



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

Distr. limitée
17 mai 2017
Français
Original : anglais

**Conseil du commerce et du développement
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Seizième session**

Genève, 5-7 juillet 2017

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**Programme de travail, y compris le renforcement
des capacités et l'assistance technique en matière
de droit et de politique de la concurrence**

**Loi type sur la concurrence (2017)
– Chapitre II révisé***

* Projet de chapitre II révisé de la loi type sur la concurrence (2017) fondé sur le document TD/RBP/CONF.7/L.2 et distribué pour examen. Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



Loi type sur la concurrence (2017) – Chapitre II

Définitions et champ d'application

I. Définitions

a) Le terme « entreprises » désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'État, qui exercent des activités commerciales ; il englobe leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles ;

b) L'expression « position dominante sur le marché » désigne une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou d'un service ou d'un groupe de biens ou de services particuliers ;

c) L'expression « fusions-acquisitions » désigne des situations dans lesquelles, grâce à une opération juridique entre deux entreprises ou plus, ces dernières procèdent à une unification légale de la propriété d'actifs qui faisaient auparavant l'objet d'un contrôle séparé. Ces situations englobent les rachats, les coentreprises et d'autres formes de prise de contrôle comme les directions imbriquées ;

d) L'expression « marché considéré » désigne les conditions générales dans lesquelles vendeurs et acheteurs échangent des biens, et sous-entend que soient définies des limites à l'intérieur desquelles la concurrence entre les groupes de vendeurs et d'acheteurs est susceptible d'être restreinte. Elle suppose la définition du produit et de la zone géographique dans laquelle des groupes particuliers de biens, d'acheteurs et de vendeurs interagissent afin de fixer les prix et la production. Elle devrait englober tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

II. Champ d'application

a) La loi s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies ci-dessus, en ce qui concerne l'ensemble de leurs accords commerciaux, opérations ou transactions portant sur des biens, services ou droits de propriété intellectuelle ;

b) Elle s'applique à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi ;

c) Elle ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

Commentaires du chapitre II et formules différentes relevées dans les législations existantes

I. Définitions

Introduction

1. La plupart des lois sur la concurrence consacrent une section aux définitions. Certaines comprennent une liste préliminaire de définitions, où sont énumérés un certain nombre de termes employés dans la législation ; d'autres ne définissent un terme que dans la section de la loi où celui-ci est utilisé. Dans ce dernier cas, on peut se demander si la définition donnée ne s'applique qu'à la section concernée ou si elle vaut aussi pour le reste de la loi. Ce sont les règles régissant l'interprétation dans un système juridique donné qui permettent de répondre à cette question.

2. Les définitions rendent la lecture de la loi plus facile et lèvent toute confusion ou ambiguïté. À cette fin, elles précisent quels éléments sont essentiels pour l'utilisation de termes qui, dans le langage courant, ont une signification incertaine ou des sens multiples. Elles peuvent aussi attribuer un sens différent de celui de l'usage courant, notamment élargir ou restreindre la signification d'un terme au sens de la loi.

3. Lorsqu'il élabore une loi sur la concurrence, le pouvoir législatif devrait prendre en compte le fait que les définitions garantissent que sa volonté est respectée par l'organisme chargé de l'application de la loi. Toutefois, des définitions trop nombreuses ou trop strictes peuvent aussi restreindre la marge de manœuvre de l'autorité compétente et la possibilité d'élargir ou de limiter la portée de la législation lorsque la situation sociale ou économique l'exige. Définir une notion, c'est aussi prendre le risque de créer une exception ou une exemption implicite (ou par défaut).

4. Les définitions juridiques sont souvent formulées à partir de définitions qui sont issues de la pratique judiciaire et qui, partant, ne prêtent à aucune ambiguïté et ne donnent lieu, dans la jurisprudence, à aucune différence gênante propre à pervertir l'objectif de la législation dans son ensemble. L'adhésion à des principes largement acceptés implique que les définitions utilisées ont subi l'épreuve du temps et résisteraient probablement à toute contestation judiciaire. En outre, si une définition a été mise à l'épreuve – c'est-à-dire qu'elle a résisté à des contestations dans la jurisprudence de régimes de concurrence plus mûrs – il y a davantage de chances qu'on veuille l'adopter dans un droit de la concurrence plus récent.

5. À cet égard, les droits de la concurrence adoptés plus récemment peuvent tirer parti de définitions qui ont été élaborées dans des régimes juridiques plus anciens et qui se sont avérées utiles au fil du temps. Par exemple, si l'on comparait la Barbade et la Jamaïque, la législation jamaïcaine serait considérée comme plus mûre et en tout cas plus ancienne ; dans la législation jamaïcaine, la définition du terme « entreprise » exclut toute personne qui « est employée dans le cadre d'un contrat de travail ; ou exerce les fonctions de directeur ou de secrétaire d'une société et, dans chaque cas, agit à ce titre [...] ». C'est aussi vrai de la législation de la Barbade, où l'entreprise est définie de manière à exclure un « employé » ou un « cadre » d'une entité donnée du champ d'application de la législation¹.

6. Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que des droits de la concurrence adoptés plus récemment, notamment en Inde, à la Barbade, au Nigéria et en Jamaïque, aient apparemment défini davantage de termes que les législations plus mûres en vigueur aux

¹ Voir la définition du terme « entreprise » dans la section préliminaire de la loi jamaïcaine sur la concurrence loyale (loi n° 9 de 1993) et la loi sur la concurrence loyale de la Barbade, 2002-19, CAP.326C.

États-Unis, dans l'Union européenne (UE) ou au Royaume-Uni car les définitions issues de la pratique judiciaire de ces pays étaient accessibles.

7. En outre, compte tenu des efforts internationaux visant à traduire et à développer les meilleures pratiques dans l'application du droit de la concurrence (par exemple, le Réseau international en matière de concurrence), ainsi que de l'échange d'expériences favorisé par des organisations internationales telles que la CNUCED et l'Organisation de coopération et de développement économiques, il n'est pas non plus surprenant que les définitions données dans diverses législations tendent à se ressembler.

8. Dans les juridictions où les réformes juridiques sont souvent des processus lourds et longs, les définitions de notions et de termes relatifs au droit de la concurrence ne figurent pas forcément dans la loi qui doit être officiellement promulguée. Elles peuvent être publiées dans des lignes directrices, avis et documents de travail de l'organisme compétent. Par exemple, les amendements au droit européen de la concurrence figurant dans le Traité de Lisbonne² doivent être approuvés par tous les États membres de l'UE et les amendements aux dispositions relatives à la concurrence contenues dans les réglementations du Conseil exigent un vote à la majorité qualifiée, ce qui peut s'avérer un processus très politique et long. En conséquence, un grand nombre de définitions et de notions de droit de la concurrence sont énoncées dans les réglementations et communications de la Commission européenne.

9. La publication préalable de définitions et de notions de droit de la concurrence dans des lignes directrices et des documents de travail peut aussi être un moyen de les mettre à l'épreuve avant de procéder à une réforme juridique. Il convient néanmoins de noter que les définitions données dans des lignes directrices, avis, etc., ne jouissent pas de la même autorité que les définitions figurant dans la législation.

Définitions données dans la loi type sur la concurrence

10. Le paragraphe 1 du chapitre II de la loi type sur la concurrence donne plusieurs définitions qui sont généralement contenues dans les législations relatives à la concurrence. Il convient néanmoins de souligner que cette liste n'est pas exhaustive. Au contraire, à première vue, le lecteur pourrait se demander pourquoi, par rapport à la législation habituelle relative à la concurrence, la loi type contient si peu de définitions. La section de la loi type consacrée aux définitions ne reprend pas un grand nombre de définitions que l'on trouve couramment dans les diverses lois relatives à la concurrence existant dans le monde entier, notamment les termes « filiale » ou « société affiliée » et « accord ».

11. Le nombre restreint des définitions données dans la loi type peut s'expliquer par le fait que la rédaction de ce texte a été consensuelle. Aucun élément susceptible de faire l'objet d'une objection ne serait-ce que de la part d'un seul État membre n'a été retenu. On constate une certaine parenté dans les termes définis. Par exemple, ceux qui sont énumérés dans la loi type sont ceux sur lesquels se sont entendus divers organismes chargés de l'application du droit de la concurrence ; et il est possible de mentionner un terme caractéristique qui est défini dans la quasi-totalité des législations relatives à la concurrence – que le mot utilisé soit le même ou non, il est possible de reconnaître une même notion. Par exemple, dans presque toutes les législations étudiées figure une définition sur laquelle reposent les dispositions de fond de la législation régissant les entités exerçant une activité économique et parfois l'action de l'État.

a) Le terme « entreprises » désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'État, qui exercent des activités commerciales, et englobe leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles.

² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

12. Les lois sur la concurrence s'appliquent en général à l'ensemble des différents acteurs économiques décrits au paragraphe 1 a) du chapitre II de la loi type. Afin de ne pas répéter le contenu intégral des dispositions de fond de la loi, une définition ou un accord implicite sur les destinataires est essentiel. La définition des destinataires du droit de la concurrence est un exercice qui requiert une attention particulière car elle restreint le champ d'application subjectif de la loi.

13. Différentes méthodes peuvent être observées. Comme il a déjà été mentionné, dans certains régimes juridiques relatifs à la concurrence, la définition des destinataires ne figure pas dans la loi, mais elle s'inspire de la pratique judiciaire des organes chargés de l'application de la loi pour établir une définition adéquate au fil du temps, comme le montre l'exemple de l'UE ci-après.

14. Lorsque le pouvoir législatif préfère définir les destinataires dans la loi sur la concurrence, les éléments suivants devraient être pris en considération. Une simple énumération de tous les acteurs économiques possibles soumis au droit de la concurrence ne permet pas d'appliquer la loi avec souplesse à de nouvelles formes d'entités économiques qui n'étaient peut-être pas encore connues lorsque la définition statique a été adoptée. Il semble donc utile de ménager une certaine souplesse dans la définition des destinataires de la loi sur la concurrence, en énonçant les caractéristiques essentielles qui s'appliquent aux destinataires. Cette méthode est celle qui a été choisie dans la loi type sur la concurrence, où l'accent est mis sur l'exercice d'activités commerciales dans la définition des entreprises en tant que destinataires.

Autres méthodes adoptées dans les législations existantes – Définition des destinataires de la loi

Pays

Droit de la concurrence ne contenant pas de définition des destinataires

Union européenne Les destinataires du droit de la concurrence de l'UE sont les « entreprises ». Voir, par exemple, les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, qui interdisent les accords, décisions et pratiques concertées anticoncurrentiels qui sont le fait d'« entreprises » et l'abus de position dominante par une entreprise « dominante ». Toutefois, le droit européen de la concurrence ne contient pas de définition du terme « entreprise ».

