

entrée libre

LA LETTRE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
juillet 2009 • n° 5



Patrick Spilliaert

Vice-Président de l'Autorité de la concurrence

Nombreux sont les secteurs qui subissent à l'heure actuelle de profondes transformations économiques liées à la crise. En mettant l'efficacité au cœur de son analyse, la régulation de la concurrence est là pour les aider à y répondre.

Quelle place pour la régulation économique ? Une telle question peut sembler incongrue après bientôt une année de chocs économiques combinant crise financière et récession d'une ampleur inégalée depuis la seconde guerre mondiale. Nous assistons depuis l'automne dernier à un grand retour de l'intervention étatique dans l'économie, qui utilise activement toute la palette des outils de régulation à disposition : les États ont tenté de maîtriser la propagation des risques systémiques dans le système financier, ce qui les a amenés à nationaliser partiellement des actifs bancaires, à apporter leurs garanties pour favoriser la liquidité sur le marché monétaire ou à octroyer des aides publiques à certaines entreprises financières. Sur ce point, la Commission européenne a fait preuve d'une grande vigilance afin que ces aides ne contribuent pas à provoquer des distorsions de concurrence dommageables à l'économie européenne dans son ensemble.

L'enjeu est également de taille pour les autorités nationales en charge de faire respecter la régulation concurrentielle car des forces profondes agissent dans le sens d'une transformation majeure du paysage économique partout dans le monde. Il faut évoquer la situation des banques qui se trouvent confrontées à des changements de grande ampleur dans leur environnement, pouvant conduire à des réorientations stratégiques sensibles. Dans le domaine industriel, on peut citer les effets violents de la crise sur le secteur automobile dont les manifestations sont clairement visibles. De même, le ralentissement de la consommation sur l'activité de vente au détail devrait faire sentir ses effets tant au niveau de la demande que de l'offre de biens. Comme dans les précédentes récessions, les entreprises vont être amenées à répondre à ces défis en se réorganisant et en se regroupant. L'Autorité de la concurrence française peut donc

anticiper dans les mois qui viennent, dès que les mécanismes de crédits recommenceront à fonctionner, une activité accrue dans le domaine des concentrations. Parallèlement aux transformations liées à la crise, d'autres tendances de fond, engagées depuis plusieurs années, vont se poursuivre. Le présent numéro d'*Entrée Libre* se fait aujourd'hui l'écho de sujets comme le commerce électronique ou l'impact du droit de la concurrence sur les professionnels de la santé. Un prochain numéro abordera la problématique de la régulation ferroviaire qui sera un sujet aussi délicat et sensible que le sujet des télécoms en son temps ou le marché de l'ouverture énergétique à l'heure actuelle.

On le voit, la régulation de la concurrence constitue l'un des volets essentiels - et dont l'efficacité n'est pas remise en cause - de la panoplie des instruments à la disposition des pouvoirs publics. ■

“ L'enjeu est de taille pour les Autorités en charge de faire respecter la régulation concurrentielle. ”

QUESTION DE FOND

Relations verticales entre entreprises
Vers la modernisation des règles communautaires

LE GOÛT DU DÉBAT

Quelle place pour la concurrence sur le marché des soins de santé ?

MAPPEMONDE

La France vue par l'OCDE

LES ACCORDS VERTICAUX SONT CEUX QUI INTERVIENNENT ENTRE DES ENTREPRISES À DES NIVEAUX DIFFÉRENTS DE LA CHAÎNE DE PRODUCTION OU DE DISTRIBUTION (ENTRE UN FOURNISSEUR ET UN DISTRIBUTEUR PAR EXEMPLE).

La Commission européenne planche, avec l'aide des autorités nationales de concurrence, sur la révision du règlement communautaire sur les relations verticales qui arrive à expiration le 31 mai 2010.

