



**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 VII révisé***

* Le présent texte est une version préliminaire pour examen du chapitre VII révisé de la loi type sur la concurrence (2017), qui est une version révisée du document TD/RBP/CONF.7/L.7. Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



Loi type sur la concurrence (2017) – Chapitre VII

Les relations entre une autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels

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

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

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

II. Définition de la réglementation

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

III. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

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

IV. Protection de l'intérêt général

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

Commentaires du chapitre VII et approches différentes relevées dans des législations existantes

Introduction

1. La politique économique d'un pays, qui reflète les intérêts souvent contradictoires des différents acteurs, est généralement complexe et en constante évolution en raison de la nature dynamique de l'activité économique. Le droit et la politique de la concurrence, qui visent à réduire le plus possible les inefficiences économiques dues aux pratiques anticoncurrentielles, constituent une pièce maîtresse de la stratégie économique d'un pays à économie de marché. À ce titre, ils sont naturellement soumis à l'interdépendance et à l'interaction des différents éléments de cette stratégie et à leur transposition dans les lois et autres types de règlements. En démocratie, où la pluralité des intérêts est la règle, les tensions et les antagonismes entre les différentes politiques économiques et les règles correspondantes sont inévitables et influent sur les relations entre les organismes de réglementation concernés.

2. Le chapitre VII de la loi type de la CNUCED sur la concurrence est donc consacré aux relations entre l'autorité de la concurrence et les organismes de réglementation d'un pays, y compris les organismes sectoriels.

Définition de la réglementation

3. La loi type sur la concurrence donne une définition large de la réglementation qui comprend les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Elle recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres professionnels autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

4. Cette définition comprend tous types de normes, qui traduisent la relation hiérarchique entre l'État et le citoyen dans les divers domaines de la vie, sans se cantonner à ses seuls aspects économiques. Autrement dit, les règles d'un pays en matière de concurrence et les règles applicables à certains secteurs d'activité particuliers relèveraient de la définition de la réglementation telle qu'elle figure dans la loi type, au même titre que la loi pénale, le droit de la famille ou un règlement d'université, pour ne citer qu'un exemple de règles édictées par un organisme autonome.

5. Si ces différents types de règles peuvent avoir des incidences sur la concurrence, les règles qui s'appliquent spécifiquement aux acteurs économiques sont particulièrement intéressantes du point de vue du droit et de la politique de la concurrence. Alors que certaines règles sont applicables à toutes les branches d'activité, par exemple certaines dispositions du droit fiscal ou du droit des sociétés, la réglementation sectorielle mérite une attention particulière.

Réglementation sectorielle

6. La réglementation sectorielle s'applique à certains secteurs d'activité seulement. Les branches de services d'infrastructure, tels les marchés de l'énergie, de l'eau, des télécommunications et des transports, ont toujours été assujetties à des réglementations sectorielles. Dans beaucoup de pays, ce type de réglementation a d'ailleurs précédé l'adoption de la législation sur la concurrence.

7. Les gouvernements des pays en développement comme des pays développés et des pays en transition attachent une grande importance aux branches de services d'infrastructure pour deux raisons.

8. Premièrement, ces services sont essentiels à l'activité économique du pays, puisqu'ils sont utilisés dans tous les secteurs d'activité. Ils sont donc souvent considérés comme l'épine dorsale de l'économie. La manière dont ils sont exploités et leur efficacité ont des incidences non seulement sur la productivité et la compétitivité d'un pays, mais aussi sur son ordre social, et même sur sa stabilité politique si les usagers sont mécontents. Il s'ensuit que les fournisseurs de services d'infrastructure sont souvent soumis à des obligations de service public ou de service universel qui les contraignent à fournir certains services particuliers, même dans les cas où ceux-ci ne sont pas rentables. À cet égard, le chapitre VII de la loi type sur la concurrence indique, au titre de la « protection de l'intérêt général », que « les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de service de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence ». C'est pour cette même raison, à savoir la protection de l'intérêt général, que, dans quasiment tous les pays, c'est l'État qui avait coutume de fournir, directement ou par l'intermédiaire d'entreprises publiques, les services d'infrastructure. Les choses ont néanmoins changé dans beaucoup de pays en raison des politiques de privatisation et de libéralisation des trente dernières années.

9. Deuxièmement, comme les branches de services d'infrastructure se caractérisent souvent par l'existence de monopoles naturels, il est plus efficace, du point de vue économique, qu'il y ait un seul prestataire de services. Quasiment toutes les branches de services d'infrastructure sont des industries de réseaux, exigeant des investissements très importants de la part de tout nouvel opérateur qui souhaiterait entrer sur le marché. Les coûts d'installation d'un nouveau réseau de distribution d'électricité ou d'eau ou d'un nouveau réseau ferré, par exemple, sont généralement tellement élevés qu'ils constituent un obstacle insurmontable à l'entrée sur le marché visé¹. Les branches de services d'infrastructure se caractérisent donc par la suprématie d'un petit nombre d'entreprises déjà en place, d'où l'absence de concurrence et la défaillance des marchés.

10. La réglementation sectorielle qui traite de ces deux principales caractéristiques des branches de services d'infrastructure peut comporter les éléments suivants : i) la « réglementation technique » – élaborer des normes et en surveiller l'application en veillant à les concilier avec les objectifs visés de respect de la vie privée, de sécurité et de protection de l'environnement ; ii) la « réglementation de l'accès » – garantir un accès non discriminatoire aux intrants nécessaires, en particulier aux infrastructures de réseau ; iii) la « réglementation économique » – adopter des mesures de contrôle des prix de monopole ; et iv) la « protection de la concurrence » – lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et examiner les fusions².

Incidences de la réglementation sur la concurrence

11. Avant d'aborder les relations existant entre l'autorité de la concurrence et les autres organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels, il paraît nécessaire de donner quelques explications sur les relations existant entre le droit et la politique de la concurrence d'une part et la réglementation de l'autre. S'il arrive que le droit et la politique de la concurrence et la réglementation coexistent sans que celle-ci ait la moindre incidence sur la concurrence, il existe aussi des cas où la réglementation a des effets positifs ou négatifs dans ce domaine.

¹ À cet égard, il convient de mentionner que la qualification de monopole naturel n'est pas éternelle. Avec les innovations et le développement, le doublement de certains réseaux peut devenir techniquement et commercialement faisable, ouvrant la voie à de nouveaux entrants sur les marchés et à la concurrence.

² Table ronde sur la politique de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Relationship between Regulators and Competition Authorities, 1998.

