

La Réforme de la Réglementation aux Pays-Bas

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^{er} 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. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

© OCDE 1999. Tous droits réservés.

AVANT-PROPOS

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

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

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

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

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

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

TABLE DES MATIÈRES

1. LES PRINCIPES DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AUX PAYS-BAS : FONDEMENTS ET CONTEXTE.....	6
2. LES ÉLÉMENTS DE LA PANOPLIE : LE CONTENU DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE.....	10
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 arrangements anticoncurrentiels au niveau de l’approvisionnement et de la distribution, y compris ceux favorisés par la réglementation.....	15
2.3. Abus de position dominante : règles visant à faire obstacle ou à remédier au pouvoir de marché, en particulier celui découlant des restructurations liées à la réforme.....	18
2.4. Fusions : règles visant à empêcher que des problèmes de concurrence ne découlent de la restructuration des entreprises, notamment en réaction à une modification de la réglementation.....	18
2.5. Protection de la concurrence : relations avec les règles concernant la « concurrence déloyale ».....	19
2.6. Protection des consommateurs : cohérence avec le droit et la politique de la concurrence.....	20
3. OUTILS INSTITUTIONNELS : LA MISE EN ŒUVRE AU SERVICE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION.....	21
3.1. Institutions chargées de la politique de la concurrence.....	21
3.2. Mise en œuvre du droit de la concurrence.....	22
3.3. Autres méthodes de mise en œuvre.....	23
3.4. Problèmes de commerce international, politique de la concurrence et mise en œuvre.....	24
3.5. Ressources, actions et priorités implicites de l’autorité de la concurrence.....	26
4. LES ASPECTS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE QUI LIMITENT LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION.....	28
4.1. Exemptions ou traitements spéciaux applicables à l’ensemble de l’économie.....	28
4.2. Exclusions, règles, et exemptions par secteur.....	30
5. SENSIBILISATION À L’IMPÉRATIF DE CONCURRENCE DANS LE CADRE DE LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE.....	35
6. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	36
6.1. Évaluation générale des forces et faiblesses actuelles.....	36
6.2. Le point de vue dynamique : rythme et orientation du changement.....	37
6.3. Avantages et coûts potentiels de nouvelles mesures de réforme réglementaire.....	37
6.4. Options politiques à envisager.....	38
6.5. Gestion de la réforme réglementaire.....	39

Résumé exécutif

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

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

Le programme de réforme du gouvernement est fondé sur les principes de la concurrence. Parallèlement au réexamen et à l'amélioration de la réglementation, la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à la concurrence a été renforcée. Ces efforts ont culminé en l'adoption en janvier 1998 d'une loi sur la concurrence totalement nouvelle, inspirée du droit de la concurrence de l'UE, et d'une nouvelle structure de mise en œuvre, établie dans un souci d'indépendance et, par conséquent, d'un renforcement de la nouvelle approche, à savoir interdire les arrangements privés qui empêchent la concurrence. Ces nouvelles institutions doivent montrer qu'elles sont en mesure d'appliquer dans la pratique les différentes valeurs qui sous-tendent les « principes de la concurrence ». La nouvelle autorité en la matière doit faire la preuve de sa compétence et de son indépendance, en appliquant des politiques de la concurrence rationnelles et cohérentes sans compromis inutiles pour satisfaire d'autres intérêts. Le ministre des Affaires économiques a prôné avec vigueur la recherche d'un meilleur équilibre entre une concurrence souhaitable et une réglementation nécessaire. Mais les Pays-Bas encouragent depuis longtemps la coopération et le droit de la concurrence n'a pas été très strict de ce fait. Les autres parties intéressées ont résisté au changement, dans certains cas défendant avec succès les arrangements existants. Des obstacles doivent encore être surmontés, car les Pays-Bas continuent de débattre de l'importance relative de la politique de la concurrence et des autres objectifs réglementaires.

1. LES PRINCIPES DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AUX PAYS-BAS : FONDEMENTS ET CONTEXTE

La politique et le droit de la concurrence des Pays-Bas ont sensiblement évolué au cours de la dernière décennie. L'application de la loi relative à la concurrence, adoptée en 1958, a été notoirement laxiste, s'agissant des dispositions concernant les interdictions d'accords de prix, de partage de marchés et de soumissions concertées, donnant de plus en plus aux Pays-Bas la réputation d'un pays tolérant les ententes. D'après un article de 1992, quelque 40 % des cas importants d'ententes examinés dans le cadre de l'application du droit de la concurrence de la CE concernaient les Pays-Bas¹. Dans le Registre des ententes – qui n'est pas accessible au public – figuraient quelque 245 accords de partage du marché et près de 270 accords sur les prix, en plus près de 50 accords de distribution exclusive et de plus de 200 accords visant à contrôler la concurrence dans la distribution². Sous l'effet conjugué du laxisme dans l'application des dispositions législatives et de la généralisation d'accords privés et de réglementations publiques et privées contrôlant l'entrée et administrant les prix, la concurrence était relativement peu intense dans nombre de secteurs, en particulier ceux protégés de la concurrence des importations. Dans le même temps, la Commission européenne engageait un grand nombre d'actions contre des accords de soumission concertée et de distribution exclusive faisant obstacle à la concurrence dans les secteurs d'activité néerlandais³.

A la fin des années 80, cependant, le gouvernement a commencé de remédier à corriger la situation. La mise en œuvre des dispositions existantes en matière de concurrence a été accélérée et étendue pour couvrir les professions libérales et les accords informels. Des mesures ont été adoptées en faveur d'une plus grande transparence, d'une amélioration des pouvoirs de supervision et d'un durcissement des sanctions. Le gouvernement s'est efforcé d'interdire les formes d'ententes les plus dommageables, pour autant que le permettait la structure légale existante. A partir de juillet 1993, les accords sur les prix ont été officiellement interdits, marquant en quelque sorte une révolution dans la politique de la concurrence néerlandaise. En 1994, les soumissions concertées et les partages de marché ont été interdits. A peu près au même moment, il a été décidé de progresser vers l'adoption d'un cadre législatif totalement nouveau pour la politique de la concurrence, fondé sur le droit de l'UE. Outre les actions déjà en cours pour renforcer les principales institutions chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence, le nouveau cabinet entré en fonction en 1994 a fait de la politique de la concurrence un élément fondamental de son programme de réforme réglementaire MDW, décrit plus haut dans l'étude connexe du chapitre 2. La nouvelle loi relative à la concurrence est entrée en vigueur et le nouvel organisme chargé de sa mise en œuvre, la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa), est entré en fonction à compter du 1^{er} janvier 1998. Le présent rapport sera consacré à ces changements récents et fondamentaux dans la structure formelle et la base de la politique de la concurrence aux Pays-Bas, l'objectif étant de montrer comment la politique de la concurrence a influé sur la réforme réglementaire.

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

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

- La réglementation peut être en contradiction avec la politique de la concurrence. Les réglementations peuvent avoir encouragé, voire exigé, un comportement ou des conditions représentant dans d'autres circonstances une violation du droit de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent avoir autorisé la concertation des prix, avoir empêché la publicité ou d'autres moyens de concurrence, voire avoir exigé un partage géographique du marché. Lorsque ces réglementations sont modifiées ou supprimées, les entreprises touchées doivent modifier leurs habitudes et leurs anticipations.
- La réglementation peut remplacer la politique de la concurrence. Surtout lorsqu'un monopole apparaît comme inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en limitant l'entrée et l'accès. L'évolution de la technologie et des autres structures peuvent conduire à un réexamen du principe de base invoqué pour justifier la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne sont pas adaptées pour empêcher un monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.
- La réglementation peut reproduire la politique de la concurrence. Les règles et les organismes de réglementation peuvent avoir essayé d'empêcher la coordination ou les abus dans un secteur, tout comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent fixer des critères de concurrence loyale ou bien des règles en matière d'adjudication visant à assurer un appel à la concurrence. Les différents organismes de réglementation peuvent appliquer des critères différents, cependant, les changements dans les structures réglementaires montrant alors que des politiques en apparence similaires double emploi ont sans doute 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.

La principale raison invoquée pour expliquer le renforcement de la politique de la concurrence des Pays-Bas, qui est reflétée dans la forme même de la loi, est la nécessité de répondre à l'interconnexion croissante des économies nationales en l'harmonisant avec le droit européen et de respecter les règles de la concurrence applicables en vertu du Traité de Rome. Cela volonté d'harmonisation implique à son tour la reconnaissance du fait que la prospérité nationale passe par la capacité de répondre aux évolutions internationales. L'unification européenne, l'adaptation des législations des pays Membres au droit de l'UE, la mondialisation des relations économiques, l'accélération du progrès technologique, la suppression progressive des obstacles aux échanges et les nouvelles technologies de communication sont autant d'éléments qui montrent qu'une économie nationale ne peut se dissocier de l'économie internationale. Tous ces facteurs justifiant une ouverture vers l'extérieur valent également pour la politique de la concurrence. Tolérer les ententes nationales et les concentrations de pouvoir économique compromettent en fin de compte la capacité d'un pays de s'ajuster et contribuent à des problèmes structurels au niveau de l'emploi et de la croissance. Les entreprises opérant dans les secteurs protégés qui sont incapables de répondre à l'intensification des relations concurrentielles à mesure que s'ouvrent les marchés perdront du terrain au profit des importations ou des investissements directs étrangers et ne pourront pas non plus tirer parti des possibilités offertes par l'élargissement des débouchés. Face à l'intégration de l'Europe s'étant intégrée et à la démonstration faite par les institutions européennes de l'importance et de la valeur de la promotion et de la protection de la concurrence, les Pays-Bas ont jugé nécessaire et opportun de s'engager dans la même direction.

La deuxième motivation principale de la politique de la concurrence des Pays-Bas est une généralisation de la première : encourager la réactivité et le dynamisme des marchés. Les déclarations du gouvernement concernant les fondements de la nouvelle politique de la concurrence des Pays-Bas mettent en avant les facteurs dynamiques : « Une saine concurrence entre sociétés habitue une économie, si besoin est, à adapter ses capacités »⁴. Compromettre l'efficacité statique et dynamique, en restreignant la liberté en matière de fixation des prix, de production ou d'accès au marché, non seulement fait grimper les prix et les coûts, mais aussi et, peut-être surtout, empêche les mécanismes du marché d'assurer leurs fonctions d'orientation des ressources et d'incitation et de discipline des producteurs, et nuit à la prise de conscience de la qualité et à l'innovation. Dans ses déclarations, le gouvernement met aussi en avant les recherches économiques montrant que les consommateurs et les producteurs peuvent gagner des centaines de millions de florins en renforçant les mécanismes de la concurrence. Cependant, les principaux arguments présentés en faveur du changement d'approche ne sont pas fondés sur ce type de quantification, mais sur l'importance d'une adaptabilité dynamique.

Compte tenu de tous ces éléments, le renforcement de la concurrence est censé conduire à une amélioration du bien-être du consommateur. On n'utilise pas ici l'expression « bien-être du consommateur » au sens où elle est utilisée dans l'analyse d'équilibre statique, à savoir maximiser le surplus du consommateur ou le surplus total. Il s'agit plutôt d'insister sur le fait que les intérêts à prendre en compte avant tout sont ceux des consommateurs finals, en tant que participants éclairés à une économie de marché ouverte. L'équité, la croissance et la protection des petites et moyennes entreprises ne sont pas, selon les déclarations qui ont été faites, des objectifs exprès de la politique de la concurrence des Pays-Bas, encore qu'ils puissent résulter de la mise en œuvre d'une politique fondée sur l'efficacité. Les objectifs déclarés de la politique de la concurrence des Pays-Bas sont compatibles avec les objectifs généralement attribués à la politique de la concurrence de l'UE, de laquelle le droit de la concurrence néerlandais veut s'inspirer. Là encore, on privilégie les différents aspects de l'efficacité dynamique et non les effets de bien-être en équilibre statique⁵.

Les préoccupations concernant l'équité, la répartition et les petites entreprises ne sont peut-être pas expressément prises en compte dans la politique annoncée par le gouvernement, mais elles s'inscrivent solidement dans les traditions sociales des Pays-Bas. De fait, ce sont ces préoccupations qui ont vraisemblablement retardé la mise en œuvre d'une politique de la concurrence efficace pendant de si nombreuses années. Les petites et moyennes entreprises ont estimé qu'elles bénéficiaient du régime des ententes notifiées et leur résistance a conduit à plusieurs compromis dans la législation finale. Parmi ceux-ci, on peut citer notamment une dérogation explicite à la législation (dérogation « bagatelle ») pour les affaires mineures et des dérogations spéciales par catégorie concernant certains aspects de la distribution. La principale motivation de la réforme vient de toute évidence d'ailleurs. Les grandes entreprises ayant une expérience plus solide des échanges extérieurs se sont de plus en plus rendu compte de la nécessité de s'adapter à l'évolution de la situation dans un contexte plus large et ont appris à s'accommoder des politiques de la concurrence du fait de leur expérience dans d'autres juridictions. Elles ont soutenu les réformes. En outre, la principale organisation de consommateurs, la *Consumentenbond*, a aussi appuyé le programme de réforme et l'adoption de la nouvelle loi et de la nouvelle structure de mise en œuvre. Le Conseil social et économique (SER) a soutenu, pour sa part, l'approche de la nouvelle loi, encore qu'il ait exprimé quelques réserves quant à certains de ses aspects.

Si la concurrence a été vigoureuse pour les produits faisant l'objet d'échanges internationaux et si les entreprises travaillant à ce niveau ont été efficaces et compétitives, il n'en a pas été de même pour les produits et les services échangés seulement sur les marchés locaux. Pourtant, pour peut-être les trois quarts des achats des consommateurs néerlandais, c'est la concurrence nationale, et non internationale, qui détermine les prix et la qualité. Une grande partie de l'économie, dans des secteurs comme la construction, les services publics, les transactions financières, les transports, le commerce de détail, les services aux

consommateurs et les services professionnels, est restée à l'écart de la concurrence des importations. Le marché étant petit, la concurrence dans certains de ces secteurs (où existent certaines économies d'échelle) doit s'exercer entre un nombre relativement peu important d'entités ou de prestataires de services. Cela posera un problème, car c'est dans ces secteurs que la tradition nationale consistant à protéger les positions établies est la plus forte. La continuité, la tradition et les alliances ont pris le pas sur la prise de risque individuelle et l'esprit d'entreprise. La nouvelle politique de la concurrence est un élément central du « revirement culturel » qui doit intervenir aux Pays-Bas pour que ce pays puisse préserver sa santé économique dans la nouvelle économie de marché mondiale.

Encadré 2. Réglementation par les organisations industrielles et commerciales

Aux Pays-Bas, la coopération est institutionnalisée. Outre les associations de professionnels, qui ont d'importants pouvoirs d'autoréglementation qui leur sont légalement délégués, il existe aussi des institutions d'autoréglementation pour l'agriculture, le commerce et les petites entreprises de services. Ces 38 « organismes statutaires » ou PBO, sont composés de représentants des organisations commerciales et des syndicats. On distingue deux types de PBO, les « conseils de produits », qui représentent les différents paliers de la production dans une optique verticale, et les « conseils industriels », qui sont organisés horizontalement à un niveau donné, comme le commerce de détail ou le commerce de gros. Les PBO sont particulièrement actifs dans les secteurs dominés par les petites entreprises, quoique certains d'entre eux, notamment les conseils de produits, comprennent de très grandes entreprises. Les principaux conseils de produits sont ceux établis dans l'horticulture, l'agriculture, l'élevage, la viande et les œufs, les produits laitiers et les boissons. Les conseils industriels sont notamment ceux en place dans le commerce de détail, le commerce de gros de produits agricoles, les hôtels et les restaurants, les services de détail (comme les opticiens et les boulangers) et les peintres. Le demi-million d'entreprises couvert par les PBO emploie environ un quart de la population travaillant dans l'industrie, le commerce et l'agriculture. Le nombre total de PBO a diminué. Il y a 30 ans, on en comptait 55 ; d'autres regroupements sont prévus, de sorte qu'il en restera 18 d'ici à 2000.

Autorisés par la loi de 1950 sur l'organisation industrielle, les PBO sont légalement habilités à régler et à favoriser les intérêts des secteurs qu'ils représentent. A la demande du gouvernement, ils peuvent mettre en œuvre des politiques nationales et européennes dans ces secteurs, également. Les PBO « taxent » leurs secteurs pour financer leurs opérations, qui peuvent consister en des projets de recherche, de la formation professionnelle et des campagnes de promotion. Leurs réglementations sont assujetties à l'approbation du SER et du gouvernement (et de l'UE, s'il y a un risque d'interférence avec les politiques communautaires). La majeure partie des réglementations obligatoires sont celles des conseils de produits. Ces réglementations concernent généralement le contrôle et l'inspection de la qualité, la prévention des maladies, les additifs, les modalités d'importation-exportation et l'information des consommateurs. En outre, les réglementations des PBO peuvent avoir pour objet de mettre en œuvre les politiques nationales et les politiques de l'UE. Par exemple, certains PBO sont responsables de la mise en œuvre des réglementations agricoles de l'UE.

