



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/44
19 août 2004

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

Sixième session

Genève, 8-10 novembre 2004

Point 3 i) de l'ordre du jour provisoire

**LES PRATIQUES OPTIMALES POUR DÉFINIR LES COMPÉTENCES
REQUISES DES AUTORITÉS CHARGÉES DE LA CONCURRENCE
ET DES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION ET RÉGLER LES
AFFAIRES FAISANT L'OBJET D'UNE ACTION CONJOINTE**

Étude du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Même si elles jouent un rôle potentiellement complémentaire dans la promotion de marchés concurrentiels et dans la sauvegarde de l'intérêt des consommateurs, la politique de concurrence et les réglementations sectorielles ont des approches et des objectifs différents qui peuvent être à l'origine de tensions. En outre, les frontières entre la réglementation économique et technique et l'application du droit de la concurrence sont souvent floues. Les divers cadres dans lesquels les autorités chargées de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation coexistent sont examinés dans le présent document, afin de connaître les pratiques optimales adoptées dans divers pays. Il en ressort que, même s'il n'existe pas de division idéale des tâches entre les autorités de la concurrence et les autres organismes de réglementation, il est possible de définir des lignes directrices et des principes qui peuvent généralement s'appliquer à la plupart des secteurs et des pays.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
PRÉFACE.....	3
I. INTRODUCTION	3
II. APERÇU DE L'EXPÉRIENCE DES PAYS.....	5
III. APERÇU DES APPROCHES RÉGIONALES	10
IV. OBSERVATIONS FINALES	13

PRÉFACE

1. À sa cinquième session tenue du 2 au 4 juillet 2003, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a demandé au secrétariat de la CNUCED de réaliser une étude des pratiques optimales pour définir les compétences respectives des autorités chargées de la concurrence et des organismes de réglementation et régler les affaires faisant l'objet d'une action conjointe, pour examen à sa sixième session.
2. La manière dont les différents pays supervisent les relations entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation et leurs actions conjointes est examinée dans la présente étude. Celle-ci porte essentiellement sur les réglementations nationales, mais traite aussi des approches régionales – car ces réglementations font l'objet d'un nombre croissant d'accords régionaux, notamment en matière de concurrence – afin d'en tirer des enseignements.

I. INTRODUCTION

3. Autoriser les entreprises privées à participer aux secteurs importants d'un pays a pour effet d'accroître les débouchés et de favoriser la concurrence. Les progrès technologiques contribuent à rapprocher les secteurs traditionnels des autres secteurs et à réactualiser la notion de monopole naturel. Malgré cette évolution, il reste que l'intervention des pouvoirs publics est dans une large mesure souhaitable, sans nier l'importance du droit de la concurrence. Certains domaines de l'économie demeurent sujets aux dysfonctionnements du marché et les organismes sectoriels de réglementation continuent de jouer un rôle pertinent. En effet, dans de nombreux pays, la privatisation s'est souvent accompagnée de la création de nouveaux organismes sectoriels de réglementation afin de garantir le succès des réformes des marchés.
4. Dans ce contexte, même si les organismes sectoriels de réglementation et les autorités de la concurrence ont des attributions, des approches et des optiques différentes (voir tableau 1), ils ont un objectif commun et jouent un rôle complémentaire dans la promotion de marchés concurrentiels et dans la préservation des intérêts des consommateurs.

Tableau 1. Caractéristiques institutionnelles des organismes sectoriels de réglementation et des autorités de la concurrence

	Organisme sectoriel de réglementation	Autorité de la concurrence
A. Attributions	Pallier l'absence de concurrence; objectifs socioéconomiques divers	Protéger et accroître la concurrence; l'efficacité comme objectif principal
B. Approches	– Atténuer les effets du pouvoir de marché des monopoles naturels ou des monopoles de réseau – Imposer des normes de comportement et en surveiller le respect – Définir des prescriptions <i>ex ante</i> – Intervenir plus fréquemment et exiger un flux continu d'informations	– Réduire le pouvoir de marché chaque fois que possible – Imposer des mesures correctives structurelles (et de comportement) – Appliquer le droit <i>ex post</i> (sauf pour l'examen des fusions) – Réunir des informations en cas d'enquête; travailler davantage à partir des plaintes reçues

Source: Adapté de l'OCDE, Relations entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence, 1999. DAF/CLP(99)8.

