



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

Distr. générale
10 mai 2011
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**

Onzième session

Genève, 19-21 juillet 2011

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux
du droit et de la politique de la concurrence; examen de la
loi type; études relatives aux dispositions de l'Ensemble
de principes et de règles**

**Importance de la cohérence entre la politique de concurrence
et les autres politiques publiques**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le présent document d'information examine l'articulation entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques. La coordination des différentes politiques publiques est importante pour la réalisation des objectifs stratégiques fixés par les pouvoirs publics en vue d'améliorer le bien-être général de la population. Lorsque les politiques publiques ne sont pas harmonisées du point de vue du champ d'application et de la coordination de l'exécution, la probabilité de réaliser les résultats escomptés est compromise et les politiques risquent d'être inefficaces.

Le présent document se propose de définir ce qu'est et ce que n'est pas la cohérence des politiques et examine le besoin de coordination entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques. Il met en évidence les bénéfices pouvant résulter de la cohérence, ainsi que les stratégies propres à assurer une telle cohérence. Enfin il recense les questions et les domaines susceptibles de faire l'objet de futures recherches.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Définition de termes et de concepts	3
II. Rôle de diverses politiques dans la promotion du développement économique	6
III. Bénéfices pouvant résulter de la cohérence des politiques publiques	8
IV. Stratégies propres à assurer la cohérence	15
V. Éléments de discussion	20

Introduction

1. Les principales sources d'information dont s'inspire la présente note sont des études du secrétariat de la CNUCED, les contributions envoyées par les États membres en réponse à un questionnaire¹, les contributions des pays aux tables rondes organisées par la CNUCED sur des questions similaires en 2008 et 2009, les examens collégiaux effectués entre 2005 et 2010, les contributions à la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives qui s'est tenue du 8 au 12 novembre 2010, et les publications des groupes de travail du Réseau international de la concurrence (RIC) et de la table ronde organisée sur la question par l'Organisation pour la coopération économique et le développement (OCDE). Le présent document se fonde également sur des sites Web concernant les autorités de la concurrence et sur des publications universitaires.

I. Définition de termes et de concepts

A. Concurrence et politique de concurrence

2. La concurrence peut être définie comme la pression exercée sur le marché par différents agents en quête de parts de marché et de profits. C'est un jeu consistant à supplanter l'autre en conquérant une clientèle pour que les clients achètent les biens ou services d'une entreprise donnée. La concurrence est un domaine de la dynamique du marché qui appelle l'élaboration d'une politique. Une étude du secrétariat de la CNUCED présente les choses ainsi: «L'expression "politique de concurrence" fait référence à une politique publique qui vise à préserver ou à promouvoir la concurrence entre les agents économiques ainsi qu'à soutenir d'autres politiques ou mesures publiques permettant d'améliorer les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence»². La politique de concurrence revêt une large dimension qui inclut l'ensemble des autres politiques publiques favorisant la concurrence sur le marché, notamment la politique de protection des consommateurs, la politique d'investissement, la politique relative aux droits de propriété intellectuelle et la politique industrielle.

3. Lorsqu'on examine le rôle du droit de la concurrence et des institutions de concurrence, on ne saurait ignorer la question de la cohérence avec d'autres politiques publiques ayant des incidences sur la concurrence. Le lien entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques rend nécessaire la promotion de la concurrence, qui fait partie intégrante de l'application du droit de la concurrence et est un facteur déterminant pour assurer la cohérence d'une telle application avec ces politiques.

¹ Des réponses au questionnaire ont été reçues des pays suivants: Allemagne, Australie, Autriche, Bénin, Bhoutan, Bulgarie, Burkina Faso, Chili, Chypre, Colombie, Espagne, États-Unis, France, Grèce, Honduras, Hongrie, Indonésie, Iraq, Japon, Malaisie, Maroc, Mexique, Philippines, Portugal, République de Corée, République dominicaine, Sénégal, Serbie, Slovaquie, Soudan, Suisse, Tchad, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Ukraine, Union européenne, Uruguay, Zambie et Zimbabwe.

² CNUCED (2010). Contribution de la politique de concurrence à la promotion du développement économique: bonne conception et efficacité du droit et de la politique de la concurrence. TD/RBP/CONF.7/3.

4. L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives reconnaît la dimension «développement» de la politique de concurrence et engage les États membres à promouvoir des marchés concurrentiels comme moyen de favoriser le développement économique. En ce sens, on peut considérer qu'une concurrence effective est un élément important de toute stratégie de développement économique. En cherchant à assurer une telle concurrence, la législation de nombreux pays en développement relative à la concurrence prend en compte d'autres objectifs, comme par exemple la promotion des petites et moyennes entreprises, la réalisation d'objectifs d'intérêt public incluant les catégories défavorisées de la population, la création d'emplois, la promotion des exportations et les exemptions pour les droits de propriété intellectuelle, pour n'en citer que quelques-uns. Le fait que les lois sur la concurrence recouvrent d'autres attributions gérées par d'autres organismes publics appelle une cohérence au niveau de l'application des politiques, ceci afin d'éviter les conflits et les doubles emplois, ou un affaiblissement injustifiable du jeu de la concurrence en tant que principal moteur du développement économique.

B. Qu'est ce que la cohérence des politiques?

5. Récemment, lors d'une réunion plénière de haut niveau³, le Conseil économique et social de l'ONU a demandé «que l'action soit intensifiée à tous les niveaux en vue d'accroître la cohérence des politiques dans l'intérêt du développement, affirmant que la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement appelle l'adoption de politiques intégrées et complémentaires couvrant une multitude de questions d'ordre économique, social et environnemental dont dépend le développement durable». L'ONU reconnaît l'importance de la cohérence des politiques dans l'ensemble des secteurs favorisant le développement. En outre, la cohérence des politiques est un concept qui revêt de plus en plus d'importance dans l'agenda de développement de nombreux pays, que ce soit dans le monde développé ou le monde en développement.

6. Dans les pays en développement, comme ailleurs, les gouvernements poursuivent plusieurs objectifs qui ne sont pas toujours compatibles. La cohérence est un aspect de plus en plus important de la politique de développement. Elle exige que les décideurs, lorsqu'ils élaborent des politiques nationales, soient conscients des incidences – tant négatives que positives – que celles-ci pourront avoir sur leur économie. Elle exige aussi que les décideurs, lorsqu'ils mettent en œuvre ces politiques nationales, prennent des mesures pour éviter toute incidence négative sur le développement résultant d'incohérences au niveau de leurs politiques économiques, et, chaque fois que cela est possible, cherchent à obtenir des retombées positives. Des problèmes de cohérence peuvent se poser entre différents types de politiques publiques, différents niveaux d'administration et différentes parties prenantes au niveau des structures gouvernementales nationales, mais aussi au niveau régional ou international.

C. Pourquoi la cohérence des politiques est-elle idéale?

7. Dans une perspective de développement, la cohérence des politiques suppose que les pouvoirs publics lorsqu'ils cherchent à réaliser certains buts et objectifs stratégiques

³ Note du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies intitulée «Cohérence, coordination et coopération en matière de financement du développement». Réunion de haut niveau du Conseil économique et social tenue à New York les 10 et 11 mars 2011. Voir <http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/springmeetings/2011/Programme.pdf>.

nationaux dans des domaines tels que le commerce, la concurrence, l'investissement, l'agriculture, l'environnement, etc., s'efforcent d'éviter les doubles emplois, les tensions et les conflits inutiles. Aux niveaux régional et international, la cohérence des politiques suppose que soient évités au niveau de la mise en œuvre des débordements préjudiciables à d'autres États membres d'un groupement régional ou à d'autres acteurs de la scène mondiale.