La loi sur l'organisation industrielle stipule que les PBO ne doivent pas faire obstacle à une concurrence loyale. Les PBO ne sont habilités ni à autoriser les entreprises à entrer sur un marché, s'y développer ou en sortir ni à réglementer les prix. Cette loi a été récemment réexaminée, notamment pour assurer la protection de la concurrence. Au titre de la loi actuelle, c'est le SER qui autorise les PBO et c'est lui qui joue le rôle le plus actif dans la surveillance de la réglementation. Le gouvernement a proposé qu'à l'avenir le ministre soit chargé de cette supervision et qu'il juge ces réglementations à la lumière des principes sur lesquels la loi de concurrence est fondée. Le législateur a rejeté cette proposition, ainsi qu'un amendement donnant une responsabilité partagée à la NMa. Les réglementations actuelles des PBO sont également revues et il est encore prévu que le SER juge les PBO à la lumière des principes de la loi sur la concurrence. Cependant, la mise en œuvre de la politique de la concurrence dans ce cas suscite pour le moins quelques doutes ; la NMa pourrait encore refuser d'exempter les accords entre membres de PBO qui pourraient violer les interdictions de la législation de la concurrence et il pourrait prendre des mesures contre des accords prohibés qui ne sont pas exemptés. Mais, il serait plus cohérent que l'organe chargé de l'interprétation et de l'application de la loi de la concurrence participe aussi à son application à des activités telles que la formation de ces organisations et leurs réglementations.

La réforme du droit de la concurrence est complémentaire, quoiqu'elle soit par elle-même un élément, du programme de déréglementation « MDW ». Arriver à un équilibre entre une réglementation nécessaire et une concurrence souhaitable sera une tâche particulièrement difficile aux Pays-Bas, car les structures d'auto-réglementation sont une tradition de longue date du pays. Certaines des motivations de cette « réglementation privée » sont plausibles et défendables et certains des résultats sont, semble-t-il, efficaces : coopération pour surmonter les dysfonctionnements du marché et amplifier les effets de la recherche et développement, réalisation d'économies d'échelle et protection de la réputation et de la qualité par la protection des marques, blocage des opérations de commercialisation mensongères et suivi des plaintes des consommateurs. Il n'est pas évident, toutefois, que cette auto-réglementation soit un moyen utile pour « contrer les excès d'une concurrence débridée », comme le ministre des Affaires économiques l'a suggéré lorsqu'il a essayé de décrire le rôle que devait jouer l'auto-réglementation⁶. Même si les « excès » ne portent que sur des pratiques de commercialisation mensongères ou peu scrupuleuses ou des tentatives de monopolisation, il serait plus prudent et plus efficace de les corriger par une intervention des autorités publiques et une action des clients ou des consommateurs, ce qui permet aussi dans une optique plus large de préserver une concurrence vigoureuse, efficace et novatrice. Les avantages supposés des restrictions imposées de façon privée à la concurrence sont rarement justifiés par les coûts qu'elles imposent et les problèmes ne se corrigent pas tout seul car les coûts sont généralement supportés par les consommateurs non organisés⁷.

La nouvelle loi, le nouvel organisme et le programme global de réformes visent à l'évidence à mettre en place un régime de plus forte concurrence, fondé sur des dispositions législatives et encadré par une réglementation davantage orientée vers le marché. Mais le succès n'est pas assuré. Nombre des structures corporatistes et collectives d'auto-réglementation des Pays-Bas devraient s'opposer au changement. Les interprétations par les différentes parties de ce qu'implique la réforme sont conflictuelles, certaines craignant que la nouvelle loi fasse trop peu pour protéger les concurrents les uns des autres ou pour protéger les nouvelles entreprises contre une concurrence « déloyale » venant de sources non familières. Si ces intérêts estiment que le droit de la concurrence ne les protège pas ou que le changement d'approche les menace, ils continueront d'appuyer le maintien d'une réglementation anticoncurrentielle.

2. LES ÉLÉMENTS DE LA PANOPLIE : LE CONTENU DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Pour que la réforme de la réglementation puisse pleinement porter ses fruits, le droit de la concurrence doit efficacement protéger l'intérêt public sur les marchés où la réforme de la réglementation élargit les possibilités de concurrence. Les critères et les sanctions prévus aux termes du droit de la concurrence devraient permettre de faire face aux problèmes de concurrence découlant d'anciennes réglementations qui ne s'appliquent plus ou de problèmes qui apparaissent comme des modifications de structure réglementaire. Le droit général de la concurrence peut donc être le fondement d'une réforme fondée sur les principes du marché. Aux Pays-Bas, un élément majeur de processus de réforme réglementaire est la mise en place d'une solide législation en matière de concurrence. Aussi est-il particulièrement important d'évaluer dans quelle mesure cette aspiration a des chances d'aboutir. La nouvelle loi constituera-t-elle une base solide pour la mise en œuvre d'une politique de la concurrence différente de celle que les Pays-Bas ont pratiquée dans le passé ; ou peut-elle être manipulée de façon à reproduire les pratiques anciennes ; dans l'affirmative, existe-t-il la volonté politique de résister à une telle situation ?

Encadré 3. Les instruments de la politique de la concurrence

En général, le droit de la concurrence aborde les problèmes du pouvoir de monopole dans trois optiques distinctes : relations et accords entre entreprises autrement indépendantes, actions d'une seule entreprise et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, les **accords**, est souvent subdivisée à des fins analytiques en deux groupes : accords « horizontaux » entre entreprises qui font la même chose et accords « verticaux » entre entreprises se situant à des stades différents de la production ou de la distribution. La deuxième catégorie est appelée « **monopolisation** » dans certaines lois et « abus de position dominante » dans d'autres ; suivant les appellations qu'ils utilisent, les systèmes juridiques sont arrivés à des approches quelque peu différentes du problème de pouvoir économique d'une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent appelée « **fusions** » ou « **concentrations** », comprend généralement les autres types de regroupements structurels, comme les acquisitions d'actions ou d'actifs, les co-entreprises et les participations croisées au capital ou aux conseils d'administration.

Les **accords** peuvent permettre au groupe d'entreprises agissant ensemble d'avoir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production et d'empêcher l'entrée ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus préjudiciables sont ceux qui empêchent toute rivalité quant aux facteurs dynamiques fondamentaux de la concurrence sur le marché, les prix et la production. Les lois les plus récentes sur la concurrence traitent de façon très dure les accords de fixation des prix, de limite de la production, de soumission concertée ou de partage des marchés. Pour mettre en œuvre ces accords, les concurrents peuvent aussi convenir de tactiques visant à empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents ou à mettre au pas les entreprises récalcitrantes ; ainsi, les législations s'efforcent également d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale dans d'autres domaines, comme les normes de produits, la recherche et la qualité, peut aussi affecter la concurrence, mais le caractère positif ou négatif de cette coopération peut dépendre des conditions du marché. Aussi la plupart des législations traitent-elles ces autres types d'accords en mettant en évidence un éventail plus large d'inconvénients et d'avantages potentiels ou en s'efforçant de mettre au point des règles plus détaillées pour identifier les comportements bénéfiques et les exempter.

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

L'abus de position dominante ou **la monopolisation** sont des catégories qui intéressent essentiellement le comportement et la situation des différentes entreprises. Un véritable monopole, qui ne doit faire face à aucune concurrence ou menace de concurrence, pourra appliquer des prix plus élevés et avoir une production de plus ou moins bonne qualité. Il sera sans doute aussi moins probable qu'il introduise des méthodes plus efficaces ou des produits novateurs. Les lois contre la monopolisation visent généralement les pratiques d'exclusion par lesquelles les entreprises peuvent essayer d'obtenir ou de protéger des positions de monopole. Les lois contre l'abus de position dominante visent les mêmes problèmes et peuvent aussi essayer de s'appliquer à l'exercice effectif d'un pouvoir de marché. Par exemple, aux termes de certaines lois, il est considéré que l'application de prix trop élevés est une violation des dispositions législatives.

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

La nouvelle loi sur la concurrence serait fondée sur la « nature » et pas seulement sur la « forme juridique » des relations⁸. Pourtant, la modification la plus importante de la nouvelle loi revêt un caractère formel. Les dispositions fondées sur la règle de l'« abus » qui figuraient dans l'ancienne loi ont été remplacées par un système d'interdictions semblable à celui utilisé dans le droit de la concurrence de l'UE. Dans le cadre du système précédent, l'organisme chargé de l'application de la loi, qui était aux Pays-Bas le ministère des Affaires économiques, devait démontrer dans chaque cas particulier qu'un accord ou une action violait les dispositions de la loi. Cet organisme avait la charge de la preuve et il était difficile d'établir des principes ou des règles qui pouvaient s'appliquer dans des cas différents mais similaires. Un système d'interdiction inverse la charge de la preuve, de sorte que c'est maintenant à l'entreprise qu'il appartient de démontrer que des accords ou comportements interdits en vertu de la loi n'entrent *en fait pas* en conflit avec les dispositions applicables. La principale différence entre l'approche de l'« abus » et l'approche de l'« interdiction » est administrative, en ce sens qu'elle touche la charge de la preuve. Les mêmes résultats peuvent être atteints dans l'un et l'autre cas, si les principaux critères d'analyse sont les mêmes. Une grande partie des débats consacrés à la modification de la loi ont porté sur ce changement d'optique administratif, qui peut pourtant servir, car il symbolise la détermination à modifier une attitude fondamentale quant à la politique de la concurrence. Cependant la différence touchant la procédure administrative elle-même n'aura probablement pas un effet aussi profond.

Les modifications intéressant les principes de fond et la compétence en matière de mise en œuvre sont aussi importants que le passage administratif de l'« abus » à l'« interdiction ». Le principe fondamental de l'ancienne loi sur la concurrence était simplement « l'intérêt général », notion qui est en soi pratiquement exempte de contenu ou d'implication pour les décisions. Pour déterminer les comportements contraires à l'intérêt général, il fallait tenir des consultations avec les autres ministères, souvent favorables à des aspects de l'intérêt général autres que la politique de la concurrence. Chaque cas pouvait donner lieu à un débat fondamental quant à l'importance relative de la politique de la concurrence et pendant de nombreuses années c'est évidemment cette dernière qui a perdu. L'utilisation dans la nouvelle loi d'interdictions explicites modifie les termes et la portée de ce débat, d'une façon qui devrait rendre la mise en œuvre plus efficace. Il est encore possible de prétendre qu'un comportement que la loi interdit devrait néanmoins être autorisé ; toutefois, la loi pose en principe que le comportement est illégal. Elle limite, dans une certaine mesure, les types de facteurs qui peuvent être invoqués et elle crée un nouveau processus, moins politique, pour les examiner. Même à ces égards, cependant, les différences entre l'ancien système et le nouveau ne sont pas profondes. Les critères utilisés dans le cas de la nouvelle loi pour accorder des dérogations pourraient recouvrir en grande partie ceux utilisés dans l'ancienne loi en vertu de l'intérêt général. Ce qui importe le plus c'est la clarté des conceptions et des objectifs sous-tendant la politique de la concurrence et la vigueur des facteurs politiques et sociaux soutenant cette politique ou s'y opposant. Un ensemble d'exemptions généreuses dans le cadre d'un système

d'interdictions pourrait avoir le même résultat pratique que l'application de critères généraux pour déterminer les avantages et les inconvénients d'un comportement donné dans le cadre d'un système d'abus.

Le recours à un système d'interdictions introduit une nouvelle série de problèmes potentiels. Un tel système favorise l'élaboration de règles détaillées et y conduit naturellement. Ces règles ne définissent en général de façon explicite aucun élément permettant d'apprécier l'incidence effective sur la concurrence, car la raison administrative d'un système d'interdictions est de déplacer la charge de la preuve entre les parties, qui doivent démontrer que leur comportement n'a pas un tel effet. Pour faire face aux types de comportement dont les effets peuvent être ambigus, les règles appliquées dans le cadre d'un système d'interdictions pourraient devenir très complexes et formalistes. En outre, malgré la volonté d'efficacité, les appliquer pourrait prendre en fait beaucoup de temps, car le responsable doit faire l'analyse des différences minimales entre les règles lorsqu'il traite avec les parties demandant des dérogations. Un grand nombre des principes du droit de la concurrence de l'UE sont repris dans la structure détaillée des exemptions et des prescriptions et interdictions connexes. Leur application est parfois retardée ou obscurcie par des procédures qui prennent du temps et qui ne sont pas transparentes. Ainsi, le droit de la concurrence applicable aux pratiques commerciales restrictives peut ressembler beaucoup à d'autres types de réglementations, avec lesquelles on rencontre aussi souvent des problèmes pour assurer une mise en œuvre équitable et efficace par rapport aux coûts.

L'intérêt d'un système d'interdictions réside dans le fait que les règles sont formulées de façon claire et explicite. Le risque est que ces règles ne deviennent trop formelles et trop larges. L'enjeu consiste à mettre au point et à appliquer un système d'interdictions générales qui permette cependant de rester sensible aux variations au cas par cas de l'incidence effective du point de vue économique et concurrentiel.

Encadré 4. Les instruments du droit de la concurrence de l'UE

La loi néerlandaise suit de près les principaux éléments du droit de la concurrence mis au point dans le cadre du Traité de Rome :

- **Accords** : L'article 85 interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Le terme « accord » est entendu au sens large, de sorte que l'interdiction s'étend aux actions concertées et autres arrangements qui ne correspondent pas à des contrats formels de droit civil. Certains accords interdits sont expressément identifiés : fixation directe ou indirecte des prix ou des conditions commerciales, limitation ou contrôle de la production, des marchés, des investissements ou des progrès techniques ; partage des marchés ou des fournisseurs, discrimination qui désavantage les parties sur le plan de la concurrence et impose des conditions inacceptables dans le cadre des contrats. En outre, la jurisprudence a encore clarifié la portée de l'article 85. Les achats conjoints ont été autorisés en raison des efficacités qui en résultaient, mais les ventes conjoints ont été généralement interdites car elles s'assimilaient en fait à une entente. Toutes les formes d'accords qui divisent les marchés et contrôlent les prix, y compris les accords de mise en commun des profits ou de majoration des prix et les règles privées en matière de commerciales loyales sont rejetés. Les échanges d'informations sur les prix sont autorisés uniquement après un certain délai et seulement si l'échange ne permet pas l'identification des différentes entreprises. Les instruments d'exclusion, comme les ententes de démarque, sont interdits même des transactions avec des parties tierces ne sont pas exclues.

- **Exemptions** : Un accord qui aurait autrement été interdit peut néanmoins être autorisé s'il contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, s'il n'impose pas des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs positifs et s'il ne donne pas la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Les dérogations peuvent être individuelles ou s'appliquer à des catégories d'accords. Dans ce derniers cas, des conditions ou critères sont précisés pour les accords autorisés, y compris des clauses qui n'apparaissent pas nécessairement dans les accords (« listes blanches » et « listes noires »). Tout accord qui répond aux conditions est exempté, sans qu'une demande particulière doive être présentée. Certaines des exemptions les plus importantes concernent les différentes formes de relations verticales, y compris les accords d'exclusivité de distribution et d'approvisionnement et le franchisage.
- **Abus de position dominante** : L'article 86 interdit l'exploitation abusive d'une position dominante et dresse la liste de certains agissements pouvant être considérés comme abusifs : imposition de prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables (soit directement soit indirectement), limitation de la production, des marchés ou du développement technique d'une façon préjudiciable aux consommateurs, discrimination qui désavantage les parties sur le plan de la concurrence et imposition de conditions non acceptables dans un contrat. Lorsqu'il y a position dominante, plusieurs types de comportement qui défavorisent les autres parties au marché peuvent être considérés comme des abus. On considère souvent qu'il y a position dominante lorsque la part de marché détenue dépasse 50 %. L'interdiction peut s'étendre aux abus de plusieurs entreprises agissant ensemble, même si aucune de ces entreprises considérée isolément ne détient une part de marché aussi importante.