5. Même s'ils ont un objectif commun, les organismes sectoriels de réglementation et les autorités de la concurrence ont des priorités et des méthodes différentes qui peuvent être sources de tensions. En outre, leurs compétences dans certains domaines ne sont pas toujours bien définies et peuvent être à l'origine de dilemmes, qui seront résolus en choisissant celui qui sera considéré comme le mieux placé pour résoudre un problème donné. A priori, compte tenu de la classification des tâches normalement confiées aux organismes sectoriels de réglementation et aux autorités de la concurrence (voir encadré 1), il serait logique que les premiers s'en tiennent à la réglementation économique et technique et que les secondes soient chargées de la protection de la concurrence et de la réglementation de l'accès. Toutefois, la distinction entre réglementation économique et technique et réglementation de la concurrence peut souvent paraître floue. Par exemple, dans les télécommunications, les décisions techniques relatives à l'utilisation du spectre des fréquences et les décisions connexes concernant les licences influent profondément sur le degré de concurrence dans ce secteur. La définition de conditions d'accès raisonnables et leur application sont un domaine dans lequel les autorités de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation sont tous deux compétents dans une certaine mesure.

6. Des conflits de compétence éclatent aussi en raison des ambiguïtés de la loi sur la question de savoir si c'est la réglementation sectorielle ou le droit de la concurrence qui prévaut pour les questions de concurrence. Dans de nombreux cas, les organismes sectoriels de réglementation ont été créés avant les autorités de la concurrence et ont été chargés des questions de concurrence dans leurs secteurs respectifs. Même lorsque de nouveaux organismes sectoriels de réglementation ont été mis en place au cours des dernières années, par exemple à la suite de processus

de déréglementation et de privatisation, des pays ont choisi de confier la protection de la concurrence aux organismes sectoriels de réglementation afin d'instaurer et de développer les principes de concurrence dans la réglementation sectorielle et de favoriser ainsi l'application cohérente de la politique de concurrence à l'ensemble de l'économie.

Encadré 1. Les fonctions de réglementation

- **Protection de la concurrence:** lutter contre les comportements anticoncurrentiels et examiner les fusions;
- **Réglementation de l'accès:** garantir un accès non discriminatoire aux intrants nécessaires, en particulier aux infrastructures de réseau;
- **Réglementation économique:** adopter des mesures de contrôle des prix de monopole; et
- **Réglementation technique:** élaborer des normes et en surveiller l'application en veillant à leur compatibilité et en tenant compte de la vie privée, de la sécurité et de la protection de l'environnement.

Source: OCDE, Relations entre les responsables de la réglementation et les autorités de la concurrence, 1999. DAFPE/CLP(99)8.

II. APERÇU DE L'EXPÉRIENCE DES PAYS

7. Les autorités de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation peuvent coexister dans des situations diverses. Les pays ont choisi des approches différentes pour veiller à la bonne coordination et à la cohérence des politiques des premières et des seconds (voir tableau 2). Ces approches peuvent généralement prendre cinq formes:

- I. Confier la réglementation technique et économique à l'organisme sectoriel de réglementation et laisser l'application du droit de la concurrence exclusivement entre les mains des autorités de la concurrence;
- II. Confier la réglementation technique et économique à l'organisme sectoriel de réglementation ainsi que tout ou partie des fonctions d'application du droit de la concurrence;
- III. Confier la réglementation technique et économique à l'organisme sectoriel de réglementation ainsi que les fonctions d'application du droit de la concurrence qui doivent être exécutées en coordination avec l'autorité de la concurrence;
- IV. Confier la réglementation technique au seul organisme sectoriel de réglementation en tant que fonction autonome et la réglementation économique à l'autorité de la concurrence; et
- V. Ne compter que sur l'application du droit de la concurrence par l'autorité de la concurrence.

8. Selon une analyse de l'OCDE sur les divers régimes en vigueur dans les pays membres de cette organisation, il n'existe pas de division des tâches idoine entre les organismes sectoriels de réglementation et les autorités de la concurrence. Un grand nombre de facteurs tels que la situation sociale et économique et le système juridique peuvent influencer sur cette répartition. Les caractéristiques du secteur réglementé sont aussi un facteur important dans le choix du cadre réglementaire, si bien que plus d'une approche pourrait être employée dans un pays donné.

Tableau 2. Approches nationales de la réglementation sectorielle et de la concurrence