Au fil du temps, une conception fonctionnelle de la notion d'entreprise s'est dégagée de la jurisprudence européenne. Ainsi, la qualification d'entreprise « s'applique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique »³ qui relève du droit de la concurrence de l'UE.

Droit de la concurrence contenant une définition des destinataires

Brésil La loi brésilienne sur la concurrence « s'applique aux personnes physiques ou aux personnes morales de droit public ou de droit privé ainsi qu'à toute association de personnes morales ou de personnes physiques, qu'elle soit *de facto* ou *de jure*, même temporaire, constituée ou non en société, et même si elle exerce des activités relevant du monopole prévu par la loi »⁴.

³ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, C-41/90 *Höfner et Elser c. Macrotron GmbH* [1991] E.C.R. I-1979.

⁴ Loi n° 12.529 du 30 novembre 2011, art. 31.

Pays

| | |
|-----------|--|
| Pérou | Au Pérou, la loi sur la concurrence « s'applique aux personnes physiques ou morales, aux associations commerciales, aux sociétés fiduciaires et aux autres sociétés, qu'elles soient publiques ou privées, d'État ou non, à but lucratif ou pas, qui, sur le marché, vendent ou achètent des biens ou des services ou dont les entreprises affiliées ou associées ou les membres exercent ces activités. Elle est aussi applicable aux entités chargées de l'administration, de la gestion ou de la représentation des entités susmentionnées pour autant que celles-ci aient participé à l'organisation ou à la commission de l'infraction administrative » ⁵ . |
| Indonésie | Les destinataires de la loi indonésienne sur la concurrence sont l'ensemble des acteurs économiques définis de la manière suivante : « toute personne physique ou entité commerciale, constituée soit en personne morale, établie et domiciliée ou exerçant des activités sur le territoire placé sous la juridiction de la République d'Indonésie, soit de manière individuelle ou conjointe sur la base d'un accord, exerçant diverses activités commerciales dans le domaine de l'économie » ⁶ . |
| Inde | La loi indienne de 2002 sur la concurrence définit une « entreprise » comme « une personne ou un service gouvernemental qui se livre, ou s'est livré, à toute activité en rapport avec la production, le stockage, l'approvisionnement, la distribution, l'acquisition ou le contrôle d'articles ou de biens, ou à la prestation de services, quels qu'ils soient, ou à l'investissement, ou à des activités en rapport avec l'acquisition, la garde, la garantie d'émission d'actions, d'obligations ou autres valeurs de toute autre personne morale, ou toutes transactions les concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'un de ses services, ou de ses divisions ou l'une de ses filiales, qu'ils soient situés au même endroit que cette entreprise ou dans un endroit ou des endroits différent(s), mais non à des activités gouvernementales en rapport avec des fonctions qui sont l'apanage de l'État, y compris celles qui relèvent des services du gouvernement central qui ont trait à l'énergie atomique, à la monnaie, à la défense et à l'espace » ⁷ . |
| Ukraine | En Ukraine, l'expression « entité économique » désigne une personne morale de ce type, quels que soient son organisation et sa forme juridique, son régime de propriété, ou une personne morale de ce type exerçant une activité de production, de vente ou d'achat de produits et d'autres activités, y compris les personnes qui exercent un contrôle sur d'autres personnes morales ou physiques ; un groupe d'entités économiques si l'une ou plusieurs d'entre elles exerce(nt) un contrôle sur les autres. Les organes de l'État, les organes des collectivités locales autonomes, les organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques doivent également être considérés comme des entités économiques en fonction de leurs activités de production, |

⁵ Décret législatif n° 1034 de 2008 entérinant la loi sur la répression des comportements anticoncurrentiels, art. 2.

⁶ Loi de la République d'Indonésie n° 5 de 1999 relative à l'interdiction des pratiques monopolistiques et de la concurrence déloyale, art. 1 5).

⁷ Loi indienne sur la concurrence, 2002, n° 12 de 2003, sect. 2.

Pays

| | |
|---------------------|---|
| | de vente et d'achat de produits ou de leurs autres activités économiques ⁸ . |
| Arménie | La loi arménienne sur la concurrence dispose que « la loi s'applique aux actes ou aux pratiques des entités économiques, des organes publics ou de leurs représentants qui ont pour effet ou pourraient avoir pour effet de restreindre, d'empêcher ou d'interdire la concurrence économique ou qui entraînent une concurrence déloyale, sauf dans les cas prévus par la loi, et qui pourraient porter atteinte aux droits des consommateurs » ; voir l'article 2 1) de la loi de la République d'Arménie sur la protection de la concurrence économique (2000) telle que modifiée par la loi <i>HO-137-N du 12 avril 2011</i> . |
| République de Corée | En République de Corée, le champ d'application de la loi sur la concurrence s'étend à toutes les entreprises, y compris les employés, les cadres ou les agents qui agissent dans l'intérêt de l'« entrepreneur ». Les exceptions dont bénéficiaient l'agriculture, la pêche, la foresterie et les mines ont été abrogées lors de la révision de la loi (art. 2-1) ⁹ . |
| Zambie | La loi zambienne sur la concurrence s'applique à toutes les activités économiques exercées sur le territoire zambien ou ayant des effets en Zambie, sauf disposition contraire ¹⁰ . Elle est contraignante pour l'État dès lors que celui-ci participe à des activités commerciales ou industrielles en vue de produire, fournir ou distribuer des biens ou d'assurer un service quel qu'il soit sur un marché ouvert à la participation d'autres entreprises » ¹¹ . À l'article 2.1, l'« entreprise » est définie comme « une firme, une société de personnes, une coentreprise, une société anonyme, une compagnie, une association ou une autre personne morale qui exerce des activités commerciales ; le terme englobe les succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elle ». |

b) L'expression « position dominante sur le marché » désigne une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou d'un service ou d'un groupe de biens ou de services particuliers.

15. La définition de la « position dominante sur le marché » est fondée sur la section B i) 2) de l'Ensemble de principes et de règles. Il convient de noter que la plupart des lois sur la concurrence font aujourd'hui référence soit à l'abus de position dominante soit à la position de force sur le marché. Les deux expressions, qui ont tendance à être utilisées de manière interchangeable, peuvent être définies comme la force économique dont jouit une entreprise et qui lui permet d'empêcher toute concurrence effective sur un marché considéré, en lui donnant le pouvoir d'agir, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et, en dernier ressort, des consommateurs. Dans une telle situation, la société en question est capable d'augmenter et

⁸ Loi ukrainienne sur la protection de la concurrence économique, 11 janvier 2001, n° 2210-III, art. 1.

⁹ Réglementation sur les monopoles et loi sur les pratiques commerciales loyales (République de Corée), loi n° 3320, 31 décembre 1980, art. 2.1.

¹⁰ Loi n° 24 de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs, art. 3 1).

¹¹ Loi n° 24 de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs, art. 3 2).

de maintenir avec profit des prix au-dessus du niveau concurrentiel. Pour de plus amples explications sur cette question, voir les commentaires du chapitre IV de la loi type sur la concurrence.

16. Il est essentiel de définir le type d'opérations soumises au contrôle de l'autorité de la concurrence afin d'établir le champ d'application des dispositions du droit de la concurrence relatives au contrôle des fusions. La loi type a choisi de définir les « fusions-acquisitions » comme des opérations soumises à un contrôle. Il convient néanmoins de noter que la terminologie utilisée pour le contrôle des fusions varie considérablement d'un régime de la concurrence à l'autre. Pour plus de précisions, voir les commentaires du chapitre VI de la loi type sur la concurrence.

c) L'expression « fusions-acquisitions » désigne des situations dans lesquelles, grâce à une opération juridique entre deux entreprises ou plus, ces dernières procèdent à une unification légale de la propriété d'actifs qui faisaient auparavant l'objet d'un contrôle séparé. Ces situations englobent les rachats, les coentreprises et d'autres formes de prise de contrôle comme les directions imbriquées.

d) L'expression « marché considéré » désigne les conditions générales dans lesquelles vendeurs et acheteurs échangent des biens et sous-entend que soient définies des limites à l'intérieur desquelles la concurrence entre les groupes de vendeurs et d'acheteurs est susceptible d'être restreinte. Elle suppose la définition du produit et de la zone géographique dans laquelle des groupes particuliers de biens, d'acheteurs et de vendeurs interagissent afin de fixer les prix et la production. Elle devrait englober tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

Logique de la définition du marché

17. L'une des préoccupations essentielles du droit de la concurrence a trait à la position sur le marché. Un évaluateur peut procéder à un certain nombre de déductions à partir de la position sur le marché d'une entreprise, notamment sur la capacité de cette dernière d'augmenter les prix et de restreindre le choix et la production, au détriment de l'intérêt des consommateurs. La position sur le marché peut permettre à une société d'exclure ses rivaux, au détriment de la concurrence sur ledit marché. Par conséquent, compte tenu de la nécessité de déterminer la position sur le marché pour mesurer la capacité d'une société d'agir sans contrainte, il faut commencer par comprendre ce qui constitue ledit marché, qui en sont les acteurs – acheteurs, vendeurs, consommateurs finals – et quels sont les biens et produits de substitution dont disposent les consommateurs sur ce marché. La définition du marché considéré permet à un évaluateur « de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »¹² et « d'identifier un domaine de concurrence et les participants au marché ainsi que de mesurer les parts de marché et la concentration dudit marché »¹³.

18. Un élément essentiel se dégageant des divers efforts déployés par les organismes pour définir la position sur le marché est que la définition du marché considéré n'est pas une finalité en soi ; elle permet d'utiliser d'autres instruments destinés à mesurer le degré de concurrence sur un marché. Par exemple, dans le cas d'une fusion, la définition du

¹² Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, Journal officiel 1997 C372/5, [1998] 4 CMLR 177.

¹³ Commission fédérale du commerce et Département de la justice des États-Unis, Projet de lignes directrices conjointes révisées sur les fusions horizontales, parues pour observations publiques le 20 avril 2010. Document disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf>.

marché considéré donne la possibilité d'évaluer le degré de concurrence qui devrait exister après la fusion envisagée. Dans le cas d'un abus de position dominante, elle permet d'évaluer la capacité d'une entreprise d'agir sans contrainte sur le marché, et dans le cas d'un accord anticoncurrentiel, elle est un préalable pour déterminer si cet accord peut restreindre la concurrence. Par conséquent, la définition du marché considéré permet à l'évaluateur de faire appel à des notions telles que la « position sur le marché », la « zone de concurrence effective », la « taille du marché », le « marché du produit », les « limites géographiques du marché » et le « degré de concentration ».

