

courante de la législation relative à la concurrence, au moment où elles ont été adoptées et elles ont été complétées par des mesures coercitives de la Division antitrust portant sur les mêmes aspects et notamment sur le contrôle exercé par les réseaux sur la programmation mais, comme la doctrine antitrust, elles ont évolué, bien qu'avec un certain retard par rapport à elle.

Les organismes chargés de la concurrence ont contribué à renforcer la concurrence dans le secteur des communications. Leur action la plus visible a, bien sûr, été la poursuite engagée au titre de la loi Sherman qui s'est soldée par le démantèlement du monopole national du téléphone et par les restrictions imposées aux types d'activité par les tribunaux. La coopération entre la FCC et la Division antitrust a été essentielle pour mettre en place un cadre efficace de démantèlement, quoique des questions se soient posées concernant sa mise en œuvre. En particulier, alors que la gestion de la décision a soulevé des questions relevant davantage d'un organisme de réglementation sectorielle, la FCC a renoncé à jouer son rôle en séparant les éléments concurrentiels et de monopole peu après le démantèlement. Le *Telecommunications Act*, la loi récemment adoptée sur les télécommunications, supprime les restrictions antitrust imposées à l'issue de l'affaire concernant le monopole et reconnaît un rôle à l'autorité de concurrence pour conseiller la FCC dans la mise en œuvre de l'article 271 de cette loi (la checklist concurrentielle permettant l'entrée des RBOC dans les services inter-LATA). Ces restrictions deviennent de plus en plus pesantes pour l'économie (par exemple, par le biais de pertes d'économie d'échelle).

### **Agriculture**

Plusieurs textes de loi accordent un traitement spécial à l'agriculture et aux activités connexes. L'existence et l'exploitation normale de coopératives de producteurs ne violent pas la législation antitrust<sup>62</sup>. Elles bénéficient d'un régime spécial en vertu de la loi Capper-Volstead<sup>63</sup>. Ce régime est géré par le ministère de l'Agriculture et non par les organismes chargés de la concurrence. (Des mesures de protection identiques à celles prévues par la loi Capper-Volstead s'appliquent aussi à la pêche et sont gérées par le secrétaire au Commerce)<sup>64</sup>. Le secrétaire à l'Agriculture peut engager des actions contre les associations de coopératives qui ont monopolisé ou limité les échanges commerciaux au point « que le prix d'un produit agricole est indûment haussé ». Selon le degré auquel la hausse de prix est « indue », ce critère peut laisser une marge de manœuvre suffisante à ces entités pour qu'elles exercent un pouvoir de marché. Ces dispositions spéciales ont été adoptées en réaction à des efforts entrepris plus tôt par la FTC pour faire respecter la législation et dirigés contre la monopolisation créée par ces organisations. D'autres exemptions de la législation permettent à ces groupes d'échanger des informations sur les prix, la production, et la commercialisation<sup>65</sup> et d'effectuer des paiements internes sans tomber sous le coup de la loi Robinson-Patman<sup>66</sup>. La plupart de ces dispositions accordant un traitement spécial aux coopératives ne s'appliquent pas aux accords conclus entre des coopératives et elles ne protègent pas les comportements monopolistiques visant d'autres activités. Une législation remontant à l'époque de la crise des années 30 permet au secrétaire à l'Agriculture d'émettre des ordres de commercialisation qui ont en pratique pour effet de créer des cartels pour certains produits agricoles. Les accords entre les producteurs et le secrétaire à l'Agriculture, sur lesquels s'appuient ces ordres, échappent à l'application de la législation antitrust<sup>67</sup>. (Après que le personnel de la FTC eut entrepris des études des effets anticoncurrentiels de certains de ces ordres, pendant les années 70, le Congrès a supprimé les fonds dont la FTC disposait pour réaliser de telles études. La Division antitrust a toutefois poursuivi ses efforts de sensibilisation dans ce domaine). Certains autres accords ou initiatives approuvés par le secrétaire à l'Agriculture ne peuvent être contestés au titre de la législation antitrust. Il s'agit notamment des réunions d'arbitrages et des décisions arbitrales concernant les coopératives laitières<sup>68</sup> ainsi que des accords de commercialisation de sérum contre le rouget du porc<sup>69</sup>.

Les questions de concurrence concernant l'abattage et le conditionnement de la viande sont soumises à une législation spéciale, le *Packers and Stockyards Act*<sup>70</sup> (loi sur les abatteurs-expéditeurs et les parcs à bestiaux) et à la supervision conjointe du secrétaire à l'Agriculture et du ministre de la Justice. Cette loi a été adoptée en 1922 à l'issue d'une enquête approfondie menée par la FTC sur les abus du secteur dans le domaine de la concurrence. Le Congrès a réagi en retirant la responsabilité de la surveillance du secteur à la FTC et en la confiant à une autorité de réglementation sectorielle compréhensive. La loi couvre les pratiques trompeuses et la monopolisation mais non pas les fusions, qui sont soumises aux lois Clayton et Sherman. Elle ne crée pas une exemption mais un régime parallèle en matière de concurrence qui jouit d'une certaine primauté sur la législation générale.

### ***Groupements de journaux***

Le *Newspaper Preservation Act* (loi sur la préservation des journaux) de 1970 autorise les accords d'exploitation conjointe conclus entre journaux concurrents<sup>71</sup>. Son objectif déclaré est de protéger la diversité des rédactions. L'exploitation conjointe doit maintenir des rédactions séparées pour les deux journaux concernés mais peut regrouper les fonctions commerciales telles que la vente et la publicité. Ce type d'accord n'est pas soumis à la section 1 de la loi Sherman ; toutefois, l'exploitation conjointe ne doit pas impliquer un comportement qui serait considéré comme monopolistique et dérogeant à la section 2 de la loi Sherman. Les accords envisagés doivent être examinés et approuvés par l'« Attorney General ». Pour que l'opération conjointe bénéficie de l'exemption, tous les journaux impliqués sauf un doivent être en danger de faillite financière. L'exemption représente une extension législative d'un principe général de la loi sur les fusions, celui de l'« entreprise en difficulté », mais le critère prévu par la loi de 1970 est plus indulgent que lui. Il semble, étant donné la grande diversité des autres sources d'information et d'opinion qui existe actuellement, que cet assouplissement de la législation ne constitue pas la façon la moins anticoncurrentielle de servir un intérêt général impérieux.

### ***Sports***

Certaines fédérations sportives sont autorisées à grouper les droits de diffusion de leurs matchs pour les vendre en bloc à des réseaux de diffusion sans risquer de poursuite au titre de la législation antitrust<sup>72</sup>. Le *Sports Broadcasting Act* (loi sur la diffusion des événements sportifs) a, en fait, annulé la conclusion d'un tribunal selon laquelle la mise en commun des droits de diffusion violait la loi Sherman. L'exemption est ajustée de manière à assurer la présence de très nombreux spectateurs aux rencontres auxquelles participe l'équipe locale et à décourager la diffusion de matchs réunissant des équipes professionnelles au moment où se déroulent des rencontres entre écoles et collèges universitaires. En outre, une exemption exceptionnelle a permis, dans les années 60, à deux fédérations professionnelles de football américain de fusionner à condition que le nombre total des équipes ne diminue pas. Les fusions entre fédérations sportives n'ont pas bénéficié, par la suite, d'une exemption équivalente. La Cour suprême est, en outre, responsable d'une anomalie sous la forme de l'exemption totale dont bénéficie de longue date le base-ball de première division. Elle a en effet décidé, en 1922, que le base-ball n'entraînait pas dans le cadre du commerce inter-États et n'était donc pas couvert par la législation antitrust. Elle a maintenu cette décision, depuis, tout en reconnaissant qu'elle manque de cohérence avec le régime appliqué aujourd'hui à tous les autres sports et activités du même ordre.

### ***Boissons non alcoolisées***

A la suite d'actions publiques et privées engagées contre les structures verticales mises en place par le secteur des boissons alcoolisées au niveau de la fabrication et de la distribution, le Congrès a adopté une règle spéciale qui a pour effet de protéger en grande partie ce secteur contre l'application de la législation<sup>73</sup>. Il a justifié cette exemption exceptionnelle consentie au titre de l'intérêt spécial et le critère juridique retenu par l'existence d'une concurrence suffisante entre les produits de différentes marques. L'exemption ne s'applique qu'aux accords verticaux portant sur la distribution de produits de marque et elle est principalement destinée à autoriser un système de zones géographiques strictement définies de distribution exclusive. Elle ne s'étend pas aux accords horizontaux. Le Congrès a pensé, à l'évidence, que l'organisme chargé de faire respecter la législation relative à la concurrence et les juges qui ont tranché les affaires concernant ce secteur ne comprenaient pas bien les pratiques de celui-ci et leurs effets réels sur la concurrence. L'immunité légale apparente a, toutefois, gêné les efforts visant à déterminer si ces arrangements verticaux pouvaient empêcher la pénétration de nouvelles marques sur le marché ou permettre au secteur de surveiller et de sanctionner les collusions horizontales tacites. L'exemption ne permet d'atteindre aucun objectif qui ne pourrait être atteint tout aussi bien par une application judicieuse du droit général de la concurrence.

### ***Examen des soins de santé par les pairs***

Les actions en justice engagées au privé contre les actions conjointes entreprises dans le cadre d'« examens par les pairs », au cours desquels des spécialistes des soins de santé évaluent la qualité du travail de leurs collègues, ne peuvent donner lieu qu'à des dommages-intérêts simples<sup>74</sup>. Cela n'empêche pas les violations de la législation relative à la concurrence de faire l'objet de mesures coercitives de la part des pouvoirs publics. Cette mesure s'explique par la crainte que la règle de l'illégalité *per se* et la possibilité de dommages-intérêts triples prévues par la législation antitrust n'entravent inutilement une coopération légitime.

### ***Droits d'auteur***

La législation relative aux droits d'auteur contient plusieurs dispositions qui rendent obligatoire l'octroi d'autorisations en vue de faciliter la transmission par les médias d'enregistrements et de matériaux équivalents. Plusieurs de ses dispositions accordent une immunité limitée contre l'application de la législation antitrust aux parties qui négocient des accords de partage des droits et des redevances qui en résultent<sup>75</sup>. Certaines redevances perçues au titre de la diffusion publique<sup>76</sup> ou des techniques d'enregistrement numérique<sup>77</sup> bénéficient d'immunités analogues. Le dispositif légal implique un certain niveau d'action concertée au sein du secteur et l'exemption permet d'éviter qu'une poursuite engagée de façon opportuniste au titre de la législation antitrust ne gêne ce processus.

### ***Organismes de bienfaisance et institutions sans but lucratif***

Plusieurs textes de loi accordent un certain degré de traitement spécial aux institutions sans but lucratif. Les entreprises caritatives sans but lucratif bénéficient d'une exemption légale des dispositions de la section 5 de la loi portant création de la FTC<sup>78</sup>. Les violations de la législation relative à la concurrence (et à la protection du consommateur) par ces entités sont du ressort du ministère de la Justice ou peuvent faire l'objet de plaintes privées au titre des lois Sherman et Clayton. L'interdiction, par la loi Robinson-Patman, de divers types de fixation de prix différentiels et de pratiques apparentées ne s'applique pas aux

achats de fournitures destinées à leur propre usage, effectués par des écoles, des établissements d'enseignement supérieur, des universités, des bibliothèques publiques, des églises, des hôpitaux, et des organismes de bienfaisance, sans but lucratif<sup>79</sup>. L'exemption des dispositions de la loi Robinson-Patman est particulièrement importante dans le secteur des soins de santé où la façon dont les hôpitaux ou les organismes gérant des soins de santé dans un but non lucratif utilisent des produits pharmaceutiques achetés à prix réduits a fait l'objet de contestations. De plus, à la suite d'une action en justice engagée, avec succès, par les pouvoirs publics contre un accord conclu, entre de grandes universités, sur le calcul des aides financières accordées<sup>80</sup>, le Congrès a décidé d'exempter des dispositions de la loi Sherman l'application de critères et d'accords communs dans ce domaine<sup>81</sup>. Cette exemption temporaire a expiré en 1997<sup>82</sup>.

L'exemption des dispositions de la loi portant création de la FTC est une singularité ancienne qui constitue un obstacle injustifié et coûteux à une action de la Commission contre des violations de la législation par des entreprises sans but lucratif. Elle remonte à la création de l'organisme public, lorsque celui-ci a succédé au *Bureau of Corporations* (bureau des sociétés) et a été chargé de contrôler les excès des sociétés commerciales. Elle n'a aucune justification valable (comme le montre, peut-être, le fait qu'une exemption analogue n'est pas prévue contre une action entreprise par le ministère de la Justice au titre du droit de la concurrence), elle complique les actions coercitives de la FTC contre les associations professionnelles et commerciales sans but lucratif et elle empêche la FTC d'intervenir contre des entreprises sans but lucratif même lorsque celles-ci entrent directement en concurrence avec des entreprises à but lucratif. Au minimum, l'exemption concernant les questions de concurrence devrait être réduite de manière à ne bénéficier qu'aux organismes de bienfaisance qui n'entrent pas en concurrence avec des entreprises à but lucratif.

### ***Travail***

A la grande surprise de ceux qui voyaient dans la loi Sherman un instrument permettant de contrôler les activités industrielles et commerciales, celle-ci a tout d'abord été utilisée pour mettre un terme aux actions visant à empêcher la concurrence entre travailleurs. Le Congrès a réagi en instituant une exemption légale permettant de soustraire à l'application des dispositions de la législation antitrust les groupements organisés de travailleurs et leurs activités normales<sup>83</sup>. Cette exemption ne s'étend pas aux accords ou aux actions concertées intervenant entre des groupements de travailleurs et des entreprises ou d'autres parties n'appartenant pas au monde du travail. Les tribunaux ont toutefois mis au point une exemption d'ordre « non légal » qui protège en partie, mais non pas totalement, les actions concertées impliquant des parties autres que des groupements de travailleurs. Celle-ci s'applique généralement aux activités et aux accords intervenant dans le cadre de négociations collectives et ne risquant pas « de freiner la concurrence sur le marché d'une façon qui ne résulterait pas naturellement de l'élimination de la concurrence au niveau des salaires et des conditions de travail »<sup>84</sup>.

### ***Commerce d'exportation***

La législation antitrust ne s'applique pas, sous certaines conditions, aux associations dont les actions conjointes ont pour effet de limiter la concurrence dans le domaine du commerce d'exportation<sup>85</sup>. Les produits exportés ne doivent avoir aucun impact sur les prix aux États-Unis, ni avoir d'autre effet négatif important sur la concurrence aux États-Unis. Les associations doivent avoir été créées dans le but uniquement d'exporter et non pas de freiner les exportations de leurs concurrents. Elles doivent être enregistrées et remettre un rapport annuel à la FTC. Celle-ci a recommandé cette exemption, très peu de temps après sa création, en vue de permettre aux sociétés américaines de soutenir plus efficacement la concurrence des cartels étrangers. Les associations ne répondant pas aux critères de l'exemption et revêtant, par exemple, la forme d'accords conclus avec des entreprises étrangères ou des non-membres, peuvent faire l'objet d'actions publiques ou privées au titre de la législation antitrust.

Une immunité assez semblable, mais de caractère plus limité, peut être obtenue en faisant une démarche spéciale auprès du ministère du Commerce<sup>86</sup>. Celui-ci peut en effet délivrer, sur demande, un « certificat d'examen » des activités d'exportation, établi selon des critères de base proches de ceux utilisés par la loi Webb-Pomerene. Ce certificat doit être approuvé par l'« Attorney General ». Il n'accorde pas une immunité totale mais protège uniquement contre les poursuites au pénal et limite à des dommages-intérêts simples les dédommagements susceptibles d'être obtenus dans le cadre d'actions privées en justice. Il peut couvrir un domaine un peu plus vaste que la loi Webb-Pomerene, dans la mesure où il peut s'appliquer aux exportations de services autant qu'à celles de biens.

### ***Commerce d'importation***

L'*International Trade Commission* (ITC, Commission du commerce international) met en œuvre une loi interdisant « les méthodes déloyales de concurrence et les actions déloyales dans l'importation d'articles aux États-Unis », si celles-ci ont pour effet d'anéantir une industrie américaine ou de lui porter un lourd préjudice, ou si les actions concernent l'importation d'articles empiétant sur les droits de propriété intellectuelle accordés en vertu de la législation américaine<sup>87</sup>. Les principales sanctions possibles sont une décision empêchant les articles concernés de pénétrer aux États-Unis et une ordonnance de ne pas faire visant les entreprises et les citoyens américains incriminés. Le critère de fond utilisé par cette loi est pratiquement identique au critère de base de la section 5 de la loi portant création de la FTC. Cette dernière a, toutefois, rejeté les suggestions visant à ce que la loi sur la « concurrence déloyale » soit appliquée sur la même base et dans la même optique, orientées vers le consommateur, que la loi en vertu de laquelle elle a été créée. La loi sur les « pratiques déloyales » en matière d'importation est, cependant, surtout appliquée aujourd'hui aux différends portant sur les brevets de sorte que le manque de cohérence avec l'interprétation et l'application des autres principes de la législation relative à la concurrence est moins important qu'il aurait pu l'être. L'ITC doit laisser aux organismes chargés de faire respecter le droit de la concurrence la possibilité de faire des commentaires avant de prendre une décision définitive. En pratique, cette possibilité de consultation est rarement exploitée du fait que les procédures de l'ITC ne laissent pas suffisamment de temps aux organismes de la concurrence pour réagir. Le ministère de la Justice a la possibilité d'intervenir par la suite parce qu'il participe au groupe interministériel qui détermine s'il convient ou non de recommander l'approbation par le Président de la limitation des importations proposées par l'ITC.

Une immunité implicite couvre certaines actions relevant d'autres législations commerciales américaines. Les accords sur les prix et les quantités<sup>88</sup> passés avec des concurrents étrangers pour régler des différends commerciaux, ne sont pas soumis aux dispositions de la législation antitrust s'ils ont été conclus en suivant les procédures prescrites. Cette immunité ne s'applique pas si les accords ne respectent pas ces procédures ou s'ils vont au-delà des mesures autorisées<sup>89</sup>.

### ***Défense nationale***

Les accords conclus à l'initiative du Président, autorisés et activement supervisés par lui-même ou une personne désignée par lui, et résultant de la constatation par lui-même de l'existence de « conditions susceptibles de constituer une menace directe pour la défense nationale ou ses programmes de préparation », bénéficient d'une exemption partielle<sup>90</sup>. Cette exemption ne s'applique toutefois pas si les actions sont prises dans l'intention de violer la législation antitrust. Les accords sont surveillés par les organismes de la concurrence.

## **5. SENSIBILISATION A L'IMPERATIF DE CONCURRENCE DANS LE CADRE DE LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE**

Les organismes américains chargés de la concurrence ont encouragé avec une énergie exceptionnelle le développement de méthodes et de situations commerciales concurrentielles dans le cadre des processus décisionnels et réglementaires. Ils ont contribué, par leur action, aux premières grandes déréglementations réussies dans les secteurs des compagnies aériennes et du gaz naturel et, par la suite, à la déréglementation du camionnage, des communications, de la diffusion et de l'électricité. Toutefois, le rythme de leurs interventions en faveur de la concurrence s'est nettement ralenti au cours des dernières années. Depuis les années 70, ils ont effectué plus de 2 000 observations ou autres interventions publiques au cours des délibérations d'autres organismes ou instances gouvernementales mais alors qu'à la fin des années 80, le nombre de leurs interventions s'élevait à plus d'une centaine par an ; en 1997, il était tombé à moins de 20 sur l'ensemble de l'année. Cette baisse d'activité tient probablement au fait qu'au niveau fédéral, au moins, les batailles les plus faciles et les plus évidentes ont été livrées et remportées. La Division antitrust concentre presque entièrement ses efforts de sensibilisation sur les autres organismes et ministères fédéraux tandis que la FTC a fait porter pour moitié environ ses efforts sur les problèmes qui se posent au niveau des États et à l'échelon local.

Les principes analytiques qui motivent la sensibilisation à l'impératif de concurrence sont résumés dans le manuel exposant les modalités de fonctionnement de la Division antitrust. Le postulat de base est que les exceptions à la règle générale de la libre concurrence (soumise à la surveillance de la législation antitrust) ne se justifient que s'il existe des preuves irréfutables que la concurrence ne peut s'exercer ou qu'elle empêche d'atteindre un autre objectif social primordial. Les objectifs de l'action en faveur de la concurrence sont d'éliminer les réglementations existantes qui sont inutiles ou trop coûteuses, de décourager l'introduction de nouvelles réglementations superflues, de réduire le plus possible les distorsions là où les réglementations sont nécessaires en encourageant l'emploi des méthodes de réglementation les moins anticoncurrentielles et de faire en sorte que les réglementations soient bien conçues pour atteindre les objectifs légitimes. Il convient, pour cela, d'examiner un certain nombre de questions fondamentales et notamment d'identifier les coûts ou les inconvénients de la concurrence dans le contexte en jeu, de déterminer si la réglementation, lorsqu'il en existe déjà une, a effectivement atteint ses objectifs et si les circonstances qui ont justifié son introduction existent toujours et, enfin, d'identifier les éléments nécessaires au passage d'un marché réglementé à un marché concurrentiel. La question réside, en fin de compte, dans le rapport entre les coûts et les avantages. Les organismes de la concurrence soutiennent généralement que la charge de la preuve pèse sur ceux qui sont en faveur de l'introduction ou du maintien du système réglementaire.

Les efforts de sensibilisation continuent d'être axés sur les problèmes auxquels se heurte la concurrence dans les secteurs en cours de restructuration. Les deux organismes chargés de la concurrence ont formulé récemment plusieurs commentaires sur le secteur de l'électricité. Ils ont souligné les avantages que les remèdes structurels offraient par rapport aux solutions impliquant une réglementation des comportements pour atteindre l'objectif du maintien d'un accès non discriminatoire au réseau de transport et d'un marché de la production d'électricité libre de toute domination commerciale. Ils ont aussi formulé leur avis sur le cadre d'analyse approprié pour examiner les fusions des compagnies d'électricité et approuvé le choix finalement opéré par l'autorité responsable de la réglementation de fonder ses décisions en faveur de l'« intérêt général » sur une analyse normale de la concurrence. Au cours des dernières années, les commentaires des organismes de la concurrence ont surtout porté sur les modifications de la réglementation dans les secteurs de la diffusion et des télécommunications. Ils ont souvent concerné la mise en œuvre de la loi de 1996 sur les télécommunications par la FCC. Les organismes de la concurrence ont notamment défendu, avec succès, une politique de tolérance et de fixation des prix fondée sur les coûts, lorsque la situation s'y prêtait.

Certains commentaires soutiennent les efforts déployés par d'autres organismes pour appliquer les principes de la concurrence dans le cadre de leur propre législation. Cela a notamment été le cas récemment des commentaires adressés à la FERC sur la politique de fusion dans le secteur de l'électricité et de ceux formulés à l'intention du ministère des Transports en faveur de la décision de celui-ci de s'attaquer aux pratiques anticoncurrentielles des systèmes informatisés de réservation des compagnies aériennes, au titre des compétences dont il jouit en matière de concurrence déloyale.

Certains commentaires ont évalué les effets probables des exclusions et des dérogations proposées à l'égard de la législation relative à la concurrence. Dans un rapport récent destiné au Congrès, les services de la FTC ont analysé une proposition de règlement du contentieux impliquant les fabricants de cigarettes qui prévoyait notamment une dérogation à la législation antitrust pour certaines actions concertées. Ce rapport a conclu que la dérogation envisagée pourrait permettre à ces entreprises de coordonner des hausses de prix et d'accroître leurs bénéfices. Dans un autre document, le personnel de la FTC a objecté à la législation proposée par un État qui visait à autoriser l'octroi de « certificats d'intérêt général » ayant pour effet d'accorder une immunité à l'égard de la législation antitrust au titre de « l'acte d'État » aux accords de coopération conclus entre fournisseurs de soins de santé. Dans leurs commentaires, les services de la FTC ont fait valoir que cette immunité pourrait entraîner une réduction du choix du consommateur et une hausse des prix à la consommation. Ils ont recommandé à l'État concerné, au cas où il maintiendrait ce programme, de réduire le risque anticoncurrentiel en prévoyant des périodes d'application fixes et limitées et en mettant un terme aux certificats qui se révéleraient préjudiciables aux consommateurs.

Des questions concernant la privatisation se posent rarement. Dans un commentaire récent portant sur l'introduction de la concurrence dans le système d'attribution des adresses Internet, les services de la FTC ont évalué les conséquences probables du recours à une société sans but lucratif, organisée de manière à regrouper plusieurs parties prenantes. Ils ont conclu que la diversification du conseil d'administration permettrait de réduire les inquiétudes suscitées par les risques d'actions concertées anticoncurrentielles.

De nombreux commentaires ont porté sur des contraintes réglementaires particulières gênant la concurrence. Parmi les réglementations de prix et de tarifs ayant fait récemment l'objet de commentaires figurent celles concernant les services téléphoniques interurbains, la distribution de spiritueux et, le pilotage de navires. Les conditions d'accès au marché ont été examinées dans des contextes tels que l'attribution des droits d'atterrissage et de décollage dans les aéroports, l'expertise comptable, les services locaux de distribution téléphonique et vidéo multipoint, et la vente d'automobiles. Les deux organismes chargés de la concurrence se sont opposés conjointement à un règlement empêchant des personnes extérieures aux professions juridiques et des avoués appartenant à des sociétés de s'occuper d'opérations immobilières, en faisant valoir que ce règlement aurait pour effet d'accroître les coûts pour les consommateurs, qui autrement ne feraient pas appel à un avoué, et de provoquer une hausse des prix en supprimant la concurrence. La réglementation de la production a fait l'objet de commentaires sur les conditions d'accès aux heures de grande écoute de la télévision, les règles de transport obligatoire imposées à certaines retransmissions de télévision par satellite, et système vidéo ouvert et les systèmes d'attribution des droits d'atterrissage et de décollage dans les aéroports, ainsi que de restrictions en ce qui concerne les dispenses de dédommagement en cas de collision dans le secteur de la location automobile. Les restrictions imposées sur les conditions d'exercice de certaines activités ont fait l'objet de commentaires portant sur les relations commerciales entre les optométristes et les vétérinaires, d'une part, et les non professionnels, d'autre part, et sur les liens existant entre les cimetières et les entreprises de pompes funèbres<sup>91</sup>.

De moins nombreux commentaires ont été formulés sur les problèmes posés en matière de concurrence par les réglementations sociales ou environnementales. Les services de la FTC ont, à une époque, donné leur avis sur des aspects tels que les effets économiques des prescriptions en matière de consommation de carburant pour les automobiles et le recours à des méthodes de réduction de la production de CFC faisant appel aux lois du marché. Mais, depuis les années 80, les seuls commentaires qu'ils ont formulés sur les questions d'environnement ont concerné des questions publicitaires. Dans leurs commentaires sur la réglementation des soins de santé, les organismes chargés de la concurrence ne s'occupent généralement que des effets économiques et des suggestions de recours à d'autres solutions faisant appel aux lois du marché. Ils évitent généralement d'intervenir dans des débats sur la priorité et l'importance d'autres considérations relatives à l'action gouvernementale.

Les efforts de sensibilisation entrepris récemment constituent le prolongement, sur une échelle légèrement réduite, d'une action menée depuis longtemps. La coordination du programme de promotion de la concurrence est assurée, au sein de la FTC, par une personne affectée maintenant à l'*Office of Policy Planning* (Bureau de planification de l'action publique). Le suivi de ce programme est assuré, au sein de la Division antitrust, par un sous-adjoint de l'« Attorney General ». Dans les deux organismes, les juristes et les économistes ayant participé à des actions coercitives contre les secteurs concernés sont plus directement chargés d'identifier les problèmes et d'élaborer des solutions. Il est difficile de déterminer avec exactitude le niveau des ressources qui est consacré à l'action en faveur de la concurrence mais il n'est, à l'évidence, pas très élevé. La FTC estime que les efforts de sensibilisation absorbent actuellement environ 1 % de ses ressources financières et en personnel. Ce pourcentage n'a probablement jamais atteint 5 % même à la fin des années 80 lorsqu'à eux seuls, les services de la FTC formulaient une centaine de commentaires par an.

Les efforts de sensibilisation doivent être soutenus par la mise en œuvre de la législation. Les actions coercitives peuvent prouver la nécessité des réformes. La réglementation s'accompagnant souvent d'une dérogation ou d'une immunité à l'égard des dispositions de la législation relative à la concurrence, cet effet est indirect et il se manifeste de deux façons. Parfois, comme dans le cas des actions engagées par la Commission contre les accords conclus entre spécialistes sur les « pratiques déontologiques », l'application de la législation prouve avec succès que le comportement requis par la réglementation a des effets anticoncurrentiels. Dans d'autres cas, l'impossibilité même d'appliquer la législation permet d'atteindre l'objectif recherché. Si une action intentée contre un comportement nettement anticoncurrentiel doit être abandonnée en raison d'une exclusion du champ d'application de la législation résultant de dispositions réglementaires, cet échec peut justifier une demande de suppression de l'exclusion. Les tentatives infructueuses d'actions contre les bureaux de tarification, qui bénéficiaient d'une protection au titre de la doctrine de l'« acte d'État » peuvent avoir contribué à créer les conditions de la déréglementation du camionnage.

Il peut être difficile, voire impossible, de déterminer avec exactitude si les actions de sensibilisation sont efficaces. De trop nombreux facteurs sont susceptibles d'influer sur la décision d'un responsable de la réglementation ou du législateur. On peut toutefois tirer de la longue expérience des deux organismes responsables de la concurrence un certain nombre de conclusions générales sur les méthodes employées. Les actions de sensibilisation sont probablement plus efficaces lorsqu'elles s'inscrivent dans une plus vaste stratégie reposant sur l'application de la législation ; de telles actions formelles et publiques sont plus efficaces quand elles sont combinées avec une coopération informelle avec d'autres responsables de la réglementation. Le succès relatif de la déréglementation dans les secteurs de l'énergie et des télécommunications tient en partie à la longue tradition de consultations et d'échanges entre les personnels des organismes antitrust, de la FERC et de la FCC ainsi qu'à une identité de vues entre les personnes nommées par le pouvoir politique. Au sein de la FCC, les contacts au niveau du personnel ont été facilités par les modifications apportées aux règles de cette commission qui autorisent maintenant les communications officieuses et confidentielles entre les membres de son personnel et ceux d'autres organismes.

En revanche, les agents du ministère des Transports ne sont pas autorisés à mener des consultations informelles sur des sujets controversés. C'est pourquoi, la participation de la Division antitrust aux récentes discussions sur les fusions dans les chemins de fer a dû être officielle, publique et contradictoire plutôt que consultative. Les politiques de la concurrence pourraient être plus efficacement intégrées dans d'autres programmes réglementaires si les obstacles restants à des consultations informelles au niveau du personnel pouvaient être réduits.

## 6. CONCLUSIONS ET OPTIONS POUR LA RÉFORME

### 6.1. *Évaluation générale des forces et faiblesses actuelles*

La politique et les organismes de la concurrence ont été utilisés très efficacement dans le processus de réforme des réglementations économiques pour stimuler la concurrence. Au niveau fédéral, l'attachement à la concurrence fait partie intégrante de la politique générale de régulation de sorte que les programmes réglementaires doivent généralement favoriser et protéger la concurrence, en vertu de dispositions statutaires. La justification juridique et pratique de la réforme était déjà présente là où la réglementation a, au contraire, eu pour effet de nuire à la concurrence. La politique de la concurrence est aussi étroitement liée, aux États-Unis, à la protection des intérêts du consommateur. Le maintien de ce lien, concrétisé par l'étendue du domaine de compétence de la FTC, peut justifier la multiplicité, difficilement compréhensible autrement, des structures d'application de la législation fédérale.

Les institutions de la politique de la concurrence ont utilisé largement, et parfois assez systématiquement, leurs pouvoirs en matière d'exécution et de sensibilisation, pour encourager la réforme. Leurs efforts ont contribué à supprimer des réglementations économiques qui restreignaient l'accès aux secteurs des compagnies aériennes et des autres types de transport, empêchaient de sortir du secteur du rail, contrôlaient la tarification du gaz naturel, de l'électricité et des télécommunications, limitaient la production des compagnies aériennes, et empêchaient des pratiques et des formes d'organisation commerciale normales dans le secteur des soins de santé et des autres services de spécialistes.

L'engagement vis-à-vis de la réforme ne se limite pas, loin de là, aux organismes nationaux chargés de la concurrence. Depuis les années 70, le Congrès et les tribunaux fédéraux soutiennent, en général, aussi les efforts en faveur de la réforme. Les grandes réformes intervenues dans les secteurs du camionnage, des chemins de fer, du gaz naturel, et de l'électricité ont été favorisés ou rendus possibles par la législation. La surveillance exercée par le pouvoir judiciaire a encouragé les autorités responsables de la réglementation à adopter des politiques qui étaient compatibles avec les principes de la législation antitrust.

L'ampleur du soutien dont bénéficie la réforme en faveur de la concurrence s'accompagne aussi, toutefois, d'une dispersion des responsabilités pour sa mise en œuvre. Du fait que la politique économique des États-Unis repose dans une si large mesure sur la concurrence, de nombreuses autorités responsables de la réglementation et autres instances professent qu'elles mettent en œuvre la politique de la concurrence. Leurs conceptions ont toutefois différencié et ce, parfois sensiblement. Pour l'application de la législation générale relative à la concurrence, on compte deux organismes nationaux d'exécution, essentiellement équivalents, 50 agents des États ayant des responsabilités analogues se chevauchant, et un nombre illimité de personnes privées veillant au respect de la législation, qui tous dépendent de plusieurs centaines de juges fédéraux indépendants auxquels incombe, en dernier ressort, la responsabilité d'assurer la cohérence de l'action publique mais qui ne sont pas, pour la plupart, des spécialistes de la politique de la concurrence. Des organismes de réglementation sectoriels sont chargés de suivre des politiques analogues à celle de la concurrence mais leur position par rapport aux principes du droit général de la

concurrence n'est pas toujours bien conçue. Le Congrès a créé des douzaines d'obligations et de dérogations spéciales qui annulent ou anticipent simplement souvent des décisions particulières concernant l'application de la législation et qui ne semblent pas compatibles avec une politique intégrée de la concurrence. Cette dispersion du pouvoir, tant au sein du gouvernement fédéral qu'entre l'administration fédérale et celle des États, qui est une caractéristique générale des États-Unis, peut affaiblir la focalisation de la politique de la concurrence. Avec un si grand nombre d'entités qui prétendent avoir des compétences en matière de politique de la concurrence, les deux organismes nationaux d'exécution jouissent d'une moins grande autorité et les politiques sont nécessairement plus incertaines. Les chevauchements et les anticipations d'actions sont pratiquement inévitables. Les ressources absorbées par la coordination pourraient être plus utilement consacrées à l'analyse et à l'application de la législation.

Tous les efforts entrepris en faveur de la réforme n'ont pas été couronnés de succès. Certaines des exemptions introduites dans la législation l'ont été, à l'évidence, pour satisfaire des intérêts particuliers. Certaines attributions de responsabilités en matière de réglementation semblent avoir été conçues pour maintenir des conditions non concurrentielles ou permettre des fusions préjudiciables à la concurrence. Les efforts entrepris en vue d'introduire des méthodes de gestion faisant appel aux lois du marché dans le secteur des soins de santé risquent de se heurter à un contre-courant défavorable résultant à la fois des inquiétudes suscitées par l'apparition possible de nouvelles formes de domination commerciale et de la volonté de maintenir les anciennes. La participation des organismes chargés de la concurrence à la réforme des réglementations non économiques a été beaucoup moins systématique. En outre, toute initiative importante en faveur de la réforme est compliquée par la possibilité d'une immunité au titre de l'« acte d'État » qui permet à des programmes réglementaires locaux de contredire la politique nationale de la concurrence.

## **6.2. *Le point de vue dynamique : rythme et orientation du changement***

Le processus de réforme de la réglementation économique s'est ralenti du fait essentiellement que l'essentiel du travail a été accompli. Ce qui reste à faire concerne surtout des problèmes isolés et des sous-secteurs. Dans deux grands secteurs, ceux de l'électricité et des télécommunications, la réforme est retardée par les manœuvres déployées par les entreprises pour bien se placer mais les projets de réforme n'en seront pas moins exécutés. Le Congrès a récemment adopté une législation destinée à améliorer la compétitivité des télécommunications et il envisage d'introduire une législation nationale visant à stimuler la réforme du secteur de l'électricité. Ces différentes initiatives témoignent d'un attachement politique au principe d'une réforme en faveur de la concurrence. Un recul sur ce front est peu probable du fait que la politique de la concurrence fait partie intégrante du système réglementaire national.

Bien que des anomalies persistent au niveau fédéral, c'est probablement au niveau local et au niveau des États, où l'intégration de la politique de la concurrence est moins établie, que se situent les principales possibilités d'action en faveur de la réforme de la réglementation économique. Certaines législations des États protègent les détaillants et les distributeurs contre la concurrence pour des produits tels, entre autres, que les automobiles et les spiritueux. Des États disposent d'une législation générale contre la vente « à perte », qui ne tient pas suffisamment compte des effets réels sur la concurrence. D'autres législations des États accordent une protection contre la surveillance au titre de la législation antitrust aux fournisseurs et aux établissements de soins de santé. De nombreux États continuent de soutenir une réglementation anticoncurrentielle des pratiques professionnelles. La situation variant considérablement d'un État à l'autre, il est très difficile de généraliser ou même d'estimer l'ampleur des problèmes potentiels. Si certains États ont modifié ou supprimé ces législations, d'autres ont évolué dans la direction opposée.

Le rôle joué par les autorités chargées de la concurrence dans le processus de réforme est devenu moins apparent. Il est possible que cette tendance se poursuive. Les organismes de la concurrence continuent de participer aux efforts nationaux de grande ampleurs entrepris dans les secteurs des télécommunications et de l'électricité. Ils devront relever d'importants défis politiques en intervenant dans le domaine des problèmes qui se posent au niveau des États, du commerce international et des transports maritimes et de la réglementation sociale. La promotion des principes de la politique de la concurrence pourra dépendre d'autres institutions, dans ces différents domaines.

### **6.3. *Avantages et coûts potentiels de nouvelles mesures de réforme réglementaire***

Au niveau national, la suppression des dernières contraintes réglementaires qui pèsent sur la concurrence économique n'aura pas autant d'effets positifs que ceux produits par les grandes réformes déjà accomplies mais elle devrait être aussi moins coûteuse. Premièrement, la distance qui sépare la situation actuelle d'un marché totalement concurrentiel est moins grande. Deuxièmement, l'expérience acquise en matière de déréglementation devrait permettre d'adopter des stratégies de restructuration qui réduiront au minimum le coût de la transition.

La situation est moins claire au niveau des États du fait que l'on ne dispose pas d'une estimation complète et systématique des effets nets de leurs réglementations anticoncurrentielles mais les effets bénéfiques de l'élimination de ces dispositions seront probablement importants.

### **6.4. *Options politiques à envisager***<sup>92</sup>

De nouvelles réformes aux États-Unis devraient :

- ***Entreprendre une étude approfondie de l'étendue et de l'effet de la doctrine d'État en vue d'une législation visant à réduire son champ voire à l'éliminer.***

L'impact de la doctrine de l'acte d'État et d'une législation anticoncurrentielle d'État ou locale est un problème préoccupant. La législation spéciale et la réglementation des États affaiblissent la concurrence et peuvent retarder la réforme, non seulement dans les secteurs des services professionnels et de la distribution mais aussi dans ceux des télécommunications et de l'électricité. L'exemption au titre de l'acte d'État et les législations anticoncurrentielles d'État qui limitent la concurrence affectant les transactions entre États relèvent du Congrès ; il est habilité à remédier à cette dérogation soit par des mesures particulières, soit par une législation générale. Il est d'ailleurs déjà intervenu dans certains secteurs, comme celui du camionnage, où les effets anticoncurrentiels du maintien de la réglementation des États étaient patents. Une étude approfondie devrait être entreprise pour évaluer les effets sur la concurrence de la législation et des réglementations des États et déterminer les secteurs dans lesquels la réforme s'impose le plus. Elle pourrait s'inspirer de l'étude actuellement en cours en Australie sur les contraintes qui pèsent sur la concurrence au niveau des États puisqu'il s'agit également d'une étude menée dans un contexte fédéral. Les principales cibles d'action seraient les législations d'État ou locales qui continuent à permettre aux entreprises et aux professions libérales de limiter les prix et autres formes de concurrence entre leurs membres, ainsi que les lois qui protègent les négociants de toute nouvelle concurrence ou empêchent les politiques de prix agressives ainsi que toutes autres méthodes commerciales.

- ***Déterminer plus clairement les responsabilités entre les différentes responsables de la mise en œuvre, en particulier entre l'échelon fédéral et ceux des États, pour éviter les chevauchements et les double-emplois.***

Au niveau fédéral, les deux organismes chargés de la concurrence coordonnent bien leurs actions mais la coordination avec les autres autorités responsables de la réglementation qui sont aussi habilitées à intervenir dans le domaine de la politique de la concurrence est de qualité variable. Dans l'ensemble, cette coordination est assurée par le biais de consultations, d'activités de sensibilisation et de l'intervention des tribunaux. L'adoption de règles permettant de renforcer les consultations informelles menées sur les questions relatives à l'application de la législation, entre les personnels des organismes sectoriels ayant des responsabilités dans le domaine de la politique de la concurrence, permettrait d'améliorer encore la coordination.

Les problèmes de coordination entre l'échelon de l'administration fédérale et celui des États sont plus délicats. La capacité d'application de la législation au niveau des États accroît les ressources qui peuvent être mises en œuvre mais elle a un coût important sous la forme du risque d'une multiplication et d'une incohérence des priorités retenues dans l'application de la législation. Certains responsables locaux ont témoigné d'un plus grand intérêt que les responsables fédéraux à propos d'affaires concernant des relations verticales. On a dit que cela correspondait à un vide laissé par des autorités fédérales laxistes. Cet intérêt est cependant en ligne avec les lois des états qui protègent les concurrents contre une concurrence agressive. Un partage logique des responsabilités consisterait à confier la solution des problèmes locaux aux agents des administrations locales et celle des problèmes nationaux aux fonctionnaires fédéraux mais la législation américaine n'exige plus maintenant cette répartition des tâches. Au mieux, la clarté et la prévisibilité sont compromises lorsque le résultat d'une initiative importante entreprise à l'échelon fédéral pour faire respecter la législation, comme l'action en cours engagée contre Microsoft, est anticipé par un groupe de responsables locaux de l'application de la législation qui intentent, au même moment, un autre procès du même ordre. La coordination avec les États est plus harmonieuse aujourd'hui qu'elle ne l'était il y a dix ans mais le chevauchement continue d'être problématique. Des différences dans des priorités similaires peuvent saper la cohérence de l'action.

- ***Éliminer les exemptions et les dispositions sectorielles spécifiques qui demeurent.***

Malgré l'évolution générale dans le sens de la déréglementation, il existe encore des domaines où la politique de la concurrence est appliquée de manière incertaine. Le risque d'incohérence et de lacunes dans le champ d'application du droit de la concurrence doit être éliminé en supprimant les dérogations inutiles et en assignant clairement la responsabilité aux autorités chargées de la concurrence plutôt qu'à un responsable sectoriel de la réglementation. Des exceptions significatives à la couverture antitrust normale demeurent dans le secteur des transports et visent notamment : l'autorité sectorielle contrôlant les fusions dans les chemins de fer, l'immunité à l'égard de la législation antitrust dont bénéficie la fixation collective des tarifs dans le secteur du camionnage pour les taux groupés, le transit direct et le transport de mobilier domestique ; l'immunité à l'égard de la législation antitrust des transports maritimes et la cartellisation du secteur qui en résulte ; et l'autorité sectorielle et les règles spéciales prévues pour lutter contre la concurrence déloyale dans le secteur des transports aériens. L'organe spécifiquement compétent, le « *Surface Transportation Board* » a illustré les problèmes d'application qui se posent dans un secteur donné. Ses pouvoirs ne devraient pas être étendus par assignation d'une responsabilité de contrôle des ententes dans le transport maritime. Au contraire, ils devraient être éliminés et l'autorité des organes généraux de concurrence renforcée, s'agissant de l'application de la concurrence.

L'autorité spéciale chargée des fusions et des autres problèmes de concurrence dans les secteurs de l'énergie et des télécommunications devrait aussi être supprimée au cours de la déréglementation. Les risques d'antagonismes sont mieux gérés dans ces secteurs qu'ils ne l'ont été dans celui des transports, et il semble plus probable que la réforme se traduira naturellement par la suppression des responsabilités sectorielles faisant double emploi, en matière de concurrence.

Les dérogations anormales et les dispositions spéciales devraient être supprimées. Certaines ne sont que de simples ajouts dans les textes, sans grande signification. Mais l'exemption aux dispositions de la loi portant création de la FTC dont bénéficient les entreprises sans but lucratif, devrait être abrogée ou au minimum réduite pour ne s'appliquer qu'aux structures qui ne concurrencent pas les entreprises à but lucratif. La protection spéciale dont jouissent les accords verticaux dans le secteur des boissons non alcoolisées n'est pas défendable. L'exemption relative à l'exploitation en commun de journaux ainsi que l'immunité accordée aux diffusions communes d'événements sportifs ne semblent plus nécessaire à l'époque des média modernes. Seuls de tous les pays Membres de l'OCDE, les États-Unis n'appliquent pas la législation générale de la concurrence aux transactions commerciales des entreprises publiques. Quoique cela ne concerne qu'un petit nombre d'entreprises, l'exemption a probablement des effets significatifs sur certains marchés, et ce traitement spécial mériterait d'être reconsidéré. Le traitement spécial de l'assurance, au titre de la loi Mc Carran-Ferguson, laisse un pan majeur de l'industrie nationale à la seule surveillance des autorités locales de concurrence ; ce déséquilibre dans le champ de compétence devrait être réexaminé et probablement corrigé.

### **6.5. *Gestion de la réforme réglementaire***

L'expérience observée aux États-Unis suggère que la « transition » entre la réglementation économique et un marché concurrentiel peut rarement être gérée ou contrôlée et qu'il est donc plus efficace qu'elle soit de courte durée<sup>93</sup>. Une transition progressive était prévue pour les compagnies aériennes mais une fois que celles-ci ont compris que le changement était inévitable, elles ont insisté pour qu'il intervienne rapidement. La déréglementation a été réalisée de fait avec plusieurs années d'avance sur le calendrier prévu. Dans le secteur du gaz naturel, une transition un peu plus longue semble s'être déroulée dans des conditions assez satisfaisantes mais cela tient peut-être au fait que le droit de la concurrence avait coexisté avec la réglementation et qu'il était donc déjà familier. Là encore, une fois que le secteur a pris conscience du caractère inévitable du changement, celui-ci est intervenu rapidement. Les actions en justice ont quelque peu ralenti le processus. La principale difficulté a été d'établir les responsabilités pour les engagements contractuels pris dans le contexte de règles et d'anticipations différentes. Des solutions ont pu être finalement trouvées surtout dans le cadre d'actions privées en justice. Le risque de complications du même ordre retarde actuellement la réforme dans le secteur de l'électricité quoique des solutions analogues puissent sans doute le cas échéant être trouvées.

Un long processus planifié de transition peut inciter à refuser de franchir la dernière étape ou au moins à en différer le moment. La fixation d'une échéance ferme indique que la question ne peut plus être discutée mais plus cette échéance est lointaine, moins la volonté de changement est crédible. Le secteur réglementé peut continuer de chercher à tergiverser entre-temps et exercer des pressions en vue d'affaiblir la détermination du pouvoir politique ou il peut exploiter le délai accordé et les instruments de la transition eux-mêmes pour accumuler des ressources et élaborer des stratégies en vue de parer aux nouvelles entrées sur le marché après la suppression de la protection. Il est donc nécessaire de fixer une date ferme et celle-ci ne doit pas être trop éloignée. Une fois que le secteur concerné comprendra que le processus est inéluctable, il est probable qu'il prendra les mesures nécessaires à son adaptation.

Il est fort possible que les entreprises en place conservent certains avantages de la situation de monopole dont elles bénéficiaient, pendant et après ce processus de changement anticipé. On peut empêcher les abus à cet égard en appliquant le plus vite possible le droit général de la concurrence. Le recours, par les entreprises en place, à des méthodes déloyales ou abusives pour perpétuer le monopole ou le cartel pourra alors être contesté sur la base de critères généralement applicables. La législation relative à la concurrence devra évidemment être appliquée en faisant appel à un choix approprié de sanctions pendant que le secteur se familiarise avec les nouvelles perspectives. Aux États-Unis, toutefois, la législation antitrust a déjà été appliquée à la plupart des secteurs où les derniers vestiges de la réglementation économique sont en train d'être supprimés. La « période de grâce » pourrait donc être assez courte.

## NOTES

1. Council of Economic Advisors (1996), *Economic Report of the President* at 155.
2. 42 U.S.C. & 7112(12) (Department of Energy).
3. Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 US 1, 4 (1958).
4. Un exemple peu connu est celui du *Federal Alcohol Administration Act*, 27 U.S.C. & 203, qui fixe les règles concernant les pratiques commerciales dans le domaine de la distribution des boissons alcoolisées. Bien que le Congrès ait indiqué que cette loi avait pour objet de garantir un marché concurrentiel, les règles que le *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* (Bureau de l'alcool, du tabac et les armes à feu) a adoptées pour la mettre en œuvre interdisent de nombreuses pratiques auxquelles la politique actuelle de la concurrence ne s'opposerait pas.
5. United States v. American Airlines, 570 F. Supp. 654 (N.D. Tex. 1983), *révision*, 743 F.2d 1114, 1119 (5 Cir. 1984), *cert. rejeté*, 474 US 1001 (1985).
6. United States c. Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 Trade Cas. (CCH) par. 70 687 (DDC 1994).
7. Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States, 471 US 48 (1985) ; New England Motor Rate Bureau v. FTC, 908 F.2d 1064 (1ère Cir. 1990).
8. En 1994, la FTC a mis fin au contentieux dans lequel il avait été allégué en 1988 que Boulder Ridge Cable TV et Weststar Communications, Inc. avaient conclu un accord de non-concurrence dans le cadre de l'acquisition de Three Palms, Ltd. par Boulder. La FTC a prétendu que l'accord n'était pas limité au domaine dans lequel l'acquisition était intervenue.
9. American Medical Association, 94 FTC 701 (1979), *aff'd*, 638 F.2d 443 (2d Cir. 1980), *aff'd per curiam by an equally divided Court*, 455 US 676 (1982).
10. California Dental Association, Docket No. 9259, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) par. 24 007. Cette décision a été confirmée en appel, bien que le tribunal se soit fondé sur un raisonnement différent.
11. Texte disponible à 6 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 44 095 (lettre 95-2).
12. Dans la récente décision concernant les dentistes de Californie, la Commission a essayé de fonder sa décision sur le critère de l'illégalité *per se*, en faisant valoir que l'on disposait d'une expérience suffisante de ces pratiques pour les classer dans cette catégorie. Le tribunal n'a pas été de cet avis et il a confirmé la décision sur la base des règles plus courantes de bon sens.
13. Voir Klein, Joel, A Stepwise Approach to Antitrust Review of Horizontal Agreements, allocution destinée à la Section antitrust de l'ABA (Nov. 7, 1996), examinée dans *Antitrust*, printemps 1998, p. 41.

14. FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 US 447 (1986).
15. Kattan, J. (1996), *The Role of Efficiency Considerations in the Federal Trade Commission's Antitrust Analysis*, 64 Antitrust L. J. 613.
16. National Society of Professional Engineers. United States, 435 US 679 (1978).
17. United States c. AT&T, 552 F. Supp. 131, 150, 153 (DDC 1982), *aff'd sub nom.* Maryland c. United States, 460 US 1001 (1983).
18. Questar Corp., dossier n° 961-0001, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) par. 23 949.
19. Time Warner Inc., dossier n° 961-0004, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) par. 24 104. Pour une analyse plus détaillée, voir les remarques formulées par Robert Pitofsky devant le *Fordham Corporate Law Institute* sur le thème : « Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers—A US Perspective », 16-17 octobre 1997, at 8-10.
20. Le 5 août 1996, la Division a intenté un procès pour empêcher la fusion projetée entre deux des plus principaux propriétaires de stations de radio du pays, en alléguant qu'ils contrôleraient ainsi plus de la moitié des ventes du temps de publicité radiophonique à Cincinnati, ce qui leur permettrait d'augmenter les prix appliqués aux annonceurs et réduirait considérablement la concurrence. Les parties ont accepté de céder une grande station de musique contemporaine de Cincinnati à un acheteur indépendant. Voir 7 Trade Reg. Rep. (CCH) par. 50 807, affaire n° 4225.
21. Voir Averitt, N. & Lande, R. (1997), *Consumer Sovereignty : A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, Antitrust L. J. Vol. 65, p. 713.
22. Règle 3.51 de la FTC et 61 Fed. Reg. 50 640 (1996).
23. Voir Swanson, Daniel G et Diethelm, Markus U. (1998), « Ignore US Antitrust Rules at Your Own Peril », *Wall Street Journal Europe*, 9 février.
24. Sections 1.2, 1.3 et 3 des *Horizontal Merger Guidelines*. L'analyse effectuée dans ces sections sur la définition du marché, l'identification des participants au marché et l'accès à celui-ci est analogue à celle appliquée aux aspects de ces questions concernant le commerce extérieur dans des affaires ne portant pas sur des fusions.
25. Voir la section 4.22 des *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* et 16 C.F.R. §§ 801 à 803 (1994). Contrairement aux dérogations qui permettent aux entreprises étrangères de se soustraire à des obligations qui leur seraient autrement applicables, une condition géographique figurant dans le programme spécial relatif à la recherche ou à la production conjointe, examiné plus loin à la section 4, pourrait leur être défavorable.
26. États-Unis c. Philadelphia National Bank, 374 US 321, 350-51 (1963).
27. Gordon c. New York Stock Exchange, 422 US 659 (1975).
28. Keogh c. Chicago & North-western Railway, 260 US 156 (1922). La doctrine du « taux communiqué » ne protège que contre les actions engagées pour obtenir des dommages-intérêts sur la base des taux pratiqués.
29. Le code contient une relique sous la forme de la dérogation prévue pour les discussions menées au sein des sous-comités du *Council on Competitiveness* (Conseil de la compétitivité) qui comprenaient chacun un représentant du gouvernement ; ce Conseil n'existe plus.

30. California Retail Dealers Association c. Midcal Aluminium, Inc., 445 US 97 (1980).
31. FTC c. Ticor Title Insurance Co., 504 US 621 (1992).
32. *Local Government Antitrust Act* (loi antitrust des administrations locales) de 1984, 15 U.S.C. §§ 34-36.
33. Parker c. Brown, 317 US 341 (1943).
34. Eastern Railroad Presidents Conference c. Noerr Motor Freight, Inc., 365 US 127 (1961) ; United Mine Workers c. Pennington, 381 US 657 (1965).
35. 15 U.S.C. §§ 638(d)(2), 640.
36. Bien que les petites entreprises puissent être dédommagées d'une partie de leurs frais judiciaires, si elles l'emportent dans une action coercitive engagée contre elles par les pouvoirs publics. C'est le cas pour tous les types d'actions coercitives entreprises par les pouvoirs publics et non pas uniquement pour celles engagées au titre de la législation antitrust.
37. *National Co-operative Research and Production Act* de 1993 (NCRPA) 15 U.S.C. § 4301-06 (1994).
38. Department of Transportation (1998), « Statement of Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct ».
39. 49 U.S.C. § 41308(b), (c).
40. 49 U.S.C. §§ 10706(a)(2)(A), (a)(3)(B)(ii), (a)(4), (a)(5)(A), (d).
41. 49 U.S.C. § 11321(a).
42. Une dérogation aux dispositions de la législation antitrust est également prévue pour les accords passés entre transporteurs ferroviaires pour coordonner et unifier leurs activités, à condition que ceux-ci aient été conclus lors d'une conférence organisée par le Secrétaire aux transports et qu'ils aient été approuvés par lui. Les statuts contiennent aussi une relique de réformes antérieures sous la forme d'une dérogation accordée aux mesures prises en vue d'élaborer ou de mettre en œuvre le plan définitif au titre du *Regional Rail Reorganisation Act* de 1973. 45 U.S.C. § 791(a). Une autre dérogation est prévue pour certains accords conclus avec le service national de transport des voyageurs par chemin de fer, AMTRAK, sur une exploitation ou une utilisation commune des installations et du matériel. 49 U.S.C. § 24301(j).
43. 49 U.S.C.A. § 10101.
44. Clyde, P.S. et. Reitzes, J.D. (1995), *The Effectiveness of Collusion under Antitrust Immunity : the Case of Liner Shipping Conferences*.
45. Voir 49 U.S.C. § 11501(c), § 14501(c)(3).
46. 49 U.S.C. §§ 13703(a)(1), (a)(6), (c). Le *Surface Transportation Board* (Conseil des transports terrestres) est aussi habilité à approuver les accords sur une mise en commun ou un partage du trafic et des services, et donc à les faire bénéficier d'une immunité. 49 U.S.C. § 14302(f).
47. 49 U.S.C. § 13703(a)(1)(B). Voir aussi 49 U.S.C. § 13097(d), qui prévoit une dérogation pour les discussions menées entre un transporteur et son agent ou un autre transporteur sur les tarifs de transport du mobilier domestique.

48. 49 U.S.C. § 14303(f).
49. Otter Tail Power Co. c. États-Unis, 410 US 366 (1973).
50. 42 USC § 6272.
51. 15 U.S.C. § 3364(3).
52. Elles n'entrent toutefois pas dans le domaine de compétence de la *Federal Trade Commission*. 15 U.S.C. § 5(a)(2).
53. 12 U.S.C. §§ 1828(c), 1849.
54. 12 U.S.C. §§ 1971-1978.
55. *Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act* de 1994, 12 U.S.C. §§ 184.
56. Gordon c. New York Stock Exchange, 422 US 659 (1975).
57. 15 U.S.C. §§ 1011-15.
58. United States c. South-Eastern Underwriters Association, 322 US 533 (1944).
59. 47 U.S.C. § 313(a), *Telecommunications Act* de 1996 § 601(b)(1). La loi de 1996 a aussi soumis les fusions de compagnies de téléphone aux dispositions et critères antitrust généralement applicables au titre de la loi Clayton.
60. 47 U.S.C. § 303c(c).
61. 47 U.S.C. § 555a. Cette immunité fait essentiellement double emploi avec celle dont les agents des administrations locales bénéficient généralement et qui est mentionnée plus haut.
62. loi Clayton, § 6.
63. 7 U.S.C. § 291.
64. 15 U.S.C. § 521.
65. 7 U.S.C. § 455.
66. 15 U.S.C. § 13b (1994) ; 7 U.S.C. § 207(f).
67. 7 U.S.C. § 608(b).
68. 7 U.S.C. § 671(d).
69. 7 U.S.C. § 852.
70. 7 U.S.C. §§ 181, 192.
71. 15 U.S.C. §§ 1801 à 1804.
72. 15 U.S.C. §§ 1291 à 1295.

73. *Soft Drink Interbrand Competition Act* (loi sur la concurrence entre les marques de boissons non alcoolisées) de 1980, 15 U.S.C. §§ 3501 à 3503.
74. 42 U.S.C. §§ 11101, 11111 à 11115.
75. 17 U.S.C. §§ 111, 114, 115, 116.
76. 17 U.S.C. §§ 118(b), (e)(1).
77. 17 U.S.C. §§ 1007(a)(2).
78. 15 U.S.C. §§ 44, définissant les « sociétés » entrant dans le champ de compétence de la FTC de manière à exclure les établissements sans but lucratif.
79. 15 U.S.C. §§ 13c.
80. *United States c. Brown University*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).
81. Pub.L. 103-382, Title V, §§ 568(a) – (d), Oct. 20, 1994, 108 Stat. 4060.
82. Il existe aussi une curieuse immunité contre les dommages-intérêts triples pour certains dons annuels au profit d'œuvres de bienfaisance et de fiducies constituées à des fins caritatives. *Charitable Gift Annuity Antitrust Relief Act* de 1995, Pub. L. 104-63. 15 U.S.C. § 37. Cette mesure semble avoir été prise pour parer à une menace particulière d'action privée en justice.
83. *Clayton Act*, §§ 6, 20 ; *Norris-La Guardia Act*, 29 U.S.C. §§ 104, 105, 113(b).
84. *Connell Constr. Co.c. Plumbers & Steamfitters Local Union No. 100*, 421 US 616, 635 (1975).
85. *Webb-Pomerene Act*, 15 U.S.C. §§ 61-66.
86. *Export Trading Company Act* de 1982, 15 U.S.C. §§ 4011-4021.
87. 19 U.S.C. § 1337, modifiée par *l'Uruguay Round Agreements Act*, Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).
88. Ces procédures sont énoncées dans 19 U.S.C. § 1673c.
89. Une dérogation limitée a aussi été adoptée pour couvrir certaines actions engagées avant le 1er janvier 1975 à propos des contingents d'importations d'acier. 19 U.S.C. § 2485.
90. *Defense Production Act* de 1950, § 708(j).
91. Certains des commentaires des services de la FTC ont porté sur les réglementations visant à empêcher la fraude et la tromperie et à y remédier. On peut notamment citer l'exemple des commentaires concernant la fraude du télémarketing, les règles concernant les numéros d'appel à tarif majoré pour les demandes d'information à la charge de l'abonné, la fraude sur les concessions de licences, la commercialisation des produits pharmaceutiques et l'utilisation des arguments écologiques dans le marketing.
92. Ces options correspondent aux recommandations pertinentes de l'OCDE (1997), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*.
93. Kahn, A. E. (1986), *The Theory and Application of Regulation*, Antitrust L. J., Vol.55, p.177.