8. Mais il n'est pas toujours possible d'assurer la cohérence des politiques. Lorsqu'un État a des problèmes de liquidités et cherche des ressources pour équilibrer son budget, des incohérences au niveau des politiques peuvent survenir s'il décide de vendre une entreprise publique ou une concession exclusive et que cette privatisation ou concession se traduit, de la part de la nouvelle entreprise, par un abus de position dominante préjudiciable à la concurrence. Ceci peut résulter du fait que le ministère n'a pas sollicité l'avis des autorités de la concurrence, lorsque celles-ci existent. De telles décisions sont le plus souvent politiques.

9. Pour promouvoir le développement économique et le bien-être des citoyens, les gouvernements, lorsqu'ils élaborent de nouvelles politiques, devraient mettre en place des mécanismes qui leur permettent d'examiner les domaines de tension possibles et s'en servir pour améliorer la coordination et établir un dialogue avec les parties concernées. Le débat sur la cohérence des politiques peut contribuer aux objectifs de développement d'un pays en améliorant le processus de bonne gouvernance, en permettant aux décideurs de définir les priorités et les domaines nécessitant de nouvelles analyses et mesures, comme on le verra ci-après.

D. Types de cohérence

10. La cohérence peut être verticale ou horizontale et avoir des conséquences prévues ou imprévues. La relation est verticale lorsque, au sein d'un même ministère, deux politiques différentes traitent d'un aspect lié du marché. Prenons par exemple un ministère des finances qui s'occupe à la fois de la concurrence, des assurances et des banques. Un conflit pourrait survenir si la banque centrale souhaitait autoriser une fusion bancaire anticoncurrentielle ou si la commission de contrôle des assurances approuvait une entente sur les prix entre les membres de l'association des assureurs. La cohérence peut être interne, externe ou intra. Dans l'exemple cité, le ministre doit s'occuper des problèmes de cohérence liés aux trois domaines dont il s'occupe dans le cadre de sa relation verticale, chaque institution intervenant dans son espace de compétences propre, tout en considérant la vision globale du ministère. Ce type de relations entre des politiques administrées par le même organisme/ministère est aussi qualifié d'interne.

11. Les arrangements sont horizontaux lorsque les politiques considérées sont administrées par des ministères différents. On parle aussi, en pareil cas, de cohérence intergouvernementale. L'interaction entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels relève de cette catégorie.

12. On désigne par cohérence externe la cohérence entre les politiques qui portent sur des questions extérieures, le commerce et la politique étrangère. L'essor des accords commerciaux bilatéraux, régionaux et sous-régionaux prévoyant des clauses de concurrence a rendu nécessaire la recherche de cohérences externes entre les politiques, c'est-à-dire l'examen du rapport entre l'application des politiques régionales de la concurrence et les législations nationales relatives à la concurrence ainsi que d'autres politiques prévues dans les accords.

13. Les facteurs influant sur la cohérence peuvent être institutionnels, ou être liés à la manière dont les politiques sont mises en œuvre ou au mandat – défini par des instruments juridiques – donnant effet à la politique. Les instruments en question peuvent être des lois, des décrets, des règles ou des règlements, formant le droit dérivé.

E. Politique de concurrence et autres politiques publiques: ce que la cohérence ne signifie pas

14. Lorsque l'on considère la question de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques, l'attention doit se porter sur la réalisation des objectifs de développement du pays. Cela ne veut pas dire que l'on puisse réaliser tous les buts et objectifs de développement d'un pays en faisant appel à des solutions reposant sur le marché. Beaucoup d'objectifs sociaux, politiques et économiques nécessitent le recours à d'autres solutions si l'on veut promouvoir le bien-être de tous. Par exemple, pour que les consommateurs habitant dans des régions reculées aient accès aux services postaux, l'État est parfois amené à subventionner ces services, ce qui ne laisse pas de place aux forces du marché.

15. D'autre part, la cohérence ne veut pas dire que la politique de concurrence soit une réponse à tous les problèmes économiques et sociaux. Selon les circonstances, d'autres politiques seront plus indiquées. En période de catastrophes naturelles et autres crises, les pouvoirs publics interviennent hors de leur champ d'action habituel pour essayer d'atténuer l'impact de la crise. Dans ces moments-là, il convient de revoir la politique de concurrence pour tenir compte de la nécessité de faire face aux dysfonctionnements temporaires du marché, sans voir là un manque de cohérence. Dans leur réponse au questionnaire de la CNUCED, les États-Unis⁴ ont observé que si la concurrence est vitale pour promouvoir le bien-être des consommateurs, elle n'est pas le seul outil, et les gouvernements doivent prendre des décisions sur la manière de concilier la politique de concurrence et d'autres politiques dans l'intérêt du bien-être de la population.

16. Dans un souci de proportionnalité, les agents chargés de faire appliquer le droit de la concurrence devraient prêter une oreille attentive aux autres intervenants. Les autorités de la concurrence devraient considérer l'ensemble des politiques. Aussi grand que soit leur désir de promouvoir les principes de concurrence, elles doivent aussi tenir compte d'autres objectifs stratégiques afin d'assurer un certain équilibre. Elles devraient également veiller à encourager les autres organismes de réglementation à procéder à une évaluation de l'impact des réglementations.

II. Rôle de diverses politiques dans la promotion du développement économique

17. De nombreux chercheurs s'accordent à penser que la concurrence devrait viser un objectif mesurable précis. Certains universitaires ont souligné que la politique de concurrence devait avoir pour principal objectif de préserver et d'encourager la concurrence sur le marché afin de promouvoir l'efficacité économique et le bien-être des consommateurs. Puisque qu'il existe des pratiques anticoncurrentielles sur tous les marchés, il faut se poser la question de savoir combien de temps tolérer les comportements anticoncurrentiels ou leurs effets et comment mettre en place une politique de concurrence.

⁴ Voir la réponse des États-Unis au questionnaire de la CNUCED sur le site: <http://www.unctad.info/en/6th-UN-Conference-on-Competition-Policy/>.

18. L'élaboration et l'adoption d'une législation de la concurrence devrait se faire par étapes dans le cadre des diverses politiques macroéconomiques et microéconomiques que les pouvoirs publics sont appelés à mettre en place selon un rythme variant d'un pays à l'autre. Les pays qui restructurent leur économie adoptent par exemple toutes sortes de mesures pour faire face aux différents impératifs du processus de réforme. Dans la plupart des cas, aucun mécanisme de coordination n'oriente ce processus. Shyam Khemani (1997)⁵ souligne que les pouvoirs publics interviennent en fonction des circonstances, ce qui réduit généralement leurs choix stratégiques et leur marge de manœuvre.

19. Rotmans *et al.* (2001)⁶ ajoutent que des mesures d'ajustement structurel comme les mesures de libéralisation et de privatisation ont été les principales priorités économiques, dans les années 1980 et 1990, des pays qui souhaitaient passer d'une économie dirigiste à une économie de marché concurrentielle portée par le secteur privé. En période de transition, les pouvoirs publics doivent concevoir des politiques et des législations en matière de réglementation, y compris une politique de concurrence pour empêcher que le processus de création de marchés concurrentiels ne soit contrecarré par des pratiques anticoncurrentielles. La conversion de monopoles publics en monopoles privés et en oligopoles a constitué, au cours de cette période, une préoccupation majeure. Les gouvernements ont adopté des politiques de réglementation, notamment une politique de concurrence, une politique d'investissement et une politique de promotion des exportations. Ces différentes politiques relèvent généralement de la compétence de ministères différents ayant chacun des attributions, des visions et des objectifs particuliers ainsi qu'une conception différente, le plus souvent, de la réglementation du marché.