LES PRATIQUES AYANT POUR OBJET ET POUR EFFET DE FAIRE OBSTACLE À LA FIXATION DES PRIX PAR LE LIBRE JEU DU MARCHÉ SONT CONSTITUTIVES DE "RESTRICTIONS CARACTÉRISÉES" DE CONCURRENCE.

LA MONTÉE EN PUISSANCE D'INTERNET COMME CANAL DE DISTRIBUTION SOULÈVE DE NOUVEAUX ENJEUX POUR LA POLITIQUE DE CONCURRENCE.

Cas pratiques

Pratiques de prix imposés Une pratique décisionnelle fournie

Le Conseil, puis l'Autorité, ont sanctionné à de nombreuses reprises, dans des secteurs très différents, les pratiques de prix imposés : calculatrices à usage scolaire (03-D-45), électronique grand public (05-D-66), cassettes vidéo pour enfants Disney (05-D-70), parfums et cosmétiques de luxe (06-D-04), distribution des jouets (07-D-50), agrofourniture (08-D-20).

Quel standard de preuve ?

L'entente sur les prix entre producteurs et distributeurs peut être établie par un faisceau d'indices "graves, précis et concordants" permettant d'établir l'existence de prix de vente au détail "évoqués" entre fournisseurs et distributeurs, la mise en place d'une police des prix permettant de recadrer les distributeurs déviants et l'application significative de ces prix évoqués, par les distributeurs.

Vente en ligne et distribution sélective

S'engager à davantage de concurrence

Le Conseil de la concurrence a accepté et rendu obligatoires, en 2006, les engagements de l'horloger Festina France, consistant à modifier son contrat de distribution sélective afin d'y intégrer des stipulations concernant la vente en ligne (décision 06-D-24). De même, dans le secteur de la distribution de matériels Hi-Fi et Home cinéma, le Conseil a estimé que les engagements pris permettaient de concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à Internet. En 2007, ce sont dix sociétés de produits parapharmaceutiques (sauf Pierre Fabre, cf. infra) qui se sont engagées à autoriser ou à faciliter l'accès des distributeurs agréés à la vente en ligne (décision 07-D-07, 8 mars 2007).

Pierre Fabre : l'"amicus curiae" de la Commission européenne

Le 15 juin dernier, la Commission européenne a décidé de venir au soutien de la position de l'Autorité dans l'affaire Pierre Fabre (décision 08-D-25 du 29 octobre 2008) en déposant un "amicus curiae" devant la Cour d'appel de Paris. Elle y présente les textes et la jurisprudence communautaires selon lesquels l'interdiction générale de vendre en ligne imposée par un fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un contrat de distribution sélective constitue une restriction caractérisée de la concurrence. L'affaire sera examinée par la cour d'appel le 10 septembre.

Relations verticales entre entreprises

Vers la modernisation des règles communautaires

Pratiques de prix imposés, distribution sur Internet : forte de son expérience des relations verticales, l'Autorité de la concurrence a joué un rôle moteur dans les discussions sur l'avenir de la politique communautaire en matière de distribution.

La Commission européenne prépare, depuis plusieurs mois, une modernisation de la politique communautaire en matière de distribution. Ce chantier devrait déboucher, avant la fin de l'année, sur la révision du règlement n° 2790/1999 et des lignes directrices sur les relations verticales. Les 27 autorités européennes de concurrence participent à ce projet dans le cadre du réseau européen de la concurrence (REC). L'Autorité de la concurrence française, qui est en pointe sur ce sujet grâce à une pratique décisionnelle fournie, s'est notamment exprimée sur deux thèmes majeurs pour les professionnels et les consommateurs : la fixation des prix de détail par les producteurs et le développement de la vente par Internet.

Prix imposés : une approche équilibrée

Le fait de permettre aux distributeurs de déterminer librement leurs prix doit, en principe, les pousser à baisser leurs prix pour attirer les clients et stimuler la concurrence. Mais dans certains secteurs où les services commerciaux (conseil personnalisé par exemple) revêtent une importance particulière, les travaux économiques récents montrent que la fixation des prix de détail ("resale price maintenance" (RPM) en anglais) par le fournisseur peut aider à prévenir des comportements de parasitisme par lesquels un distributeur attire les consommateurs par des prix bas, en profitant à bon compte de l'investissement des autres distributeurs et en détruisant leurs incitations à maintenir leur offre de services. Ce sont ces arguments qui ont poussé, outre-Atlantique, la Cour Suprême américaine à abandonner, dans un arrêt Leegin de 2007, sa jurisprudence centenaire condamnant les prix de revente imposés, pour lui substituer une "règle de raison" consistant à examiner au cas par cas les effets de ces pratiques sur la concurrence. Un débat animé s'est noué depuis lors,

nombre d'États américains estimant cette nouvelle approche trop permissive. La position de l'Autorité consiste à préconiser une approche équilibrée, en déplaçant légèrement le curseur européen actuel, qui condamne lui aussi sans appel les prix de revente imposés. Ces pratiques continueraient d'être présumées anticoncurrentielles, mais les entreprises auraient la possibilité de présenter des arguments économiques démontrant leurs effets positifs, la charge de la preuve leur incombant. Cette méthode, en ligne avec la pratique décisionnelle de l'Autorité (décision Pierre Fabre du 29 octobre 2008), permettrait de mieux concilier défense du bien-être des consommateurs et efficacité économique des entreprises.

Commerce en dur et commerce en ligne

En matière de commerce électronique, la France est aussi très avancée, puisque le Conseil de la concurrence a examiné plusieurs cas dans lesquels, au sein d'un réseau

de distribution sélective, les producteurs refusaient à leurs distributeurs, membres ou non du réseau, l'autorisation de vendre leurs produits en ligne (Pierre Fabre en 2008, produits parapharmaceutiques en 2007, affaires Festina et Hi-Fi Home cinéma en 2006). Il a bâti, au fil des ans, une pratique permettant de concilier le développement de la vente en ligne et les réseaux de distribution traditionnels "en dur".

Cette approche, reprise par l'Autorité, consiste à permettre aux fabricants de s'assurer que les distributeurs qui accèdent à leur réseau contribuent effectivement à l'investissement collectif (financier, mais aussi en termes d'image par exemple). Ils n'auraient en revanche pas le droit de priver les consommateurs des avantages qu'ils peuvent attendre de ce nouveau canal de distribution (choix, prix, services, etc.), en interdisant totalement à leurs distributeurs agréés d'effectuer des ventes en ligne. ■



“Concilier la défense du bien-être des consommateurs et l'efficacité économique des entreprises.”

Quelle place pour la concurrence sur le marché des soins de santé ?

Qualité des soins, prix des médicaments, assurances : les spécificités du secteur de la santé sont-elles compatibles avec les objectifs d'une politique de concurrence ? *Entrée libre* a posé la question à Lise Rochemaix, membre du collège de la Haute Autorité de Santé.

La question de l'intérêt de la concurrence comme levier de changement se pose dans le domaine de santé comme dans d'autres secteurs qualifiés de "non marchands". Les retombées économiques de ce secteur sont importantes en termes d'emploi, d'investissements en recherche et développement mais aussi en raison de la solvabilisation de la demande au titre de l'accès égal aux soins. Les analyses économiques effectuées sur les différents segments de marché (assurance, produits de santé, soins hospitaliers, soins de ville) ont fait ressortir certaines défaillances, particulièrement marquées sur le segment des soins de ville. La relation médecin-patient fait en conséquence l'objet d'une attention toute particulière dans le code de déontologie professionnelle.

Une mise en concurrence possible des professionnels...