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

L'article 6 de la nouvelle loi sur la concurrence reprend l'article 85 du Traité de Rome pour ce qui est du traitement de tous les types d'accord. La NMa entend observer les grands axes définis par les institutions de l'UE pour l'interpréter. La liste des interdictions n'a pas été reproduite dans la loi mais, à la place, a été incluse dans les réglementations. Dans la mesure où la loi néerlandaise est interprétée de façon cohérente avec les principes directeurs de l'UE, elle sera vraisemblablement un instrument efficace dans la prévention et la correction des restrictions horizontales les plus graves.

L'interdiction générale figurant à l'article 6 est assortie des mêmes conditions et procédures de d'exemptions et de dispenses⁹ que celles prévues dans le système de l'UE. Le droit néerlandais reprend ou incorpore toutes les dérogations par catégorie de l'UE pour les types généraux d'accord ou de restriction, les dérogations ou exemptions concernant des secteurs particuliers et celles concernant des accords particuliers¹⁰. L'incorporation est dynamique, c'est-à-dire que la loi néerlandaise ne couvre pas seulement les exemptions déjà accordées mais aussi celles qui seront accordées à l'avenir¹¹. Les motifs d'exemption ou de dispense aux termes de la loi néerlandaise sont les mêmes que ceux prévus à l'article 85 du Traité¹². Avec un système d'interdictions-exemptions, ce sont des critères formels, et non pas une analyse économique au cas par cas, qui déterminent en général la légalité, sauf pour l'examen des demandes individuelles de dérogation.

La nouvelle loi néerlandaise a autorisé les parties à demander des dérogations pour des accords déjà en vigueur. La NMa a été inondée de demandes de dérogation – plus d'un millier – à la date butoir du 1er avril 1998¹³. Le fait de déposer une demande assure une certaine protection aux accords existants, qui restent légaux tant que la NMa n'a pas donné suite aux différents dossiers (sauf s'ils pouvaient être considérés comme illégaux aux termes de l'ancienne loi sur la concurrence économique)¹⁴. Dans une grande partie des cas, il semble s'agir simplement d'une demande de « garantie » déposée par excès de prudence pour des accords qui de toute évidence ne seraient pas interdits. Un grand nombre de ces accords

concerne le commerce de détail et la construction, deux secteurs faisant l'objet d'exemptions spécifiques aux termes de la nouvelle loi. Certains témoignent de la persistance de controverses anciennes dans le cadre des nouvelles procédures. La façon dont la nouvelle autorité appliquera la nouvelle loi à ces problèmes anciens sera un test déterminant de son sérieux et de son efficacité.

Même dans le cadre du système précédent d'abus, le gouvernement avait introduit des règles particulières concernant la fixation des prix et le partage des marchés. Une « invalidation générale des accords de prix horizontaux » a été introduite en 1993¹⁵. Sur des détails et procédures de fond importants, y compris la couverture, l'interdiction de base et les dispositions en matière d'exemptions fondées sur la législation nationale et sur celle de l'UE ainsi que pour les transactions *de minimis*, ce décret de 1993 anticipait la nouvelle loi. Environ 50 demandes de dérogation ont été présentées même avant qu'il n'entre en vigueur¹⁶. Des décrets du même type ont cherché à interdire les accords de partage des marchés et les soumissions concertées. Cependant, un seul cas a abouti à un jugement définitif dans le cadre du système d'« abus », alors que cinq autres affaires ont été réglées à l'amiable. Le fait que certaines controverses persistantes n'aient pu être résolues, mais aient été au contraire différées en accordant des exemptions explicites au moment de l'approbation de la nouvelle loi permet de mesurer la profondeur de l'aversion culturelle pour la concurrence et, par conséquent, l'ampleur de la révolution culturelle requise. Un exemple frappant est celui des journaux, qui ont demandé une dispense à la règle concernant les accords horizontaux et verticaux de prix et se sont vu accorder une exemption formelle (pour un certain nombre d'années) lorsque la nouvelle loi a été adoptée.

L'application de la loi ancienne exigeait généralement une consultation avec le gouvernement. Ces consultations n'empêchaient pas l'action dans tous les cas. Récemment, d'autres ministères ont mis en œuvre une politique de la concurrence plus vigoureuse. Une demande de dérogation a été refusée pour un accord de partage du marché national entre les entreprises de remorquage d'urgence, car l'objectif tout à fait louable de retrait rapide des épaves de la voie publique pouvait être accompli par des moyens moins anticoncurrentiels. Une dérogation a été refusée dans plusieurs cas supposant une « réglementation privée » : un accord de prix minima entre les courtiers maritimes, un accord de prix entre les membres d'une association de pharmaciens pour les médicaments délivrés sans ordonnance, un accord entre agents d'assurance sur la rémunération de leurs services, un accord de la ligue du football visant à contrôler les droits de retransmission de ses membres, les règles d'une association de pharmaciens contrôlant la recherche ou l'acceptation de nouveaux clients et un boycott conjoint des associations d'agents immobiliers et des notaires¹⁷.

Malgré ces succès occasionnels, la nécessité de dégager dans chaque affaire un consensus au sein du gouvernement quant à « l'intérêt général » rendait de toute évidence difficile l'application efficace de la nouvelle loi à un grand nombre d'accords horizontaux dans les secteurs faisant l'objet d'une réforme ou dans les efforts de promotion de la réforme. On s'attend à ce que la nouvelle loi contribue à surmonter ces problèmes. Elle a de toute évidence été suffisamment prise au sérieux pour faire sortir de l'ombre certaines ententes anciennes. Quelques-unes des demandes déposées en avril concernent les accords existants que le décret adopté en vertu de la loi antérieure avait interdit, mais pour lesquels aucune demande de dérogation n'avait été encore déposée.

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

Comme la législation de l'UE sur laquelle il est fondé, le texte de la loi sur la concurrence ne fait pas de distinction entre les accords horizontaux et les accords verticaux. Les accords verticaux affectant la concurrence sont en principe interdits. Le ministère et la NMa reconnaissent que la loi doit laisser la

possibilité d'admettre certaines restrictions qui ne sont pas dommageables et peuvent en fait être indispensables à une coopération utile, à une distribution efficiente ou à une meilleure commercialisation. Pour ce faire, il s'agit essentiellement d'incorporer le système d'exemptions de l'UE, en le complétant par des dérogations générales supplémentaires s'appliquant plus particulièrement aux Pays-Bas.

La politique « d'interdiction » des accords de prix verticaux, comme des accords horizontaux, était déjà annoncée dans les efforts faits pour appliquer de façon plus stricte la nouvelle loi. Le décret de 1993 a étendu l'interdiction de prix de revente imposés. Une demande de dérogation concernant les bicyclettes a été rejetée ; cependant, une demande concernant les livres et les œuvres musicales a été acceptée et a même été étendue pour sept ans au titre de la nouvelle loi. Les règles applicables aux commissions sur cartes de crédit ont été considérées comme des mesures horizontales, c'est-à-dire un accord au niveau du secteur visant à imposer une contrainte verticale. Les accords concernant la place attribuée sur les présentoirs de revues, qui prévoyaient l'attribution d'un espace proportionnel à la part dans les ventes totales de revues mais en vertu desquels un distributeur a souhaité moduler la marge des détaillants en fonction de l'espace mis à sa disposition, ont été rejetés parce qu'ils lèsent les autres distributeurs. Le système de distribution sélective d'Apple Computer a été jugé comme ne posant pas de problème, ce qui démontrait une certaine sensibilité au contexte et à l'effet. Soucieuses aussi de prendre en compte les préoccupations des petites entreprises, les autorités ont ouvert une enquête en réponse à une plainte de *MKB-Nederland* (l'association des petites et moyennes entreprises) quant à l'application de charges unitaires identiques par *BeaNet*, alliance de banques néerlandaises, pour *Chipknip* (carte à micro-circuit)¹⁸.

Le traitement relativement rigoureux réservé dans la nouvelle loi aux accords verticaux, bien qu'il soit compatible avec la loi de l'UE qui existe de longue date, va à l'encontre de la tendance observée dans nombre de pays de l'OCDE en faveur d'une analyse économique au cas par cas des restrictions verticales (sauf pour le maintien des prix de vente au taux minimum) et au détriment de règles formelles détaillées¹⁹. Maintenant, la Commission européenne également considère si elle doit modifier sa propre pratique pour accorder davantage d'attention aux effets économiques actuels dans différents contextes, peut-être en introduisant des tests de part de marché pour certains types de comportement²⁰. Un grand nombre d'entreprises néerlandaises ont souhaité que les accords verticaux continuent d'être traités sur la base du principe de l'« abus » de façon que l'effet anticoncurrentiel doive être démontré dans chaque cas particulier. Cependant, le gouvernement s'est opposé à cette approche, en partie parce qu'il souhaitait adopter des règles cohérentes et générales et souligner ainsi l'importance de l'évolution culturelle illustrée par la modification de la loi. L'application rigoureuse des dispositions découle, semble-t-il, d'une définition de la « concurrence » qui suppose nécessairement une action indépendante. Dans cette optique, toute contrainte à une action indépendante même si elle a été acceptée de plein gré par des parties liées verticalement qui ne se concurrencent pas l'une l'autre sur un marché particulier, peut être considérée comme une contrainte à la concurrence et donc interdite a priori. Cette rigueur pourrait aussi représenter une réaction particulière à l'existence depuis longtemps aux Pays-Bas d'accords verticaux de distribution exclusive, ayant empêché la concurrence dans certains secteurs.

Pour défendre sa politique, le gouvernement a invoqué trois aspects généraux de l'incidence économique des accords verticaux. Le premier est que tous les accords verticaux ont un effet « horizontal » car ils restreignent la capacité d'une entité de répondre aux actions de ses concurrents horizontaux. Cependant, la question de savoir si cet effet est ou non souhaitable dépend de ce que font les concurrents horizontaux. S'ils essaient de fixer les prix ou la production, une contrainte verticale qui les empêche de s'entendre pourrait être favorable à la concurrence. S'ils n'arrivent pas à s'entendre entre eux mais que leurs fournisseurs « exigent » d'eux qu'ils s'entendent, la contrainte verticale pourrait alors avoir un effet horizontal monopolisateur. Ainsi, la question de savoir si la restriction verticale fait bien obstacle à une concurrence bénéfique sur le marché dépend de l'évaluation au cas par cas des conditions effectives

du marché dans lesquelles elle apparaît. Le deuxième aspect général est que les accords verticaux constituent souvent un moyen détournée de mettre en œuvre des contraintes horizontales. Cela pourrait en effet s'être produit aux Pays-Bas, où un grand nombre de fournisseurs en amont ont passé des accords avec leurs distributeurs qui étaient semblables, non seulement au sein du système de distribution de chaque fournisseur, mais également pour les différentes marques, et où ces accords ont eu pour effet d'empêcher la concurrence horizontale à l'un ou l'autre niveau. Dans ces conditions, la volonté d'efficience dans la mise en œuvre de la loi pourrait exiger une présomption plus stricte, du moins tant que les habitudes anciennes ne sont pas totalement corrigées. Cependant, il serait préférable, afin d'éviter de porter inutilement atteinte à des accords inoffensifs de limiter la présomption aux cas les plus évidents de verrouillage du marché. Même ainsi, il faudra peut-être fonder les critères juridiques sur une analyse des parts de marché, et pas simplement sur la forme juridique de l'accord. Le troisième aspect général est que la concurrence au sein d'une même marque est aussi importante que la concurrence entre marques car les « alliances » verticales se développent. Cet argument semble s'appuyer sur le fait qu'étant donné que ces alliances ne se concurrencent pas les unes les autres, la concurrence au sein de chacune d'entre elles doit être préservée. Cependant, le degré et l'importance pour la concurrence de la différenciation des marques est aussi une question empirique et il n'est pas certains que de fortes présomptions à cet égard soient une base nécessaire ou efficiente à la mise en œuvre.

Le traitement des accords verticaux soulève, à deux égards, la question de la relation entre les objectifs de la politique de la concurrence et l'engagement en faveur de la réforme réglementaire. Il est nécessaire dans le cadre d'un effort de réforme orientée vers le marché de prêter soigneusement attention à l'incidence effective sur la concurrence des accords verticaux. Des réglementations mal conçues empêchent parfois des accords verticaux efficaces, ou favorisent des accords infectants, et les règles de ce type devraient être mises en évidence et corrigées. Cependant, essayer d'y parvenir par une politique de la concurrence fondée sur l'interdiction peut, en soi, conduire à une réglementation compliquée, détaillée et prescriptive (ou à des doctrines juridiques peu claires et difficiles à appliquer), dont le respect peut déjà représenter une charge. En outre, les doctrines en question peuvent avoir pour effet d'empêcher ou de retarder des accords souhaitables et efficaces. Les règles répondant à un souci de formalisme juridique passeront inévitablement à côté de facteurs importants du point de vue économique. Une étude attentive des objectifs de la réforme amène à s'interroger sur le point de savoir si les avantages présentés par ce type particulier de « réglementation » justifient les coûts qu'elle impose. Le système d'abus sur lequel était fondée l'ancienne loi, quel que soit ses autres défauts, avait l'avantage d'être sensible à l'incidence économique effective. Le choix délibéré pour la nouvelle loi d'une optique administrative d'interdiction générale ne devrait pas diminuer cette sensibilité aux variations au cas par cas du contexte économique pertinent.

La principale raison d'être de la nouvelle loi néerlandaise est de répondre à la globalisation par le biais principal de l'harmonisation avec le droit européen. La cohérence est de toute évidence souhaitable, car les entreprises ne doivent pas être confrontées à des exigences confuses et éventuellement incompatibles entre elles. Ce facteur, et le risque que l'exceptionnel effet d'exclusion des relations verticales qui existent de longue date aux Pays-Bas n'exige une présomption tout aussi exceptionnelle à l'encontre de ces relations, pourraient justifier l'interdiction des accords verticaux. Mais, si l'UE actualise aussi son traitement des restrictions verticales, le droit néerlandais pourrait tirer parti de l'intention des autorités de suivre la pratique de l'UE telle qu'elle évolue.

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

Le texte de la nouvelle loi concernant l'abus de position dominante²¹ est fondé sur l'article 86 du Traité de Rome. Comme les dispositions concernant les accords, il ne reproduit pas les exemples détaillés du Traité. La définition de la « position dominante » est reprise des décisions de la Cour européenne de justice. Les applications au problème de l'accès au réseau doivent aussi être fondées sur les principes de l'UE. Une entreprise qui occupe une position dominante en raison de son contrôle sur le réseau est tenue d'offrir des prix objectifs, transparents, raisonnables et non discriminatoires et les autres conditions d'accès au réseau. (Aux termes de la législation de l'UE sur la réforme des télécommunications, il y a présomption de pouvoir de marché, et par conséquent une exigence d'accès, lorsque la part de marché est de 25 %)

La nouvelle loi sur la concurrence pourrait ne contribuer que de façon limitée à assurer l'accès et la restructuration en ce qui concerne les monopoles de réseau traditionnellement réglementés. Les propositions visant à régler ces problèmes exclusivement par le biais de la loi générale sur la concurrence ont été rejetées en faveur d'une forme ou l'autre de réglementation spécifique au secteur. On peut citer en exemple le secteur de la télévision par câble. Au début de 1997, le ministre des Affaires économiques, conjointement avec le ministre des Transports et des Travaux Publics et le ministre de l'Éducation, de la Culture et des Sciences, a proposé que les controverses quant à l'accès au réseau câblé soient réglées dans le cadre de la nouvelle loi générale sur la concurrence. Les pouvoirs temporaires de supervision exercés par le Commissariat aux médias sur cette question devaient venir à expiration, laissant à la NMa les responsabilités dans ce domaine, à exercer en consultation avec le Commissariat aux médias et l'Autorité indépendante des postes et télécommunications (OPTA)²². En avril 1998, cependant, le Parlement a rejeté cette solution et a confié cette tâche à l'OPTA sans donner d'instructions précises pour la réaliser. Dans d'autres secteurs des télécommunications et dans le secteur de l'électricité également, il semble que des éléments importants de la politique de la concurrence intéressant la restructuration et la réforme ne seront pas couverts par la loi générale sur la concurrence, mais par d'autres organismes de réglementation et lois à caractère sectoriel. De toute évidence, la NMa doit être consultée et gardera un certain pouvoir d'approbation quant aux règles générales des organismes sectoriels de réglementation et à l'interprétation des termes de la politique de la concurrence, mais elle ne jouera aucun rôle dans les décisions ou demandes particulières. Le partage des responsabilités doit être revu dans quatre ans, mais entre temps la participation de l'autorité de la concurrence à des actions ayant une incidence importante sur la concurrence ne sera vraisemblablement que limitée. Ce retard serait malheureux si les organismes sectoriels de réglementation interprètent et appliquent les principes de la concurrence d'une façon qui est davantage compatible avec les traditions du secteur qu'avec des méthodes qui encouragent le développement rapide d'options plus concurrentielles.