Méthode de définition du marché

19. Comme il est mentionné plus haut, le marché considéré est le cadre où s'exerce la concurrence effective. La définition du marché considéré énoncée au paragraphe 1 d) du chapitre II de la loi type de la CNUCED sur la concurrence repose sur la définition des produits particuliers des activités en concurrence, ainsi que du territoire géographique où ces activités sont exercées. La distinction entre le marché considéré du produit et le marché géographique visé est couramment acceptée. Les critères permettant de mesurer ces deux aspects du marché considéré reposent sur les possibilités de substitution sur le plan de la demande.

Le marché considéré du produit

20. Afin de définir le marché considéré du produit, il faut donc savoir si les produits en question sont substituables sur le plan de la demande. En pratique, deux critères étroitement interdépendants ont été appliqués pour délimiter le marché considéré du produit (ou du service) : les possibilités raisonnables de substitution et l'élasticité croisée de la demande. Dans l'application du premier critère, on tient généralement compte de deux facteurs, en cherchant à savoir si l'utilisation finale du produit et de ses produits de substitution est foncièrement la même, ou si les caractéristiques physiques (ou qualités techniques) sont suffisamment semblables pour que la clientèle puisse aisément passer d'un produit à l'autre. Dans l'application du critère d'élasticité croisée, l'élément central est le prix. Il s'agit d'étudier dans quelle proportion la demande d'un produit augmente à la suite d'un certain pourcentage d'augmentation du prix d'un autre produit. Dans un marché à forte élasticité croisée, une légère augmentation du prix d'un produit incitera les clients à se tourner vers l'autre produit, ce qui indique que les produits en question sont en concurrence sur le même marché, alors qu'au contraire, une faible élasticité croisée indiquerait que les produits ont des marchés distincts.

21. En d'autres termes, la question qui se pose est de savoir si les consommateurs d'un produit particulier le remplaceraient par un produit de substitution dans l'hypothèse d'une hausse modeste (de 5 à 10 %), mais permanente du prix relatif dudit produit dans les zones considérées. Ce test est appelé test d'hypothèse de monopole ou test SSNIP (hausse de prix légère mais sensible et non transitoire).

22. Par exemple, pour déterminer si les pommes et les poires font partie du même marché considéré de produits, l'autorité de la concurrence devrait apprécier si, dans le cas d'une hausse permanente de 5 % du prix des pommes, les consommateurs remplaceraient leurs achats de pommes par des achats de poires. Si tel était le cas, les pommes et les poires appartiendraient au même marché de produits. Par contre, si l'autorité constatait que les consommateurs continuaient d'acheter des pommes malgré la hausse des prix, seules les pommes constitueraient le marché considéré du produit.

23. Même si les possibilités de substitution du côté de la demande sont le principal critère de définition du marché considéré, l'autorité de la concurrence peut aussi avoir à évaluer les possibilités de substitution sur le plan de l'offre dans certaines situations. Cela est le cas lorsque les consommateurs ne considèrent pas certains produits comme des produits de substitution, mais que les producteurs pourraient facilement remplacer la production des biens en question par des produits substituables. Par exemple, les consommateurs peuvent ne pas considérer que l'eau plate et l'eau gazeuse sont

interchangeables. Mais les producteurs peuvent facilement produire l'une à la place de l'autre en fonction de l'évolution de la demande ou du prix. Il convient donc de définir le marché considéré comme le marché de l'eau en bouteille, lequel comprend l'eau gazeuse et l'eau plate.

Le marché géographique considéré

24. Le marché géographique est le second élément dont il faut tenir compte pour déterminer le marché considéré. En gros, il peut être décrit comme la zone dans laquelle opèrent les vendeurs d'un produit ou service donné. Il peut également être défini comme un marché où les vendeurs d'un produit ou d'un service peuvent opérer sans rencontrer d'obstacle sérieux¹⁴. Le marché géographique considéré peut être régional, national ou international. Au niveau régional, il peut être constitué d'une seule ville, voire de certaines parties d'entre elle, ainsi que d'un groupe de villes, d'une province ou d'un État fédéral, ou d'une région comprenant plusieurs provinces ou États fédéraux.

25. Pour définir le marché géographique considéré, on peut aussi appliquer des critères relatifs à la demande. Le marché géographique considéré est la zone dans laquelle un consommateur ou un acheteur raisonnable satisfait sa demande. La question à poser pour définir la portée géographique des marchés de détail, par exemple, serait la suivante : les consommateurs vont-ils aller faire leurs courses dans un supermarché d'un autre quartier de la ville si le supermarché le plus proche augmente ses prix de 5 % de manière permanente ?

26. Un certain nombre de facteurs interviennent dans la détermination du marché géographique considéré, dont les surcoûts dus aux frais de transport, la difficulté plus ou moins grande de se procurer les biens ou services, les choix offerts aux consommateurs et le niveau fonctionnel auquel les entreprises opèrent.

Autres méthodes adoptées dans les législations existantes – Définition du marché considéré

Pays

| | |
|-------|---|
| Chine | <p>Conformément à l'article 12 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine, on entend par marché considéré « le marché de produits ou le marché géographique sur lequel les acteurs économiques sont en concurrence pendant un certain temps pour des biens ou services particuliers ».</p> <p>En outre, conformément à l'article 3 des Lignes directrices relatives à la définition du marché considéré publiées par le Comité antimonopole, la définition du « marché considéré » prend aussi en compte le facteur temporel ou l'innovation lorsqu'il s'agit de la propriété intellectuelle.</p> |
| Inde | <p>Dans la loi indienne de 2002 sur la concurrence, article 2 (r, s et t), le marché considéré est défini comme suit :</p> <p>r) L'expression « marché considéré » désigne le marché qui peut être défini par la Commission en fonction du marché considéré du produit ou de la zone géographique concernée, ou des deux ;</p> <p>s) Le « marché géographique considéré » désigne une zone dans laquelle les conditions de la concurrence en matière de distribution de marchandises ou de prestation de services ou de</p> |

¹⁴ Des producteurs pourraient, aux termes d'un accord anticoncurrentiel, éviter d'opérer dans des secteurs particuliers, ce qui ne serait pas une raison pour définir de façon étroite un marché géographique (commentaire émanant du Gouvernement britannique).

 Pays

demande de marchandises ou de services sont clairement homogènes et peuvent être différenciées des conditions qui prévalent dans les zones voisines ;

t) L'expression « marché considéré du produit » désigne un marché qui englobe tous les produits ou services considérés par le consommateur comme interchangeables ou pouvant se substituer les uns aux autres, en raison des caractéristiques des produits ou des services, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés [...].

Concernant « le marché considéré du produit », la loi indienne sur la concurrence tient compte des éléments suivants (art. 19 7)) :

- a) Les caractéristiques physiques ou l'utilisation finale des marchandises ;
- b) Le prix des marchandises ou des services ;
- c) Les préférences des consommateurs ;
- d) L'exclusion de la production pour compte propre ;
- e) L'existence de producteurs spécialisés ;
- f) La classification des produits industriels.

Pour déterminer « le marché géographique considéré », la loi indienne sur la concurrence tient compte des éléments suivants (art. 19 6)) :

- a) Les obstacles réglementaires au commerce ;
- b) Les obligations locales relatives aux spécifications ;
- c) Les politiques nationales en matière de marchés ;
- d) Les services adéquats de distribution ;
- e) Les coûts des transports ;
- f) La langue ;
- g) Les préférences des consommateurs ;
- h) Le besoin d'approvisionnements sûrs et rapides ou de services après-vente rapides.

Kazakhstan

L'article 6.14 de la loi n° 112-IV du 25 décembre 2008 relative à la concurrence dispose que le « marché d'un bien » s'entend des « transactions de biens ou de biens interchangeables déterminées en fonction de la possibilité économique, mais aussi des possibilités géographique et technologique des acheteurs d'acheter de tels biens ».

De plus, l'article 6 3) dispose que les biens interchangeables sont « un groupe de biens qui sont comparables du point de vue de leur utilité, de leur utilisation, de leurs qualité et caractéristiques techniques, de leur prix et d'autres paramètres si bien que le consommateur ne fait pas de distinction entre eux dans le processus de consommation (production) ».

Pays

| | |
|---------|---|
| Ukraine | Loi ukrainienne sur la protection de la concurrence économique, 11 janvier 2001, n° 2210-III, article 1. Le « marché d'un produit (marché du produit) » s'entend de la zone de circulation d'un produit (produits interchangeable) pour lequel il existe une offre et une demande pendant un certain temps et dans un territoire précis. |
|---------|---|

II. Champ d'application

- a) La loi s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies ci-dessus, en ce qui concerne l'ensemble de leurs accords commerciaux, opérations ou transactions portant sur des biens, services ou droits de propriété intellectuelle ;
- b) Elle s'applique à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi ;
- c) Elle ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

Introduction

27. Source d'indications sur la meilleure façon de se doter d'un droit de la concurrence, la loi type sur la concurrence préconise qu'une telle législation soit d'application générale et qu'elle s'applique en conséquence à l'ensemble des entreprises et des entités exerçant le commerce de biens et de services ainsi qu'à tous les accords pertinents. Certaines raisons économiques, légales, voire politiques peuvent toutefois justifier de limiter l'application générale d'une loi sur la concurrence, et ce sont ces motivations qui déterminent le champ d'application d'une telle loi.

28. Le champ d'application du droit de la concurrence est généralement le résultat de la politique menée et est dicté par les circonstances historiques et culturelles tout comme par les objectifs économiques définis par les administrations publiques (parfois sous l'influence de groupes d'intérêts ou d'autres groupes qui pèsent dans l'élaboration des politiques). Ce champ évolue au fil du temps, à mesure que l'application de la loi soulève certains problèmes. Les questions abordées ci-après peuvent contribuer à déterminer le champ d'application d'une loi sur la concurrence.

29. L'approche que les décideurs et le pouvoir législatif adoptent face aux règles qui régissent un secteur donné de l'économie est motivée par les idéaux politiques qu'ils nourrissent à l'égard du bon fonctionnement d'un régime politique. On sait, par exemple, que la nécessité d'assurer la pluralité et la diversité des opinions, signe distinctif d'une démocratie bien rodée, est l'une des principales conséquences de la position antitrust adoptée aux États-Unis pour empêcher toute concentration excessive dans le secteur des médias¹⁵. La loi sur la protection des journaux a ainsi été adoptée dans les années 1970, lorsque de nombreuses villes ne comptant que deux journaux risquaient de perdre l'une de leurs voix d'expression. Cette loi visait à exempter certaines opérations conjointes de

¹⁵ Ce même facteur a aussi influé sur l'élaboration d'un droit de la concurrence en Allemagne et au Royaume-Uni.

presse des dispositions antitrust afin d'assurer la survie de journaux en difficulté desservant de petites villes¹⁶.

30. Dans de nombreuses régions, des considérations d'ordre géographique, économique, démographique et politique se conjuguent pour influencer, guider et façonner le droit et la politique de la concurrence.

31. Le Traité révisé de Chaguaramas, qui régit le droit de la concurrence dans la région de la Communauté des Caraïbes (CARICOM), peut servir d'exemple à cet égard. Partant du principe que la Communauté des Caraïbes est une « Communauté d'États souverains », ses dispositions ont été rédigées de façon à permettre à chaque État membre de limiter ou de délimiter le champ d'application de la loi sur la concurrence dans le cas de certaines catégories d'activités économiques, en fonction du niveau de développement économique de chacun des États membres¹⁷.

32. Un examen général des différentes lois sur la concurrence au moment de leur adoption semble indiquer qu'elles sont tout d'abord formulées en termes très généraux et que, à mesure qu'elles sont mises à l'épreuve dans des secteurs spécifiques de l'économie, elles sont précisées par le pouvoir judiciaire ou modifiées par les législateurs, sous l'influence de groupes d'intérêts spéciaux ou d'entrepreneurs. Dans les années 1970, par exemple, la législation canadienne en matière de concurrence ne s'appliquait pas aux secteurs des services, aux banques commerciales, aux associations professionnelles ou aux compagnies aériennes. Toujours dans les années 1970, cette fois aux États-Unis, au moins 16 différents domaines de la législation étaient exemptés du champ d'application de la législation antitrust américaine, dont les assurances, les transports, l'énergie et le baseball professionnel. En Europe, le secteur des assurances a jusqu'à récemment bénéficié tout d'abord de deux exemptions individuelles, puis d'une exemption par catégorie formulée en termes très généraux, concédées dans les années 1990 pour répondre au « besoin accru de coopération » créé par la nature « spéciale » du secteur des assurances¹⁸. En règle générale, le pouvoir législatif engage des consultations approfondies avec les parties intéressées dans les secteurs qui seront affectés par la loi, ainsi qu'avec des groupes de protection des consommateurs, avant d'introduire des exemptions. En outre, si les pressions exercées sont susceptibles d'inciter le pouvoir législatif ou les décideurs à revoir et à restreindre une loi, il est vrai aussi que les représentants de groupes de pression, tout comme ceux qui s'y opposent, ont pour mission, face à l'évolution constante de la situation économique, de pousser le législateur à revoir la portée des exemptions accordées pour certains secteurs et types d'activité économique.

33. De nombreux régimes juridiques de la concurrence sont adoptés sans aucun moyen de savoir comment ils évolueront par la suite. Dans la plupart des cas, la loi évolue à mesure que la jurisprudence montre ses failles, et les parlementaires s'attachent alors à corriger les erreurs commises au moment de son élaboration. Il arrive parfois que le système prévu à l'origine pour appliquer la loi et en assurer le respect soit ultérieurement considéré comme désuet par un grand nombre de parties intéressées. Beaucoup d'erreurs de jugement ne se manifestent en effet qu'avec le temps.

34. La Commission européenne a, par exemple, appliqué pendant quarante ans un système de notification et d'autorisation des accords relevant de l'article 81 1) du traité CE¹⁹. En vertu d'un système établi en 1962 en vertu de textes d'application, un accord conclu entre des parties aux termes de l'ex-article 81 1) du traité CE était nul de plein droit et n'avait pas force exécutoire devant un tribunal, à moins d'avoir été notifié à la Commission européenne et de bénéficier d'une exemption en vertu de l'ex-article 81 3) du traité CE. Comme la Commission avait compétence exclusive pour accorder ces exemptions et que certaines entreprises se trouvaient dans une situation économique vulnérable, ignorant si les accords conclus avaient ou non force exécutoire, un nombre

¹⁶ Voir CNUCED (2002). Application du droit de la concurrence : exemptions et exceptions. UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25.

¹⁷ Voir le chapitre VIII du Traité révisé de Chaguaramas portant création de la Communauté des Caraïbes, y compris le marché et l'économie uniques de la CARICOM.

¹⁸ http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html.

¹⁹ Maintenant article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

exorbitant d'accords avaient été notifiés à la Commission. Ainsi, entre 1962 et 1968, la Commission avait été saisie de plus de 36 000 accords, ce qui avait lourdement pesé sur ses ressources et bouleversé ses priorités en matière de surveillance et de mise en application d'une façon telle que de nombreuses infractions pernicieuses lui avaient échappé. Ce système a tout de même présenté l'avantage d'instaurer une application uniforme des dispositions, de parer aux incertitudes, et d'établir une « culture de concurrence » au sein de la Communauté européenne. En 1999, la Commission a néanmoins adopté un Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence de la Communauté européenne, qui décrivait les nombreux problèmes d'un système de notification et d'autorisation qui accordait à la Commission une compétence exclusive pour appliquer l'ex-article 81 du traité CE. Le document soulignait également les modifications et correctifs qui devaient être apportés au système. Le règlement sur la modernisation de l'Union européenne, qui supprimait les autorisations individuelles accordées par la Commission, découle des prises de position exprimées dans le Livre blanc²⁰. On peut dire que le régime décentralisé d'application des règles et le système d'exceptions légales s'appliquant aux accords visés par l'article 81 qui existent actuellement en Europe sont le résultat de quarante années de tâtonnements.

35. Le champ d'application détermine également la mesure dans laquelle les lois relatives à la concurrence couvrent les actes et les mesures anticoncurrentiels des États. Le rôle de l'État sur le marché influe sensiblement sur le fonctionnement de la concurrence. Bien entendu, il existe des raisons légitimes justifiant l'intervention de l'État, comme la réalisation d'objectifs publics importants (par exemple, établir des normes relatives au travail et à l'environnement ou garantir l'accès universel aux biens et services publics) ou la correction des dysfonctionnements du marché. Il n'empêche que dans la plupart des pays développés et dans de nombreux pays en transition et pays en développement, les effets négatifs potentiels des restrictions excessives ou injustifiées imposées par l'État sont de mieux en mieux connus. Dans les pays en transition et les pays en développement en particulier, ce sont les restrictions imposées par l'État et non les restrictions imposées par les acteurs privés qui peuvent être le principal obstacle à la concurrence²¹.

Différents éléments du champ d'application

36. Différents éléments peuvent définir le champ d'application du droit de la concurrence, notamment : À qui s'adresse la loi (champ d'application subjectif) ? De quel sujet la loi traite-t-elle, par exemple les activités commerciales plutôt que les activités sans but lucratif et les actes souverains des États (champ d'application objectif) ? Où la loi s'applique-t-elle (champ d'application territorial) ? Quand la loi s'applique-t-elle (champ d'application temporel) ? Lorsqu'il existe des régimes juridiques régionaux de la concurrence, une autre question se pose concernant les frontières de la compétence entre les législations régionales et nationales.

Champ d'application subjectif

37. Comme on l'a vu précédemment, le champ d'application subjectif d'une loi sur la concurrence dépend de ses destinataires. Le dénominateur commun aux législations de nombreux pays semble être l'effet qu'une activité a sur le marché et *non* le fait que l'acteur soit une entité juridique, un organisme public ou une personne physique. Il s'agit par conséquent de déterminer si l'acteur exerce une « activité économique », le « commerce de biens et de services » ou des activités « lucratives » et non d'en connaître le statut juridique, la propriété ou le financement. Cette question revêt une importance particulière lorsque les activités d'entreprises individuelles ont un poids économique majeur, par exemple dans le secteur informel.

²⁰ Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, Programme de la Commission n° 99/027, COM(99) 101 final, 28 avril 1999.

²¹ Voir Fox E & Healey D, 'When the State Harms Competition – The Role for Competition Law' (2014) 79 Antitrust L. J. 769.

38. En outre, la loi type sur la concurrence préconise qu'une loi sur la concurrence s'applique « à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi ». La législation européenne en matière de concurrence adopte la même approche lorsqu'elle prévoit que les personnes physiques peuvent être classées comme entreprises sans être incorporées dans une société de personnes s'il s'agit d'acteurs économiques indépendants sur le marché des biens ou des services²². À partir de là, les avocats, les médecins et les architectes ont été classés comme entreprises au sens de la législation européenne sur la concurrence.

39. Le champ d'application a également été précisé de manière à exclure les actes souverains des administrations locales ayant reçu une délégation de pouvoir en matière de réglementation et à protéger les pratiques des personnes physiques qui sont imposées ou contrôlées par l'État. Il convient toutefois de mentionner que, aux termes de la section B 7) de l'Ensemble de principes et de règles sur la concurrence, et dans la plupart des pays qui appliquent une législation moderne en la matière, la loi vise les entreprises d'État ou publiques de la même façon que les entreprises privées. Les dispositions de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence s'appliquent à toutes les entreprises, quelles que soient les parties intervenant dans les transactions, les actes ou les comportements²³. Dans sa partie B i) 3, l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence définit les « entreprises » comme « les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, autres associations, personnes physiques et morales, ou toute combinaison de ces formules, quel que soit leur mode de création ou de contrôle ou de propriété, qu'elles soient privées ou d'État, qui exercent des activités commerciales ; il englobe aussi leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles ». Aujourd'hui, la plupart des lois sur la concurrence couvrent les activités économiques des entreprises d'État²⁴. Comme indiqué dans l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, le principal facteur déterminant est l'engagement dans des activités commerciales, que l'entreprise soit privée ou publique. Les lois brésilienne et péruvienne relatives à la concurrence disposent expressément qu'elles s'appliquent à toutes les personnes ou entités, publiques ou privées. Les Lignes directrices de l'OCDE indiquent qu'« en raison de leur statut privilégié, les entreprises publiques risquent de nuire à la concurrence. C'est pourquoi il importe de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, et dans le respect de leurs obligations de service public, ces entreprises soient soumises en matière de concurrence à des règles de conduite semblables à celles des entreprises privées »²⁵. Les entreprises d'État peuvent néanmoins être exemptées des règles de concurrence dans certains cas, par exemple lorsqu'elles fournissent des services publics généraux ou qu'elles exercent leurs activités dans des secteurs stratégiques (comme les services postaux, l'énergie, la santé, etc.). Dans l'UE, la défense et le contrôle aérien, par exemple, sont exclus. L'article 5 1) de la loi kenyane sur la concurrence dispose que ladite loi s'applique à « toutes les personnes y compris le Gouvernement, les entreprises publiques et les collectivités locales, qui exercent des activités commerciales »²⁶. En Espagne, l'article 4 2) de la loi sur la concurrence prévoit la pleine application de ses dispositions aux situations de concurrence restreinte qui proviennent de l'exercice de pouvoirs administratifs ou de l'action des pouvoirs publics ou des entreprises d'État, à moins que la pratique en cause ne résulte de l'application de la loi. En Algérie, la loi sur la concurrence s'applique aux actes des personnes publiques, dans la mesure où elles n'interviennent pas dans le cadre de l'exercice

²² Voir, par exemple, en ce qui concerne les expéditeurs en douane italiens, l'affaire C-35/96 de la Cour de Justice de l'Union européenne, *Commission des communautés européennes c. République italienne* [1998] Recueil de jurisprudence E.C.R. I-3851.

²³ Voir CNUCED (2000). Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, partie B, par. 7, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

²⁴ Voir CNUCED (2015). *Competition Law and the State: Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures* (Vol. 2). UNCTAD/DITC/CLP/2015/6.

²⁵ OCDE (2009). Table ronde sur les entreprises publiques et le principe de neutralité concurrentielle des entreprises publiques. DAF/COMP(2009)37:9.

²⁶ Voir la loi n° 12 de 2010 relative à la concurrence.

de prérogatives de puissance publique ou dans l'accomplissement de missions de service public.

40. Cependant, même lorsque les lois relatives à la concurrence s'appliquent, les entreprises d'État qui sont en concurrence avec les entreprises privées bénéficient d'avantages concurrentiels du fait de leurs liens avec l'administration, ce qui conduit à une fixation des prix qui ne reflète pas pleinement le coût des ressources. Il se peut néanmoins que les entreprises publiques soient désavantagées par rapport aux entreprises privées compte tenu de leurs obligations accrues en matière de transparence, de leurs obligations de service public et de leur autonomie de gestion limitée. Pour garantir des conditions égales pour les entreprises publiques et privées, de plus en plus de pays, y compris certains pays en développement, adoptent le principe de neutralité concurrentielle²⁷. « Il y a neutralité concurrentielle lorsque, sur un marché économique, aucune entité ne fait l'objet d'avantages ou de désavantages concurrentiels injustifiés²⁸ ». Une gestion efficace, une plus grande indépendance en ce qui concerne la prise de décisions, une transparence accrue, une meilleure diffusion de l'information et une application égale des lois sur la concurrence à toutes les entreprises sont quelques-uns des moyens de garantir des conditions égales pour les entreprises publiques et privées. En Australie, il existe des lignes directrices aux niveaux national et infranational qui visent à aider les dirigeants à mettre en place un cadre financier et un modèle de gouvernance respectueux du principe de neutralité concurrentielle. Le Bureau gouvernemental australien chargé d'examiner les plaintes relatives à la neutralité concurrentielle (Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office) gère un mécanisme permettant de recevoir des plaintes, de mener des enquêtes et de conseiller l'administration sur l'application du principe de neutralité concurrentielle aux entreprises publiques²⁹.

Champ d'application objectif

41. Les règles de concurrence visent à protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales nuisibles qui sont susceptibles d'affecter diverses activités économiques, quel que soit le secteur ou l'industrie où elles sont exercées. En conséquence, tout un éventail d'activités, y compris les sports, la radiodiffusion, les transferts télégraphiques internationaux, le développement et la commercialisation de logiciels, l'accès aux réseaux de télécommunication et la livraison du courrier dans le cadre de services postaux, sont par exemple assujetties à des lois sur la concurrence. Ces lois visent par conséquent à empêcher les accords anticoncurrentiels, les comportements abusifs dans le cadre d'un monopole, les fusions anticoncurrentielles et même les restrictions à la concurrence imposées par le public ou l'État³⁰.

42. En ce qui concerne les restrictions à la concurrence imposées par l'État, il existe des motifs légitimes d'intervention publique sur le marché. Comme indiqué plus haut, les États doivent avoir la capacité de réglementer dans l'intérêt général. C'est pourquoi la loi type sur la concurrence recommande qu'une loi sur la concurrence « ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir ».

43. En effet, plusieurs lois sur la concurrence permettent aux acteurs du marché qui ont des pratiques anticoncurrentielles de se défendre en invoquant l'action de l'État et en soutenant que ces pratiques ont été encouragées ou approuvées par celui-ci. Un État peut ainsi confier des missions d'intérêt public à des parties privées. En Serbie et en Turquie, par exemple, il suffit que l'État encourage le comportement anticoncurrentiel pour que ces acteurs puissent s'en prévaloir. En revanche, dans d'autres juridictions plus évoluées, les

²⁷ Voir CNUCED (2014). *Competitive neutrality and its application in selected developing countries*. UNCTAD/DITC/CLP/2014/Misc.1.

²⁸ OCDE (2012). *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business*:15.

²⁹ OCDE (2014). *Competitive Neutrality: National Practices in Partner and Accession Countries*. DAF/CA/SOPP9(2013)1/FINAL:10.

³⁰ Whish R & Bailey D (2015). *Competition Law*. Oxford University Press (8th ed.): 3.

conditions sont plus restreintes, ce qui, bien entendu, privilégie le marché plutôt que l'État. Dans l'UE, les acteurs peuvent se défendre si la pratique en question est imposée par la législation nationale, mais l'incitation de l'État n'est pas considérée comme un motif valable de défense si la partie privée avait les moyens de respecter la concurrence³¹. Aux États-Unis, les acteurs peuvent se défendre si l'État a élaboré une politique claire qui autorise les pratiques anticoncurrentielles et si celui-ci suit de près ces pratiques³².

44. Les pratiques d'une administration (centrale ou locale) qui faussent la concurrence sont souvent considérées comme des questions d'ordre législatif et politique qui ne sont pas couvertes par le droit de la concurrence. Par exemple, l'article 2 de la loi indienne sur la concurrence exclut expressément les fonctions régaliennes de l'État. Cela étant, l'exploitation d'un chemin de fer par le Gouvernement indien a été jugée comme relevant des activités d'une entreprise et non des fonctions régaliennes de l'État³³. Certaines juridictions, surtout l'UE, recourent aux mesures correctives ex-post pour remédier aux mesures publiques anticoncurrentielles, en demandant par exemple aux entreprises du secteur public de mettre fin aux pratiques qui portent atteinte à la concurrence³⁴. De plus, un nombre important de nouveaux régimes juridiques de la concurrence, comme ceux de la Chine et de la Fédération de Russie, ont conçu leurs lois sur la concurrence de manière à élargir le champ des mesures publiques anticoncurrentielles. Un large ensemble de mesures étatiques, comme l'octroi de droits ou privilèges exclusifs à certaines entités, l'adoption de lois ou de réglementations ayant des effets de distorsion, le caractère arbitraire des marchés publics et d'autres abus de l'administration sont maintenant visées par les législations relatives à la concurrence de plusieurs pays. Cette évolution est liée à la prise de conscience du rôle de l'État sur le marché, mentionnée plus haut.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Interdiction des mesures publiques anticoncurrentielles³⁵

Octroi de droits ou de privilèges spéciaux ou exclusifs aux entreprises publiques

| | |
|------------------|--|
| Union européenne | <p>En ce qui concerne les entreprises publiques, les États membres de l'Union européenne ne peuvent adopter aucune mesure contraire aux dispositions du Traité relatives à la concurrence.</p> <p>En particulier, aux termes du paragraphe 1 de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus (règles sur la non-discrimination et sur la concurrence).</p> |
| Lituanie | <p>La loi de la République de Lituanie n° VIII-1099 du 23 mars 1999, modifiée par la loi n° XI-1937 du 22 mars 2012, au paragraphe 2 de son article 4, interdit aux organes de l'administration publique toute action octroyant des privilèges à une quelconque entité économique individuelle ou à son groupe, ou instaurant une discrimination à l'égard de l'une ou de l'autre :</p> |

³¹ Affaire T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commission* [2000] E.C.R II-01807.

³² Voir par exemple *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*, 135 S.Ct. 1101 (2015).

³³ *Union of India v. Competition Commission of India*, W.P.(C) No. 993/2011 (2012), par. 27.

³⁴ Voir l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁵ See UNCTAD (2015) (Footnote 24).

« Les organes de l'administration publique ont interdiction d'adopter des dispositions juridiques ou de prendre d'autres décisions ayant pour effet d'octroyer des privilèges à une quelconque entité économique ou à son groupe, ou d'instaurer une discrimination à l'égard de l'une ou de l'autre, et de créer ou de risquer de créer des disparités de conditions de concurrence entre entités économiques présentes sur un marché considéré, excepté lorsque ces disparités ne peuvent être évitées dans l'application des lois de la République de Lituanie ».

Marchés publics

Fédération de Russie

L'article 17 de la loi fédérale n° 135-FZ du 26 juillet 2006 sur la protection de la concurrence (telle que modifiée en 2011) interdit les pratiques et procédés anticoncurrentiels dans les appels d'offres ou les attributions de marchés :

« 1. Les actions qui peuvent conduire à empêcher, réduire ou éliminer la concurrence dans le cadre d'un appel d'offre ou d'une demande d'indication des prix des biens (ci-après demande de prix) sont interdites, y compris :

[...]

2) la création de conditions de participation à l'appel d'offres ou de réponse à la demande de prix qui privilégient un ou plusieurs participants, y compris du fait d'une asymétrie d'accès à l'information, à moins qu'une loi fédérale n'en dispose autrement ;

[...]

3. [...] il est interdit de restreindre la concurrence en incluant dans les lots de l'appel d'offres des biens, travaux ou services sans lien, du point de vue technique ou fonctionnel, avec les biens, travaux ou services dont la délivrance, l'exécution ou la prestation fait l'objet de l'appel d'offres ou de la demande de prix ».

Libre circulation des marchandises

Chine

La loi antimonopole chinoise interdit expressément aux administrations et aux autres entités publiques de limiter l'entrée de marchandises venant d'autres provinces ou d'instaurer des mesures discriminatoires à l'égard de ces marchandises.