Ce contexte très encadré ne signifie pas pour autant absence de forces de concurrence. L'importance attachée à l'exercice libéral de la médecine, à laquelle répond la liberté de choix par le patient de son praticien, conduit *de facto* à une mise en concurrence des professionnels. Il exerce une pression sur le médecin (plus ou moins crédible selon la densité médicale de la région d'exercice et le degré de spécialisation) qui peut le conduire à adopter des comportements de prescription relevant d'une approche clientéliste. La conjonction d'un mode de rémunération à l'acte en médecine libérale

et d'une liberté de choix du médecin par le patient peut ainsi résulter en une forme de collusion conduisant à une surconsommation de soins, au détriment du contribuable. La réforme du médecin traitant de 2002 réduit, mais en partie seulement, cette liberté de choix et ses effets.

... au bénéfice des patients

La pression exercée par le patient, sous réserve qu'elle soit fondée sur des indicateurs de qualité pertinents, peut aussi constituer un levier utile de mise en concurrence, susceptible d'améliorer le fonctionnement du marché des soins de santé. Telle a été la logique de la mise en concurrence des généralistes entre eux par les patients lors des réformes des années 90 en Grande Bretagne, les généralistes mettant pour leur part les établissements en concurrence entre eux pour le bénéfice des patients qui les avaient choisis.

Concernant le marché des produits pharmaceutiques et des dispositifs médicaux, une régulation forte de marché est en œuvre, notamment en matière de publicité directe auprès des patients. Elle prend acte des asymétries d'information et permet de garantir l'efficacité médicale et les conditions de sécurité et de tolérance des produits. De même, le marché de l'assurance santé, pour la partie complémentaire de la dépense de l'assurance-maladie, connaît des degrés de concurrence variables, selon le segment de marché assuré, son degré d'exposition à la



INTERVIEW

Lise ROCHAIX,

IDEF-GREQAM, Université de la Méditerranée et Haute Autorité de Santé

concurrence européenne et le statut de l'assureur (mutualiste économique à part entière, des forces de concurrence plus ou moins vives. La question posée devient alors celle de l'intérêt d'une mise en concurrence comme levier d'amélioration de la performance, sans ou à but lucratif). On le voit, le secteur de la santé connaît, comme tout secteur économique à part entière, des forces de concurrence plus ou moins vives. La question posée devient alors celle d'une mise en concurrence comme levier d'amélioration de la performance, sans en méconnaître les limites, notamment au regard des inégalités de traitement qu'elle engendre. L'analyse doit être suffisamment fine pour identifier les différents niveaux auxquels elle peut être placée. Elle doit aussi reconnaître et apprécier le rôle majeur joué par l'autorégulation professionnelle dans ce secteur, comme celui des nombreuses réglementations de marché qui en encadrent le fonctionnement. ■

Enquête "pharma" : le rapport final est paru

La Commission européenne a publié le 8 juillet dernier les conclusions de son enquête, menée en coopération avec les autorités nationales de concurrence (ANC), sur les possibles dysfonctionnements de la concurrence dans le secteur pharmaceutique. Au centre de ce rapport, les moyens utilisés par certaines entreprises pour prolonger le cycle de vie de leurs médicaments et retarder ou bloquer l'arrivée des génériques sur le marché : dépôt de brevets multiples par exemple (jusqu'à 1 300 pour 1 seul médicament...), engagement de litiges en matière de brevets avec les entreprises de génériques (près de 700 selon le rapport), etc. *In fine*, ces retards abusifs lèsent le consommateur qui ne peut bénéficier de la baisse des prix engendrée par la concurrence des produits génériques. La Commission entend examiner ses pratiques au regard du droit de la concurrence et intensifier ses contrôles notamment par une surveillance des accords conclus entre les laboratoires de princeps et les fabricants de génériques. D'un point de vue réglementaire, elle incite les Etats membres à prendre des mesures pouvant favoriser un lancement plus rapide du générique.

L'enquête a concerné les 27 Etats membres de l'UE, sur la période 2000-2007 et impliqué l'examen d'un échantillon de 219 médicaments. Des questionnaires ont été adressés aux autorités de santé ainsi qu'aux laboratoires pharmaceutiques et la Commission a reçu plus de 70 observations des parties intéressées. Ce travail d'enquête permet notamment de replacer la pratique décisionnelle des autorités nationales (déjà très riche en France), dans une perspective globale.

Étude thématique du rapport annuel 2008

Droit de la concurrence et santé

L'Autorité de la concurrence a choisi cette année de consacrer l'une des études thématiques de son rapport annuel aux relations entre les règles de concurrence et le secteur de la santé. Cette question est envisagée sous deux angles : tout d'abord au regard du champ d'application du droit de la concurrence dans ce domaine ; ensuite, par l'analyse des cas d'espèce et de l'application des règles aux agissements anticoncurrentiels sur ces marchés. Cette étude très complète (près de 60 pages), montre qu'il existe des marchés de santé qui ne peuvent être exclus du champ concurrentiel. Les particularités du secteur invitent aussi à une application adaptée des règles, tenant compte du bien-être du "patient-consommateur" et de l'enjeu collectif que représente la santé.

L'étude est disponible sur le site de l'Autorité : www.autoritedelaconcurrence.fr



La santé sera aussi à l'honneur des prochains "Rendez-vous" de l'Autorité de la concurrence, qui auront lieu au mois de novembre. Le programme sera détaillé dans le prochain numéro d'Entrée libre (à paraître en octobre).

La France vue par l'OCDE

Un net renforcement de la concurrence

Renforcer la concurrence pour accroître l'efficacité et l'emploi : ainsi s'intitule le chapitre IV de l'étude consacrée par l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) à la situation économique de la France. Le constat général est celui d'un net renforcement de la concurrence. L'OCDE fait état des réformes de fond aussi bien que de la modernisation du cadre institutionnel de la régulation de la concurrence intervenue en France fin 2008. Elle salue le "pas important" franchi avec la création d'une Autorité de la concurrence indépendante, aux pouvoirs d'enquêtes renforcés, pouvant émettre de sa propre initiative des avis sur toute question de concurrence et détenant désormais le pouvoir d'analyse et de décision en matière de contrôle des concentrations. Une "avancée majeure" qui, selon l'OCDE, a pour effet de "renforcer l'efficacité en matière de régulation concurrentielle des marchés ainsi que de contribuer au développement d'une culture de la concurrence où des acteurs hésitent moins à dénoncer des pratiques illicites de la part de concurrents". Mais, relève l'OCDE, certains secteurs souffrent encore d'une insuffisance de concurrence qui freine l'innovation et la productivité, et prive

le consommateur de la possibilité d'obtenir des biens et services de qualité au meilleur prix. Dans certaines professions réglementées (kinésithérapeutes, pharmaciens, coiffeurs, avocats, etc.), les barrières à l'entrée "vont sans doute au-delà de ce qui est nécessaire pour offrir au consommateur une protection adéquate" estime l'OCDE, qui préconise un assouplissement des conditions d'accès à ces professions pour une ouverture plus large à la concurrence.

Sur le marché de la téléphonie mobile, le rapport insiste sur l'importance de favoriser l'entrée d'un quatrième opérateur. Cette dernière devrait permettre une intensification de la concurrence et se traduire par une baisse des tarifs au bénéfice du consommateur.

En matière d'urbanisme commercial, le rapport de l'OCDE approuve les assouplissements apportés par la loi LME mais préconise une poursuite du mouvement de la réforme. Rejoignant le Rapport Charié (mars 2009), l'OCDE envisage l'abrogation complète des lois Royer et Raffarin et du principe d'une demande d'autorisation au-delà d'une certaine surface.

La prochaine Étude économique de la France sera publiée en 2011. ■

Espagne

Focus sur la "Comisión Nacional de la Competencia"

En place depuis 2007, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), autorité nationale de la concurrence espagnole, fonctionne de façon très similaire à ce que nous connaissons désormais en France. Avec une mention spéciale pour son action en matière d'"advocacy".

Un tournant en 2007

La loi du 3 juillet 2007 a marqué un tournant pour le système espagnol de défense de la concurrence : le système dualiste a laissé la place à une autorité indépendante unique, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Les anciens Service de défense de la concurrence (SDC) et Tribunal de défense de la concurrence (TDC) ont été intégrés à la nouvelle instance.

La CNC (226 personnes) s'organise autour de deux axes autonomes : la Direction des investigations, dirigée par Clara Guzmán Zapater (avec quatre sous-directions : industrie et énergie/société de l'information/services/cartels et clémence) et le Conseil (le président de la Commission, 1 vice-président et 6 conseillers) accomplissent en toute indépendance leurs fonctions respectives d'instruction et de décision, sous la coordination du président de l'institution, Luis Berenguer Fuster.

La CNC n'a pas de service dédié aux concentrations qui sont, tout comme les pratiques anticoncurrentielles, du ressort des services sectoriels de la Direction des investigations. À cette différence près, le système espagnol est très proche de celui que nous connaissons désormais en France : l'examen des opérations est confié à l'autorité de la concurrence nationale

(et non plus au pouvoir politique), le gouvernement ayant la possibilité, à titre exceptionnel, de reprendre la main sur l'opération pour des motifs d'intérêt général autres que la concurrence.

Une action très dynamique en matière d'"advocacy"

Dès la fin de l'année 2007, la CNC a créé une section dédiée à l'"advocacy", c'est-à-dire la promotion et la diffusion d'une culture de concurrence auprès de tous, pouvoirs publics, entreprises et consommateurs. 17 agents, juristes ou économistes, préparent des avis, études de marchés et guides pratiques, soumis au Conseil pour adoption. Une coordination étroite est assurée avec la direction de l'instruction par des réunions hebdomadaires. En 2008, cinq études ont été publiées dont un guide à destination des administrations publiques afin de leur permettre de vérifier la conformité de leurs projets de lois et de réglementations aux règles applicables en matière de concurrence.

L'Autorité de la concurrence française et la CNC devraient prochainement travailler ensemble sur une étude sectorielle. ■

Pour aller plus loin : <http://www.cncompetencia.es/>

Prise directe

Délais de paiement : 34 avis en un temps record

Entre le 17 février et le 23 juin, l'Autorité de la concurrence a examiné les 34 demandes d'avis portant sur les accords interprofessionnels définissant des délais de paiement supérieurs aux délais légaux applicables depuis le 1^{er} janvier 2009. L'Autorité a examiné pour chacun des secteurs, le bien fondé des raisons économiques et des spécificités avancées pouvant justifier d'accorder davantage de temps aux entreprises. Les accords soumis à avis de l'Autorité ont

concerné notamment les secteurs suivants : jouets, horlogerie, papeterie, bricolage, livre, BTP, pneumatiques, jardins amateurs, optique, disques, etc. Tous les avis sont disponibles sur le site de l'Autorité : www.autoritedelaconcurrence.fr.

Transport de voyageurs et filière du lait : 2 avis pour l'automne

Dans le cadre de l'ouverture prochaine à la concurrence du trafic ferroviaire de voyageurs l'Autorité de la concurrence a souhaité se pencher

sur les questions que pose l'intermodalité (articulation entre le train et les autres modes de transport). Elle a pour cela usé de sa toute nouvelle faculté d'autosaisine et rendra son avis au mois d'octobre. Par ailleurs, l'Autorité a été saisie par la commission des affaires économiques du Sénat d'une demande d'avis sur la situation concurrentielle de la filière lait. Dans quelles conditions les mécanismes d'orientation des prix du lait pourraient-ils être compatibles avec le respect des règles

de concurrence ? Réponse dans l'avis qui sera rendu à l'automne.

Vente en ligne : visionner les débats

Le 15 juin 2009 ont eu lieu les premiers "Rendez-vous" de l'Autorité, une matinée consacrée aux enjeux concurrentiels de la vente en ligne. Les débats ont été filmés et les vidéos sont accessibles sur le site de l'Autorité : www.autoritedelaconcurrence.fr.