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

La politique en matière de fusions se rapproche aussi des normes et méthodes de l'UE, en ce sens qu'elle vise à empêcher les projets de fusion qui risquent de créer ou de renforcer une position de domination économique limitant sensiblement les possibilités de concurrence libre et loyale sur certains segments du marché néerlandais ou sur l'ensemble de ce marché. L'interdiction fondamentale repose sur le concept de « domination », de sorte que les fusions qui augmentent la probabilité d'une action concertée doivent être analysées comme si elles étaient le fruit d'une domination collective. La politique et la jurisprudence de l'UE sont utilisées pour délimiter le marché. Comme dans le cadre de la réglementation

de l'UE relative aux fusions, il est obligatoire de notifier la fusion au préalable, la juridiction compétente est déterminée par référence au chiffre d'affaires et l'enquête se fait en deux étapes, avec des dates butoir pour l'adoption d'une décision, avant lesquelles les parties ne peuvent réaliser la transaction. Les seuils de notification se situent dans la moyenne des pays Membres dotés de programmes de prénotification des fusions : un chiffre d'affaires conjugué au niveau mondial d'au moins 250 millions de florins (125 millions de dollars environ) et un chiffre d'affaires annuel aux Pays-Bas d'au moins 30 millions de florins (15 millions de dollars) pour au moins deux des entreprises en cause. Les fusions impliquant des entreprises étrangères doivent aussi être examinées si ces seuils sont atteints. La NMa a quatre semaines à compter de la date de notification pour décider si la concentration peut créer ou renforcer une position dominante et, dans l'affirmative, exiger des parties qu'elles demandent une autorisation. La NMa doit ensuite prendre une décision finale dans les 13 semaines qui suivent la demande d'agrément. Si elle refuse cette demande, les parties ont quatre semaines pour saisir le ministre de l'Économie, faisant appel en fait du refus de la NMa. Le fait de ne pas envoyer de notification ou de ne pas demander d'agrément si celui-ci est exigé annule la transaction et peut soumettre les parties à des amendes administratives pouvant aller jusqu'à 50 000 florins (environ 25 000 dollars) ou à des pénalités périodiques. Au cours des trois premiers mois de fonctionnement, la NMa a reçu environ 34 notifications de fusions, a fait connaître 17 décisions dans le cadre de la phase 1 et deux décisions exigeant une demande d'agrément. Ce rythme de traitement est deux fois plus rapide qu'escompté.

En principe, la NMa prendra des décisions uniquement sur la base de considérations relatives à la concurrence, conformément au modèle spécifié dans la réglementation de l'UE sur les fusions. Dans la pratique, les décisions de l'UE prennent parfois aussi en compte les gains d'efficacité et la NMa pourrait faire de même. Le contrepois le plus important sera, toutefois, la saisine du ministre. Le ministre de l'Économie peut accorder un agrément, après discussion avec le Conseil des ministres, si d'importants intérêts publics sont en jeu. Parmi ces intérêts publics peuvent entrer la position concurrentielle (internationale) des sociétés et les économies de coûts anticipées. Le ministre de l'Économie a souvent déclaré que l'option d'annulation de la décision antérieure ne devrait être utilisée qu'avec parcimonie, car il ne s'agit pas de fonder l'évaluation des fusions sur des jugements de valeur politiques. Depuis que la nouvelle loi est entrée en vigueur, aucune situation de ce type ne s'est présentée. Un menace de conflit a heureusement été évitée mais les circonstances démentent les intentions annoncées du ministre concernant l'indépendance de la NMa. Le ministre de l'Économie s'est déclaré favorable à un regroupement majeur d'entreprises productrices d'électricité avant que la NMa n'indique ses préoccupations concernant les effets concurrentiels de la fusion en demandant aux entreprises de solliciter une autorisation. Les parties participant à la fusion n'ont pu cependant pas arriver à un accord final entre elles et ont annulé l'opération. En manifestant son soutien, le ministre a placé la NMa devant un sérieux dilemme. Si, en définitive, la NMa avait donné une autorisation, la nouvelle autorité aurait été suspectée de céder à la menace implicite de voir le ministre la désavouer. Si la NMa n'avait pas accordé l'autorisation alors que le ministre l'aurait fait, cela aurait démontré que les critères légaux étaient moins importants que les critères politiques. Dans les deux cas, l'apparente indépendance de la NMa, en tant qu'autorité chargée de l'application de la législation de la concurrence, aurait été compromise. En annulant la transaction, les parties ont empêché la NMa et le ministre de faire preuve de cette indépendance en permettant à la NMa de refuser son autorisation.

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

Il n'y a pas d'interdiction générale de la concurrence déloyale dans la loi néerlandaise sur la concurrence, encore que la fixation de prix prohibitifs et le dénigrement soient interdits s'ils reviennent à un abus de position dominante. Cependant, d'autres dispositions législatives contiennent des règles traditionnelles de protection contre la concurrence déloyale qui pourraient étayer des actions civiles

privées alors que, pour leur part, les organisations commerciales ou professionnelles ont des règles internes concernant la concurrence déloyale. Comme ailleurs, certaines de ces règles, comme les contraintes en matière de prix et de publicité, seront vraisemblablement peu compatibles avec la loi générale sur la concurrence. L'objectif de renforcement de la mise en œuvre par rapport à l'ancienne loi exigeait dans une certaine mesure que ces contraintes soient éliminées. La NMa devrait poursuivre ses actions dans ce sens. Certains groupes professionnels souhaitaient une nouvelle loi sur la concurrence qui pourrait être utilisée pour contester ce qu'ils considéraient comme des actions déloyales de leurs concurrents. La majeure partie de ces groupes sont constitués de petites et moyennes entreprises qui estiment qu'elles n'ont pas les ressources suffisantes pour concurrencer directement leurs rivales plus grandes et plus efficaces. Jusqu'ici, la seule concession évidente à ces préoccupations est la promesse faite par le gouvernement selon laquelle le nouvel organisme « suivra de près les risques de fixation déloyale des prix ». Il est encourageant de noter que ni le gouvernement ni la NMa n'ont indiqué leur intention de faire plus que suivre de près.

Également intéressant dans le contexte de la réforme réglementaire est la préoccupation suscitée par la concurrence déloyale exercée par les entités gouvernementales et les entreprises privatisées, non seulement du fait de l'abus de position dominante mais aussi du fait d'autres avantages découlant de la relation de l'entreprise avec le gouvernement, comme des avantages financiers ou fiscaux, des subventions croisées ou la possibilité de réglementer les concurrents. Une commission spéciale a examiné ce problème et a fait des recommandations à cet égard, qui sont examinées dans la section 4.1.

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

Le programme de réforme des Pays-Bas est fondé sur les intérêts des consommateurs. Ce traitement complémentaire de la politique de la concurrence et de la politique des consommateurs apporte une base politique solide à la réforme, qui s'est ainsi. Elle s'est ménagée un allié de taille : la principale organisation nationale des consommateurs, *Consumentenbond*, a appuyé les efforts généraux de réforme et l'adoption de la nouvelle loi sur la concurrence. Le gouvernement précise que sa politique à l'égard des consommateurs ne vise pas tant à protéger ces derniers qu'à leur permettre de participer en tant qu'acteurs indépendants au marché. La politique de la concurrence a pour objectif d'assurer que les entreprises ne restreignent ni ne faussent la concurrence et ne limitent pas non plus le choix des consommateurs, alors que la politique à l'égard des consommateurs vise à faire en sorte que les consommateurs puissent par un choix libre et informé inciter les entreprises à améliorer leurs performances et à répondre à la demande.

Le gouvernement néerlandais reconnaît l'importance du recours aux instruments de la concurrence et aux instruments du marché pour mettre en œuvre les objectifs de la politique à l'égard des consommateurs. Des interventions sur le marché peuvent se révéler nécessaires pour protéger des intérêts comme la santé publique et la sécurité et elles peuvent aussi contribuer à améliorer des problèmes comme le manque d'information des consommateurs (dans les services financiers par exemple) ou l'incapacité relative d'évaluer la qualité (comme dans les services professionnels ou juridiques). L'intervention, lorsqu'elle est requise, ne doit pas freiner indûment la concurrence ou gêner les fournisseurs, car à long terme ces contraintes nuiront également aux consommateurs. Les Pays-Bas comptent dans une large mesure sur l'auto-réglementation par les organismes et les groupes professionnels comme les PBO pour mettre en œuvre la politique à l'égard des consommateurs. En particulier, si les intérêts des consommateurs sont représentés, les participants au marché trouveront de meilleures solutions aux dysfonctionnements que l'intervention réglementaire de l'État. Parmi les exemples d'instruments de ce type, on peut citer le système de conseils d'arbitrage privés pour le règlement des différends entre consommateurs, la détermination du contenu des conditions générales des contrats de droit civil dans plusieurs secteurs du marché en consultation avec la *Consumentenbond* et, plus récemment l'adoption d'un code de conduite pour le secteur des assurances, également en consultation avec la

Consumentenbond. Il importe aussi toutefois que l'État empêche que l'auto-réglementation visant à protéger les intérêts des consommateurs ne devienne de l'auto-réglementation pour protéger l'intérêt des producteurs et des concurrents.

Cette intégration de la politique à l'égard des consommateurs et de la politique de la concurrence entre quelque peu en conflit avec la position des voisins des Pays-Bas. La législation néerlandaise à l'égard des consommateurs est fondée dans une large mesure sur la législation de l'UE. Les Pays-Bas ont toutefois prôné une approche intégrée fondée sur le marché dans le domaine de la politique de consommation de l'UE, mais pas toujours avec succès. Lors d'une discussion tenue en 1997 sur les principes de la politique de consommation, tenue durant la présidence néerlandaise du Conseil de l'UE sur la consommation, seuls quelques États membres ont soutenu l'approche des Pays-Bas. La majorité d'entre eux ont souligné qu'une politique active visant à protéger les consommateurs dans des domaines comme la santé, la sécurité, l'alimentation, les services financiers et la publicité, ainsi qu'à assurer une plus grande transparence du marché et l'information des consommateurs reste très nécessaire.

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, voire dommageable, si l'autorité de la concurrence n'intervient pas de façon rigoureuse pour empêcher les abus sur les marchés en développement. La nouvelle autorité est tout à fait résolue à faire la preuve rapidement de son efficacité. Beaucoup dépendra de son succès.

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

La mise en œuvre de la nouvelle loi sur la concurrence est confiée à la nouvelle Autorité néerlandaise de la concurrence (NMa), entité située au sein du ministère de l'Économie mais indépendante de celui-ci. C'est le Directeur général de la NMa qui a tout pouvoir décisionnel. La NMa est chargée de mettre en œuvre la loi et ne s'occupe pas de la politique de la concurrence, des problèmes réglementaires ou des relations avec les autres ministères, fonctions qui relèvent du ministère de l'Économie. Les Néerlandais ont choisi de donner la plus grande priorité à la transparence du nouveau système d'interdictions, confiant sa gestion à un organisme indépendant dont le pouvoir discrétionnaire est limité par les paramètres fixés par la loi et qui sera perçu comme se situant à l'écart de la scène politique.

Conformément à l'objectif d'indépendance qui était visé, la NMa ses propres pouvoirs légaux distincts du ministère dont elle fait formellement partie. Les autres caractéristiques de son organisation favorisent ou appuient cette indépendance. La NMa est située dans un bâtiment séparé, très éloigné du ministère. Le premier Directeur général, M. A.W. Kist, est un avocat expérimenté ne venant pas du ministère. La responsabilité du ministère est formellement préservée et le Parlement peut demander des comptes au ministre. Le ministre n'est pas habilité légalement à prendre lui-même des décisions de sorte que, pour que cette responsabilité ait un sens, le ministre a le pouvoir de donner des instructions au Directeur général, soit de manière générale, soit sur des cas particuliers. Le ministre a déclaré toutefois que cette attribution devait être exercée avec la « plus grande réserve ». L'idée est que la NMa ait un statut semblable à celui de la *Bundeskartellamt*, en ce sens que la surveillance ministérielle, bien que possible théoriquement, n'est (pratiquement) jamais exercée dans la réalité²³. Pour maintenir la distance et encourager une véritable indépendance, les relations entre le ministre et la NMa doivent être transparentes. Si le ministre de l'Économie donne des instructions en vue de l'octroi d'une dérogation dans un cas particulier, ces instructions doivent être consignées par écrit et versées au dossier. Dans les

cas de fusions, la NMa n'est responsable que de l'application de la loi. Si d'autres considérations politiques entrent en jeu, le ministre doit les faire connaître personnellement et publiquement. Cette séparation des responsabilités et cette publicité peuvent constituer des contrôles effectifs ; elles permettent, au moins, de soumettre l'intervention ministérielle à une surveillance politique et publique. Le ministre a récemment fait part de l'intention de donner, aussi vite que possible, le statut indépendant de « ZBO » à la NMa, statut comparable à celui de l'OPTA, ce qui signifiera que le ministre perdra la faculté d'émettre des instructions dans des cas spécifiques.

L'indépendance de la NMa devrait être encore davantage favorisée en l'autorisant à se faire l'avocat des propositions d'actions et autres décisions qui affectent la concurrence. Les activités de sensibilisation du public montrent en effet que l'autorité de la concurrence s'exprime et, partant, agit en tant qu'organisme expert indépendant. Les conseils quant à l'incidence sur la concurrence de la législation ou de la réglementation peuvent gagner en crédibilité s'ils viennent d'une source relativement non politique qui sait comment fonctionnent les marchés. Une raison souvent avancée pour séparer l'activité de sensibilisation de l'activité de mise en œuvre des lois est que la crédibilité dans ce dernier domaine souffre des liens pouvant être établis avec le processus d'élaboration des politiques. Cependant, le risque n'existe que s'il apparaît que les vues de l'organisme chargé de l'application des lois sont l'objet de pressions politiques et que ces pressions affectent les décisions de mise en œuvre. Refuser à la NMa tout rôle de sensibilisation n'était pas indispensable pour établir son indépendance ; au contraire, ce rôle devrait renforcer son autonomie. Bien évidemment, on peut craindre que les positions de la NMa diffèrent de celles du gouvernement. Mais ces différences témoignent de l'indépendance souhaitée. En tout état de cause, on s'inquiète déjà de la difficulté à établir une véritable indépendance, tant que la NMa demeure formellement au sein du ministère, quelles que soient les intentions tant du ministère que de la NMa et que cette dernière ait ou non un rôle de sensibilisation. Dans les débats sur la répartition des responsabilités en matière de réglementation de la concurrence dans des secteurs restructurés, certains ont avancé, de façon persuasive, qu'un organisme de réglementation sectoriel véritablement indépendant serait préférable à l'autorité de la concurrence car cette dernière, qui se situe encore formellement au sein du ministère et qui dépend de ses instructions, n'était pas suffisamment indépendante.

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

Des méthodes administratives sont maintenant utilisées pour mettre en œuvre les lois. Les décrets pris au titre de l'ancienne loi et interdisant les accords de prix et le partage des marchés étaient appliqués, quant à eux, dans le cadre de procédures pénales. Cette nouvelle façon de procéder suppose essentiellement un examen des demandes de dérogation aux interdictions légales, qui sont refusées ou acceptées. Lorsqu'elle rassemble les informations nécessaires, la NMa dispose des pouvoirs de mise en œuvre habituellement prévus dans le cadre du droit administratif néerlandais. Elle peut donner suite aux plaintes ou agir de sa propre initiative. Ses agents peuvent demander des réponses à des questions écrites ou orales et réaliser des inspections des locaux et des documents, avec ou sans avis préalable. Si l'accès est refusé, la NMa peut demander l'aide de la police. Ces attributions sont également assujetties aux limites généralement applicables. Le recours au pouvoir d'investigation est assujéti au principe général de proportionnalité. Les agents chargés de l'enquête ne peuvent pénétrer dans des domiciles privés ni prendre possession des documents d'une entreprise sans autorisation (même s'ils peuvent en prendre des exemplaires). Certains documents ne peuvent être divulgués et les personnes physiques et morales sont protégées contre l'auto-incrimination. Le fait de ne pas coopérer dans le cadre d'une enquête ou de ne pas fournir les informations demandées peut entraîner l'imposition d'amendes administratives pouvant aller jusqu'à 10 000 florins ou à des amendes sous forme de versements périodiques. Des informations inexacts ou incomplètes lors de la notification ou de la demande d'agrément pour une concentration peuvent conduire à des amendes administratives pouvant aller jusqu'à 50 000 florins. Dans les cas de

violations majeures, les amendes peuvent aller jusqu'à un million de florins ou 10 % du chiffre d'affaires (selon le chiffre qui est le plus élevé). L'organisme chargé de la concurrence est de création récente, de sorte que la mise en œuvre de toutes ses attributions n'a pas encore été testée.