En particulier, l'article 33 dispose que les services administratifs et les autres organismes habilités par la loi ou la réglementation à exercer des fonctions d'administration des affaires publiques n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour entraver la libre circulation des produits entre différentes régions en utilisant l'un des moyens suivants :

1) Fixation d'éléments de tarification discriminatoires, mise en place de taxes discriminatoires ou fixation de prix discriminatoires sur les produits non locaux ;

2) Imposition de spécifications techniques ou de normes d'essai sur les produits non locaux différentes de celles des produits locaux similaires, ou adoption de mesures techniques à caractère discriminatoire concernant les produits non locaux,

Octroi de droits ou de privilèges spéciaux ou exclusifs aux entreprises publiques

par exemple imposition d'essais répétés ou de certifications multiples, afin de restreindre l'accès des produits non locaux au marché local ;

3) Adoption d'une pratique spécifique de licences administratives pour les produits non locaux, afin de restreindre l'accès des produits non locaux au marché local ;

4) Mise en place d'obstacles ou utilisation d'autres moyens visant à empêcher l'entrée des produits non locaux ou la sortie des produits locaux ; ou

5) Autres moyens visant à entraver la libre circulation des produits entre les régions.

L'article 30 de la réglementation contre les prix de monopole (2011, Commission nationale de développement et de réforme) adoptée comme suite à la loi antimonopole édicte également de telles interdictions.

Kazakhstan

La loi sur la concurrence du Kazakhstan a notamment pour objectif « la libre circulation des marchandises et la libre activité économique », et interdit à l'État de faire obstacle au commerce :

« La présente loi a pour objectif de protéger la concurrence, de créer les conditions du fonctionnement efficace des marchés de produits, de garantir l'unité de l'espace économique, la libre circulation des marchandises et la libre activité économique dans la République du Kazakhstan ».

(Paragraphe 2 de l'article premier)

En outre, l'article 33 est libellé comme suit :

« Les actes anticoncurrentiels des autorités de l'État, notamment l'adoption de textes juridiques ou de décisions, d'instructions écrites ou verbales, la conclusion d'accords ou d'autres actions entraînant ou risquant d'entraîner la restriction ou l'élimination de la concurrence ou des atteintes aux droits légitimes des consommateurs, à moins qu'ils ne soient prévus par les lois de la République du Kazakhstan, sont interdits et réputés invalides en tout ou partie conformément à la procédure prévue par la législation de la République du Kazakhstan.

[...]

2. Les actes ci-après sont reconnus comme des actes anticoncurrentiels de la part des autorités de l'État :

[...]

3) L'instauration d'interdictions ou de restrictions à la libre circulation des marchandises, ou d'autres restrictions au droit des acteurs du marché de vendre leurs produits ;

[...]

8) La limitation des entrées, sorties et retraits d'acteurs du marché des produits ».

Abus de pouvoir des autorités

Chine

La loi antimonopole chinoise interdit aux administrations et organismes publics habilités par une loi ou un règlement administratif de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Il convient de noter que les autorités chinoises de la concurrence n'ont pas le pouvoir de faire appliquer cette loi ; elles peuvent adresser des recommandations aux institutions dont dépendent les contrevenants, qui peuvent leur demander de modifier leur comportement. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit :

« Article 32. Les services administratifs et les autres organismes habilités par la loi ou la réglementation à exercer des fonctions d'administration des affaires publiques n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour demander à des entités ou à des personnes, expressément ou sous une forme déguisée, de commercialiser, d'acquérir ou d'utiliser uniquement les biens fournis par les entreprises désignées par ces services ou organismes.

Article 34. Les services administratifs et les autres organismes habilités par la loi ou la réglementation à exercer des fonctions d'administration des affaires publiques n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour empêcher ou restreindre la participation d'entreprises non locales à un appel d'offre local en imposant des critères de qualification ou des normes d'évaluation discriminatoires, ou en refusant de publier les informations prévues par la loi.

Article 35. Les services administratifs et les autres organismes habilités par la loi ou la réglementation à exercer des fonctions d'administration des affaires publiques n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour empêcher des entreprises non locales d'investir ou de limiter leurs investissements au niveau local ou pour les empêcher d'établir des succursales au niveau local ou leur imposer des restrictions en la matière, en ne les traitant pas sur un pied d'égalité avec les entreprises locales ou par d'autres moyens.

Article 36. Les services administratifs et les autres organismes habilités par la loi ou la réglementation à exercer des fonctions d'administration des affaires publiques n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour obliger des entreprises à adopter des comportements monopolistiques interdits par la présente loi.

Article 37. Les organes administratifs n'ont pas le droit d'abuser de leur pouvoir administratif pour élaborer des règlements ayant pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence ».

Ukraine

La loi ukrainienne sur la concurrence interdit à l'État et aux autorités locales et administratives de recourir à certaines pratiques qui pourraient avoir pour effet de prévenir, d'éliminer, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Octroi de droits ou de privilèges spéciaux ou exclusifs aux entreprises publiques

L'article 15 est libellé comme suit :

« 1. L'adoption de tout texte juridique (décision, ordonnance, directive, arrêté etc.), instruction écrite ou verbale ou accord, ou toute action ou inaction de la part des organes de l'État, des organes des collectivités locales autonomes, des organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques (qu'il s'agisse d'une instance collégiale ou d'un fonctionnaire) ayant pour effet ou risquant d'avoir pour effet d'empêcher, d'éliminer, de restreindre ou de fausser la concurrence est considérée comme un acte anticoncurrentiel de la part des organes de l'État, des organes des collectivités locales autonomes, des organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques.

2. En particulier, sont considérés comme des actes anticoncurrentiels de la part des organes de l'État, des organes des collectivités locales autonomes, des organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques :

- le fait d'interdire ou d'empêcher l'établissement de nouvelles entreprises ou l'exercice d'une activité entrepreneuriale sous d'autres formes quel que soit le domaine d'activité, ou de faire obstacle à l'exercice de certaines activités, à la production, l'acquisition ou la vente de certains types de produits ; [...]

L'article 17 est libellé comme suit :

« Toute action ou inaction de la part des organes de l'État, des organes des collectivités locales autonomes, des organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques (qu'il s'agisse d'une instance collégiale ou d'un fonctionnaire) conduisant des entités économiques, des organes de l'État, des organes des collectivités locales autonomes, des organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques à enfreindre les lois relatives à la protection de la concurrence économique, créant des conditions propices à ce type d'infractions ou les rendant légales, est interdite ».

Lituanie

L'article 4 de la loi lituanienne sur la concurrence fait obligation aux organes de l'administration publique de garantir une concurrence libre et loyale dans l'exercice de leurs fonctions de réglementation des activités économiques.

Pouvoir de contestation des autorités de la concurrence s'agissant des actions et mesures publiques anticoncurrentielles

Espagne

En vertu de la loi espagnole sur la concurrence, la Commission nationale de la concurrence est habilitée à demander à un service administratif de modifier ses pratiques et, si ce service ne lui modifie pas son comportement de manière satisfaisante, à engager une action en justice contre lui.

Octroi de droits ou de privilèges spéciaux ou exclusifs aux entreprises publiques

Le paragraphe 3 de l'article 12 de la loi 15/2007 du 3 juillet 2007 sur la concurrence (Journal officiel n° 159 du 4 juillet 2007) est libellé comme suit :

« La Commission nationale de la concurrence est autorisée par la loi à contester en justice devant la juridiction compétente les actes et règlements administratifs qui font obstacle au maintien d'une concurrence effective sur les marchés ».

Mexique

La Commission de la concurrence du Mexique peut rendre des avis non contraignants sur les programmes et politiques des autorités publiques. L'article 12 de la loi fédérale de 2014 sur la concurrence économique est libellé comme suit :

« La commission jouit des pouvoirs ci-après :

[...]

XII. Rendre un avis, lorsqu'elle le juge utile ou sur demande du pouvoir exécutif fédéral, soit directement, soit par l'intermédiaire du secrétariat, ou à la demande d'une partie intéressée, en ce qui concerne des modifications des programmes et politiques menés par les autorités publiques, au cas où les uns et les autres pourraient avoir des effets néfastes sur le processus de libre concurrence et sur la concurrence économique selon la loi applicable, sans que ces avis n'aient de force contraignante. Lesdits avis doivent être publiés ;

[...] ».

45. Comme on l'a vu précédemment, la prémisse générale est que les règles de concurrence devraient s'appliquer d'une manière uniforme et non discriminatoire à toutes les entités se livrant à une activité commerciale ainsi qu'à tous les secteurs de l'industrie, et ce, pour deux raisons principales. Premièrement, l'application de la loi y gagnera en cohérence et en prévisibilité tandis que les institutions chargées de faire appliquer la loi susciteront une plus grande confiance, la prévisibilité engendrant davantage de confiance et de responsabilisation lorsque la loi est appliquée d'une manière uniforme, équitable et non discriminatoire. Deuxièmement, l'interdépendance des activités économiques fera en sorte que la dynamique de la concurrence qui règne sur un marché donné affectera par exemple les prix ou la production sur un autre marché, soit parce que les biens ou services offerts peuvent se substituer les uns aux autres ou se compléter, soit parce qu'ils entrent dans la production sur un autre marché. Même lorsqu'il n'existe aucun lien évident entre les ressources d'un marché et celles d'un autre, les distorsions apparaissant sur un marché peuvent se répercuter sur de nombreux autres secteurs de l'économie, notamment parce que ceux-ci n'ont pas les mêmes capacités en matière de main-d'œuvre et de capitaux. Une application uniforme de la loi se traduira probablement par un résultat équilibré en termes d'impact économique³⁶.

46. Il peut néanmoins arriver que le pouvoir législatif établisse un ensemble de priorités susceptibles d'aller à l'encontre des objectifs du droit de la concurrence, qu'il s'agisse d'objectifs de développement économique, de contrôles à l'importation, de préférences économiques spéciales visant le secteur agricole local ou de restrictions à l'investissement imposées à des entreprises étrangères. Certaines de ces priorités incitent souvent un organe législatif à introduire des exceptions ou des exemptions dans sa législation en matière de concurrence. Généralement, il existe deux façons de limiter le champ d'application objectif d'une loi sur la concurrence.

³⁶ Voir CNUCED (2002). Application du droit de la concurrence : exemptions et exceptions. UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25:5.

