



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/69
23 mai 2008

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

Neuvième session

Genève, 15-18 juillet 2008

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES AUTORITÉS
COMMUNAUTAIRES ET NATIONALES CHARGÉES
DES QUESTIONS DE CONCURRENCE DANS
L'APPLICATION DES RÈGLES
DE CONCURRENCE**

Rapport du secrétariat de la CNUCED*

* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de retards survenus dans la procédure.

Résumé analytique

Le présent rapport examine un échantillon représentatif de régimes communautaires ou régionaux résultant d'initiatives d'intégration économique de pays aussi bien développés qu'en développement ayant pour cadre des accords de libre-échange (ALE), des arrangements partiels et des unions douanières. L'accent est mis principalement sur l'Afrique, les Caraïbes, l'Europe et l'Amérique latine dans la mesure où des dispositions sur la concurrence figurent dans les accords commerciaux de ces régions. Le rapport compare plusieurs systèmes d'intégration régionale dotés d'instruments sur la concurrence et la façon dont les compétences sont réparties entre les autorités communautaires ou régionales et les autorités de concurrence nationales (ACN). L'Union européenne a mis en place des cadres institutionnels dans lesquels les compétences des différentes institutions sont clairement délimitées. L'Afrique et les Caraïbes mettent en place des institutions à l'heure actuelle, et en sont à différentes étapes. Les différents systèmes régionaux existant en Amérique latine contiennent des dispositions sur la concurrence mais qui s'avèrent lentes à mettre en œuvre. En Asie de l'Est et du Sud-Est, les objectifs fixés dans les systèmes régionaux en matière de concurrence sont limités. Le présent rapport examine les différents problèmes de répartition des compétences qui se posent à chaque région et recense plusieurs questions à examiner plus avant dans le cadre de débats et de travaux futurs.

I. CONTEXTE

1. À sa huitième session, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a proposé d'examiner à sa neuvième session la question de la répartition des compétences entre les autorités de concurrence communautaires et nationales et de l'application des règles de concurrence. L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence¹ invite les États à faire en sorte de lutter contre les pratiques commerciales restrictives, sur les plans national, régional et sous-régional, en adoptant les lois nécessaires ou en améliorant leur législation à cet effet, et en veillant à ce que ces lois soient effectivement appliquées, et en appliquant les procédures judiciaires et administratives voulues. Le présent rapport étudie les différents aspects de la répartition des compétences de mise en œuvre des lois sur la concurrence entre les autorités chargées de la concurrence au plan national et à l'échelon communautaire. La CNUCED a réalisé une enquête sur la répartition des compétences et le lecteur est invité à se reporter, si nécessaire, aux réponses communiquées par les États membres².

II. INTRODUCTION

2. Dans le présent rapport, les expressions «autorités de concurrence communautaires» ou «autorités de concurrence régionales» sont employées indifféremment, dans la mesure où on trouve les deux usages parmi les groupements régionaux. Le présent rapport s'intéresse principalement aux régimes nationaux et régionaux/communautaires où sont prévues des dispositions communes sur la concurrence et où il existe un partage de jurisprudence entre les institutions responsables.

A. Notions et définitions

3. En droit, on appelle «compétence» l'autorité d'un tribunal pour se saisir de questions particulières ou la «faculté» reconnue par la loi à un tribunal pour exercer sa juridiction sur une question, une personne ou une chose dans le cadre d'un procès. Le mot «répartition» contient l'idée d'attribuer une qualité ou un caractère à une personne, une chose ou une institution, par exemple lorsque des responsabilités sont réparties entre elles selon un plan ou des procédures déterminés. La notion de «souveraineté» peut se définir de plusieurs façons. Aux fins du présent rapport, c'est le droit exclusif d'un État au plein exercice de son autorité sur un domaine de gouvernance, sur sa population ou sur soi-même. La décision d'un pays d'appartenir à un groupement régional suppose de renoncer à une partie de sa souveraineté. Les retards constatés

¹ CNUCED, *Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence* (UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2), Nations Unies, Genève, 2000, partie E, par. 1.

² Les États membres et groupements régionaux suivants avaient répondu à l'enquête au 29 février 2008: Albanie, Barbade, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Burkina Faso, Colombie, Communauté andine, Costa Rica, Danemark, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Italie, Jamaïque, Japon, Lettonie, Pakistan, Panama, Pérou, Portugal, République bolivarienne du Venezuela, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Turquie, Union européenne, Uruguay, Viet Nam, Zambie et Zimbabwe.

dans l'application d'un certain nombre d'accords régionaux s'expliquent peut-être par ces facteurs et par d'autres facteurs que la CNUCED a examinés dans un document publié en 2005³.

B. La répartition des compétences dans l'application du droit de la concurrence

4. La répartition de compétences entre deux institutions suppose un transfert de responsabilités. Un pouvoir est créé à l'échelon régional, et il est renoncé à certaines compétences au plan national. En analysant le problème de la répartition des compétences, on est nécessairement amené à réfléchir à la question de la souveraineté des États dans leurs décisions et de la marge d'action dont ils disposent, qui revient régulièrement dans le débat sur les questions commerciales internationales.

C. Centralisation et décentralisation

5. Dans les régimes de concurrence nationaux ou régionaux, les structures chargées de veiller au respect du droit de la concurrence sont de deux types: centralisées ou décentralisées. Dans les structures centralisées, l'autorité de concurrence centrale dispose du pouvoir de contrainte. Dans les structures décentralisées, une partie du pouvoir de contrainte est délégué par l'échelon communautaire aux autorités nationales. Du point de vue de l'analyse économique, les deux structures présentent des avantages et des inconvénients. La décentralisation cherche à remédier aux asymétries de l'information entre les autorités de concurrence et les entreprises. C'est le problème de la relation principal-agent⁴. Dans le contexte de la concurrence, les autorités de concurrence (nationales ou supranationales) sont considérées comme le principal et les entreprises comme l'agent. Afin de protéger leurs intérêts, les entreprises peuvent dissimuler des informations, ou communiquer de fausses informations aux autorités. Il est plus facile à une entreprise de communiquer des renseignements à des autorités de concurrence nationales plutôt que supranationales.

6. Les décisions adoptées par les États membres d'un groupement régional peuvent avoir des effets transfrontières. Lorsqu'il existe une autorité centrale, les externalités sont parfois réduites ou supprimées⁵. Des économies d'échelle et des coûts de transaction moins élevés sont obtenus grâce à l'application uniforme des règles de concurrence par les autorités supranationales, qui servent de guichet unique pour le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles.

7. Il convient de ne pas perdre de vue, dans le raisonnement qui précède, le problème de l'emprise du secteur privé sur les autorités de concurrence⁶. Compte tenu de ce problème, renforcé par le discours sur la défense des champions nationaux, des autorités de concurrence supranationales seraient mieux à même de protéger les intérêts régionaux. L'argument perd de sa

³ Voir UNCTAD/DITC/CLP/2005/1, publication des Nations Unies, chap. 1.

⁴ R. Van den Bergh, «Economic criteria for applying the subsidiarity principle in the European Community: the case of competition policy», *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, p. 363 à 383.

⁵ Ibid., p. 366 à 367.

⁶ Ibid., p. 370.

force lorsque des groupes d'intérêt agissent de concert au niveau régional afin d'accroître leur influence auprès de l'autorité supranationale.

8. Dans les pays à structure fédéraliste comme l'Allemagne et les États-Unis, la compétence pour ce qui est de veiller au respect des lois sur la concurrence est répartie entre les autorités de concurrence infranationales (à l'échelle des *Länder* en Allemagne et des États aux États-Unis) et les autorités de concurrence nationales⁷. Dans ces deux pays, la compétence des ACN s'étend aux pratiques anticoncurrentielles qui entravent le commerce entre les *Länder* ou entre les États. En Allemagne, les autorités de concurrence de *Land* ont compétence en matière d'interdiction des cartels et de pratiques abusives, tandis que le Service fédéral des cartels a compétence exclusive en matière de contrôle des concentrations. Aux États-Unis, toutes les fusions et acquisitions sont examinées par le Ministère de la justice et la Commission fédérale du commerce. Les concentrations peuvent aussi être examinées par les autorités de concurrence d'un ou plusieurs États. D'après certains auteurs, des «structures fédéralisées pour les politiques de la concurrence» peuvent être avantageuses pour les grands pays disposant d'un marché intérieur important⁸.

