



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/23
18 juin 2001

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie

et des questions financières connexes

Groupe intergouvernemental d'experts du droit

et de la politique de la concurrence

Troisième session

Genève, 2-4 juillet 2001

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

LOI TYPE: LES RELATIONS ENTRE UNE AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
ET LES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION,
Y COMPRIS LES ORGANISMES SECTORIELS

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Introduction	2
Éléments possibles d'un article nouveau, sur la concurrence et la réglementation.....	3
Commentaire de l'article proposé sur la concurrence et la réglementation	4
Notes.....	11

INTRODUCTION

1. On se souviendra qu'au paragraphe 11 de sa résolution TD/RBP/CONF.5/15, la quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives priait le secrétariat de préparer un nouveau chapitre de la loi type consacré aux relations entre une autorité chargée de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels. On trouvera dans le présent document les éléments proposés pour un article nouveau, accompagnés de commentaires suggérant comment promouvoir la concurrence dans les services publics et les services d'infrastructure. Il indique aussi comment promouvoir des gains d'efficience par la mise en place d'un droit et d'institutions de la concurrence appropriés, comment protéger l'intérêt général dans les branches ouvertes à la concurrence et comment organiser les relations entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation.

2. Il est tenu compte dans les propositions présentées ici d'un certain nombre de particularités structurelles propres aux économies de marché qui ne sont pas encore parvenues à maturité, et l'accent est mis essentiellement sur les moyens d'accroître l'efficience des branches réglementées dans les pays en développement et les pays en transition.

ÉLÉMENTS POSSIBLES D'UN ARTICLE NOUVEAU, SUR LA CONCURRENCE ET LA RÉGLEMENTATION

Promotion par les autorités de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation

3. Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

4. En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

Définition de la réglementation

5. Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics, imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres et autres organismes professionnels autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

6. À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

Protection de l'intérêt général

7. Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de services exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PROPOSÉ SUR LA CONCURRENCE ET LA RÉGLEMENTATION

8. Il est communément admis que la politique de la concurrence a globalement pour but de réduire à un minimum les pertes d'efficacité économique que les comportements anticoncurrentiels entraînent sur les marchés¹. Cette politique ne consiste pas seulement en l'application du droit de la concurrence, elle comprend aussi la libéralisation et la déréglementation des échanges commerciaux dans l'intérêt économique des consommateurs. Le droit et la politique de la concurrence sont destinés à régler les comportements non concurrentiels des entreprises, tandis que la déréglementation vise à réduire au minimum l'intervention de l'État qui fausse le jeu du marché.

Promotion par les autorités chargées de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation

9. Les éléments afférents à l'article proposé soulèvent deux questions qui demandent à être traitées séparément.

1. Pourquoi les gouvernements prêtent-ils une attention particulière à l'exercice de certaines activités économiques?

10. Les gouvernements ont tendance à élaborer des règlements aussi larges que fouillés, en particulier pour les grandes industries de services d'infrastructure. Ces dernières, également dénommées «entreprises de service public» ou «services publics», assurent des activités indispensables aux consommateurs pour adopter les modes de vie modernes ou fournissent à de nombreuses composantes de l'économie nationale des moyens de production dont elles ne peuvent se passer comme l'électricité, le gaz, la production et la distribution d'eau, la gestion des déchets solides, les télécommunications, la télévision par câble, la distribution du courrier et les transports publics (aérien, routier ou ferroviaire)².

11. Si les gouvernements des pays en développement et des pays en transition aussi bien que des pays développés attachent une grande importance aux industries de services d'infrastructure, c'est essentiellement pour quatre raisons. Les conditions d'exploitation qu'ils leur imposent les distinguent des branches d'activité ordinaires de l'économie nationale, traditionnellement concurrentielles par quatre types de prescriptions: contrôle de l'accès, fixation ou plafonnement des prix, qualité et modalités de prestation du service.

12. La première raison de l'intérêt qu'ils leur portent est que ces industries de services sont d'une importance fondamentale pour la bonne tenue de l'économie du fait qu'elles alimentent tous les autres secteurs d'activité. Les conditions de leur exploitation et leur efficacité peuvent déterminer non seulement la productivité et le degré de compétitivité d'un pays dans son ensemble, mais encore l'ordre social et même la stabilité politique si les consommateurs manifestent un mécontentement général. C'est leur nature même qui fait qu'elles ont souvent des obligations de service public ou universel à assumer, ce qui veut dire que les entreprises – publiques ou privées – qui en font partie sont tenues de fournir tel ou tel service même si la chose est antiéconomique pour elles. Les industries de services d'infrastructure risquent donc de ne pas être compétitives lorsqu'il existe des restrictions réglementaires à la concurrence pour l'activité considérée. Ces restrictions sont imposées pour des raisons diverses, mais, le plus

souvent pour permettre à une entreprise de trouver par ailleurs une source de recettes lui assurant de quoi financer les activités et services non commerciaux que sa mission lui prescrit. À titre d'exemple, un opérateur postal national est souvent protégé contre la concurrence pour le courrier ordinaire, ce qui se justifie au motif que c'est nécessaire si l'on veut préserver le subventionnement croisé de la distribution des lettres dans des zones où elle coûte cher, comme les campagnes. Il s'ensuit que la réforme de ces secteurs qui sont indispensables à l'activité d'un pays et sont mis à l'abri de la concurrence pour des raisons d'ordre social et politique est souvent une question extrêmement politisée.

13. Deuxième raison, les activités de ces branches de services d'infrastructure ne peuvent être exercées que par un très petit nombre d'exploitants au niveau national; en d'autres termes, la plupart des administrations publiques, notamment locales (villes, provinces ou États fédérés, par exemple), ont affaire avec elles à un pouvoir de négociation très fort et très concentré. Dans de nombreux pays, l'État central ou les administrations locales ont décidé de prendre en main directement les services d'infrastructure.

14. La troisième raison, qui a un rapport avec la réglementation et la concurrence, est que ces services impliquent souvent des obstacles considérables à l'entrée ou à la sortie, tels les coûts irréversibles, qui sont irrécupérables une fois engagés. En particulier, l'ordre de succession des opérations est important en ce qui concerne la réglementation: souvent, il faut d'abord que soient effectués de gros investissements, qui laissent les investisseurs très engagés vis-à-vis du marché, et ce n'est que dans un deuxième temps que des rentes ou recettes se matérialiseront sur une période de plusieurs années. Cela signifie que, pour attirer des investissements privés spontanés, les auteurs du régime réglementaire doivent faire en sorte que celui-ci soit crédible et prévisible. Ce souci de crédibilité est fréquent chez les décideurs du Trésor. Assurer la crédibilité et la prévisibilité est l'une des tâches fondamentales de tout organisme de réglementation.

15. La quatrième et dernière raison expliquant que les gouvernements attachent beaucoup d'importance au secteur des services d'infrastructure tient aux effets que celui-ci a sur l'offre, les coûts et la demande, du fait qu'il n'est pas constitué d'une seule activité homogène, mais comprend un certain nombre de composantes distinctes, dont certains éléments ne sont pas à même de soutenir la concurrence, généralement à cause de la présence d'économies d'échelle - lorsqu'une seule entreprise, dans un domaine déterminé, peut répondre à la demande du marché avec plus d'efficacité que n'importe quelle combinaison de deux ou plusieurs entreprises. Cette entreprise qui ne peut pas soutenir la concurrence a d'ordinaire besoin d'un privilège ou droit exclusif d'utilisation d'un bien public appartenant à l'État et que celui-ci doit lui donner ou lui prêter. Une branche de services d'infrastructure peut aussi ne pas être capable de soutenir la concurrence à cause de la présence d'«effets de réseau» ou d'«économies d'échelle du côté de la demande» - lorsque la demande des services d'une entreprise augmente avec la consommation de ces services³.