20. Dans de telles conditions, les gouvernements doivent mettre en place des systèmes et établir des mécanismes qui favorisent le dialogue et l'échange d'informations entre les décideurs et les exécutants afin de réduire autant que possible les conflits et de promouvoir la cohérence des politiques. Les mécanismes de dialogue rendent la transition moins douloureuse pour la société en permettant de discuter des problèmes qui se posent et des obstacles rencontrés et, s'ils sont soutenus par les structures gouvernementales, ils peuvent favoriser l'émergence de nouveaux concepts, idées et procédés. Les nouvelles politiques adoptées peuvent être considérées comme un moyen, non pas de supplanter les politiques existantes, mais d'améliorer encore le fonctionnement du marché.

A. Secteurs réglementés et concurrence

21. L'application du droit de la concurrence a des liens avec toute une série de politiques économiques publiques affectant la concurrence sur les marchés intérieurs, qu'il s'agisse des politiques des télécommunications, des investissements étrangers directs (IED), du commerce international ou des marchés financiers ou encore de la politique de privatisation. La mise en œuvre de ces politiques, soit renforcera, soit freinera le développement de marchés concurrentiels, et déterminera l'efficacité de l'application du droit de la concurrence. Les institutions de la concurrence devraient faire valoir les avantages que des marchés concurrentiels présentent tant pour les citoyens que pour les décideurs.

⁵ Shyam Khemani R. (1997). *Competition Policy and Economic Development*.

⁶ Rotmans J., Kemp R., van Asselt M. (2001). More evolution than revolution: transition management in public policy. In: *Foresight*. 3 (1). Février.

L'affaire *Verizon Communications Inc. vs. V. Trinko, LLP*⁷

Le besoin de cohérence entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels est illustré par l'affaire *Verizon vs. Trinko*, qui a eu lieu aux États-Unis. Cette affaire concernait l'application de la loi sur les télécommunications et la question de savoir si la législation antitrust pouvait être invoquée pour comportement d'éviction abusif. La question se posait également de savoir si les «clauses de sauvegarde» de la loi sur les télécommunications (art. 601, b, 1)), qui disposent que rien dans la loi ne devrait contribuer à «modifier, compromettre ou annuler l'applicabilité des lois antitrust», étaient applicables dans le cas d'espèce. Selon l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, les mesures correctrices nécessaires avaient été prises au titre de la loi sur les télécommunications suite à l'infraction par Verizon des accords de partage de l'interconnexion avec des concurrents, et l'action formée pour infraction aux règles de la concurrence n'était donc pas fondée sur des motifs suffisants pour justifier des poursuites pour refus de négocier ou comportement d'éviction. La Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel d'appliquer à l'affaire l'article 2 du *Sherman Act*. Elle a insisté sur le fait que de nouveaux systèmes devaient être mis en place et appliqués pour régler le problème d'accès. Selon le Département de la justice, les clauses de sauvegarde de la loi sur les télécommunications de 1996 ne sont pas enfreintes en l'espèce.

Cette affaire montre une nouvelle fois qu'il est nécessaire de clarifier la frontière entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence. Elle montre qu'il est possible, lorsqu'il y a coordination au niveau de l'application de la politique et du droit et partage de l'information, de parvenir à s'entendre sur le *modus operandi* des clauses de sauvegarde. Ceci peut intéresser les tribunaux qui jugent des affaires touchant des questions de concurrence et de réglementation sectorielle.

III. Bénéfices pouvant résulter de la cohérence des politiques publiques

22. Lorsqu'il y a cohérence entre les différentes politiques publiques, la probabilité de réaliser l'objectif consistant à promouvoir le développement économique et à améliorer le bien-être de la population est plus grande que lorsqu'il y a des incohérences et des conflits entre les responsables de l'application des politiques. Les gouvernements doivent identifier les domaines dans lesquels l'action de renforcement de la cohérence sera la plus efficace. Toute une série de bénéfices peuvent résulter de la cohérence des politiques.

23. Certains pays (comme les Pays-Bas et le Royaume-Uni) ont constaté qu'un moyen essentiel de renforcer la cohérence consistait à réduire les charges administratives imposées par les réglementations. Un rapport paru en 2006 au Royaume-Uni⁸ recense les principaux éléments à considérer à cet égard: a) la suppression, la réduction, le regroupement et l'amélioration des réglementations; b) la simplification des procédures régissant le respect des réglementations; c) le partage de l'information et des données; et d) un système de

⁷ *Verizon Communications vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, souvent abrégée en *Verizon vs. Trinko*. 540 U. S. 398 (2004). Voir le site: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Publication.1593.html>.

⁸ Ministère des affaires économiques (Pays-Bas) (2009). *Regulatory Burdens on Businesses*. Mai. Le Better Regulation Executive and National Audit Office du Royaume-Uni a établi conjointement en 2006 un guide intitulé «Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement» à l'intention des responsables des évaluations suite au rapport Hampton.

guichet unique pour les parties concernées. Ces éléments peuvent contribuer à réduire les coûts et à accroître la cohérence dans la formulation et l'application des politiques. L'incohérence des politiques a un coût pour la société sous une forme ou une autre. Imaginons que l'on ait, d'une part, une politique et une législation de passation des marchés publics régissant les appels d'offres pour la construction de routes, et, d'autre part, un droit et une politique de concurrence prévoyant des dispositions visant à lutter contre le trucage des offres et les soumissions concertées. L'absence de coordination dans l'application des deux politiques et législations créera un conflit sur le marché puisqu'une adjudication pourra être attribuée à un cartel, ce qui reviendra à transférer l'argent des contribuables à des entreprises privées.

24. La question des compétences respectives des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation est au cœur du débat sur la cohérence des politiques. Comme il est indiqué dans une étude du secrétariat de la CNUCED⁹, dans de nombreux pays, la coexistence des autorités chargées de la concurrence et des organismes de réglementation sectoriels est évidente. Les progrès technologiques et autres évolutions qui se produisent sur le marché déterminent le rôle de l'État en matière de réglementation. Comme les décideurs l'ont appris avec la récente crise financière, même lorsque des pressions concurrentielles s'exercent sur le marché dans certains secteurs, l'assouplissement des principes de réglementation peut être très coûteux pour l'économie mondiale¹⁰. Les modalités de coexistence des organismes de réglementation et des autorités de la concurrence illustrent la diversité de la manière dont les pays ont abordé la question de la coordination ou de la non-coordination des politiques de la concurrence et des politiques de réglementation sectorielle.

25. La privatisation s'est souvent accompagnée de l'établissement de nouveaux organismes de réglementation sectoriels afin de garantir le succès des réformes des marchés. Les organismes sectoriels les plus courants se trouvent dans le secteur bancaire, les télécommunications, le transport aérien et l'énergie. Dans de nombreux pays, c'est l'organisme de réglementation bancaire qui est le plus ancien. La banque (banque centrale, banque de réserve, etc.) existait déjà dans beaucoup d'économies avant la privatisation, la mondialisation, l'ajustement structurel et la libéralisation, et elle reste dans de nombreuses juridictions l'autorité de réglementation du secteur financier.

26. L'OCDE recense quatre fonctions de réglementation: la protection de la concurrence, l'accès aux marchés, l'accès aux infrastructures essentielles, et la réglementation économique et technique. Les organismes de réglementation sectoriels relèvent généralement de la réglementation technique. L'existence d'une cohérence entre l'application des politiques de réglementation sectorielles et l'application de la politique de concurrence se traduit par des bénéfices évidents. La coexistence des autorités de la concurrence et des organismes de réglementation sectoriels est désormais courante dans de nombreuses juridictions. Les transformations économiques des années 80 et 90 ont modifié l'éventail des opérations effectuées sur le marché en accroissant la participation du secteur

⁹ CNUCED (2006). Les pratiques optimales pour définir les compétences requises des autorités chargées de la concurrence et des organismes de réglementation et régler les affaires faisant l'objet d'une action conjointe. TD/RBP/CONF.6/13/Rev.1.