Corriger les défaillances des marchés

12. Comme nous l'avons vu plus haut, les branches d'activité qui sont assujetties à des règles sectorielles sont souvent en situation de monopole naturel et sources de défaillances du marché. C'est pourquoi, l'un des principaux objectifs de ces règles consiste à simuler la concurrence, par exemple en réglementant les prix, ce qui empêche les entreprises de pratiquer des tarifs/prix excessifs, ou en réglementant l'accès, ce qui garantit que la concurrence entre les opérateurs en aval ne soit pas faussée et que toute la population, sans discrimination, ait accès aux biens et services essentiels. La réglementation sectorielle, qui substitue des mesures réglementaires au libre jeu des forces du marché, est le plus souvent conçue pour atténuer les imperfections de celui-ci. Elle peut également servir d'autres objectifs légitimes, comme la sûreté environnementale ou la redistribution des revenus, apparemment étrangers au champ de la politique de la concurrence. Contrairement à la loi sur la concurrence, qui s'applique généralement *a posteriori* (sauf dans le cas du contrôle des concentrations), la réglementation sectorielle s'applique *ex ante* et en permanence. Les augmentations de prix dans les secteurs réglementés peuvent, par exemple, être soumises à l'approbation préalable de l'organisme de réglementation compétent. L'évaluation *ex ante* des politiques réglementaires et des réglementations sous l'angle de la concurrence devrait toutefois viser principalement à promouvoir la concurrence et la protection des consommateurs. Il est donc capital de placer la concurrence au cœur de l'évaluation réglementaire lorsque les réglementations sectorielles sont dictées par l'intérêt général. Les effets négatifs de ces réglementations devraient donc être examinés attentivement, ce qui suppose de déterminer si les objectifs de la réglementation ne peuvent être atteints par d'autres moyens moins restrictifs³.

13. Dans beaucoup de pays, au cours des dernières décennies, des fournisseurs de services d'infrastructure jusqu'alors détenus par l'État ont été privatisés pour remédier à ce qui était considéré comme des inefficiences des secteurs concernés et combler les déficits publics. Compte tenu des caractéristiques des branches de services d'infrastructure en matière de concurrence, à savoir leur faible compétitivité, il est indispensable que la réglementation sectorielle traite de ces questions pour assurer le succès de la privatisation et de la libéralisation⁴. En bref, remplacer un monopole public par un monopole privé ne dégage aucun gain d'efficacité si le remplacement ne s'accompagne pas d'autres mesures facilitant les nouvelles entrées et garantissant que le monopoleur privé n'abuse pas de sa position dominante sur le marché.

14. Dans ce sens, la réglementation peut jouer un rôle important en introduisant et en encourageant la concurrence dans certains secteurs particuliers. Appliquée aux monopoles naturels, elle peut même remplacer la concurrence.

Obstacles réglementaires à la concurrence

15. Comme indiqué dans la définition des obstacles réglementaires à la concurrence énoncée dans le chapitre examiné de la loi type sur la concurrence, la réglementation peut aussi avoir des effets préjudiciables sur la concurrence. Les mesures susceptibles d'avoir des incidences négatives sur l'entrée sur le marché, la sortie du marché et le fonctionnement du marché prennent de nombreuses formes, notamment :

- a) La création d'obstacles administratifs à l'établissement de nouveaux acteurs du marché – procédures d'autorisation longues et complexes, par exemple ;
- b) L'obligation de se conformer à des règles et des normes peu courantes qui se ramènent à des obstacles à l'entrée sur le marché ;

³ Voir Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaire, Organisation de coopération et de développement économiques, 2012.

⁴ À cet égard, il convient de rappeler qu'un certain nombre de réformes axées sur la privatisation et la libéralisation adoptées dans les pays en développement n'ont pas donné les résultats attendus car la concurrence n'a pas reçu l'attention voulue pendant l'élaboration des réformes.

- c) Le fait d'empêcher des entreprises étrangères de s'engager dans la concurrence sur le marché national ;
- d) Le fait de privilégier certains acteurs du marché, par exemple les entreprises phares nationales, et de leur donner ainsi un avantage compétitif ;
- e) Les décisions arbitraires en matière de passation de marchés publics et d'aide publique, qui faussent la concurrence.

16. Reconnaissant l'effet potentiellement préjudiciable de la réglementation sur la concurrence, certaines juridictions ont adopté des dispositions qui traitent expressément de cette question.

Approches différentes relevées dans des législations existantes – Obstacles réglementaires à la concurrence

Pays

Chine Le chapitre V de la loi antimonopole de la République populaire de Chine traite des obstacles administratifs.

L'article 33 prévoit qu'aucun organe administratif ou autre organisation dotée par la loi ou la réglementation de responsabilités administratives publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs pour entraver le commerce entre régions par l'une quelconque des mesures ci-après :

a) l'application de taxes ou de taux de commission discriminatoires, ou la fixation de prix discriminatoires s'agissant des produits non locaux ;

b) l'application aux produits non locaux de normes techniques ou de règles d'inspection différentes de celles appliquées aux produits locaux, ou de mesures techniques discriminatoires, telles des inspections ou des certifications répétées destinées à limiter l'entrée de ces produits sur le marché local ;

c) la soumission des produits non locaux à un régime de licence administrative visant à limiter l'entrée de ces produits sur le marché local ;

d) la mise en place d'obstacles ou de tout autre moyen visant à limiter l'entrée des produits non locaux et la sortie des produits locaux ;

e) toute autre mesure susceptible d'entraver le commerce des produits entre régions.

L'article 35 interdit aux organes administratifs et autres organisations dotées par la loi ou la réglementation de responsabilités administratives publiques d'abuser de leurs pouvoirs administratifs pour refuser ou limiter les investissements ou l'établissement de succursales réalisés au niveau local par des agents commerciaux non locaux, en leur imposant un traitement différent du traitement appliqué aux agents commerciaux locaux.

L'article 36 interdit aux organes administratifs et autres organisations dotées par la loi ou la réglementation de responsabilités administratives d'abuser de leurs pouvoirs administratifs pour contraindre des agents commerciaux à s'engager dans des activités monopolistiques, interdites aux termes de la loi antimonopole de la République populaire de Chine.

Allemagne La loi allemande sur les restrictions à la concurrence prévoit que les associations économiques et professionnelles peuvent établir des règles de concurrence contenant des dispositions restrictives.

Selon le paragraphe 2 de l'article 24, les règles de concurrence des associations économiques et professionnelles sont définies comme étant des dispositions qui régissent les pratiques concurrentielles des entreprises en vue de faire obstacle aux pratiques contraires aux principes d'une concurrence loyale ou à l'exercice d'une concurrence effective et d'encourager un comportement concurrentiel conforme à ces principes.

Pays

Les associations concernées peuvent solliciter la reconnaissance des règles de concurrence auprès de l'Office fédéral des ententes qui doit vérifier si la règle qui lui est notifiée est contraire à telle ou telle disposition du droit de la concurrence allemand ou européen. Si ce n'est pas le cas, l'Office fédéral des ententes rend une décision définitive, ce qui signifie que la règle notifiée ne sera plus contestée. L'Office fédéral des ententes peut toutefois révoquer une décision définitive s'il constate ultérieurement que les conditions de refus d'une décision définitive sont réunies.

Slovénie L'article 64 de la loi slovène sur la prévention des restrictions à la concurrence dispose que le Gouvernement, les autorités nationales, les autorités locales et les détenteurs de l'autorité publique ne peuvent pas restreindre la liberté d'action des entreprises du marché. En vertu de l'article 72, l'Autorité de la concurrence peut rendre un avis sur un projet de loi ou un décret lorsqu'elle le juge nécessaire ou lorsqu'une autorité publique compétente lui en fait la demande. En outre, le premier ministre ou le ministre compétent peut demander à l'Autorité de la concurrence de rendre un avis sur un projet de loi ou un décret ayant directement pour effet : i) d'introduire des restrictions quantitatives à l'exercice d'activités commerciales sur le marché ou en matière d'accès au marché ; ii) d'introduire des droits exclusifs dans certains secteurs économiques ; et iii) de déterminer des conditions générales d'activité.

