



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/66
21 mai 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

**Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes**

Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Neuvième session
Genève, 15-18 juillet 2008
Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Rapport du secrétariat de la CNUCED*

Résumé

Le présent rapport traite un certain nombre de problèmes que rencontrent les autorités de la concurrence, surtout dans les pays en développement, face aux abus de position dominante. Il s'appuie sur les réponses reçues des États membres à un questionnaire établi par le secrétariat de la CNUCED. Il y est procédé à une analyse comparative des abus de position dominante dans différentes juridictions en expliquant les définitions des notions, en illustrant les situations considérées comme des abus de position dominante et en examinant l'application de divers critères. Le présent rapport va dans le même sens que des études antérieures sur ce sujet selon lesquelles les dispositions relatives à l'abus de position dominante demeurent, pour les autorités de la concurrence, un puissant moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles sur leurs marchés respectifs. Il ressort du présent rapport que dans le cadre de l'application du droit de la concurrence les entreprises dominantes sont plus prudentes car toute infraction de leur part peut avoir des conséquences très graves. Néanmoins, on constate que, dans les pays en développement où l'infrastructure est économiquement faible et sous-développée, certaines multinationales peuvent devenir monopolistiques simplement du fait de leur efficacité supérieure. Les autorités de la concurrence ne s'en réjouissent pas toujours car elles se soucient de l'intérêt public.

* Le présent document a été soumis à la date indiquée plus haut en raison de retards survenus dans la procédure.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
I. Rappel.....	3
II. Introduction	3
III. Évaluation de l'abus de position dominante dans différents pays.....	5
A. Position dominante	5
B. Pratiques abusives.....	10
IV. Difficultés rencontrées par les pays en développement et les pays en transition.....	16
A. L'objectif de développement selon l'Ensemble des Nations Unies	16
B. Problèmes particuliers soulevés par l'abus de position dominante dans les pays en développement et les pays en transition	16
V. Conclusion.....	19
Bibliographie	20

I. Rappel

1. À sa huitième session, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a prié le secrétariat de la CNUCED d'établir un rapport sur l'abus de position dominante. Le présent rapport a pour objet d'illustrer l'évolution récente des approches et de la jurisprudence s'inscrivant dans le cadre de la lutte que les autorités de la concurrence mènent contre les entreprises monopolistiques dans le monde entier et d'en analyser les incidences sur les pays en développement. La présente étude s'inspire des réponses reçues à un questionnaire établi par le secrétariat afin de connaître les facteurs déterminants qui sont pris en compte par les autorités de la concurrence pour évaluer l'abus de position dominante¹.

II. Introduction

2. L'abus de position dominante est un aspect problématique du droit et de la politique de la concurrence. Analyser les effets de ce type de comportement peut s'avérer difficile et prendre beaucoup de temps, car ces effets peuvent favoriser la concurrence ou l'entraver selon les situations. Les entreprises ont du mal à prévoir quel type de comportement est susceptible de susciter l'intervention des autorités de la concurrence. Si leur intervention est disproportionnée ou imprévisible, ces autorités peuvent dissuader les entreprises de se livrer à des pratiques qui contribuent à la réalisation des objectifs de la politique de concurrence.

3. Dans les pays en développement, l'abus de position dominante, tout comme les ententes, peut être très préjudiciable aux consommateurs et aux entreprises. Les services et les marchandises qui répondent à des besoins élémentaires font l'objet de pratiques anticoncurrentielles qui bloquent l'accès aux marchés et/ou font augmenter les prix, ce qui freine le dynamisme des marchés et la mobilité économique des personnes et des entreprises. L'intervention des autorités de la concurrence contre un abus de position dominante peut contribuer à la réalisation des objectifs de développement en facilitant l'accès aux produits et en aidant les entreprises à mieux fonctionner, notamment les petites et moyennes entreprises (PME). Elle peut aussi aider à atteindre des objectifs précis: réduction de la pauvreté, accès accru aux services de santé et stimulation de l'économie. Chaque pays se trouvant dans une situation politique et économique différente en fonction de son stade de développement et de ses propres structures de marché, il se peut que l'approche adoptée soit quelque peu différente.

4. Il existe des différences entre les pays s'agissant des objectifs du droit de la concurrence, des définitions et des méthodes d'évaluation de la position dominante, de la conception de ce qui constitue des pratiques abusives ainsi que des secteurs de marché qui sont exclus ou exemptés de l'application de la loi. Néanmoins, certains objectifs sont communs, et les définitions de la position dominante et de l'abus peuvent être regroupées en quelques catégories assez semblables.

¹ Le questionnaire et les réponses des États membres peuvent être consultés à l'adresse www.unctad.org/competition. La CNUCED remercie les autorités de la concurrence des pays suivants, qui ont répondu au questionnaire: Albanie, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Burkina Faso, Colombie, Danemark, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Italie, Jamaïque, Japon, Pakistan, Panama, Pérou, République bolivarienne du Venezuela, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Uruguay, Viet Nam et Zimbabwe.

5. Les objectifs de l'application des interdictions d'abus de position dominante qui font l'objet d'un large consensus consistent notamment à veiller au bon fonctionnement de la concurrence et à promouvoir l'intérêt des consommateurs et l'efficacité dynamique («développement technologique» ou «promotion du développement économique»). Parmi les objectifs qui sont poursuivis avec un intérêt variable figurent la protection de la liberté économique, l'application de règles du jeu uniformes pour les PME et la promotion de l'intégration régionale.
6. Les autorités de la concurrence utilisent des outils comparables pour déterminer si un acteur économique exerce une position dominante sur un marché. Elles utilisent généralement la part de marché comme point de départ seulement. Puis, elles font appel à des facteurs comme les obstacles à l'entrée, à la sortie et à l'expansion, la position relative des concurrents sur le marché et le pouvoir de l'acheteur pour déterminer les contraintes qui pèsent sur le pouvoir de marché d'une entreprise. L'approche est généralement holistique et ne suit pas de recette prédéfinie.
7. Les autorités ont recours à des approches plus hétérogènes pour évaluer le comportement des entreprises. Cette hétérogénéité peut traduire la difficulté de distinguer les pratiques abusives des pratiques concurrentielles. Mais elle peut aussi découler de choix différents, certaines autorités prenant davantage en compte les formes de comportement et d'autres les effets économiques.
8. La manière dont l'abus de position dominante est traité évolue. Des observateurs ont fait remarquer que des expressions telles que «la concurrence normale», «la concurrence fondée sur les mérites» et «les règles du jeu uniformes» sont vides de sens. En effet, les pratiques légales de concurrence sont appelées, de manière relativement tautologique, «concurrence fondée sur les mérites». Les autorités de la concurrence suscitent le débat. Le Comité de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a examiné la question à la mi-2005. La Commission européenne a rédigé un document de réflexion sur les pratiques abusives d'exclusion en 2005 et a tenu une audition publique en 2006. Les autorités de la concurrence des États-Unis ont organisé des auditions publiques en 2006 et 2007. Et le Réseau international de la concurrence (ICN) a publié une note sur la position dominante et les monopoles d'origine publique en 2007. Le débat se poursuit.
9. Ce débat vise à incorporer davantage de raisonnements économiques dans la logique juridique. Par ailleurs, les décisions prises devraient donner lieu à peu d'erreurs, être relativement efficaces, opportunes et prévisibles, et être perçues comme objectives et transparentes. Les autorités et les observateurs examinent les objectifs de l'interdiction des abus de position dominante et définissent ou élaborent des principes plus larges pour la prise de décisions. La tendance est à l'évaluation des effets économiques au moyen de certains critères. La distinction entre les cas régis par des règles de principe et ceux où une approche au cas par cas s'applique est encore floue, certains observateurs militant en faveur de l'établissement de «seuils» en matière de position dominante et de mainmise sur le marché.
10. Dans le chapitre III sont examinées la position dominante et les pratiques abusives. La question de la définition de la position dominante, aussi bien en droit que dans la pratique, est abordée en premier. La forme et les effets économiques de pratiques qui peuvent être abusives sont ensuite étudiés. Puis sont traités les recours et les sanctions, suivis de la relation entre l'application de l'interdiction de l'abus de position dominante et le développement économique.

Le chapitre IV porte sur les questions d'abus de position dominante présentant un intérêt pour les pays en développement et les pays en transition. Les conclusions figurent dans le chapitre V.

III. Évaluation de l'abus de position dominante dans différents pays

11. La position dominante, en soi, n'est interdite par aucune des autorités ayant répondu à l'enquête de la CNUCED. Elle ne fait pas l'objet d'une interdiction de principe car toute entreprise peut légitimement acquérir une position dominante. Elle peut aussi être le résultat de l'action publique et si le Gouvernement respecte la loi, elle peut être acquise de manière légale.

12. L'analyse de l'abus de position dominante s'articule généralement en trois parties: a) délimiter un ou plusieurs marchés considérés²; b) déterminer si l'entreprise en question a une position dominante sur un marché considéré; et c) établir si son comportement constitue un abus de position dominante. Bien que ces trois parties soient distinctes, elles peuvent être menées à bien simultanément et les éléments de preuve utilisés dans l'une d'elles peuvent aussi l'être dans les autres. Si la définition du marché et la position dominante font généralement l'objet d'analyses intégrées, l'analyse des abus est effectuée séparément. L'argument selon lequel un abus provient forcément d'une position dominante n'est pas valable car les effets économiques de ce type de comportement varient en fonction du pouvoir de marché de l'entreprise en question.

A. Position dominante

1. Définition juridique de la position dominante

13. La position dominante est définie dans le droit et dans les principales décisions de justice. Les directives (qui intègrent souvent les décisions de justice) et les discussions des spécialistes étoffent cette définition. La définition juridique peut recourir à des facteurs soit structurels soit comportementaux, soit les deux, même si les seconds sont plus communs. Les pays peuvent utiliser une approche différente pour évaluer une position dominante dans la pratique. Plus récemment, les expressions «pouvoir de marché substantiel» et «non soumis à des contraintes réelles en matière de concurrence» sont utilisées indifféremment à la place de «position dominante». Par «pouvoir de marché substantiel», on entend la capacité de maintenir les prix au-dessus de leur niveau concurrentiel pendant une période assez longue.

14. L'abus de position dominante est défini au chapitre IV-I de la loi type sur la concurrence de la CNUCED de la manière suivante: «i) lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services».

15. Les définitions comportementales portent sur le fait pour une entreprise d'être «affranchie dans une mesure appréciable des contraintes de la concurrence ou de sa capacité de faire ce que les entreprises soumises à la concurrence ne pourraient pas faire» (ICN, 2007:41). La définition comportementale la plus influente est peut-être celle qui émane de la décision de la Cour de

² La définition du marché prend en compte l'influence de l'entreprise dominante sur les prix en vigueur. Ce point et celui de la position dominante conjointe ne sont pas traités dans le présent document.

justice européenne adoptée en 1976 dans l'affaire *United Brands*: «une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs»³. Si aucune entreprise ne peut être véritablement indépendante de ses concurrents ou de ses clients, il n'en reste pas moins qu'une entreprise dominante jouit d'une certaine liberté d'action s'agissant du prix, de la quantité, de la qualité, de l'innovation et d'autres facteurs, ce qui n'est pas le cas d'une entreprise non dominante. Comme l'a précisé la Commission européenne dans son document de réflexion de 2005, une entreprise dominante «n'est pas soumise aux contraintes d'une concurrence réelle. En d'autres termes, elle doit avoir un pouvoir de marché substantiel.» (Commission européenne, 2005: par. 23). Dans l'affaire *United Brands*, l'entreprise dominante avait réalisé des investissements considérables qui lui permettaient de se protéger des risques provenant de diverses sources selon des modalités que ses concurrents plus faibles ne pouvaient pas imiter. Dans la décision suivante sur l'affaire *Hoffmann-La Roche*, la Cour a affirmé que «l'existence d'une position dominante pouvait résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur était hautement significative». Dans cette affaire, la part de l'entreprise dominante dans les marchés considérés atteignait 47 %, 64 % et jusqu'à 95 %. Concernant le premier marché, la Cour a accordé moins de poids à la part de marché et davantage à la différence entre la part de marché de l'entreprise en question et celle de ses rivales et à la grande avance technologique de cette entreprise (Goyder, 2003:268-270).

16. Les définitions de la position dominante données dans la plupart des réponses reçues des États membres s'inspirent de la jurisprudence européenne. En Slovaquie, «une position dominante sur le marché considéré est détenue par une entreprise ou plusieurs entreprises qui ne sont pas soumises à une forte concurrence ou qui peuvent agir de manière indépendante en raison de leur pouvoir économique». