

# La Réforme de la Réglementation au Japon

**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 au Japon. 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 Japon* 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 au Japon. 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		
1.	Les principes de la politique de la concurrence au Japon : fondements et contexte .....	7
2.	Les principaux éléments de la panoplie : contenu de la législation en matière de concurrence ...	12
2.1.	Accords horizontaux : règles visant à empêcher la coordination à caractère anticoncurrentiel, y compris celle encouragée par la réglementation .....	14
2.2.	Accords verticaux : règles visant à empêcher les accords anticoncurrentiels dans l'offre et la distribution, y compris ceux encouragés par la réglementation.....	19
2.3.	Abus de position dominante : règles visant à empêcher le pouvoir de marché ou à y remédier, surtout lorsque celui-ci découle d'une restructuration liée à la réforme .....	21
2.4.	Fusions : règles visant à empêcher les problèmes de concurrence découlant de la restructuration des entreprises, y compris les réactions aux modifications de la réglementation .....	22
2.5.	Protection des concurrents : relations avec les dispositions concernant « la concurrence déloyale » .....	26
2.6.	Protection des consommateurs : cohérence avec le droit et la politique de la concurrence .....	28
3.	Outils institutionnels : la mise en œuvre au service de la réforme de la réglementation .....	28
3.1.	Institutions chargées de la politique de la concurrence.....	29
3.2.	Mise en œuvre du droit de la concurrence .....	30
3.3.	Autres méthodes de mise en œuvre.....	32
3.4.	Problèmes de commerce international, politique de la concurrence et mise en œuvre.....	36
3.5.	Ressources, actions et priorités implicites des organismes de la concurrence.....	37
4.	Les limites de la politique de la concurrence dans une perspective de réforme réglementaire .....	39
4.1.	Exemptions ou traitements spéciaux applicables à l'ensemble de l'économie .....	39
4.2.	Exclusions, règles et exemptions pour certains secteurs.....	40
5.	Sensibilisation à l'impératif de concurrence dans le cadre de la réforme réglementaire.....	50
6.	Conclusions et possibilités de réforme.....	52
6.1.	Évaluation générale des forces et faiblesses actuelles .....	52
6.2.	Le point de vue dynamique : rythme et orientation du changement .....	53
6.3.	Avantages et coûts potentiels de nouvelles mesures de réforme réglementaire .....	53
6.4.	Options à examiner.....	54
6.5.	Gestion de la réforme réglementaire .....	57

## Résumé exécutif

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

La politique de la concurrence doit être intégrée dans le cadre général d'action en matière de réglementation. Les principes et l'analyse sur lesquels repose cette politique servent de points de repère à l'évaluation de la qualité des réglementations économiques et sociales et motivent l'application des lois qui protègent la concurrence elle-même. Les impératifs de concurrence revêtent un rôle central dans les nouveaux plans de réforme du Japon. Or, la concurrence a par le passé joué un rôle annexe dans les politiques réglementaires du pays et certains aspects de l'approche interventionniste traditionnelle à l'égard de la réglementation, comme le contrôle et l'orientation des investissements et l'autorisation des ententes, étaient en contradiction avec les principes de la politique de la concurrence telle qu'elle est conçue aujourd'hui. L'attitude à l'égard de la politique de la concurrence est en train de changer au Japon. Les mesures et les programmes de réforme entrepris ou annoncés devraient battre en brèche certaines habitudes réglementaires anticoncurrentielles. L'efficacité, l'investissement et l'innovation dans l'économie - ainsi que le bien-être du consommateur - seront favorisés à partir du moment où l'équilibre entre l'offre et la demande ne sera plus invoqué pour justifier les contrôles à l'entrée, où les dérogations officielles à la législation générale sur la concurrence seront supprimées et où il n'y aura plus d'exemptions implicites découlant d'instructions administratives (« administrative guidance »).

Une solide politique de la concurrence sera encore plus nécessaire au Japon à l'avenir. Si la réforme de la réglementation stimule le changement structurel, la mise en œuvre vigoureuse de la politique de la concurrence est nécessaire pour empêcher que des comportements abusifs d'opérateurs privés n'annulent les avantages de la réforme. La Fair Trade Commission (FTC) du Japon, l'un des plus anciens et des plus importants organismes de la concurrence dans le monde, dispose d'un large éventail d'instruments d'analyse et de procédure. Cependant, la FTC est demeurée relativement inactive pendant la majeure partie des années antérieures à 1990, malgré une période d'assez intense activité dans la décennie 70. Elle n'a pas été en mesure d'empêcher toute une série de réglementations anticoncurrentielles qui ont même, à un moment, soustrait expressément plus d'un millier d'ententes à son domaine de compétence. Cette situation a changé depuis 1990, en partie parce que les préoccupations des partenaires commerciaux ont entamé la résistance opposée aux efforts de la FTC. Les ressources de la Commission ont été accrues et la mise en œuvre de la législation sur la concurrence s'est intensifiée, en particulier dans les secteurs industriels et dans les secteurs de la distribution traditionnels. Pour les activités qui ont été plus directement réglementées comme les transports et les services publics, la FTC a chargé des groupes d'étude de mettre au point des orientations et des recommandations. La mesure dans laquelle la FTC pourra assurer une application efficace de la loi dans ces domaines, qui sont depuis longtemps la chasse gardée des ministères sectoriels spécialisés, sera un test déterminant du sérieux de la politique de la concurrence.

Les principes de concurrence de plus en plus souvent invoqués par la FTC dans l'application de la loi cadre sur la concurrence du Japon représentent un changement radical par rapport à la notion de compromis, dans un cadre bien précis, qui caractérise une grande partie des relations d'affaires et des rapports traditionnels entre le gouvernement et les milieux d'affaires au Japon. Ces divergences impliquent qu'une réforme fondée sur les principes modernes de la concurrence sera difficile à mettre en œuvre. La FTC dispose d'un pouvoir juridique suffisant, mais elle s'est montrée parfois peu entreprenante dans l'utilisation de ce pouvoir.

### **Résumé exécutif** (suite)

Le succès et la viabilité des efforts actuels de réforme réglementaire dépendent beaucoup d'une meilleure intégration des principes généraux de concurrence dans les politiques réglementaires et d'une application plus vigoureuse des principes de concurrence, à travers une action de mise en œuvre publique et privée. Les mesures correctrices décidées par la FTC devraient être complétées par des dispositifs plus efficaces et crédibles permettant aux parties lésées d'obtenir directement satisfaction auprès des tribunaux. La FTC devrait être encore renforcée, en la dotant notamment des ressources économiques et juridiques nécessaires pour accroître son effort d'application de la loi, alors que d'autres instruments d'action, comme les sanctions pénales contre des pratiques telles que les soumissions concertées, devraient être vigoureusement mis en œuvre. Les ministres compétents devraient être chargés d'aider à l'instauration de conditions de véritable concurrence dans les secteurs dont ils assurent la tutelle (peut-être par la révision des lois fondamentales) et d'assurer la coordination avec la FTC pour veiller à une application efficace de la loi (au lieu de protéger les industries concernées de l'application de la loi). En outre, le gouvernement doit poursuivre son action afin d'éliminer les dérogations à la législation générale sur la concurrence, de mettre fin aux instructions administratives qui conduisent à tolérer les ententes et de faire en sorte que l'équilibre entre l'offre et la demande ne soit plus considéré comme une justification acceptable pour contrôler les entrées.

## 1. Les principes de la politique de la concurrence au Japon : fondements et contexte

Pendant la majeure partie de la période d'après-guerre, l'objectif essentiel de la politique économique du Japon était le développement et la croissance et nombreux étaient ceux qui considéraient dans le pays que la libre concurrence était incompatible avec cet objectif<sup>1</sup>. La politique de la concurrence était traitée comme une sorte de réglementation et non pas comme un principe d'organisation de l'économie. Ces priorités relatives se reflétaient dans le positionnement des institutions responsables. La politique de la concurrence était confiée à un organisme distinct, indépendant du gouvernement, mais pas suffisamment fort politiquement pour promouvoir efficacement ses politiques, alors que les ministères réglementant l'industrie et l'investissement et encourageant depuis toujours des pratiques non concurrentielles, étaient plus puissants. Aujourd'hui le succès économique du Japon rend possible, et même impératif, une réorientation des priorités de façon que la protection des consommateurs prenne le pas sur la course au développement. La FTC répond à cette nécessité et a réorienté ses propres efforts pour se concentrer sur les pratiques qui affectent l'efficacité des marchés. Le reste de l'appareil réglementaire doit suivre, également, de la manière envisagée dans les plans d'action sur la déréglementation, qui reconnaissent que la croissance ne peut plus venir de directives données par le centre, mais doit résulter d'entreprises autonomes et concurrentielles prêtes à prendre des risques.

Les objectifs de la loi fondamentale sur la concurrence pourraient servir de déclaration de principes pour les réglementations et politiques concernant la concurrence de manière générale. Les objectifs énoncés dans cette loi sont les suivants : « Encourager une concurrence libre et loyale, stimuler l'initiative créatrice des entrepreneurs, favoriser l'activité des entreprises, accroître le niveau d'emploi et le revenu réel de la population et, ainsi, promouvoir un développement démocratique et harmonieux de l'ensemble de l'économie, en veillant aux intérêts des consommateurs en général »<sup>2</sup>. Six domaines d'action peuvent être identifiés : mécanismes de libre concurrence, loyauté sur le marché, innovation privée, croissance économique (y compris expansion des entreprises, accroissement de l'emploi et hausse des revenus), démocratie politique et bien-être des consommateurs. La loi elle-même ne prévoit guère de possibilités de compromis entre ces objectifs, mais une éminente autorité judiciaire a déclaré que les deux derniers objectifs représentent « la finalité ultime » de la loi, ce qui implique que les autres sont subsidiaires ou complémentaires<sup>3</sup>.

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

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 encourager, voire exiger, un comportement ou des conditions représentant dans d'autres circonstances, une violation du droit de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent autoriser la coordination des prix, empêcher la publicité ou d'autres moyens de concurrence, voire exiger 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 réglementaires. Lorsque ces dispositions sont modifiées ou supprimées, les entreprises concernées 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 peut 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 essayer d'empêcher la concertation ou des comportements abusifs dans un secteur, tout comme la politique de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent fixer des critères de concurrence loyale ou bien des règles 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.

Le programme formel de déréglementation relie la politique de la concurrence à la réforme réglementaire, sans restreindre le choix des objectifs potentiels en termes de politique de la concurrence. Le Programme d'action de 1998 annonce un objectif global : « Créer un système socio-économique libre et équitable, totalement ouvert au monde extérieur et fondé sur les règles de transparence et les principes du marché ». Bien que dans le résumé introductif de ce programme ne figure pas le mot « concurrence », nombre d'aspects précis du programme visent à mettre en œuvre les politiques de la concurrence ou s'appuient sur ces politiques.

Au Japon, la loyauté sur les marchés est jugée traditionnellement tout aussi importante que la liberté dans les processus. Le terme « concurrence » s'accompagne généralement partout des adjectifs « libre » et « loyale ». L'autorité de la concurrence a considéré que la concurrence loyale était aussi indispensable que la libre concurrence. Les préoccupations généralisées exprimées dans l'opinion publique en faveur du principe de la loyauté vont donc bien dans le sens de l'action menée par cette autorité. La définition légale de la « concurrence » est axée sur les processus et les effets immédiats sur certaines activités. Dans la plupart des cas, la « concurrence » est une situation dans laquelle les entreprises peuvent vendre des biens ou des services similaires aux mêmes consommateurs, ou obtenir des produits similaires du même fournisseur, « sans modifier sensiblement leurs installations ou leurs types d'activités »<sup>4</sup>. Une telle définition devrait encourager une évaluation de la concurrence en termes de divergences des comportements par rapport à une situation de normalité et non sur la base de notions économiques comme les superprofits, l'efficacité allocative ou l'innovation.



Les autorités se sont attachées à préserver une structure industrielle concurrentielle, en évitant une forte concentration, encore que cela ne soit pas expressément prévu dans les objectifs de la loi. Au niveau opérationnel, un grand nombre des règles d'évaluation des effets d'un comportement sur la concurrence reposent sur un examen des structures. Récemment encore, l'approche à l'égard des fusions était, semble-t-il, essentiellement structurelle. La préoccupation la plus frappante à cet égard a été l'interdiction des sociétés holding, qui n'a été que récemment levée. Cette interdiction, qui a fait suite aux mesures prises pour démanteler les *zaibatsu* créés pendant la guerre, était probablement aussi jugée compatible avec l'objectif de promotion d'un développement « démocratique et harmonieux ».

L'objectif de protection du bien-être du consommateur gagne toujours plus de terrain. Il pourrait être à l'origine d'un aspect de la pratique traditionnelle en matière de mise en œuvre. Les ententes qui protègent les entreprises contre les pertes en cas de fléchissement de l'activité ont été tolérées, alors que celles qui ont essayé d'augmenter les prix (ou qui les augmentent trop) ont été remises en cause et pas seulement par la FTC<sup>5</sup>. Les actions engagées par la FTC contre les prix de vente imposés sont aussi motivées par les préoccupations que suscite le niveau élevé des prix à la consommation.

Jusqu'à récemment, la croissance économique n'a pas été reconnue comme un objectif essentiel de la politique de la concurrence, malgré ce qui est prévu par la loi. De fait, concurrence et croissance ont été considérées comme incompatibles pendant la majeure partie de la période d'après-guerre<sup>6</sup>. D'abord dans l'intérêt de la croissance, et ensuite dans celui de la loyauté sur le marché, on a souvent privilégié d'autres politiques et intérêts au détriment de la politique de la concurrence. Il ne s'agissait pas seulement de situations dans lesquelles d'autres valeurs et intérêts sociaux le justifiaient. En fait, la politique de la concurrence a souvent été sacrifiée dans l'intérêt de la stabilité des approvisionnements, voire pour protéger ou encourager des secteurs particuliers. Dans la loi sur la concurrence, le développement de l'économie nationale et la promotion du bien-être des consommateurs sont considérés comme des objectifs distincts, ce qui implique qu'il peut y avoir des compromis entre eux et que l'un et l'autre objectifs ne conduisent pas toujours aux mêmes décisions politiques<sup>7</sup>. La promotion du développement économique est jugée prioritaire.

Dans de nombreux pays, les vues sur l'incidence de la concurrence sont ambivalentes. Au Japon, le scepticisme peut être renforcé par certains aspects de la culture et de la société. Il n'y a guère de raisons de penser que les motivations essentielles des entreprises sont fondamentalement différentes au Japon et dans les autres économies de marché. Partout, les entreprises doivent faire des profits (quoique les niveaux de profits requis au Japon puissent être plus bas qu'ailleurs) et les entreprises se rendent compte généralement qu'elles peuvent améliorer leur rentabilité grâce à la collusion ou à l'exclusion de nouveaux concurrents<sup>8</sup>. Au Japon, cependant, des caractéristiques culturelles comme l'importance accordée à la cohésion de groupe, la méfiance à l'égard de l'individualisme et le souci d'éviter des situations personnellement embarrassantes, peuvent encourager encore plus l'action collective et permettre d'expliquer pourquoi le gouvernement a fait autant pour gérer les risques et supprimer la concurrence « excessive » dans l'économie<sup>9</sup>. Les préoccupations quant à la stabilité de l'activité et du marché, et la crainte qu'un renforcement de la concurrence et une diminution de la réglementation ne conduisent à des pertes d'emploi, sont courantes également dans les économies de marché, mais elles semblent avoir un impact particulièrement profond au Japon. Non seulement les entreprises japonaises mais aussi les consommateurs japonais sont prêts, dit-on, à acquiescer les prix élevés qu'entraîne inévitablement un système non concurrentiel, persuadés que ce système est en quelque sorte plus stable, plus sûr et plus équitable qu'un marché concurrentiel. Prendre conscience de l'incidence des attitudes culturelles japonaises sur la politique de la concurrence est important lorsqu'on cherche à déterminer l'orientation que peuvent suivre la politique et la réforme, car la plupart des structures formelles mettant en œuvre la politique de la concurrence, ainsi qu'un grand nombre des propositions de réforme de ces structures, ont été empruntées à d'autres ou imposées par d'autres. Dans le contexte japonais, les structures empruntées ou importées peuvent aboutir à des résultats différents.

L'idée de recourir à des ententes pour gérer l'investissement et atténuer les difficultés dues à la contraction de l'activité économique prit forme au Japon durant la récession de l'après-guerre, en 1905. C'est dans les années 1880 que les premières ententes firent leur apparition. Il n'y avait pas de loi contre elles, mais elles ne proliférèrent pas. Les quelques ententes formelles concernaient bien, toutefois, de grandes industries à l'exportation, comme les filatures. En encourageant les ententes formelles dans les années 20, le gouvernement japonais suivait le modèle allemand. A compter des années 20 et jusqu'à la deuxième guerre mondiale, les ententes étaient non seulement tolérées mais officiellement encouragées, voire exigées. Malgré quelques objections, la plupart des responsables, des entreprises et des universitaires approuvaient l'idée d'une direction centrale. Rien n'était envisagé en vue d'une politique anti-ententes<sup>10</sup>.

Au cours de l'occupation du pays par les États-Unis, après la seconde guerre mondiale, la politique s'est inversée. La loi antimonopole et le nouvel arsenal juridique anti-ententes, étaient, comme les anciennes lois qui les avaient encouragés, importées d'ailleurs. La loi-cadre se rapprochait de près des lois Sherman et Clayton. La structure de mise en œuvre était la copie conforme de la FTC des États-Unis. Cette politique importée ne reçut pas l'appui de la communauté des affaires et elle était politiquement vulnérable. Lorsque l'occupation prit fin, la portée de l'AMA fut réduite (en 1953) au moyen de la suppression de la disposition spéciale contrôlant les associations commerciales, de l'élimination de l'illicéité automatique et d'un certain assouplissement dans la mise en œuvre du fait de l'autorisation des pratiques de prix imposés et des cartels de crise ou de rationalisation. Par certains aspects, ce retour en arrière suivait aussi un modèle étranger, à savoir la proposition qui visait alors à autoriser les cartels de crise dans la loi sur la concurrence de l'Allemagne. Cependant, une nouvelle tentative d'annulation quasi-totale de l'AMA en 1958 échoua. Les entreprises et les ministères souhaitant des solutions non concurrentielles durent, alors, céder face au soutien apporté à la FTC par les groupes de consommateurs, de travailleurs et d'agriculteurs<sup>11</sup>.

Bien qu'elles aient échappé à une élimination complète, les dispositions en matière de concurrence ont rarement été invoquées durant la majeure partie des années 50 et 60, la loi n'étant guère appliquée<sup>12</sup>. La politique de la « concurrence » dans beaucoup de secteurs devint une politique de l'investissement décidée au niveau central, avec une prolifération d'exemptions explicites et d'instructions implicites. La rivalité était contrôlée et utilisée essentiellement pour diminuer les coûts et améliorer la productivité de façon à stimuler les exportations. Les entrées étaient assujetties à la surveillance de l'État, le gouvernement et non plus le marché se chargeant d'évaluer l'équilibre probable entre l'offre et la demande.

La Commission continuait, cependant, de défendre le principe de la promotion du processus concurrentiel. Au début des années 60, la législation et l'organisme pouvaient se prévaloir d'un bilan suffisant pour commencer d'être pris davantage au sérieux en tant qu'institutions japonaises, et non plus en tant qu'institutions importées<sup>13</sup>. La FTC s'opposa aux propositions visant à accroître l'intervention de l'État et à permettre de très grandes fusions, par exemple. Cependant, il fallut attendre la fin des années 60 pour que la Commission essaie de bloquer une fusion encouragée par un autre ministère. Ce n'est que dans les années 70, face aux chocs pétroliers, que la FTC utilisa les sanctions pénales prévues par la loi dans le cas de prix imposés. Elle poursuivit cet effort de mise en œuvre en proposant d'importantes modifications visant à renforcer la législation. La plupart de ces modifications furent adoptées en 1977 : surtaxes pour les ententes, mesures correctrices dans les « situations de monopole », rapports sur la fixation parallèle des prix dans les oligopoles, contrôles plus stricts sur les concentrations et renforcement des recours et amendes, d'une manière générale. Cependant, les autres ministères reçurent aussi de nouvelles attributions leur permettant d'orienter les industries sur la voie de la restructuration et, au début des années 80, l'action menée par la FTC contre les ententes fut affaiblie par des pressions politiques<sup>14</sup>. Malgré le renforcement de la loi sur la concurrence, les efforts de mise en œuvre de la Commission furent battus en brèche. Alors

que dans les années 70, elle avait engagé en moyenne trente-quatre actions formelles par an, dans les années 80, cette moyenne était tombée à onze. (Certains observateurs estiment que le renforcement des mesures correctrices a en fait conduit à des statistiques plus faibles en matière de mise en œuvre, car les entreprises ont réagi à l'accroissement des risques en détruisant les documents et en rendant donc plus difficile pour la FTC de faire la preuve d'infractions)<sup>15</sup>.

La mise en œuvre de la législation sur la concurrence a été relancée dans les années 90. Cette volonté de renouveau, comme la législation d'origine, a été imputable aux pressions exercées de l'étranger. Cette fois, il s'est agi de plaintes formulées dans le cadre de différends commerciaux avec les États-Unis et selon lesquelles le laxisme de la politique de la concurrence conduisait à donner aux entreprises japonaises des avantages commerciaux indus, tout en tolérant des restrictions sur les importations concurrentielles. Quel que soit le bien-fondé de ces plaintes, le Japon a répondu en prenant plusieurs engagements destinés à accroître les ressources et la visibilité dans le domaine de la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Un grand nombre d'entre eux correspondaient à des changements que la FTC prônait depuis longtemps. La Commission a participé objectivement et activement aux négociations. À l'issue de ces négociations, le gouvernement japonais s'est engagé à renforcer l'action contre les cartels d'exclusion, à privilégier davantage la mise en œuvre transparente et formelle et les poursuites et à prêter une plus grande attention aux problèmes de concurrence dans le système de distribution et les regroupements d'entreprises ou *keiretsu*. La FTC a accru son activité formelle de mise en œuvre, renforcé ses lignes directrices concernant les problèmes horizontaux et verticaux, modernisé ses normes en matière de fusion, accru ses effectifs et son budget, et elle est intervenue davantage pour conseiller les autres ministères sur les problèmes de concurrence.

Malgré les succès récents, la politique de la concurrence reste un objet importé difficile à manier dans la culture d'entreprise et la culture gouvernementale japonaises et son statut à long terme demeure incertain. D'après une analyse récente d'universitaires japonais et britanniques, la FTC est un « organisme unique et vulnérable administrant des lois très peu populaires sur la base d'un modèle largement rejeté de concurrence sur le marché », jouant un rôle « ambigu et difficile », avec un « écart énorme » entre ses attributions théoriques et la pratique effective. Cet écart se réduit mais « la renaissance de la politique de la concurrence au Japon est récente, partielle et loin d'être assurée »<sup>16</sup>.

L'évolution de la conception japonaise de la politique de la concurrence, les variations dans l'intensité et le contenu de cette politique, ainsi que les incertitudes quant à la vigueur actuelle des engagements, ne sont pas uniques au Japon et se retrouvent bien entendu dans d'autres pays de l'OCDE. Aux Pays-Bas, par exemple, une tradition corporatiste encourage le soutien et la coopération mutuels et, pendant longtemps, le maintien des petites et moyennes entreprises a empêché le développement d'une politique de la concurrence vigoureuse, en particulier des règles claires contre les ententes. Là encore, les ententes n'étaient pas simplement tolérées, mais encouragées, jusqu'à récemment, lorsqu'une étape importante du processus de réforme réglementaire a inversé cette évolution. Il reste à savoir si, là aussi, le regain d'intérêt dont a fait l'objet la mise en œuvre de la politique de la concurrence résistera au ralentissement économique. L'histoire des États-Unis montre les mêmes périodes d'alternance que celles du Japon, même si la culture politique et sociale américaine admet davantage la concurrence. Aux États-Unis, également, l'adoption des lois-cadres initiales, de 1890 à 1914, a été suivie d'une période de réaction négative, de retrait dans les années 20. Lors de la Grande Dépression, la première réaction des autorités de la concurrence aux États-Unis a été d'insister sur l'aspect de la concurrence qui concerne l'équité, y compris en assurant la coordination au moyen de consultations et de conseils pratiques par secteur. Ces stratégies, et structures réglementaires aux objectifs identiques, ont perduré durant la période d'après-guerre et c'est leur obsolescence qui a permis l'éclosion du grand mouvement de réforme réglementaire des années 70. Aujourd'hui, le Japon pourrait aussi être confronté à l'obsolescence de sa conception traditionnelle des rôles relatifs de la réglementation directive et de la politique de la concurrence.

Les données du débat actuel concernant la réforme réglementaire au Japon montrent combien il reste difficile dans ce pays d'accepter de considérer la concurrence comme une relation de rivalité autogénérée et non comme une relation contrôlée, voire suscitée par le centre. Le programme de déréglementation de 1998 mélange concurrence et contrôle. L'un de ses grands objectifs est de créer les conditions d'une concurrence véritable et loyale. Ce programme réclame l'abolition des cartels de rationalisation et de crise et implique que la politique de la concurrence figurera désormais au nombre des responsabilités des ministères de l'Industrie. Les restrictions à l'entrée, en particulier le concept d'équilibrage de l'offre et de la demande par la réglementation, doivent être réexaminées et le programme dispose que le but pourrait être de les réduire voire même de les abolir. Cependant, il prévoit aussi une hiérarchisation sectorielle et oriente les investissements vers les activités qui seront vraisemblablement les secteurs de croissance de l'avenir ou qui auront des retombées positives sur la performance économique de manière générale. Davantage de dérogations à la législation sur la concurrence seront éliminées, mais les ministères auront encore la possibilité d'aider les différents secteurs à répondre collectivement aux chocs économiques et de guider la restructuration. Si la procédure de réexamen est retardée ou édulcorée, certains des contrôles à l'entrée soit demeureront en place indéfiniment, soit seront éliminés selon un calendrier étalé sur une période de quinze années.

Malgré cette difficile transition, les institutions et les traditions japonaises sont à même de soutenir une politique de la concurrence plus vigoureuse, alternative moderne, appuyée à l'échelle internationale, à une protection inefficace et en fin de compte destructrice des entreprises et secteurs non concurrentiels. Dans cette optique, il est nécessaire, et profitable, d'élargir le fondement institutionnel de la politique de la concurrence en permettant davantage le recours à des actions privées indépendantes et en donnant à d'autres autorités au sein du gouvernement des responsabilités additionnelles pour protéger et promouvoir la concurrence. Les pratiques réglementaires sont le reflet de cultures particulières, de sorte qu'elles ne changeront pas rapidement. Cependant, un engagement plus large et plus profond en faveur de la politique de la concurrence devrait animer les organismes qui autrefois orientaient les investissements et cherchaient à éviter les faillites et les amener à s'occuper désormais du renforcement des institutions du marché et à rechercher des moyens plus efficaces de faire face au changement.

## **2. Les principaux éléments de la panoplie : contenu de la législation en matière de concurrence**

Pour que la réforme réglementaire donne les meilleurs résultats, le droit de la concurrence doit permettre de protéger l'intérêt public sur les marchés où la réforme de la réglementation élargit les possibilités de concurrence. La législation générale du Japon sur la concurrence fournit un cadre généralement adéquat pour la mise en œuvre d'une réforme fondée sur les principes du marché. La complexité de la loi cadre et les relations institutionnelles avec d'autres ministères donnent au processus de réforme de nombreux atouts, mais suscitent aussi des difficultés. Le principal problème n'est pas seulement le contenu de la loi mais la façon dont elle est appliquée et en particulier la multitude de moyens, officiels ou non, grâce auxquels on peut se soustraire à la concurrence.

Le droit de la concurrence japonais se fonde essentiellement sur la loi antimonopole de 1947 (AMA), telle que modifiée. Cette loi interdit toute restriction déraisonnable aux échanges, les monopoles privés, les situations de monopole ainsi que les pratiques déloyales et les fusions anticoncurrentielles. Elle est complétée par de nombreuses réglementations et directives ainsi que par d'autres lois concernant certains aspects de la concurrence déloyale, notamment la sous-traitance et les méthodes de commercialisation trompeuses<sup>17</sup>. Cependant, la politique de la concurrence au sens large a été fondamentalement affectée par une myriade de lois et dérogations spéciales, formelles et informelles, qui ont encouragé ou toléré les ententes, les fusions et les contrôles de la distribution, contredisant l'esprit,

sinon la lettre, des principales interdictions prévues dans l'AMA. Ces dernières années, des mesures ont été prises pour éliminer ces dérogations et passer à une politique de la concurrence cohérente et généralement applicable, susceptible de régler le comportement des entreprises.

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

Le droit général de la concurrence traite les problèmes du pouvoir de monopole dans trois optiques distinctes : relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, actions d'une seule entreprise et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, celle des **accords**, est souvent subdivisée à des fins analytiques en deux groupes : accords « horizontaux » entre entreprises opérant au même stade 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 du pouvoir économique d'une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent appelée « **fusions** » ou « **concentrations** » comprend généralement les autres types de regroupement structurel, 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 limitation 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, la législation s'efforce 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, peuvent aussi affecter la concurrence, mais le caractère positif ou négatif de cette coopération dépendra sans doute des conditions du marché. Aussi, la plupart des législations traitent-elles ces autres types d'accords en prenant en compte 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 hausse 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 des accords verticaux sur la concurrence peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le régime juridique des différents types d'accord verticaux varie encore davantage que des 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 exclusives peuvent encourager un plus gros effort de vente du produit ou 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 pouvant être importants 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 concernent 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 plus faible ou de moins bonne qualité. Il sera sans doute aussi moins probable qu'il génère des méthodes plus efficaces ou des produits novateurs. Les lois contre la monopolisation visent généralement les pratiques d'exclusion dans lesquelles les entreprises peuvent essayer d'obtenir ou de préserver 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 ces lois, il peut y avoir violation en cas de prix trop élevés.

Le **contrôle des fusions** s'efforce d'empêcher la création, par le biais d'acquisitions et de 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 la légalité repose sur les dispositions concernant la position dominante et aux restrictions ; dans d'autres, le critère utilisé est l'effet probable sur la concurrence de manière générale. Le processus analytique généralement appliqué demande que soient caractérisés 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 sous une forme ou l'autre le critère de la part de marché, soit pour orienter les enquêtes futures, soit comme présomption quant à la légalité ou l'illégalité de l'opération. Les fusions sur des marchés exceptionnellement concentrés, ou créant des entreprises qui ont 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 définissent aussi des procédures spéciales d'enquêtes accélérées, 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**

Les accords anticoncurrentiels sont considérés comme des « restrictions déraisonnables aux échanges », interdites par l'article 3 de l'AMA. La définition légale couvre toutes les formes de contrats, accords ou actions concertées, qui visent à contrôler les prix ou à limiter la production, la technologie, les produits, les installations, les clients ou les fournisseurs<sup>18</sup>. La principale sanction prévue consiste à donner l'ordre de cesser le comportement préjudiciable ou de prendre des mesures correctrices.

Pour les infractions relatives aux prix, y compris celles qui affectent les prix en limitant la production, la mesure la plus importante est l'imposition d'une « surtaxe ». Conçue comme un moyen de confisquer les bénéfices indus des entreprises enfreignant la loi, la surtaxe représente un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé durant la période de l'entente. Le taux de base est de six pour cent. Des taux moins élevés sont appliqués contre les ententes dans le commerce de gros ou de détail ou contre celles impliquant des petites entreprises. Le taux est fixé par la loi et doit être appliqué, quels que soient les autres facteurs entrant en jeu ou le montant des superbénéfices, chaque fois que la FTC considère qu'il y a infraction concernant les prix. Le taux a été relevé dans les années 90, où il était de 1.5 pour cent, de façon à l'aligner sur les taux appliqués dans des circonstances analogues dans l'UE et aux États-Unis. Mais il reste un peu inférieur au taux de base appliqué dans les autres juridictions ; en outre, ces juridictions prennent en compte également le niveau effectif des superbénéfices dans chaque cas. Le fait que la FTC ne puisse agir à son gré, tant pour ce qui est du recouvrement de la surtaxe que de la fixation du taux, est considéré par certains comme un avantage dans le contexte japonais, car le processus est ainsi moins controversé.

Des sanctions pénales sont aussi prévues. Dans le cadre de l'AMA, des amendes et des peines d'emprisonnement peuvent être ordonnées en cas de restrictions des échanges d'une manière générale<sup>19</sup>. En outre, le Code pénal prévoit des sanctions contre les soumissions concertées pour les projets publics<sup>20</sup>. La FTC a annoncé qu'elle adoptait une règle de conduite consistant à engager des poursuites pénales dans les cas les plus évidents d'ententes sur les prix ou la production, d'accords de partage du marché, de soumissions concertées et de boycotts, de nature à avoir une large incidence sur le niveau de vie de la population, ainsi que dans les cas d'entreprises récidivistes ou d'entreprises qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour mettre fin à l'infraction. Le procureur général est saisi des affaires pénales. Les actions pénales au titre de l'AMA exigent un renvoi préalable par la FTC. Le procureur peut engager une action contre les soumissions concertées au titre du Code pénal, de façon indépendante, sans en référer à quiconque.

L'arbitrage entre effets anticoncurrentiels et effets pro-concurrentiels est en cause, au moins dans une certaine mesure, dans presque toutes les affaires relevant de l'AMA. Au départ, la loi couvrait l'illicéité automatique, mais les dispositions en question ont été éliminées en 1953. Pour déterminer s'il y a ou non infraction à l'article 3, la FTC doit prouver que le comportement fait sensiblement obstacle à la concurrence dans un domaine particulier et qu'il est contraire à l'intérêt public. Cependant, le critère de « l'intérêt public » est défini étroitement, dans l'optique de la cohérence avec les objectifs de l'AMA. En outre, l'obligation implicite de définir un marché et d'évaluer les effets n'a pas empêché la FTC de considérer en principe que les accords affectant les prix ont bien les effets visés. Par exemple, dans ses lignes directrices, notamment celles applicables aux associations commerciales, les ententes qui concernent les prix ou restreignent l'entrée sont considérées comme des infractions « de principe », ce qui veut dire qu'elles violent la loi même si, dans un cas particulier, il est démontré qu'il n'y a pas eu en fait d'effets anticoncurrentiels sur un marché donné. Ces infractions « de principe » sont distinctes d'autres types de comportement, dont l'illégalité peut être contestée du fait de l'absence, dans des cas particuliers, d'effets anticoncurrentiels. La FTC utilise bien évidemment le critère de la part de marché pour estimer les effets concurrentiels. Les restrictions qui affectent moins de la moitié du marché ne seront vraisemblablement pas considérées comme illégales ; celles qui affectent plus de 80 pour cent sont supposées illégales ; celles qui se situent entre ces deux chiffres sont assujetties à d'autres critères<sup>21</sup>. (Une forme de pratique horizontale, les boycotts, est aussi considérée dans une section différente de la loi comme une pratique commerciale déloyale, pour laquelle les effets sur la concurrence ne doivent pas être démontrés dans chaque cas). Les possibilités d'arbitrage existant dans certains cas devraient rendre la loi sensible à des facteurs économiquement importants et éviter des applications perverses. En revanche, la tâche d'un organisme de la concurrence est d'autant plus lourde qu'il faut faire la preuve des effets et respecter le critère de l'intérêt public, ce qui rend sans doute plus difficile l'application de la loi aux accords non concurrentiels qui ont bénéficié du soutien tacite ou exprès des autres parties du gouvernement.

Le large intérêt porté à la loyauté entre concurrents complique la mise au point de règles claires contre la coopération anticoncurrentielle dans un secteur. Il peut sembler naturel d'établir les principes de base d'un comportement loyal à partir de la pratique courante du secteur. De fait, on considère depuis longtemps qu'il appartient légitimement à l'État de guider un secteur vers ce type de consensus. En conséquence, un problème répandu de la politique de la concurrence a tenu au fait que l'État a appuyé ou toléré des formes de coordination sectorielle horizontale, soit en encourageant et en défendant des ententes explicites et des accords de partage des marchés, soit en recourant à des moyens moins directs, allant de l'utilisation d'associations commerciales comme substituts ou instruments de la réglementation publique, à la promotion de la coordination tacite dans des secteurs oligopolistiques et aux instructions administratives qui confirment le consensus sur le comportement non concurrentiel et maintiennent un certain ordre à cet égard.

La soumission concertée, qui est aujourd'hui une priorité de l'effort de mise en œuvre, est un exemple majeur de la collusion tolérée par l'État. La soumission concertée bénéficie souvent du soutien tacite et même explicite des organismes gouvernementaux qui sollicitent les offres. La plupart des cas de ce type ont fait l'objet d'actions administratives normales, mais les actions pénales sont de plus en plus nombreuses. Des poursuites pénales engagées au titre de l'AMA contre vingt-cinq vendeurs désignés de compteurs d'eau, qui avaient organisé une soumission concertée dans le cadre d'un appel d'offres de l'administration municipale de Tokyo, ont conduit à la mise en accusation de vingt-cinq sociétés et de trente-quatre salariés. Les amendes se sont élevées au total à 155 millions de yen et les employés ont été condamnés à des peines d'emprisonnement de six à neuf mois, suspendues pour deux ans<sup>22</sup>. Une procédure pénale engagée en 1995 par la FTC a conduit à la mise en accusation en 1996 de neuf fabricants de matériel électrique qui avaient soumissionné frauduleusement pour la mise en place d'équipements électriques commandés par l'administration japonaise des égouts et à l'imposition à leur encontre d'amendes de 460 millions de yen et de peines d'emprisonnement (suspendues). En outre, la FTC a imposé des surtaxes de 1 036 millions de yen<sup>23</sup>.

La mise au point de règles de mise en œuvre plus rigoureuses contre les soumissions concertées dans le secteur de la construction, qui a exposé la FTC à des risques politiques intérieurs considérables<sup>24</sup>, a été facilitée par des mesures d'incitation et l'exemple. A la fin des années 80, les plaintes portant sur des soumissions concertées pour des projets concernant des installations militaires des États-Unis ont conduit à des peines relativement légères au titre de l'AMA. La FTC, qui a peut-être été gênée par des subtilités juridiques et techniques, a fini par partager certains de ses éléments d'information avec le plaignant<sup>25</sup>. Les menaces de poursuites indépendantes qui ont suivi ont conduit à des règlements sensiblement plus importants. Dans le cas de la base navale de Yokosuka, l'importance du règlement - 4 700 millions de yen - donne à penser que la fraude était deux fois plus importante que celle supposée par la FTC et que l'effet anticoncurrentiel effectif était vingt fois plus grand. Depuis lors, les sanctions ont été durcies et la FTC s'est montrée plus agressive.

La soumission concertée illustre les conditions difficiles dans lesquelles la FTC a dû travailler<sup>26</sup>. La pratique courante pendant un siècle a été que les ministres désignent les entreprises dont ils accepteraient les offres et que les entreprises conviennent entre elles de celles qui remporteraient le marché. Des groupes de consommateurs ont protesté contre les impôts élevés auxquels conduisait ce système, mais celui-ci bénéficiait du soutien de puissants hommes politiques en raison des importants bénéfices en jeu. Les actions engagées face aux problèmes du secteur de la construction, même celles de caractère générique, pouvaient être interprétées comme des attaques contre les hommes politiques en place. En 1984, les manœuvres politiques ont forcé la FTC à publier des lignes directrices sur l'industrie de la construction qui ont permis la poursuite des échanges d'informations, alors même que les pratiques de soumission concertée étaient considérées comme illégales<sup>27</sup>. Cependant, le consensus en faveur de la réforme, qui est apparu après que les scandales Shin Kanemaru du début des années 90 eurent entraîné la chute du gouvernement LDP, permet désormais à la FTC de se concentrer sur ce sujet. Le fait que les lignes directrices de 1984 aient été remplacées en 1994 est un signe de la réhabilitation de la FTC.

D'après les lignes directrices actuelles, les ententes visant à désigner l'entreprise qui remportera l'offre, à fixer le montant minimum de l'offre ou la façon dont les offres peuvent être divisées violent toutes l'article 3 « en principe », c'est-à-dire que les parties ne peuvent pour se défendre invoquer l'argument selon lequel leur comportement n'a pas nui à la concurrence. D'autres types de comportement, y compris les échanges d'informations sont considérés comme « très suspects » s'il apparaît qu'il s'agit d'éléments d'une entente expresse ou tacite en vue d'une soumission concertée. Les lignes directrices présentent un examen détaillé des lois cadre, expliquent les types de comportement qui seront vraisemblablement autorisés et ceux qui sont illégaux et récapitulent les décisions de la FTC qui intéressent les points à examiner. Non seulement, la FTC a ainsi pu informer les secteurs industriels et



commerciaux de leur responsabilité potentielle, mais elle a aussi appris aux organismes qui lancent des appels d'offres ce qu'ils devaient faire pour se protéger. Cette action commence de porter ses fruits : la ville de Zama a désormais pour ligne de conduite de sanctionner les entreprises soupçonnées de soumission concertée, ce qui lui a permis lors de son dernier appel d'offres d'économiser 700 millions de yen au titre d'un projet routier<sup>28</sup>.

Les associations commerciales sont une source courante de problèmes en matière de concurrence, au Japon comme partout ailleurs. Les associations commerciales nationales et régionales enregistrées sont au nombre de 15 000. Dans le commerce de détail à lui seul, on en compte environ 4 000, dont beaucoup sont organisées par produit. Les associations commerciales ont depuis toujours favorisé les relations anticoncurrentielles, tant au sein des secteurs qu'entre ceux-ci. Les associations d'entreprises travaillant dans des secteurs interdépendants ont conclu des accords d'exclusivité complexes afin d'empêcher les nouvelles entrées et de stabiliser les relations avec les consommateurs<sup>29</sup>. Il devient de plus en plus difficile de corriger ce comportement anticoncurrentiel lorsque, comme au Japon, les associations ont des relations étroites avec les ministères compétents, qui les utilisent pour réaliser leurs objectifs administratifs. Ainsi, une association peut essayer de défendre son comportement en prétendant qu'elle a fait ce qu'un autre ministère lui a dit de faire. La FTC a constaté qu'une forte proportion des infractions commises par les associations commerciales ont d'une manière ou d'une autre des liens avec des réglementations ou des mesures administratives<sup>30</sup>. A l'issue d'une enquête qu'elle a réalisée en 1998 auprès des entités sans but lucratif, pour beaucoup des associations commerciales en vertu de la définition légale, la Commission a constaté des risques de rejet de l'innovation ou d'exclusion des concurrents dans cinq trente-deux entités s'occupant de l'établissement de normes de produit et de la certification (les secteurs concernés étaient le traitement des eaux usées, les services médicaux, le matériel des centrales électriques, le butane et le propane et les piles).

Une section distincte de l'AMA concerne directement les infractions des associations commerciales. Elle interdit à toute association commerciale de faire sensiblement obstacle à la concurrence, de limiter le nombre d'entreprises dans un domaine d'activité, de restreindre « indûment » la façon dont les entreprises membres peuvent faire des affaires ou d'inciter les entreprises, y compris celles qui ne sont pas membres, à s'engager dans des pratiques déloyales<sup>31</sup>. Les associations commerciales devront informer la FTC de leur constitution et des changements importants survenus dans leur organisation. Les dispositions spéciales relatives aux associations commerciales ont potentiellement une portée plus large et plus générale que les autres interdictions de l'AMA, mais les recours disponibles sont plus restreints. A une époque, on s'appuyait surtout sur les dispositions spéciales pour mettre en œuvre la loi sur les infractions horizontales, de sorte que les différentes entreprises concernées ont évité les sanctions et la publicité à propos de leurs infractions. L'introduction de pénalités a changé la pratique, car les pénalités imposées à une association commerciale sont à la charge de ses membres. Les affaires intéressant les associations relèvent maintenant davantage des articles généraux de la loi antimonopole, afin de mettre en jeu la responsabilité des entreprises membres et de leurs dirigeants.

Dans ce domaine aussi, la FTC s'est appuyée fortement sur les lignes directrices et l'information, en plus de la mise en œuvre. Les lignes directrices de 1995 sur les activités des associations commerciales décrivent les dispositions législatives et les pénalités applicables de façon détaillée. Elles définissent aussi une procédure pour que les associations commerciales consultent au préalable la FTC pour savoir si leurs plans sont conformes à la loi. Une grande partie du travail de la FTC relatif aux associations commerciales consiste à fournir des conseils en réponse à ces demandes. Bien qu'il ne s'agisse donc que d'orientations d'ordre réglementaire et non de mesures de mise en œuvre, ces interventions devraient permettre d'éviter certains problèmes. Trente pour cent environ de ces demandes font apparaître des risques d'infraction. Étant donné que cette activité de consultation ne figure pas dans les statistiques, la FTC n'est pas suffisamment créditée de son action dans ce domaine<sup>32</sup>. Pourtant, il ne fait aucun doute que des problèmes substantiels demeurent.

Le recours par les ministères aux instructions administratives pour aider les secteurs industriels et commerciaux à contrôler ou à empêcher la concurrence est un problème difficile qui a donné lieu à de nombreux conflits. Les instructions informelles sont officiellement interdites. La loi de 1993 sur les procédures administratives précise les formalités nécessaires pour une action administrative. Les instructions et les conseils ministériels sont censés être élaborés et publiés formellement et publiquement. En outre, la FTC a précisé, dans sa ligne directrice de 1994 concernant les instructions administratives, que celles-ci ne peuvent être invoquées pour justifier un comportement qui constitue autrement une infraction à l'AMA. En vertu de cette ligne directrice, le respect par une entreprise d'une instruction administrative qui est publiée dans les formes et en application d'une loi particulière l'autorisant, n'engagera pas sa responsabilité aux termes de l'AMA. Cependant, une entente passée par une entreprise avec ses concurrents pour faciliter le respect de la ligne directrice en question peut, néanmoins, constituer une infraction à la loi. Observer des instructions qui ne sont pas fondées sur une loi spécifique ou une réglementation expose l'entreprise qui les applique à des responsabilités qui dépendent de l'objectif et du contenu des instructions en question et des moyens d'action qu'elles préconisent. Le principal critère à cet égard tient à la question de savoir si ces instructions ont une incidence directe sur les mécanismes du marché.

Certains des objectifs des instructions administratives, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, ne sont vraisemblablement pas de nature à affecter directement les mécanismes du marché, d'une manière qui puisse conduire à une violation de l'AMA. D'autres objectifs sont plus problématiques tels que la stabilisation des prix, l'établissement de conditions d'équité et de transparence dans les transactions entre entreprises et la protection des petites entreprises ; des instructions qui visent à empêcher une concurrence excessive, à ajuster l'offre et la demande, à compenser les avantages et désavantages entre entreprises, à maintenir l'ordre dans une industrie, ou à empêcher les prix de baisser répondraient à l'évidence au critère d'« incidence directe ». S'agissant du contenu, les instructions portant sur les techniques commerciales, la qualité, les normes, la publicité et les représentations n'ont pas nécessairement une incidence directe sur le marché, même si tous ces éléments jouent un grand rôle dans la concurrence. Cependant, les instructions susceptibles de restreindre les choix de l'entreprise quant à l'entrée, les prix, la production et l'investissement auront vraisemblablement un effet direct et potentiellement problématique. Tant pour ce qui est des objectifs que du contenu, les lignes directrices de la FTC concernant les instructions administratives sont assez tolérantes, peut-être pour mettre en avant l'attitude raisonnable de l'autorité et souligner son sérieux face aux problèmes difficiles auxquels elle cherche à remédier. Quant aux méthodes, ces lignes directrices se font l'écho de celles relatives aux associations commerciales, s'appuyant sur le principe que les instructions dont l'efficacité dépend de la coordination au sein d'une association commerciale, voire d'une interdépendance tacite reconnue, auront vraisemblablement aussi un effet non admissible. Il est intéressant de noter qu'une grande partie des exemples donnés dans ces lignes directrices concernent aussi les associations commerciales.

Les efforts faits pour contrôler les instructions administratives de nature anticoncurrentielle vont dans le bon sens, mais leur portée n'est pas évidente. Les lignes directrices de la FTC ont été publiées en 1994 mais il y a eu depuis seulement deux affaires pour lesquelles la FTC a constaté des infractions à l'AMA alors que les entreprises suivaient manifestement des instructions administratives informelles. Le programme d'action de 1998 sur la déréglementation demande aux ministères de consulter au préalable la FTC pour s'assurer que la suppression de réglementations anticoncurrentielles n'est pas compromise du fait de leur remplacement par des dispositions équivalentes sous la forme d'instructions administratives équivalentes. Cette disposition ne concerne que les instructions reposant sur une réglementation ou une décision expresse et ouverte. Les instructions implicites et masquées sont aussi un sujet de grave préoccupation. Malgré la déclaration de la FTC selon laquelle la coordination sanctionnée par des instructions et des avis informels constitue une infraction à l'AMA, les parties sont sans doute réticentes à demander des mesures de mise en œuvre contre ce type de coordination, par crainte de se trouver

également exposées mais aussi, ce qui est plus important, par crainte de s'attirer les foudres des concurrents, fournisseurs ou ministères avec lesquelles elles doivent maintenir des relations. Des instructions implicites et occultes constituent un problème plus difficile à régler que des comportements résultant d'une instruction formelle. La preuve est beaucoup plus difficile à faire et la conduite en cause plus difficile à attaquer sur un plan légal. Des effets anticoncurrentiels peuvent se manifester sans action coupable d'agents économiques et sans mise en cause d'une instruction ministérielle. Relâcher une réglementation afin de permettre l'entrée peut être sans effet sur la promotion de la concurrence, si toutes les entreprises intéressées s'en tiennent à la mise en garde d'un ministère puissant leur enjoignant de ne pas essayer d'entrer. C'est, semble-t-il, ce qui est arrivé dans les secteurs des transports et de la finance. Le résultat est équivalent à un boycott, pourtant il n'y a personne à poursuivre.

En dépit de ces difficultés et complications, les cinquante années d'expérience dans l'application de la loi ont permis l'élaboration de doctrines complexes et flexibles qui semblent pouvoir être utilisées pour régler de façon adéquate les problèmes de concurrence qui se poseront après la réforme. Le fait que la loi n'instaure pas une présomption très nette contre les prix imposés et la soumission concertée pourrait rendre la mise en œuvre difficile. La FTC a compensé cela toutefois en développant et annonçant dans ses lignes directrices une règle *de facto*. Cette approche semble être appuyée par le pouvoir judiciaire, peut être parce que l'on considère le comportement interdit comme anticoncurrentiel « en principe » plutôt que comme illégal en soi. En tout état de cause, des actions de mise en œuvre sont engagées contre les soumissions concertées avec une certaine efficacité. Lorsque l'application de la loi se fait essentiellement par la voie administrative et que la fixation administrative de surtaxes est le principal recours, l'obligation prévue dans la loi de démontrer les effets peut être respectée, sans que cela entraîne une lourde charge ou un coût important sur le plan des procédures.

La loi est un instrument satisfaisant et les lignes directrices complémentaires publiées ces dernières années constituent des additions et des compléments très utiles. La FTC a démontré qu'elle peut faire une analyse sérieuse des problèmes de la concurrence se posant aujourd'hui. Cependant, une bonne loi cadre et la capacité de réaliser des analyses de qualité ne suffiront pas, en elles-mêmes, à établir une bonne politique de la concurrence. La politique de la concurrence au Japon a souffert d'un manque de volonté politique, qui s'est manifestée dans la réticence à s'attaquer à des problèmes aussi importants et aussi patents que les ententes établies de longue date dans les matériaux de base. D'après certains signes très encourageants, cette réticence commencerait de disparaître. La renaissance de la FTC date de 1991, année où de très importantes sanctions financières ont été imposées à l'industrie du ciment, succès suivi en 1995 par la remise en cause des accords d'exclusivité passés par les ententes. Mais il faut faire plus, car tous les secteurs n'ont pas encore compris que la FTC n'a pas l'intention de fléchir. Un universitaire étranger fait état de déclarations de dirigeants d'entreprises sidérurgiques confirmant qu'ils fixent les prix, mais que personne dans le secteur ne s'attend à ce que la FTC mette fin à cette pratique<sup>33</sup>. La FTC a annoncé qu'elle mettrait en œuvre des mesures plus vigoureuses contre les problèmes les plus graves liés aux cartels, mais n'a jusqu'ici engagé que quelques poursuites pénales. Ce qu'il faut désormais, c'est une action plus énergique et une plus grande détermination à l'égard de la mise en œuvre.

## ***2.2 Accords verticaux : règles visant à empêcher les accords anticoncurrentiels dans l'offre et la distribution, y compris ceux encouragés par la réglementation***

Au Japon, le secteur de la distribution est généralement considéré comme inefficace et non concurrentiel<sup>34</sup>, et les restrictions au niveau de la distribution ont fait obstacle à l'accès au marché<sup>35</sup>. La loi et les réglementations régissant les relations en matière de distribution sont tout à fait adaptées pour s'attaquer aux problèmes. Là encore, ce n'est pas tant la qualité de la loi et des réglementations sur la concurrence qui est en cause, mais la détermination avec laquelle elles sont appliquées et l'existence de réglementations et pratiques qui les contredisent.

Plusieurs dispositions de la loi ont trait aux problèmes de distribution. La principale concerne l'interdiction des pratiques commerciales déloyales (article 19). Cette disposition est distincte de l'interdiction des restrictions déraisonnables à la concurrence (article 3), qui a été presque entièrement limitée aux relations horizontales. (La FTC a été d'avis que les boycotts collectifs ayant un effet d'exclusion pouvaient constituer des restrictions déraisonnables, tout comme des pratiques déloyales). Les principales différences dans le traitement des pratiques déloyales, par rapport aux restrictions déraisonnables, sont qu'il n'y a pas lieu de démontrer l'effet dans chaque cas et que, dans les sanctions disponibles, ne figurent ni les sanctions pénales, ni les surtaxes. (Certaines relations verticales pourraient être aussi couvertes par l'interdiction des « monopoles privés », prévue à l'article 3, si la partie imposant une restriction verticale a un pouvoir de marché ; dans ces conditions, des sanctions pénales pourraient être appliquées, mais il faudrait auparavant démontrer les effets et faire valoir le critère de « l'intérêt public »). Les dispositions relatives aux pratiques déloyales revêtent un caractère réglementaire, avec des listes de pratiques spécifiques dans l'article 2.9 de l'AMA et une Ordonnance générale de 1982 ainsi que certaines règles sectorielles. Ces diverses dispositions sont complétées par de larges lignes directrices relatives aux systèmes de distribution et aux pratiques des entreprises publiées en 1991. La pratique des prix imposés est considérée comme déloyale et fait aussi l'objet d'un article distinct de la loi. Cette disposition spéciale sert essentiellement à la FTC qui peut autoriser des prix imposés pour certains produits. Pour toutes les infractions, à l'exception de celles relevant de l'article 3 de la loi, la principale sanction consiste en une injonction de ne pas faire.

Le principe de base pour identifier une infraction à l'article 19 est que la pratique visée est « injuste », ce qui s'apprécie par sa tendance à affecter négativement la concurrence. La FTC a essayé de définir plus précisément ce terme général en faisant une distinction entre les différents types d'injustice et les effets sur les différents aspects de la concurrence. L'AMA décrit six catégories essentielles de pratiques commerciales déloyales, définies chacune dans l'optique des transactions entre entreprises : discrimination, fixation de prix, actions destinées à attirer les consommateurs d'autres branches ou à leur forcer la main, transactions à des conditions qui restreignent les activités des autres entreprises, utilisation du pouvoir de négociation, ou ingérence dans les transactions ou la gestion d'autres entreprises. Certaines pratiques sont considérées illégales par principe. Pour d'autres, il est procédé à une large analyse dans l'optique de la règle de raison. Pour d'autres encore, le caractère juste ou injuste est évalué eu égard aux pratiques normales du secteur. La concurrence est considérée comme « loyale » lorsque trois conditions sont réunies. L'une d'entre elles est la possibilité pour les entreprises rivales de se concurrencer librement. Une autre, concernant la loyauté des modes de concurrence, est le principe selon lequel la concurrence doit être sur les prix, la qualité et le service. Cette condition risque de poser problème car, bien qu'elle puisse servir à faire obstacle à la fraude, elle peut aussi être utilisée pour stopper l'innovation. Enfin, la base « de la libre concurrence » doit être maintenue, ce qui veut dire que les transactions doivent être fondées sur des décisions libres et délibérées.

Ces principes reposent sur des règles complexes -- seize dans l'Ordonnance générale de base de 1982, complétées par douze autres dans les lignes directrices de 1991 sur les systèmes de distribution, qui ont fait suite aux négociations SII. Les infractions jugées les plus graves sont les refus collectifs de traiter, les prix de vente indûment bas et la pratique des prix de vente imposés, qui sont par principe considérées comme déloyales. Les pratiques faisant l'objet d'une plus large analyse dans l'optique de la règle de raison sont notamment les refus individuels de traiter, la discrimination sur le plan des prix ou des conditions, l'exclusion d'une association commerciale, l'accaparement du marché (en acquittant un prix trop élevé), la fraude, les opérations liées, les accords d'exclusivité et l'incitation au non-respect d'un contrat ou toute autre ingérence dans les transactions des concurrents ou le gouvernement d'entreprise. En outre, les pratiques dont la loyauté, et par conséquent la légalité, est déterminée eu égard à la pratique commerciale normale du secteur, sont notamment celles qui permettent d'attirer les consommateurs en offrant des avantages et celles qui consistent à utiliser un pouvoir de négociation inégal pour s'assurer des conditions avantageuses auprès de fournisseurs ou de clients à long terme.

La FTC a essayé d'empêcher que les contraintes de distribution ne compromettent les progrès obtenus grâce à la réforme. Par exemple, elle a pris des mesures pour contrer les tentatives faites par les entreprises de téléphonie mobile pour imposer des prix de détail au moyen de restrictions de commercialisation fondées sur la marque. Ces pratiques consistaient notamment à demander aux revendeurs de vendre les téléphones de la marque au même prix que celui auquel ils étaient vendus par le fournisseur dans son propre réseau, ou simplement à des prix de détail préétablis, et de faire figurer ces prix de détail préétablis dans leur publicité et dans leurs vitrines<sup>36</sup>. Ces contraintes ont peut-être visé à empêcher les revendeurs d'inclure le prix du téléphone dans l'abonnement. Or, non seulement, ce type de forfait rend plus difficile un accord horizontal concernant le prix des téléphones eux-mêmes, mais maintient aussi le prix du service de téléphonie mobile à un niveau élevé, ce qui aurait empêché cette technologie de concurrencer efficacement le monopole traditionnel du téléphone filaire.

En outre, la FTC a pris des mesures pour faire en sorte que les marchés restent ouverts aux importations. Pour des produits allant de la crème glacée aux pianos, les distributeurs ayant cherché pour contrôler les importations parallèles de produits de marque ont été jugés coupables de pratiques déloyales aux termes de l'AMA. Des actions de ce type ont pour effet à court terme de réduire la prime de marque pour certains produits de consommation et de diminuer l'incidence de la discrimination des prix au niveau mondial. Cependant, si elles nuisent à des accords efficaces d'exclusivité visant à faire rentrer de nouveaux produits sur le marché, leur incidence à long terme pourrait être de réduire, et non d'améliorer l'ouverture des marchés. Face à ce type de situations, il faut au moins rester attentifs aux effets observés sur le marché et éviter de faire preuve de trop de formalisme.

L'un des aspects de la loi concernant les relations verticales est en cours de réexamen. La FTC continue de limiter les dérogations à l'interdiction des prix imposés. Il y a quelques années, ces dérogations portaient sur des articles comme les médicaments délivrés sans ordonnance et quatorze produits cosmétiques d'un prix inférieur à 1 030 yen. Dans le dernier plan de déréglementation, la FTC a cherché à abolir les dérogations sur tous ces articles. Comme d'autres pays de l'OCDE, le Japon est confronté au problème particulièrement épineux du traitement des prix imposés pour les œuvres assorties de droits d'auteur. La FTC a tenu des réunions publiques, recueilli des commentaires des parties intéressées et demandé un rapport à un groupe d'étude. Celui-ci a trouvé peu de raisons pouvant justifier le maintien de la dérogation et a recommandé que celle-ci soit éliminée également<sup>37</sup>. Le remplacement de dérogations spéciales généralisées par des règles généralement applicables est un progrès bienvenu. Il pourrait renforcer l'effort d'élimination de dérogations spéciales du même type affectant les comportements horizontaux, dont l'effet anticoncurrentiel est plus grave. D'autres pays de l'OCDE réexaminent le bien-fondé de l'application aux pratiques verticales des règles d'illicéité en soi et pourraient aussi s'orienter vers le type de traitement que le Japon accorde normalement à ces pratiques. Pour ce qui est des prix imposés, la situation au Japon, à savoir le maintien d'une règle stricte, pourrait être une mesure indispensable pour renforcer la concurrence horizontale et décourager les boycotts ayant un effet d'exclusion.

### ***2.3. Abus de position dominante : règles visant à empêcher le pouvoir de marché ou à y remédier, surtout lorsque celui-ci découle d'une restructuration liée à la réforme***

L'AMA contient trois instruments qui peuvent être utilisés face au problème de la position dominante, mais ils n'ont pas été appliqués efficacement, et probablement ne peuvent pas l'être, ni pour restructurer les monopoles de réseaux, ni pour résoudre d'autres problèmes de concurrence communément rencontrés au cours de cette restructuration. Outre les restrictions déraisonnables, la loi interdit « les monopoles privés »<sup>38</sup>. Cette expression désigne les restrictions importantes à la concurrence opérées par une seule entreprise (ou par des entreprises agissant ensemble) du fait d'un comportement manifeste

d'exclusion ou de contrôle. La disposition en question n'a cependant pratiquement jamais été utilisée. Le plus souvent, la FTC a pris des mesures contre des tactiques abusives et des pratiques d'exclusion en les considérant comme des pratiques déloyales, probablement parce que la recherche de la preuve est moins difficile. Un grand nombre de pratiques déloyales pourraient aussi être considérées comme un monopole privé lorsqu'il y a position dominante ou pouvoir de marché. De fait, pour un grand nombre de pratiques déloyales, la responsabilité dépend de l'analyse dans l'optique de la règle de raison. Enfin, la loi habilite la FTC à démanteler les monopoles, que leurs pratiques soient en cause ou non<sup>39</sup>. En théorie, cette responsabilité aurait pu être utilisée pour restructurer les monopoles de réseaux. Cependant, ce processus est assujéti à de nombreux impératifs. La FTC doit prouver que le démembrement n'augmentera pas trop les coûts en éliminant les économies d'échelle et qu'il ne nuira pas à la position financière du monopole, compromettant ainsi sa compétitivité internationale. En outre, il ne doit pas y avoir d'autres options pour rétablir la compétitivité. Le pouvoir de démembrement existe depuis les années 70, mais il n'a jamais été utilisé.

La FTC n'a pas essayé d'appliquer les règles de l'AMA à la conduite des monopoles en voie de déréglementation. Les règles concernant les pratiques déloyales comme la fixation de prix discriminatoires et le refus de traiter pourraient, en principe, s'appliquer aux problèmes d'accès qui apparaissent généralement au lendemain de la déréglementation des infrastructures de réseau. La FTC estime que ces règles sont effectivement applicables et s'engage à prendre les mesures nécessaires contre les monopoles privés et les pratiques commerciales déloyales dans les secteurs déréglementés. Cependant, elle ne l'a pas encore fait et sa perception du potentiel de la loi est peut être trop drastique. Dans le secteur des services publics, les organismes de réglementation sectoriels ont généralement des attributions en matière de concurrence, ce qui limite le rôle de l'AMA. Ces organismes continueront de superviser les comportements anticoncurrentiels, en particulier les problèmes de discrimination et d'accès. La FTC ne pourra vraisemblablement jouer un rôle que dans les secteurs totalement déréglementés, comme la téléphonie mobile, et peut-être un rôle complémentaire limité en cas de violation des règles d'accès fixées par d'autres.

Les instruments existants dans l'AMA n'ont pas été utilisés pour restructurer les monopoles au cours de la déréglementation. L'AMA fixe des conditions contraignantes, lorsqu'il s'agit à la fois de justifier des mesures correctrices de caractère structurel et d'étayer la conclusion de l'existence d'une situation de monopole. Un élément du critère applicable est une part de marché de plus de 50 pour cent « au Japon »<sup>40</sup>. Les lignes directrices reprenant ce critère l'ont interprétée comme n'étant applicable qu'aux marchés nationaux<sup>41</sup>. Dans l'optique de l'AMA, elles n'envisagent donc pas l'hypothèse de monopoles à l'échelle locale. En revanche, les lignes directrices proposées pour les fusions, interprétant un critère similaire mais non identique<sup>42</sup>, reconnaissent clairement que les marchés peuvent être locaux. Outre les problèmes d'interprétation théorique, cependant, il est évident que la volonté politique d'appliquer l'AMA aux restructurations fait défaut. Pour ce qui est des problèmes d'accès, certains observateurs estiment que l'AMA n'est pas utile dans les industries de réseaux, sauf si une règle expresse concernant les « installations essentielles » lui est ajoutée, comme cela a été fait récemment par l'Allemagne.

#### ***2.4. Fusions : règles visant à empêcher les problèmes de concurrence découlant de la restructuration des entreprises, y compris les réactions aux modifications de la réglementation***

Si la coopération dans le cadre d'ententes est interdite de façon plus efficace, on assistera alors à davantage de fusions. Il est donc de la plus haute importance de disposer de règles de fond dans ce domaine, qui soient actualisées et transparentes et qui puissent être appliquées de façon encore plus vigoureuse. La FTC s'est efforcée ces quelques dernières années de mieux expliquer à l'opinion publique

les décisions qu'elle prend et d'actualiser ses méthodes d'analyse. Jusqu'à récemment, rares sont les cas où les raisons des décisions prises ont été expliquées, ce qui a amené à conclure que la politique en matière de fusions était axée sur les problèmes structurels. La loi interdit les fusions qui peuvent avoir pour effet de limiter sensiblement la concurrence dans un domaine particulier du commerce (une fusion peut aussi être considérée comme illégale, si des méthodes déloyales sont utilisées pour la réaliser). La loi couvre les acquisitions complètes et partielles d'actions et d'actifs et d'autres types de regroupements structurels. Aujourd'hui, toutes ces transactions sont assujetties à des obligations de notification préalable, quelle que soit leur taille. Cela va bientôt changer, toutefois. La FTC a aussi reçu des rapports annuels sur la structure du capital de toutes les entreprises japonaises ayant des actifs supérieurs à deux milliards de yen ; cela aussi est en train de changer. Par le passé, la principale loi concernant la structure du capital était celle portant interdiction des sociétés holding. Cette interdiction totale est éliminée depuis la fin de 1997<sup>43</sup>.

Les modalités de mise en œuvre dans le domaine des fusions sont originales. Les entreprises consultent normalement la FTC avant de remplir un dossier préalable à une fusion. Si la FTC émet l'avis, de façon informelle et non publique, que cela peut poser des problèmes, soit les parties en question remédient à ces problèmes, soit elles abandonnent leur plan. Ainsi, la FTC n'a presque jamais remis en cause une fusion qui a fait effectivement l'objet d'une demande. Elle prétend que ces problèmes sont toujours résolus avant que le dossier ne soit déposé<sup>44</sup>. Depuis que la FTC existe, il n'y a eu qu'un seul cas de fusion contesté. Dans un tel processus, la FTC agit plus comme un ministère sectoriel, c'est-à-dire un organisme de réglementation, que comme un organisme chargé de faire appliquer la loi, accordant ou refusant les autorisations sur la base de critères dont elle est seule juge.

Les critères appliqués aux décisions concernant les fusions ont privilégié la structure, encore que d'autres facteurs soient pris en compte. Les lignes directrices de 1980 définissaient les types de transactions devant faire l'objet d'un examen. D'après ces lignes directrices, une transaction était soumise à un examen spécial si les entreprises participant à la fusion étaient appelées à avoir une part de marché supérieure à 25 pour cent ou à devenir la plus grande entreprise avec une part de marché supérieure à 15 pour cent (ou dépassant de plus d'un quart la part de marché la part de marché de la deuxième ou de la troisième plus grande entreprise) ou encore si la transaction faisait intervenir une des trois premières entreprises d'un secteur dans lequel ces entreprises avaient une part supérieure à 50 pour cent, ou encore s'il n'y avait que sept concurrents ou moins dans le secteur<sup>45</sup>. Il semblerait que la FTC ait en général examiné de près les transactions qui auraient amené les entreprises à détenir des parts de marché très supérieures à 20 pour cent. Beaucoup dépend de la façon dont les marchés sont en fait définis et de la réalisation d'une analyse plus sensible des conditions les caractérisant. Les lignes directrices de 1980, qui se focalisent sur la part de marché, le rang et la concentration, ne prévoit aucun dispositif pour définir les marchés. D'autres facteurs sont bien énumérés qui doivent être pris en compte lorsque la FTC fait des enquêtes plus poussées. Cependant, en l'absence de décisions publiques, il a été difficile de comprendre comment ces critères sont appliqués dans la pratique.

De nouvelles lignes directrices sont mises au point. La FTC a demandé des commentaires sur les projets en 1998. Ces commentaires allaient dans le sens de la position adoptée par la FTC dans certaines affaires récentes. Pratiquement tous les critères structurels détaillés devraient être éliminés, sauf certains d'entre eux qui concernent les règles d'exonération. Les transactions ne seront pas remises en cause si l'entreprise résultant de la fusion n'est pas au premier rang sur le marché et si sa part reste inférieure à 25 pour cent, à condition que le marché ne soit pas oligopolistique (l'exemple donné dans les lignes directrices est celui d'un secteur où la part conjuguée des trois premières entreprises reste inférieure à 70 pour cent) et où l'entrée est facile<sup>46</sup>. De plus, les lignes directrices révisées devraient expliquer les méthodes utilisées pour définir les marchés ou évaluer l'entrée, en décrivant parallèlement la façon dont la FTC a traité les autres cas de fusion. Elles devraient aussi bien préciser que la FTC se préoccupera des effets verticaux tels que l'exclusion à travers des relations commerciales exclusives ou fermées.

La loi modifiée sur les sociétés holding et les lignes directrices de la FTC destinées à l'appliquer consacrent aussi désormais une approche plus novatrice des problèmes structurels. Une société holding reste illégale si elle est trop grande, si elle regroupe des grandes entreprises financières et non financières ou si elle regroupe des grandes entreprises très interdépendantes dans plusieurs secteurs. Dans les deux premiers cas, sont pris en compte les actifs totaux, et les regroupements d'actifs de plus de 15 000 milliards de yen. Pour ce qui est du dernier cas, qui vise sans doute des groupes moins importants, le critère utilisé est la part de marché (part de plus de 10 pour cent dans le chiffre d'affaires, ou classement parmi les trois premières entreprises du secteur). Mais l'application d'un critère relatif aux effets sur la concurrence est prévue dans la loi, car un aspect de la « concentration excessive » est l'interférence avec la promotion d'une concurrence libre et équitable<sup>47</sup>.

Face aux critiques selon lesquelles ses décisions en matière de fusions ne fournissaient pas d'orientations, la FTC s'est résolue à élaborer de nouvelles directives et à publier des déclarations décrivant les décisions en question. Une description récente d'une affaire concernant une fusion fondée principalement sur les effets concurrentiels potentiels des importations fait apparaître l'approche privilégiée actuellement par la Commission. ( Cette transaction a également servi d'illustration dans les nouvelles lignes directrices). La FTC ne remet pas en cause une fusion dans le secteur de la pétrochimie qui a abouti à des parts de marché dominantes pour plusieurs produits de base. Pour la plupart d'entre eux, la FTC a considéré qu'il existait suffisamment de possibilités de concurrence par les importations, bien que les importations effectives fussent peu importantes, pour écarter le risque d'effets au niveau intérieur. Le résumé par la FTC de l'affaire considérée n'indique pas l'opinion de la Commission sur les parts du marché mondial ou les conditions d'entrée, alors que les parts « nationales » se situent aux alentours de 60 pour cent. Les raisons qui ont amené à conclure à l'absence de risques sur le plan de la concurrence varient selon les produits : potentiel de substitution, capacité de production excédentaire au niveau national, déplacements technologiques, baisse des ventes, consommation intérieure et existence d'une autre grande entreprise aussi bien placée sur le plan de la concurrence. La FTC a conclu que, globalement, la fusion envisagée ne limiterait pas sensiblement la concurrence. Ce qui manque un peu de logique, cependant, c'est qu'après avoir constaté que le potentiel d'importations disciplinerait le marché sur le plan de la concurrence, la FTC a demandé aux autres parties de l'administration de réduire les droits à l'importation pour assurer un environnement concurrentiel. Ce résumé n'est donc pas totalement clair sur ce point, mais implique que certains de ces mêmes produits sont passibles des droits en question<sup>48</sup>.

Dans le secteur bancaire, la FTC a jugé qu'une fusion ne nuisait pas à la concurrence, malgré le dépassement des seuils structurels prévus dans les lignes directrices de 1980. Dans le secteur du papier, un regroupement de fabricants de premier plan a été approuvé, malgré d'importantes parts de marché pour certains produits, comme les papiers d'impression non revêtus de qualité moyenne (35 pour cent environ) et des participations majoritaires chez les deux premiers distributeurs. La FTC a accepté un règlement aux termes duquel les parties sont convenues de transférer une partie de leur capacité vers d'autres produits de façon à réduire leur part du marché de papier et de diminuer leurs participations chez les distributeurs (le groupe restant l'actionnaire le plus important, mais avec des participations ne dépassant pas celle de l'actionnaire suivant)<sup>49</sup>.