La NMa n'a guère eu l'occasion jusqu'ici de faire la preuve des bienfaits de la prévisibilité des décisions en matière de concurrence. En attendant qu'elle établisse sa propre jurisprudence, les entreprises peuvent se reporter aux normes de l'UE, sur lesquelles les normes nationales sont fondées, ainsi que sur les décisions et procédures de l'UE et de la Cour européenne de justice. Une entreprise qui n'est pas d'accord avec une décision peut soumettre une objection formelle au Directeur général de la NMa. Si l'objection est rejetée, elle peut saisir le tribunal de district, puis la Cour d'appel.

Les dates butoir prévues dans la loi sur la concurrence visent à assurer un traitement rapide des dossiers. La décision initiale de demander ou non un agrément pour une fusion doit être prise dans un délai de quatre semaines après la notification initiale et la décision finale dans un délai de 13 semaines après la demande d'agrément. Une demande de dérogation à l'interdiction de l'article 6 doit être réglée dans un délai de quatre mois. Dans un délai de 10 semaines après la réception de la demande, toutefois, le Directeur général peut prolonger le délai de quatre autres mois. La durée totale d'examen d'une telle demande ne doit donc pas dépasser huit mois. Si la NMa ne répond pas dans ce délai, la demande est considérée comme rejetée. L'entreprise qui a déposé la demande peut alors faire appel. Cette forme de présomption souligne l'objectif de prohibition de la loi, peut-être trop. Étant donné que l'inaction a simplement pour conséquence de transférer la responsabilité en matière de décision à un autre organisme, la rapidité dans la prise de décisions n'est sans doute pas encouragée. Néanmoins, le nouveau Directeur général de la NMa s'est fixé comme priorité de répondre sans tarder aux demandes. Si la NMa se montre efficace sur ce point, les préoccupations quant aux risques de mauvaise utilisation de cette présomption n'auront plus lieu d'être.

Encadré 5. Les pouvoirs de mise en œuvre aux Pays-Bas

L'autorité est-elle habilitée à agir de sa propre initiative ? La NMa, comme la plupart des autorités des pays Membres (19), a le pouvoir d'émettre des interdictions de son propre chef. Contrairement aux autorités de la moitié des pays Membres, elle ne peut fixer directement les sanctions financières ; c'est aux tribunaux de rendre une décision.

L'autorité fait-elle connaître publiquement ses décisions et les raisons qui les motivent ? Comme pratiquement toutes les autorités des pays Membres, la NMa publie ses décisions.

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

Les parties privées peuvent elles également intenter une action en matière de concurrence ? Certaines actions de ce type sont possibles dans presque tous les pays Membres. Une raison pour avoir fait évaluer la législation de la concurrence vers un système d'interdiction a été la volonté de conforter les actions civiles. Auparavant, de telles actions ne pouvaient être intentées qu'au titre de la violation des règles communautaires.

3.3. *Autres méthodes de mise en œuvre*

L'autre principal fondement de la politique de la concurrence mise en œuvre aux Pays-Bas est, bien entendu, l'UE. Un avantage de la mise en conformité du droit néerlandais avec le droit communautaire, outre la simplicité et la transparence pour les entreprises néerlandaises, est que la cohérence devrait encourager l'UE à laisser les questions de concurrence locale se régler au niveau local, comme le demande le principe de subsidiarité²⁴. La mise en œuvre des dispositions en matière de fusion

illustre ce principe. Étant donné qu'à l'époque les Pays-Bas n'avaient pas leur propre loi sur les fusions, c'est à la Commission européenne qu'il a été demandé en 1997 d'enquêter sur le projet de reprise par Blokker des succursales néerlandaises de Toys R Us. La demande a été autorisée par la « clause néerlandaise 'des réglementations de l'UE sur les fusions'²⁵ », qui donne à la Commission la possibilité de prendre, sur demande, des mesures à l'encontre d'une fusion intervenant dans le territoire d'un État membre. La Commission a déclaré l'acquisition incompatible avec le marché commun européen et a ordonné à Blokker de vendre les succursales de Toys R Us à une tierce partie indépendante. Les règles de la concurrence de l'UE contiennent aussi l'inverse de la « clause néerlandaise », à savoir la « clause allemande »²⁶ en vertu de laquelle la Commission peut renvoyer un projet de fusion devant les autorités compétentes d'un État membre. Maintenant que les Pays-Bas ont leur propre loi, ils ont déjà invoqué cette clause pour enquêter sur le regroupement proposé de KBB et des chaînes de magasins Vendex.

Il sera aussi possible, maintenant que la loi est fondée sur l'interdiction, d'engager des actions privées aux termes de ses dispositions. La nullité des accords de concurrence interdits et des concentrations qui violent les obligations de notification et d'agrément peut justifier des actions civiles en dommages-intérêts ou une injonction. La possibilité d'une action privée parallèle pourrait conduire à une mise en œuvre plus efficace, en mobilisant des ressources supplémentaires. Cependant, autoriser les actions privées n'est pas sans risque. Les parties peuvent parfois invoquer des règles formelles lors des procédures devant les tribunaux afin d'empêcher, et non de préserver, la concurrence, sauf si les juges sont habilités à rejeter les demandes fondées sur l'absence d'incidence anticoncurrentielle effective dans les circonstances particulières considérées. Si les juges ont bien ce pouvoir, ils deviennent alors des moteurs importants de la concurrence. Les actions privées fondées sur les interdictions du Traité de Rome sont peu fréquentes, mais une a déjà été engagée et une décision a été prise aux termes de la nouvelle loi néerlandaise. Cela montre avec quelle rapidité les tribunaux peuvent agir. Dans les situations d'urgence comme celle-ci, le président d'un tribunal de district peut prendre une décision dans le cadre de procédures sommaires en l'espace de cinq semaines environ. Cela montre aussi que les tribunaux sont prêts à renvoyer à la nouvelle autorité de la concurrence les questions de fond. Un assureur a mis au point un programme de remise pour les opticiens ; en réaction, une autre entreprise d'optique a fait savoir que ses prix étaient plus bas que ceux pratiqués dans le cadre de la campagne de ses concurrents. L'assureur a engagé une action pour mettre fin à la publicité comparative et l'entreprise d'optique a contre-attaqué, prétendant que les ventes au rabais constituaient en fait un accord de prix. Lors d'une audience préliminaire, le tribunal a fait droit aux deux griefs, à titre provisoire, en attendant une décision de la NMa sur le question de concurrence.

Outre une action indépendante privée, une initiative privée peut être engagée auprès de l'autorité de la concurrence. Une partie privée peut faire valoir ses droits de plainte, de participation et d'appel dans le cadre des procédures de droit administratif. Une partie lésée peut demander à la NMa de prendre des mesures. Le Directeur général doit expliquer sa décision, y compris celle de ne pas agir. Un plaignant non satisfait peut présenter une objection à la décision du Directeur général, qui doit répondre sous huit semaines, après avoir demandé l'avis d'une commission consultative. Si le Directeur général décide de ne pas modifier sa décision, le plaignant peut saisir le tribunal. Là encore, on peut voir que cette façon de procéder donne aux tribunaux une importante influence sur la politique de la concurrence.

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

La loi néerlandaise opte pour une approche généralement neutre face aux problèmes soulevés par le commerce extérieur et par la participation d'entreprises étrangères au marché néerlandais et au processus administratif. Les pratiques restrictives qui freinent l'accès à un marché aux Pays-Bas peuvent représenter une violation de la loi, que l'obstruction affecte des entreprises néerlandaises ou des

entreprises étrangères. Le contrôle des fusions s'applique aussi quelle que soit la nationalité des parties ou le lieu de la transaction, si les seuils en matière de chiffre d'affaires sont atteints. L'un de ces seuils correspond au chiffre d'affaires sur le marché néerlandais, de sorte que les entreprises étrangères ne seront vraisemblablement pas affectées sauf si leurs partenaires potentiels à la fusion sont déjà présents sur le marché. Des questions telles que l'ouverture des marchés, les approvisionnements extérieurs ou la probabilité d'entrer sur le marché néerlandais sont prises en compte pour définir la portée géographique du marché en cause et pour analyser les effets sur la concurrence, conformément aux méthodes analytiques de l'UE que les Pays-Bas utilisent. La loi néerlandaise sur la concurrence ne s'applique cependant qu'aux effets sur le marché néerlandais. Les entreprises néerlandaises affectées par des pratiques restrictives utilisées à l'étranger ne peuvent invoquer les règles de la concurrence de leur pays. En outre, les entreprises néerlandaises recourant à des pratiques restrictives en dehors des Pays-Bas (qui n'affectent pas un marché aux Pays-Bas) ne peuvent être soumises à des sanctions aux termes de la loi sur la concurrence des Pays-Bas.

La loi sur la concurrence s'applique à toutes les entreprises réalisant des activités économiques aux Pays-Bas, même si ces entreprises sont établies à l'étranger. La mise en œuvre des dispositions de cette loi à l'étranger sera difficile, bien évidemment, en l'absence de recours légaux en cas d'obstruction des enquêtes et refus de payer les amendes. En général, la NMa s'adressera à des filiales ou succursales de l'entreprise étrangère qui sont établies aux Pays-Bas. Si une application efficace par la NMa n'est pas possible, le cas peut être transféré à une autre autorité nationale de la concurrence compétente ou à la Commission européenne. La loi sur la concurrence permet l'échange d'informations avec d'autres autorités de la concurrence si ces informations sont utilisées pour appliquer les règles de la concurrence (et avec d'autres parties du gouvernement néerlandais, qui ont des responsabilités en matière de politique de concurrence)²⁷. Les modalités de coopération de la nouvelle agence avec d'autres autorités de la concurrence doivent encore être mises en place puisque la NMa ne fait partie d'aucun accord formel de coopération. A cet égard, la NMa devrait suivre les recommandations du Conseil de l'OCDE de 1995 concernant la notification et la coordination ainsi que la conclusion d'accords formels de coopération entre les organismes nationaux chargés de la mise en œuvre.

Les entreprises étrangères bénéficient du traitement national, c'est-à-dire qu'elles ont les mêmes droits que les entreprises nationales de demander des exemptions ou des licences, de soumettre des vues ou objections concernant les demandes déposées par d'autres, de déposer des plaintes devant la NMa, d'engager une action si elles ne sont pas satisfaites de la suite donnée à ces plaintes ou d'engager des actions privées. Aux termes de l'ancienne loi, certaines entreprises étrangères s'étaient plaintes du fait que des accords de distribution exclusive dans le commerce de gros les avaient exclues de l'accès au marché néerlandais. La NMa est prête à examiner des plaintes du même type en vertu de la nouvelle loi. Celle-ci contient en effet une disposition de procédure qui pourrait être particulièrement utile aux entreprises étrangères, soit lorsqu'elles doivent répondre de leurs actes soit lorsqu'elles déposent des plaintes. Lorsque les présentations sont faites oralement, une partie qui ne comprend pas parfaitement le néerlandais peut demander un interprète et le Directeur général doit faire en sorte qu'un interprète soit nommé, sauf si la demande ne paraît pas raisonnable²⁸.

Encadré 6. **Accords de coopération internationale**

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

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

La toute première priorité de la nouvelle autorité de la concurrence est d'asseoir son statut d'institution, afin de soutenir la « transformation structurelle » vers des marchés plus concurrentiels. Le nouveau Directeur général estime qu'il est important que la NMa soit et paraisse être indépendante dans son processus de décision. La NMa doit montrer au public comment la loi peut être appliquée dans son propre intérêt, en se montrant intransigeante et efficace dès les premières années de son existence. Dans le même temps, il estime essentiel d'établir une réputation de professionnalisme, en respectant les délais, en répondant rapidement aux questions et en évitant les conflits et goulets d'étranglement bureaucratiques. Du fait de l'importance accordée à l'établissement de sa crédibilité, il est peu probable que la NMa s'occupe d'affaires qui se situeraient aux limites extrêmes de la doctrine. Elle s'intéressera plutôt désormais aux cas qui peuvent être défendus devant les tribunaux et visera les endroits où on pourra vraisemblablement trouver des problèmes, tel que les services et autres secteurs qui ont été mis à l'abri de la concurrence internationale. Globalement, ces mesures semblent constituer une stratégie optimale pour un nouvel organisme opérationnel.

Les effectifs de la NMa, qui comprennent environ 70 personnes, sont divisés en une section du personnel et en trois sections opérationnelles. La plus grande d'entre elles, la section des enquêtes, de la surveillance et des exemptions (OTO) est responsable au premier chef du contrôle du respect des dispositions et des enquêtes sur les éventuelles violations. L'OTO se charge aussi des demandes de dérogation et réalise des enquêtes sur les accords de concurrence non autorisés et les abus de position dominante. La deuxième section, celle du contrôle des concentrations (CoCo), où travaille une douzaine d'agents, est chargée de déterminer si les concentrations exigent un agrément. La troisième section, celle des décisions, objections et appels (BBB), est chargée de donner suite aux objections et de faire connaître les décisions quant aux violations des sanctions. Elle représente le directeur de la NMa dans les audiences d'appel.

La modification de la loi s'est accompagnée d'une très forte augmentation des ressources. Les effectifs de la NMa sont trois fois plus importants que ceux qui avaient été affectés au bureau précédent du ministère. Le budget a aussi été accru sensiblement, encore que l'augmentation exacte soit peu claire (les données figurant dans le tableau ci-après pour les années 1993-1997 ne sont pas strictement comparables avec les données de 1998 concernant la NMa). Le personnel de la NMa représente environ 0.01 % de l'emploi total dans la fonction publique et le budget environ 0.006 % des dépenses publiques autres que celles de défense. (En comparaison, aux États-Unis, les effectifs des organismes fédéraux chargés de la mise en œuvre de la loi sur la concurrence représentent environ 0.08 % de l'emploi et les budgets environ 0.015 % des dépenses). Le fait que des ressources supplémentaires aussi importantes aient été engagées démontre la volonté de renforcer la mise en œuvre.

Tableau 1. Ressources consacrées à la mise en œuvre du droit de la concurrence par le ministère de l'Économie (1993-1997) et par l'autorité néerlandaise de la concurrence (NMa) (1998)

	Agents chargés de la politique de la concurrence (en années-personne) ¹	Dépenses consacrées à la politique de la concurrence ²
1998	73	20.0
1997	18	6.9
1996	19	10.7
1995	20	8.3
1994	20	9.8
1993	20	n.d.

1. *Années-personne* : nombre de personnes employées dans les départements chargés de la politique de la concurrence de la Direction de la politique du marché, y compris les huit personnes employées dans l'Organisme d'enquêtes économiques (ECD).
2. *Dépenses (en million de florins)* : pour 1993-1997, dépenses au titre de la recherche et des subventions de la Direction de la politique du marché, non compris les loyers, les salaires et les autres coûts, mais y compris les travaux sur les politiques autres que la politique de la concurrence. Pour 1998, dépenses budgétisées totales pour l'autorité néerlandaise de la concurrence, y compris les loyers, les salaires et les frais généraux.

Le niveau d'activité s'est sensiblement accru, même avant que la loi n'entre en vigueur, avec l'ouverture de deux fois plus d'affaires que celles ouvertes au cours de la dernière période considérée. La plupart de ces affaires correspondent bien évidemment à des demandes de dérogation à l'interdiction des accords et des soumissions concertées.

Tableau 2. Tendances des actions de politique de la concurrence

	Accords horizontaux	Accords verticaux	Abus de position dominante	Autres ^{1,3}
1996-1997 : enquêtes ou actions engagées	116	2	14	68
Sanctions ou décisions demandées ²	31	1	3	
Sanctions pécuniaires imposées				1
1995-1996 : enquêtes ou actions engagées	70	2	3	68
Sanctions ou décisions demandées ²	29		1	1
Sanctions pécuniaires imposées				1
1994-1995 : enquêtes ou actions engagées	41		2	72
Sanctions ou décisions demandées ²	3		1	
Sanctions pécuniaires imposées				
1993-1994 : enquêtes ou actions engagées	59			74
Sanctions ou décisions demandées ²	20			
Sanctions pécuniaires imposées				

1. *Actions engagées* : dans la colonne « autres » figurent les enquêtes réalisées par l'Organisme d'enquêtes économiques (ECD), qui représentaient selon les estimations entre 25 et 50 affaires en 1993-1997.
2. *Sanctions ou décisions demandées* : décisions prises, négatives aussi bien que positives.
3. *Autres* : cas combinant les éléments ci-dessus.

Source : Rapports annuels sur la politique de la concurrence.