Rôle de l'autorité de la concurrence en matière de réglementation

17. Compte tenu des éventuelles incidences de la réglementation sur la concurrence, le chapitre VII de la loi type suggère de charger les autorités de la concurrence de promouvoir la réglementation et la réforme de la réglementation.

Promotion de la réglementation

18. S'agissant de la conception de la réglementation sectorielle dans le cadre d'une privatisation ou d'un processus de libéralisation, les avis de l'autorité de la concurrence sont particulièrement utiles pour s'assurer que le nouveau régime réglementaire aura bien l'efficacité souhaitée. L'expertise de l'autorité de la concurrence peut, par exemple, être précieuse pour élaborer les mesures qui permettront de faciliter les nouvelles entrées.

19. En ce qui concerne les autres formes de réglementation, il est proposé d'associer l'autorité de la concurrence au processus législatif, par exemple, en lui permettant de participer activement à la rédaction de la législation en invitant ses représentants au sein des groupes de rédaction ou de formuler des observations sur le projet de réglementation ou des avis sur les propositions de réformes et de projets réglementaires.

20. Dans certains cas, il est possible d'utiliser les compétences et l'expérience privilégiées de l'autorité de la concurrence avant même la rédaction de la législation. Les autorités de la concurrence devraient être habilitées et encouragées à réaliser des enquêtes sur les marchés, qui pourront servir de base pour recenser les domaines du cadre réglementaire (en vigueur) qu'il convient de modifier, d'améliorer ou d'actualiser compte tenu des besoins de l'économie de marché. Il importe davantage encore que les autorités de la concurrence exercent un rôle actif en matière de réglementation dans le cas de secteurs et de marchés nouveaux, car l'expérience montre que l'entrée de nouveaux acteurs de marché innovants provoque souvent des distorsions du marché, tandis que (seules) les autorités de la concurrence ont les compétences et l'expérience voulues pour déterminer si ces distorsions présumées du marché sont réelles et sont susceptibles de fausser la concurrence ou non. Les résultats de ces enquêtes sur les marchés pourraient ensuite servir de base pour la réglementation future et ultérieure (un exemple de ce que devrait et pourrait être le rôle des organismes chargés de la concurrence est présenté en ce qui concerne l'économie

collaborative au paragraphe 29 ci-après). En outre, les autorités de la concurrence et les instances réglementaires sectorielles devraient collaborer dans le cadre de leurs programmes de réforme réglementaire voire autoriser une représentation réciproque au sein de leurs conseils d'administration respectifs.

21. Compte tenu de leur expertise, les autorités de la concurrence se voient expressément attribuer un rôle de promotion au niveau législatif dans un certain nombre de lois sur la concurrence.

Approches différentes dans des législations existantes – Rôle de promotion de l'autorité de la concurrence

Pays

Indonésie Conformément à l'article 35 e) de la loi n° 5/1999 sur l'interdiction des pratiques monopolistiques et de la concurrence déloyale, l'Autorité indonésienne de la concurrence (KPPU) « donne des conseils et émet des avis concernant la politique des pouvoirs publics en matière de pratiques monopolistiques et de concurrence déloyale ».

Irlande En vertu des paragraphes 1) e) et 3) a) de l'article 10 de la loi de 2014 sur la concurrence et la protection des consommateurs et de l'article 30 1) de la loi de 2002 sur la concurrence, l'Autorité irlandaise de la concurrence remplit les fonctions de promotion ci-après :

[...]

- Conseiller le Gouvernement, les ministres du Gouvernement, les ministres d'État, ou tout organisme public et s'il y a lieu, leur faire des recommandations au sujet de toute question concernant la protection des consommateurs ou la concurrence ou pouvant, d'après la Commission, avoir une incidence sur la protection des consommateurs ou la concurrence ;
- Promouvoir le respect des dispositions légales, notamment en publiant des avis contenant des directives pratiques sur la manière d'appliquer les dispositions de la loi de 2014 sur la concurrence et la protection des consommateurs ;
- Conseiller les autorités publiques sur les questions liées à la concurrence qui peuvent se poser dans l'exercice de leurs fonctions ;
- Identifier et commenter les restrictions imposées à quelque titre ou par quelque procédure administrative que ce soit sur l'exercice de la concurrence dans l'économie ;
- Mener toute activité qu'elle considère appropriée pour informer le public des questions liées à la concurrence.

En outre, le ministre peut charger l'Autorité de réaliser une étude ou une analyse sur toute pratique ou méthode concurrentielle concernant la fourniture et la distribution de marchandises ou la fourniture de services ou sur toute autre question liée à la concurrence, et de lui en faire rapport ; l'Autorité donne suite à cette demande dans les délais précisés par le ministre.

Pays

Chili Conformément au paragraphe 4) de l'article 18 du décret n° 211 de 1973, tel que modifié par la loi n° 20.361 du 13 juillet 2009, le tribunal de la concurrence est habilité à proposer au Président de la République, par l'intermédiaire du ministre d'État compétent, la modification de toute norme juridique et règle qu'il estime contraire à la libre concurrence ou la dérogation à cette norme ou à cette règle, ainsi que l'adoption des normes juridiques et des règles nécessaires à la promotion de la concurrence ou à la réglementation de certaines activités économiques qui sont exercées dans des conditions non concurrentielles.

Brésil Conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011, le Tribunal administratif de défense économique réuni en séance plénière peut ordonner aux organismes et organes administratifs fédéraux et demander aux autorités des États, des municipalités, du District fédéral et des territoires d'adopter les mesures nécessaires pour respecter la législation relative à la protection de la concurrence.

Selon le paragraphe 3) de l'article 9, les autorités fédérales et les dirigeants d'entités indépendantes, de fondations, d'entreprises publiques et de sociétés d'économie mixte fédérales, et d'organismes de réglementation, sont tenus, sous peine d'engager leur responsabilité, d'apporter toute l'assistance et toute la coopération que requiert le Conseil administratif de défense économique (CADE), notamment en lui fournissant des avis techniques sur des questions relevant de leur compétence.

Le paragraphe 1 de l'article 19 prévoit en outre que le secrétariat à la surveillance économique du Ministère des finances (qui ne relève pas du CADE mais qui fait partie intégrante du système brésilien de protection de la concurrence) peut proposer la révision de lois, de règlements et d'autres actes normatifs édictés par les pouvoirs publics de l'État fédéral, des États fédérés, des municipalités et du District fédéral, et qui agissent ou peuvent agir sur la concurrence dans divers secteurs de l'économie nationale. Le secrétariat à la surveillance économique peut également investir l'organe compétent d'un pouvoir de représentation permettant à celui-ci d'adopter, à sa discrétion, les mesures juridiques nécessaires lorsqu'un acte normatif présente un caractère anticoncurrentiel.