16. Dans l'optique particulière des pays en développement, il convient de souligner que, du fait de la structure du marché, la recherche de gains d'efficacité par la réforme de la réglementation et l'ouverture des branches d'activité réglementées à la concurrence suscitent souvent de sérieuses préoccupations.

17. On a par exemple observé récemment et à plusieurs reprises qu'en Amérique du Sud la réforme des services publics avait été engagée sans qu'une évaluation du marché ait été envisagée avant la privatisation des participations de l'État dans le secteur des infrastructures, alors que les activités, réglementées et non réglementées, qui structuraient le marché étaient généralement logées à la même enseigne, par suite de l'intervention antérieure de l'État⁴. C'est aussi ce qui se passe actuellement dans les pays en développement d'Asie à mesure qu'ils se lancent dans la révision de leur réglementation. Dernièrement, par exemple, un représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée soulignait que les restrictions imposées aux entreprises par la réglementation ou par le fait qu'elles sont la propriété de l'État constituent une entrave à la concurrence. Dans ce pays, les réglementations en vigueur ont été mises en place à une époque où l'on faisait davantage confiance à la réglementation, mais où l'on en mesurait moins bien les coûts:

«C'est le cas, par exemple, des monopoles accordés par la loi aux entreprises de service public, des arrangements d'organisation du marché de nombreux produits agricoles et des régimes de licences applicables à diverses activités professionnelles et professions libérales. Le Groupe de travail des services centraux va procéder à un examen des obstacles à l'entrée... Des réformes de structure s'imposeront sans doute pour démanteler les entreprises ayant sur le marché une position de force excessive qui risque d'entraver l'introduction d'une concurrence effective. Pour que la privatisation atteigne son objectif en améliorant l'efficacité, il importe de commencer par mener à bien ces réformes structurelles. Cela exigera une double séparation structurelle – celle des fonctions réglementaires et des fonctions commerciales et celle des monopoles naturels et des activités qui pourraient soutenir la concurrence.»⁵

18. Les exemples donnés par ce représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée montrent bien que les préoccupations des pays en développement sont effectivement très proches de celles des pays développés. Dans ces derniers pays, la réglementation efficace a toujours fait la distinction entre les segments du réseau qui pourraient soutenir la concurrence et les segments de la production et du commerce de détail généralement considérés comme des monopoles naturels qui ne le pourraient pas. Les segments potentiellement compétitifs sont, par exemple, les services à longue distance dans le secteur des télécommunications, la production dans celui de l'électricité et le transport dans celui des chemins de fer; au contraire, dans ces mêmes secteurs, la boucle locale, le réseau de transport et les voies, respectivement, ne le sont pas et demeurent d'ailleurs souvent réglementés après la réforme de la réglementation. Il est évident que l'absence de séparation effective entre les deux types de segment assure une position de force sur le marché aux entreprises qui exploitent les infrastructures de réseau. Cette emprise, exercée aux dépens des autres exploitants et des consommateurs, devrait être tenue en bride.

2. Quel devrait être le rôle des autorités de la concurrence à l'égard de la réglementation?

19. Du point de vue de la structure du marché, les autorités de la concurrence devraient être consultées lorsqu'un processus de réforme de la réglementation est engagé dans le cadre d'un programme de privatisations. Elles devraient se voir conférer par la loi le pouvoir d'imposer aux monopoles existants des mesures de démantèlement ou de limiter ou interdire les fusions qui portent atteinte aux structures concurrentielles du marché. Si ce n'est pas le cas, faute de ressources humaines par exemple, il faudrait leur ménager la possibilité de suggérer des mesures

de démantèlement ou des contrôles des concentrations à une autorité exécutive qui, elle, possède ces pouvoirs⁶. Néanmoins, il est manifeste que le modèle dominant de distribution des rôles entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation est rarement celui dans lequel les autorités de la concurrence remplacent purement et simplement les organismes de réglementation.

20. Cela dit, il est intéressant de voir quels sont actuellement les rapports entre les autorités chargées de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels dans la plupart des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). À une table ronde organisée récemment par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE sur leurs rôles respectifs, les participants ont essayé de définir les principales questions que ceux-ci posent aux gouvernements⁷. Il ressort d'une étude du même sujet que l'intervention des autorités de la concurrence peut utilement stimuler le jeu de la concurrence lorsque des entreprises d'un secteur réglementé abusent de leurs privilèges au détriment des intérêts des consommateurs et de l'efficacité des entreprises qui font appel à leurs services réglementés. De la déréglementation, telle qu'elle s'est déroulée dans la plupart des pays développés, il y a surtout quatre observations à tirer.

21. Tout d'abord, il existe des régimes réglementaires spécifiques dans de nombreux secteurs de l'économie nationale dans les pays de l'OCDE; ils sont particulièrement répandus dans des secteurs comme les télécommunications, l'électricité, les chemins de fer et le gaz naturel, mais on en trouve aussi dans la radiodiffusion, l'aviation civile, la télévision par câble, les transports maritimes, les produits pharmaceutiques, les minéraux radioactifs, les boissons alcoolisées, les assurances, la banque, le transport interurbain par autobus et par camion, la distribution d'eau et bien d'autres encore.

22. Deuxièmement, il n'y a pas de modèle unique des relations entre les responsables des réglementations purement sectorielles et les autorités de la concurrence qui soit appliqué dans plusieurs, ni même, parfois, un seul pays, encore qu'un modèle particulier, la formule de la division du travail selon le mandat, soit apparemment un peu plus courant que les autres. Il est sûr en tout cas que les responsables des réglementations sectorielles devraient être séparés des entreprises ou entités réglementées et assumer l'obligation de rendre des comptes et celle de préserver leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif - indépendance qu'il faudrait d'ailleurs garantir par des changements institutionnels. Comme des représentants de la République de Corée l'ont indiqué récemment à plusieurs reprises, étant donné que l'application du droit de la concurrence dans différents secteurs peut être la source de contradictions, les organismes de réglementation devraient commencer par consulter les autorités de la concurrence et agir en coordination avec elles⁸.

23. Troisièmement, dans les pays qui ont déréglementé un peu plus tôt que les autres, une démarche assez pragmatique paraît s'être dégagée, qui diffère en pratique d'un secteur à l'autre. Les pays qui se sont mis un peu plus tard à la libéralisation paraissent bien avoir procédé de manière plus systématique.

24. Enfin, la terminologie employée varie beaucoup selon les pays. Quelques-uns font une distinction entre réglementation technique, réglementation économique et application du droit de la concurrence, mais parfois, il semble que la «réglementation économique» englobe la «politique de la concurrence». Dans quelques pays de l'OCDE, on constate aussi une tendance

à employer les termes «réglementation économique» et «réglementation technique» comme s'ils étaient interchangeables.

Définition de la réglementation

25. Une réglementation peut viser différents types d'objectifs. La réglementation économique, la réglementation sociale et la réglementation administrative sont les principales catégories d'intervention des pouvoirs publics qui peuvent peser sur le marché. La première - économique - est faite de prescriptions qui jouent directement dans les décisions concernant le marché comme la fixation des prix, la concurrence et l'entrée ou la sortie; la réglementation sociale recouvre les prescriptions qui protègent l'intérêt général dans des domaines comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociales; la réglementation administrative, enfin, englobe tous les documents et formalités à travers lesquels les pouvoirs publics recueillent de l'information et interviennent dans les décisions économiques individuelles.

Droit et politique de la concurrence et réglementation

Fondamentalement, le droit et la politique de la concurrence et la réglementation visent à défendre l'intérêt général contre le pouvoir des monopoles. Dans un cas comme dans l'autre, ils fournissent au gouvernement des outils pour atteindre cet objectif, mais ils se distinguent par leur portée et leur champ d'application et par leurs types d'intervention. Droit et politique de la concurrence et réglementation ne sont pas identiques. Ils peuvent poser quatre problèmes d'interaction:

- *La réglementation peut contredire le droit et la politique de la concurrence.*
Des réglementations peuvent avoir encouragé, voire exigé, un comportement ou des conditions qui autrement seraient contraires au droit de la concurrence; elles peuvent par exemple avoir permis la coordination en matière de prix, empêché la publicité ou prescrit une répartition territoriale du marché. Il y a aussi les lois proscrivant les ventes à un prix inférieur au coût, qui sont censées promouvoir la concurrence mais font souvent l'objet d'interprétations anticoncurrentielles, et la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre leurs objectifs. La modification ou l'abrogation de ces réglementations force les entreprises touchées à modifier leurs habitudes et à revoir leurs anticipations.
- *La réglementation peut remplacer le droit et la politique de la concurrence.* Dans les monopoles naturels, la réglementation peut tâcher de juguler directement leur emprise sur le marché en fixant les prix (par leur plafonnement) et en contrôlant l'entrée et l'accès. Les progrès de la technologie et les changements intervenus dans d'autres institutions peuvent amener à reconsidérer le postulat fondamental sur lequel s'appuie la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne suffiraient pas à elles seules à prévenir l'apparition d'un monopole et l'exploitation d'une position de force sur le marché.
- *La réglementation peut reproduire le droit et la politique de la concurrence.*
La réglementation et les autorités qui en sont chargées peuvent prévenir la coordination et les abus dans une branche d'activité, comme le font le droit et la politique de la concurrence. La réglementation peut, par exemple, imposer des normes de concurrence

loyale ou des règles de passation des marchés pour garantir l'appel à la concurrence. Toutefois, les normes appliquées peuvent être différentes selon les organismes de réglementation, et des changements ou différences observés dans ces institutions peuvent révéler que des politiques apparemment similaires ont abouti en pratique à des résultats différents.

- *La réglementation peut recourir aux méthodes de la politique de la concurrence.* Les instruments destinés à permettre d'atteindre les objectifs réglementaires peuvent être conçus de manière à tirer parti des incitations du marché et de la dynamique de la concurrence. Une coordination peut se révéler nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le cadre des prescriptions du droit de la concurrence.

Sources : OCDE et Commission européenne.

Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

26. Les obstacles réglementaires à la concurrence sont les mesures prises par les administrations publiques (centrale ou fédérale et locales) ou par des organismes agissant en vertu d'une délégation de l'État, qui empêchent ou entravent le jeu effectif de la concurrence et qui, en dernière analyse, débouchent sur une perte de bien-être. On en trouve dans des activités aussi variées que les télécommunications, les services financiers (banque et assurances), les services professionnels aux entreprises (comptables, juristes, architectes, etc.) et le secteur de l'énergie (électricité, gaz), comme l'attestent de très nombreux écrits⁹. Ces mesures, qui peuvent avoir une incidence négative sur l'entrée sur le marché, la sortie du marché et le fonctionnement du marché, prennent toutes sortes de formes, notamment:

- Des restrictions à la concurrence, en instituant des normes et critères peu courants qui se ramènent à des obstacles à l'entrée ou en empêchant les entreprises étrangères de s'engager dans la concurrence sur le marché national;
- La mise hors-jeu de la concurrence, en éliminant ou en excluant certaines activités du champ d'application des lois sur la concurrence¹⁰;
- La création de distorsions faussant la concurrence, lorsque, par exemple, des interventions artificielles des pouvoirs publics modifient la position concurrentielle de certaines entreprises (par des décisions arbitraires en matière de politique de passation des marchés publics, notamment).