¹⁰ La crise financière a été attribuée à un défaut de réglementation aux États-Unis et, par extension, en Europe. Voir, par exemple, Banque mondiale (2009). *Is there a need to rethink the supervisory process?* Document établi par John Palmer et Caroline Cerruti. Voir aussi: FMI (2010). *Lessons and policy implications from the global financial crisis*. Document établi par Stijn Claessens, Giovanni dell'Arccia, Deniz Iga et Luc Laeven. Voir également: Commission européenne. *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses*. *European Economy 2009*. Voir aussi: Mix DE (2010). *The United States and Europe: Current Issues*. CRS report for Congress. 8 décembre.

privé, créant des possibilités de rivalité et de pression concurrentielle. La concurrence s'introduit en permanence dans des secteurs auparavant dominés par des monopoles. Les progrès technologiques ont progressivement restructuré le cadre traditionnel du marché.

27. Mais le rôle de surveillance qu'exerce l'État sur le marché est de plus en plus considéré comme un facteur important dans ce nouveau contexte. L'intervention de l'État est nécessaire même sur des marchés très concurrentiels. Des règles et des réglementations particulières doivent être mises au point pour orienter le marché sur la voie de la concurrence au service du développement¹¹. Outre le droit de la concurrence, des réglementations sectorielles sont également apparues dans certains secteurs de l'économie: télécommunications, énergie, banque, assurances, etc.

28. Il n'est pas rare que la compétence des organismes de réglementation sectoriels et celle des autorités de la concurrence se recouvrent sur certains points. Les fusions bancaires, l'octroi de licences et la fixation des prix dans les télécommunications, la détermination des primes d'assurance, etc., sont quelques-uns des domaines qui doivent retenir l'attention à cet égard.

29. Dans certaines juridictions, quelques secteurs réglementés sont exclus du champ d'application du droit de la concurrence. Dans d'autres, la compétence des organismes sectoriels est concurrente de celle des autorités de la concurrence. Il se peut aussi que ni la loi de la concurrence ni les réglementations sectorielles n'abordent la question d'éventuels chevauchements. Compte tenu de la diversité des situations, il existe un risque de conflit et d'absence de coordination entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels.

A. Examens collégiaux volontaires de la CNUCED et cohérence de la concurrence

30. Depuis 2005, la CNUCED a facilité la réalisation d'examens collégiaux volontaires de la politique de concurrence dans un certain nombre d'États membres¹². Il ressort notamment de ces examens que la question de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques mérite, dans tous les pays considérés, de faire l'objet d'une plus grande attention. Les examens ont abordé de nombreux aspects de la cohérence des politiques, notamment les exemptions pour les droits de propriété intellectuelle ainsi que pour la recherche-développement et certains secteurs stratégiques, qui rendent très difficile la tâche de l'autorité de la concurrence et inefficace son rôle de réglementation sur le marché.

31. En Jamaïque, l'examen collégial a constaté que la coordination avec les autres politiques publiques était très difficile. Seule la loi sur les télécommunications de 2000 reconnaît l'existence de la loi sur la concurrence loyale. Pour toute autre politique publique comportant des éléments de concurrence, l'autorité de la concurrence doit justifier la nécessité de protéger les principes de concurrence. En outre, des dispositions essentielles, notamment sur le contrôle des fusions, sont absentes de la loi sur la concurrence.

¹¹ Voir, par exemple, CNUCED (2002). Analyse des questions d'accès aux marchés auxquelles sont confrontés les pays en développement: intérêts des consommateurs, compétitivité, concurrence et développement. TD/B/COM.1/47.

¹² Les examens collégiaux ont concerné la Jamaïque (TD/RBP/CONF.6/7), le Kenya (TD/RBP/CONF.6/8), la Tunisie (UNCTAD/DITC/CLP/2006/2), l'Union économique et monétaire ouest-africaine: Bénin et Sénégal (UNCTAD/DITC/CLP/2007/2), le Costa Rica (UNCTAD/DITC/CLP/2008/2), l'Indonésie (UNCTAD/DITC/CLP/2009/2), et, plus récemment, la Serbie.

32. Au Kenya, la conception de la loi sur la concurrence et de son cadre institutionnel a été considérée comme un obstacle majeur pour assurer la cohérence avec les autres politiques et lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles. La loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix, et l'institution chargée de veiller à son application, la Commission des monopoles et des prix, ont été parmi les premiers cadres réglementaires établis sur le marché kényan (en 1988) au début de la libéralisation. Un grand nombre de secteurs réglementés, dont les banques, les assurances, les télécommunications, le thé, le café et l'énergie, sont exemptés des dispositions du droit de la concurrence en vertu de l'article 5 de la loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix. Les relations entre la Commission des monopoles et des prix et les autres organismes de réglementation ne sont définies ni dans la loi sur la concurrence ni dans le droit réglementaire.

33. L'examen collégial réalisé en Tunisie a montré dans quels domaines il était possible d'assurer une cohérence entre l'application du droit de la concurrence et les autres politiques de réglementation. Certains secteurs, protégés de la réglementation antitrust, échappent à l'autorité de la concurrence. C'est le cas du secteur de l'électricité, régi par la Société tunisienne d'électricité et de gaz qui détient le monopole de la distribution et d'une partie de la production de l'électricité. Le secteur des assurances, le secteur financier, le secteur de la bourse et celui des télécommunications sont également contrôlés par des autorités de réglementation bien établies qui peuvent, en vertu de leur mandat, ne pas tenir compte des pratiques anticoncurrentielles dans leur secteur.

34. Au Costa Rica, de nombreux secteurs sont exemptés de l'application de la loi sur la concurrence. D'après l'examen collégial, ce sont: «a) les prestataires de services publics détenant une concession, selon les modalités des lois pertinentes; b) les monopoles d'État créés par la loi; et c) les municipalités ou autorités locales, aussi bien concernant le régime interne que leurs relations avec des tiers (art. 9 et 72 de la loi et art. 29 du règlement connexe)».

35. En outre, la loi sur la concurrence au Costa Rica ne s'applique pas à la fixation d'honoraires minimum par les associations professionnelles. Les chambres et associations à caractère commercial sont exclues du champ d'application du droit de la concurrence lorsqu'elles ne participent pas à l'activité économique comme acheteur ou vendeur de biens ou services. Cela tient à la définition de «l'agent économique» donnée dans la loi. D'après des exemples tirés des enquêtes réalisées dans le cadre du Programme COMPAL de la CNUCED, des ententes anticoncurrentielles sont souvent conclues entre associations, et les autorités de la concurrence ne peuvent pas intervenir¹³.

36. L'examen collégial volontaire des politiques de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) a mis en évidence l'aspect régional de la coordination des politiques. La répartition des compétences entre les autorités régionales et nationales chargées de la concurrence fait apparaître des incohérences au niveau de la mise en œuvre et un manque de coordination entre les organismes sectoriels de réglementation régionaux. Lorsque des problèmes de compétence se posent, comme dans le cas de l'UEMOA et de ses États membres, la coordination de la politique de concurrence avec les autres politiques publiques se trouve encore compliquée. Certains membres de l'Union traitaient déjà des affaires de concurrence avant l'entrée en vigueur des règles communautaires en 2003. Après cette date, le Sénégal a fait état de six affaires en matière d'entente et d'abus de position dominante dont aucune n'a été transmise, ni à l'organisme

¹³ Programme COMPAL de la CNUCED (2005). *Strengthening Institutions and Capacities in the Area of Competition and Consumer Protection Policies in Latin America*. Voir le site: http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20043_en.pdf.

communautaire ni à l'organisme national de réglementation. L'examen collégial indique que l'absence de réglementation sectorielle au niveau régional et le principe de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA pour prendre des décisions en cas d'infraction aux règles de concurrence constituent des obstacles majeurs pour le travail des institutions nationales et de l'autorité régionale de la concurrence.

37. Le cas de l'UEMOA – ainsi que certains aspects de l'activité d'autres organismes régionaux du monde en développement – montre combien il est complexe d'assurer la cohérence entre les organismes nationaux et régionaux pour l'application des règles de concurrence, et, par extension, d'autres politiques publiques. Si l'application des règles de concurrence fonctionne mal, les instances chargées de faire respecter ces règles rencontrent des difficultés avec les autres politiques.

38. Un autre domaine dans lequel la coordination des politiques serait bénéfique pour l'application du droit et de la politique de la concurrence est celui de la politique industrielle. On a longtemps dit que la politique industrielle portait atteinte aux principes de la concurrence et que la politique de concurrence limitait la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de leur politique industrielle. Or de nombreuses études ont montré que les deux politiques étaient complémentaires et que la coordination pouvait neutraliser ces effets négatifs. La crise économique récente a confirmé que certaines imperfections du marché pouvaient accroître la demande d'interventions ciblées et mesurées de la part de l'État. Des mesures de relance économique ont été mises en œuvre à partir de 2009 et jusque pas plus tard que fin 2010. Chacun sait que les subventions peuvent d'une façon générale occulter les gains d'efficacité au niveau national, mais par quel autre moyen pouvait-on atténuer un problème qui risquait de conduire à l'effondrement de l'économie mondiale? Une étude du secrétariat de la CNUCED observe ce qui suit: «Des pressions sont exercées sur les pouvoirs publics afin qu'ils mettent en place des programmes de sauvetage destinés aux sociétés industrielles et financières. Les autorités de la concurrence sont quant à elles sollicitées pour assouplir les réglementations régissant les fusions et les interdictions relatives aux pratiques anticoncurrentielles qui sont énoncées dans les lois pertinentes. Quelques mesures laissent entrevoir un certain nationalisme économique dans les pays qui tentent d'offrir des subventions ou des garanties uniquement aux sociétés et consommateurs nationaux»¹⁴.

39. La relation entre politique de concurrence et politique industrielle est la plus épineuse, surtout en période de difficultés économiques. Les pays en développement et les économies en transition font face à des problèmes assez différents s'agissant de leur capacité à octroyer des subventions et à adopter des mesures de relance. Cependant, la pression exercée pour attirer les IED et s'appuyer sur ces investissements peut procurer aux sociétés transnationales certains avantages, au détriment des entreprises locales¹⁵. Il peut aussi arriver que les entreprises étrangères se trouvent désavantagées lorsqu'un traitement préférentiel est accordé aux sociétés nationales. L'intervention de la Commission fédérale du commerce international des États-Unis dans l'affaire du renflouement de la Chrysler Corporation en 1980¹⁶ montre que l'argument de la concurrence ne l'emporte pas toujours et pose une nouvelle fois la question de l'équilibre des politiques.

¹⁴ CNUCED (2010). Sensibilisation aux questions de concurrence, contrôle des fusions et application effective du droit en période de difficultés économiques. TD/RPB/CONF.7/6.

¹⁵ Voir, par exemple, CESAP sur le site http://www.unescap.org/tid/publication/tipub2540_chap3.pdf, chap. 3. Voir également: CNUCED (1999). *Most Favoured Nation Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/10. Vol. 3.

¹⁶ Voir la réponse des États-Unis au questionnaire de la CNUCED sur le site Web de la CNUCED.

40. Lewis (2009)¹⁷ souligne que la crise financière et la crise économique qui a suivi sont en partie attribuables aux échecs de la réglementation. L'intervention gouvernementale ne devrait donc pas faire abstraction des causes profondes de la crise. Les autorités financières et autres autorités de réglementation, notamment les autorités de la concurrence, devraient œuvrer de concert pour empêcher qu'une telle situation se reproduise. La concurrence était manifeste dans le secteur financier bien avant la crise, mais la réglementation du secteur financier suppose l'adhésion à un certain code de conduite pour assurer la liquidité et la survie des banques. Bref, on pourrait se demander s'il s'agissait ici de cohérence des politiques ou d'incohérence, et si les solutions passent par la politique de concurrence. Quoiqu'il en soit, les objectifs essentiels – à savoir le bien-être des consommateurs et le maintien d'un processus compétitif – n'ont pas à être modifiés.

41. Pour pouvoir établir une distinction, parmi les instruments de politique industrielle dont ils disposent, entre les subventions qui ont des effets néfastes sur la concurrence et celles qui n'ont aucun impact, les pouvoirs publics doivent avoir accès en temps voulu à des informations adéquates et concilier des exigences et des objectifs contradictoires.

42. Dans le souci d'accroître la cohérence entre les deux politiques, s'il est vrai que les pouvoirs publics peuvent passer outre à l'avis des autorités de la concurrence en période de difficultés économiques, comme ce fut le cas par exemple en Allemagne et au Royaume-Uni, les autorités de la concurrence peuvent aussi préparer la voie à la restructuration et à la re-réglementation qui s'imposeront après la crise afin de favoriser la concurrence¹⁸. Dans une perspective mondiale, les politiques nationales devraient tenir compte des retombées qui pourraient découler pour les autres pays, notamment les pays en développement, des mesures adoptées ou non adoptées. Pour bien faire, les pays devraient harmoniser leurs interventions et leurs intérêts au bénéfice de l'économie mondiale. Ils contribueraient ainsi à promouvoir la cohérence des politiques au niveau international.

43. Les droits de propriété intellectuelle (DPI) encouragent l'innovation et favorisent ainsi la croissance et le développement économiques. Mais l'abus des DPI peut étouffer le jeu de la concurrence, et la question du dosage entre les DPI et la politique de concurrence est donc un autre domaine où la cohérence s'impose. Cette question fait l'objet de discussions depuis des décennies. Nombre de législations sur la concurrence excluent les DPI de leur champ d'application, considérant qu'ils permettent de favoriser la recherche-développement¹⁹. Cependant, ce qu'il est convenu d'appeler les licences croisées peuvent nuire à la concurrence si les titulaires de brevets s'entendent sur les prix, une telle entente risquant de faire obstacle à l'accès au marché d'autres concurrents. La procédure de délivrance de nouveaux brevets peut donner lieu à des problèmes de concurrence lorsqu'un titulaire de brevet existant acquiert un brevet sur des développements mineurs du produit déjà breveté. Cette pratique de prolongement des brevets a pour effet de prolonger la durée des droits exclusifs au-delà de la durée de validité initiale du brevet. L'affaire *AstraZeneca* en 2010²⁰ concernait un abus de position dominante par le titulaire d'un brevet en vue de retarder l'entrée sur le marché de médicaments génériques.

¹⁷ Lewis D. (2009). The role of competition authorities in the management of economic crises. Global Forum on Competition. OCDE. DAF/COMP/GF/WD.

¹⁸ Étude du secrétariat de la CNUCED sur les relations entre politique de concurrence et politique industrielle dans le cadre de la promotion du développement économique (2009). TD/B/C.1/CLP.3.

¹⁹ Rapport du secrétariat de la CNUCED sur les politiques de la concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle (2008). TD/B/COM.2/CLP/68.

²⁰ Commission européenne, affaire T-321/05 *AstraZeneca c. Commission*. 1^{er} juillet 2010.

44. Des problèmes de cohérence se posent donc entre la politique de concurrence et la politique relative aux droits de propriété intellectuelle. Une solide collaboration entre les institutions serait nécessaire pour éviter des incohérences au niveau des réglementations et de l'application des lois pertinentes. L'élaboration et la publication, en particulier par les pays en développement, de lignes directrices portant sur l'interaction de la politique de concurrence et de la politique des DPI et indiquant les domaines où des pratiques anticoncurrentielles risquent de se produire faciliteraient la protection des DPI tout en assurant une cohérence avec les règles de concurrence.