Application du droit de la concurrence dans le secteur réglementé

22. Bien que le chapitre examiné de la loi type n'y fasse pas référence, il convient néanmoins de noter que l'autorité de la concurrence peut remplir d'autres fonctions s'agissant du secteur réglementé, à savoir y faire respecter les dispositions générales du droit de la concurrence. Le respect du droit de la concurrence dans le secteur réglementé dépend essentiellement de deux facteurs : premièrement, de l'interaction entre le droit de la concurrence et les réglementations sectorielles ; et deuxièmement, des relations entre les différents organismes chargés de veiller au respect des lois et des règles.

Interaction entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle

23. Dans le cas où un pays a opté pour une réglementation sectorielle en plus d'un régime général du droit de la concurrence, la question se pose de savoir quelles sont les règles de concurrence applicables dans le secteur réglementé. À cette question, il n'y a pas de réponse simple. Un large éventail de facteurs, tels le contexte social et économique et le système juridique, peuvent influencer sur le modèle d'interaction existant entre les deux régimes juridiques et sur la division du travail entre les organismes chargés de faire respecter les lois. Les caractéristiques du secteur réglementé sont aussi un facteur non

négligeable qui pèse sur le choix du cadre réglementaire, si bien qu'il arrive qu'un pays adopte plus d'une approche.

24. Différents pays ont d'ailleurs choisi différentes approches pour garantir la coordination et la cohérence de l'action des responsables de la réglementation sectorielle et de celle de l'autorité de la concurrence. Ces approches peuvent prendre cinq formes⁵ :

1. Intégrer la réglementation technique et économique dans la réglementation sectorielle et traiter les questions classiques du droit de la concurrence, telles que l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations, dans la loi sur la concurrence ;

2. Intégrer la réglementation technique et économique dans la réglementation sectorielle ainsi que tout ou partie des aspects du droit classique de la concurrence ;

3. Intégrer la réglementation technique et économique dans la réglementation sectorielle ainsi que tout ou partie des aspects du droit classique de la concurrence, tout en veillant à ce que l'organisme sectoriel de réglementation remplisse ses fonctions en coordination avec l'autorité de la concurrence ;

4. Confier la réglementation technique aux seuls organismes sectoriels de réglementation en tant que fonction autonome et intégrer la réglementation économique dans la loi générale sur la concurrence ;

5. Ne compter que sur l'application du droit de la concurrence par l'autorité de la concurrence.

Cadre institutionnel

25. Alors que certains pays, par exemple les Pays-Bas, le Pérou et l'Espagne, ont opté pour un organisme intégré, habilité à appliquer aussi bien les règles sectorielles que la loi sur la concurrence, la plupart des autres ont institué une autorité de la concurrence et des organismes sectoriels de réglementation en tant qu'entités distinctes chargées d'assurer le respect des lois. Souvent, les organismes sectoriels de réglementation ont en fait été créés avant les autorités de la concurrence. Lorsqu'il existe des entités distinctes dont les compétences respectives ne sont pas clairement définies par la loi, les conflits de compétence ne sont pas rares. Pour éviter ce type de tension ou y remédier, la conclusion d'un protocole d'accord entre les différents organismes peut être une solution.

Approches différentes relevées dans des législations existantes – Interaction entre l'autorité de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation

Pays

Modèle d'organisme intégré

Pays-Bas

L'Autorité de protection des consommateurs et du marché (ACM), créée par la loi le 1^{er} avril 2013, est issue de la fusion de trois organismes chargés de la surveillance du marché, à savoir l'Autorité néerlandaise de la concurrence (NMa), l'Autorité indépendante des postes et télécommunications (OPTA) et l'Autorité de protection des consommateurs (CA). La loi de simplification est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014. L'ACM est chargée de la mise en œuvre de plus de 20 textes de loi. La loi de simplification visait à harmoniser et à simplifier les diverses règles de procédure et à améliorer l'efficacité des

⁵ Voir CNUCED (2004). 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/B/COM.2/CLP/44. Genève. 19 août 2004.

Pays

activités de l'ACM. En vertu de la loi de simplification, certaines prérogatives de l'Autorité qui ne s'exerçaient que dans l'application du droit de la concurrence ont été étendues au domaine de la protection du consommateur et de la réglementation spécifique à certains secteurs⁶.

L'ACM est chargée de faire respecter le droit de la concurrence, le droit de la protection du consommateur et les réglementations spécifiques aux secteurs des télécommunications, du transport, des services postaux et de l'énergie.

L'ACM est une autorité administrative autonome qu'on considère faire partie du gouvernement central des Pays-Bas. Elle compte plusieurs départements spécialisés, notamment le Département de la protection du consommateur, le Département de réglementation du secteur de l'énergie, le Département de réglementation des télécommunications, des postes et du transport, et le Département de la concurrence.

Lors du processus de création de l'ACM s'est posée la question de savoir si les cas d'abus de position dominante et de fusion dans les secteurs réglementés devraient être gérés par l'autorité de réglementation spécifique au secteur ou par le Département de la concurrence. Elle a été résolue de la façon suivante : les départements de réglementation s'occupent des cas d'abus de position dominante dans les secteurs réglementés, mais le Département de la concurrence se charge de tous les cas de fusion, y compris de ceux intervenant dans les secteurs réglementés⁷.

L'ACM coopère également de façon régulière avec d'autres organismes de réglementation, par exemple l'Autorité néerlandaise des marchés financiers, l'Autorité néerlandaise de protection des données, l'Autorité néerlandaise des jeux, la Banque centrale des Pays-Bas, l'Autorité néerlandaise des soins de santé et l'Autorité néerlandaise des médias.

Espagne

La Commission nationale espagnole des marchés et de la concurrence est une autorité indépendante chargée des questions liées à la concurrence, mais aussi à la réglementation de certains secteurs. Du point de vue de la réglementation, elle supervise les industries suivantes : l'énergie, les télécommunications, le secteur audiovisuel, le transport et les services postaux.

L'organe de décision de la Commission, le Conseil, est composé de deux chambres : la Chambre de la concurrence, chargée de l'application du droit de la concurrence, et la Chambre de la supervision réglementaire, responsable de l'activité de réglementation. Cependant, chaque chambre peut émettre une opinion sur les questions examinées par l'autre chambre⁸.

⁶ Source : <http://globalcompetitionreview.com/chapter/1067851/netherlands-authority-for-consumers-and-markets>.

⁷ OCDE (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Note des Pays-Bas publiée sous la cote DAF/COMP/WD(2014)100, 17-18 décembre 2014, p. 3.

⁸ OCDE (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Note de l'Espagne publiée sous la cote DAF/COMP/WD(2014)103, 17-18 décembre 2014, p. 5.

Pays

Dans des dossiers qui touchent à la fois des questions de concurrence et de réglementation, des équipes spéciales d'experts des deux domaines peuvent être constituées. Par exemple, si la Commission étudie un dossier de fusion dans l'industrie des télécommunications, l'équipe pluridisciplinaire peut être composée d'experts de ce domaine et d'experts du droit de la concurrence⁹.