47. La première façon consiste à exempter de l'application de la loi certains types de pratiques commerciales et d'ententes. Ainsi, plusieurs instances judiciaires excluent les cartels d'exportation de l'application de la loi puisque ceux-ci ne nuisent pas à court terme à l'économie nationale. Il est toutefois à noter que ces cartels peuvent à long terme être préjudiciables à la compétitivité d'une industrie nationale et ne sont certainement pas souhaitables d'un point de vue global. Certains types d'ententes peuvent être exemptés non seulement par une loi, mais aussi par les textes d'application adoptés par l'autorité de la concurrence, comme c'est le cas des exemptions par catégorie prévues dans la législation européenne. En outre, plusieurs lois sur la concurrence comportent des dispositions spécifiques sur la propriété intellectuelle. La quasi-totalité des lois antitrust traitent toutefois les licences de technologie comme des « accords » et permettent de les analyser en profondeur pour y détecter des restrictions ou des abus, comme dans n'importe quel autre accord, sauf que l'exclusivité légale que l'État accorde aux inventeurs peut justifier certaines restrictions qui ne seraient pas admissibles dans d'autres circonstances.

48. Dans plusieurs pays, l'exploitation des droits de propriété intellectuelle a suscité des problèmes de concurrence. Étant donné les problèmes de ce type provoqués par l'exercice du droit d'auteur et des droits découlant des brevets et des marques de commerce, l'Espagne, le Royaume-Uni et l'Union européenne ont jugé nécessaire d'élaborer une réglementation spécifique sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence. Les États-Unis ont également adopté des directives à l'intention des entreprises qui ont besoin de savoir si les autorités compétentes contesteront une pratique comme étant anticoncurrentielle. Le tableau ci-après présente quelques-unes des formules utilisées pour déterminer les frontières entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence.

Formules différentes relevées dans des législations existantes **– Frontières entre droit de la concurrence et propriété intellectuelle**

Pays

| | |
|----------|--|
| Canada | Le paragraphe 5 de la section 79 de la loi canadienne sur la concurrence dispose que « pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la loi sur les brevets, de la loi sur les dessins industriels, de la loi sur le droit d'auteur, de la loi sur les marques de commerce, de la loi sur les topographies de circuits intégrés ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel ». |
| Chine | L'article 55 de la loi antimonopole chinoise dispose que cette loi ne s'applique pas aux entreprises qui exercent leurs droits de propriété intellectuelle dans le respect des lois et règlements administratifs relatifs aux droits de propriété intellectuelle ; toutefois, la loi s'applique aux entreprises qui éliminent ou restreignent la concurrence sur le marché en abusant de leurs droits de propriété intellectuelle. |
| Jamaïque | L'article 3 c) de la loi jamaïcaine sur la concurrence loyale dispose qu'aucune disposition de la loi ne s'appliquera à une entente conclue dès lors qu'elle comportera une disposition sur l'utilisation ou la cession de droits, ou sur l'octroi d'une licence à cet égard, découlant d'un droit d'auteur ou des brevets et des marques de commerce. |

Pays

| | |
|---------|---|
| Inde | <p>L'article 3 5) de la loi de 2007 portant modification de la loi indienne sur la concurrence dispose qu'aucune disposition concernant les interdictions applicables aux accords, l'abus de position dominante et les associations ne doit restreindre le droit d'une personne à réprimer une infraction ou à imposer des conditions visant à protéger les droits qui lui sont conférés par :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La loi de 1957 sur le droit d'auteur (14 de 1957) ; b) La loi de 1970 sur les brevets (39 de 1970) ; c) La loi de 1958 sur le commerce et les marques de commerce (43 de 1958) ou la loi de 1999 sur les marques de commerce (47 de 1999) ; d) La loi de 1999 sur les indications géographiques (enregistrement et protection) (48 de 1999) ; e) La loi de 2000 sur les dessins et modèles (16 de 2000) ; f) La loi de 2000 sur les schémas de configuration de circuits intégrés semi-conducteurs (37 de 2000). |
| Israël | <p>En vertu de la loi israélienne de 1988 sur les restrictions à la liberté du commerce, certains accords en matière de propriété intellectuelle sont réputés ne pas être restrictifs. L'article 3 dispose ce qui suit :</p> <p>« Toute entente prévoyant des restrictions concernant le droit d'utiliser l'un des biens suivants : brevets, marques de service, marques de commerce, droits d'auteur, droits des artistes interprètes ou exécutants, pourvu que les deux conditions ci-après soient remplies :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) L'entente est conclue entre le détenteur du bien susmentionné et la partie recevant le droit d'utiliser ce bien ; b) Le bien susmentionné, soumis à enregistrement, est enregistré ». |
| Ukraine | <p>La loi ukrainienne sur la protection de la concurrence économique prévoit des exemptions spéciales pour les actions concertées ayant trait à la propriété intellectuelle. L'article 9 dispose ce qui suit :</p> <p>« Les dispositions de l'article 6 de la présente loi ne s'appliquent pas aux accords sur le transfert de droits de propriété intellectuelle ou sur l'octroi du droit d'utiliser l'objet de propriété intellectuelle dans les limites, prévues par les accords, applicables aux activités économiques de la Partie à laquelle le droit est transféré, à moins que ces limites n'excèdent celles fixées pour les droits légitimes de l'entité concernée.</p> |

Pays

2. Les limites applicables au volume des droits transférés, à la période et au lieu de validité de l'autorisation d'utiliser l'objet de propriété intellectuelle, au type d'activités, au domaine d'utilisation et au volume minimal de production sont réputées ne pas excéder les limites fixées pour les droits mentionnés à la partie 1 du présent article ».

49. La seconde façon consiste à exempter de l'application de la loi certains secteurs de l'industrie, ce qui se produit très fréquemment dans le cas du secteur agricole. S'agissant d'autres secteurs, certains types d'activités économiques sont exemptés de la législation antitrust, notamment les secteurs de la main-d'œuvre et des transports. En outre, les secteurs de l'industrie qui sont assujettis à une réglementation particulière peuvent être exemptés de l'application de la législation générale en matière de concurrence. C'est notamment le cas des industries de réseau comme l'énergie, l'eau et les télécommunications. Il faut toutefois noter que si certains pays accordent une dérogation complète aux secteurs réglementés, d'autres donnent la priorité à la réglementation sectorielle. Les commentaires du chapitre VII de la loi type de la CNUCED fournissent de plus amples renseignements sur les liens entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Secteurs de l'industrie exemptés

Pays

| | |
|---------------------|--|
| Chine | L'article 56 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine dispose que la loi ne s'applique ni aux alliances ni aux actions concertées de producteurs agricoles et d'organisations économiques rurales qui se livrent à des activités économiques telles que la production, la transformation, la vente, le transport et l'entreposage de produits agricoles. |
| Jamaïque et Barbade | S'agissant de la politique du travail, la loi en vigueur en Jamaïque et à la Barbade exempte de l'application de la législation en matière de concurrence les négociations collectives menées au nom des employés pour établir les conditions d'emploi ³⁷ : Un autre point essentiel de ces deux lois mérite d'être souligné : le caractère dynamique des dispositions sur les exemptions, qui semblent prévoir une certaine marge de manœuvre afin d'introduire ultérieurement des exemptions et des exceptions pour d'autres entreprises ou activités désignées par décret par le Ministre dans le cadre d'une procédure de ratification. (Voir les articles 3 h) des lois respectives.) |

³⁷ Loi n° 9 de 1993 sur la concurrence loyale de la Jamaïque, art. 3 ; et loi sur la concurrence loyale de la Barbade 2002-19, CAP.326C, art. 3.

Pays

| | |
|--------|---|
| Israël | <p>S'agissant de l'agriculture et des transports, la loi israélienne sur les restrictions à la liberté du commerce prévoit des exemptions dans les cas suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Accords prévoyant des restrictions pour des produits agricoles nationaux, y compris les fruits, les légumes, les cultures de plein champ, le lait, les œufs, la volaille, les bovins, le poisson et le miel (voir l'article 3 4) ; • Accords prévoyant des restrictions pour les transports aériens ou maritimes internationaux, ou pour une combinaison de transports maritimes, aériens et terrestres, sous réserve que toutes les parties soient des transporteurs maritimes ou aériens ou encore une association internationale de transporteurs maritimes ou aériens approuvée par le Ministre des transports (voir l'article 7) ; |
| Canada | <p>S'agissant du secteur de la finance et des transports, l'article 90.1(9) de la loi sur la concurrence du Canada dispose ce qui suit :</p> <p>« Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue au paragraphe 1)³⁸ en ce qui touche :</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Un accord ou un arrangement intervenu entre des institutions financières fédérales, au sens du paragraphe 49(3), à l'égard duquel le ministre des Finances certifie au commissaire i) le nom des parties et ii) le fait qu'il a été conclu à sa demande ou avec son autorisation pour les besoins de la politique financière ; b) Un accord ou un arrangement constituant une fusion – réalisée ou proposée – aux termes de la loi sur les banques, de la Loi sur les associations coopératives de crédit, de la Loi sur les sociétés d'assurances ou de la loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, et à l'égard duquel le ministre des Finances certifie au commissaire i) le nom des parties et ii) le fait que cette fusion est dans l'intérêt public, ou qu'elle le serait compte tenu des conditions qui pourraient être imposées dans le cadre de ces lois ; c) Un accord ou un arrangement constituant une fusion – réalisée ou proposée – agréée en vertu du paragraphe 53.2 7) de la loi sur les transports au Canada et à l'égard duquel le Ministre des transports certifie au commissaire le nom des parties ». |

³⁸ L'article 90.1 1) dispose que « dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement – conclu ou proposé – entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance : a) interdisant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement ; ou b) enjoignant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent ».

Champ d'application territorial

50. Même si le pouvoir législatif préfère que la teneur d'une loi soit laissée à l'appréciation des législateurs, le champ d'application territorial d'une loi doit respecter les limites du droit international public. Aux termes des principes du droit international public, il est généralement acceptable qu'un État exerce sa compétence pour régler : a) les pratiques qui surviennent sur son territoire (le principe de territorialité) ; ou b) les pratiques adoptées par ses citoyens, y compris celles adoptées par des entreprises domiciliées ou enregistrées en vertu du droit des sociétés (le principe de nationalité). Toutefois, dans le domaine du droit de la concurrence, il est aujourd'hui accepté que le principe de territorialité n'empêche pas un État d'exercer sa compétence à l'égard de pratiques émanant d'un pays étranger mais ayant des conséquences sur son propre territoire (application extraterritoriale du droit de la concurrence). Cela signifie qu'un État peut appliquer sa législation en matière de concurrence aux fusions entre sociétés étrangères ainsi qu'aux cartels établis en dehors de son territoire, mais qui affectent le niveau des prix des produits nationaux respectifs.