III. GROUPEMENTS RÉGIONAUX ET RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

9. Dans le prolongement de la libéralisation et de la mondialisation des marchés, les initiatives d'intégration régionale se sont intensifiées au cours des années 90. Le choix de l'intégration régionale comme stratégie de développement est devenu une tendance mondiale⁹. Des travaux ont montré qu'il existe environ 250 régimes d'intégration régionale, sous la forme d'accords de libre-échange et/ou d'unions douanières. Ces initiatives ont évolué au fil du temps; elles se sont diversifiées d'un continent à l'autre et des sous-ensembles sont apparus. Il existe pourtant, dans chaque région, des différences fondamentales et des particularités.

10. Il est apparu de plus en plus d'accords de coopération bilatérale sur le respect de la concurrence, dans un contexte Sud-Sud, Nord-Nord ou Nord-Sud. Les accords bilatéraux marquent une évolution importante dans le domaine de la concurrence, mais l'étude de cette dynamique dépasse le cadre du présent rapport. Il sera procédé plus loin à des analyses détaillées de la situation d'autres régions pour ce qui est du partage des compétences entre les autorités de concurrence nationales et régionales.

11. Les systèmes régionaux de l'Asie de l'Est et du Sud-Est – principalement l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et la Zone de libre-échange des pays de l'ASEAN – ne prévoient pas de dispositions sur la concurrence. L'Association de coopération économique

⁷ Le Service fédéral des cartels en Allemagne; le Ministère de la justice et la Commission fédérale du commerce aux États-Unis.

⁸ O. Budzinski, «An international multilevel competition policy system», février 2007, disponible sur le site du Réseau pour la recherche en sciences sociales SSRN, ssrn.com/abstract=927710.

⁹ CNUCED, «Questions d'orientation générale pour les pays africains dans les négociations commerciales multilatérales et régionales» (UNCTAD/DITC/TNCD/2006/6), 2006.

Asie-Pacifique (APEC) se montre plus active dans le domaine de la concurrence. Elle a créé le Groupe de la politique de concurrence et de la dérégulation en 1996 afin d'améliorer le cadre concurrentiel de la région et de promouvoir une meilleure connaissance du droit et des politiques de la concurrence à l'échelle régionale. L'APEC propose des cours de formation, des réunions d'échange d'expérience et d'autres activités afin de promouvoir une culture de la concurrence. La Conférence de l'Asie de l'Est sur le droit et les politiques de la concurrence, coorganisée chaque année par la Commission des relations commerciales du Japon, la Banque asiatique de développement et les gouvernements des pays hôtes, est l'occasion de débattre des questions de concurrence et d'échanger des expériences. Les pays de la région ont conclu des accords bilatéraux de coopération entre eux et avec des pays extérieurs à la région¹⁰. Ces efforts ne se sont pas encore traduits par la mise en place d'un régime de concurrence régional, et la question de la répartition des compétences ne se pose donc pas pour cette région.

12. Le Conseil interétatique pour la politique antimonopole (ICAP) est un organisme régional regroupant les États membres de la Communauté des États indépendants (CEI). L'Accord sur la coordination de la politique antimonopole ne prévoit pas la création d'une autorité de concurrence supranationale. L'ICAP coordonne les activités des autorités antimonopole des États membres de la CEI et veille à l'harmonisation des législations nationales sur la concurrence. La Fédération de Russie indique dans sa réponse à l'enquête de la CNUCED que l'ICAP a adopté au milieu des années 90 une «loi-type sur la protection de la concurrence économique» afin d'aider les États membres qui n'avaient pas de législation sur la concurrence.

A. Afrique

13. L'intégration économique régionale en Afrique peut être divisée selon plusieurs groupes aux caractéristiques différentes. C'est en Afrique que le scénario est le plus complexe, avec une intégration régionale et sous-régionale caractérisée par l'appartenance à des entités multiples et l'existence de sous-ensembles à l'intérieur de certains groupements. L'accent est mis dans le présent rapport sur les groupements régionaux dont les traités contiennent des dispositions sur la concurrence, notamment la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), l'Union douanière d'Afrique australe (SACU) et l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA).

14. Comme on peut le voir à l'heure actuelle, de plus en plus de groupements régionaux recherchent des moyens de développer les règles de concurrence à l'échelon régional et d'inciter leurs membres à adopter des législations nationales. La tendance croissante à incorporer des dispositions relatives à la concurrence dans les accords et traités régionaux correspond à l'orientation de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, qui évoque «la nécessité de faire en sorte que les pratiques commerciales restrictives n'entravent ni n'annulent la réalisation des avantages qui devraient découler de la libéralisation des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce international, en particulier au commerce et au

¹⁰ D. Chang, «Suggestions for enhancing the effectiveness of cooperation on competition law and policy at the regional level from the experience of the Republic of Korea», *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1), 2005, p. 415 à 442.

développement des pays en développement»¹¹. Le partage des compétences en Afrique entre les autorités de concurrence régionales et nationales est examiné ci-après.

1. Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale¹²

15. La CEMAC a remplacé l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale à la suite d'un accord conclu en 1994 en vue de créer un marché commun. Elle s'est dotée d'une législation communautaire en matière de concurrence¹³, dans laquelle figurent des dispositions sur les cartels, le contrôle des concentrations et l'abus de position dominante. Les cartels sont interdits, mais les concentrations sont évaluées selon la méthode de la «règle de bon sens». Les concentrations préjudiciables à l'économie régionale sont bloquées. En vertu de l'article 9 de la législation communautaire, l'autorité de concurrence communautaire est compétente pour évaluer les concentrations présentant une dimension communautaire. L'article 14 autorise les États membres à évaluer les concentrations qui relèvent de l'intérêt national (santé publique, commerce des armes et stabilité financière).

16. À l'instar du modèle de l'Union européenne, le droit de la concurrence de la CEMAC s'applique aux pratiques anticoncurrentielles qui ont une incidence sur le commerce de ses États membres. L'Organe de surveillance de la concurrence, qui comporte un secrétariat exécutif et un conseil régional de la concurrence, contrôle l'application de ce droit. Le conseil est l'organe décisionnel en ce qui concerne les manquements à la loi. Une cour d'arbitrage examine les recours formés contre les décisions du conseil.

17. Il existe certaines préoccupations quant aux moyens d'application de cette législation communautaire sur la concurrence. Bien qu'il existe une volonté politique au niveau régional, les capacités de mise en œuvre se ressentent de la faiblesse institutionnelle des États membres. Le Cameroun est le seul État membre où existent une loi et une autorité nationales de concurrence. Il reste encore beaucoup à faire au plan national pour remédier au manque de ressources afin que les textes communautaires sur la concurrence soient appliqués efficacement. Il existe une répartition claire des responsabilités entre les autorités de concurrence communautaires et nationales. En attendant que le système soit mis en pratique, il est cependant difficile d'avoir un avis sur son efficacité dans le traitement des pratiques anticoncurrentielles.

2. Marché commun de l'Afrique orientale et australe

18. Le Traité de 1994 sur le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), qui a remplacé l'ancien Traité de 1981 instaurant une zone d'échanges préférentiels, a rapproché les pays d'Afrique orientale et australe en créant un espace économique et commercial

¹¹ CNUCED, document UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2, Genève, Nations Unies, p. 8.