27. Les obstacles réglementaires à la concurrence n'ont pas uniquement trait à l'accès au marché, ils peuvent aussi empêcher la sortie du marché, par l'octroi de subventions publiques ou par l'octroi ou la prorogation de droits monopolistes, par exemple. De plus, ils peuvent rendre plus difficile la réaffectation de ressources d'un secteur ou d'un segment du marché à un autre. Ils peuvent être considérés comme des obstacles à la mobilité, qui empêchent le transfert de ressources dans des secteurs ou segments plus efficaces et se soldent finalement par une perte d'efficacité dans des ressources.

Principes d'efficience à suivre dans la réglementation pour supprimer les obstacles réglementaires à la concurrence

Les principes d'efficience devraient être intégrés aux processus internes d'élaboration des réglementations, tant en matière sociale et économique que pour les formalités administratives. Ils sont particulièrement utiles dans le cas de l'intégration économique régionale. Ce sont:

- *La non-discrimination, surtout sur le chapitre des normes.* Les produits et services similaires devraient bénéficier de l'égalité des chances dans la concurrence, quel que soit leur pays d'origine. Il faudrait faire reposer la réglementation technique sur des normes de performance au lieu de normes de conception et recourir à des taxes ou des permis négociables à la place de la réglementation. Lorsqu'il y a lieu et que c'est faisable, il faudrait fonder les réglementations internes sur les mesures harmonisées au niveau international.
- *Reconnaissance de l'équivalence des mesures réglementaires prises par les autres pays.* Lorsqu'il n'est pas possible, nécessaire ou souhaitable de recourir à des mesures harmonisées au niveau international, on peut réduire les effets négatifs que les disparités réglementaires et les systèmes d'évaluation de la conformité qui font double emploi créent sur les marchés internationaux en reconnaissant l'équivalence des mesures réglementaires prises par les partenaires commerciaux ou les résultats des évaluations de la conformité faites dans d'autres pays.

Source: Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, Paris, 1997.

Protection de l'intérêt général

28. La protection de l'intérêt général est l'élément sur lequel repose le plus souvent la réglementation. Dans les cas où il aura été constaté que le libre jeu de la concurrence ne peut pas donner ou ne donne pas de résultats suffisants en ce qui concerne la qualité, la régularité, le caractère abordable, la desserte territoriale et la sécurité des services d'intérêt général, ordinairement assurés par le secteur des services d'infrastructure, les gouvernements devraient avoir la faculté d'imposer des réglementations non discriminatoires et transparentes à tous les opérateurs du marché, en les forçant à respecter certaines normes aussi longtemps qu'ils y interviennent. Cette manière de garantir la fourniture des services présentant un intérêt économique général sans nuire à la concurrence a fait l'objet de recherches et d'études approfondies au sein de l'Union européenne, à l'occasion de la préparation de textes destinés à libéraliser divers secteurs de l'économie¹¹.

Notes

¹ N. MUHAMMAD, *Promoting competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, mars 2001.

² Il ressort des travaux d'une table ronde de l'OCDE, organisée récemment par son Comité du droit et de la politique de la concurrence, que l'on trouve aussi des régimes réglementaires spécifiques dans les secteurs de la radiodiffusion, de la télévision par câble, de l'aviation civile, des transports maritimes, des produits pharmaceutiques, de la banque, des transports interurbains par autobus et par camion, entre autres. Voir OCDE «Autorités de la concurrence et responsables de la réglementation: leurs rôles respectifs», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Paris, 1999, vol. 1, n° 3, p. 193 à 283. Voir aussi les notes sur les questions de politique de la concurrence dans les services d'infrastructure établies pour un colloque de la Banque interaméricaine de développement tenu à Washington en avril 2001.