45. La promotion et la mise au point de normes industrielles peuvent se traduire pour les consommateurs par des avantages importants; incitation à l'innovation, uniformité des produits, interopérabilité, produits plus durables, moindres coûts de développement pour les produits fondés sur les normes, efficacité, choix des consommateurs, produits supposément de meilleure qualité pour les consommateurs grâce à la comparaison de solutions concurrentes effectuée par des experts, concurrence accrue du fait de la diminution du nombre des obstacles s'opposant à l'entrée de produits normalisés sur un marché donné, moindres coûts de commercialisation pour mettre des produits sur le marché, et promotion de la santé publique et de la sécurité. Les normes industrielles sont surtout considérées comme l'un des moteurs de l'économie moderne car elles peuvent rendre les produits moins coûteux pour les entreprises et plus intéressants pour les consommateurs et constituer un élément fondamental du commerce international. En revanche, certaines normes peuvent aussi ralentir l'innovation en pérennisant des technologies moins performantes et limiter le choix du consommateur en réduisant le nombre de produits différenciés mais incompatibles. Les activités de normalisation ne sont cependant pas à l'abri des contrôles antitrust puisqu'elles sont généralement soumises à la règle de la raison.

46. Un autre point à considérer lorsqu'on examine la question de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques est le lien entre la politique de concurrence et l'application de politiques complémentaires au sein de l'appareil étatique. L'un des instruments essentiels à cet égard est le pouvoir judiciaire et la manière dont les affaires de concurrence sont réglées conformément aux dispositions de la législation sur la concurrence. Un élément important du respect du droit de la concurrence est la capacité de juger des affaires découlant des dispositions de la loi. Cela pose la question des relations avec le pouvoir judiciaire. Dans un souci de transparence et de régularité de la procédure, les décisions des autorités de la concurrence devraient pouvoir être contrôlées par les tribunaux ou tout autre mécanisme d'examen. Les autorités de la concurrence, en particulier dans les pays en développement, entretiennent parfois des relations difficiles avec le pouvoir judiciaire car les juges se concentrent plutôt sur les questions de procédure. Cela peut s'expliquer par leur manque d'expérience des affaires de concurrence, ou, comme dans l'affaire *Trinko*, par le fait qu'ils considèrent que la question aurait dû être réglée par des dispositions réglementaires sectorielles. Dans une affaire de fusion par exemple, si le juge veut pouvoir examiner des points de définition concernant le marché et apprécier la diminution significative de la concurrence, il doit avoir une idée claire des aspects économiques des affaires de concurrence. La promotion de la concurrence et la formation des juges peuvent contribuer à remédier à ce problème.

47. Un autre problème se pose lorsque la législation de la concurrence ne prévoit pas de séparation entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs de décision. Dans de nombreuses juridictions, les institutions de la concurrence assument ces deux fonctions. Une telle situation est généralement jugée de façon critique, et l'examen des affaires de concurrence est considéré comme un processus final, le juge contrôlant les mesures prises par un directeur général ou un conseil des commissaires qui connaissent parfois mieux que lui la teneur de la législation sur la concurrence.

48. La CNUCED, le RIC et l'OCDE préconisent la séparation des pouvoirs d'enquête et de décision, les deux processus ayant des rôles strictement différents. Dans le même ordre d'idée, le rôle de promotion incombant aux institutions de la concurrence doit consister à mettre en place des moyens de formation et à organiser des discussions sur des questions d'économie et de droit de la concurrence. Cela permettra au pouvoir judiciaire d'acquérir des compétences en matière de concurrence et réduira les conflits entre l'appareil judiciaire et l'autorité de la concurrence. Ce sera un moyen efficace d'accroître la concurrence et d'améliorer la coordination du traitement des affaires de concurrence en permettant un examen exhaustif de ces affaires.

IV. Stratégies propres à assurer la cohérence

49. Pour assurer la cohérence des politiques, les gouvernements doivent adopter des stratégies et des principes propres à promouvoir une cohérence interne et externe dans leurs pratiques. Les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont défini cinq principes devant permettre d'assurer une réglementation systématique. Le Department for Business Innovation Skills du Royaume-Uni²¹ s'est employé, avec le *Better Regulation Executive*, à simplifier la réglementation en publiant des principes directeurs à l'intention des parties prenantes. Ces principes directeurs visent à garantir que la réglementation obéisse aux principes de proportionnalité, de responsabilité, de cohérence, de transparence et de ciblage. Trois principes ont été adoptés et considérés comme des moyens de remédier aux problèmes de cohérence qui se posent au niveau de l'élaboration et de l'application des politiques publiques, notamment de leur relation avec la politique de concurrence. Ce sont la transparence, avec certains éléments de cohérence, la responsabilité et le ciblage, avec certains éléments de proportionnalité.

50. Avant d'examiner ces principes, il importe d'appeler l'attention sur un facteur essentiel susceptible de contribuer à promouvoir la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques. Il s'agit du rôle que jouent la promotion de la concurrence et le partage de l'information. Nombre d'autorités de la concurrence peuvent témoigner que la promotion de la concurrence est un aspect important de l'application des règles de concurrence. Selon certains chercheurs, les jeunes autorités de la concurrence devraient entreprendre des actions de promotion dès leur première année d'activité, avant de passer à l'adoption de mesures strictes pour faire appliquer les dispositions de fond de la loi. Ce serait un moyen de faire en sorte que le droit et la politique de concurrence soient compris par les parties prenantes, et donc d'améliorer le respect de la loi.

A. Le rôle de la promotion

51. La promotion de la concurrence est un aspect important de l'activité des autorités de la concurrence. Les examens collégiaux réalisés au cours des années par la CNUCED ont systématiquement débouché sur une recommandation demandant aux autorités de la concurrence d'être plus efficaces dans l'application de la loi et d'améliorer leurs relations avec les responsables gouvernementaux et d'autres parties prenantes. Les programmes de sensibilisation et d'information ont été définis comme des éléments clefs à cet égard. Les examens collégiaux réalisés pour l'Arménie, le Costa Rica, l'Indonésie, la Jamaïque, le Kenya, la Tunisie et l'UEMOA soulignent tous que la promotion de la concurrence est nécessaire pour favoriser une application et une cohérence effectives. Les réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED font valoir le rôle de la promotion de la

²¹ Voir: <http://www.bis.gov.uk/policies/better-regulation/improving-regulatory-delivery>.

concurrence dans l'amélioration de la cohérence (voir, par exemple, les réponses de la Colombie, des États-Unis, du Japon, de la Malaisie, du Maroc, du Mexique, de la Zambie et du Zimbabwe).

52. S'agissant plus précisément de la cohérence avec les autres politiques publiques, y compris la coordination avec les organismes de réglementation sectoriels, la promotion de la concurrence a été identifiée comme un domaine nécessitant une attention particulière. Les autorités de la concurrence estimaient que favoriser la sensibilisation aux questions de concurrence était un moyen de promouvoir une culture de la concurrence et d'éviter des doubles emplois et des chevauchements au niveau de l'application, ainsi qu'un moyen essentiel de réduire au minimum les charges administratives. Outre les organismes de réglementation sectoriels, d'autres entités doivent coordonner leur action avec les autorités de la concurrence; il peut s'agir, selon les pays, des ministères du commerce, des finances, de l'agriculture, de la planification économique ou de la santé aussi bien que des associations et des chambres de commerce, pour n'en citer que quelques-unes. Pour le règlement des affaires, l'appareil judiciaire est aussi un élément clé en matière de coordination. Lorsqu'il y a des incohérences entre différentes politiques, l'autorité de la concurrence doit expliquer quelle est la place de la politique de concurrence. Parmi les pays où les autorités de la concurrence ont utilisé cet outil pour chercher à diffuser le message de la concurrence aux parties prenantes, on peut citer l'Afrique du Sud et la Turquie²².

53. L'action menée par la CNUCED en matière de promotion et de formation ciblée s'est avérée très utile pour l'application des règles de concurrence. Une formation a notamment été dispensée au fil des années aux membres de la profession judiciaire de l'Égypte, d'El Salvador, de l'Indonésie, du Kenya, du Malawi, de la Trinité-et-Tobago, de la République-Unie de Tanzanie, de l'UEMOA et de la Zambie. Les cours de formation des juges de la CNUCED portent sur la question de l'asymétrie de l'information, et les juges qui y ont participé ont fait des commentaires positifs et apprécié les discussions sur l'analyse économique des affaires de concurrence.

54. L'un des problèmes rencontrés par la Commission sud-africaine de la concurrence à ses débuts tenait au manque de cohérence entre la politique financière et la politique de concurrence. La question se posait de savoir qui était compétent en cas de fusions bancaires. La loi sur la concurrence a été modifiée de façon à couvrir la question de la compétence concurrente de la Commission et des organismes de réglementation sectoriels. Un mémorandum d'accord a été établi, précisant les effets qui en découlaient pour la compétence concurrente et les modalités de la coordination entre les deux institutions. Des liens de communication ont été établis entre l'autorité chargée de la concurrence et l'organisme de réglementation bancaire. La Commission sud-africaine de la concurrence a pu recommander la conclusion d'autres mémorandums d'accord avec les organismes de réglementation des télécommunications, de la poste et de l'électricité.

B. Transparence

55. La transparence est un des outils stratégiques pouvant contribuer à renforcer la cohérence dans la formulation et l'application des politiques. Elle incite les responsables de la formulation des politiques à justifier leur intervention dans le jeu de la concurrence. Les politiques étant généralement élaborées par les ministères ou d'autres organes gouvernementaux, il importe que les gouvernements mettent en place un mécanisme de

²² Rapport du RIC (2010) sur l'interaction entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques. Établi par l'autorité de la concurrence de la Turquie et présenté à la neuvième conférence annuelle du RIC à Istanbul.

coordination réunissant les responsables des différents ministères ou départements ainsi qu'un cadre d'échanges leur permettant de faire connaître les objectifs et le contenu des politiques proposées. Cela aiderait les pouvoirs publics à définir les objectifs les mieux à même d'être réalisés à l'aide de solutions basées sur le marché, et ceux qui sont incompatibles avec un marché dynamique. Comme on l'a vu plus haut, un système de guichet unique pour la coordination et la formulation des politiques serait une solution. Le Department for Business Innovation Skills du Royaume-Uni a mis en place un dispositif à cet effet en publiant à l'intention des ministères et des départements des principes directeurs visant la réduction des charges administratives. Ces principes directeurs aident les responsables de la formulation des politiques à évaluer leurs propositions et leurs options. Dans l'introduction du document énonçant les principes directeurs visant à réduire les charges administratives, on peut lire ce qui suit: «... ce document devrait faciliter vos tâches courantes en tant que responsable de la formulation des politiques. La réduction des charges administratives pesant sur les entreprises, les associations et la société en général se traduira par une amélioration des politiques, de la mise en œuvre, de la conformité et, pour finir, de l'administration»²³. Cette déclaration montre que le Gouvernement du Royaume-Uni a pris l'initiative de s'attaquer au problème de la coordination des politiques de diverses manières en favorisant la transparence et l'échange d'informations.

56. Dans certains pays en développement, il existe une administration chargée de l'ensemble des services de la fonction publique. Au Kenya, par exemple, tous les ministères rendent compte au responsable de la fonction publique de leurs objectifs et de leurs plans stratégiques. Dans ces pays, un organe pourrait être établi qui serait chargé de la cohérence et de la coordination des politiques. Cet organe se concerterait avec le gouvernement sur toutes les questions relatives aux politiques, et les ministères seraient tenus de présenter leurs propositions pour qu'elles soient examinées avec les parties concernées. Les autorités de la concurrence seraient ainsi en mesure d'évaluer les projets de nouvelles réglementations, de déterminer les problèmes qu'ils posent du point de vue de la concurrence et d'examiner les moyens d'y remédier. On aurait de la sorte un processus transparent pour évaluer et déterminer le statut de la réglementation dans un pays donné, et les autorités de la concurrence et autres organismes de réglementation pourraient discuter des effets anticoncurrentiels de telle ou telle réglementation et convenir des mesures à prendre pour y remédier, notamment l'adoption de clauses d'extinction. On trouve dans les réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED des exemples des mesures prises par les pouvoirs publics pour établir des voies de consultation dans le processus d'application des politiques et des législations, notamment avec les organismes de réglementation sectoriels²⁴.

57. Il est en outre nécessaire pour la formulation et l'application des politiques²⁵ que la prise des décisions fasse l'objet d'une certaine prévisibilité, en particulier dans des secteurs de services universels comme les télécommunications, les services postaux, etc. Lorsqu'une licence est octroyée à des exploitants, en particulier, et qu'il s'agit d'assurer le respect de son application, les clients doivent être informés de manière simple et claire des conditions du contrat, dont les termes doivent être expliqués par l'organisme de réglementation.

58. En matière de transparence, les instances de réglementation fixent souvent des normes plus strictes qui excluent des concurrents potentiels meilleur marché, plus risqués ou non. Elles peuvent par exemple réserver aux seuls juristes la tâche consistant à remplir les formalités relatives au transfert de propriété, alors que des personnes possédant un

²³ Voir le site Web du *Better Regulation Executive*: <http://www.betterregulation.gov.uk>.

²⁴ Voir les réponses du Chili, de la Colombie, des États-Unis, du Japon, du Mexique et de l'Uruguay sur le site <http://www.unctad.org>.

²⁵ <http://www.upu.int>.

niveau de formation moindre pourraient être capables de s'en charger. Elles peuvent aussi fixer des normes excluant des options moins onéreuses, comme par exemple les chauffeurs de taxi qui ne parlent qu'une langue pour les touristes. Les clients apprécient différemment de telles caractéristiques, préférant parfois des modes de transport moins chers quoique plus risqués. Dans certaines villes, le problème est résolu en mettant en concurrence deux catégories au moins de taxis, facilement reconnaissables. La question est de savoir si de telles questions doivent être discutées dans les réunions de coordination entre les autorités de la concurrence et les autres organismes publics.

59. Pour être compatibles avec les principes de la concurrence, les conditions devraient être facilement compréhensibles et dénuées d'ambiguïté afin de faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents tout en permettant à l'autorité de réglementation d'en assurer l'application. La transparence exige aussi que soient clairement précisés les cas où l'autorité de réglementation doit conseiller les décideurs et ceux où elle doit elle-même déterminer certaines conditions, s'agissant par exemple de l'octroi d'une licence ou de l'imposition de sanctions.

60. L'efficacité de l'autorité de réglementation se mesure en grande partie à sa capacité à accepter et à prendre en compte les contributions des parties prenantes, des responsables des politiques publiques, des représentants des consommateurs, etc. Le processus de réglementation est censé être ouvert et participatif. À cet effet, on peut rendre publics périodiquement les décisions prises par l'autorité de réglementation ainsi que les projets de réglementation et leur justification afin d'instaurer la confiance dans le rôle de l'autorité de réglementation et d'accroître sa crédibilité. C'est également un moyen de renforcer la cohérence avec d'autres instruments de politique publique complémentaires.

C. Responsabilité

61. On peut aussi accroître la cohérence des politiques en veillant à ce que chaque projet de politique s'accompagne d'une déclaration de responsabilité. Un bon exemple à cet égard est celui du Botswana, où chaque projet doit indiquer comment la politique envisagée s'intégrera dans le cadre macroéconomique et le plan national de développement et quels seront ses effets sur l'économie et la population. Les projets doivent être remis au gouvernement avant d'être approuvés et adoptés. Il s'agit d'empêcher que la formulation de politiques ne devienne une fin en soi. Ceux qui proposent une politique doivent donc avoir le souci de répondre à un besoin défini, ce qui permet d'éviter les pressions de groupes d'intérêts.