Pays	Type d'approche	Observations
Afrique du Sud	III	Les organismes sectoriels de réglementation ont des compétences concurrentes. Toutefois, la loi sur la concurrence ne stipule pas explicitement si elle prévaut ou non sur tout autre type de réglementation. L'autorité de la concurrence est tenue de négocier des accords avec les organismes sectoriels de réglementation afin de coordonner l'exercice de ses compétences sur les questions de concurrence qui se posent dans les secteurs réglementés (dans les secteurs où l'organisme sectoriel de réglementation est explicitement compétent pour les questions de concurrence propres au secteur concerné – cela n'implique pas qu'un accord doive être signé avec chaque organisme sectoriel de réglementation). Actuellement, l'autorité de la concurrence est partie à des accords avec les organismes de réglementation des secteurs de la radiodiffusion et de l'électricité; aux termes de ces accords, l'autorité de la concurrence dirige les enquêtes sur les questions relevant de leurs compétences concurrentes. Elle remplit aussi une fonction de promotion.
Australie	IV, V	La Commission australienne de la concurrence et de la protection des consommateurs (Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) est chargée de la réglementation de l'accès, de la réglementation des prix des sociétés de services publics et de diverses autres fonctions de réglementation. En Australie, la réglementation générale est normalement préférée aux réglementations sectorielles, mais lorsque des organismes publics de réglementation existent, ils sont responsables de la réglementation technique et économique de plusieurs secteurs et collaborent étroitement avec l'ACCC.
Brésil	I	Le droit de la concurrence s'applique pleinement aux secteurs réglementés et les autorités de la concurrence sont responsables de son application en coopération avec les organismes sectoriels de réglementation.
Canada	II, III	Il n'existe pas de séparation explicite des compétences. Les conflits de droit écrit manifestes ou éventuels sont résolus en ayant recours à la doctrine de la «conduite réglementée». La conclusion d'un mémorandum d'accord entre l'autorité de la concurrence et l'organisme sectoriel de réglementation, définissant concrètement le rôle de chacun, a été un autre moyen employé. Mais elle ne s'est pas avérée une solution durable dans le secteur de l'audiovisuel puisque la nouvelle direction du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes y a renoncé.

Pays	Type d'approche	Observations
États-Unis d'Amérique	I, II	Les organismes sectoriels de réglementation ne participent pas explicitement à l'application de la législation antitrust; toutefois, dans certains secteurs, leur mandat va au-delà de la promotion de la concurrence, ce qui se traduit par un chevauchement des compétences. Lorsque cela se produit, le Congrès décide au cas par cas; l'autorité de la concurrence remplit une fonction de promotion.
France	II, III	Dans certains secteurs, les attributions des organes sectoriels de réglementation vont au-delà de la promotion de la concurrence, d'où le chevauchement de compétences qui ne sont pas explicitement délimitées. Dans la plupart des cas, en particulier lorsque la question du <i>service public</i> ¹ se pose, le Conseil d'État ou le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie prend des décisions au cas par cas; le Conseil de la concurrence remplit une fonction de promotion. Les décisions relatives aux fusions-acquisitions sont rendues par le Ministre et n'entrent pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence. En général, le droit de la concurrence ne l'emporte pas sur les lois et réglementations avec lesquelles il est incompatible.
Kenya	II	L'autorité de la concurrence n'est pas compétente pour les secteurs réglementés et ne remplit pas de fonction de promotion. Toutefois, les organismes sectoriels de réglementation coordonnent de plus en plus leur action avec l'autorité de la concurrence, même s'ils ne sont pas tenus de le faire.
Malawi	II	Le droit de la concurrence n'exclut pas les secteurs réglementés. Les organismes sectoriels de réglementation sont chargés de promouvoir l'efficacité et la concurrence. La question de la délimitation des compétences et de la clarification du rôle de chaque organisme pourrait se poser si la loi sur la concurrence était appliquée (même si elle existe depuis 1998, cette loi n'a pas encore été appliquée).
Maurice	II	Certains organismes sectoriels de réglementation ont des compétences en matière de concurrence.
Namibie	III	La loi de 2003 sur la concurrence s'inspire du modèle sud-africain.
Nouvelle-Zélande	V	La Nouvelle-Zélande a adopté une réglementation «légère» et s'en remet à une loi générique sur la concurrence. Toutefois, cette approche a été remise en question au cours des dernières années.
Portugal	III	Les organismes sectoriels de réglementation se sont vu confier des compétences en matière de concurrence et sont obligés de coordonner les activités menées dans ce domaine avec l'autorité de la concurrence. Aucune disposition particulière ne s'applique en cas de conflit.
République de Corée	I, III, IV	Suite à la réforme de la réglementation, la République de Corée s'oriente vers une approche du type III; toutefois, dans certains cas, ce sont les approches des types II et I qui sont utilisées.

¹ Intérêt général (public).

Pays	Type d'approche	Observations
République-Unie de Tanzanie	I	L'article 96 de la loi de 2003 sur la concurrence loyale exclut les comportements qui tombent sous le coup de la législation sectorielle (définie dans la loi).
Royaume-Uni	III	Les organismes sectoriels de réglementation ont des compétences concurrentes. La réglementation de 2000 sur les compétences concurrentes stipule la procédure à suivre pour décider quelle autorité est la mieux placée pour traiter une affaire ainsi que les modalités de règlement en cas de conflit.
Zambie	II	Les organismes sectoriels de réglementation ont des compétences concurrentes (pouvoirs équivalents). L'autorité de la concurrence joue aussi un rôle de promotion. Il n'existe pas de disposition en matière de règlement des conflits.
Zimbabwe	I, II	La loi sur la concurrence stipule que l'autorité de la concurrence prévaut pour toutes les questions de concurrence se posant dans les secteurs réglementés. Aux termes du chapitre 3 de la loi, tous les organismes sectoriels de réglementation sont tenus de demander l'aval de l'autorité de la concurrence pour toutes les fusions opérées dans les secteurs réglementés.