Les résumés de la FTC ne décrivent aucune opération de fusion ou d'acquisition dans les secteurs déréglementés. Les organismes sectoriels de réglementation ont encore tout pouvoir sur les transferts de licences et exerce ainsi, de fait, un pouvoir de contrôle sur les fusions. Il serait probablement difficile pour la FTC de bloquer une fusion anticoncurrentielle qu'un organisme de réglementation veut autoriser.

La prise en compte des réalités économiques dans l'application de la politique à l'égard des fusions pourrait faciliter des réformes de grande ampleur. L'une des faiblesses de la politique de la concurrence du Japon est sa tolérance à l'égard des ententes, parfois pour répondre à une crise ou à la



nécessité d'une rationalisation. Autoriser les fusions plutôt que les ententes, en particulier lorsqu'il s'agit d'entreprises faibles financièrement, pourrait être un moyen plus rapide et plus efficace de réorienter les actifs vers des utilisations plus productives à mesure que les conditions économiques et techniques changent. Bien évidemment, il ne faut pas que ces fusions, qui sont plus difficiles à défaire que des ententes, puissent créer des monopoles ou ériger des obstacles à de nouvelles entrées, une fois que les conditions se sont améliorées.

Jusqu'à il y a peu, l'absence de transparence a affecté la crédibilité et l'efficacité de l'action de la FTC en matière de fusion. Aucune explication n'était fournie à l'opinion publique sur la façon dont la loi est appliquée. Sans ce type d'informations, il est difficile d'évaluer la performance de la FTC. Les communications et les décisions interviennent uniquement dans le cadre de contacts et de négociations à caractère purement informel. A ce stade, il n'y a aucune procédure publique officielle de quelque type que ce soit, pas même une demande préalable à la fusion. Les entreprises font connaître leurs plans, étant entendu que leurs communications restent confidentielles. Dans ces conditions, la Commission doit obtenir leur permission avant de faire connaître sa décision. Les nouvelles lignes directrices et la nouvelle pratique de la FTC consistant à publier des résumés sur certaines questions de fond, devraient faciliter les choses à cet égard. Au moins, les entreprises savent désormais que les contacts qu'elles prennent préalablement à la fusion peuvent à un moment ou l'autre faire l'objet d'une divulgation publique. Cela risque de réduire le nombre de consultations préalables et peut-être d'augmenter le nombre de dossiers remis en cause publiquement. Il faudra, dans ces conditions, consacrer davantage de ressources au problème des fusions, encore que cela puisse aussi favoriser un plus large débat public sur les critères appliqués dans ce domaine et peut-être aussi sur le traitement judiciaire dont les fusions doivent faire l'objet. Cela aurait, dans les deux cas, d'importants avantages.

Plusieurs problèmes se posant à propos de la réglementation bénéficieraient beaucoup de règles plus précises. L'un est le traitement des entreprises en difficulté. Les lignes directrices de 1980 précisent que la situation et les perspectives financières sont prises en compte, mais elles ne disent pas comment. Une bonne explication favoriserait le remplacement des cartels de crise, de toute façon voués à une prochaine disparition, par des fusions dûment contrôlées. Les nouvelles lignes directrices déclareraient que les problèmes de concurrence seront probablement éliminés si le poids de la dette de l'une des compagnies est trop important, de telle sorte qu'elle ne peut plus financer des opérations et qu'il y a là un risque de faillite dans un avenir proche. Un autre aspect sur lequel davantage d'explications seraient utiles est le traitement des inefficiences. Les nouvelles lignes directrices devraient prendre en compte l'effet positif sur la concurrence résultant des progrès en matière d'efficacité, ce qui implique que ces considérations se verront accorder davantage de poids lorsqu'il s'agira de permettre à une entreprise modeste d'entrer en concurrence plus efficacement avec une entreprise de premier plan. Un troisième aspect est la relation entre l'analyse de la concurrence et les politiques et décisions des autres organismes sectoriels de réglementation. Certains de ces départements ministériels sectoriels ont un pouvoir réel d'autoriser ou d'interdire des fusions dans leurs secteurs, de sorte que l'autorité exercée par la FTC au titre de l'AMA pourrait dans la pratique ne pas être très significative sur ces transactions. A l'évidence, la FTC n'a pas usé de son processus de consultation pour exiger des changements dans les fusions projetées dans les secteurs réglementés ou récemment déréglementés.

Certaines réformes des autres dispositions structurelles de l'AMA ont déjà été adoptées ou sont en voie d'adoption. La modification de la législation sur les sociétés holding est considérée comme une réforme majeure. En outre, les systèmes de notification des investissements et des fusions sont en cours de révision. Un projet de loi de 1998, fondé sur le rapport d'un groupe d'étude de la FTC de 1997, modifierait la portée de l'obligation de notification des participations, en portant le seuil de capital de deux milliards à 10 milliards de yen (ces seuils, et ceux mentionnés ci-dessous, concernent à la fois les sociétés mères et les filiales), ce qui limiterait la nécessité de notifier les modifications et éliminerait les rapports sur les

participations croisées aux conseils d'administration et les actionnaires extérieurs. Un système actualisé de notification des fusions est aussi en cours d'adoption. Aujourd'hui, toutes les fusions, quelle que soit leur taille, doivent être notifiées. Dans le cadre du nouveau système, l'obligation ne s'appliquerait qu'aux fusions et acquisitions dans lesquelles le montant total des actifs d'une société dépasse 10 milliards de yen et celui des actifs de l'autre société dépasse un milliard de yen. D'autres procédures seront précisées, en ce qui concerne les dates limites et les demandes par la FTC d'informations supplémentaires. Les obligations de notification en matière de fusions pourraient s'appliquer aux transactions réalisées dans les pays étrangers, mais seulement si les sociétés concernées ont une filiale ou un bureau au Japon ayant un chiffre d'affaires annuel est supérieur à un milliard de yen. Les modifications, qui étendent aussi le pouvoir juridictionnel aux fusions concernant des entreprises étrangères, devraient entrer en vigueur le 1er janvier 1999<sup>50</sup>.

Ces changements ont été encouragés, car ils ont été jugés nécessaires pour permettre aux entreprises japonaises de se restructurer de façon souple et rapide et d'entrer dans de nouveaux métiers. Ils sont donc considérés comme de la « déréglementation » dans l'AMA elle-même. Les dispositions concernant les sociétés holding ont constitué un champ de bataille symbolique pendant de nombreuses années. La FTC a souscrit à cette réforme, après des décennies de dure résistance. Aujourd'hui que la bataille est terminée, il est difficile de comprendre ce qui était réellement en jeu. Modifier l'AMA n'a peut-être pas été le facteur déterminant de la restructuration des sociétés holding, celles-ci étant surtout préoccupées par les problèmes de fiscalité et de droit des sociétés. Le ministère de la Justice travaille à la modification du Code commercial, de façon à favoriser l'efficacité de la restructuration de ces sociétés. Cependant, l'approbation donnée par la FTC aux changements a montré que la Commission ne s'opposait plus à la communauté des affaires sur ce point et qu'elle était elle-même prête à adapter sa position traditionnelle, dans l'intérêt de la réforme.

## **2.5. *Protection des concurrents : relations avec les dispositions concernant « la concurrence déloyale »***

La majeure partie des dispositions de la loi cadre sur la concurrence du Japon sont des règles détaillées concernant les pratiques commerciales déloyales. Certaines de ces règles correspondent à des applications classiques du droit de la concurrence, alors que d'autres, relatives à la fraude, à l'exploitation abusive d'un pouvoir de négociation et à l'ingérence dans les relations contractuelles ou d'autres relations d'affaires, intéressent des problèmes classiques de concurrence déloyale. Ici, comme ailleurs, la « liberté » va de pair avec la « loyauté ». Toutes les règles concernent, au sens strict, la protection des concurrents ; les applications actuelles paraissent compatibles avec une analyse rationnelle de la concurrence, toutefois. Les actions les plus couramment engagées semblent viser les prix imposés, suivis des refus de participer et des situations de boycott.

Le traitement des pratiques déloyales représente une approche réglementaire de la politique de la concurrence, contrairement à l'approche axée sur l'application de la loi qui est privilégiée face aux restrictions des échanges et aux monopoles privés. Lorsque les dispositions peuvent être appliquées sans qu'ait été démontré un dommage économique ou concurrentiel dans des circonstances particulières, l'application peut alors s'écarter d'une politique rationnelle. Certaines affaires anciennes concernant la fixation « déloyale » des prix donnent à penser que c'est ce qui est arrivé parfois. Les lignes directrices relatives à la réduction déloyale des prix datent de 1994. Elles interdisent la fixation de prix trop bas par rapport aux coûts pendant trop longtemps, si cela peut avoir un effet négatif sur d'autres entreprises. Cependant, il ne faut pas faire la preuve de l'incidence effective ; le risque suffit et est quasiment présumé. Le coût pris en compte est le prix d'achat effectif du revendeur.

Le fait que les règles concernant les pratiques dans un secteur particulier doivent être adoptées en consultation avec le secteur concerné<sup>51</sup> implique que le processus pourrait être utilisé pour faciliter la coordination dans le secteur, aussi bien que pour favoriser la concurrence. Cela renforce l'hypothèse selon laquelle ces règles sectorielles spécifiques visent tout d'abord à assurer la loyauté entre entreprises et ensuite à préserver le processus concurrentiel dans l'intérêt de tous. La FTC a essayé ces dernières années de s'appuyer davantage sur des interprétations générales, mais les «interprétations spécifiques antérieures» ont la vie dure. Au fil des années, elles ont concerné des éléments comme les offres de primes, l'étiquetage, les termes des contrats entre grossistes et détaillants, le prix des journaux, les pratiques de vente de livres scolaires, les conditions de la concurrence et les conditions commerciales dans les transports océaniques et les loteries promettant des gains excessifs<sup>52</sup>.

Cette tradition de loyauté perdure dans les activités de plus de cent associations sectorielles de promotion de la loyauté des transactions. Ces associations permettent, d'une part, de faire connaître les politiques de l'AMA et de la FTC, mais elles servent aussi de forum aux dirigeants d'entreprise et à leurs experts juridiques pour examiner les lignes directrices concernant la loyauté des transactions qui, d'après certains observateurs, ne sont pas compatibles avec la liberté des échanges. Les détaillants vendant au rabais se sont plaint du fait que l'activité des associations se concentre sur la prévention des rabais et promotions y compris les violations de la loi spéciale sur les primes que la FTC met en œuvre<sup>53</sup>. Un grand nombre de ces organisations datent des années 50 et 60, lorsque la FTC publiait des règles sectorielles sur la loyauté de la concurrence.

Dans ce domaine, la FTC est elle-même le principal organisme de réglementation. L'interdiction de l'AMA à l'encontre de pratiques déloyales peut être appliquée efficacement car de nombreuses règles ne nécessitent pas la mise en évidence de faits particuliers et il est moins vraisemblable que les entreprises opposent une résistance car les sanctions se limitent à des ordonnances. C'est cette partie de la loi qui jouit vraisemblablement du soutien le plus large de la communauté des affaires. Il n'est donc pas surprenant que la FTC ait inscrit l'essentiel de sa doctrine en matière de mise en œuvre dans le cadre de cet instrument (et des dispositions spéciales aussi efficaces concernant les associations commerciales). En outre, le fait que ces dispositions aient fait la preuve de leur efficacité et qu'elles soient largement acceptées leur donnent un rôle tout particulier dans la consolidation de la légitimité et de l'image publique de la FTC. Ces dernières années, la Commission a pris des mesures pour réformer ses réglementations concernant les pratiques déloyales. L'explication qu'elle a donnée en 1991 des règles couvrant la distribution revenait en fait à un effort d'actualisation des réglementations, reconnaissant que ces règles devaient s'appliquer de façon plus souple en fonction des conditions du moment, eu égard en particulier à la volonté d'ouverture des marchés réaffirmée lors des négociations SII. En 1996, la FTC a révisé les réglementations appliquant la loi spéciale sur l'utilisation de primes et de prix en tant que moyens promotionnels, qui constitue un aspect de la législation relative aux pratiques déloyales. Ces modifications autorisent l'utilisation de prix et lots un peu plus importants et éliminent certaines obligations de notification et administratives<sup>54</sup>.

La FTC n'a pas accordé une attention particulière aux problèmes de concurrence déloyale se posant dans les secteurs déréglementés, sauf dans la mesure où ils ont trait à des règles de concurrence plus générales. Les associations professionnelles ne prétendent plus désormais que les infractions à leur «code d'éthique» sont en fait des formes de concurrence déloyale, qui devraient être condamnées au titre de l'AMA.

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

Les liens établis entre la protection de la concurrence et la protection des consommateurs, quoique cohérents et appropriés, ne sont pas institutionnalisés et, par conséquent, sont moins efficaces qu'ils pourraient l'être en tant qu'instruments de la réforme. La FTC considère que l'AMA doit viser à protéger les intérêts des consommateurs. En outre, la loi cadre sur la protection des consommateurs, adoptée en 1968, mentionne aussi la concurrence, demandant que soient prises « les mesures nécessaires pour réglementer les activités qui restreignent de façon déraisonnable une concurrence libre et loyale concernant les prix des biens et des services particulièrement importants pour les consommateurs »<sup>55</sup>. En décrivant la concurrence souhaitable comme une concurrence à la fois libre et loyale, même la loi sur la protection des consommateurs fait écho à la préoccupation d'équité des transactions entre les entreprises. La loi prévoit aussi des réglementations sur la qualité et les caractéristiques des produits ainsi que sur les « indications fausses et exagérées ». Cela cadre bien avec les dispositions de l'AMA interdisant les pratiques déloyales, car l'une des inquiétudes suscitées par les présentations trompeuses est qu'elles nuisent aux vendeurs honnêtes tout autant qu'aux acheteurs trompés.

La protection des consommateurs n'est guère institutionnalisée, cependant. Elle relève d'une agence de planification économique, qui est plus un organe consultatif qu'un organe de mise en œuvre. Les législations relatives aux consommateurs sont toutefois quelque peu renforcées. Une nouvelle loi sur les responsabilités en matière de produits est entrée en vigueur en 1995 et davantage de mesures visant à protéger les consommateurs peuvent être adoptées. Le « Conseil de la protection des consommateurs », qui regroupe un grand nombre d'organismes ayant des intérêts dans ce domaine, a considéré que la mise en œuvre stricte et impartiale de l'AMA était un moyen de créer des conditions favorables aux consommateurs. Bien que cet appui soit de toute évidence bienvenu, c'est la performance qui importe. Il semble qu'il n'y ait pas de coordination systématique entre les questions et les politiques relatives aux consommateurs et celles relatives à la concurrence. L'absence de coordination claire et de mécanismes de soutien mutuels empêchent sans doute la promotion de mesures de réforme efficaces. Les groupes de consommateurs, bien que quelque peu inquiets de la façon dont les entreprises peuvent tirer parti de l'ignorance des consommateurs et, par conséquent, inquiets d'une certaine manière de l'absence de réformes réglementaires, reconnaissent néanmoins les avantages d'une plus grande liberté de choix et de prix plus bas découlant de davantage de concurrence et de l'ouverture des marchés.

## **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, même être dommageable, si l'autorité chargée de la concurrence n'intervient pas de façon rigoureuse pour empêcher les abus sur les nouveaux marchés. Dans les années 90, la FTC a recommencé de jouer un rôle ambitieux dans les politiques en matière de concurrence. La question de savoir si elle peut maintenir ce rôle est importante et l'échelonnement des interventions est essentiel. D'une part, la Commission peut maintenant se prévaloir de mesures de mise en œuvre vigoureuses dans le cadre de la réforme, afin d'aider le pays à sortir de son marasme économique. De l'autre, elle reprend de la vigueur au moment même où l'économie se ralentit et la Commission elle-même comme le processus de libéralisation pourraient, de façon justifiée ou non, finir par être considérés comme responsable de ce ralentissement.

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

La FTC est constituée par un groupe de cinq commissaires, nommés par le Premier ministre, sous réserve de confirmation par le pouvoir législatif. Administrativement, elle est rattachée au Cabinet du Premier ministre. Les travaux de la FTC sont réalisés par un Secrétariat général (qui a remplacé le Bureau exécutif lors de la réorganisation de 1996), deux bureaux du personnel et deux départements.

La FTC a été conçue pour agir de façon indépendante du gouvernement ou de tout ministère. Son indépendance est renforcée par l'inamovibilité des mandats des commissaires. Ceux-ci sont nommés pour cinq ans et ne peuvent être démis en cas de désaccord sur la politique suivie. L'indépendance est donc formellement assurée ; cependant, les commissaires et les cadres supérieurs ne sont pas totalement étrangers à la vie politique et gouvernementale. De fait, la façon dont ils sont choisis montre que la FTC maintient des liens à long terme avec le reste de l'administration. Les commissaires sont traditionnellement d'anciens fonctionnaires du ministère des Finances (qui est aussi, depuis toujours, le corps d'origine du Président), de la banque centrale, du MITI et du ministère de la Justice, un poste étant aussi réservé à un haut fonctionnaire de la FTC. Un grand nombre des cadres supérieurs, qui sont les principaux instigateurs des initiatives en matière de politique et de mise en œuvre, viennent aussi de ces ministères, en particulier le ministère des Finances. Du fait de ces liens, certains observateurs estiment que la FTC n'a pas toujours été aussi indépendante dans la pratique qu'elle aurait pu l'être en théorie<sup>56</sup>. Ces liens personnels connaissent une évolution, toutefois, qui pourrait aboutir à une plus grande indépendance et à un regain d'activité. Par exemple, le dernier président nommé est un procureur et non un ancien du ministère des Finances.

Bien que la FTC n'ait pas à consulter un ministère avant d'arriver à une décision en matière de mise en œuvre, les ministères n'ont pas hésité à faire connaître leurs vues sur la façon dont des cas particuliers devaient être tranchés. Dans un incident bien connu, dans lequel la FTC n'a pas pris de décision, une affaire dans le secteur de la construction, la FTC a nié avoir refusé d'agir parce que le ministère de la Construction lui avait demandé de le faire, mais elle n'a pas nié que le ministère de la Construction avait fait connaître ses vues<sup>57</sup>.

La transparence conforte l'indépendance. Inversement, l'absence d'explications publiques peut jeter des doutes sur l'indépendance des décisions. L'habitude de la FTC d'agir de manière informelle a eu tendance à nuire à son image d'indépendance. Pour sûr, des méthodes informelles peuvent être efficaces et éviter une confrontation formelle et la controverse publique constitue de toute évidence un important atout sur le plan culturel. La FTC a réagi aux critiques faisant état d'un manque de transparence et d'un recours trop important à des méthodes informelles. Elle a publié des lignes directrices détaillées et actualisées, élaborées généralement dans le cadre d'un processus de consultation publique. En outre, elle a commencé de publier régulièrement des rapports sur ses consultations et actions. Ceux-ci contribuent à expliquer son approche en matière de fusions, par exemple, pour laquelle l'absence de décision formelle a laissé les entreprises dans l'expectative quant à la signification exacte de la loi. Certains observateurs estiment que la FTC est plus transparente qu'auparavant et plus transparente que la plupart des autres secteurs de l'administration japonaise.

Une des raisons invoquées en faveur de l'indépendance est la nécessité en vertu de l'AMA de séparer la politique de la concurrence de la politique industrielle et commerciale. Le rapport final du Comité de la réforme administrative, de décembre 1997, qui proposait de faire de la FTC un bureau extérieur d'un nouveau ministère des Affaires Générales, soulignait l'importance du maintien de l'indépendance de la Commission en matière d'enquête et de décisions, notant que la politique de la concurrence menée au titre de l'AMA allant parfois à l'encontre de la politique industrielle, les deux secteurs devraient être très étanches<sup>58</sup>. Cette recommandation vise à maintenir une séparation très nette entre les décisions relevant de la politique de la concurrence et celles relevant de la politique industrielle.

La question de savoir si les décisions en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence doivent être prises par un organe indépendant du gouvernement pose un problème différent. L'indépendance à l'égard d'une influence politique arbitraire et la nette séparation par rapport aux considérations politiques peuvent aussi être réalisées en assujettissant les décisions à la discipline d'un organe judiciaire indépendant politiquement. En outre, même un organe formellement indépendant peut réagir à des pressions implicites ou explicites dans le sens de décisions compatibles avec les intérêts de la politique industrielle et commerciale des autres ministères. Certains observateurs estiment que les études de la FTC concernant les pratiques de distribution sont en fait conçues pour apporter des arguments aux autres ministères dans les négociations commerciales<sup>59</sup>. En revanche, la FTC s'est ouvertement opposée à un autre ministère, lorsqu'elle s'est déclarée contre l'importante fusion dans le secteur sidérurgique que le MITI avait encouragée en 1969. En outre, certains observateurs considèrent qu'attribuer le regain d'activité de la FTC au compromis avec d'autres forces, notamment le MITI, qui pourrait avoir aussi orienté ses propres politiques dans le sens souhaité par la FTC<sup>60</sup>.

La FTC est le seul organisme indépendant dans la structure gouvernementale japonaise qui ait survécu à l'époque de l'occupation. D'autres organismes indépendants ont été également créés à cette époque mais ils ont été dissous du fait de leur inefficience. Le fait que la FTC ait été le seul organisme à ne pas être dissous implique soit qu'il était le seul à être efficace, soit qu'un organisme inefficace est un instrument acceptable pour la promotion d'une politique impopulaire. Aujourd'hui, alors que la controverse s'accroît sur les politiques économiques mises en œuvre par l'État par le passé, la séparation de la FTC des autres structures gouvernementales, autrefois perçues comme un signe de faiblesse, pourrait être considérée comme un atout. Le modèle d'indépendance est, à nouveau, testé ailleurs dans la nouvelle agence financière de supervision.

Un problème de l'indépendance institutionnelle est qu'elle tend à empêcher la participation au processus d'élaboration des politiques au sein du gouvernement. La FTC a, aux termes de la loi, des responsabilités<sup>61</sup> dans la coordination des lois et des ordonnances qui ont trait aux objectifs essentiels de l'AMA. Ces obligations de consultation lui donnent la possibilité de devenir un organisme central de la politique économique. La FTC doit demander l'avis des autres ministères ou tenir des consultations avec eux si elle envisage de prendre des mesures au titre de la disposition spéciale de l'AMA sur les « situations de monopole »<sup>62</sup> ou d'approuver des projets de dérogation, soit au titre de l'AMA, soit au titre de lois de ministères particuliers. La FTC n'est pas autorisée à participer au processus réglementaire des autres ministères, mais certains conseils informels qu'elle a fournis dans le cadre de groupes d'étude lui ont gagné le respect croissant de ces ministères<sup>63</sup>. Les consultations sont en général relativement informelles. En général, la FTC peut affecter le processus législatif indirectement en transmettant ses vues via le Secrétaire du cabinet. Il l'a fait seulement en de rares occasions, pour des questions qui relevaient directement du champ de l'AMA. En théorie, la Commission peut exercer un droit de veto sur les propositions de loi qui sont contraires à l'AMA, mais dans la pratique, elle ne l'a jamais fait. De fait, des compromis ont été conclus. Cependant, les opinions de la FTC ont parfois été efficaces. Par exemple, à plusieurs reprises, le MITI n'a pas publié d'instructions administratives à la demande de la FTC, en particulier en ce qui concerne la constitution d'organismes de ventes conjoints.

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

Bien que ce soit l'application des lois qui permettent, techniquement, de mettre en œuvre les politiques, les méthodes de la FTC revêtent un caractère plus administratif et réglementaire que contentieux. Les mises en garde informelles ont été plus courantes que les poursuites. La FTC a été critiquée pour avoir conclu un trop grand nombre d'affaires par des déclarations de prudence ou des avertissements, qui ne présentent guère de risques et ne peuvent servir de fondement à l'action de personnes privées. Dans les années 90, la Commission s'est appuyée de plus en plus sur des mesures plus formelles et plus vigoureuses.