L'une des raisons pour lesquelles relativement peu d'affaires se sont terminées par une décision dans le cas de l'ancien système était que les sociétés corrigeaient souvent leur conduite avant que la décision ne soit publiée. Aux termes de l'ancienne loi, cela signifie qu'il n'y avait plus de base pour une action. En outre, la principale raison pour laquelle très peu de sanctions étaient imposées est que le principal moyen de faire appliquer l'interdiction sur les accords horizontaux était par la voie pénale. Les procureurs ne présentaient que peu de cas. La proportion de cas conduisant à des décisions et des sanctions devrait s'accroître, maintenant que la loi est appliquée par le biais de procédures administratives.

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

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

Deux exemptions générales intéressent la réforme de la réglementation. La première est l'exemption générale « d'autorisation réglementaire » qui fait douter de la vigueur de l'engagement en faveur d'une réforme fondée sur les principes de la concurrence. Les interdictions prévues par la loi ne s'appliquent pas aux accords qui sont soumis à l'approbation d'un organisme administratif en application d'une autre législation, qui pourraient être déclarés invalides ou être interdits par un autre organisme ou qui découlent d'une autre obligation légale²⁹. La loi sur la concurrence vient donc au dernier rang des priorités. Le simple risque de conflit, comme la possibilité qu'une autre autorité approuve, ou désapprouve, la conduite peut impliquer la non-application du droit de la concurrence. Cette exemption cessera en 2003 et d'ici là la façon de déterminer les priorités continuera d'être débattue. Les types d'obligations réglementaires qui peuvent entrer en conflit sont notamment la fixation de prix minima pour le gaz naturel, les accords obligatoires de coopération pour les petites entreprises d'utilité publique, la fixation par l'État des droits d'atterrissage et des tarifs de transport des passagers, les accords obligatoires pour les émissions de radiodiffusion régionales et les accords obligatoires concernant la production minérale en surface. Même sans cette dérogation légale, un tribunal peut ne pas toujours accorder la priorité au droit de la concurrence sur un système réglementaire pouvant entrer en conflit avec celui-ci. Mais si ceci arrivait, la décision pourrait toujours d'ailleurs vraisemblablement être corrigée par la législation. La dérogation générale tranche donc tous ces conflits au préalable et tranche à l'encontre des intérêts de la politique de la concurrence. La loi sur la concurrence sera plus efficace comme instrument de réforme lorsque cette exemption viendra à expiration - si elle vient bien à expiration. A l'approche de la date limite, les divers ministères pourront chercher à fixer de façon plus claire les priorités relatives. Ils peuvent aussi juger opportun de prolonger la dérogation, laissant donc à la politique de la concurrence le rang de priorité le plus faible en cas de conflit. Il s'agit donc là d'un obstacle majeur à l'utilisation du droit de la concurrence dans le processus de réforme.

La deuxième exemption est une dérogation partielle applicable à toutes les entités ou associations fournissant des services d'intérêt économique général, c'est-à-dire les services d'utilité publique et les autres entreprises fournissant des services publics³⁰. Cette exemption reprend précisément la dérogation du même type figurant à l'article 90 du Traité de Rome. Ces entités sont techniquement passibles des interdictions concernant les accords et les abus de position dominante, sauf si l'application des interdictions empêche l'exécution de leurs tâches particulières. Cette dérogation s'étend non seulement aux entités elles-mêmes mais aux accords dont elles sont parties ou aux décisions des associations dont elles sont membres, du moins dans la mesure nécessaire. Beaucoup dépendra de la façon dont la NMa interprète le risque d'un « empêchement » à la réalisation de leurs tâches. Le parallélisme avec les dispositions de l'UE, et la volonté de se conformer aux principes et aux interprétations

européennes, donnent à penser que cette dérogation sera appliquée de façon étroite, car c'est ainsi que l'article 90 a généralement été appliqué. Jusqu'ici, l'occasion ne s'est pas présentée d'appliquer cette dérogation dans le cadre de la nouvelle loi néerlandaise. Cependant, la probabilité de maintenir une application étroite de la dérogation est corroborée par les précédents en matière d'application des anciennes lois. Celle-ci était applicable aux entreprises publiques ou aux entreprises gérées par le secteur public et des actions ont été engagées ou des plaintes ont été déposées à l'encontre d'accords de distribution exclusive et de charge excessive dans le domaine de la télévision par câble, de tarifs excessifs pour l'approvisionnement en eau, de distorsions de la concurrence par les distributeurs d'énergie et de subventions croisées inéquitables par le service postal³¹.

Une attention considérable a été accordée à la concurrence déloyale exercée par des entités liées au secteur public. Cette question a fait l'objet d'un rapport de 1997 établi par un groupe d'experts nommé à cet effet, le Groupe de travail du « marché et du secteur public » (connu aussi sous le nom de Groupe de travail Cohen d'après le nom de son président, le professeur M.J. Cohen). Ce rapport définit un cadre conceptuel pour les organismes (semi-) gouvernementaux qui concurrencent sur le marché les sociétés privées. Ces entités, appelées dans le rapport « organismes ayant des droits de marché exclusifs ou spéciaux », jouissent souvent d'une position d'exclusivité, comme un monopole, accordée pour s'acquitter de leur mission publique. Le rapport conclut que les opérations réalisées sur le marché par ces entités ne sont pas souhaitables, car il n'est pas possible d'empêcher les distorsions de la concurrence. En principe, les activités commerciales devraient être séparées et confiées à des entreprises privées, encore que certaines exceptions à cette règle de séparation structurelle puissent être admises : les activités commerciales intrinsèques à la mission publique de ces organismes, les activités commerciales concernant la recherche scientifique, les activités visant à maintenir une capacité physique minimum des installations, ou une situation de concurrence pour les missions publiques, comme pour la distribution d'électricité. Même en tenant compte de ces exceptions, le rapport demande que des règles de conduite soient appliquées par la nouvelle autorité indépendante pour arriver à des conditions de pleine concurrence. Le Cabinet a souscrit aux principaux points du rapport et a pris des mesures préparatoires en vue de sa mise en œuvre. Plusieurs organismes ayant des droits exclusifs ou spéciaux ont fait l'objet d'enquêtes, en prévision de nouvelles réglementations ou instructions. Une liste de toutes les entités centrales du secteur public a été établie, comme base de nouvelles enquêtes et réformes. Parmi les suggestions figure la possibilité de soumettre les activités commerciales concurrentielles de ces organismes à l'impôt sur les sociétés et engager des discussions entre l'État et les autorités municipales et provinciales sur la façon dont le cadre conceptuel défini dans le rapport pourrait être appliqué. Le rapport Cohen est bien conçu et, malgré sa réticence à formuler des recommandations spécifiques, il est généralement concret. Cependant, il n'a été mis en œuvre que partiellement ; une action plus ferme est nécessaire.

Les petites et moyennes entreprises font l'objet d'un traitement particulier. On ne considère pas généralement que les petites entreprises sont en mesure d'exercer un pouvoir de marché, encore que sur les marchés suffisamment petits, les petites entreprises puissent effectivement convenir d'éliminer la concurrence. Néanmoins, la loi sur la concurrence prévoit une exemption partielle explicite pour les petites entreprises³². Cette exemption « bagatelle » couvre les accords entre petits groupes (huit participants ou moins) d'importance économique limitée (chiffre d'affaires total de 10 millions de florins pour les ventes ou de deux millions pour les services). Bien que ces accords ne soient pas soumis à l'interdiction générale, la NMa pourrait ordonner aux petites entreprises d'y mettre fin dans des cas particuliers, si l'on juge qu'ils ont un important effet négatif sur la concurrence. La disposition *de minimis* du droit de la concurrence de l'UE, qui est identique, n'est qu'une déclaration d'intention et n'a pas un caractère contraignant pour les tribunaux. Les Pays-Bas ont repris l'exemption dans le texte de la loi, en partie pour répondre aux objections et aux exigences des groupes de petites entreprises, qui souhaitent que l'exemption soit même plus large. L'objectif de cette exemption est de supprimer la menace d'une interdiction et d'une annulation légale des accords qui ne sont que d'une importance mineure. Cependant,

la question de savoir si cette incidence sur la concurrence sera mineure dépend des conditions du marché et pas simplement de la taille de l'entreprise. L'exemption partielle augmente les coûts de la mise en œuvre des mesures dans le cas d'actions anticoncurrentielles de la part de petites entreprises. Il serait malheureux que, du fait de ces coûts, l'on tolère la fixation des prix de détail entre petites entreprises dans les petites villes. Dans ces conditions, une exemption conçue de façon plus rigoureuse, qui continuerait d'interdire la fixation horizontale des prix et le partage du marché tout en appliquant le traitement de «l'abus» aux autres types d'accord, pourrait être plus souhaitable sur le plan du rapport coûts-avantages. On pourrait peut-être parvenir à ce résultat en modifiant la loi et en établissant une règle *de fait* dans le cadre d'un programme de mise en œuvre ciblé.

D'autres dispositions de la loi pourraient être particulièrement bénéfiques pour les petites et moyennes entreprises, encore qu'il ne s'agisse ni d'une exemption ni d'un traitement spécial. Par exemple, certaines formes d'accords qui sont particulièrement avantageux pour les petites et moyennes entreprises ne sont pas considérés comme interdits, ni exemptés, aux termes des demandes et exemptions types de l'UE. Les études de marché conjointes, les activités conjointes de recherche et développement, les services conjoints aux clients et de réparation, la publicité conjointe et les certificats de qualité conjoints ne sont pas considérés comme des restrictions à la concurrence et ne sont donc pas du tout interdits. Les exemptions par catégorie qui peuvent revêtir de l'importance pour les petites et moyennes entreprises sont notamment l'exemption par catégorie applicable aux accords de franchise et l'exemption néerlandaise supplémentaire par catégorie pour coordination de prix en conjonction avec de la publicité conjointe et certains accords de vente exclusifs. Ces exemptions visent à autoriser les formes utiles de coopération entre détaillants indépendants, et à renforcer leur position contre les chaînes de magasins. Elles ne visent pas exclusivement les petites et moyennes entreprises, mais un grand nombre d'entre elles peuvent en bénéficier.

Encadré 7. **Champ de la politique de la concurrence**

Existe-t-il une exemption au titre des obligations du droit général de la concurrence pour un comportement exigé ou autorisé par une autre entité publique ? Comme dans la plupart des pays Membres de l'OCDE (15 sur les 27 qui ont répondu), on trouve aux Pays-Bas une exemption pour un comportement relevant de la compétence d'une autre réglementation ou autorité gouvernementale.

Le droit général de la concurrence s'applique-t-il aux entreprises publiques ? Comme tous les pays Membres, à l'exception des États-Unis et du Portugal, la législation générale de la concurrence s'applique aux actions commerciales des entreprises publiques. Cependant, son application potentielle est réduite quelque peu par l'exemption, à la lumière des doctrines communautaires, dont bénéficient les entreprises d'utilité publique et autres 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 ? Comme ses voisins, la Belgique, la France et l'Allemagne, les Pays-Bas offrent une sorte de traitement spécial plus tolérant pour certains accords conclus entre petites entreprises.

4.2. *Exclusions, règles, et exemptions par secteur*

Le gouvernement a annoncé des principes simples devant guider la relation entre la réglementation par secteur et la politique de la concurrence, qui devrait contribuer à faire des règles de la concurrence des outils efficaces en faveur de la réforme. La mise en œuvre de ces principes a été moins efficace. En janvier 1998, le Cabinet a publié une déclaration sur la façon de superviser les entreprises de services publics privatisées afin d'empêcher un contrôle fragmenté et l'application incohérente des concepts de la concurrence. En particulier, il a demandé que des restrictions soient appliquées à

l'introduction de règles spécifiques en matière de concurrence. Si le résultat souhaité peut être obtenu par le régime général de concurrence, aucune règle spécifique n'est nécessaire. Si ce type de règles est inévitable, le Cabinet a considéré qu'elles ne devaient pas faire double emploi dans toute la mesure du possible avec le régime général, que leurs relations avec les règles générales devraient être définies aussi exactement que possible, qu'elles devaient être réévaluées périodiquement et qu'elles devaient être appliquées en coordination avec la NMa. Si la NMa elle-même ou un service de la NMa n'est pas directement responsable, l'organisme sectoriel de surveillance doit arriver à un accord avec la NMa sur la façon dont les dispositions générales de concurrence dans les règles spécifiques devraient être interprétées dans des cas particuliers.

Dans la pratique, toutefois, le cadre mis en place semble s'écarter de ces sages principes. Le Parlement a donné au nouvel organisme de réglementation des télécommunications (OPTA), et non à la NMa, des compétences exclusives pour ce qui est des autorisations d'accès aux réseaux câblés de télévision. Cet organisme aura aussi bien évidemment des compétences exclusives dans le secteur des télécommunications. Le droit de la concurrence s'appliquera encore en principe, mais les actions engagées sous l'autorité, ou l'autorité potentielle, de l'OPTA pourraient être exemptées au titre de l'article 16. Dans le secteur de la transmission de l'électricité, on peut envisager une structure d'organisation hybride, avec un office sectoriel de réglementation et certaines responsabilités affectées à la NMa.

En outre, le cadre ne prévoit pas de procédure explicite pour évaluer la nécessité, sur la base du pouvoir de marché des entreprises en place, de réglementations spécifiques par secteur. Dans les télécommunications, l'organisme de réglementation prévoit de suivre la suggestion de l'UE et d'appliquer une règle aléatoire des « 25 % », quoique OPTA conserve la faculté discrétionnaire de ne pas trouver de pouvoir de marché à des niveaux plus élevés, et même à des niveaux plus bas. A moins d'être appliquée avec discernement, une telle règle générale peut présenter le risque que la réglementation ne soit maintenue alors même que l'avantage marginal représenté par les mesures de protection qu'elle prévoit est largement annulé par les coûts liés à la charge administrative, à une moins grande souplesse en matière de fixation des prix et à la réduction des incitations à innover et à introduire de nouveaux produits sur le marché. Plutôt qu'une règle empirique générale à un niveau de part de marché aussi bas, il serait préférable d'établir un processus permettant d'évaluer le pouvoir de marché et, par conséquent, la nécessité de maintenir la réglementation, dans des situations particulières.

Le cadre prévoit cependant que les règles sectorielles spécifiques doivent être appliquées en consultation avec la NMa. Les autorités sectorielles et la NMa essaient d'établir une relation de travail durable et de bonne qualité. Toutefois, il est encore peu évident que des mécanismes de consultation puissent assurer une correspondance juste et cohérente entre des décisions réglementaires sectorielles et des concepts de concurrence généralement applicables. Lorsque, comme dans les télécommunications, la NMa elle-même, ou un service au sein de cette autorité, n'est pas directement responsable, il vaudrait mieux que l'organisme de surveillance sectoriel puisse arriver à un accord avec la NMa sur la façon dont les principes généraux de la concurrence, figurant dans les règles sectorielles, doivent être interprétés dans les cas individuels. Actuellement, il n'est pas prévu d'évaluation indépendante des conséquences sur la politique de la concurrence. S'il est jugé nécessaire que l'organisme de réglementation sectoriel prenne la décision ultime en se fondant sur des raisons d'intérêt public, il importe qu'une évaluation de la concurrence indépendante soit entreprise, de façon à bien faire apparaître la mesure dans laquelle l'organisme de réglementation s'écartere des principes de la politique de la concurrence.

Plusieurs règles et exemptions sectorielles spéciales ont été maintenues ou établies à l'occasion de l'adoption de la nouvelle loi. Il s'agit à l'évidence de compromis politiques. Les exemptions par catégorie pour le franchisage et certaines actions conjointes dans le secteur du commerce de détail et de la distribution pourraient rassurer ces secteurs quant aux limites exactes du comportement autorisé dans leur

concurrence avec les opérations en chaîne intégrées. D'autres, cependant, notamment celles concernant la publicité, sont plus problématiques. En effet, on peut se demander s'il n'est pas possible de trouver des moyens moins anticoncurrentiels d'arriver aux objectifs souhaités. Plusieurs des points notés ci-après ne sont pas techniquement des exemptions au droit de la concurrence, mais des réglementations ou exigences potentiellement anticoncurrentielles qui sortent du cadre de la loi en raison de l'exemption « d'autorisation réglementaire ». Dans d'autres cas, les risques de conflit liés aux exemptions ne sont pas aussi évidents. Pendant la période qui sépare le moment où il est prévu que l'exemption générale « d'autorisation réglementaire » doit expirer, les risques de conflit seront étudiés de façon plus approfondie, afin d'y remédier et de pouvoir ainsi éliminer l'exemption générale. Cette étude, bien que nécessaire, ne porte que sur les risques les plus évidents de conflit entre la réglementation et la politique de la concurrence. Une étude plus complète devrait examiner de façon systématique les conséquences pour la concurrence de toutes les dispositions législatives existantes. Une telle étude, semblable à celle entreprise dans le cadre de la réforme en Australie, porterait non seulement sur l'identification et la correction des conflits évidents entre le droit de la concurrence et les autres obligations réglementaires, mais aussi sur les lois et réglementations qui font inutilement obstacle à la concurrence d'une autre manière.