9. Dans la plupart des pays, il n'est pas inhabituel que les comportements régis par d'autres lois ou réglementations soient exclus de l'application du droit de la concurrence². Cela est souvent le cas même lorsque la législation nationale sur la concurrence ne prévoit pas d'exclusion particulière à cet effet ou prétend s'appliquer à toute l'économie sans exclusion. La majorité des juridictions ont en général les moyens d'appliquer efficacement leur législation sur la concurrence sans ces limitations, qui ont souvent pour effet de brouiller les compétences de l'autorité de la concurrence et des organismes sectoriels de réglementation ou d'aboutir à une absence de politique. Certains facteurs – le fait de savoir si les secteurs réglementés ont ou non fait l'objet de réformes, quel est l'état d'avancement de celles-ci et si des conflits potentiels de compétence dans l'application du droit de la concurrence dans ces secteurs se sont réellement produits et ont été suffisamment graves pour justifier l'adoption d'une mesure – semblent pouvoir inciter des pays à envisager de séparer clairement les compétences ou à remédier au chevauchement manifeste des compétences, notamment en élaborant des règles sectorielles au sein de la législation sur la concurrence. Par exemple, en Afrique du Sud, ce n'est que lorsque les entreprises des secteurs bancaire et agricole ont contesté la compétence de l'autorité de la concurrence afin de s'y soustraire et que les tribunaux ont commencé à interpréter la disposition de la loi de 1998 sur la concurrence qui excluait les actes régis ou autorisés par une autre loi dans le sens où les entreprises des secteurs réglementés ne tombaient pas sous le coup de la loi, que la législation sur la concurrence a été dûment modifiée en 2000 pour conférer des compétences concurrentes dans les cas où les questions de concurrence relèvent d'une autre réglementation (voir tableau 2). Au Canada, les restrictions à l'actionnariat étranger prévues

² Pour connaître des exemples d'exclusion dans les pays membres de l'OCDE, voir OCDE, *Champ d'application du droit de la concurrence: exemples d'exclusions*, 2003. COM/DAFFE/TD(2003)6/FINAL.

par la loi ont gravement réduit le champ des mesures correctives possibles lorsque les effets de la libéralisation et d'une concurrence accrue ont porté un coup fatal à l'une des deux principales compagnies aériennes et se sont traduits par l'approbation d'un quasi-monopole. Des règles propres à ce secteur ont dû être élaborées pour encadrer le pouvoir de marché de ce dernier. Il n'est pas toujours possible de prévoir des problèmes de ce type mais, pour de nombreux pays, ce sont dans les secteurs bancaire, aérien et agricole que se posent les questions les plus délicates à résoudre et, en particulier pour les pays en développement qui doivent mettre en œuvre leur droit de la concurrence ou commencent à peine à l'appliquer, il se pourrait qu'une attention plus grande doive être consacrée à ces domaines.

10. En définissant les compétences respectives des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation, la plupart des pays ont reconnu la nécessité de promouvoir une coopération étroite et une cohérence des politiques entre les premières et les seconds dans l'exécution de leurs mandats respectifs. Un élément clef de cette coopération est l'échange rapide d'informations et la tenue de consultations préalables concernant les questions qui influent sur les compétences spécialisées des uns et des autres. Un certain nombre de juridictions ont créé des cadres qui permettent aux organismes sectoriels de réglementation et à l'autorité de la concurrence de rester en contact régulier ainsi que de renforcer et de consolider leur coopération et leur coordination. Dans certaines juridictions, l'autorité de la concurrence et les autres organismes de réglementation ont conclu des mémorandums d'accord qui précisent généralement les relations entre les parties concernant les questions qui exigent une action conjointe. L'Afrique du Sud³ et le Canada, par exemple, ont adopté cette démarche. Toutefois, dans d'autres pays tels que le Zimbabwe, la loi sur la concurrence stipule simplement ce qui suit:

«Lorsqu'un organisme chargé par la loi de réglementer les activités de toute personne ou groupe de personnes autorise une fusion entre deux ou plusieurs personnes, il doit, sauf mention contraire de la loi qui en porte création, obtenir auprès de la Commission, aux termes de la présente loi, l'autorisation finale de la fusion» (amendement au chapitre 3 de la loi n° 7 de 1996).