La FTC est totalement habilitée à engager une enquête de sa propre initiative. Les principaux instruments dont elle dispose à cet égard sont la possibilité de requérir un témoignage, de faire des contrôles sur place et de vérifier les documents. Une injonction de communication de documents peut suivre l'inspection. Le témoignage revêt souvent la forme de réponses à un questionnaire. La FTC exerce ces attributions de sa propre initiative, mais elle doit saisir un tribunal si elle veut obtenir des sanctions dans le cas du non-respect de ses décisions. Ces sanctions ne sont pas toujours suffisamment lourdes pour assurer un respect total des décisions en question : la sanction maximum pour non-respect d'une procédure d'enquête est une amende de 200 000 yen<sup>64</sup>. Certaines autres agences, notamment les autorités fiscales et le procureur ont de plus grands pouvoirs pour obtenir des preuves. Le type d'action formelle le plus important de la FTC est une décision-« recommandation ». A l'issue de l'enquête, la FTC peut émettre une recommandation. Si l'entreprise visée accepte la recommandation, celle-ci devient finale, sans possibilités de plaintes ou poursuites ultérieures. Si l'entreprise intéressée rejette la recommandation, la FTC engage une procédure de type accusatoire et juridictionnel.

L'AMA autorise la FTC à prendre des ordonnances de ne pas faire, de s'abstenir d'infractions futures et de corriger les effets des infractions passées. Dans la pratique, cependant, le recours le plus important est l'imposition de surtaxes contre les ententes et les restrictions de production qui affectent les prix. La surtaxe est un recours qui a été ajouté à la loi en 1997, lorsqu'il est devenu évident que les sanctions non pécuniaires étaient encore trop basses et n'avaient pas d'effet dissuasif. Le niveau de la surtaxe a été relevé, lorsque l'expérience a montré que le niveau initial était trop faible comme moyen de dissuasion. Les montants prélevés ces dernières années sont importants et, globalement à peu près comparables aux pénalités financières prélevées par les organismes de mise en œuvre de l'UE et des États-Unis. Les surtaxes totales prélevées au cours de la dernière année connue se sont élevées à 5.9 milliards de yen.

Le recours pénal a été rétabli dans les années 90, mais il est encore rare. Le contexte dans lequel le recours pénal sera vraisemblablement le plus fréquent est celui de la réforme des marchés publics, où l'ouverture de poursuites est sans doute l'arme la plus efficace contre les soumissions concertées généralisées. La FTC a annoncé qu'elle se proposait de recourir davantage à la procédure de saisine des tribunaux chargés des poursuites pénales dans les cas les plus graves d'ententes. Cependant, malgré les appels en faveur d'un renforcement de son action, la FTC n'a saisi les tribunaux que pour un cas d'ententes environ par an<sup>65</sup>. Les tribunaux ont imposé des amendes et des peines de prison, mais personne n'a en fait été emprisonné jusqu'ici comme suite à une mise en cause au titre de la loi sur la concurrence, car les sentences ont été suspendues. L'amende pénale maximum au titre de l'AMA a été accrue de 20 pour cent et portée à 100 millions de yen<sup>66</sup>. Les procureurs engageraient eux-mêmes des actions au titre du Code pénal contre les soumissions concertées dans le cadre des projets publics, qui n'exigent pas la saisine de la FTC<sup>67</sup>. (La disposition du Code pénal, qui ne s'applique qu'aux particuliers et non aux sociétés, a été initialement interprétée de façon étroite, de façon à n'interdire que les soumissions concertées qui augmentaient les prix pour les faire passer au-dessus du niveau équitable. En 1968, encore, les tribunaux estimaient que les soumissions concertées pour empêcher les pertes étaient légales<sup>68</sup>). Un accord a été conclu avec le ministère de la Justice afin de coordonner les actions pénales. Maintenant que la FTC et le procureur ont engagé des actions exemplaires pour établir le principe et que la direction de la FTC a de meilleurs contacts avec le bureau du procureur, le recours aux sanctions pénales pourrait s'accroître.

Les actions administratives engagées par la FTC pour mettre en œuvre la loi peuvent être contestées devant les tribunaux. Les parties peuvent faire appel des décisions contraires auprès de la Haute Cour de Tokyo et auprès de la Cour suprême. D'une part, les tribunaux donnent généralement leur soutien à l'interprétation par la FTC de la loi et de la politique. Mais, de l'autre, ils ont dans la pratique, en général, tendance à partager les torts. Dans le cas très connu du cartel du pétrole, le tribunal a considéré que le respect des instructions administratives ne rendait pas légale la fixation des prix mais a refusé de désigner des responsables, estimant que les intéressés considéraient probablement qu'ils étaient dans leur droit en

suivant les instructions administratives. Dans les affaires pénales, les entreprises reconnues coupables ont été condamnées à verser des amendes, mais les peines de prison ont toujours été suspendues. La structure des différentes décisions reflète probablement assez bien la tolérance générale dans la culture juridique à l'égard des conditions et pratiques anticoncurrentielles.

Reconnaissant peut-être qu'une mise en œuvre trop stricte s'opposerait à une forte résistance, la FTC s'appuie beaucoup sur des lignes directrices et sur ses propres directives administratives, c'est-à-dire sur des consultations préalables et des demandes négociées d'autorisation, auxquelles elle répond positivement ou négativement. Les lignes directrices sont prises au sérieux et constituent désormais un important instrument d'action<sup>69</sup>. Depuis qu'elle est redevenue active dans les années 90, la FTC a renforcé nombre de ses lignes directrices anciennes et en a publié quelques autres. Parmi les sujets couverts par les lignes directrices de l'AMA, on peut citer celles concernant les activités des associations commerciales (1979, révisées en 1994), les fusions (1980, révisées en 1994 et 1998), les fusions de détaillants (1991), la détention d'actions (1991, révisées en 1994), les réductions déloyales des prix (1984), le retour injustifié d'articles non vendus (1987), l'octroi de licences pour les brevets et le savoir-faire (1989), les systèmes de distribution et les pratiques des entreprises (1991), les activités conjointes de recherche et développement (1993), les participations aux sociétés financières (1994), les instructions administratives (1981, révisées en 1984), les appels d'offres publics (1994) et les sociétés holding (1997).

#### Encadré 3. Pouvoirs d'application

**L'autorité est-elle habilitée à engager une enquête de sa propre initiative ?** La FTC au Japon, comme la plupart des autorités des pays Membres (19) a un certain pouvoir pour publier des ordonnances d'interdiction de sa propre initiative. Dans un quart des pays, des ordonnances de ne pas faire (« cease and desist orders ») ne peuvent être publiées que par un tribunal ou un organe de décision séparé. Environ la moitié des autorités des pays Membres peuvent imposer directement des sanctions financières. Dans la plupart des pays Membres, seuls les tribunaux peuvent imposer des ordonnances contraignantes et des sanctions pénales.

**L'autorité fait-elle connaître publiquement ses décisions et les raisons qui les motivent ?** Virtuellement, toutes les autorités des pays Membres, y compris la FTC, publient leurs décisions et leurs analyses sous une forme ou une autre. Lorsqu'elles ne le font pas elles-mêmes, des décisions effectives sont prises par les tribunaux.

**Ses décisions peuvent-elles faire l'objet d'un réexamen de fond et d'une révision devant un tribunal ?** Si nécessaire, toutes les autorités de la concurrence doivent défendre leur action devant les tribunaux.

**Des parties privées peuvent-elles engager leur propre poursuite sur des questions de concurrence ?** Certaines actions de ce type peuvent l'être dans presque toutes les juridictions, à l'exception toutefois de l'Autriche, du Portugal et de l'Espagne. Dans une majorité de pays, les autorités expliquent les raisons pour lesquelles elles n'agissent pas dans un cas particulier, et une partie qui est déçue de cette inaction peut attaquer l'autorité devant les tribunaux.

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

Les personnes privées qui estiment avoir été victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent saisir, dans une mesure limitée, la FTC. Celle-ci reçoit de nombreuses plaintes. Si elle reçoit une plainte écrite comportant une description précise des faits, elle est obligée d'indiquer au plaignant ses dispositions en la matière<sup>70</sup>. En revanche, un plaignant ne peut pas engager de poursuite pour obliger la FTC à donner suite à sa plainte, ni déposer de recours si celle-ci refuse d'engager une action ou conclut à l'absence d'infraction.



Deux catégories d'actions peuvent être engagées par une personne privée. Elles visent toutes deux à obtenir des dommages-intérêts au titre d'infractions passées ; ni l'une ni l'autre ne prévoient de dommages et intérêts supplémentaires ou toute autre forme de réparation. Elles sont de plus en plus utilisées, mais encore peu fréquentes. Le recours offert par l'AMA suppose qu'une décision a préalablement été prise par la FTC. Dès lors que celle-ci conclut qu'une partie a commis une infraction à la loi, les parties lésées peuvent engager des poursuites pour obtenir réparation. Le défendeur ne peut pas faire valoir qu'il n'avait pas l'intention de causer des dommages ; de ce point de vue, il semble facile d'obtenir réparation dans le contexte d'une action privée. Dans la pratique, c'est loin d'être le cas. Les tribunaux ne considèrent pas la « recommandation » de la FTC comme une preuve décisive de l'infraction considérée, mais réexaminent au contraire toute la question. Quelques plaignants ont obtenu des dommages-intérêts à l'issue d'actions engagées au titre de l'AMA, mais dans tous les cas il s'est agi d'un règlement à l'amiable. Il a fallu attendre 1993 pour que des dommages-intérêts soient accordés par une décision de justice au titre de cette loi. En général, l'expérience de l'exercice des recours privés au titre de l'AMA a été décevante. De plus, dans la mesure où de telles actions ne peuvent avoir lieu que si la FTC a préalablement rendu une décision, lorsque celle-ci ne donne pas suite à une plainte, le plaignant ne peut pas saisir un tribunal en vertu de l'AMA. Les actions privées en vertu de l'AMA doivent être engagées auprès du tribunal d'instance de Tokyo, qui siège en session spéciale pour les affaires de concurrence.

La deuxième possibilité, qui ne dépend pas de la FTC, consiste à chercher à obtenir des dommages-intérêts en application du Code civil<sup>71</sup>. C'est le seul recours dont dispose un plaignant éconduit par la FTC. (A noter, il n'est pas nécessaire de saisir la FTC au préalable). Les plaintes peuvent être déposées auprès des tribunaux locaux. L'inconvénient d'agir au titre du Code civil est que, dans ce type d'action, le plaignant ne peut pas en général obtenir du tribunal qu'il ordonne à l'autre partie de mettre un terme à des pratiques dommageables. (Cela vaut pour presque tous les domaines couverts par le Code civil et pas seulement pour la concurrence). Une décision antérieure de la FTC n'établit pas en soi l'infraction invoquée dans des poursuites au titre du Code civil, mais une décision de la Commission, ou les preuves sur lesquelles elle s'appuie, peuvent être présentées au tribunal pour information et aider le plaignant à faire valoir son point de vue. En outre, les règles de fond appliquées dans ces cas seraient fondées sur les doctrines appliquées par la FTC en vertu de l'AMA, comme l'assimilation de la fixation des prix à une violation de principe.

Les négociations commerciales et les études réalisées par la FTC et d'autres instances ont visé à offrir des voies de recours plus fiables et plus efficaces aux personnes privées. Les négociateurs des États-Unis et de l'Union européenne ont demandé que la législation et la procédure japonaises soient modifiées de manière à permettre plus facilement aux victimes présumées d'attaquer une conduite anticoncurrentielle devant les tribunaux, sans avoir à saisir la FTC au préalable. Les demandes des négociateurs ont surtout porté sur deux points particuliers : l'autorisation donnée à une personne privée, d'obtenir une injonction du tribunal en vertu des règles de fond de l'AMA, et la possibilité de modifier les règles concernant l'établissement du préjudice de manière à permettre au plaignant d'obtenir plus facilement réparation. Un rapport récent d'un groupe d'étude créé par le MITI pour examiner une question du même ordre a récemment recommandé des réformes de ce type. Quant à la FTC, elle a une position réservée à cet égard, puisqu'elle n'approuve pas l'élargissement des possibilités de recours des personnes privées, mais ne le rejette pas non plus. Un groupe d'étude de la FTC tente actuellement de déterminer dans quelle mesure il y aurait lieu d'adopter de nouvelles dispositions législatives à cet égard.

La FTC veille à ce que l'interdépendance et la complexité des nombreuses questions en cause soient bien prises en compte de façon que les mesures correctives soient compatibles avec les autres aspects du système de justice civile. En outre, la neutralité voulue par la Commission tient sans doute à la crainte qu'un recours accru aux tribunaux ne diminue sa propre influence sur la politique de la concurrence. Si les parties peuvent saisir directement les tribunaux pour des questions de concurrence,

ceux-ci deviendraient une nouvelle source, potentiellement plus puissante, de règles en matière de politique de concurrence. Or, c'est justement ce que certains observateurs souhaiteraient manifestement. Leur intention n'est pas d'alléger la charge de travail de la FTC ait une trop lourde charge de travail, mais ils pensent qu'elle ne fait pas suffisamment preuve d'initiative dans le choix de ses objectifs. Le fait de donner un pouvoir de décision à un tiers pourrait être très utile face aux contraintes qui font obstacle à l'ouverture du marché. Ainsi, les partenaires commerciaux ont mis l'accent sur cet aspect de la question. La possibilité d'une véritable réparation signifierait que ces problèmes soient portés au niveau des responsables judiciaires au lieu de celui des responsables des négociations commerciales. Les problèmes pourraient donc être réglés plus rapidement, avec un profil plus modeste, et donc à un coût plus faible, s'ils étaient traités simplement comme des différends entre entreprises plutôt qu'entre pays. D'autres dispositions législatives, concernant d'autres domaines, pourraient éventuellement servir de modèle : par exemple, les personnes privées peuvent saisir les tribunaux dans des affaires concernant des brevets. Bien que, dans ces procédures civiles, il faille parfois attendre deux ans pour qu'intervienne un jugement définitif, il est possible de demander et d'obtenir l'équivalent d'un jugement provisoire en vue d'une réparation immédiate.

La question de la preuve du préjudice est un problème général. Dans l'affaire concernant une entente dans le domaine du fuel domestique, une organisation de consommateurs a intenté des poursuites en dommages-intérêts après que la FTC ait considéré qu'il y avait effectivement entente, mais les tribunaux ont déclaré que l'organisation de consommateurs devait apporter la preuve que les prix auraient été différents en l'absence d'entente. Le problème ne se limite pas aux affaires de concurrence, cependant. Au Japon, dans les procédures civiles, la règle générale est que le plaignant doit prouver l'existence d'un lien de causalité et donner une évaluation précise du montant du préjudice économique. La FTC s'est engagée à aider les plaignants à cet égard. (L'AMA stipule que les tribunaux doivent demander l'avis de la FTC en ce qui concerne le préjudice, et que la FTC est tenue de donner cet avis. Depuis 1990, la FTC a répondu à une seule demande d'avis concernant des affaires privées au titre de l'AMA<sup>72</sup>, et à quatorze demandes concernant des violations et dommages dans des affaires de contribuables relatives à des soumissions concertées. Par ailleurs, le code de procédure civile a récemment été modifié de manière à permettre le recours à des estimations. Il est difficile de dire si cette modification est aussi applicable aux actions engagées au titre de l'AMA. Si le traitement reste différent, cela pourrait encourager un plus large recours aux poursuites au titre du Code civil.

Un large recours aux tribunaux soulève toutefois d'autres problèmes. Le système judiciaire est relativement restreint et les juges sont trop peu nombreux. En outre, un système judiciaire dans lequel le rôle principal d'un juge est d'analyser les lois n'est peut-être pas en mesure de prendre des décisions sur des questions économiques complexes comme celles que soulèvent les affaires de concurrence. Certains observateurs ont suggéré que l'on crée pour ces affaires une autre institution qui pourrait disposer de compétences plus larges. Bien que le tribunal d'instance de Tokyo soit déjà spécialisé, dans la mesure où il est seul compétent pour les questions relevant de l'AMA, beaucoup de justiciables auront sans doute des difficultés pour le saisir et il n'aura peut-être pas la capacité de traiter ces questions, si elles deviennent trop nombreuses.

Cependant, le développement des possibilités de recours privé efficace et indépendant se heurte à un obstacle encore plus important sur le plan pratique, à savoir le nombre insuffisant d'avocats. Cette pénurie est elle-même liée à la politique de concurrence : la profession juridique équivaut dans la pratique à une entente, qui s'est efficacement protégée contre la concurrence de nouveaux venus. Le nombre de nouveaux avocats autorisés à exercer chaque année est étroitement contrôlé. La note permettant de passer l'examen du barreau est déterminée en fonction du nombre d'avocats qui seront admis, et non l'inverse. L'argument avancé pour justifier cette contrainte est l'insuffisance des possibilités de stages professionnels pour les nouveaux avocats, après qu'ils ont passé officiellement leur examen. Le problème est

manifestement pris à l'envers. Le programme sur trois ans prévoit une augmentation du nombre des nouveaux avocats. D'après des propositions actuellement à l'étude, celui-ci passerait de 700 par an actuellement à 1 000 au moins, sinon 2 000. Même avec 2 000 nouveaux avocats par an, il faudrait dix ans pour que leur nombre double et 50 ans pour qu'ils soient aussi nombreux, par habitant, que dans l'Union européenne. Une autre proposition actuellement à l'étude consisterait à permettre aux personnes qui ont plusieurs années d'expérience juridique et administrative d'exercer les fonctions de conseiller juridique, sans pour autant être autorisées à représenter des clients devant les tribunaux en qualité d'avocat.

Les juges et les avocats n'étant pas assez nombreux, les actions en justice durent trop longtemps et sont trop coûteuses. Ces inconvénients sont particulièrement importants en ce qui concerne les actions privées engagées au nom de consommateurs. Dans l'action engagée par les consommateurs contre le cartel pétrolier, qui était l'une des premières de ce type et qui s'est en fin de compte soldée par un échec, dix ans se sont écoulés entre le dépôt du recours et le jugement. Le délai n'a jamais plus été aussi long dans les quelques actions ultérieures engagées par les consommateurs, mais cette expérience a marqué les esprits et sert encore aujourd'hui à illustrer la longueur du processus. Même les plaignants qui obtiennent gain de cause doivent prendre en charge leurs frais d'avocat. Dans l'affaire relative au fuel domestique, le groupe de consommateurs avait fait appel à des juristes universitaires bénévoles. Ce type de recours privé pour le compte de consommateurs a généralement une coloration politique et les plaignants ne s'attendent pas en principe à obtenir des dommages-intérêts importants. Ce n'a d'ailleurs pas été le cas. Même si des poursuites aboutissent, il est en général difficile d'obtenir réparation dans des procès portant sur des dommages causés aux consommateurs, dommages qui sont sans doute trop peu importants individuellement, même s'ils sont considérables globalement.

Une solution consisterait à instituer des procédures spécifiques pour les affaires concernant des groupes de consommateurs. Des actions collectives regroupant efficacement de multiples recours individuellement peu importants pourraient donner plus de poids aux actions engagées par les consommateurs. Lors des négociations SII, les États-Unis avaient recommandé cette approche. La réaction de la FTC a été de déroger à son principe de neutralité et de s'engager à soutenir activement les actions privées, afin de compléter l'application de l'AMA en donnant aux plaignants des avis détaillés et en leur permettant d'avoir accès à des pièces à conviction. Un effet connexe de ce changement de position a été un changement dans le traitement de l'information que les entreprises avaient proclamée confidentielle. La FTC a dit clairement que les informations seront divulguées si elles peuvent être utilisées et nécessaires dans le cadre de poursuites privées. Elles ne seront pas protégées simplement parce que l'entreprise le veut.

Si les actions intentées par des consommateurs sont encore rares, les poursuites engagées par des clients se sont en revanche multipliées et certaines ont même abouti. Comme on pouvait s'y attendre, la plupart d'entre elles ont été motivées par des refus de vente. Les entreprises hésitent probablement à compromettre les relations commerciales qu'elles ont établies en engageant des poursuites. Toshiba a versé des dommages-intérêts pour avoir refusé de fournir des pièces de rechange pour ascenseurs et des magasins de vente au rabais ont obtenu auprès de juridictions inférieures la condamnation de marques de produits cosmétiques et de savon pour refus de vente. De tels cas « offrent sans doute des possibilités totalement nouvelles et efficaces pour l'application des lois relatives à la concurrence, non seulement devant les tribunaux, mais aussi en incitant la FTC à s'impliquer davantage »<sup>73</sup>.

L'une des raisons pour lesquelles les actions privées n'ont guère abouti est peut-être simplement qu'elles sont nouvelles et complexes. Il faut du temps et de l'expérience pour cerner les nouvelles questions de fond et de procédure qui se posent et y apporter une réponse. Le manque de succès des actions privées a sans doute aussi tenu, jusqu'à une date récente au moins, au fait que les tribunaux ne voyaient aucune raison d'accorder la priorité à la politique de la concurrence. L'adoption de conditions et de moyens d'action formels et techniques supplémentaires n'aura sans doute pas d'effet sur les résultats tant que les juges ne modifieront pas leurs priorités.

En dépit des problèmes pratiques évoqués ci-dessus (et des objections que soulèveront probablement les agents économiques les plus susceptibles de faire l'objet de poursuites), il pourrait être utile d'accroître les possibilités d'action privée en justice. Ainsi, des ressources supplémentaires pourraient être consacrées à la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Les victimes de pratiques illicites pourraient espérer obtenir véritablement réparation. Par ailleurs, cela stimulerait la FTC, en l'incitant indirectement à continuer d'offrir un produit de haute qualité, à savoir une application efficace et indépendante de la loi. En effet, si elle ne le faisait pas, les « clients » pourraient toujours se tourner vers les tribunaux.

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

Les résultats obtenus par la FTC en termes d'ouverture du marché sont peu clairs. La Commission s'est engagée à rechercher des solutions équitables et rigoureuses aux problèmes d'accès au marché, en appliquant le principe de la non-discrimination, mais il est difficile d'identifier les efforts faits dans ce sens sur le plan d'application de la loi. Le degré d'application des règles de concurrence, et notamment les actions à l'encontre d'obstacles à l'accès au marché, ont constitué une question importante dans les négociations SII avec les États-Unis ainsi que dans les conflits avec l'Union européenne. En réponse aux arguments selon lesquels les restrictions concernant la distribution avaient des effets anticoncurrentiels au niveau des échanges, la FTC a réalisé des études. Les résultats de ces études soulignent en général l'ambivalence institutionnelle de la FTC et renforcent l'impression de faiblesse qu'elle donne par rapport aux autres organismes publics. En effet, bien que ces études suspectent que certaines pratiques sont contraires à la loi, elles n'aboutissent pas à des mesures répressives, mais seulement à des admonestations, la FTC ayant conclu que l'infraction à la loi n'était pas prouvée. Le rapport de 1997 sur la distribution de pellicules et de papier photographique aboutit à la conclusion qu'il n'y a aucune preuve d'infraction, mais la FTC a fait quatre « suggestions » spécifiques concernant la façon dont l'industrie devrait améliorer les aspects de sa conduite posant un problème sur le plan de la concurrence et a promis d'appliquer la loi à l'avenir. Deux autres rapports, sur les pratiques de distribution et les disparités de prix concernant les fournitures médicales, aboutissent à des résultats tout aussi ambivalents. Alors que des relations commerciales fermées, favorisées par les producteurs, empêchaient l'accès au marché et majoraient les prix, la réaction de la FTC a été de demander au ministère de la Santé et à d'autres organismes d'inciter les acheteurs à faire des efforts. Aucune action n'a été recommandée ou prise à l'encontre des fournisseurs qui ont maintenu des relations d'exclusivité, alors même que la FTC avait fait observer que le contrôle qu'ils exerçaient sur les ventes et les prix de leurs grossistes, pour faire appliquer les accords d'exclusivité, pouvait être contraire à l'AMA. La FTC a simplement demandé que les fabricants appliquent la loi. Dans une affaire concernant des lentilles de contact, les fabricants essayaient de contrôler les prix pratiqués par les détaillants, tandis que les praticiens s'efforçaient de négocier des rabais et d'exercer des pressions sur les concurrents vendant en grandes quantités. La FTC a demandé à toutes les parties intéressées de bien prendre connaissance des lignes directrices pertinentes<sup>74</sup>.

L'attitude de la FTC en ce qui concerne les effets transnationaux semble mal assurée et peut-être incohérente. En juillet 1998, elle a pour la première fois exercé sa compétence sur une entreprise étrangère, dans le cadre d'une action à l'encontre d'une société canadienne, en faisant valoir que des pratiques utilisées à l'étranger avaient des effets anticoncurrentiels au Japon. C'était une toute petite étape car la conduite en cause avait eu des effets anticoncurrentiels au Japon. Le retard avec lequel la FTC a agi tient probablement à ce qu'elle n'était pas certaine de ses pouvoirs juridiques, et non des effets économiques desdites pratiques. Sur la question des effets concurrentiels du commerce d'importation, l'affaire relative au regroupement d'entreprises pétrochimiques, dont il est question plus haut, révèle une certaine incohérence analytique. La FTC a autorisé le regroupement parce que la menace d'une concurrence des importations permettait d'imposer une discipline sur le marché, tout en demandant une réduction des droits pour assurer un environnement concurrentiel.