Prix maxima de revente imposés dans le commerce de détail : Une exemption par catégorie s'applique à deux types d'accords entre les chaînes de petits détaillants indépendants et leurs membres : les accords de fixation de prix maxima durant de courtes campagnes publicitaires et les obligations en matière de prix de revente minima (des chaînes de petits détaillants indépendants, qui sont aussi assujettis aux règles de concurrence de l'UE, ne peuvent pas prendre avantage de cette exemption). L'exemption est assujettie à plusieurs conditions, qui peuvent contribuer à assurer qu'elle est utilisée pour promouvoir l'efficacité et non pour interdire la concurrence entre entreprises. Premièrement, les entreprises en cause doivent exercer leurs activités sur la base de formules communes, ce qui les soumet aux mêmes obligations que la franchise dans le cas de l'exemption par catégorie de l'UE pour les accords de franchise. (Contrairement à l'exemption de l'UE concernant les franchises, l'exemption néerlandaise ne couvre pas les territoires exclusifs, mais seulement les relations financières et les relations entre entreprises sur la base d'une formule commune). Les accords concernant les prix maxima doivent être conclus dans le cadre de campagnes communes de publicité, limitées à une durée de huit semaines et concerner au plus 5 % de l'assortiment des marchandises que le franchisé, le grossiste ou la coopérative fournit au détaillant. Les accords qui obligent un détaillant à acheter des marchandises à un franchiseur, un grossiste ou une coopérative d'achat exigent que le détaillant ait une obligation financière avec le fournisseur concernant l'exploitation de son entreprise et ne doivent pas courir pendant plus de dix ans et s'appliquer à plus de 60 % de l'assortiment de marchandises que le détaillant offre au consommateur. Une clause non discriminatoire est aussi prévue : le franchisé, le grossiste ou la coopérative d'achat n'est pas autorisé à demander des prix ou des conditions moins favorables que celles qui s'appliquent à un acheteur n'ayant pas cette obligation. L'objectif des exemptions, qui sont à l'évidence utilisées de façon assez large, est de permettre aux chaînes de détaillants indépendants de concurrencer efficacement les chaînes intégrées, en les autorisant à coordonner certaines de leurs opérations de marketing et à établir des relations de fourniture à long terme avec des structures de franchisé ou autres structures coopératives. A condition que les détaillants n'aient pas effectivement un pouvoir de marché sur les marchés locaux, les actions que l'exemption autorise peuvent en fait conduire à une concurrence plus forte et plus efficace dans le cadre d'opérations intégrées. Du fait de l'expérience néerlandaise concernant les ententes au niveau du détail, cependant, l'utilisation et l'effet de ces exemptions dans la pratique devraient être suivis de près.

Soumission concertée : Les exemptions concernant les accords contractuels sont compliquées par les controverses de longue date existant au sein de l'UE quant aux soumissions concertées. En vertu de la loi antérieure, la décision était du ressort de l'UE, qui tranchait généralement à l'encontre des contraintes néerlandaises, ne trouvant aucune justification à l'exemption. Une exemption par catégorie fait maintenant partie du nouveau régime de la concurrence. Cette exemption s'applique aux accords entre deux ou plusieurs entreprises visant à présenter une soumission concertée et, si leur offre est acceptée, à partager les travaux et les rémunérations. Cette exemption ne couvre que les accords concernant une seule soumission, afin d'empêcher la coopération à long terme conduisant à des fusions *de facto*. Il s'agit d'encourager ainsi une véritable concurrence entre grandes entreprises, d'une part, et entre des groupes de petites entreprises, de l'autre. Là aussi, les raisons invoquées sont justifiées, mais les antécédents des Pays-Bas concernant d'importantes soumissions concertées dans le secteur de la construction appellent un suivi attentif des effets effectifs de l'exemption.

Baux concernant les centres commerciaux : Une exemption par catégorie autorise les gérants des centres commerciaux à garantir aux détaillants qu'aucun magasin du même type ne sera établi dans le centre durant les six premières années d'activité. Assurer ce degré limité d'exclusivité peut encourager l'investissement. D'un autre côté, des positions exclusives peuvent être difficiles à déloger si l'utilisation de l'espace se modifie lentement. Bien que l'objectif semble raisonnable, les antécédents en matière d'entente au niveau du commerce de détail donnent aussi à penser que l'incidence effective de cette disposition doit être suivie, afin de déterminer si elle sert bien le but recherché.

Banques et assurances : Jusqu'ici, c'est le ministère des Finances, et non la NMa, qui est responsable de l'examen des projets de fusion entre les banques et les assureurs. L'évaluation porte tout d'abord sur la solvabilité puis sur l'effet sur le marché. Pour ce qui est des autres aspects, la loi sur la concurrence s'applique à ces secteurs et la disposition spéciale concernant les fusions doit expirer d'ici à deux ans. On peut craindre dans ce contexte, comme dans d'autres, que l'organisme de réglementation du secteur ne soit plus sensible aux arguments concernant la nécessité d'une large intégration et moins soucieux des aspects concernant la politique de la concurrence. On a déjà observé certains regroupements dans le secteur bancaire. Si les fusions contraires à la concurrence sont autorisées durant la période de transition, il sera difficile de remédier à leurs effets plus tard.

Presse : Le ministère de l'Économie s'est engagé à autoriser l'accord horizontal sur les prix applicable aux hausses des tarifs d'abonnement jusqu'au 1er juillet 1999, conformément à un accord avec le Secrétaire d'État à l'éducation, la culture et la science. Un accord sectoriel de prix approuvé en 1997 sera ainsi maintenu ; à l'époque, d'autres accords concernant les rabais de bienvenue, l'augmentation des tarifs de publicité et des marges des agences de publicité avaient été rejetés. En outre, il existe aussi une exemption nationale par catégorie pour les prix de revente imposés des journaux néerlandais dans les kiosques. Cette exemption devrait être elle aussi temporaire, mais elle sera en place jusqu'au 1er janvier 2003. Les arguments avancés pour défendre les deux types de prix imposés sont la nécessité de maintenir la diversité des points de vue ainsi que la volonté d'éviter le choc que cela représenterait de changer tout le système avant qu'il ait eu le temps de s'adapter. Cependant, la nouvelle loi est en préparation depuis de nombreuses années et les intéressés ont eu tout le temps de s'adapter sans que cela représente un choc. Ces exemptions sont vraisemblablement plus commodes politiquement, leur objectif étant de faire face aux objections des maisons d'édition concernant les modifications du régime de la concurrence.

Vente au détail de livres et d'œuvres musicales : en 1997, une dérogation en faveur des prix de revente imposés pour les livres et les partitions a été accordée ; elle restera en vigueur au titre de la nouvelle loi sur la concurrence jusqu'au 1er janvier 2005. L'argument avancé pour justifier cette longue exemption tiendrait seulement à la nécessité d'assurer la cohérence avec les concessions et les

représentations datant de 1985. La cohérence n'est pas vraiment un argument solide pour justifier le maintien d'une politique pendant plus de 15 ans, surtout si l'orientation n'est pas souhaitable. Une évaluation des coûts et avantages de la dérogation, y compris de l'objectif déclaré de maintien de la pluralité des points de vue et des effets sur la distribution, doit avoir lieu entre 2000 et 2005³³. L'argument du maintien de la diversité n'est que faiblement corroboré, au mieux, par l'expérience des autres juridictions³⁴. En France, les accords de prix imposés ont permis le maintien d'un grand nombre de maisons d'édition mais a aussi de toute évidence contribué aux prix élevés des livres. Les pays qui interdisent depuis longtemps cette pratique dans le domaine des livres ne font pas état de baisse de l'offre ou du nombre de titres. Cela est vrai même là où la base linguistique est limitée. La Suède a interdit le maintien des prix de revente pendant plus de vingt ans et les ventes de livres n'ont pas souffert, encore que des changements soient intervenus dans les méthodes de distribution, les commandes par courrier et les clubs de livres prenant de l'importance.

Électricité : L'application des plans de libéralisation à long terme se poursuit, comme on le verra dans l'étude connexe du chapitre 5. L'attribution des responsabilités pour les questions de politique de la concurrence dans les secteurs libéralisés laisse les questions de concurrence, au niveau de la transmission, aux mains d'un organe régulateur distinct, DTE. Cet organe sera un élément de la NMa, quoiqu'il rendra compte au ministre des Affaires économiques. La NMa doit être consulté à propos des prix de transmission et des règles d'accès et le cas échéant, peut aussi être impliqué dans des décisions particulières sur ces questions. Comme dans les télécommunications, il semble que sur des points importants le cadre adopté ne corresponde sans doute pas aux principes appliqués par le Cabinet pour régir la relation entre le droit de la concurrence et la réglementation par secteur. L'existence d'un important excédent de capacité rend le marché néerlandais peu attrayant pour l'implantation de nouvelles entreprises et les importations, de sorte qu'il importe d'éviter des effets anticoncurrentiels au niveau du marché local. Les quatre grandes compagnies électriques et l'entreprise qui les coordonne, SEP, et s'occupe de la planification et de la mise en commun, ont annoncé des plans pour fusionner en une seule société. Cette entité commune aurait pu avoir une position dominante à l'intérieur des Pays-Bas et les études donnent à penser qu'il aurait été souhaitable pour les consommateurs de bloquer la fusion. La NMa a indiqué qu'elle avait l'intention de regarder de près la transaction et les parties ont ultérieurement abandonné leur projet de fusionner. Mais, le risque ainsi écarté met en évidence l'importance de l'établissement d'une autorité de contrôle de la politique de la concurrence véritablement indépendante³⁵. La question va réapparaître dans la mesure où les responsabilités de la NMa, concernant les accords ainsi que les fusions, peuvent la mettre en conflit avec le ministère lorsque les accords verticaux de fourniture exclusive sont soumis pour dispense au titre de la législation de la concurrence.

Gaz naturel : Bien que certains problèmes de concurrence relèvent de la NMa, le marché fait l'objet d'importantes mesures de contrôle économique, en particulier en ce qui concerne les prix. Jusqu'ici, les prix dans ce secteur sont assujettis à la loi sur les prix du gaz naturel, en vertu de laquelle le ministre fixe un prix minimum pour le gaz naturel, tant pour le marché intérieur que pour l'exportation. En outre, en vertu de la loi sur la distribution d'énergie, si deux personnes morales ou plusieurs fournissent de l'électricité, du gaz et de la chaleur à au moins 5 000 mêmes usagers, elles doivent conclure un accord de coopération approuvé par le ministre, qui n'est pas soumis au droit de la concurrence. L'exemption est compréhensible, car ces régimes semblent peu compatibles avec la réglementation fondée sur la concurrence. La question que l'on peut se poser dans l'optique de la réglementation est celle de savoir pourquoi ces systèmes potentiellement anticoncurrentiels sont maintenus. Des moyens moins anticoncurrentiels sont probablement disponibles pour augmenter les recettes ou décourager l'utilisation et permettre un partage efficient des installations tout en laissant la concurrence s'exercer entre les entreprises concernées. Ces deux exemptions sont en cours de réexamen.

Télécommunications : Le Parlement a déterminé que ce secteur sera supervisé par un organisme de réglementation distinct et indépendant. Le droit de la concurrence s'appliquera en principe, mais les mesures prises en application de décisions dudit organisme de réglementation ou d'une autre autorité potentielle pourraient être exemptées au titre de l'article 16 de la loi de la concurrence. Il n'y aura pas d'évaluation indépendante des effets concurrentiels dans des cas particuliers. Ces questions sont traitées en détail dans l'étude connexe du chapitre 6.

Aviation : Aux termes de la loi sur l'aviation, les tarifs d'atterrissage appliqués par les aéroports doivent être approuvés par le ministre, conformément au Traité de l'aviation de Chicago. Ce dispositif est de toute évidence en train d'être revu, dans le cadre du processus qui devrait conduire à l'annulation de l'exemption « d'autorisation réglementaire ».

Transports : Aux termes de la loi sur le transport de passagers, le ministre doit approuver les tarifs et les formes des titres de transport. En outre, les règles et exemptions spéciales de l'UE affectent l'application du droit de la concurrence dans ce domaine.

5. SENSIBILISATION À L'IMPÉRATIF DE CONCURRENCE DANS LE CADRE DE LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE

Encourager des politiques de marché concurrentielles est le rôle du ministère de l'Économie, qui est responsable au premier chef du programme MDW décrit plus en détail dans l'étude connexe du chapitre 2. Dans ce programme figuraient des dispositions favorables à la concurrence, comme l'assouplissement de la loi de 1976 sur les heures d'ouverture des magasins, une étude interministérielle sur la réglementation des drogues, qui pourrait servir de modèle à d'autres problèmes intéressant les soins de santé, un examen du même type des professions libérales et une décision du gouvernement d'introduire une plus grande concurrence dans les transports publics. Dans le cadre de ce programme, les activités récentes ont visé à encourager une plus grande flexibilité des prix et l'offre de services paraprofessionnels dans les soins de santé, à limiter aux grandes entreprises le recours obligatoire à un auditeur pour la vérification des états financiers (et à examiner le statut de droit public des organisations comptables), à limiter l'utilisation des clauses « de non-concurrence » dans les contrats d'emploi et à réduire la portée du monopole des huissiers. La quatrième phase du programme MDW, actuellement mise en œuvre, doit permettre d'examiner la situation des agents immobiliers, la supervision et la coopération en matière de droits d'auteur, les signatures électroniques, les réglementations urbaines, les licences d'entreprise, l'assurance maladie et les services de pilotage. On ne sait pas encore combien de ces autres propositions plus récentes seront effectivement mises en œuvre, ni à quelle date. Les sujets sont intéressants et les réformes proposées sont très saines du point de vue de la politique de concurrence. Mais le programme sur quatre ans, qui n'a permis de réaliser que quatre ou cinq nouveaux projets par an, n'a entraîné que quatre changements effectifs dans la réglementation au début de la quatrième année. Le temps requis pour mettre en œuvre ces propositions implique que les intérêts organisés résistent encore fortement au changement. Cela reflète en outre les inévitables réalités du processus de décision des Pays-Bas fondé sur le consensus.

La NMa n'a aucun rôle de sensibilisation pour le moment. Ses activités d'ouverture vers le public ont été limitées à faire connaître et à expliquer la nouvelle loi et ses responsabilités en matière de mise en œuvre. Parmi les raisons pouvant être invoquées pour limiter son rôle dans ce domaine, a été citée la nécessité de mieux établir sa compétence en matière de mise en œuvre et son indépendance. Cependant, un rôle de sensibilisation plus actif pourrait encourager et asseoir son indépendance effective et perçue. Ce pourrait être aussi un moyen de contribuer efficacement et utilement au débat public sur la réforme. En outre, la sensibilisation complète bien la mise en œuvre. L'expérience en matière de mise en œuvre permet de se familiariser avec les réalités du monde des affaires, ce qui peut rendre l'organisme plus crédible et

asseoir son autorité. Elle peut aussi montrer là où les recours du droit de la concurrence sont limités et contraints par d'autres obligations réglementaires ou légales. Les préoccupations en matière de sensibilisation peuvent donc être ainsi axées sur des problèmes concrets³⁶. La NMa peut estimer que ses ressources sont encore insuffisantes pour mener une activité de sensibilisation, d'autant qu'elle doit faire face à une charge de travail exceptionnellement importante en raison de la notification des fusions et des demandes de dérogation. Cependant, un programme de sensibilisation bien conçu et bien ciblé peut tirer parti de l'expérience en matière de mise en œuvre pour donner des résultats intéressants avec des ressources seulement modestes.

6. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

6.1. *Évaluation générale des forces et faiblesses actuelles*

La politique de la concurrence est un thème central du programme de réforme réglementaire entrepris de longue date. La modernisation de la législation de base sur la concurrence des Pays-Bas passe par son harmonisation avec la loi communautaire, et l'introduction du contrôle des fusions est de toute évidence un élément important de ce processus de réforme plus large. L'engagement continu de l'État, la loi claire et moderne qu'il a établie et le nouvel organisme de mise en œuvre bien conçu et à l'autorité nettement établie représentent les principaux atouts sur lesquels d'autres mesures de réforme peuvent s'appuyer. Les objectifs de la loi, à savoir, encourager la capacité de l'économie de s'adapter aux nouveaux défis et aux changements, et s'aligner plus étroitement sur la politique de la concurrence de l'UE, sont compatibles avec la réforme. En outre, la prise en compte des principes complémentaires de la politique de consommation et de la politique de la concurrence devrait beaucoup contribuer à faire mieux accepter la réforme par le public. Les problèmes posés par la recherche d'un équilibre entre la réglementation sectorielle et la mise en œuvre du droit de la concurrence ainsi que par l'élimination des problèmes de concurrence déloyale de la part des entreprises d'État sont bien compris. Plus généralement, certains aspects de l'économie et de la société néerlandaise semblent favoriser une réforme fondée sur la concurrence. Les marchés néerlandais sont depuis longtemps relativement ouverts, l'autonomie de l'activité d'entreprise est une tradition et un grand nombre d'entreprises indépendantes solides ont réussi à s'adapter à la discipline de la concurrence.

La plus grande menace qui pèse sur la poursuite de la réforme reste la forte tradition corporatiste qui a donné aux Pays-Bas sa réputation de « paradis des ententes ». L'institutionnalisation de cette structure par des processus de consultation et de recherche du consensus entraîne des retards et peut-être des compromis excessifs. En revanche, cette structure peut faciliter la réforme, si certains des participants institutionnels l'utilisent pour encourager des résultats concurrentiels. Malgré l'enthousiasme manifesté par l'État en faveur de la réforme, on peut se demander si ce soutien est très large ou très profond dans le public ou parmi les groupes d'intérêts organisés. Le Parlement a refusé de mettre en œuvre certaines des recommandations en faveur de la réforme. Des compromis ont été nécessaires pour permettre l'adoption de la loi sur la concurrence. L'indépendance mal définie de la nouvelle autorité de la concurrence donne à penser que toutes les parties ne souhaitent pas se priver de la possibilité qu'ont les groupes organisés d'exercer une influence politique sur la mise en œuvre.

Les lois et institutions actuelles des Pays-Bas sont trop nouvelles pour évaluer leur performance effective par rapport aux objectifs de fond de la réforme. Cette nouveauté constitue à la fois une force et une faiblesse pour la politique de la concurrence. Les lois et institutions en question supposent un rejet conscient des faiblesses de l'ancien régime. Cependant, comme elles ne sont pas encore testées, leurs attributions et intentions véritables ne sont pas connues. Malgré les modifications apportées à la base

administrative, le contenu et les dispositions de fond de la nouvelle loi en matière d'exemptions et de dérogations ne sont pas radicalement différents de ceux prévus dans l'ancienne. Globalement, l'engagement national en faveur des approches de la politique de la concurrence semble partagé et incertain. Beaucoup dépendra de la vigueur et du succès de la nouvelle autorité de la concurrence.

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

L'orientation du changement est claire et adaptée. Cela est peut être dû au fait que la politique de la concurrence aux Pays-Bas ayant été si peu appliquée, une seule direction pouvait être prise. Pourtant, les progrès ont été considérables. Les Pays-Bas ont fait un effort délibéré pour rejeter et corriger ce qu'ils estimaient être les défauts de l'ancien système qui avaient conduit à son inefficacité. Le rythme cependant a été lent, quoiqu'une meilleure description soit « circonspect ». Après une longue période de gestation, les nouvelles institutions ont vu le jour en 1998. Voilà environ dix ans que le gouvernement a décidé de renforcer la mise en œuvre, cinq depuis que des mesures formelles ont été prises pour interdire les prix imposés, les soumissions frauduleuses, et le partage du marché et presque aussi longtemps que le gouvernement a entrepris un programme systématique de réformes réglementaires.

Il s'agit maintenant pour les nouvelles institutions de faire la preuve qu'elles arriveront à des résultats sensiblement différents de ceux obtenus par les anciennes structures. Dans les quelques prochaines années, il est peu probable que d'autres changements seront apportés à la législation de base. L'un des critères d'évaluation importants sera notamment la performance institutionnelle : le traitement par la NMa de l'ensemble des demandes de dérogation initiales, l'efficacité avec laquelle elle pourra identifier, étudier et poursuivre les abus de position dominante et les accords anticoncurrentiels et son efficacité dans l'établissement de son autorité et de son indépendance, en faisant entériner ses décisions par les tribunaux, et, enfin, le non exercice par le ministre du pouvoir qu'il a théoriquement d'instruire et d'annuler les décisions prises.

Beaucoup reste à faire pour assurer une plus forte intégration des principes de la concurrence dans le système réglementaire national. A l'heure actuelle, le rôle de l'autorité de la concurrence dans ce processus est inutilement limité à la mise en œuvre. En outre, en raison de la large exemption d'« autorisation réglementaire », il sera encore plus limité. Un autre critère des progrès dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence dans son ensemble tient à la question de savoir si cette large exemption viendra bien à expiration dans cinq ans comme prévu et si des accords pourront être conclus entre-temps pour équilibrer la politique de la concurrence et les autres politiques réglementaires de façon à limiter la réglementation aux situations où il existe un net dysfonctionnement du marché et à laisser clairement la politique de la concurrence à s'appliquer aux autres problèmes où elle a compétence.

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

Certains bienfaits tangibles d'une plus grande concurrence ont commencé à apparaître. La libéralisation des heures d'ouverture des magasins a amélioré plusieurs indicateurs de performance compétitive. Des améliorations additionnelles peuvent être attendues à mesure que la nouvelle loi de la concurrence sera appliquée, notamment aux secteurs anciennement protégés. On peut s'attendre à un déclin des prix dans des marchés comme ceux de la construction, de la santé et des fourniture médicales, des professions libérales et autres services, et du transport local. Comme indiqué au chapitre 1, les prix aux Pays-Bas, ont historiquement été inhabituellement rigides, de sorte que les réponses des marchés se font en termes de quantité, et non de prix. Une application plus large d'une interdiction au titre de la législation de la concurrence, d'accords sur les prix peut rendre les prix plus flexibles et réduire le besoin de faire des ajustements en augmentant ou en réduisant l'offre, ou l'emploi.

Ceux qui ont tiré profit des manques de concurrence vont probablement en connaître le coût à court terme. Lorsque ces profits sont déjà apparus, comme dans le commerce de détail, les coûts le sont également avec un impact plus important pour les plus petits détaillants. Les professions libérales et autres prestataires de service devraient ressentir des effets similaires, les mettant au défi de définir des méthodes nouvelles et plus efficaces. L'expérience ailleurs suggère que les effets à long terme sur l'emploi d'une politique de la concurrence plus vigoureuse devraient être mitigés. L'emploi devrait croître, peut être significativement, là où une concurrence accrue étend le marché. Ceci a souvent été le cas dans les télécommunications et le transport, par exemple. L'emploi déclinera là où la concurrence conduira les entreprises à trouver des moyens plus efficaces et moins demandeurs en terme d'emplois pour assurer la production requise. Ceci pourrait se produire dans le secteur du détail. Le bénéfice d'une plus grande flexibilité des prix peut aussi avoir un coût dans la mesure où l'économie peut sembler moins résistante à l'inflation ou à la déflation.

6.4. *Options politiques à envisager*

Les politiques envisageables suivantes sont fondées sur les recommandations pour la réforme de la réglementation présentées dans le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation* de 1997.

- *Appliquer énergiquement la nouvelle loi*

Une saine stratégie d'application a été mise en place avec la création de la nouvelle autorité. Le Directeur général de la NMa a l'intention de traiter des cas significatifs pour montrer les possibilités offertes par la loi et son importance, notamment des affaires mettant en cause des codes de « concurrence déloyale », tout en évitant des controverses inutiles quant à la juridiction et à des théories juridiques difficiles et complexes, et en établissant une réputation de véritable indépendance et de compétence professionnelle. Une application réussie produira des bénéfices visibles et confortera sa situation.

- *Éliminer les lacunes dans la couverture en mettant fin à toutes les exceptions « temporaires » à la date prévue ou avant la date prévue.*

Le sort de ces dispositions spéciales – fixation de prix pour les journaux et prix imposés pour les livres et la musique, les fusions dans le secteur financier et l'exemption réglementaire générale – mesureront le sérieux de l'engagement des Pays-Bas, à l'issue de la période de transition.

- *Autoriser la NMa à engager une activité indépendante de sensibilisation, qui compléterait ses fonctions de mise en œuvre.*

Une activité de sensibilisation est un complément de la mise en œuvre. Elle peut assurer des résultats auquel on ne peut parvenir par la mise en œuvre. C'est l'occasion à la fois de construire et d'appliquer une expertise sectorielle. Là comme pour la mise en œuvre, la nouvelle autorité devra choisir soigneusement des initiatives qui démontrent ses bienfaits et la confortent, et elle évitera des controverses susceptibles d'affaiblir sa position au niveau de la mise en œuvre.

- *Mettre en œuvre les recommandations pour clarifier la façon dont la politique de la concurrence s'applique dans des secteurs réglementés et pour réduire les problèmes de concurrence déloyale de la part d'organes gouvernementaux.*

Les recommandations de 1998 du cabinet concernant les compétences respectives de la NMa et des organes réglementaires sectoriels sont bien conçues. Jusqu'à maintenant, elles ont été mises en œuvre de manière imparfaite dans des accords qui ne donnent pas à l'autorité de concurrence des pouvoirs clairs concernant des décisions particulières susceptibles d'avoir des effets concurrentiels significatifs. Les recommandations nécessitent des règles de concurrence générales, et non pas spécifiques à des secteurs, et afin d'éviter des désaccords, que la NMa soit investie d'une autorité déterminante s'agissant d'applications particulières.

De même, le rapport Cohen fournit une analyse et des recommandations justes et complètes sur la façon dont la participation d'organes gouvernementaux peut distordre une concurrence normale sur le marché. Il importe maintenant d'avoir des plans spécifiques et de donner suite à ces recommandations.

- *Entreprendre une étude systématique des lois et réglementations, y compris celles concernant les associations et institutions commerciales comme les PBO, compte tenu du principe que toute restriction de concurrence doit être clairement justifiée comme étant dans l'intérêt public.*

Ceci a été la tâche implicite du projet MDW. Maintenant que l'expérience est familière, l'étude devrait être étendue et rendue plus systématique, en ligne avec les recommandations du *Rapport de l'OCDE sur la réforme réglementaire*. L'étude concurrence actuellement en cours en Australie est un bon modèle.

6.5. Gestion de la réforme réglementaire

En dépit de nombreux signes d'évolution en faveur d'une plus grande confiance dans les institutions compétentes en matière de concurrence, la performance économique est encore à la traîne dans les secteurs de service et les services non commerciaux où l'application de la politique de la concurrence est moins bien vue, mais où elle est le plus nécessaire. La libéralisation des heures d'ouverture des magasins a déjà amélioré à plusieurs égards la performance concurrentielle dans ce secteur. La poursuite et l'extension de ces bienfaits dépendront de l'utilisation de la législation de la concurrence pour éviter des retours en arrière ainsi que le développement d'une politique de zonage et autres réglementations qui accroissent les coûts et découragent l'entrée. Des prix de détail élevés et rigides résulteront probablement d'une protection à long terme contre l'entrée conduisant à des accords tacites confortables et parfois à des ententes avérées pour ne pas se faire concurrence par les prix. Se fixer comme objectif la mise en œuvre et la réforme sur ces questions doit être une priorité élevée.

L'exemption à la législation de la concurrence pour certains types d'accord sur les prix entre détaillants doit être appliquée avec précaution à la lumière de l'expérience car les accords autorisant des prix maximum peuvent rapidement devenir des accords de fait sur les prix minimum. De même, l'exemption temporaire prévue dans la législation concernant les combinaisons structurelles dans le secteur financier est préoccupante, dans le contexte du déficit en matière d'innovation que connaît le secteur financier, secteur, par ailleurs, déjà concentré. Appliquer la politique de la concurrence dans ce domaine nécessitera une certaine coordination et une certaine sensibilisation à d'autres intérêts politiques.

Quoique le rythme ait été délibéré, la stratégie globale de renforcement de la politique de la concurrence dans le processus réglementaire apparaît saine et probablement efficace. Un débat approfondi a conduit à l'adoption d'une loi moderne, adaptée aux préoccupations et aux forces politiques des Pays-Bas, et à la création d'une autorité chargée de mettre en œuvre cette législation. A court terme, le défi est de parvenir à des résultats concrets et satisfaisants avec ces nouveaux instruments et ainsi, à permettre de consolider les principes de réforme fondés sur la politique de la concurrence.

NOTES

1. H.W. de Jong, « Het kartelparadijs: de punten van bezwaar » (« Le paradis des ententes : un aperçu des objections »), ESB, Vol. 77, no. 3878, pp. 921-927.
2. OCDE (1993), *Étude économique des Pays-Bas*, Paris, p. 60.
3. Voir, Vereniging Cement Handel (JO CE No. L 303, 31.12.1972, p. 7) ; Haarden- en Kachelhandel (JO No. L 159, 21.6.1975, p. 22) ; Centraal Bureau voor de Rijwielhandel (JO No. L 20 du 25.1.1978, p. 18), Vimpoltu-landbouwmachines (JO No. L 200, 23.7.1983, p. 44) ; Samenwerkende Prijsregulerende Organisaties in de Bouwnijverheid (JO No. L 92 du 07.4.1992, p. 1) ; FENEX (JO No. L 181 20.07.1996, p. 28).
4. OCDE (1997), *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1994-1995*, Paris, p. 339.
5. Voir W. Sauter (1997), *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, p. 117.
6. Note accompagnant le projet de loi sur la concurrence, 18 juillet 1995.
7. Voir OCDE (1997), *Rapport sur la réforme de la réglementation*, Paris.
8. *Rapport annuel des Pays-Bas sur le droit et la politique de la concurrence* (juillet 1996-juin 1997) (1997).
9. Le terme «dispense» traduit ici «ontheffing», qui donne l'idée d'une décision au cas par cas. Dans le droit de l'UE, le même terme de «dérogation» est utilisé à la fois pour les dérogations générales «par catégorie» et pour les dérogations accordées au cas par cas.
10. Loi sur la concurrence, article 12-14.
11. Loi sur la concurrence, article 12.
12. Loi sur la concurrence, article 15-17.
13. Voir *Financial Times* du 2 avril 1998.
14. Loi sur la concurrence, article 100 (1).
15. Décret royal, 4 février 1993 ; date d'entrée en vigueur, 1 juillet 1993.
16. OCDE (1997), *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1993-1994*, Paris.
17. Ces décisions sont décrites dans le *Rapport annuel sur le droit et la politique de la concurrence aux Pays-Bas* (juillet 1996-juin 1997) présenté par le gouvernement (1997) ainsi que dans les rapports annuels à l'OCDE, *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1993-1994* (1997).
18. Ces décisions sont décrites dans le *Rapport annuel sur le droit et la politique de la concurrence aux Pays-Bas* (juillet 1996-juin 1997) présenté par le gouvernement (1997) ainsi que dans les rapports annuels à l'OCDE, *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1993-1994* (1997).
19. Voir OCDE (1994), *Politique de la concurrence et restrictions verticales : les accords de franchise*, Paris.
20. Voir le Livre Vert de la Commission européenne sur les restrictions verticales (31 janvier 1997).

21. Loi sur la concurrence, article 24.
22. *Rapport annuel sur le droit et la politique de la concurrence aux Pays-Bas* (juillet 1996-juin 1997) (1997).
23. *Idem.*
24. OCDE (1997), *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1993-1994*.
25. Article 22, clause 3 du règlement No.4064/89 du Conseil.
26. Article 9, clause 1, du règlement No. 4964/89 du Conseil.
27. Loi sur la concurrence, article 91.
28. Loi sur la concurrence, article (78)3.
29. Loi sur la concurrence, article 16.
30. Loi sur la concurrence, articles 11, 25.
31. *Rapport annuel sur le droit et la politique de la concurrence aux Pays-Bas* (juillet 1996-juin 1997) (1997).
32. Loi sur la concurrence, article 7.
33. Les accords de prix portaient aussi sur les livres importés (étrangers), du fait de la fixation des taux de change cette forme d'accord sur les prix a été supprimée sou la pression de la Communauté européenne.
34. OCDE (1997), Comité du droit et de la politique de la concurrence, Table ronde sur le maintien des prix de revente.
35. Voir R.C.G. Haffner et P.A.G. van Bergeijk, ed., (1997), *Regulatory Reform in the Netherlands – Macroeconomic Consequences and Industry Effects*, directie Marktwerking, Ministerie van Economische Zaken (ministère des Affaires économiques), octobre.
36. Voir de manière générale OCDE (1997), *Le Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, vol. 2, *Études thématiques*, pp. 285-312.