En Croatie, la coordination avec les autres organismes de réglementation englobe la coopération avec la faculté de droit de l'université locale. Ce type de coopération peut être très utile pour les pays en développement qui manquent cruellement de compétences juridiques et économiques. Les fonctions de promotion de la concurrence d'une autorité de la concurrence sont aussi un moyen puissant et efficace de favoriser la coordination et la cohérence des politiques entre l'autorité de la concurrence et d'autres organismes de réglementation. Dans certaines juridictions où cette autorité a rang de département ministériel, il peut être nécessaire de veiller à ce qu'elle soit dotée des pouvoirs voulus pour conseiller d'autres entités publiques sur leurs programmes législatif et réglementaire.

³ Le mémorandum d'accord conclu entre l'Autorité sud-africaine de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation peut être consulté à l'adresse: www.compcom.co.za.

III. APERÇU DES APPROCHES RÉGIONALES

10. La question des relations entre le droit de la concurrence et les autres réglementations⁴ se pose aussi dans les groupements économiques régionaux et internationaux et prend en compte les incidences sur le commerce entre membres en tant que facteur supplémentaire. Il arrive de plus en plus souvent que les accords commerciaux régionaux comprennent des dispositions sur la concurrence faisant référence à la réglementation ou aux entreprises publiques. Outre la réglementation directe, les gouvernements poursuivent aussi divers objectifs de politique sociale et industrielle qui se recoupent lorsqu'ils définissent des normes, adoptent des mesures fiscales d'incitation et prélèvent des impôts. Étant donné que les réglementations directe et indirecte peuvent être utilisées à des fins protectionnistes, la question de savoir ce qui peut ou ne peut pas être considéré comme une incitation ou une aide de l'État appropriée fait aussi souvent l'objet de dispositions d'accords commerciaux régionaux. Les objectifs du libre-échange et de la concurrence sont souvent complémentaires, même si ce n'est pas toujours le cas⁵. En effet, dans le cadre du libre-échange, la politique de concurrence est intimement liée aux orientations fondamentales de la libéralisation, de la déréglementation et de la privatisation. Les dispositions des accords régionaux tendent à fixer comme priorité la promotion de l'efficacité économique et de conditions favorables à l'investissement étranger, alors que les points à l'examen portent sur l'accès aux marchés et d'autres droits des investisseurs. Elles stimulent souvent la réforme de la réglementation, en particulier dans le domaine des services publics et des monopoles. Même si ces réformes ont été trop longtemps différées et sont bien nécessaires, l'intégration régionale peut aussi réduire la capacité des gouvernements de réglementer et de mener des politiques industrielles dans l'intérêt public – en particulier dans les pays en développement où la réglementation sectorielle vise en général des objectifs socioéconomiques plus larges que la simple efficacité économique – pour garantir l'accès aux marchés⁶.

11. La portée des dispositions des accords régionaux va de l'établissement de règles supranationales et de l'harmonisation de la législation et des pratiques nationales à l'adoption de principes directeurs communs et à la promotion de la coopération entre autorités nationales. Tout en s'efforçant de limiter autant que faire se peut la portée de la réglementation nationale, un certain nombre d'accords reconnaissent aussi le droit souverain des parties de poursuivre, sous certaines réserves, leurs propres objectifs en matière de réglementation. Dans ce contexte et en reconnaissant les cas particuliers des monopoles naturels, certains accords contiennent aussi des exclusions spécifiques.

⁴ Y compris la propriété intellectuelle et les normes.

⁵ Par exemple, on peut concevoir qu'une pratique puisse entraver l'accès au marché tout en ne portant pas atteinte de manière visible à la concurrence générale sur le marché concerné.

⁶ Il est intéressant de noter qu'en France, où la tradition du *service public* demeure une priorité et où la libéralisation a été mise en œuvre de manière prudente, l'introduction de la concurrence dans le secteur de l'électricité a été accélérée car l'entreprise publique qui détenait à l'époque un monopole intégré, souhaitait se développer en Europe. D'autres pays d'Europe étaient enclins à interdire les acquisitions ou activités d'entreprises liées à des États qui refusaient la réciprocité en matière d'accès au marché et d'investissement.

12. Par exemple, l'Union européenne prévoit des exclusions en matière de transports ferroviaire, routier, fluvial et aérien. Par ailleurs, les entreprises qui se sont vu confier la tâche d'exploiter des services d'intérêt économique général ou qui revêtent le caractère d'un monopole dont les activités sont productrices de recettes sont traitées différemment. Toutefois, ces exclusions ne s'appliquent que dans le cas et aussi longtemps qu'elles n'ont pas d'effet contraire aux intérêts de la Communauté européenne; la Commission européenne plaide activement pour une réforme de la réglementation dans les États membres et applique les dispositions relatives à la concurrence aux actions des entités publiques. La politique de concurrence de l'UE est avant tout un moyen de faire tomber les frontières nationales entre États membres et de parachever l'unification du marché commun, d'où la nécessité de lutter contre les comportements anticoncurrentiels des acteurs à la fois publics et privés. Les politiques de concurrence des États membres sont admises dans la mesure où elles n'interfèrent pas avec l'application du droit de la concurrence au niveau communautaire.