Les entreprises souhaitent une plus grande harmonisation internationale des politiques en matière d'échanges et de concurrence, en particulier en ce qui concerne les mesures antidumping et les fusions. On peut considérer que la décision de la FTC de moderniser les règles de notification des fusions et de modifier les lignes directrices à cet égard va dans la même direction. La FTC travaille depuis longtemps avec des organisations comme l'OCDE, mais elle n'a pas établi de procédures particulières pour traiter avec des entités étrangères ou obtenir des informations de l'étranger. Pour rendre ses règles et procédures plus compréhensibles aux entreprises et gouvernements étrangers, la division des affaires internationales de la FTC a récemment mis au point un volume traduit en anglais de toutes les lois, lignes directrices et notifications. La FTC a profité de certains accords informels prévoyant des échanges d'informations et des notifications avec d'autres pays de l'OCDE. Le ministre japonais de la justice a apporté son concours à des autorités étrangères dans des procédures internationales de rassemblement de preuves. A ce jour, la FTC n'est partie à aucun accord officiel en matière d'application des lois ou d'échange d'informations, mais en septembre 1998 elle a annoncé le début de négociations en vue d'un accord avec les autorités américaines.

#### Encadré 4. **Accords de coopération internationaux**

Huit pays Membres ont contracté un ou davantage accords formels pour coopérer en matière d'application de la législation de la concurrence : Australie, Canada, République tchèque, Hongrie, Corée, Nouvelle-Zélande, Pologne, et les États-Unis ; l'Union européenne l'a également fait.

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

La haute priorité désormais accordée à la politique de la concurrence se reflète dans les ressources allouées à celle-ci. La FTC est l'un des plus importants organismes de la concurrence des pays de l'OCDE. Qui plus est, ses effectifs et son budget sont en augmentation en dépit des restrictions actuelles dans les administrations japonaises. Pour l'exercice 1998, où l'ensemble des dépenses publiques a baissé de 1.3 pour cent, le budget de la FTC a progressé de 1.1 pour cent et dix postes y ont été créés. L'augmentation du budget a été, en général, comparable à celle du PIB, et les effectifs ont augmenté plus rapidement que la population ou que la fonction publique en général.

Tableau 1. Évolution du budget de la FTC

Exercice	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Budget de la FTC (x 100 millions de yen)	35.2	37.6	40.8	44.1	46.2	52.4 <sup>1</sup>	52.4	53.8	55.6	56.2
Pourcentage de variation annuel	8.4	6.7	8.6	7.9	4.9	13.4	-0.1	2.7	3.3	1.1
Pourcentage de variation du budget général <sup>2</sup>	3.3	3.8	4.7	4.5	3.1	2.3	3.1	2.4	1.5	-1.3

1. Le budget de la FTC pour l'exercice 1994 comprend des coûts de déménagement (230 millions de yen).
2. Dépenses budgétaires totales du gouvernement japonais, à savoir dépenses budgétaires du compte général diminuées du service de la dette nationale et des transferts fiscaux aux administrations locales.

Source : Rapports annuels de la FTC, réponses à des questionnaires

Tableau 2. Évolution des effectifs du Secrétariat général de la FTC<sup>1</sup>

Exercice	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Nombre total d'agents	461	474	478	484	493	506	520	534	545	552
Mise en oeuvre <sup>2</sup>	129	154	165	178	186	203	220	236	248	254
Services des fusions <sup>3</sup>	18	18	19	18	19	18	18	18	18	19
Sensibilisation <sup>4</sup>	16	16	15	15	15	15	14	23	23	23

1. Jusqu'à l'exercice 1995, le Secrétariat était désigné sous le nom de Bureau exécutif.
2. Bureau des enquêtes (Département des enquêtes jusqu'à l'exercice 1995)
3. Division des acquisitions (Division des entreprises jusqu'à l'exercice 1995)
4. Division des affaires générales du Département d'économie (Division de la coordination jusqu'à l'exercice 1995) et Division de la coordination.

Source : Rapports annuels de la FTC, réponses à des questionnaires

A en juger par le nombre d'actions engagées et de décisions prises, la FTC accorde désormais la plus haute priorité aux infractions horizontales, notamment les soumissions concertées. Au cours du dernier exercice complet (1997), la FTC a été saisie de 171 nouvelles affaires, en plus des 66 qui avaient été engagées précédemment, et elle a clos 136 d'entre elles, si bien que 91 ont été reportées en 1998. Ces affaires ont abouti à 27 actions définitives, dont 13, soit à peu près la moitié, ont concerné des soumissions concertées. Les autres affaires ont été conclues par des instructions administratives, qui ont été rendues publiques. Il s'agissait notamment des mesures suivantes : 26 recommandations, une ordonnance avec amende sans recommandation, 13 avertissements et 92 « mises en garde » (dans les cas d'infraction suspectée mais non prouvée). Au cours des cinq dernières années, les infractions horizontales ont été les plus courantes, représentant entre les deux tiers et les neuf dixièmes des ordonnances rendues chaque année. En 1997, 19 ordonnances ont concerné des soumissions concertées ou des pratiques horizontales, sept ont concerné des accords verticaux et les autres ont concerné des abus de position dominante ou d'autres pratiques déloyales. Quatre ont concerné des associations commerciales. En 1997, la FTC a imposé des pénalités à 170 entreprises ayant participé à 16 cas d'entente sur les prix ou de soumission concertée. Les amendes ont atteint au total neuf milliards de yen<sup>75</sup>.

L'effectif s'occupant des fusions et acquisitions est constitué de seulement 30 personnes employées à plein temps. En 1997, lorsque toutes ces transactions ont dû être notifiées, quelle que soit leur importance, la FTC a reçu des notifications concernant 3 596 fusions ou acquisitions prévues. En fait, leur nombre est légèrement inférieur à celui des années précédentes<sup>76</sup>. La FTC consacre donc à cette question à peu près le même volume de ressources que l'organisme néerlandais de la concurrence, alors que

l'économie des Pays-Bas est dix fois plus petite que celle du Japon, que l'organisme néerlandais est épaulé par les institutions communautaires pour la mise en œuvre de la politique de concurrence et qu'il a déjà engagé plusieurs grandes enquêtes sur des fusions. Le niveau extrêmement faible des ressources affectées par la FTC aux fusions et acquisitions<sup>77</sup> est une situation qui devra être modifiée si l'on veut que la Commission puisse jouer un rôle important dans le développement de la concurrence, à mesure que les entreprises répondront à l'évolution des règles en essayant de modifier leurs structures.

La FTC est consciente de la nécessité de lutter contre les infractions à l'AMA dans les secteurs économiques où la réglementation publique a encore une influence, car ces infractions risquent d'annuler les bienfaits de la déréglementation. Elle a pris un certain nombre de mesures à cette fin. Elle pourrait probablement en prendre davantage. Certaines affaires récentes témoignent de cet intérêt. L'une d'entre elles a concerné un groupe d'assureurs, qui devaient obtenir l'accord du ministère des Finances pour fixer le montant de leurs primes et les conditions applicables à leurs contrats. Ils se sont concertés pour déterminer les taux de prime et les conditions qu'ils allaient demander ; apparemment poussé par des instructions informelles du ministère ; la FTC est parvenue à démontrer que cette concertation constituait une infraction à l'AMA. Une autre affaire a concerné un service de restauration pour les hôpitaux. Une fondation publique désignée par le gouvernement, qui est chargée de fixer des normes dans ce domaine, s'est concertée avec l'une des principales entreprises du secteur sur la nature de ces normes, afin d'exclure les autres entreprises<sup>78</sup>. Dans les télécommunications, lorsqu'il est devenu possible d'acheter un téléphone cellulaire (au lieu de le louer), certaines entreprises ont essayé de contrôler les pratiques de leurs distributeurs en matière de prix de vente et de publicité ; la FTC a pris des mesures à l'encontre de ces tentatives en 1997. Par ailleurs, elle s'est aussi opposée aux tentatives qui ont été faites pour retourner à un système de fixation des prix dans les secteurs des transports routiers et des taxis.

#### **4. Les limites de la politique de la concurrence dans une perspective de réforme réglementaire**

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

Le problème du soutien officiel des comportements anticoncurrentiels est exceptionnellement répandu au Japon. Il est plus étendu que la controverse habituelle sur le rôle de l'administration, s'étendant à toute une gamme d'actions qui ont historiquement protégé des arrangements non concurrentiels. Bien qu'il n'y ait pas d'exemption générale à la législation de la concurrence pour les actions imposées par une autorité, celles-ci échappent en fait à la législation car l'AMA ne concerne que les actions délibérées. Une disposition de l'AMA stipule en effet que, lorsque des règles particulières sont applicables à une branche d'activité, toute conduite conforme à ces règles ou à une décision rendue dans le respect de ces règles ne constitue pas une infraction à l'AMA<sup>79</sup>. Cette disposition devrait être supprimée dans le contexte du réexamen de la réglementation.

Même dans les cas où la réglementation nationale a été réformée de manière à promouvoir la concurrence, les administrations locales sont parfois intervenues. L'AMA s'applique aux entreprises, et non aux fonctionnaires, si bien que la seule possibilité offerte par le droit de la concurrence est, pour la FTC, d'essayer de persuader les administrations locales de ne pas intervenir. Par exemple, après beaucoup d'efforts, les lois nationales qui restreignaient l'activité des grandes surfaces sont assouplies. Cependant, des lois et des procédures concernant l'aménagement du territoire et les impacts sur l'environnement ont été rapidement adoptées au niveau local de manière à permettre aux entreprises en place d'exercer un pouvoir de veto sur l'entrée de concurrents potentiellement puissants. En 1998, la FTC a réalisé une enquête sur les pharmacies et a constaté que certaines préfectures demandaient aux concurrents potentiels

de consulter l'Association des pharmacies, voire d'obtenir une recommandation de celle-ci, avant de demander à exercer leur activité ou de délivrer des médicaments sur ordonnance<sup>80</sup>. Cependant, face à de tels comportements anticoncurrentiels, la seule mesure que la FTC a pu prendre, a été de demander au ministère de la Santé et de la Protection Sociale d'attirer l'attention des préfetures sur les objectifs de l'AMA.

Néanmoins, les entités publiques ne sont pas entièrement à l'abri de la loi. Une entité publique qui exerce une activité économique dont elle tire un avantage économique peut dans certains cas entrer dans la définition d'une « entreprise »<sup>81</sup>. En 1989, la Cour suprême a estimé qu'un abattoir municipal qui était en concurrence avec un abattoir privé pouvait être assujéti aux dispositions de l'AMA. Par ailleurs, un tribunal de première instance a estimé que des cartes postales imprimées par l'État, comportant des photographies ou des jeux de loterie, étaient en concurrence avec des cartes imprimées par des sociétés privées, et ne bénéficiaient donc d'aucune dérogation à l'AMA. Il n'est probablement pas possible d'engager de véritables poursuites à l'encontre des pouvoirs publics en vertu de l'AMA.

Plusieurs aspects de l'AMA peuvent être avantageux pour les petites et moyennes entreprises, qui sont en principe entièrement assujétiées à cette loi. Les coopératives volontaires et légalement autorisées de petites entreprises peuvent être exemptées des règles interdisant les restrictions commerciales, à condition de ne pas restreindre sensiblement la concurrence et de ne pas majorer les prix de façon injuste. Cette dérogation ne s'étend pas aux pratiques commerciales déloyales<sup>82</sup>. Par ailleurs, les petites entreprises peuvent être avantagées dans la mesure où le taux de pénalité appliqué en cas d'infraction sur les prix est généralement inférieur de moitié à celui qui est appliqué aux grandes entreprises.

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

**Une exemption des obligations du droit général de la concurrence est-elle prévue pour un comportement exigé ou autorisé par une autre entité ?** Comme environ la moitié des pays Membres (15 sur les 27), le Japon connaît un certain degré d'exemption pour des comportements qui sont clairement requis au titre d'autres réglementations ou autorités gouvernementales.

**Le droit général de la concurrence s'applique-t-il aux entreprises publiques ?** Comme tous les pays, à l'exception du Portugal et des États-Unis, le Japon applique sa législation de la concurrence aux entreprises publiques.

**Les petites et moyennes entreprises bénéficient-elles d'une exemption soit dans la loi elle-même soit dans la politique de mise en œuvre ?** Quatre pays Membres ont fait état de certaines formes d'exemption ou de différence de traitement pour les petites et moyennes entreprises : Belgique, France, Allemagne, Japon.

#### **4.2. Exclusions, règles et exemptions pour certains secteurs**

A une époque, la législation et d'autres dispositions prévoyaient plus d'un millier de dérogations expresses aux dispositions de l'AMA. Ce nombre a été réduit de 90 pour cent environ, et des mesures sont prises pour le réduire encore. Les exemptions qui subsistent sont importantes. Beaucoup concernent des domaines dans lesquels d'autres pays de l'OCDE ont aussi accordé des exemptions ou des régimes particuliers. Le nombre extraordinairement élevé atteint dans le passé témoigne du manque de soutien en faveur de la politique de la concurrence.

Les dérogations ont différentes origines. Certaines étaient prévues dans l'AMA elle-même. Beaucoup d'autres découlent de la loi dérogatoire à l'AMA. Les très nombreuses dérogations qui ont été intégrées à certaines dispositions sectorielles sont les plus problématiques. Depuis plusieurs années, la



FTC essaie d'en réduire le nombre. A l'issue des négociations SII, il avait été décidé de les éliminer complètement en 1996 ; cet objectif a manifestement été repoussé à une date ultérieure. Des dispositions sont prises pour éliminer la quasi-totalité des dérogations qui existent encore dans l'AMA proprement dite. Une loi générale de 1996 a éliminé bon nombre de dérogations diverses. Les cartels de crise et les cartels de rationalisation, prévus dans l'AMA, ainsi que la loi dérogatoire à l'AMA, devaient être supprimés dans le cadre du plan de réforme de 1997<sup>83</sup>. Suite à cette décision, la FTC a engagé des négociations avec les ministères et organismes compétents au sujet de la réforme de tous les mécanismes dérogatoires. Le programme de trois ans annoncé en 1998 est en partie le fruit de ces négociations.

Le tableau qui figure à la fin de la présente section récapitule les mesures et plans récemment adoptés pour réduire la portée des dérogations. Sur quelque 90 dérogations énumérées en 1997, un tiers environ a été éliminé, un autre tiers devrait l'être prochainement et environ un tiers sera maintenu, dans de nombreux cas avec des modifications destinées à en réduire la portée. Les très nombreuses dispositions énumérées dans cette liste ne correspondent pas nécessairement à leur importance relative du point de vue économique ou du point de vue de la concurrence car quelques douzaines d'entre eux qui ont déjà été retirées semblent avoir été mineures. Le fait que la plupart des dérogations examinées dans le cadre du plan de 1998 aient été maintenues donne à penser qu'il sera plus difficile d'éliminer celles qui restent.

L'élimination d'une dérogation formelle ne se traduira pas toujours par l'élimination d'un régime spécial en faveur de certains secteurs. Les cartels de crise et de rationalisation ne seront plus autorisés en vertu de l'AMA, mais d'autres dispositions sectorielles devraient être contrôlées afin de veiller à ne pas permettre d'échapper à toute poursuite au titre du droit de la concurrence aux entreprises qui coopèrent à des activités de restructuration en vertu d'instructions données par le ministère.

De même, il semble que changer certaines exemptions pour les coopératives puisse encore laisser aux ministères sectoriels des responsabilités qui pourraient être exercées d'une manière incompatible avec l'AMA. L'AMA contient une disposition qui permet en principe aux coopératives et aux associations commerciales d'exercer des activités légitimes. En dépit du maintien de cette protection générale, il est manifestement prévu que plusieurs dispositions sectorielles continuent de viser spécifiquement les coopératives et les associations dans certains secteurs. Ces dispositions devront être compatibles, quant au fond, avec les dispositions correspondantes de l'AMA. Le maintien de dispositions sectorielles spécifiques s'explique sans doute en partie par la volonté de soustraire les entités concernées au contrôle de la FTC. Si c'est le cas, le point de savoir si ce changement conduira réellement à une réduction de l'action anticoncurrentielle du ministère, dépendra de la façon dont les jugements particuliers seront formés. Au minimum, certaines formes de forte coordination doivent être établies, à défaut un veto clair de la FTC.

Le problème posé par les dérogations ne sera pas totalement résolu par la réforme envisagée de la législation, encore que celle-ci soit certainement souhaitable. Beaucoup dépendra de la façon dont les comportements qui ne seront plus autorisés en vertu de dérogations seront traités dans le cadre de l'AMA. Un comportement qui bénéficie aujourd'hui d'une dérogation formelle pourra être autorisé *de facto* si la FTC estime qu'il n'a pas d'effets inacceptables sur la concurrence. Ainsi, la suppression proposée de la dérogation en faveur des cartels de crise et de rationalisation au titre de l'AMA ne signifie pas nécessairement que ces ententes ne seront plus jamais autorisées. La décision de ne pas engager de poursuites contre de telles ententes pourra être parfaitement défendable dans le cadre d'une bonne politique de concurrence. Cependant, on peut craindre que, pour atteindre l'objectif concret de l'élimination des dérogations, la FTC accepte de limiter plus qu'il ne le faudrait ses propres pouvoirs et de faire preuve d'indulgence afin de faciliter la transition vers une véritable concurrence. Cela s'inscrit parfaitement dans le processus japonais d'élaboration de politiques et de décision par consensus. En revanche, le processus de réforme s'en trouverait prolongé d'une demi-génération.

La portée des dérogations officielles ne donne pas en soi une idée de l'ampleur des comportements anticoncurrentiels qui sont soit imposés, soit protégés par l'action des pouvoirs publics. Les organes gouvernementaux jouent un rôle très important dans la détermination de l'une des variables stratégiques les plus décisives de la concurrence, à savoir l'entrée sur le marché, en s'appuyant sur une appréciation subjective de l'équilibre à établir entre l'offre et la demande pour accorder les autorisations ou autres permis indispensables, ou pour donner des instructions informelles, voire des instructions administratives indirectes ayant le même effet. Le programme de déréglementation de 1998 définit pour la prochaine étape de la réforme un certain nombre de principes qui pourraient, s'ils sont appliqués, contribuer à l'élimination de ces problèmes sectoriels. En vertu de ce plan, la FTC doit examiner les domaines dans lesquels l'entrée est restreinte pour des raisons d'équilibre entre l'offre et la demande ou en vertu d'autres réglementations, et formuler des propositions à cet égard. Le programme prévoit que l'objectif éventuel est d'alléger ou d'abolir de telles réglementations. Atteindre un tel but est important pour le succès de la réforme fondée sur des principes de concurrence. Donc, il est regrettable que le programme prévoit seulement une étude supplémentaire et n'établisse pas clairement des objectifs spécifiques pour éliminer les contraintes les plus importantes et les mieux connues dans un délai donné.

**Transports aériens :** Le ministère des Transports contrôle encore l'accès à ce secteur et limite la concurrence sur les prix. De ce fait, les tarifs aériens intérieurs sont supérieurs d'environ 20 pour cent aux tarifs équivalents aux États-Unis. Certains observateurs pensent qu'une véritable déréglementation permettrait aux consommateurs d'économiser environ 2 milliards de dollars par an. Bien que l'entrée de nouvelles compagnies aériennes sur le marché soit désormais autorisée en théorie, l'obtention de cette autorisation prend deux ans (quatre fois plus de temps que dans les autres grands pays) et le ministère exige de la nouvelle compagnie qu'elle prouve qu'elle est capable d'atteindre le seuil de rentabilité. Le programme prévoit la suppression des clauses d'ajustement de l'offre et de la demande en 1999 et 2001. Jusqu'en 1999 au moins, et peut-être pendant beaucoup plus longtemps, le ministère conservera cependant le pouvoir de déterminer qui peut exercer une activité dans ce secteur et quels tarifs peuvent être pratiqués sur certaines lignes.

**Cabotage :** Les modalités de l'aide à la restructuration du secteur ont été modifiées. Du point de vue technique, la méthode consistant à n'autoriser la construction d'un navire que lorsqu'un autre était démolé, a été éliminée. Mais cela ne veut pas dire que l'entrée est exempte de contrôles. Pour construire un nouveau navire, une entreprise doit obtenir une autorisation et verser une redevance couvrant le coût du désarmement de l'ancien navire. D'après certains observateurs, les dispositions en vigueur ont pour effet de limiter le tonnage disponible et d'accroître les coûts dans le secteur<sup>84</sup>. Cette mesure « transitoire » restera en vigueur tant que les caisses ne seront pas en équilibre, ce qui d'après certains, pourrait prendre quinze ans.

**Transports routiers :** Les coûts d'entrée ont déjà baissé dans ce secteur, depuis que la réglementation a été quelque peu assouplie. Mais ils ne sont pas encore totalement éliminés. Le ministère impose une sectorisation et oblige l'entreprise à disposer d'un nombre minimum de véhicules. L'accès au marché est encore limité, en dépit de la suppression supposée des clauses d'ajustement de l'offre et de la demande. L'obligation est faite aux transporteurs routiers de signaler à l'avance toute modification de leurs barèmes, prétendument pour éviter les pratiques d'éviction. Cela empêchera vraisemblablement une concurrence efficace sur le plan des tarifs<sup>85</sup>.

**Assurances :** Une certaine déréglementation a eu lieu dans ce secteur. Par exemple, les compagnies d'assurance-vie peuvent désormais acquérir des sociétés d'assurance-dommages, et vice versa. Mais aucune ne l'a fait. La FTC a organisé une audience, mais elle n'a pu trouver aucune instruction administrative « particulièrement » anticoncurrentielle de la part du ministère des Finances susceptible de dissuader l'entrée sur les marchés respectifs. Elle a néanmoins demandé au ministère de tenir compte des

lignes directrices de la Commission sur les instructions administratives et d'appliquer la loi révisée sur l'assurance afin de développer, comme il s'y est engagé, la concurrence en permettant aux deux catégories de compagnies d'accéder à leur marché réciproque. On a pu observer depuis une certaine interpénétration de ces deux secteurs grâce à la constitution de filiales. Les projets de réformes consistent à éliminer ce qui était en fait une obligation de fixation des primes. Naturellement, les ententes formelles sur la fixation des tarifs sont éliminées, comme l'ont été les ententes concernant les taux de rémunération des dépôts dans les établissements financiers. Cependant, on ne peut dire avec précision si cette coordination informelle a été éliminée.

**Monopoles naturels** : Les opérations commerciales pertinentes des chemins de fer, du secteur de l'électricité et du gaz et d'autres secteurs de ce type échappent aux dispositions de l'AMA, dans la mesure où il s'agit bien de monopoles naturels<sup>86</sup>. Cette dérogation s'applique à la production, à la vente ou à l'offre de ces secteurs. Il est difficile de dire si elle s'applique en fait à tous les aspects de la fonction de réseau, y compris ceux qui peuvent avoir un impact sur d'autres branches d'activité et marchés concurrents. Cette dérogation sera maintenue. Bien que les branches d'activité concernées soient expressément désignées, leur exemption est bien entendu justifiée par le fait qu'il s'agit de monopoles naturels. Si cette caractéristique venait à disparaître par suite de l'évolution de la situation (ou de la politique et de la législation), la dérogation pourrait alors pratiquement disparaître. Il reste que les dispositions de l'AMA qui concernent ces industries de réseau pourraient encore être remplacées par des dispositions réglementaires sectorielles.

Si, après la suppression des mesures de contrôle de l'offre et de la demande, la réglementation applicable aux services d'utilité publique est révisée sur la base de la politique de concurrence, la FTC devrait jouer un rôle plus important, mais encore indirect. La responsabilité de la politique de la concurrence pourrait incomber à la FTC, mais les organismes de réglementation pourraient être aussi impliqués et leurs décisions pourraient être déterminantes dans la pratique. Dans les télécommunications, le ministère des Postes et Télécommunications appliquera évidemment de façon indirecte les principes de la concurrence. La FTC a essayé de prendre part aux décisions de réforme dans ce secteur, afin de faire appliquer les principes de concurrence, mais il n'est pas certain que sa contribution ait eu beaucoup d'influence. Techniquement, il n'y a pas de dérogation formelle aux dispositions de l'AMA, si bien qu'il pourrait y avoir un partage des pouvoirs entre la FTC et le ministère. Mais s'agissant des fusions par exemple, le ministère est habilité au titre de la loi à refuser l'autorisation d'acquisitions d'entreprises de premier plan dans le secteur des télécommunications. Il exerce donc une très grande influence sur les questions de concurrence dans ce secteur, même si la FTC garde un pouvoir de mise en œuvre.

De même, les décisions importantes concernant les questions de concurrence dans le secteur de l'électricité sont généralement prises par le MITI et, dans le secteur des transports, par le ministère des Transports. Les arguments avancés pour justifier cette pratique sont la possibilité de tirer avantage des compétences sectorielles des ministères et la nécessité de coordonner la politique de concurrence avec les objectifs légitimes de la politique industrielle. Cependant, cette approche est également cohérente avec la pratique traditionnelle d'une réglementation verticalement segmentée.

Tableau 3. État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopoles

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Propriété intellectuelle	Général	FTC	AMA, article 23	sera maintenue
Coopératives	Général	FTC	AMA, article 24	doit être maintenue après modification
Monopoles naturels	Général	FTC	AMA, article 21	en cours d'examen
Autorisation gouvernementale	Général	FTC	AMA, article 22	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Cartels de dépression	Général	FTC	AMA, article 24-3	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Cartels de rationalisation	Général	FTC	AMA, article 24-4	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Projets d'amélioration	Général	FTC	AMA, article 103	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Coopératives agricoles	Agriculture	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA, loi sur les coopératives agricoles	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Aides à l'agriculture en cas de catastrophe	Agriculture	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur l'indemnisation des agriculteurs en cas de catastrophe	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Assurance-crédit agricole	Agriculture	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les garanties de crédit à l'agriculture	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Coopératives de crédit agricoles	Agriculture, finances	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les coopératives rurales pour la liquidation des dettes	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Ententes pour achats de matériel	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi relative à la mise en valeur des pêcheries pour l'exportation	abrogée
Ententes pour éviter la concurrence à l'exportation	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi relative à la mise en valeur des pêcheries pour l'exportation	abrogée
Activités de certaines organisations	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi relative à la mise en valeur des pêcheries pour l'exportation	abrogée
Ententes pour l'ajustement des prises de poisson	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi sur les coopératives pour l'ajustement de la production des pêcheries	abrogée
Associations coopératives pour les pêcheries	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi relative aux associations coopératives pour les pêcheries	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Projet de réduction du nombre de navires de pêche	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi portant application de mesures spéciales pour la reconstruction de l'industrie de la pêche	clause dérogatoire supprimée
Indemnisation des dommages aux navires de pêche	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur l'indemnisation des dommages aux navires de pêche	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session

Tableau 3. (suite) **État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopoles**

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Dommmages aux navires de pêche	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur l'indemnisation des dommages aux navires de pêche	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Garanties de crédit aux PME de pêche	Pêche	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les garanties de crédit aux petites et moyennes entreprises de pêche	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Coopératives forestières	Sylviculture	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les coopératives forestières	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Ententes dans le commerce de produits destinés à la transformation des fruits	Fruits	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi sur la production de fruits	abrogée
Ententes destinées à éviter une concurrence excessive	Perles	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi portant application de mesures temporaires pour l'ajustement de la culture perlière	abrogée
Ententes destinées à préserver et améliorer la qualité	Perles	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi portant application de mesures temporaires pour l'ajustement de la culture perlière	abrogée
Ententes visant à restreindre les installations de production	Perles	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi portant application de mesures temporaires pour l'ajustement de la culture perlière	abrogée
Ententes sur les prix des cocons	Soie	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi sur la sériciculture	abrogée
Ententes spécifiques	Sucre	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi relative à la stabilisation du prix du sucre	abrogée
Fusions et acquisitions entre grossistes	Gros	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi sur le marché de gros	abrogée
Ententes destinées à éviter une concurrence excessive	Gros	Agriculture, sylviculture et pêche	Loi sur le marché de gros	abrogée
Bourses de produits	Produits de base, agriculture	Agriculture, sylviculture et pêche : MITI	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les bourses de produits	examen en cours en vue de son abrogation ; projet de loi à la prochaine session, peut-être
Ententes sur les redevances d'utilisation commerciale d'enregistrements musicaux	Musique enregistrée	Éducation	Loi sur les droits d'auteur	maintenue ; établissement prévu de procédures faisant intervenir la FTC ; projet de loi à la prochaine session

Tableau 3. (suite) **État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopoles**

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Associations de crédit	Crédit	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les associations de crédit	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Associations de garantie de crédit	Crédit	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les associations de garantie de crédit	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Instruments à terme	Finances	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les instruments à terme	examen en cours en vue de son abrogation ; projet de loi à la prochaine session
Ententes dans le domaine de l'assurance	Assurance	Finances	Loi concernant les groupes d'assurance étrangers	abrogée
Ententes dans le domaine de l'assurance	Assurance	Finances	Loi sur l'assurance	portée réduite, procédure faisant intervenir la FTC
Organismes de notation, assurance non vie	Assurance	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi relative aux organismes de notation pour l'assurance non-vie	doit être abrogée en principe ; dérogation maintenue pour l'assurance automobile, l'assurance contre les séismes ; projet de loi à la Diète
Assurance mutuelle de navires	Assurance, transports maritimes	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les associations d'assurance mutuelle d'armateurs	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Ententes destinées à éviter une concurrence excessive	Alcool	Finances	Loi concernant les associations de commerce d'alcool et les mesures de recouvrement des recettes fiscales sur l'alcool	abrogée
Contrats imposant un prix de vente	Alcool	Finances	Loi concernant les associations de commerce d'alcool et les mesures de recouvrement des recettes fiscales sur l'alcool	abrogée
Cartels de rationalisation	Alcool	Finances	Loi concernant les associations de commerce d'alcool et les mesures de recouvrement des recettes fiscales sur l'alcool	réduction de la portée de la dérogation
Acquisition ou possession de parts de sociétés dépositaires de fonds	Valeurs mobilières	Finances	Loi sur les fonds de placement	abrogée

Tableau 3. (suite) État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopole

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Associations de placement	Valeurs mobilières	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur la bourse des valeurs	examen en cours en vue de son abrogation ; projet de loi à la prochaine session
Activités économiques des coopératives	Tabac	Finances	Loi sur les syndicats de producteurs de tabac	dérogation en faveur des coopératives sur la base de l'article 24 de l'AMA
Syndicats des producteurs de tabac	Tabac (culture)	Finances	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les syndicats de producteurs de tabac	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Fonds de pensions des salariés	retraites	Santé et protection sociale	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les Fonds de pensions des salariés	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Coopératives de consommateurs	Général	Santé et protection sociale	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les associations coopératives de consommateurs	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Assurance maladie	Soins de santé	Santé et protection sociale	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur l'assurance maladie	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Assurance maladie	Soins de santé	Santé et protection sociale	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur l'assurance maladie nationale	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Contrats spéciaux	Salons de coiffure, instituts de beauté, laveries et autres	Santé et protection sociale	Loi relative à la coordination et à l'amélioration des entreprises soumises à des règlements d'hygiène	abrogée
Ententes destinées à éviter une concurrence excessive	Salons de coiffure, instituts de beauté, laveries et autres	Santé et protection sociale	Loi relative à la coordination et à l'amélioration des entreprises soumises à des règlements d'hygiène	la dérogation concernant les pratiques commerciales déloyales doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session. Ententes déjà abrogées
Caisse de pension des charbonnages	Industries extractives, pensions	Santé et protection sociale	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi relative à la caisse de pension des charbonnages	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Assurance des salariés du secteur public	Main-d'œuvre	Intérieur	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi relative aux mutuelles des salariés des services publics locaux	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Chambres de compensation des chèques	Finances	Justice	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les lettres de change et les billets à ordre, loi sur les chèques	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Acquisition de parts de sociétés en cours de réorganisation	Général	Justice	Loi sur la réorganisation des sociétés	maintenue
« Établissements fermés »			Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; ordonnance relative aux établissements fermés	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session

Tableau 3. (suite) **État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopole**

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Accidents du travail	Main-d'oeuvre	Travail	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi relative aux organismes de prévention des accidents du travail	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Ententes sur le marché intérieur entre exportateurs et associations d'exportateurs	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Ententes pour la vente d'exportations sur le marché intérieur entre producteurs et distributeurs	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Ententes à l'importation entre importateurs et associations d'importateurs	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Ententes sur le marché intérieur entre importateurs et associations d'importateurs	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Ententes pour l'ajustement des exportations et des importations entre exportateurs, importateurs et associations d'exportation et d'importation	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Ententes à l'exportation entre exportateurs et associations d'exportateurs	Commerce extérieur	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	application des dispositions des traités et accords internationaux
Associations de PME	Général	MITI	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les coopératives de petites entreprises	la dérogation en faveur des coopératives s'appuiera sur l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Activités économiques des coopératives	Général	MITI	Loi sur l'organisation d'associations de petites et moyennes entreprises	limitation de la portée des dérogations
Ententes pour la stabilité des entreprises	Général	MITI	Loi sur l'organisation d'associations de petites et moyennes entreprises	partiellement abrogée
Cartels de rationalisation	Général	MITI	Loi sur l'organisation d'associations de petites et moyennes entreprises	partiellement abrogée
Activités de certaines organisations		MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée
Activités des syndicats	Main-d'œuvre	MITI	Loi sur le commerce d'exportation et d'importation	abrogée



Tableau 3. (suite) **État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopoles**

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Activités économiques des coopératives	Commerce de détail	MITI	Loi sur les coopératives pour la promotion des zones commerciales	dérogation en faveur des coopératives sur la base de l'article 24 de l'AMA
Promotion du petit commerce	Commerce de détail, immobilier	MITI	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA	dérogation en faveur des coopératives sur la base de l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Contrats spéciaux	PME	MITI	Loi sur l'organisation d'associations de petites et moyennes entreprises	abrogée
Souscription et possession de parts de petites et moyennes entreprises	PME	MITI	Loi sur les sociétés d'investissement pour le développement des petites et moyennes entreprises	maintenue
Coopératives de PME	Général	MITI ; divers	Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ; loi sur les coopératives de petites et moyennes entreprises	dérogation en faveur des coopératives sur la base de l'article 24 de l'AMA ; projet de loi à la prochaine session
Ententes dans le domaine des transports aériens (internationaux)	Transports aériens	Transports	Loi sur l'aéronautique civile	maintenue ; des procédures doivent être établies ; projet de loi à la prochaine session
Ententes dans le domaine des transports aériens (intérieurs)	Transports aériens	Transports	Loi sur l'aéronautique civile	réduction de la portée de la dérogation ; procédure faisant intervenir la FTC
Ententes dans le domaine des transports routiers	Transports routiers	Transports	Loi sur les entreprises de transports routiers	abrogée
Ententes dans le domaine des transports routiers	Transports routiers	Transports	Loi sur les terminaux routiers	abrogée
Coordination d'entreprises	Transports terrestres	Transports	Loi dérogatoire à l'AMA ; loi sur la coordination des entreprises de transports terrestres	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Ententes en matière de cabotage	Transports maritimes	Transports	Loi sur les associations de cabotage	les accords en vigueur doivent être abrogés, mais un nouveau système doit être mis en place, avec des procédures faisant intervenir la FTC ; projet de loi à la prochaine session
Co-entreprises de transports maritimes	Transports maritimes	Transports	Loi sur les associations de cabotage	maintenue pour les PME seulement ; projet de loi à la prochaine session
Ententes dans les transports maritimes (océaniques)	Transports maritimes	Transports	Loi sur les transports maritimes	maintenue ; des procédures doivent être établies ; projet de loi à la prochaine session
Accidents du personnel maritime	Transports maritimes	Transports	Loi dérogatoire à l'AMA ; article 8 de l'AMA ; loi relative à la promotion des activités de prévention des accidents du personnel maritime	doit être abrogée; projet de loi à la prochaine session
Ententes en matière de cabotage	Transports maritimes	Transports	Loi sur les transports maritimes	doit être limitée à certains cas de gestion collective des transports

Tableau 3. (suite) **État récapitulatif des dérogations à la loi antimonopole**

Description	Secteur	Organisme	Base juridique	Situation actuelle ou prévue
Ententes portuaires	Transports maritimes, installations portuaires	Transports	Loi sur les transports maritimes	abrogée
Ententes portuaires	Transports maritimes, installations portuaires	Transports	Loi sur les entreprises portuaires	abrogée
Ententes dans le domaine des transports	Transports routiers	Transports	Loi sur les transports routiers	portée limitée, procédure faisant intervenir la FTC
Ententes en matière d'entreposage	Entreposage	Transports	Loi sur l'entreposage	abrogée
Groupes d'entraide de petites entreprises	Général		Loi dérogatoire à l'AMA, article 8 de l'AMA ;	doit être abrogée ; projet de loi à la prochaine session
Directives de la Déclaration de Potsdam			Loi dérogatoire à l'AMA ; directives s'appuyant sur la Déclaration de Potsdam	doivent être abrogées; projet de loi à la prochaine session

#### Encadré 6. Exemptions sectorielles

**Quelle est l'ampleur des exclusions et des exemptions sectorielles ?** En 1995, la FTC a estimé que les secteurs réglementés représentaient environ 40 pour cent de l'économie japonaise et qu'environ 20 pour cent des secteurs étaient assujettis à des mesures de contrôle de l'accès, des prix et de la production<sup>87</sup>. Ce chiffre a probablement diminué, dans la mesure où certaines dérogations officielles ont été supprimées.

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

La FTC est officiellement tenue de formuler des avis sur les dispositions législatives et réglementaires qui peuvent avoir une influence sur la concurrence<sup>88</sup>. Elle s'est principalement acquittée de cette fonction par l'intermédiaire de groupes d'étude. Au cours de la dernière décennie, ses efforts ont contribué à des réformes importantes. Cependant, beaucoup plus pourrait être fait. En particulier, comme l'ont noté plusieurs orateurs lors du séminaire organisé en décembre 1996 à Tokyo au sujet du rôle des autorités de la concurrence dans les processus de réglementation, une mise en œuvre plus stricte des recommandations de la FTC donnerait plus de crédibilité et d'importance aux avis qu'elle formule sur la politique réglementaire.

Lorsque des organismes administratifs proposent des lois et décrets d'ordre économique, la FTC peut engager des consultations dès le stade de la préparation et de la rédaction de ces textes s'il est à craindre qu'ils comportent des dérogations à l'AMA ou des dispositions susceptibles de restreindre la concurrence. En 1997, la FTC a pris part à des discussions et consultations au sujet des lois sur les télécommunications et d'autres questions<sup>89</sup>. Étant donné que la FTC n'est pas rattachée au Cabinet, ses avis doivent être soumis par l'intermédiaire du Cabinet du Premier ministre, ce qui limite ses possibilités d'intervention directe. Les organismes n'ont généralement pas l'autorité de proposer des projets législatifs en dehors de leur champ de compétence. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'on utilise des groupes d'études composés d'experts extérieurs afin de préparer des recommandations.

La principale méthode utilisée pour analyser les problèmes et proposer des solutions, au niveau de la FTC et de l'ensemble du gouvernement japonais, consiste à créer un groupe d'étude. Les groupes d'étude peuvent être composés de représentants des entreprises, des travailleurs, des médias et des groupes

de consommateurs. Les intérêts des producteurs y sont le plus largement représentés, directement ou indirectement. Le recours aux groupes d'étude est souvent critiqué. La plupart de ces groupes comprennent des représentants de la branche d'activité ou du domaine examiné. Les ministères nomment les membres en attendant de ceux-ci qu'ils orientent les travaux dans le sens souhaité. Pour parvenir à une décision consensuelle, il faut parfois accepter des compromis et s'interdire de formuler des recommandations trop précises. Les groupes peuvent mettre beaucoup de temps à examiner une question, sans doute parce que les personnes qui ont intérêt à maintenir le statu quo peuvent faire traîner les choses afin de résister aux projets de réforme. Par ailleurs, de nombreux groupes fonctionnent pratiquement dans le secret. Les problèmes liés aux groupes d'étude nuisent au rôle de sensibilisation que la FTC est censée jouer. Dans les autres ministères, c'est parfois au groupe d'étude, et non au ministère lui-même, qu'il faut s'adresser. Cependant, le recours à un groupe d'étude peut se révéler difficile. Lorsque le ministère des Finances a récemment réuni un groupe d'étude sur la réglementation financière, la FTC a envoyé un représentant à une réunion ; c'est la première fois qu'il lui a été possible de participer à un groupe, même de façon limitée. Le processus s'ouvre progressivement, face aux pressions de l'opinion publique en faveur de la transparence et de la responsabilisation des décideurs. Les propositions sont parfois publiées à l'avance sur l'Internet. Certaines réunions sont désormais ouvertes au public, et les documents et pièces soumis aux membres des commissions sont aussi accessibles au public.

La FTC a commencé à créer des groupes d'étude sur des questions de réglementation en 1985. Ces groupes ne cherchent pas à concilier les intérêts mais ont plutôt pour objectif de recueillir des avis. Les quinze membres du groupe d'étude actuel sur les questions de réglementation sont principalement des professeurs. Les travaux de recherche du groupe sont effectués par le personnel de la FTC. Les projets actuels du groupe portent sur les transports routiers, les transports aériens, l'électricité, le gaz, les télécommunications, la radiodiffusion et l'imposition de prix de vente pour les œuvres protégées par des droits d'auteur.

Les recommandations et les rapports des groupes d'étude de la FTC ont semble-t-il déjà contribué à la réalisation de plusieurs objectifs majeurs. Le projet le plus important est sans doute celui qui concerne la révision et l'abrogation des exemptions à l'AMA. Par ailleurs, le groupe a joué un rôle dans la réforme de la politique et de la législation concernant les grandes surfaces. Des recherches détaillées de la FTC sur les mécanismes d'application au niveau régional ont mis en évidence des problèmes dus aux instructions administratives locales.

En 1997, trois rapports de groupes d'étude de la FTC ont été publiés : l'un sur les transports aériens intérieurs, en mars, et les autres sur le secteur de l'électricité et sur celui du gaz, tous deux en avril. S'agissant des transports aériens, le rapport conclut que des progrès ont été accomplis en ce qui concerne les transports de passagers sur les lignes intérieures, et que certaines améliorations sont manifestes, par exemple des rabais de plus en plus importants. Cependant, la structure oligopolistique du secteur, où l'on ne compte que trois grandes compagnies, ne s'est pas modifiée malgré une déréglementation partielle, et la concurrence sur les tarifs réguliers a été limitée depuis l'institution d'un système de bandes tarifaires. Le rapport conclut qu'une déréglementation plus poussée est nécessaire. Il conviendrait d'examiner les questions suivantes : l'élimination de la clause d'ajustement de l'offre et de la demande, l'établissement de règles pour la réaffectation des créneaux de départ et d'arrivée, la suppression des prix planchers dans les bandes tarifaires et le réexamen des tarifs standard, ainsi que l'élimination du système de notification des rabais dans le cadre de la politique tarifaire des compagnies<sup>90</sup>.

Dans les secteurs des services d'utilité publique, le rapport souligne également la nécessité de supprimer la clause d'ajustement de l'offre et de la demande. Traditionnellement, les services d'utilité publique étaient considérés comme des concessions de service public, pour lesquelles il était indispensable d'établir un équilibre entre l'offre et la demande. Les licences, le contrôle des prix et les

fusions dépendaient tous de l'équilibre entre l'offre et la demande. Le groupe d'étude a fait observer que cette clause fait obstacle à l'arrivée de nouveaux services et est utilisée pour protéger les intérêts des entreprises en place, ce qui a pour effet d'introduire des distorsions sur le marché et dans le processus de réglementation. D'autres moyens permettraient d'atteindre les mêmes buts de façon plus transparente et objective.

Dans le secteur de l'électricité, le rapport recommande d'engager un processus de déréglementation, d'encourager la concurrence et d'appliquer strictement l'AMA. Pour introduire davantage de concurrence dans la production et la distribution, le rapport propose un système d'enchères, un développement de la distribution et une mise en concurrence directe de l'auto-production et des compagnies d'électricité. Parmi les questions retenues pour de futures discussions, on peut citer la libéralisation de distribution, l'examen de l'efficacité des systèmes d'intégration verticale de la production, du transport et de la distribution d'électricité, le développement de la concurrence entre les secteurs énergétiques et l'examen du rôle de la réglementation au moyen de dispositions sectorielles spécifiques. Le ministère de tutelle a engagé un programme de réforme, mais il est difficile de dire dans quelle mesure celui-ci tient compte des recommandations du groupe d'étude de la FTC. En particulier, il ne semble pas qu'une stricte application de l'AMA soit prévue dans le cadre de ce programme.

Dans le secteur du gaz, le rapport propose de réduire la dépendance à l'égard des grands distributeurs de gaz à usage domestique, de manière à déréglementer l'accès au marché et à encourager la concurrence. Il propose également que la concession de services de distribution de gaz à usage domestique soit légalisée et que les opérateurs agréés soient autorisés à créer de petits réseaux à l'intérieur des zones de distribution. Les questions suivantes pourraient être examinées à l'avenir : l'application de réglementations uniformes pour la distribution de gaz de ville, le cadre des réseaux de distribution des opérateurs de gaz de ville, l'intégration verticale et les passerelles entre le secteur de l'électricité et celui du gaz.

En dépit de problèmes tels qu'un manque de transparence, le système des groupes d'étude fait partie intégrante des pratiques publiques au Japon. La FTC va donc probablement continuer de recourir à cette méthode pour la plupart de ses activités de sensibilisation. Les travaux des groupes d'étude de la FTC ont semble-t-il exercé une influence dans certains cas, encourageant les autres ministères à traiter la FTC comme une autorité plus importante. Davantage pourrait être accompli pour montrer que la FTC doit être prise au sérieux. Dans le cadre du programme actuel de déréglementation, la FTC peut avoir des opportunités importantes de prendre part aux activités du secrétariat du Comité sur la déréglementation et d'y exercer une action de sensibilisation. D'ailleurs, les vues de la FTC seraient prises encore plus sérieusement en considération si le travail du groupe d'étude était étroitement lié aux principales responsabilités de la FTC en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence. Le personnel de la FTC qui effectue déjà des recherches pour le compte du groupe d'étude pourrait constituer une source naturelle de compétences pour la mise en œuvre de mesures dans les secteurs examinés, lorsque les contraintes juridictionnelles de l'AMA et d'autres dérogations le permettent.

## **6. Conclusions et possibilités de réforme**

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

La politique de la concurrence du Japon repose sur des bases juridiques saines. Le droit de la concurrence est globalement adéquat. Les ressources utilisées pour sa mise en œuvre, aussi bien sur le plan budgétaire qu'en termes d'effectifs, sont en augmentation malgré les restrictions qui frappent les autres secteurs des administrations publiques. La FTC a réussi au cours des dernières années des actions

plus tranchantes et elle est réputée avoir obtenu certains résultats dans beaucoup de branches manufacturières et dans la distribution. Un nombre croissant de membres du gouvernement sont favorables à une poursuite du développement de la politique de concurrence et reconnaissent la nécessité de réformer les systèmes réglementaires qui affectent la capacité d'initiative des entreprises, et d'une plus grande concurrence et autonomie au niveau des branches, avec une direction moins centralisée.

Cependant, les faiblesses sont préoccupantes. L'opinion publique comme les autorités nourrissent un certain scepticisme quant au développement et aux bienfaits de la concurrence, si bien qu'ils ont depuis longtemps l'habitude de s'en remettre à une direction et à un contrôle centralisés. La politique de la concurrence n'a guère été soutenue, et n'a même pas suscité un grand intérêt, dans les échelons supérieurs de l'administration. (L'ancien Premier ministre, M. Hashimoto, dont le père est le principal rédacteur de la première version de la loi sur la concurrence, représente une exception à cette tradition d'indifférence). Même les personnes qui reconnaissent la nécessité de s'orienter vers des marchés plus concurrentiels ont tendance à discerner des possibilités et des besoins pour des interventions des pouvoirs publics afin de canaliser les flux de capitaux et les compétences vers les nouvelles branches d'activité. Cette orientation peut masquer une nécessité plus fondamentale qui est d'assurer que les décisions en matière de concurrence soient prises librement et de façon indépendante par les acteurs sur le marché pour servir de base à une croissance durable. Ce sont traditionnellement les organisations de travailleurs et de consommateurs, souvent hostiles aux réformes pour d'autres raisons, qui demandent une application plus rigoureuse des règles de concurrence. Il est donc difficile de dire que ceux qui soutiennent les réformes comprennent pourquoi la concurrence est nécessaire. Simultanément, les fiefs sectoriels unissant l'industrie et les ministères de tutelle opposent une résistance au changement et essaient de contrôler la concurrence, tandis que l'organisme représentatif de la politique de la concurrence a une réputation de faiblesse qui n'a pas disparu. Le renforcement récent de la mise en œuvre des règles de concurrence étant une réponse à des mesures de diplomatie économique, il est plus vulnérable, plus superficiel et plus diffus qu'il ne le serait s'il s'appuyait sur des bases plus solides au plan intérieur<sup>91</sup>.

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

Le programme de déréglementation actuel promet d'aller dans la bonne direction. En revanche, le rythme du changement a été lent, et les plans ne laissent pas entrevoir d'accélération. La mise en place progressive de mécanismes concurrentiels permet aux inefficiences de perdurer trop longtemps et retarde donc les gains potentiels qui pourraient être enregistrés en termes d'investissement, d'innovation et de croissance. Parallèlement, l'application des règles de concurrence, bien que renforcée, n'a pas été suffisamment vigoureuse pour jouer un rôle majeur. Dans d'autres pays Membres, les actions antitrust ont permis de démanteler les systèmes anticoncurrentiels, tels que les accords de distribution exclusive qui empêchaient l'accès de nouvelles entreprises. Ce n'est pas encore le cas au Japon. Les objectifs du programme de 1998 ne peuvent être atteints sans une mise en œuvre plus vigoureuse de la politique de la concurrence, qui peut stimuler le processus de réforme réglementaire en supprimant les structures existantes et qui ne fonctionnent plus. Le programme reconnaît implicitement ceci en assignant un rôle important à la FTC.

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

Les avantages qu'apporteraient probablement de nouvelles réformes sur le plan de la concurrence seraient progressifs mais significatifs. Les gains pour les consommateurs résultant de prix plus bas seraient très importants dans de nombreux secteurs. Les synergies découlant d'une concurrence accrue et d'une baisse des coûts dans les secteurs des services aux entreprises (télécommunications, transports, services financiers) pourraient être considérables et très étendues. Même si l'un des principaux objectifs du processus de réforme au Japon est d'améliorer la compétitivité internationale du pays, et non de

favoriser les consommateurs, le développement de la concurrence devrait apporter des avantages non négligeables. Des comparaisons entre pays révèlent qu'une forte productivité s'explique principalement par la vigueur de la concurrence<sup>92</sup>.

Cependant, les coûts de transition pourraient également être importants. La crainte de tels problèmes incite à maintenir le statu quo et encourage certaines idées, à savoir que des entreprises compétitives ne viendraient pas en aide aux communautés locales, par exemple. Il y aura effectivement des coûts pour les restructurations, dus au transfert d'actifs vers des utilisations plus productives et ce risque ne doit certes pas être minimisé. Cependant, un coût lié qu'il sera difficile de quantifier et de traiter sera le coût psychologique. Un plus large recours à la concurrence obligera à réévaluer l'importance de la stabilité et de la sécurité et des facteurs dont elles dépendent.

#### 6.4. *Options à examiner*<sup>93</sup>

- *Renforcer les recours privés, en prévoyant la possibilité de prononcer des injonctions dans le cadre d'actions purement privées, en assouplissant la preuve du préjudice dans les affaires de concurrence et en facilitant le versement de dommages-intérêts aux consommateurs et aux clients en cas de prix imposés. Le système de numerus clausus pour les avocats devrait être éliminé.*

Ces mesures permettraient de consacrer davantage de ressources à la politique de la concurrence, d'élargir la base sur laquelle elle s'appuie et d'inciter d'autres institutions à définir d'importants principes d'action. Grâce à un élargissement et à une plus grande efficacité des recours privés, la politique de la concurrence pourrait établir des droits fondamentaux pour les agents économiques, au lieu d'être une discipline purement technique et réglementaire. D'autres institutions pourraient devoir aussi contribuer à faciliter les actions privées dans la pratique. Outre la nécessité évidente de mettre fin à la limitation du nombre des avocats, il pourrait être également nécessaire d'affecter davantage de juges à ces affaires ou de créer une chambre spéciale au sein des tribunaux, sur le modèle de celle existant en matière de brevets, qui jugerait les affaires économiques complexes comme celles qui concernent la concurrence. Faute de ressources supplémentaires ou d'un effort de rationalisation, les nouvelles possibilités de recours pourraient se révéler décevantes en raison de la lenteur des procédures.

- *Accroître la visibilité et l'incidence de la participation de la FTC au processus de décision.*

Il est essentiel pour le succès du processus de réforme de mettre en place un cadre dans lequel des discussions peuvent être engagées et des décisions claires peuvent être prises sur les questions qui ont trait à la concurrence dans le contexte de la politique économique générale. La FTC devrait devenir, dans les faits, ce qu'elle est en théorie, à savoir la principale autorité « à vocation horizontale » chargée d'évaluer et d'appliquer la politique de concurrence. Pour cela, il faudra garantir son indépendance vis-à-vis du pouvoir politique tout en lui permettant de jouer un rôle plus central dans la formulation des politiques. C'est en agissant dans ces deux directions que la FTC pourra améliorer son image et renforcer sa crédibilité. Une nouvelle occasion est aujourd'hui offerte à la Commission d'apporter une importante contribution à l'examen des questions politiques générales. Elle a en effet été invitée à participer au programme de déréglementation de 1998 et est appelée à jouer un rôle au secrétariat du Conseil de déréglementation. De par la loi, elle est déjà chargée de procéder à des consultations et des dispositions sont prévues à cet effet, dont elle peut et doit davantage tirer parti. Le projet de rattacher la FTC à un ministère des Affaires Générales, dont la création est envisagée, pourrait également permettre à la Commission de jouer un rôle plus visible et politiquement plus central.

- *Inclure de manière explicite dans le mandat des ministères et organismes sectoriels la responsabilité de mettre en œuvre les principes de concurrence.*

Donner mission aux autres ministères d'éliminer les restrictions à la concurrence dans leur propre domaine d'activité élargirait aussi la portée de la politique de la concurrence et mettrait en évidence son importance fondamentale sur un plan horizontal. Afin de conserver à la FTC sa responsabilité centrale, les ministères devraient être également tenus de se concerter avec celle-ci pour qu'elle soit saisie rapidement des questions de mise en œuvre. Les grands ministères pourraient avoir des bureaux de la concurrence (sur le modèle de la section d'organisation industrielle du MITI) qui travailleraient en concertation avec la FTC et informeraient les branches d'activité de leurs obligations. Ces mesures pourraient faire partie intégrante de la révision des lois régissant l'activité des ministères, engagée pour clarifier la relation entre l'administration et le marché, selon les recommandations du chapitre 2.

- *Établir une relation claire, effective et transparente entre la politique à l'égard des consommateurs et la politique de la concurrence.*

La politique à l'égard des consommateurs est un autre domaine auquel la politique de la concurrence devrait être plus étroitement reliée. Une relation institutionnelle plus nette devrait être établie entre la politique de la concurrence et la politique à l'égard des consommateurs. Pour cela, il faudra peut-être tout d'abord donner davantage de poids à la protection des consommateurs. Une autre possibilité serait de charger la FTC de mettre en œuvre une politique de protection des consommateurs fondée sur les principes du marché et qui viendrait compléter l'AMA. La FTC a déjà pour mission d'appliquer des dispositions particulières, comme celles relatives aux primes et aux déclarations mensongères, ainsi que les dispositions de l'AMA qui peuvent être rattachées à la politique de protection des consommateurs.

- *Mener à bien l'élimination programmée et la limitation des exemptions sectorielles et autres de l'AMA.*

Ces projets sont en cours depuis plusieurs années et se situent à divers stades d'avancement. Il est impératif de poursuivre les projets d'action législative déjà annoncés. Pour les éléments qui demandent une étude complémentaire, ce processus devrait être finalisé et la législation rédigée afin de limiter le plus possible les exemptions restantes.

- *Renforcer les ressources économiques et juridiques de la FTC afin de lui permettre d'engager une action plus élaborée contre les fusions et les monopoles et de traiter de façon plus efficace les dossiers concernant les ententes.*

Pour démontrer son efficacité et son utilité, la FTC doit non seulement consacrer de plus en plus d'attention aux ententes et aux soumissions concertées, mais aussi se préparer à traiter des questions plus complexes d'un point de vue économique, comme les fusions, et à faire face aux restructurations qui découleront inévitablement d'une répression plus efficace des ententes. Ceci exigera un approfondissement continu de son expertise et une amélioration de l'éventail de ses compétences, une plus grande priorité étant accordée à la fois à l'analyse économique, aux techniques d'enquêtes et à l'argumentation juridique. Continuer à s'assurer les services de plus en plus de personnes ayant une expérience des poursuites judiciaires, en les affectant à postes importants, en les intégrant dans les effectifs de personnel permanent ou en procédant à des échanges de personnel, renforcerait les capacités de la FTC en matière d'application de la législation.

- *Cibler l'effort de mise en œuvre sur les pratiques qui ont été tolérées ou promues par des instructions administratives informelles, de façon que les instances centrales ne jouent plus un aussi grand rôle dans l'action réglementaire.*

Une action de mise en œuvre particulièrement résolue devrait être engagée afin d'assurer le respect des principes énoncés dans les lignes directrices de 1994 de la FTC en matière d'instructions administratives. Les mesures visant à mettre un terme aux dispositifs de coordination institués à l'initiative d'autres ministères sont au cœur du programme de réforme de la réglementation. Il ne suffira pas d'engager des consultations avec les autres ministères et de leur demander de cesser d'encourager ou de tolérer des comportements anticoncurrentiels. Il faudra imposer des sanctions effectives et visibles aux personnes privées qui utilisent le prétexte d'une acceptation ou d'une instruction ministérielle pour faire obstacle à la concurrence. La FTC s'était déjà opposée à certaines actions anticoncurrentielles d'autres ministères dans les années 50 et 60. Puisqu'elle semble aujourd'hui disposer de plus larges pouvoirs, elle devrait être en mesure d'agir dans ce sens avec plus de détermination. Le contrôle par la Commission des activités des associations commerciales, où les instructions administratives ont la plus grande incidence, doit être maintenu et même intensifié. La recherche de sanctions plus efficaces dans les affaires concernant les associations commerciales est une évolution bienvenue et doit être poursuivie.

- *Rendre publiques les actions et les analyses de façon à sensibiliser le public et les milieux d'affaires aux effets et aux avantages de l'application de la politique et du droit de la concurrence.*

La FTC a déjà pris de nombreuses mesures pour corriger les problèmes historiques de manque de transparence, en publiant des lignes directrices détaillées et actualisées, fondées sur ces décisions actuelles, et en trouvant des moyens d'expliquer au public les affaires dont elle a traité sans prendre de décision formelle, comme les fusions. Les efforts de la FTC pour expliquer ses décisions et faire comprendre son propre processus réglementaire pourraient servir de modèle aux autres ministères. La FTC devrait continuer à rechercher les moyens d'expliquer ses actions, de façon aussi détaillée que possible. Cela aidera non seulement les milieux d'affaires à comprendre leurs obligations au regard de l'AMA mais renforcera le soutien apporté par l'opinion publique aux principes de concurrence en démontrant comment ces principes servent l'intérêt de tous ; de plus, l'élaboration de politiques économiques et juridiques rationnelles se trouvera encouragée, du fait de la mise à la disposition des chercheurs et du public d'informations plus fiables.

- *Éliminer dans un délai précis, un an par exemple, toutes les considérations d'équilibre entre l'offre et la demande pour les autorisations, permis et autres types de décisions ou d'interventions, formelles ou informelles. Fixer des clauses d'extinction, de préférence de moins de deux ans, pour toutes les dispositions de ce type qui demeurent.*

La réforme la plus large et la plus importante en faveur de la concurrence serait l'élimination de toutes les considérations d'équilibre entre l'offre et de la demande qui sont invoquées pour contrôler et empêcher l'entrée d'entreprises concurrentes. Le programme actuellement prévu devrait aller dans la bonne direction mais le caractère limité de son contenu concret est décevant, et les échéances imprécises. Quelques recherches complémentaires pourraient peut-être mettre en évidence des dispositions peu connues qui mériteraient également l'attention. Mais les principales d'entre elles, telles que celles qui limitent encore l'entrée dans le secteur des transports, sont bien connues et n'appellent pas d'examen supplémentaire. Ce qu'il faut maintenant, c'est fixer une date butoir ferme et pas très éloignée pour leur suppression.



- *Améliorer la capacité à régler les problèmes internationaux de concurrence grâce à des accords de coopération avec d'autres pays.*

La FTC devrait conclure des accords de coopération bilatérale avec d'autres grands organismes internationaux s'occupant des questions de concurrence. A mesure que s'élargit son champ d'action au niveau international et que le marché japonais s'ouvre aux échanges et investissements étrangers, la proportion de problèmes de mise en œuvre ayant une importante dimension internationale est appelée à s'accroître. Sans accord clair avec les autorités compétentes des principaux partenaires commerciaux du pays, la FTC se trouvera dans une position de plus en plus défavorable pour la prise de décisions pertinentes et opportunes sur ces problèmes.

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

Nombre de ces recommandations ont déjà été formulées ou sont étudiées avec beaucoup d'attention au Japon. Aussi, rares sont celles qui risquent d'être jugées trop litigieuses. En planifiant et en coordonnant les actions de manière à sensibiliser l'opinion publique aux avantages potentiels de celles-ci pour les consommateurs et les contribuables, il devrait être possible de surmonter le scepticisme traditionnel de la population. La crise actuelle offre à la FTC une occasion exceptionnelle. Les politiques d'ouverture et de concurrence reposant sur des mécanismes du marché que défend la FTC représentent de plus en plus la norme internationale. La FTC pourrait donc jouer un rôle moteur si le Japon décide de sortir de la crise économique en harmonisant ses dispositifs de réglementation avec ceux de ses principaux partenaires commerciaux.

## NOTES

1. Voir Iyori, H. et Uesugi, A. (1994), *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, pp. 30-52, New York.
2. loi portant interdiction des monopoles privés et préservation de la loyauté des échanges (loi n°54 de 1947) (« AMA »), art.1.
3. Cas sur les cartels pétroliers, Cour suprême, 24 février 1984. La Cour a considérée que l'objectif le plus important de la loi était de garantir que le prix soit déterminé librement par le marché, mais a aussi justifié une intervention administrative affectant le prix aussi longtemps que cette intervention revêt une forme appropriée et n'est pas fondamentalement incompatible avec la « finalité ultime » de la loi, à savoir encourager un développement démocratique et harmonieux et préserver les intérêts des consommateurs.
4. AMA, art. 2(4).
5. Tilton, M. (1996), *Restrained Trade: Cartels in Japan's Basic Materials Industries*. Ithaca, pages 17 et 18.
6. Voir Iyori, H. et Uesugi, A. (1994) *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, pp. 41-48 New York.
7. Voir First, H. (1995), « Antitrust Enforcement in Japan », *Antitrust Law Journal*, Vol. 64,p. 144.
8. First (1995), pages 138-140.
9. Voir également le chapitre 2 pour une analyse complémentaire de la forme générale et des objectifs de la réglementation au Japon.
10. Iyori and Uesugi (1994), pp. 1-11.
11. Iyori, and Uesugi (1994), pp. 1-11, 30-39.
12. Sanekata, K. and Wilks, S. (1996), « The Fair Trade Commission and the Enforcement of Competition Policy in Japan, » dans *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, G. B. Doern and S. Wilks, ed., pp. 102-138, Oxford.
13. Voir First (1995), p. 157.
14. Sanekata and Wilks (1996).
15. Iyori and Usegi (1994), p. 215-216.
16. Sanekata and Wilks (1996), p. 102.
17. loi contre les retards de paiements dus aux sous-traitants, etc., aux sous-contractants (loi n°120 de 1996 ; loi contre les primes injustifiées et les présentations trompeuses (loi n°134 de 1962).
18. AMA, art. 2 (6).
19. AMA, art. 89-100.
20. Code pénal, article 96-3.
21. Iyori and Uesugi (1994), p. 73.
22. Fair Trade Commission (1998), Rapport Annuel sur la Politique de la Concurrence au Japon, janvier-décembre 1997.
23. Fair Trade Commission (1997), Rapport Annuel sur les Développements en matière de Politique de Concurrence au Japon, 1996.

24. Sanekata and Wilks (1996), pp. 111-13 ; First (1995), pp. 174-75.
25. Iyori and Uesugi (1994), p. 91-92.
26. Sanekata et Wilks (1996) font état de « l'exercice de corde raide » politique, auquel la FTC est contrainte de se livrer ; p. 112.
27. Sanekata et Wilks (1996), p. 113, estiment que ces échanges d'informations autorisés ont « perpétué dans les faits » les pratiques anticoncurrentielles.
28. Asashi News (Internet), 9 septembre 1998.
29. Tilton (1996), pp. 13-14 et *passim*.
30. Fair Trade Commission (1997).
31. AMA, art 8.
32. Sanekata and Wilks (1996), p. 133.
33. Tilton (1996) ; Tilton, M. (1998), « Regulatory Reform, Antitrust, and Market Opening in Japan », dans *Is Japan Really Changing Its Ways ? Regulatory Reform and the Japanese*, Lonny E. Carlile et Mark C. Tilton, éd, Washington, DC.
34. Voir OCDE (1997), *Le rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, vol. 2, pp. 108-109 ; Iyori et Uesugi (1994), p. 293.
35. Voir Tilton (1998).
36. Fair Trade Commission (1998).
37. Fair Trade Commission (1998).
38. AMA, art 3.
39. AMA, art 8-4(1).
40. AMA, art 2(7)(I). Ce critère est aussi satisfait lorsque la part conjuguée des deux premières entreprises dépasse 75 pour cent.
41. Directives concernant des domaines d'activité spécifiques, tels que définis dans les dispositions concernant les « situations de monopole », 29 novembre 1997 (dernière révision, juin 1997).
42. Les directives concernant les pratiques monopolistiques appliquent les dispositions de l'article 2 de l'AMA, qui traite des biens de « même nature », ou ayant une fonction et une utilité étonnamment semblables, fournis au Japon. Le projet de directives concernant les fusions interprète l'expression « domaine particulier des échanges », qui figure à l'article 15 de l'AMA, comme désignant des biens ou des services ayant des « fonctions et des utilités similaires ». Les dispositions législatives en matière de fusions couvrent les associations d'entreprises « au Japon », alors que l'article 2 définit la « situation de monopole » par rapport à la part dans les ventes ou l'offre « au Japon ».
43. Fair Trade Commission (1998).
44. Fair Trade Commission (1998).
45. Les directives de la FTC n'utilisent pas l'indice d'Herfindhal (IHH), estimation de la concentration dans l'industrie utilisée dans plusieurs autres États membres. L'IHH est la somme des carrés des parts de marché individuelles de toutes les entreprises du secteur. Exprimé en pourcentage, l'indice va de zéro pour la concurrence atomistique à 10 000

pour le monopole pur. A titre de comparaison, les premier et quatrième critères des directives de la FTC correspondraient de manière générale à des niveaux de l'IHH d'environ 1 400 (bien qu'en théorie le premier critère puisse être satisfait par un indice d'IHH de seulement 700). Les deuxième et troisième critères ne correspondent nettement à aucun niveau particulier de l'IHH ; de fait, le deuxième critère pourrait en théorie être satisfait à pratiquement tous les niveaux de l'IHH.

46. A des fins de comparaison, ce critère de la structure oligopolistique suppose un IHH d'environ 2 000. L'IHH le plus faible pouvant en théorie satisfaire à ce critère est environ 1 600.
47. Fair Trade Commission (1998).
48. Fair Trade Commission (1998).
49. Fair Trade Commission (1997).
50. Fair Trade Commission (1998).
51. AMA, art 71.
52. Iyori et Uesugi (1993), pp. 144-150.
53. Tilton (1998).
54. Fair Trade Commission (1997).
55. Loi sur la protection des consommateurs, article 10.
56. Sanekata et Wilks (1996), p. 123-24, considèrent que « l'indépendance de la FTC a été ambivalente et ambiguë et qu'il est difficile de croire que les commissaires ne prennent pas en compte les intérêts de leurs ministères de tutelle...Ainsi, dans la pratique, la constitution de la FTC a constitué un obstacle effectif à la mise en œuvre de la loi ».
57. First (1995), faisant état des services d'information et de communications personnelles avec des membres de la FTC.
58. Fair Trade Commission (1998).
59. Sanekata et Wilks (1996), p. 106.
60. Sanekata et Wilks (1996), pp. 105-106, cf. (1995), p. 178.
61. AMA, art 27-2.
62. AMA, art 8-4.
63. Sanekata et Wilks (1996), p. 126-127.
64. AMA, art 94-2.
65. First (1995), pp. 167-68 ; Fair Trade Commission (1998). L'« hésitation persistante » de la Commission à engager des actions pénales « a conduit les observateurs à suggérer que les sanctions pénales sont devenues une sorte d'épée de collection -- servant seulement pour la décoration », Sanekata et Wilks (1996), p. 119.
66. C'est beaucoup plus bas cependant que les 500 millions de yens inclus par la FFC. Ceci résulte de l'obstruction du *zoku* de la construction du LDP. La plus importante amende collectée à ce jour est de 60 millions de yens. Sanekata et Wilks (1996), pp. 113-117.
67. First (1995), p. 174.

68. Iyori et Uesugi (1994), p. 87.
69. Sanekata et Wilks (1996), p. 132 ; Iyori et Uesugi (1994), p. 67.
70. AMA, art 45.
71. Code civil, article 709.
72. AMA Section 84.
73. Sanekata et Wilks (1996), pp. 120-123, 130.
74. Sanekata et Wilks aboutissent à la conclusion que les études de ce type ont été réalisées en collaboration avec le MITI dans le but de développer des « arguments pour répondre aux critiques de l'étranger ». Sanekata et Wilks (1996), pp. 106-107.
75. Fair Trade Commission (1998).
76. Fair Trade Commission (1998).
77. First (1995), p. 159.
78. Fair Trade Commission (1998).
79. AMA, article 22. Les dispositions particulières sont énumérées dans l'article 1 de la loi concernant les exemptions à la loi antimonopole, qui doit être abrogée.
80. Cf. description de l'expérience de Kraft dans l'ouvrage de Tilton (1998).
81. AMA, art 2(1).
82. AMA, art 24.
83. Fair Trade Commission (1998).
84. Document présenté par le professeur Ushio Chujo au séminaire de la mission de l'OCDE à l'EPA (juillet 1998).
85. Document présenté par le professeur Ushio Chujo au séminaire de la mission de l'OCDE à l'EPA (juillet 1998).
86. AMA, art 21.
87. Fair Trade Commission, rapport annuel pour l'exercice 1995, page 132.
88. AMA, art 27-2 (v).
89. Fair Trade Commission (1998).
90. Fair Trade Commission (1998).
91. Sanekata and Wilks (1996), p. 134.
92. OCDE (1997).
93. Ces options correspondent généralement aux recommandations pertinentes de l'OCDE (1997) :

- *Réexaminer et renforcer le cas échéant, le champ d'application et l'efficacité de la politique de la concurrence et les moyens de faire respecter les obligations qui en découlent :*
  - combler les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces ;
  - faire respecter énergiquement le droit de la concurrence en cas de comportement de collusion, d'abus de position dominante ou de fusions anticoncurrentielles susceptibles de compromettre la réussite de la réforme ;
  - doter les autorités responsables de la concurrence des pouvoirs et des moyens nécessaires pour convaincre du bien-fondé de la réforme.
- *Réformer les réglementations économiques dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence, et les éliminer sauf celles qui s'avèrent être le meilleur moyen de répondre aux intérêts généraux de la collectivité :*
  - examiner en toute priorité les dispositions des réglementations économiques qui apportent des restrictions à l'entrée sur le marché, à la sortie du marché, à la tarification, à la production, aux pratiques commerciales habituelles et à diverses formes d'organisation de l'activité industrielle et commerciale;
  - promouvoir l'efficacité et le passage à une situation de concurrence effective dans les cas où les réglementations économiques restent nécessaires à cause d'un risque d'abus de position de force sur le marché. En particulier, *i)* séparer les activités potentiellement concurrentielles des réseaux de services d'utilité publique réglementés, et procéder par ailleurs aux restructurations requises pour réduire l'influence économique des entreprises en place, *ii)* garantir l'accès aux réseaux essentiels à tous les entrants sur le marché dans des conditions de transparence et de non discrimination, *iii)* recourir au plafonnement des prix et à d'autres mécanismes pour encourager les gains d'efficacité si des mesures de contrôle des prix s'imposent pendant la période de transition vers une situation de concurrence.