¹² Cette section s'inspire de «Réglementation communautaire de la concurrence et renforcement du processus d'intégration économique en Afrique centrale» (UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.15), par Yves Kenfack, Nations Unies, New York et Genève, 2000.

¹³ Règlement 1/99-UEAC-CM-639 du 25 juin 1999; et Règlement 4/99-UEAC-CM-639 du 18 août 1999.

suffisamment vaste pour apporter des solutions aux difficultés rencontrées par les États membres. Le Traité envisage un marché commun soumis aux règles de la concurrence, et prévoit que le droit et la politique de la concurrence sont les deux instruments de politique économique utilisés pour réguler le marché.

19. L'article 55 du Traité prévoit que des règles de concurrence régionales sont élaborées pour empêcher que des pratiques anticoncurrentielles transfrontières ne compromettent les avantages découlant de l'intégration. Le Conseil des ministres du COMESA a adopté un règlement sur la concurrence en décembre 2004.

20. Les États membres du COMESA sont invités à adopter une législation nationale sur la concurrence. Le droit régional porte sur les problèmes de concurrence transfrontières qui ont une incidence sur le marché commun. Le régime de concurrence du COMESA est semblable à cet égard à celui de l'Union européenne. Le règlement communautaire s'applique aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises, y compris l'abus de position dominante. Elle s'étend aussi à la protection des consommateurs, en quoi elle se distingue de la formulation habituelle des réglementations de ce type¹⁴. En vertu de l'article 5 du règlement, les États membres doivent prendre «toutes les mesures appropriées... pour garantir le respect des obligations découlant du présent règlement ou de toute décision prise par la commission en vertu du présent règlement». L'article 16 interdit les pratiques économiques restrictives qui «perturbent les échanges entre les États membres» et «ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein du marché commun». L'article 18 traite de «tout abus par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci».

21. Le règlement communautaire prévoit la création de deux institutions chargées d'en assurer l'application: une commission de la concurrence et un conseil des commissaires¹⁵. Le conseil est l'organe suprême chargé de définir les orientations de la commission conformément à l'article 13 du règlement. La Cour de justice du COMESA s'occupe des litiges découlant de l'application du règlement et entend les recours formés contre des décisions du conseil sur des questions de droit¹⁶. Ses décisions s'imposent à tous les États membres. Elle jouit d'une compétence illimitée pour réviser les décisions du conseil, et peut imposer des pénalités en cas de manquement.

22. S'agissant du partage des compétences, la commission occupe une position supranationale par rapport aux ACN dans les affaires de concurrence. Lorsqu'elle reçoit une demande d'enquête concernant une pratique anticoncurrentielle qui a lieu dans un État membre, elle peut résoudre l'affaire de plusieurs manières. Elle peut ordonner à l'entreprise concernée de prendre certaines

¹⁴ G. K. Lipimile et E. Gachuri, «Allocation of competences between national and regional competition authorities: the case of COMESA», *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1), 2005, p. 365 à 414.

¹⁵ Règle n° 5 sur les institutions de mise en œuvre, partie 2, p. 3.

¹⁶ Art. 19 du Traité.

dispositions. Si l'entreprise ne s'exécute pas dans un certain délai, la commission peut se tourner vers le tribunal national compétent pour demander une injonction¹⁷.

23. L'article 24 7) sur le contrôle des concentrations donne la possibilité aux États membres de demander à la commission de renvoyer l'affaire pour examen «en vertu de la législation nationale sur la concurrence de l'État membre si ce dernier estime que la concentration» risque de porter atteinte à la concurrence sur son territoire. C'est la commission qui détermine en dernier ressort si l'affaire est renvoyée devant l'État membre dont émane la demande, ou si elle s'en saisit à l'échelon régional. L'article 23 dispose que si une des deux entreprises concernées par le projet de concentration, ou les deux, sont présentes dans deux, ou plus de deux États membres, l'affaire ressortit à la compétence de la Commission.

24. Les articles 27 à 38 sur la protection des consommateurs énoncent plusieurs catégories d'infractions à l'égard des consommateurs. La commission est compétente pour cet aspect dans la mesure où les infractions ont une incidence sur le commerce des États membres.

25. Un aspect important du partage des compétences entre la commission et les ACN concerne la détermination de la juridiction et l'existence d'un mécanisme efficace de répartition des affaires entre les institutions régionales et nationales. La réglementation met l'accent sur trois points: a) les décisions sur toutes les affaires qui concernent le commerce entre les États membres sont principalement du ressort de la commission; b) au sujet d'une même affaire, les décisions prises par la commission l'emportent sur celles des ACN; et c) les ACN et la commission coopèrent en vue de l'application efficace du règlement sur la concurrence du COMESA.

26. La Cour joue un rôle important dans l'application de la réglementation. Le Secrétaire général du COMESA est chargé d'évaluer, en consultation avec l'État membre concerné ou avec le Conseil des ministres, toutes les affaires pour lesquelles une décision de la cour est recommandée. C'est seulement lorsque de telles négociations ont eu lieu qu'une affaire peut être présentée à la cour. Le conseil peut régler l'affaire sans renvoi à la cour.

27. Si du point de vue du partage des compétences entre la Commission régionale et les autorités nationales, la réglementation du COMESA peut sembler assez complète, plusieurs aspects mériteraient d'être approfondis: a) les affaires qui concernent plus d'un État membre, mais qui ont des effets plus ou moins importants selon les États; b) les cas où un ou plusieurs des États membres concernés sont dépourvus de législation et/ou d'organisme en matière de concurrence; c) les affaires dont la portée géographique est difficile à établir; et d) les moyens et les ressources pour l'échange d'informations, la sensibilisation et les possibilités de formation en commun.

¹⁷ Art. 21 du règlement.

Encadré 1. COMESA – secteur du ciment¹⁸

Au sein du COMESA, le ciment est un facteur de production très important pour la branche du bâtiment. Partout dans le monde, des pratiques comme l'entente sur les prix, le partage des marchés et d'autres activités de cartel ont cours dans le secteur du ciment. Entre 1997 et 2001, la société française Ciments Lafarge était présente seulement au Kenya et au Cameroun, mais a été renforcée par l'acquisition d'autres usines de ciment en Afrique du Sud, en Ouganda et au Zimbabwe. En 2001, un mouvement de concentration s'est produit dans la région dans le secteur du ciment. Lafarge souhaitait étendre ses opérations en Zambie, au Malawi et en République-Unie de Tanzanie en prenant le contrôle des compagnies de ciment existantes. La Commission zambienne de la concurrence a évalué ces opérations et les a approuvées sous conditions. Il est possible que d'autres pays ne les aient pas évaluées en raison de lacunes législatives ou institutionnelles. Il s'agit d'une affaire que la Commission de la concurrence du COMESA aurait pu examiner pleinement étant donné ses incidences transfrontières.

3. Communauté de l'Afrique de l'Est

28. La Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) est une organisation intergouvernementale régionale créée en 2000. L'article 21 du protocole instituant la CAE crée l'Union douanière de l'Afrique de l'Est et interdit «toute pratique de nature à compromettre le libre-échange ... ayant pour objectif ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein de la Communauté»¹⁹. Le même article souligne que les dispositions du protocole relatives à la concurrence seront appliquées conformément à la politique et au droit de la concurrence de la CAE. Le document d'orientation sur la concurrence adopté par la CAE se réfère au principe de supranationalité et indique que la politique de la concurrence de la Communauté s'impose aux politiques de concurrence nationales des États membres dans les questions qui présentent une dimension communautaire. Le document introduit également le principe de subsidiarité, et aborde aussi bien les restrictions transfrontières que les restrictions d'origine extracommunautaire. Il prévoit que les pratiques anticoncurrentielles dont la dimension est simplement nationale sont du ressort des États membres. Le régime de concurrence de la CAE sera analogue sur ce point à celui du COMESA.