Organismes distincts chargés d'assurer le respect des lois et dotés de compétences spécifiques

Australie

La Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) est une autorité officielle indépendante dont le rôle est de faire respecter la loi de 2010 sur la concurrence et la protection du consommateur et de favoriser la concurrence. Par ailleurs, l'ACCC participe à la réglementation de quelques services du secteur des infrastructures (par exemple, les communications, l'énergie et l'approvisionnement en eau) et exerce un contrôle sur les marchés peu concurrentiels.

L'Autorité australienne de réglementation de l'énergie (AER), qui fonctionne également sous l'égide de la loi de 2010 sur la concurrence et la protection du consommateur, assure la régulation du marché national de l'énergie. Elle réglemente les prix de gros et de détail, ainsi que les réseaux, en fonction des lois et règlements nationaux relatifs à l'énergie.

Même si les activités de l'ACCC et de l'AER diffèrent, les deux autorités ont beaucoup d'objectifs communs et visent à protéger, à renforcer et à développer les mécanismes concurrentiels du marché¹⁰.

En 2014, l'ACCC, l'AER et la Commission australienne du marché de l'énergie ont signé un mémorandum d'accord par lequel elles ont convenu de mener des activités de partage d'informations, de consultation et de coopération.

Allemagne

L'Office fédéral des ententes (Bundeskartellamt) est une autorité indépendante chargée de faire respecter le droit de la concurrence en Allemagne. Le cadre juridique de protection du droit de la concurrence s'appuie sur la loi sur les restrictions à la concurrence, généralement désignée sous le nom de « loi fondamentale de l'économie de marché »¹¹.

La loi sur les restrictions à la concurrence comporte également des règles précises concernant certains secteurs (agriculture, énergie, presse et gestion des ressources en eau) qui complètent les règles générales de concurrence ; voir le chapitre 5 de la loi sur les dispositions spéciales applicables à certains secteurs économiques.

L'Agence fédérale des réseaux (Bundesnetzagentur) est une

⁹ OCDE (2016). Compte rendu analytique de séance : annexe au compte rendu analytique de la 123^e réunion du Comité de la concurrence tenue du 15 au 19 juin 2015, publié sous la cote DAF/COMP/M(2015)1/ANN6/FINAL, Paris, 16-18 juin 2015, p. 8.

¹⁰ Source : <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/about-the-accc>.

¹¹ Source : http://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Bundeskartellamt/bundeskartellamt_node.html.

Pays

autorité fédérale autonome chargée de réguler les secteurs de l'électricité, du gaz, des postes et télécommunications et des chemins de fer. Sa principale mission est de veiller au respect de la loi sur les télécommunications, de la loi sur les postes et de la loi sur l'énergie, ainsi que des arrêtés qui s'y rapportent.

Les mandats de l'Office fédéral des ententes et de l'Agence fédérale des réseaux ne se recoupent pas, c'est-à-dire qu'il existe une distinction claire entre les compétences des deux autorités. L'Agence fédérale des réseaux n'est pas chargée de faire appliquer le droit général de la concurrence, dont certaines dispositions ont cependant été intégrées dans la loi sur les télécommunications et la loi sur l'industrie de l'énergie¹².

La loi prévoit également une coopération étroite entre l'Office fédéral des ententes et l'Agence fédérale des réseaux. Elle contient notamment des dispositions concernant l'échange d'informations pour en garantir la légalité et éviter les incompréhensions et les activités redondantes¹³.

Royaume-Uni

En 2011, le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a entrepris une vaste réforme des régimes de la concurrence, de la protection du consommateur et du crédit à la consommation. Les fonctions du Bureau de la concurrence et de la Commission de la concurrence ont été transférées aux divers organismes qui leur ont succédé. Les fonctions relatives à la concurrence sont désormais assumées par l'Autorité de la concurrence et des marchés¹⁴. Certaines des fonctions du Bureau de la concurrence liées à la protection du consommateur ont été transférées à d'autres organismes, et les responsabilités relatives au crédit à la consommation relèvent désormais de la Financial Conduct Authority. La loi de 2013 sur la réforme de la réglementation relative aux entreprises a créé l'Autorité de la concurrence et des marchés et produit un certain nombre de changements institutionnels importants du régime d'application de la loi au Royaume-Uni. L'Autorité de la concurrence et des marchés a officiellement commencé à exercer son mandat en 2014. Elle est actuellement la seule autorité de la concurrence du Royaume-Uni. En sus de veiller au respect du droit de la concurrence, elle est également responsable de la protection du consommateur et joue un rôle dans les secteurs réglementés.

Les autorités réglementaires de certains secteurs (dont l'énergie, l'eau, les transports et les télécommunications, notamment), tout en étant indépendantes de l'Autorité de la concurrence et des marchés, sont habilitées à appliquer certains aspects du droit de la concurrence se rapportant à leur secteur de compétence. Ces aspects concernent principalement l'interdiction des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante en vertu de la législation applicable. Ces

¹² Groebel, Annegret. BNetzA as an independent multi-sector NRA – the evolutionary approach (présentation), Madrid, 11 mars 2015, p. 29. Consultable à l'adresse http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_INTERNATIONAL/CEER-ARIAE1/5th%20ARIAE-CEER%20Roundtable/5th%20ARIAE-CEER_Session%20V_Groebel.pdf

¹³ Ibid., p. 29 et 31.

¹⁴ Pour plus d'informations sur l'Autorité de la concurrence et des marchés, voir <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about>

pouvoirs en matière de concurrence s'ajoutent à leurs compétences réglementaires et coexistent avec ceux de l'Autorité de la concurrence et des marchés¹⁵. Dans les secteurs réglementés, l'application du droit général de la concurrence doit être préférée à des mesures de réglementation spécifiques. Les autorités réglementaires sectorielles doivent donc examiner s'il est plus indiqué d'agir selon leurs prérogatives en matière de droit de la concurrence avant d'entamer une action coercitive au titre de leurs pouvoirs réglementaires pour le secteur considéré¹⁶.

Le règlement d'application (2014)¹⁷ de la loi de 1998 sur la concurrence énonce la procédure permettant de décider quelle autorité est la mieux placée pour connaître d'une affaire et la procédure de règlement des différends. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit :

« Détermination de l'exercice des fonctions au titre de la partie I

4.-1) Toute personne dotée des compétences requises qui a l'intention d'exercer l'une quelconque des fonctions prévues par rapport à une affaire et qui considère qu'une autre personne dotée des compétences requises a ou peut avoir des compétences concurrentes pour exercer des fonctions au titre de la partie I par rapport à cette affaire informe cette autre personne de son intention.

2) Dans le cas où une personne dotée des compétences requises a informé l'autre personne dotée des compétences requises de son intention d'exercer les fonctions prévues par rapport à une affaire, conformément au paragraphe 1), ces personnes ("les personnes intéressées dotées des compétences requises") décident d'un commun accord de celle des deux qui exercera ces fonctions.

3) Lorsqu'une décision a été prise conformément au paragraphe 2), l'Autorité de la concurrence et des marchés doit aussi rapidement que possible informer par écrit les personnes intéressées dotées des compétences requises du nom de la personne qui exercera ces fonctions au titre de la partie I par rapport à l'affaire en cause.