62. Le rapport du secrétariat de la CNUCED paru en 2008 sur l'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence²⁶ souligne que si les autorités de la concurrence ont une responsabilité vis-à-vis du secteur privé – des investisseurs nationaux aussi bien qu'étrangers –, elles en ont aussi une vis-à-vis du grand public, en tant que consommateurs et parties intéressées, dans la mesure où leurs décisions en matière d'application ont des conséquences sur l'ensemble de l'économie. Les médias observent de leur côté les activités des autorités de la concurrence et veulent connaître leurs résultats et l'impact de leurs décisions sur l'économie en général. Comme dans le cas des autres politiques publiques, les autorités de la concurrence doivent se montrer responsables de leurs décisions en assurant la coordination de la formulation des politiques, en contrôlant leur application et en prenant d'autres mesures. Un moyen d'y parvenir est de faire connaître à toutes les parties prenantes les mesures et directives d'application proposées, les projets de textes juridiques, etc., par l'intermédiaire des sites Web et des médias, mais aussi

²⁶ TD/B/COM.2/CLP/67.

et surtout d'assurer un partage de l'information entre les responsables de l'application de la politique de concurrence et les responsables de la formulation d'autres politiques publiques.

63. La cohérence entre les différents organismes publics chargés de faire appliquer les politiques peut être favorisée par l'existence de mécanismes de responsabilisation observés par chaque organisme. L'échange d'informations et l'établissement de rapports annuels permettront aux organismes d'indiquer les éléments susceptibles d'avoir une incidence sur leurs actions.

D. Ciblage

64. Les gouvernements doivent cibler judicieusement leurs politiques de façon à répondre aux objectifs et besoins de développement. Certains pays, par souci d'économie, ont adopté le concept d'organisme de réglementation multisectoriel. Les politiques complémentaires sont regroupées sous la tutelle d'un même organisme de réglementation, qui comprend différents instruments et est structuré en départements, bureaux, etc. Le régulateur central peut contrôler les résultats attendus et obtenus ainsi que les incidences des politiques adoptées, et veiller à ce que celles-ci atteignent leurs objectifs. Les partisans d'une réglementation multisectorielle font valoir que cette méthode permet d'évaluer plus facilement l'efficacité des politiques grâce à l'échange de données d'expérience entre les secteurs, à une conception élargie de la réglementation et à l'adoption de principes collectifs. En Lettonie, la Commission des services publics²⁷ s'occupe de la réglementation de quatre secteurs: l'énergie, les télécommunications, les services postaux et les chemins de fer. Les différents départements sectoriels se conforment aux lois respectives et à la politique du gouvernement.

65. L'exemple d'autres pays montre que certaines autorités de la concurrence s'inscrivent de fait dans un cadre de réglementation multisectoriel. Au Zimbabwe, l'autorité de la concurrence s'occupe aussi de la politique tarifaire; en Australie, elle est également chargée de la protection des consommateurs.

66. Selon un autre mode de ciblage, les organismes de réglementation sectoriels, pour répondre par exemple à l'objectif consistant à apporter des services d'infrastructure aux consommateurs défavorisés, imposent une obligation de service universel en exigeant d'un titulaire de licence qu'il desserve ces consommateurs, en faisant payer des droits ou en approvisionnant les consommateurs lorsque les subventions sont réduites à un minimum. Ce sont là des questions à considérer lorsqu'on parle de cohérence.

67. Enfin, les principes fondamentaux de la cohérence, à savoir la promotion, la responsabilité, la transparence et le ciblage, devraient être inscrits dans un processus en trois temps:

a) *Premièrement*: fixation des objectifs stratégiques et détermination des objectifs prioritaires et d'éventuelles incompatibilités entre la politique de concurrence et d'autres politiques. Un engagement politique exprimé aux plus hauts niveaux et soutenu par des mesures d'application concrète est indispensable pour assurer la cohérence entre la politique de concurrence et les autres interventions publiques. L'engagement en faveur de la cohérence suppose également une coopération avec, entre autres, le secteur privé, les syndicats, les associations de consommateurs et les établissements d'enseignement, afin de sensibiliser le public à la cohérence des politiques et d'obtenir ainsi une plus large adhésion;

²⁷ <http://www.sprk.gov.lv>.

b) *Deuxièmement*: la coordination des politiques suppose que l'on détermine comment les politiques, ou leurs modalités d'application, peuvent être modifiées pour maximiser les synergies et réduire au minimum les incohérences entre la politique de concurrence et d'autres objectifs. De tels mécanismes de coordination devraient régler d'éventuels conflits ou remédier aux incompatibilités entre les politiques, et permettre d'orienter la stratégie présidant à la prise des décisions;

c) *Troisièmement*: des systèmes de contrôle, d'évaluation et de rapport efficaces impliquent que l'on procède à des contrôles, que l'on réunisse des informations sur l'impact de la concurrence et des autres politiques, que l'on analyse les données collectées et que l'on rende compte au parlement/congrès et au public. Cette phase assure la base factuelle sur laquelle fonder la responsabilisation et une formulation éclairée des politiques.

68. Plusieurs pays développés et en développement ont fait des progrès dans la mise en place d'un système permettant d'assurer la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques: on peut citer l'Afrique du Sud, l'Australie, le Brésil, l'Indonésie, les pays nordiques, la République de Corée et le Royaume-Uni. Pour beaucoup d'autres, en revanche, les progrès dans ce domaine ont été inégaux, surtout dans les pays où il n'existe pas de loi sur la concurrence.

V. Éléments de discussion

69. Le souci d'assurer la cohérence des politiques dans l'intérêt du développement pose des problèmes et ouvre des perspectives en matière de formulation des politiques. On trouvera énumérées ci-dessous les principales questions auxquelles doivent répondre les responsables des politiques – et qui appellent de leur part des choix difficiles – lorsqu'ils cherchent à renforcer la cohérence des politiques. Ces questions devront être examinées dans le cadre de recherches et de discussions ultérieures:

a) Quelles sont les pratiques optimales en ce qui concerne la mise en place d'un système garantissant la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques?

b) Quel rôle peut jouer l'autorité de la concurrence pour promouvoir la cohérence entre l'application du droit de la concurrence et la politique de concurrence?

c) De quelle manière le manque de cohérence des politiques affecte-t-il les objectifs de développement? Pourquoi se soucier de cohérence?

d) La cohérence des politiques signifie-t-elle que les pouvoirs publics doivent laisser les marchés s'autoréguler? Y a-t-il un seuil d'incohérence acceptable?

e) La cohérence signifie-t-elle que toutes les politiques publiques doivent concorder avec le droit et la politique de concurrence? Sinon, quelles politiques doivent être conformes au droit de la concurrence?

f) Comment font les responsables des politiques pour empêcher la mainmise de l'industrie sur la réglementation lorsqu'ils formulent des politiques, et de quelle utilité peut être le principe d'ouverture et de transparence?



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

Distr. générale
7 juillet 2011
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**

Onzième session

Genève, 19-21 juillet 2011

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux du droit
et de la politique de la concurrence; examen de la loi type; études
relatives aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

**Importance de la cohérence entre la politique de concurrence
et les autres politiques publiques**

Note du secrétariat de la CNUCED

Rectificatif

Paragraphe 32, troisième phrase

Remplacer le texte existant par le texte suivant:

L'article 5 de la loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix accorde des exemptions pour certaines pratiques spécifiques qui sont précisées dans les réglementations sectorielles. Même s'il existe au Kenya un grand nombre de secteurs réglementés, dont les banques, les assurances, les télécommunications, le thé, le café et l'énergie, régis par des lois différentes, leurs actions ne sont pas exemptées des dispositions du droit de la concurrence si la loi n'en dispose pas ainsi clairement.