29. L'Assemblée législative de l'Afrique de l'Est a voté le projet de loi sur la concurrence de la CAE en mai 2007. Ce texte prendra force de loi une fois approuvé par les présidents de tous les États membres. La CAE a un certain nombre d'institutions permanentes, dont le Conseil des ministres, le Comité de coordination des secrétaires permanents, divers comités sectoriels, la Cour de justice de l'Afrique de l'Est, l'Assemblée législative est-africaine et un secrétariat. Le projet de loi sur la concurrence prévoit aussi la création d'un comité de la concurrence qui aura des pouvoirs suffisants pour veiller à l'application du droit communautaire. Ce comité pourra enquêter et imposer des sanctions et des réparations. L'application effective des décisions prises à l'échelon communautaire suppose que les États membres disposent des institutions

¹⁸ G. K. Lipimile et E. Gachuri, «Allocation of competences between national and regional competition authorities: the case of COMESA», op. cit., p. 382.

¹⁹ Disponible en anglais à l'adresse www.eac.int/EAC_CustomsUnionProtocol.pdf.

nécessaires. Cet aspect est problématique dans la CAE dans la mesure où le Burundi, le Rwanda et l'Ouganda n'ont pas encore de lois et d'organisme national de la concurrence.

4. Union douanière d'Afrique australe

30. L'Union douanière d'Afrique australe (SACU), créée en 1910, est la plus ancienne union douanière au monde. L'Accord révisé sur la SACU est entré en vigueur en juillet 2004. Ce texte prend acte des différences de niveau de développement économique des États membres et de la nécessité pour ces derniers de s'intégrer dans l'économie mondiale. Il constate que la mise en œuvre de l'Accord précédent a été compromise par le manque de politiques et d'institutions communes.

31. Les articles 40 et 41 de l'Accord traitent de la coopération visant à faire respecter la concurrence et à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, respectivement. Ces deux domaines sont mentionnés dans l'accord pour le développement de politiques communes. Un atelier organisé en 2004 à l'intention des États membres de la SACU avec le concours de la CNUCED a recommandé l'élaboration d'un document proposant un cadre sur les modalités de coopération possibles pour l'application d'une politique de la concurrence, assorti d'une annexe sur les pratiques commerciales déloyales. Un rapport établi par la CNUCED²⁰ à la demande des États membres de la SACU a esquissé les mécanismes qui pourraient être adoptés pour mettre en œuvre les articles 40 et 41. Dans le prolongement de ce document, la CNUCED élabore actuellement deux rapports: a) un accord instituant un mécanisme de coopération pour l'application d'une politique de la concurrence; et b) une annexe sur les pratiques commerciales déloyales. Ces rapports seront normalement examinés par les États membres au cours du premier semestre 2008.

32. Le système de la SACU ne prévoit pas de cadre supranational en matière de concurrence. Les États membres sont censés coopérer dans la mise en œuvre des politiques de concurrence. L'essentiel des attributions revient donc aux autorités nationales. Cela suppose que les États membres disposent d'une législation sur la concurrence et d'organismes de concurrence opérationnels.

33. Le mécanisme de coopération sera géré au niveau du secrétariat de la SACU par l'intermédiaire des institutions existantes, y compris en matière de règlement des différends. À cet égard, le secrétariat de la SACU est investi de certaines compétences. Les problèmes commerciaux transfrontières seront traités dans l'annexe sur les pratiques commerciales déloyales. Le mécanisme sera supervisé par le secrétariat de la SACU, qui sera dès lors compétent pour ces questions. L'une des principales difficultés pour établir le consensus au sein de la SACU tient au fait que ses États membres n'ont souvent pas les mêmes intérêts étant donné les écarts de niveau de développement économique et social qui existent entre eux.

34. Le fait que certains membres de la SACU appartiennent aussi à la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDA), ou aient conclu des accords bilatéraux avec des organisations tierces, par exemple l'Accord commercial entre l'Afrique du Sud et l'Union

²⁰ J. Mathis, «The South African Customs Union (SACU): a regional cooperation framework on competition policy and unfair trade practices» (UNCTAD/DITC/CLP/2005/3), 2005.

européenne où figurent des dispositions sur la concurrence, pourrait rendre plus délicate la mise en œuvre des articles 40 et 41.

5. Communauté de développement de l'Afrique australe

35. La Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA) a été créée en août 1992 par la signature d'une déclaration et d'un traité, à partir d'une alliance peu formalisée de neuf États datant de 1980, la Conférence pour la coordination du développement de l'Afrique australe (SADCC). La signature du traité de la CDAA a donné un statut juridique à l'organisation.

36. Le traité de la CDAA ne comporte pas de dispositions sur la concurrence. Cependant, l'article 25 de son protocole relatif au commerce prescrit aux États membres d'adopter des mesures complètes de promotion du commerce à l'échelon communautaire qui interdisent les pratiques commerciales déloyales et favorisent la concurrence. Il est prévu que la CDAA adopte des orientations à l'intention des États membres sur la façon de procéder à cet égard. Il ressort de discussions récentes entre les États membres à l'occasion d'une conférence ministérielle tenue en avril 2007 et d'une réunion de suivi organisée en septembre 2007 au moment du Forum spécial de la CDAA sur les négociations commerciales, que la préférence irait à la création d'un mécanisme de coopération plutôt que d'une structure supranationale.

37. Les questions de politique de la consommation figureraient également dans le mécanisme proposé. La proposition tend à créer un comité permanent au niveau du secrétariat qui s'occuperait à la fois des questions de concurrence et des questions de consommation. Le comité coordonnerait toutes les questions liées au mécanisme de coopération envisagé, notamment la définition des domaines de coopération en matière de concurrence et de consommation, le renforcement des capacités et la formation, l'échange de renseignements et la coopération internationale.

38. En ce qui concerne la répartition des compétences, en l'absence d'une structure où le découpage des responsabilités apparaisse, il est difficile de savoir quel degré de coopération sera effectivement possible. Un autre problème qui se pose est que pour que la coopération soit efficace dans un cas semblable, tous les membres participants doivent avoir une législation sur la concurrence et des mécanismes d'application efficaces.

6. Union économique et monétaire ouest-africaine

39. L'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) a été instituée par le Traité de Dakar en 1994. Ce Traité prévoit un régime régional dans le domaine de la concurrence. L'UEMOA a deux principes fondamentaux: la prééminence du droit communautaire sur le droit national et l'applicabilité directe et immédiate du droit communautaire²¹. Les États membres sont tenus d'apporter les ajustements nécessaires à leur législation nationale pour en assurer la conformité avec le droit communautaire, conformément au caractère supranational de l'Union.

40. Les articles 88 à 90 du Traité de Dakar prévoient des dispositions sur la concurrence. L'article 90 donne compétence à la Commission de l'Union pour appliquer les règles de

²¹ Art. 6 du Traité instituant l'UEMOA.

concurrence sous le contrôle de la Cour de justice. Cette dernière est habilitée à statuer sur toutes les décisions prises et toutes les astreintes imposées par la Commission. Aux fins d'application de ces règles, l'UEMOA a adopté en 2002 un règlement sur les pratiques anticoncurrentielles et des procédures régissant les cartels et l'abus de position dominante ainsi que les aides d'État. Une directive sur la coopération entre la Commission et les ACN en vue de l'application du droit de la concurrence communautaire a été adoptée.

41. Après l'adoption de ces instruments, la Commission a été dotée des moyens nécessaires afin d'avoir compétence exclusive pour appliquer le droit de la concurrence communautaire. La Cour de justice a décidé que les articles 88 à 90 du Traité de Dakar relevaient de la compétence exclusive de l'Union et que les États membres ne pouvaient pas exercer des compétences partagées ou parallèles dans le domaine de la concurrence²². Les États membres sont cependant associés au processus décisionnel dans le cadre d'un Comité consultatif de la concurrence constitué de représentants des États membres. La Commission consulte le Comité avant de prendre une décision dans une affaire de concurrence (mais les avis du Comité ne sont pas contraignants pour elle).