Différends

5.-1) Si les personnes intéressées dotées des compétences requises ne sont pas en mesure de parvenir à un accord conformément au paragraphe 2) de la règle 4 dans un délai raisonnable, l'Autorité de la concurrence et des marchés doit informer les autres personnes intéressées dotées des compétences requises qu'elle entend déterminer quelle personne dotée des compétences requises exercera ces fonctions au titre de la partie I par rapport à l'affaire en cause.

2) Toute personne intéressée dotée des compétences

¹⁵ OCDE (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Note du Royaume-Uni publiée sous la cote DAF/COMP/WD(2014)105, 17-18 décembre 2014, p. 7.

¹⁶ Ibid., p. 8.

¹⁷ Le règlement d'application peut être consulté à l'adresse http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/536/pdfs/ukxi_20140536_en.pdf.

Pays

requis peut former une requête qu'elle soumettra par écrit à l'Autorité de la concurrence et des marchés aux plus tard cinq jours ouvrables après que l'Autorité a notifié son intention de statuer sur les points visés au paragraphe 1).

3) L'Autorité de la concurrence et des marchés, dans un délai de dix jours ouvrables après avoir notifié son intention conformément au paragraphe 1) :

- a) Détermine quelle personne dotée des compétences requises exercera les fonctions au titre de la partie I par rapport à l'affaire en cause ;
- b) Informe par écrit toutes les personnes intéressées dotées des compétences requises :
 - i) Du nom de la personne qui a compétence pour connaître de l'affaire ;
 - ii) De la date à laquelle elle a statué ;
 - iii) Des raisons qui ont motivé sa décision.

4) En statuant conformément à l'alinéa a) du paragraphe 3), l'Autorité de la concurrence et des marchés :

- a) doit prendre en considération toute requête qui lui est soumise conformément au paragraphe 2) ;
- b) [sous réserve des dispositions du paragraphe 5)] peut décider qu'elle exercera elle-même, plutôt qu'une autre personne intéressée dotée des compétences requises, les fonctions au titre de la partie I par rapport à l'affaire en cause, si elle considère que cela favorisera la concurrence au sein d'un ou de plusieurs marchés au Royaume-Uni, et profitera aux consommateurs.

5) Lorsque Monitor est l'une des personnes intéressées dotées des compétences requises, l'Autorité de la concurrence et des marchés ne peut statuer conformément au paragraphe 1) et à l'alinéa a) du paragraphe 3) qu'une personne dotée des compétences requises autres que Monitor peut exercer les fonctions au titre de la partie I par rapport à l'affaire en cause, sauf si l'Autorité estime que l'affaire ne porte pas principalement sur des questions liées à la fourniture de services de soins de santé aux fins du Service national de santé en Angleterre. »

En vue de favoriser la coopération entre les parties prenantes et la coordination de leurs activités, l'Autorité de la concurrence et des marchés a conclu des mémorandums d'accords ou des accords bilatéraux avec la plupart des organismes sectoriels de réglementation.

Uruguay

Le mandat de protection du droit de la concurrence a été principalement confié à la Commission de promotion et de défense de la concurrence, un organe décentralisé qui relève du Ministère de l'économie et des finances.

Cependant, d'autres organismes de réglementation ont reçu des pouvoirs exclusifs pour veiller au respect du droit de la concurrence dans les secteurs dont ils ont la responsabilité. Il est indiqué dans l'article 27 de la loi sur la concurrence que

Pays

dans tous les secteurs faisant l'objet d'un contrôle ou d'une supervision par des organismes de réglementation spécialisés, la protection et la promotion de la concurrence sont assurées par ces organismes. La compétence de ces organismes s'étend à des marchés pouvant être liés au marché réglementé, de manière horizontale ou verticale, dans la mesure où ils produisent des effets sur ce dernier. Par ailleurs, si une action concerne plusieurs marchés, il suffit qu'un seul d'entre eux appartienne à un secteur réglementé pour que la Commission ne puisse se saisir du dossier¹⁸.

Organismes distincts chargés d'assurer le respect des lois, sans attribution expresse de compétences

Namibie

La Commission namibienne de la concurrence est le principal organisme chargé de veiller au respect du droit de la concurrence dans ce pays.

La Namibie compte un certain nombre d'autorités réglementaires dans des secteurs essentiels comme les services financiers (Banque de Namibie et Autorité de contrôle des établissements financiers namibiens), les services de communication (Autorité réglementaire namibienne des communications), les ports (Autorité portuaire) et la distribution d'électricité (Conseil de l'électricité).

Les compétences de la Commission de la concurrence, de la Banque de Namibie, de l'Autorité réglementaire des communications et du Conseil de l'électricité présentent des chevauchements sur les questions de concurrence dans les secteurs réglementés. La Commission de la concurrence estime que le fait que la législation ne confère pas aux organismes sectoriels de réglementation de mandat en matière de concurrence peut entraîner des situations compliquées, et qu'il est donc difficile aux différentes autorités de mener à bien leurs mandats respectifs¹⁹.

Pour atténuer les conflits potentiels, il est prévu à la section 67 de la loi de 2003 sur la concurrence que des accords puissent être conclus entre la Commission de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation concernant les compétences concurrentes. À la fin de 2014, la Commission de la concurrence avait conclu des accords de coopération avec quatre organismes sectoriels : l'Autorité réglementaire des communications, la Banque de Namibie, le Conseil de l'électricité et la Régie des ports namibiens²⁰.

Maurice

La Commission de la concurrence de Maurice est un organisme officiel créé pour veiller à l'application de la loi de 2007 sur la concurrence. La Commission peut mener une enquête dans un secteur réglementé sans l'accord de l'organisme de réglementation du secteur concerné, et ces organismes ne

¹⁸ CNUCED (2016). Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence : Uruguay, publié sous la cote UNCTAD/DITC/CLP/2016/1, p. 40. Consultable à l'adresse http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclp2016d1_en.pdf.

¹⁹ CNUCED (2014). Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence : Namibie, publié sous la cote UNCTAD/DITC/CLP/2014/3, p. 34. Consultable à l'adresse http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclp2014d3_en.pdf

²⁰ Ibid., p. 34.

Pays

disposent pas de pouvoirs au titre de la loi de 2007 sur la concurrence.

Cependant, afin de favoriser la coopération avec les organismes sectoriels de réglementation, le droit mauricien de la concurrence requiert que la Commission et des organismes sectoriels concluent des mémorandums d'accord régissant leurs compétences respectives. La disposition applicable de la loi de 2007 sur la concurrence²¹ est libellée comme suit :

« 66. Protocole d'accord entre la Commission et organismes de réglementation

La Commission et les organismes de réglementation concluent un protocole d'accord régissant l'exercice effectif de leurs responsabilités respectives et établissant les mécanismes de coopération pratique dans l'exercice de ces responsabilités, y compris le recours aux compétences sectorielles des organismes de réglementation en ce qui concerne les enquêtes réalisées au titre de la présente loi ».