13. Les dispositions de l'ALENA⁷ exigent que les membres de l'Accord prennent des mesures interdisant les pratiques anticoncurrentielles du secteur privé; elles ne définissent pas des normes à incorporer dans la législation nationale, mais soulignent plutôt l'importance de la coopération dans l'application du droit de la concurrence. Elles reconnaissent aussi le droit des gouvernements de créer des monopoles ou des entreprises publiques, mais s'efforcent de veiller à ce que les activités de ces entités n'entravent pas le libre-échange en établissant des disciplines qui reposent sur le principe de non-discrimination dans l'achat et la vente de biens faisant l'objet d'un monopole (art. 1501 à 1504). Néanmoins, la question de savoir si les dispositions de l'ALENA relatives à l'expropriation (art. 1110)⁸ ont un effet néfaste sur l'aptitude d'un pays à réglementer dans l'intérêt public est quelque peu sujette à controverse. Contrairement aux dispositions prises par l'UE en matière de concurrence, les membres de l'ALENA ne se sont pas engagés explicitement à mettre en place, sous quelque forme que ce soit, un droit supranational de la concurrence.

14. Le Protocole du MERCOSUR pour la défense de la concurrence (aussi connu sous le nom de Protocole de Fortaleza) invite ses parties à faire converger leur législation et leur opinion nationales sur l'interaction entre la politique de concurrence et les autres mesures gouvernementales, et prévoit de surveiller le comportement des acteurs privés sur le marché ainsi que les politiques gouvernementales qui peuvent avoir des effets anticoncurrentiels et fausser les échanges.

⁷ Accord de libre-échange nord-américain, dont les États membres sont le Canada, le Mexique et les États-Unis d'Amérique.

⁸ Les dispositions de l'article 1110 donnent aux investisseurs le droit de poursuivre les gouvernements pour obtenir réparation si leurs investissements se déprécient du fait de mesures réglementaires. À ce jour, des investisseurs ont formé des recours au titre du chapitre 11 de l'ALENA dans divers secteurs, notamment ceux de l'environnement, des contrôles sur le tabac, des licences pharmaceutiques et des ingrédients de pesticides. L'affaire *Metalclad c. Mexique* (environnement), par exemple, a suscité un débat public de grande ampleur.

15. L'accord commercial signé entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement – ANZCERTA; connu familièrement sous le sigle CER) a conduit à l'application de politiques de concurrence communes au niveau régional, ce qui peut témoigner du degré de convergence des conditions de la concurrence régnant sur le marché intérieur de ces deux pays du fait de leur intégration économique profonde – quoique leur intégration politique soit insignifiante, contrairement à celle des pays de l'UE⁹.

16. L'accord portant création de l'UEMOA¹⁰ met en place une autorité supranationale dont la compétence s'étend aux entreprises publiques et aux politiques gouvernementales qui peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce ou des effets anticoncurrentiels¹¹. Le projet de réglementation de la concurrence du COMESA¹² s'applique à toutes les activités économiques, qu'elles soient menées par des entités privées ou publiques, et ses compétences principales s'étendent aux branches ou secteurs qui sont réglementés par un organisme distinct. Il crée une autorité supranationale chargée de promouvoir la concurrence au sein du marché commun. De même, la politique de concurrence du CARICOM¹³ prévoit de traiter au niveau supranational des affaires ayant une dimension régionale, et le Protocole VII sur la politique de concurrence, la protection des consommateurs, le dumping et les subventions s'efforce de contrôler les actions anticoncurrentielles des acteurs publics et privés. Tous ces accords régionaux sur la concurrence semblent s'inspirer du modèle de l'UE, dans la mesure où la politique de concurrence

⁹ Les droits australien et néo-zélandais de la concurrence, même s'ils sont harmonisés, ne sont pas identiques, mais le CER est l'exemple le plus complet d'harmonisation et unique en son genre car il prévoit l'assouplissement des contraintes territoriales pour permettre à l'une des parties de prendre des mesures sur le territoire de l'autre partie, faisant ainsi du passage d'une juridiction à l'autre pour l'enquête ou la poursuite un facteur moins pénalisant. En juillet 2004, après 21 ans d'existence de l'Accord, les deux pays ont annoncé qu'ils avaient commandé une étude où serait examinée notamment la possibilité d'adopter des lois communes et de créer un seul organisme chargé de leur application.