42. La Cour de justice de l'UEMOA a approuvé la Commission qui avait estimé que les États membres ne doivent pas adopter de lois sur la base de l'article 88, bien qu'ils puissent interdire par des lois nationales des pratiques que le droit communautaire ne prend pas en considération – pratiques commerciales restrictives et concurrence déloyale, notamment²³. Un risque d'application simultanée des textes communautaires et du droit national sur la concurrence existerait cependant dans certains cas²⁴. Des pratiques commerciales restrictives comme le refus d'approvisionnement ou le maintien de prix de revente peuvent comporter l'abus de position dominante, qui est couvert par le droit communautaire. Il peut être difficile en pareils cas de déterminer si la compétence revient à l'autorité de concurrence nationale ou régionale.

43. Avant l'entrée en vigueur de la réglementation communautaire sur la concurrence le 1^{er} janvier 2003, les États membres disposant d'une autorité de concurrence nationale pouvaient prendre des décisions sur les affaires de concurrence. Avant 2002, les autorités de concurrence du Sénégal et de la Côte d'Ivoire se sont occupées d'un certain nombre d'affaires de concurrence. Or, le Gouvernement sénégalais a signalé six affaires de cartel et d'abus de position dominante survenues entre 2003 et 2006 dont ni la Commission nationale de la concurrence, ni la Commission de l'UEMOA ne se sont saisies²⁵. L'examen collégial de la CNUCED mentionne que la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA est perçue au Sénégal

²² UEMOA, décision n° 003/2000 datée du 27 juin 2000, relative à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du Traité instituant l'UEMOA, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, p. 119 à 132.

²³ Examen collégial de la CNUCED.

²⁴ M. Bakhom, «Delimitation and exercise of competence between the West African Economic and Monetary Union (WAEMU) and its member States in competition policy», *World Competition*, 29 (4), 2006, p. 653 à 682.

²⁵ Examen collégial de la CNUCED.

comme un obstacle à l'action naissante dans ce domaine du Ministère du commerce et le la Commission de la concurrence²⁶. On y apprend également que si un nombre relativement élevé d'affaires a été traité en Côte d'Ivoire entre 1994 et 2001, il n'y en a pas eu d'autres depuis. La Commission de l'UEMOA a examiné une affaire de concentration depuis 2001²⁷. La réponse du Burkina Faso à l'enquête de la CNUCED signale deux facteurs de retard dans l'application de la législation communautaire. L'un concerne la difficulté psychologique à accepter l'avis de la Cour conférant compétence exclusive à la Commission de l'UEMOA. Le deuxième facteur concerne les modifications qui doivent être apportées pour adapter la législation nationale aux textes communautaires.

44. Les points à examiner plus avant concernant le mécanisme d'application de la législation sur la concurrence de l'UEMOA sont les suivants:

a) La Commission de l'UEMOA jouit d'une compétence exclusive pour toute pratique anticoncurrentielle se produisant dans un ou plusieurs État(s) membre(s) de l'Union, quelle qu'en soit l'incidence sur le marché communautaire ou sur le commerce entre les États membres. Il est estimé dans l'examen collégial de la CNUCED qu'une distinction pourrait être établie dans les compétences entre les autorités communautaires et les ACN;

b) Les parties lésées par des pratiques anticoncurrentielles n'ont pas facilement accès aux autorités communautaires (Bakhoun 2006). La détection et le règlement des pratiques anticoncurrentielles survenant dans les États membres peuvent de ce fait être empêchées;

c) La charge de travail de la Commission de l'UEMOA va inévitablement s'accroître du fait que sa juridiction s'étend désormais aussi bien aux affaires nationales que régionales. Cela risque de conduire à terme à des retards dans les décisions et à un accroissement des coûts de procédure;

d) L'examen collégial de la CNUCED mentionne la nécessité de réorganiser les institutions nationales pour qu'elles soient à même de prendre en charge des tâches liées aux affaires communautaires et disposent d'une autorité indépendante servant de point de contact avec les institutions de l'UEMOA.

B. Europe

45. Le régime de concurrence de l'Union européenne est le seul modèle régional disposant d'une autorité de concurrence supranationale qui fonctionne au monde. La Commission européenne est habilitée à appliquer les articles 81 à 86 du Traité de Rome. Les articles 81 et 82 concernent les accords restrictifs, les pratiques concertées et l'abus de position dominante au sein du marché commun. La Commission a compétence pour examiner les pratiques anticoncurrentielles qui affectent le commerce entre les États membres. Les autorités de concurrence nationales sont aussi habilitées à appliquer les articles 81 et 82. Elles peuvent mettre

²⁶ Examen collégial de la CNUCED, p. 71.

²⁷ Examen collégial de la CNUCED, p. 66 à 69.

fin à un manquement, ordonner des mesures conservatoires et accepter des engagements ou imposer des amendes.

46. Avant les réformes menées en 2004, la notification des accords à la Commission était facultative. Les sociétés peuvent bénéficier d'une exemption des prohibitions visées à l'article 81 3) du Traité. La Commission était l'autorité compétente pour appliquer cet article. Or, elle était submergée de notifications sur les ententes verticales restrictives, ce qui diminuait les ressources disponibles pour examiner les accords horizontaux, qui posent un plus grand risque de manquement aux règles de la concurrence²⁸. C'est l'un des facteurs qui a conduit à procéder à des réformes au sein de l'Union européenne. La Commission a également cité parmi les principales raisons de ces réformes l'inefficacité du système de notification à détecter certains cartels manifestes et les charges administratives excessives imposées aux entreprises²⁹.

47. Le Règlement 1/2003, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, a introduit des modifications par lesquelles les autorités de concurrence et les tribunaux nationaux devenaient compétents pour appliquer l'article 81 3). Lorsqu'ils appliquent la législation nationale sur la concurrence aux pratiques nationales affectant le commerce entre les États membres, les autorités de concurrence et les tribunaux nationaux doivent aussi appliquer les articles 81 et 82. Des questions se sont posées initialement sur la capacité des tribunaux nationaux à évaluer correctement les affaires de par leur expérience limitée et les analyses économiques que cela supposait³⁰.

48. Le Règlement du Conseil de l'Union européenne relatif au contrôle des concentrations entre entreprises³¹ dispose que les concentrations qui atteignent certains seuils de chiffre d'affaires sont de dimension communautaire³². Les concentrations de cette nature sont du ressort exclusif de la Commission. Dans l'examen des concentrations dépourvues de dimension communautaire, les autorités nationales de concurrence appliquent la législation interne. Le Règlement introduit un système de renvoi par lequel une concentration sans dimension communautaire qui est susceptible d'être examinée en vertu de la réglementation applicable aux concentrations d'au moins trois États membres peut être renvoyée à la Commission par les entreprises concernées³³. Les États membres peuvent demander à la Commission d'examiner les

²⁸ F. Jenny et P. M. Horna, «Modernization of the European system of competition law enforcement: lessons for other regional groupings», *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1), 2005, p. 285 à 331.

²⁹ O. Budzinski et A. Christiansen, «Competence Allocation in the EU competition policy system as an interest-driven process», 28 février 2005, disponible sur le site du SSRN: ssrn.com/abstract=682303.

³⁰ K. Lenaerts et D. Gerard, «Decentralization of EC competition law enforcement: judges in the frontline», *World Competition*, 27 3), 2004, p. 313 à 349.

³¹ Règlement (CE) du Conseil n° 139/2004 daté du 20 janvier 2004, OJ L24, 29 janvier 2004.

³² Art. premier du Règlement.

³³ Art. 4 5) du Règlement.

concentrations qui affectent le commerce entre les États membres et menacent la concurrence sur leur territoire³⁴. L'article 9 dispose que la Commission peut renvoyer un cas de concentration notifiée à un État membre lorsqu'il menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un «marché distinct» sur le territoire de cet État membre³⁵. En vertu de l'article 4 4), les entreprises peuvent demander à la Commission de renvoyer l'affaire à l'État membre concerné.

49. Il ressort de la réponse de l'Union européenne à l'enquête de la CNUCED que les règles d'attribution des affaires³⁶ et les mécanismes de coopération créés en vertu du Règlement 1/2003³⁷ empêchent la recherche du mieux-disant judiciaire entre la Commission et les ACN ou parmi les différentes ACN. En matière de contrôle des concentrations, la possibilité pour les parties à la concentration d'utiliser les règles relatives au renvoi préalable à la notification afin de rechercher l'instance la plus favorable a été citée. Des contacts étroits entre la Commission et les ACN aident les autorités à faire face à ce problème.

50. Le Règlement 1/2003 prévoit que la Commission, les autorités nationales de concurrence et les tribunaux coopèrent étroitement et se consultent pour veiller à l'application uniforme des règles de concurrence³⁸. Les autorités nationales de concurrence et les tribunaux peuvent consulter la Commission sur les affaires qui supposent l'application du droit communautaire. La Commission et les autorités nationales se communiquent les éléments d'information et de preuve relatifs aux affaires faisant intervenir les articles 81 et 82. Le Règlement 1/2003 dispose également que ni les tribunaux nationaux, ni les autorités nationales de concurrence ne peuvent prendre de décisions contraires à la décision que la Commission a adoptée ou envisage d'adopter³⁹.

51. Les tribunaux nationaux peuvent évaluer les décisions des autorités chargées de la concurrence tant sur la base de la législation nationale sur la concurrence que des articles 81 et 82. Les autorités nationales et la Commission peuvent aussi présenter des observations écrites ou orales aux tribunaux nationaux concernant l'application des articles 81 et 82. Toutefois, les tribunaux nationaux ne sont pas tenus d'accepter le point de vue de la Commission. Les décisions de justice relatives aux articles 81 et 82 sont communiquées à la Commission après notification des parties.

52. La Cour européenne de justice (CEJ) jouit d'une autorité illimitée sur les décisions de la Commission portant sur l'imposition d'astreintes. Elle peut annuler, réduire ou augmenter

³⁴ Art. 22 du Règlement.

³⁵ Art. 9 du Règlement.

³⁶ Avis de la Commission sur la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence, OJ C 101/43, 27 avril 2004.

³⁷ Art. 11.

³⁸ Art. 15.

³⁹ Art. 16.

l'astreinte imposée. En application de l'article 234 du Traité, les tribunaux nationaux peuvent, dans l'application des articles 81 et 82, demander à la CEJ de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de ces articles. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a compétence pour les recours formés directement par des personnes contre la Commission sur l'application des règles de concurrence aux entreprises.

53. Le Réseau européen de la concurrence (REC) a été créé comme un «forum de discussion et de coopération ... [devant] assurer à la fois une division efficace du travail et une application efficace et homogène des règles communautaires de concurrence»⁴⁰. Il est indiqué dans la réponse de l'Union européenne à l'enquête de la CNUCED que la coopération entre la Commission et les autorités nationales se déroule à plusieurs niveaux. Les questions importantes de politique de la concurrence sont débattues au niveau politique à l'occasion de réunions entre le Directeur général de la concurrence à la Commission et les chefs des autorités nationales de concurrence. Des échanges d'expérience et de savoir-faire ont lieu lors des réunions plénières de la Commission et des autorités nationales de concurrence.

54. Un autre régime qui existe en Europe est l'Accord sur l'Espace économique européen, qui s'applique aux 27 États membres de l'Union européenne, à l'Islande, au Liechtenstein et à la Norvège. Les articles 56 et 57 figurant dans la partie IV, chapitre premier du traité sur l'Accord, qui traitent des questions de concurrence, prévoient le partage des compétences entre la Commission et l'autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Dans le cadre de ce mécanisme, le principe du «guichet unique» est appliqué: l'instance qui se saisit de l'affaire est soit la Commission, soit l'autorité, mais pas les deux. Pour les cas où le commerce entre l'Union européenne et un ou plusieurs des États membres de l'AELE est affecté, le partage de compétence est déterminé sur la base du seuil de 33 % du chiffre d'affaires pour les entreprises concernées⁴¹.

⁴⁰ Avis de la Commission sur la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence, op. cit.

⁴¹ Voir http://www.eftasurv.int/fieldsofwork/fieldcompetition/compregrole/dbaFile547.html#Article_56_footnote .

Encadré 2. Fusion entre ENDESA et Gas Natural SDG SA⁴²

En 2005, l'autorité de concurrence espagnole a évalué la prise de contrôle d'ENDESA par Gas Natural SDG SA. Gas Natural et ENDESA étaient les acteurs dominants des marchés du gaz et de l'électricité, respectivement. L'OPA avait également été notifiée aux autorités de concurrence française, portugaise et italienne. Les autorités italienne et portugaise avaient demandé à la Commission européenne d'examiner l'affaire conformément à l'article 2 du Règlement n° 139/2004. L'autorité espagnole s'était opposée à cette demande. La Commission n'a pas accepté d'évaluer l'opération au motif qu'elle ne revêtait pas une dimension communautaire⁴³.

Dans le secteur de l'énergie, le Tribunal de la concurrence de l'Espagne peut rendre un avis sur les questions de concurrence, cependant que la Commission nationale de l'énergie dispose de responsabilités plus élargies. Le pouvoir de décision dans ce type d'affaires revient au Conseil des ministres. Le tribunal a rendu un avis défavorable à la prise de contrôle en estimant que celle-ci aboutirait à la création d'une société dominante sur les marchés du gaz et de l'électricité. La Commission nationale de l'énergie a formulé une décision non contraignante autorisant la prise de contrôle sous certaines conditions. Le Conseil des ministres a décidé d'autoriser l'opération le 3 février 2006, sous certaines conditions. Cette affaire montre comment les compétences peuvent être réparties entre les autorités nationales et communautaires. Une affaire de ce type peut s'avérer plus complexe en raison des compétences partagées entre les autorités de concurrence et les autorités de régulation du secteur.

55. Une autre affaire intéressante est celle de l'adoption d'une décision de l'Union européenne⁴⁴ concernant la société Microsoft à l'initiative de l'autorité de concurrence de la Croatie. Microsoft s'était engagée à ce que certaines spécifications des protocoles de serveur Windows soient diffusées sans discrimination à toutes les entreprises du marché croate dans les conditions d'égalité qui s'appliquent aux entreprises du marché de l'Union européenne, et engagé à fournir, sans discrimination, ses systèmes d'exploitation XP et Vista sans le lecteur Windows Media Player, dans toutes les langues de l'Union européenne, et au même prix. Dans cette affaire, l'autorité de concurrence croate a assumé la compétence juridictionnelle de l'Union européenne afin d'appliquer la décision sur son propre territoire, bien que n'étant pas membre de l'Union. Microsoft a accepté cette initiative.

C. Amérique latine

56. En Amérique latine, trois programmes d'intégration régionale sont en cours, chacun prévoyant des dispositions sur la concurrence: la Communauté andine, le Marché commun

⁴² CNUCED, «Recent Important Cases Involving More Than One Country» (TD/B/COM.2/CLP/62), Genève, Nations Unies, 26 avril 2007.

⁴³ Art. 1 du Règlement communautaire sur le contrôle des concentrations.

⁴⁴ Décision 2007/53 EC du 24 mars 2004, confirmée par un jugement du tribunal de première instance le 17 septembre 2007.

du Sud (Mercosur) et le Marché commun centraméricain (MCCA). Les textes de la Communauté andine et du Mercosur relatifs à la concurrence tardent à être appliqués.