Jusqu'en 2017, la Commission de la concurrence avait conclu des mémorandums d'accord avec notamment la Banque de Maurice, l'Autorité de régulation des technologies de l'information et de la communication, le Ministère de l'énergie et des services publics et la Commission des services financiers.

Afrique du Sud

La Commission sud-africaine de la concurrence est un organisme officiel créé conformément à la loi sur la concurrence et doté de pouvoirs d'enquête sur les pratiques commerciales restrictives, les abus de position dominante et les fusions, et de contrôle et d'évaluation à cet égard, dans l'objectif de faire régner l'équité et l'efficacité dans l'économie nationale.

Dans un premier temps, les secteurs réglementés ne relevaient pas de la compétence de la Commission, mais la loi sur la concurrence a été amendée pour supprimer cette exception²².

Aux termes de la loi sur la concurrence (voir ci-dessous), les organismes sectoriels de réglementation et la Commission de la concurrence ont des compétences concurrentes. Toutefois, la loi sur la concurrence ne s'en remet pas expressément à d'autres réglementations ni ne revendique explicitement la primauté. L'autorité de la concurrence est tenue de négocier des accords avec les organismes sectoriels de réglementation pour coordonner l'attribution des compétences dans le secteur réglementé (où ces organismes ont un mandat express en matière de concurrence – ce qui ne signifie pas qu'il y ait des accords avec chacun des organismes). En 2004, l'autorité de la concurrence a conclu des accords avec les organismes chargés de la réglementation des secteurs de la radiodiffusion et de l'électricité, en vertu desquels c'est l'autorité de la concurrence qui dirige les enquêtes en cas de compétences concurrentes.

À ce jour, la Commission de la concurrence a conclu un certain

²¹ La loi est consultable à l'adresse <http://www.ccm.mu/English/legislations/Pages/Legislation.aspx>.

²² Weeks, Keith. Defining the interface between sectoral regulation & competition enforcement in regulated sectors – the South African experience (présentation), 18 novembre 2009. Consultable à l'adresse <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44942587.pdf>.

nombre de mémorandums d'accord avec des organismes sectoriels de réglementation tels que le Conseil pour le développement de l'industrie de la construction, la Régie nationale des alcools, le Conseil national des jeux et l'Autorité portuaire d'Afrique du Sud²³.

Les dispositions pertinentes de la loi sud-africaine sur la concurrence²⁴ sont libellées comme suit :

« 3. Application de la loi

La présente loi s'applique à toute activité économique réalisée ou ayant des effets sur le territoire de la République, avec les exceptions ci-après :

[...]

1A) a) Dans la mesure où la présente loi s'applique à une branche d'activité ou à un secteur d'une branche d'activité qui relève de la compétence d'une autre autorité de réglementation ayant compétence en ce qui concerne les pratiques visées au chapitre 2 ou 3 de la présente loi, celle-ci doit être interprétée comme établissant des compétences concurrentes s'agissant de ces pratiques.

b) La manière dont les compétences concurrentes sont exercées en vertu de la présente loi et de tout autre règlement public doit être gérée, dans la mesure du possible, conformément à tout accord applicable conclu au titre de l'alinéa h) 1) de l'article 21 et des paragraphes 1) et 2) de l'article 82.

21. Fonctions de la Commission de la concurrence

1) La Commission de la concurrence a les responsabilités ci-après :

[...]

h) Négocier des accords avec les autorités de réglementation en vue de coordonner et d'harmoniser l'exercice des compétences sur les affaires de concurrence au sein de la branche d'activité ou du secteur concerné, et garantir l'application cohérente des principes de la présente loi ;

i) Participer aux délibérations des autorités de réglementation ;

j) Échanger des conseils avec les autorités de réglementation ;

[...]

82. Relations avec les autres organismes

1) Une autorité de réglementation qui, en vertu d'un règlement public, est compétente pour connaître des pratiques sectorielles visées au chapitre 2 ou 3 –

a) Doit négocier des accords avec la Commission de la concurrence, comme prévu à l'alinéa h) 1) de l'article 21 ;

²³ Source : <http://www.compcom.co.za/mou-sa-regulators/>.

²⁴ Le texte de la loi est consultable à l'adresse <http://www.compcom.co.za/the-competition-act/>.

Pays

- b) S'agissant d'une question particulière relevant de sa compétence, peut l'exercer au titre d'un tel accord.
- 2) Les alinéas a) et b) du paragraphe 1), interprétés en tenant compte des modifications exigées par le contexte, s'appliquent à la Commission de la concurrence.
- 3) Outre les points énoncés à l'alinéa h) 1) de l'article 21, un accord conforme au paragraphe 1) doit :
- a) Recenser les besoins en matière de formalisation et établir des procédures pour la gestion des domaines de compétence concurrente ;
 - b) Promouvoir la coopération entre l'autorité de réglementation et la Commission de la concurrence ;
 - c) Prévoir l'échange d'informations et la protection des renseignements confidentiels ;
 - d) Être publié au Journal officiel.
- 4) Le Président peut charger la Commission de la concurrence de toute tâche au service de la République, en ce qui concerne les accords internationaux se rapportant à l'objectif de la présente loi, visant à échanger des renseignements avec des institutions étrangères de même nature. »
-

L'économie collaborative : les nouveaux enjeux pour la concurrence et la réglementation.

26. Au cours des dernières années, on a assisté partout dans le monde à un développement sans précédent de modèles économiques novateurs reposant sur des plateformes collaboratives capables de transformer des secteurs entiers. Ces modèles, souvent désignés par les expressions « économie collaborative » ou « économie de partage », utilisent des plateformes en ligne (accessibles depuis des ordinateurs, des téléphones portables ou d'autres appareils reliés à Internet) pour mettre en relation les propriétaires d'actifs sous-utilisés avec des utilisateurs potentiels, autrement dit pour « [créer] un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées »²⁵. Ces plateformes sont par exemple utilisées pour faciliter le covoiturage, le partage de logement ou les prêts d'argent entre particuliers.

27. Si l'économie collaborative peut apporter de nouveaux débouchés aux particuliers et aux entreprises²⁶, elle soulève aussi diverses questions sur le plan de la concurrence. Dans le cadre des débats actuels, on cherche notamment à déterminer : si les plateformes collaboratives devraient être soumises aux exigences d'accès aux marchés applicables aux prestataires traditionnels ; quels acteurs de l'économie collaborative il y a lieu de considérer comme des unités économiques soumises aux règles de la concurrence ; si l'économie collaborative doit faire l'objet d'une réglementation à part ; quels facteurs doivent être pris en considération par les autorités de la concurrence au moment d'évaluer des projets de

²⁵ Commission européenne. Un agenda européen pour l'économie collaborative Bruxelles, 2 juin 2016, p. 3. Disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations/en/renditions/pdf>.

²⁶ L'argument selon lequel l'économie collaborative permet une utilisation plus efficace des ressources, et permet donc de faire baisser les prix et d'augmenter la demande, a été avancé.

fusion entre des prestataires préexistants et des plateformes collaboratives rivales ; ou bien encore, comment la puissance commerciale d'une plateforme collaborative qui n'assure pas elle-même les services finaux devrait être évaluée.

28. Les perturbations du marché liées à l'apparition des plateformes collaboratives sont souvent à l'origine de tensions entre la réglementation et la politique de la concurrence²⁷. Si une réglementation adéquate peut répondre à des buts légitimes comme la protection des consommateurs et la sécurité publique, une réglementation excessive (qui créerait des obstacles à l'accès aux marchés, notamment), peut compromettre l'innovation et le jeu de la concurrence au détriment des consommateurs²⁸. Les organismes réglementaires de bon nombre de pays ont déjà tenté de réglementer les nouvelles plateformes collaboratives, en faisant valoir généralement que la réglementation est nécessaire pour protéger l'intérêt général²⁹. L'imposition de nouvelles règles à l'économie collaborative nécessite cependant quelques précautions de la part des autorités réglementaires car l'expérience montre que la réglementation peut provenir dans certains cas des pressions exercées par les prestataires déjà en place qui se sentent menacés par les nouveaux acteurs³⁰.

29. Les autorités de la concurrence, avec leur connaissance privilégiée des marchés et en tant que spécialistes des processus concurrentiels, peuvent jouer un rôle essentiel en protégeant la concurrence aussi bien de l'excès de réglementation que des comportements anticoncurrentiels des acteurs privés (qu'il s'agisse des entreprises déjà en place, des nouvelles plateformes collaboratives, ou autres acteurs). L'expérience montre que les autorités de la concurrence peuvent dialoguer efficacement avec le législateur et les autorités réglementaires, et plaider pour des solutions qui n'entravent pas inutilement la concurrence. On trouvera dans le tableau ci-après des exemples de dispositions prises par des autorités de la concurrence au sujet de réglementations visant l'économie collaborative.

²⁷ Voir OCDE. Hearing on Disruptive Innovation : Note by United States. DAF/COMP/WD(2015)54. 16-18 juin 2015, p. 7. Disponible à l'adresse : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/wd\(2015\)54&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/wd(2015)54&docLanguage=En).

²⁸ Voir Commission fédérale du commerce. The "Sharing" Economy : Issues Facing Platforms, Participants & Regulators. Novembre 2016, p.6. Disponible à l'adresse : <https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>.

²⁹ L'Autorité de réaménagement urbain de Singapour a ainsi décidé de réglementer les plateformes de partage de logement par des directives qui ne permettent pas la sous-location de logements pour des séjours de moins de six mois. Des réglementations plus ou moins similaires ont été adoptées dans des villes comme Berlin (Allemagne), Barcelone (Espagne), ou New York (États-Unis).

³⁰ Voir OCDE. Hearing on Disruptive Innovation : Issues paper by the Secretariat. DAF/COMP(2015)3. 16-18 juin 2015, p. 7. Disponible à l'adresse : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En).

Exemples de réactions des autorités de la concurrence à la réglementation de l'économie collaborative

Union européenne

En 2016, la Commission européenne a publié une communication assez complète, intitulée « Un agenda européen pour l'économie collaborative », qui expliquait sa position sur le sujet. Ce document avait pour but de « [fournir] des orientations juridiques et stratégiques aux autorités publiques, aux acteurs du marché et aux citoyens intéressés afin d'assurer le développement équilibré et durable de l'économie collaborative »³¹.

La communication donne des pistes sur la manière dont le droit européen existant devrait être appliqué à l'économie collaborative. Cinq points-clefs sont en particulier abordés : les conditions d'accès au marché ; les régimes de responsabilité ; la protection des utilisateurs ; les travailleurs indépendants et les salariés dans l'économie collaborative ; et la fiscalité.

La Commission européenne met en garde contre des réglementations déraisonnables qui viseraient l'économie collaborative et étoufferaient la concurrence. Elle souligne notamment que « les prestataires de services ne peuvent être soumis à des exigences en matière d'accès au marché ou autres, telles que des régimes d'autorisation et des exigences en matière de licence, sauf si celles-ci sont non discriminatoires, nécessaires pour atteindre un objectif d'intérêt général clairement identifié, et proportionnées à la réalisation de cet objectif (...) »³².

La Commission européenne a aussi clairement indiqué qu'on ne devrait adopter qu'en dernier ressort des interdictions totales ou des restrictions quantitatives de ces activités. Comme la Commission l'a fait remarquer en ce qui concerne les plateformes de partage de logements, par exemple, « l'interdiction de la location de courte durée d'appartements semble généralement difficile à justifier lorsque la location de courte durée de biens immobiliers peut, par exemple, être limitée à un nombre maximal de jours par an »³³.

Royaume-Uni

En 2015, l'Autorité britannique de la concurrence et des marchés a publié une réaction à de nouvelles dispositions réglementaires concernant la location de véhicules privés (y compris les plateformes de covoiturage) proposées par Transport for London. Elle y a fait valoir notamment que certaines des modifications réglementaires proposées pouvaient i) avoir un effet sur l'accès au marché des voitures de transport avec chauffeur, le développement de ce marché ou l'innovation sur celui-ci ; ii) porter atteinte à la concurrence entre les taxis traditionnels et les voitures de transport avec chauffeur ; et iii) provoquer une augmentation des prix ou une baisse de la qualité des services³⁴.

³¹ Commission européenne. Un agenda européen pour l'économie collaborative Bruxelles, 2 juin 2016, p. 2. Disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations/en/renditions/pdf>.

³² Ibid. p. 3.

³³ Ibid. p. 4.

³⁴ Autorité de la concurrence et des marchés. Réponse de l'Autorité de la concurrence et des marchés aux propositions émises par les transports de la ville de Londres quant à la réglementation de la location de véhicules privés. 2 décembre 2015. Disponible à l'adresse : <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-response-to-tfls-private-hire-regulations-proposals>.

Afrique du Sud

En 2016, la Commission sud-africaine de la concurrence a reçu une plainte selon laquelle une des plateformes de partage de véhicules avait recours à diverses pratiques anticoncurrentielles, dont le non-respect de la réglementation. Après avoir enquêté sur ces allégations, l'autorité de la concurrence a estimé que les faits décrits ne contrevenaient pas au droit de la concurrence et a décidé de ne pas engager de poursuites³⁵.

États-Unis

En 2013, la Commission des taxis du District de Columbia a proposé de nouvelles dispositions réglementaires dont l'effet serait de restreindre les activités des plateformes de covoiturage dans le district. En réaction à ce projet, la Commission fédérale du commerce a adressé à la Commission des taxis du District de Columbia une lettre dans laquelle elle soulignait les effets anticoncurrentiels que ces mesures pourraient avoir³⁶.

³⁵ Commission de la concurrence. Déclarations concernant les décisions de la Commission de la concurrence. 20 octobre 2016. Disponible à l'adresse : <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/01/Commission-Statement-20-October-2016-Final.pdf>

³⁶ Commission fédérale du commerce. Lettre : Re : Second Proposed Rulemakings Regarding Chapters 12, 14, and 16 of Title 31. 7 juin 2013. Disponible à l'adresse : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-comments-district-columbia-taxicab-commission-concerning-proposed-rulemakings-passenger/130612dctaxicab.pdf.