¹⁰ Union économique et monétaire ouest-africaine, dont les membres sont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

¹¹ Les États membres peuvent demander à la Commission de l'UEMOA d'être exemptés des dispositions sur la concurrence lorsque leur application contrarie les objectifs d'intérêt public.

¹² Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe, dont les membres sont l'Angola, le Burundi, les Comores, Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Kenya, Madagascar, le Malawi, Maurice, la Namibie, l'Ouganda, la République démocratique du Congo, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, la Zambie et le Zimbabwe.

¹³ Communauté et Marché commun des Caraïbes, dont les pays membres sont Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, la Barbade, le Belize, la Dominique, la Grenade, le Guyana, Haïti, la Jamaïque, Montserrat, Sainte-Lucie, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Vincent-et-les Grenadines, le Suriname et Trinité-et-Tobago. Anguilla, les Bermudes, les îles Vierges britanniques, les îles Caïmanes et les îles Turques et Caïques sont des membres associés.

des États membres est admise et le droit de la concurrence représente un outil essentiel d'intégration économique.

17. Les pays de l'APEC¹⁴ ont élaboré des lignes directrices fondées sur les principes de non-discrimination, d'exhaustivité, de transparence et de responsabilité. Les principes de l'APEC visant à favoriser la réforme de la politique et du droit de la concurrence sont non contraignants et mettent l'accent sur la coopération dans l'application du droit de la concurrence. Ils reconnaissent que les politiques et réglementations des membres peuvent avoir d'autres objectifs que la promotion de la concurrence, et que la réglementation de la concurrence peut faire l'objet d'exemptions et d'exceptions si nécessaire.

IV. OBSERVATIONS FINALES

18. Au niveau national, un certain nombre de facteurs – notamment l'histoire, le cadre juridique et la constitution ainsi que l'héritage institutionnel – influent sur les choix que les gouvernements font lorsqu'ils définissent les compétences respectives des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation et supervisent les actions conjointes menées par ces entités lorsque cela s'avère nécessaire. L'article 7 de la loi type de la CNUCED qui traite des relations entre l'autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, notamment les organismes sectoriels, est l'une des sources d'inspiration des gouvernements aux prises avec cette question. La loi type stipule que les autorités de la concurrence devraient évaluer les obstacles réglementaires à la concurrence qui existent dans les réglementations économiques et administratives d'un point de vue économique, notamment pour des motifs d'intérêt général. Elle dispose aussi que les obligations d'intérêt général, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être définies de manière transparente.

19. Les approches suivies seront différentes selon la situation des pays et on ne saurait s'attendre à ce qu'une approche qui fonctionne pour un pays (ou une branche ou un secteur) soit imposée à un autre pays. Les forces puissantes qui façonnent les régimes de réglementation et de concurrence des nations sont souvent propres à ces pays; les différences nationales sont des contraintes importantes à l'harmonisation. Toutefois, l'OCDE a défini un certain nombre de principes généraux (voir encadré 2) qui semblent pouvoir s'appliquer de manière raisonnable à la plupart des branches et des pays.

20. Un des principes directeurs qui transparaît dans l'ensemble des points énumérés dans l'encadré 2 est celui de la subsidiarité qui, dans ce contexte, implique que toute forme donnée de réglementation devrait être appliquée au niveau de gouvernance garantissant une application efficace de ladite réglementation. D'autres principes qui peuvent être considérés comme favorisant l'application de la subsidiarité sont ceux qui visent à garantir l'accès à l'information nécessaire à l'adoption de jugements rationnels (transparence); la participation de toutes

¹⁴ Coopération économique Asie-Pacifique, dont les membres sont l'Australie, le Brunei Darussalam, le Canada, le Chili, les États-Unis, la Fédération de Russie, Hong Kong (Chine), l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Pérou, les Philippines, la Province chinoise de Taiwan (appelée Taipei chinois au sein de l'APEC), la République de Corée, la République populaire de Chine, Singapour, la Thaïlande et le Viet Nam.

les parties risquant d'être touchées par une réglementation (garantie d'une procédure régulière; par exemple, promotion de la concurrence); et la résorption des coûts non nécessaires découlant d'une surréglementation ou d'une réglementation inefficace (proportionnalité).

21. Ces principes sont tout autant valables au niveau régional, où le principe de subsidiarité devrait laisser la réglementation s'appliquer au niveau de gouvernance garantissant une application efficace de ladite réglementation qui concilie l'efficacité économique, les objectifs sociaux et la légitimité politique¹⁵.

Encadré 2: Principes directeurs de l'OCDE pour la répartition des tâches entre autorités de la concurrence et organismes sectoriels de réglementation

1. Il n'est pas toujours nécessaire de recourir à une réglementation économique pour traiter les problèmes résultant d'une plainte faisant état d'une position de force sur le marché soit parce que cette situation peut être trop provisoire pour mériter que l'on s'en inquiète, soit parce qu'une réglementation peu contraignante pourrait constituer une meilleure solution de rechange.
2. La réglementation technique ne convient probablement pas aux autorités chargées de la concurrence.
3. Compte tenu des avantages qu'il y a à combiner la réglementation technique et la réglementation économique, cette dernière ne devrait probablement pas être organisée comme une fonction autonome.
4. Compte tenu de ce qui a été dit sur la réglementation technique et la réglementation économique, il semble qu'il existe, en pratique, trois solutions possibles:
 - Combiner la réglementation technique et la réglementation économique au sein d'un organisme sectoriel et laisser l'application du droit de la concurrence entre les mains de l'autorité chargée de la concurrence;
 - Organiser la réglementation technique comme une fonction autonome et confier la réglementation économique à l'autorité chargée de la concurrence;

¹⁵ Lorsque l'on impose les mêmes objectifs à des personnes qui auraient fait des choix différents, cela comporte un coût politique et le public a plus de mal à comprendre les enjeux et à accepter les décisions prises. En outre, s'il est possible dans une certaine mesure d'adapter la réglementation à des situations différentes, cela est d'autant plus difficile à faire que les pays concernés sont plus nombreux et que les conditions intérieures sont diverses (voir G. Feketekuty, The role of regional and global institutions in international regulatory integration. Communication présentée à la Conférence sur le régionalisme (Conference on Towards Rival Regionalism; US and EU Regional Integration Policies and the Risk of a Transatlantic Regulatory Rift) qui s'est tenue à Ebenhausen (Allemagne) du 4 au 6 juillet 1996). Cela explique probablement pourquoi les exemples les plus réussis et les plus bénéfiques de convergence en matière de réglementation sont généralement ceux dans lesquels l'intégration économique est la plus avancée ou les conditions économiques ne sont pas trop disparates.

- Combiner la réglementation technique et la réglementation économique au sein d'un organisme sectoriel de réglementation et lui confier tout ou partie des fonctions d'application du droit de la concurrence.
5. Séparer les fonctions d'application du droit de la concurrence et celles de réglementation conduit à sacrifier certaines synergies et à devoir adopter des mesures garantissant que les entreprises ne sont pas soumises à des exigences contradictoires, mais cette formule garantit que les deux politiques sont administrées par des organismes qui en ont une connaissance approfondie et ayant des cultures adaptées à leur mise en œuvre.
 6. Si l'on décide de combiner l'application du droit de la concurrence et la réglementation économique, il convient d'accorder une grande attention aux différences dans la manière dont les autorités chargées de la concurrence et les organismes de réglementation exercent leurs principales fonctions parce que ceci peut avoir une influence considérable sur la manière dont ils accompliraient un mandat commun.
 7. Dans les secteurs dont on peut penser qu'ils seront assez rapidement concurrentiels (c'est-à-dire les secteurs en transition), si l'on suppose que l'on a décidé de combiner la réglementation économique avec l'application du droit de la concurrence, il serait probablement préférable de confier ces fonctions à l'autorité chargée de la concurrence plutôt qu'à un organisme sectoriel de réglementation.
 8. Dans les secteurs autres qu'en transition, s'il est décidé de combiner la réglementation économique avec la responsabilité du maintien d'un accès non discriminatoire aux moyens de production nécessaires, il est préférable de confier ces tâches à un organisme de réglementation plutôt qu'à l'organisme chargé de la concurrence.
 9. Du fait que les autorités chargées de la concurrence semblent bénéficier d'un avantage comparatif par rapport aux organismes de réglementation pour faire respecter l'interdiction de comportements anticoncurrentiels et examiner les fusions, elles doivent avoir une compétence exclusive dans ces domaines ou au moins une compétence concurrente avec un organisme de réglementation.
 10. Il existe, semble-t-il, de bonnes raisons d'organiser les organismes de réglementation sous la forme d'organismes à compétence générale plutôt qu'à compétence limitée à un secteur (qui plus est, certaines différences entre les résultats attendus des autorités chargées de la concurrence et des organismes de réglementation disparaîtraient probablement si ces derniers avaient une compétence générale et non pas sectorielle par nature).
 11. La réglementation économique, en particulier celle appliquée aux marchés en cours de libéralisation, devrait comporter une clause d'extinction automatique et ne devrait pas être renouvelée sauf si l'autorité chargée de la concurrence estime que ce renouvellement est justifié par le maintien d'une position de force sur le marché – il faudrait également penser à demander l'abrogation de la réglementation dans un marché où la concurrence fonctionne et une fois encore l'autorité chargée de la concurrence pourrait utilement participer à cette décision.

Source: OCDE, Relations entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence, 1999. DAF/CLP(99)8.