57. Plusieurs pays d'Amérique centrale (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala et Nicaragua) ont adopté une initiative visant à harmoniser les règles de concurrence. Le Secrétariat permanent du Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale (SIECA) prêche son appui à un groupe de travail sur la politique de la concurrence créé en mai 2006. Les travaux du groupe sont fondés sur le Protocole de Guatemala signé en 1993 afin de lancer et de consolider l'intégration économique de la région. Il existe d'autres types d'accords qui contiennent des dispositions sur la concurrence, notamment les accords sur les monopoles et les entreprises d'État conclus dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et les accords conclus avec l'Union européenne.

1. Communauté andine

58. La Communauté andine a adopté en mars 2005 sa décision 608 concernant des règles de protection et de promotion de la concurrence au sein de la Communauté, qui s'applique aux pratiques anticoncurrentielles et à l'abus de position dominante. L'article 5 de la décision 608 concerne:

a) Les pratiques anticoncurrentielles qui surviennent et produisent des effets sur le territoire d'un ou de plusieurs États membres, à l'exception de celles qui n'émanent que d'un pays et n'ont d'incidences que sur ce pays; et

b) Les pratiques anticoncurrentielles qui ont leur origine dans un pays extracommunautaire et qui ont des incidences sur un ou plusieurs membres de la Communauté.

59. Il s'ensuit que le droit communautaire ne peut être appliqué que dans les affaires où deux pays ou davantage sont concernés. Les autorités de concurrence nationales ont compétence pour toutes les autres affaires.

60. Le secrétariat de la Communauté andine est l'organe chargé des enquêtes. Les enquêtes sont menées conjointement par les autorités régionales et les autorités nationales désignées sous la supervision de la Communauté andine. L'organe d'arbitrage de la Communauté andine, le Comité de protection de la libre concurrence, se compose de représentants de haut niveau des États membres. La cour de justice de la Communauté andine remplit la fonction judiciaire. Le secrétariat établit un rapport sur l'affaire, qui est ensuite communiqué aux parties et aux membres du Comité pour recommandations. La décision finale revient au secrétariat. Les sanctions et les réparations sont exécutées dans l'État membre où l'entreprise est située ou dans celui où les effets de la pratique se font ressentir.

61. En ce qui concerne la répartition des compétences, les institutions nationales et communautaires sont les unes et les autres investies de responsabilités. Dans les États membres où il n'y a pas de droit de la concurrence, l'autorité désignée se charge de faire appliquer le droit communautaire. En Bolivie et en Équateur, où il n'existe pas de droit de la concurrence, la décision 608 s'applique. Le Ministère du commerce et des exportations de la Bolivie et le Ministère de l'industrie et de la compétitivité en Équateur sont les autorités désignées.

62. L'application de la décision 608 s'est heurtée à diverses difficultés, notamment l'incapacité des autorités nationales à mettre en œuvre les décisions du secrétariat de la Communauté andine et à introduire les changements nécessaires à l'adaptation au droit communautaire.

Il conviendrait également que le secrétariat crée une structure appropriée dotée de ressources humaines adéquates et spécialisées qui soit en mesure d'appliquer les décisions et de travailler en coordination avec les autorités nationales. La réponse de la Communauté andine à l'enquête de la CNUCED mentionne que la décision 608 n'est pas assez largement diffusée, ce qui la rend difficile à appliquer pour les parties concernées.

2. Mercosur

63. Le Mercosur a été créé en 1991 par le Traité d'Asunción. Le Protocole de Fortaleza sur la protection de la concurrence a été adopté en 1996. Le Protocole prévoit l'instauration d'une politique de la concurrence commune dans la région et interdit les pratiques concertées qui restreignent et faussent la concurrence et ont des incidences sur le commerce des États membres. Tous les États membres à l'exception du Paraguay ont une législation sur la concurrence. Le Protocole ne prévoit pas d'autorité supranationale, mais invite les États membres à créer des autorités de concurrence autonomes.

64. Les organes d'application du Protocole sont la Commission du commerce du Mercosur et le Comité pour la protection de la concurrence. La Commission exerce des fonctions d'arbitrage tandis que le Comité s'occupe des enquêtes et des évaluations relatives aux affaires. L'examen des affaires commence avec le dépôt d'une plainte par les parties concernées devant l'ACN compétente, qui formule une constatation préliminaire par laquelle elle détermine si l'affaire présente ou non une dimension régionale. Si c'est le cas, l'affaire est renvoyée au Comité qui formule une deuxième constatation. Si l'affaire contrevient au Protocole, le Comité recommande des sanctions et/ou des mesures de réparation à la Commission. La Commission réévalue l'affaire pour confirmer si la pratique en cause viole le Protocole et publie une décision finale sous la forme d'une directive.

65. Les ACN sont chargées de faire appliquer les sanctions et/ou les mesures de réparation. En cas de contradiction entre la législation nationale et le Protocole, celui-ci l'emporte du fait que la législation des États membres reconnaît la primauté des traités internationaux⁴⁵. Les négociations sur le Protocole sont toujours en cours. Le Protocole n'ayant été ratifié que par le Brésil et le Paraguay, il est seulement applicable à ces pays. Les principales difficultés rencontrées dans l'élaboration d'un droit de la concurrence pour le Mercosur tiennent au manque d'intégration économique, de culture de la concurrence et de coordination entre les secteurs public et privé.

D. CARICOM

66. Le Traité révisé de Chaguaramas (2001) a créé la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et le marché et l'économie uniques de la CARICOM. L'initiative visait à renforcer l'intégration économique de la région en vue de parvenir à un développement durable reposant notamment sur

⁴⁵ Murilo Otavio Lubambo de Melo, «Defesa de Concorrência no Mercosul: entraves e soluções normativas», *Boletim Latinoamericano de Competencia*, n° 23, septembre 2007, p. 20.

la «compétitivité» et sur «des politiques économiques et des politiques étrangères coordonnées entre elles»⁴⁶.

67. Le chapitre 8 du Traité révisé concerne les politiques de la CARICOM en matière de concurrence et de consommation. L'article 169 dispose que «la politique de la concurrence de la Communauté vise à faire en sorte que les avantages de la création du marché et de l'économie uniques de la CARICOM ne soient pas compromis par des pratiques économiques anticoncurrentielles». Il dispose également que pour atteindre ses objectifs, cette politique s'attache à promouvoir et à préserver la concurrence et à améliorer l'efficacité économique. Les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire celles qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence, ou qui constituent un abus de position dominante, sont prohibées. Il est également question de la promotion des intérêts des consommateurs⁴⁷.

68. L'article 171 du Traité établit une commission de la concurrence communautaire, qui fait partie intégrante du marché et de l'économie uniques de la CARICOM, et veille au respect des dispositions relatives à la concurrence. La commission est une instance supranationale et exercera une surveillance des questions de concurrence transfrontières. Le Traité invite les États membres à adopter des lois relatives à la concurrence sur le plan national. L'article 173 décrit les fonctions de la commission, qui sont notamment de détecter les pratiques anticoncurrentielles ayant des effets transfrontières, de formuler des constatations à l'issue des enquêtes, de statuer et de veiller au respect des décisions.

69. La Commission est entrée en activité le 19 janvier 2008 à Paramaribo, au Suriname. Au moment où la nouvelle Commission débute sa tâche, il est important de noter que les États membres suivants ne disposent pas encore d'une législation sur la concurrence: Belize, Antigua-et-Barbuda, Dominique, Grenade, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie et Saint-Vincent-et-les Grenadines. En même temps, la plupart de ces pays font partie des Caraïbes orientales et sont membres de l'Organisation des États des Caraïbes orientales (OECO), qui se dirige vers la création d'une commission sous-régionale de la concurrence appelée à jouer le rôle d'une autorité de la concurrence nationale pour ses membres.

70. L'OECO, sous-ensemble de la CARICOM, a été créée en 1981 avec la signature du Traité de Basseterre. Son objectif est de promouvoir la coopération entre ses membres en les aidant à «maximiser les avantages de leur espace collectif» et de les aider à s'intégrer dans l'économie mondiale. Sa justification est que ces États sont trop petits pour s'en sortir seuls dans le contexte actuel de mondialisation et de libéralisation.

71. Concernant la répartition des compétences, la Commission de la concurrence de la CARICOM a compétence pour les affaires qui ont des effets transfrontières. Le Traité permet cependant la coopération entre l'instance communautaire et les autorités des États membres. Les États membres sont tenus d'adopter une législation sur la concurrence et de créer une autorité de la concurrence pour faire en sorte que les décisions de la Commission soient applicables sur leur territoire. La ligne de partage n'est pas des plus claires entre le cas où une affaire va à la Commission, et le cas où une affaire est traitée à l'échelon national.

⁴⁶ www.jis.gov.jm/special_sections/CARICOMNew/revisedtreaty.pdf.

⁴⁷ Ibid.

72. L'interaction entre le projet de commission de la concurrence de l'OECO et la Commission de la concurrence de la CARICOM doit être examinée. Si l'OECO doit remplir le rôle d'autorité nationale de la concurrence pour ses membres, certaines questions doivent être abordées, notamment la question de savoir si les membres de l'organisation seraient encore tenus de créer leur propre autorité nationale de la concurrence comme le prévoit le Traité de la CARICOM. Des problèmes pourraient survenir si des entreprises de pays non membres de l'OECO adressaient des plaintes à la CARICOM au sujet de pratiques provenant du territoire d'un pays membre qui portent préjudice à leur activité. L'OECO jouerait-elle le rôle d'un degré bureaucratique supplémentaire, ou d'un catalyseur dans le règlement de ce type d'affaires? Comment les États membres de l'OECE sauraient-ils qu'il existe un problème sur leur marché intérieur en l'absence d'une autorité nationale chargée des questions de concurrence?

73. Un autre problème auquel pourrait se heurter l'application du droit de la concurrence aussi bien de la CARICOM que de l'OECO est l'absence de ressources suffisantes. Ce problème est mentionné dans les réponses de la Jamaïque et de la Barbade à l'enquête de la CNUCED. Pour les pays de la CARICOM qui n'ont pas d'autorité de la concurrence, la priorité sera-t-elle de consacrer des ressources à l'instance régionale ou de créer une instance nationale? Les pays de l'OECO sont aussi membres de la CARICOM, et sont donc censés contribuer au financement des deux instances régionales, ce qui pourrait créer des problèmes compte tenu du manque de ressources. Le poste où des économies seraient possibles pour les deux organismes est celui du règlement judiciaire si toutes les affaires sont traitées par l'intermédiaire de la Cour de justice de la CARICOM. La proposition concernant la Commission de la concurrence de l'OECO laisse entendre que ce pourrait être le cas.

Encadré 3. CARICOM – secteur des télécommunications

En 2005, la Commission des relations commerciales de la Barbade a évalué une concentration dans le secteur des télécommunications entre Digicel et Cingular Wireless (société rachetée depuis par AT&T). Digicel avait entrepris de racheter les actifs et les licences de Cingular Wireless dans au moins cinq États membres de la CARICOM. La législation barbadienne sur la concurrence ne comportait pas de dispositions extraterritoriales et la concentration n'a donc été évaluée que dans la limite des frontières de la Barbade.

Une concentration d'une telle ampleur aurait été mieux examinée à l'échelon régional par la Commission de la concurrence de la CARICOM, qui, si elle avait existé à l'époque, aurait pu en évaluer les conséquences pour les États membres. L'absence de législation sur la concurrence comportant des dispositions sur le contrôle des concentrations dans la plupart des États membres à l'époque a fait que la concentration a été évaluée par les autorités de télécommunications de chacun des États membres. Ces organismes n'ont pas fondamentalement pour rôle ni pour priorité de garantir le jeu de la concurrence sur le marché, à l'inverse des autorités de concurrence.

À l'heure actuelle, le Traité de la CARICOM ne contient pas de dispositions sur les concentrations, mais les États membres ont engagé des discussions sur une éventuelle révision en ce sens du traité.

Source: Réponses de la Barbade à l'enquête de la CNUCED.

IV. POINTS À EXAMINER

74. Au terme de cet examen qui a passé en revue bon nombre de groupements régionaux, plusieurs questions qu'il conviendrait d'examiner plus avant se dégagent:

a) L'absence de cadres juridiques et institutionnels nécessaires à l'application des règles de concurrence régionales;

b) L'absence de ressources financières et humaines suffisantes, dans la plupart des pays en développement, pour faire appliquer les règles de concurrence régionales;

c) L'appartenance à des entités multiples, notamment en Afrique, et les complications que cela peut créer dans l'application des règles de concurrence; et

d) La possibilité que, dans la région des Caraïbes, le partage des compétences entre l'autorité régionale, la Commission de la concurrence de la CARICOM, et l'autorité sous-régionale de la concurrence pour les pays de l'OECO, entraîne des coûts additionnels et des doubles emplois.

75. Lorsque l'autorité supranationale de la concurrence a compétence exclusive pour s'occuper des pratiques anticoncurrentielles, qu'elles soient nationales ou transfrontières, comme dans le cas de l'UEMOA, la question de la souveraineté peut devenir sensible pour les États membres, en particulier ceux qui disposent d'une législation et d'une autorité sur la concurrence.

Tableau comparatif

Groupements régionaux	Dispositions sur la concurrence du traité ou du protocole	Instruments juridiques relatifs à la concurrence	Cadre institutionnel	Le régime est-il opérationnel?
<i>Afrique</i>				
CEMAC	Traité instituant la CEMAC	Règlement 1/99/UEAC-CM-639 Règlement 4/99/UEAC-CM-639	Conseil régional de la concurrence	non
COMESA	Article 55 du Traité instituant le COMESA	Règlement du COMESA relatif à la concurrence	Commission de la concurrence du COMESA	En partie
CAE	Article 21 du Protocole de la CAE	Projet de loi sur la concurrence de la CAE	Comité de la concurrence de la CAE (création prévue)	non
SACU	Articles 40 et 41 de l'Accord de la SACU	Proposition en vue d'un accord de coopération (art. 40) Annexe sur les pratiques commerciales déloyales (art. 41)	Secrétariat de la SACU	non
CDAA	Article 25 du Protocole relatif au commerce de la CDAA	Proposition de mécanisme de coopération	Secrétariat de la CDAA	non

Groupements régionaux	Dispositions sur la concurrence du traité ou du protocole	Instruments juridiques relatifs à la concurrence	Cadre institutionnel	Le régime est-il opérationnel?
UEMOA	Articles 88 à 90 du Traité de l'UEMOA	Règlement 02/2002/CM/UEMOA Règlement 03/2002/CM/UEMOA Règlement 03/2002/CM/UEMOA Directive n° 01/2002/CM/UEMOA	Commission de l'UEMOA Comité consultatif	oui
<i>Asie</i>				
ASEAN	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
APEC	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
<i>Europe</i>				
Union européenne	Articles 81 à 86 du Traité de Rome	Règlement du Conseil 1/2003 Règlement du Conseil 139/2004	Commission européenne	oui
<i>Amérique latine</i>				
Communauté andine	Décision 608 de la Commission de la Communauté andine	Décision 608 de la Commission de la Communauté andine	Comité pour la protection de la libre concurrence	non
Mercosur	Articles 4 et 6 du Protocole de Fortaleza	Accord sur l'application du Protocole du Mercosur relatif à la protection de la concurrence	Commission du commerce et Comité pour la protection de la concurrence du Mercosur	non
<i>Caraïbes</i>				
CARICOM	Traité de la CARICOM	Chapitre 8 du Traité de Chaguaramas	Commission de la concurrence de la CARICOM	En partie
OECD	Traité de la CARICOM Traité de Basseterre	Chapitre 8 du Traité de Chaguaramas	Commission de la concurrence de l'OECD (proposition)	non