51. À l'exception des règles du droit international public (et des principes juridiques régionaux de la concurrence énoncés dans des régimes communautaires de concurrence comme celui de l'Union européenne), il n'existe aucune règle convenue au niveau international en matière de compétence normative. La mesure dans laquelle un État peut appliquer ses lois sur la concurrence à l'égard de pratiques qui ont lieu à l'étranger dépend uniquement de la mesure dans laquelle sa législation est limitée par les principes du droit international public. De ce fait, les États peuvent également décider de ne pas appliquer leur législation en matière de concurrence en dehors de leur territoire.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Champ d'application territorial

Pays

États-Unis

Les États-Unis ont été les premiers à appliquer leurs lois anti-trust en dehors de leur territoire lorsqu'ils ont formulé la théorie des « effets » dans l'affaire *United States c. Aluminium Co. of America*³⁹. Cette théorie a par la suite été atténuée par la loi sur l'amélioration de l'action antitrust dans le commerce extérieur, s'appliquant au commerce à l'exportation et jouant un rôle essentiel dans l'application extraterritoriale du principe de compétence énoncé dans la loi Sherman. En vertu de cette loi, un tribunal américain peut exercer cette compétence sur le commerce à l'exportation s'il existe un « effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible » sur :

- a) Le commerce national, par exemple dans le cas où l'activité extraterritoriale ou l'entente étrangère en cause entraîne une hausse des prix aux États-Unis ; ou
- b) Le commerce à l'exportation d'une société américaine, par exemple dans le cas où l'activité ou l'entente en cause restreint l'accès des exportations américaines à un marché donné (voir art. 6 a) du titre 15 du Code des États-Unis).

³⁹ *United States c. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, p. 443-45 (2d Cir. 1945).

Pays

| | |
|------------------|---|
| Union européenne | <p>S'agissant de l'Union européenne (UE), aucun instrument réglementaire ne régit l'application extraterritoriale des lois communautaires sur la concurrence à des sociétés de pays non membres de l'UE. L'application extraterritoriale de ces lois européennes ne fait toutefois aucun doute, la jurisprudence développée démontrant comment ces lois peuvent être appliquées à des activités exercées en dehors de l'UE ou à des sociétés de pays ne faisant pas partie de celle-ci. Trois principes distincts semblent avoir été développés au sein de l'UE :</p> <p>a) La théorie de l'« entité économique » permet à un pays d'exercer sa compétence à l'égard d'une société mère d'un pays ne faisant pas partie de l'UE qui contrôle les pratiques de ses filiales établies dans la communauté⁴⁰ ;</p> <p>b) Aux termes de la théorie de la « mise en œuvre », les ententes conclues à l'extérieur de l'UE relèvent de la compétence de celle-ci si elles sont mises en œuvre dans l'Union européenne et affectent le commerce entre les États membres⁴¹ ;</p> <p>c) Bien que la théorie des « effets » ne soit pas une théorie établie au niveau de la Cour de justice de l'Union européenne, elle semble d'usage courant au niveau de la Commission⁴². Aux termes de cette théorie, la Communauté européenne peut exercer sa compétence à l'égard des activités extraterritoriales dont les effets se font sentir à l'intérieur de l'UE.</p> |
| Allemagne | En vertu de l'article 130 2) de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence, celle-ci s'applique à toutes les restrictions qui ont des effets relevant de son champ d'application, même si ces effets se sont fait sentir à l'extérieur de celui-ci. |
| Singapour | <p>Ce pays a explicitement établi le caractère extraterritorial de sa législation en matière de concurrence dans ses lois.</p> <p>L'article 33 1) de la loi de 2004 sur la concurrence de Singapour étend le champ d'application de ces lois aux ententes conclues ou aux pratiques adoptées à l'extérieur du pays ou par des parties se trouvant à l'extérieur du pays.</p> |
| Inde | L'article 32 de la loi indienne de 2002 sur la concurrence concerne les pratiques adoptées à l'extérieur de l'Inde qui ont des effets sur la concurrence dans ce pays. La |

⁴⁰ Affaire de la Cour de Justice de l'Union européenne n° 48/69 *Imperial Chemical Industries Limited c. Commission* [1972] Recueil de jurisprudence, p. 619, par. 64 ; affaire de la Cour de justice de l'Union européenne n° 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission* [1973] Recueil de jurisprudence, p. 219, par. 15.

⁴¹ Affaires jointes de la Cour de justice de l'Union européenne n°s 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85 « *Pâte de bois* » *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission* [1988] Recueil de jurisprudence, p. 5193, par. 16 à 18.

⁴² Voir par exemple les considérants de la décision de la Commission du 24 juillet 1969, *Matières colorantes*, Journal officiel 1969 L195/11, par. 28. Voir également le paragraphe 100 des Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, Journal officiel 2004 C101/81.

Pays

Commission sur les monopoles et les pratiques restrictives du commerce est habilitée à enquêter sur les ententes ou associations conclues à l'étranger, sur les parties y afférentes et sur les entreprises abusant de leur position dominante à l'étranger, ainsi qu'à émettre des décrets à cet égard, si l'entente, la position dominante ou l'association a ou est susceptible d'avoir sur la concurrence des effets néfastes appréciables sur le marché indien pertinent.

Malaisie

L'article 3 1) de la loi de 2010 sur la concurrence dispose que celle-ci s'applique à toute activité commerciale exercée à l'extérieur de la Malaisie qui relève du paragraphe 2.

Le paragraphe 2 dispose quant à lui que la loi s'applique à toute activité commerciale exercée à l'extérieur de la Malaisie qui a des effets sur la concurrence sur un marché malaisien.

Champ d'application temporel

52. Le champ d'application temporel d'une loi s'entend de la période durant laquelle cette loi est applicable. D'un point de vue politique, le principal élément de l'application temporelle d'une loi sur la concurrence concerne l'entrée en vigueur d'un nouveau régime. Tenant compte plus globalement des initiatives gouvernementales adoptées, il faut déterminer si la législation devrait entrer en vigueur immédiatement ou après une période de préparation, d'éducation et de transition générale. Une telle période de transition permet aux citoyens en général, et aux entreprises en particulier, de mieux connaître le régime juridique et de déterminer dans quelle mesure il affectera leurs activités économiques. Les dispositions transitoires, les clauses dérogatoires, les abrogations, les clauses d'extinction et d'autres instruments limitant ou retardant l'application générale d'une loi, ou de certaines dispositions de celle-ci, font généralement partie des techniques de rédaction législative utilisées pour étaler l'application d'une loi.

53. Ainsi, le chapitre VIII du Traité révisé de Chaguaramas, qui reprend la législation de la CARICOM en matière de politique de la concurrence et de protection des consommateurs, reconnaît clairement qu'il faut prévoir, pour chaque État membre, une étape de préparation et de transition dans un paysage législatif plus vaste afin d'assurer la cohérence et le respect du Traité révisé. L'article 170 1) b) du Traité n'est qu'une des dispositions enjoignant les États membres à prendre des mesures de mise en œuvre. Il dispose que les États membres :

« Prennent les mesures législatives voulues pour assurer la cohérence et le respect des règles de concurrence et prévoir des sanctions à l'encontre des comportements commerciaux anticoncurrentiels ;

Assurent la diffusion des renseignements pertinents afin de faciliter le choix des consommateurs ;

Instaurent et maintiennent des dispositifs institutionnels et des modalités administratives afin de faire appliquer les lois relatives à la concurrence ; et

Prennent des mesures efficaces pour assurer l'accès des ressortissants des autres États membres aux autorités compétentes chargées de faire appliquer les lois, y compris aux tribunaux, et ce, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires. »

54. Par ailleurs, avant l'adoption d'une loi sur la concurrence, une vérification générale et un examen des régimes réglementaires existants et envisagés devraient être effectués pour déterminer si ces règles contredisent ou complètent le régime juridique de la concurrence.

Frontières de la compétence entre législations régionales et nationale en matière de concurrence

55. Plusieurs organisations régionales et supranationales ont adopté des règles de concurrence qui s'ajoutent aux législations nationales de leurs États membres à ce sujet. La question suivante se pose alors : Dans quels cas les règles de concurrence régionales et nationales s'appliquent-elles respectivement ? Les compétences respectives des autorités régionales et nationales doivent par conséquent être clairement définies pour empêcher les conflits de compétences.

56. Les réponses à cette question varient d'une organisation régionale à l'autre.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Champ d'application des règles de concurrence régionales et nationales

Organisation régionale

Union européenne (UE)

Les dispositions de fond de la législation européenne en matière de concurrence s'appliquent directement dans tous les États membres de l'UE lorsque la pratique en cause est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, voir par exemple le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Le critère de la « dimension communautaire » joue également un rôle décisif pour déterminer la compétence de la Commission européenne en tant qu'organisme chargé de l'application de la législation européenne en matière de concurrence. Si une pratique anticoncurrentielle n'a pas une dimension communautaire, elle relève de la compétence des autorités nationales de concurrence. Si cette pratique a au contraire une dimension communautaire, la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence exercent alors des compétences parallèles. L'Avis de la Commission sur la coopération au sein du Réseau d'autorités de concurrence énonce les principes régissant l'exercice des compétences en pareil cas. S'agissant du contrôle des fusions, la Commission européenne détient une compétence exclusive pour ce qui est des concentrations ayant une dimension communautaire.

Organisation régionale

| | |
|--|---|
| Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) ⁴³ | Tout comme le modèle communautaire, la législation sur la concurrence de la CEMAC s'applique aux pratiques anticoncurrentielles qui affectent le commerce entre les États membres. L'Organe de surveillance de la concurrence, qui regroupe le Secrétariat exécutif et le Conseil régional de la concurrence, contrôle l'application du droit communautaire. |
| Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) ⁴⁴ | <p>Le Conseil des ministres du COMESA a adopté un règlement sur la concurrence en décembre 2004.</p> <p>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. Il s'étend aussi à la protection des consommateurs, en quoi il se distingue de la formulation habituelle des réglementations de ce type.</p> <p>Le règlement communautaire prévoit la création de deux institutions chargées d'en assurer l'application : une commission de la concurrence et un conseil des commissaires.</p> <p>S'agissant du partage des compétences, la commission occupe une position supranationale par rapport aux autorités nationales de concurrence 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 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 injonction.</p> |
| Communauté andine ⁴⁵ | <p>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 :</p> <p>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</p> |

⁴³ Voir le rapport du secrétariat de la CNUCED intitulé « La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence », 23 mai 2008, TD/B/COM.2/CLP/69.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

Organisation régionale

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.

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

Le secrétariat de la Communauté andine est l'organe chargé des enquêtes. Celles-ci 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.

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. Dans l'État plurinational de 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 l'État plurinational de Bolivie et le Ministère de l'industrie et de la compétitivité de l'Équateur sont les autorités désignées.