³ Ces effets de réseaux ou «effets externes de réseau» sont fréquents dans le secteur des technologies de l'information et de la communication. Il y a souvent des avantages à être raccordé à un réseau plus vaste, ou à appliquer une norme plus répandue, car cela augmente le nombre des personnes avec lesquelles on peut interagir ou conduire des transactions économiques. Dès lors que le fait d'être connecté à (ou compatible avec) deux ou plusieurs réseaux (ou normes) entraîne des frais, les consommateurs paieront davantage pour être connectés à un réseau plus vaste. Les marchés qui affichent des effets externes de réseau d'assez grande ampleur peuvent n'être en mesure d'entretenir qu'une seule entreprise. Ces faits ressortent d'études faites par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE à l'occasion de l'élaboration d'une recommandation de cette organisation sur la séparation des secteurs intégrés verticalement, dont le projet a été rédigé en 2000. Voir en particulier OCDE, *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, Paris, 2000.

⁴ Voir I. De Leon, *The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience*. Washington, Banque interaméricaine de développement, document de travail, 2001.

⁵ R.G. Maru, *Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises in Papua New Guinea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁶ Un auteur soulignait récemment que, dans le cas des pays en développement d'Amérique du Sud, il arrive très souvent que les institutions de la concurrence n'aient pas le pouvoir d'imposer des sanctions ou d'infirmier la décision des autorités réglementaires. «Lorsque des entreprises réglementées sont exemptées de l'application du droit de la concurrence, rien ne garantit qu'elles seront dûment réglementées en la matière en cas d'entorse à ses règles, car les organismes de réglementation ne sont pas techniquement armés pour traiter les questions de réglementation de la concurrence. En pareil cas, lorsqu'un comportement fautif est décelé et qu'aucune autorité compétente en matière de concurrence n'intervient (par suite de l'immunité en question), la loi ne reconnaît à l'organisme de réglementation aucun pouvoir d'intervenir». C'est le cas, par exemple, des deux commissions de réglementations de l'énergie de la Colombie et de l'Argentine, «qui ont décelé des comportements abusifs chez les producteurs de gaz, mais n'ont pas pu intervenir». De Leon, op. cit., p. 3.

⁷ Table ronde du Comité du droit de la politique de la concurrence sur les autorités de la concurrence et la réglementation, Paris, OCDE, 1999 (voir la note 2).

⁸ Entre bien d'autres exposés, voir Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁹ Voir en particulier le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, vol. I et II, Paris, 1997. Sur les pays en développement et les pays en transition, voir D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998 (publié dans le cadre du programme Phare d'aide aux pays d'Europe Centrale)

¹⁰ Voir, par exemple, OCDE, *Politique antitrust et accès au marché: portée, champ d'application du droit de la concurrence et implications pour les échanges*, Paris, 1996.

¹¹ La politique de libéralisation de l'UE repose sur un certain nombre de textes appelés «directives». Les principales directives où figurent la notion de services d'intérêt général ainsi que des dispositions sur la concurrence préservant l'intérêt général sont les suivantes: Directive 71/305/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JOCE 1971, n° L185/5), modifiée par la Directive 89/440/CEE (JOCE 1989, n° L210/1) et codifiée par la Directive 93/37 (JOCE 1993, n° L199); Directive 77/62/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE 1977, n° L13/1), codifiée par la Directive 93/96/CEE (JOCE 1993, n° L199); Directive 89/665/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JOCE 1989, n° L395/33), modifiée par la Directive 92/50 (JOCE 1992, n° L209); Directive 90/531/CEE du Conseil relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1990, n° L297/1), codifiée par la Directive 93/38 (JOCE 1993, n° L199); Directive 92/13/CEE du Conseil, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1992, n° L76/14); Directive 92/50/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JOCE 1992, n° L209/1). En outre, pour définir ce qu'il faut entendre par «intérêt général», la Commission européenne expliquait dans ses Principes directeurs en 1996 que l'extension des règles de la concurrence n'irait pas à l'encontre des obligations de service public susceptibles d'être imposées par les pouvoirs publics aux entités - publiques ou privées - qui fournissent des services destinés à protéger la cohésion économique et sociale, l'environnement, la planification et la promotion des intérêts des consommateurs ainsi que l'utilisation des sols. Voir *UE, Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe*, Bruxelles, septembre 1996, révisée en janvier 2001 (JOCE C017 (2001)), p. 4-23.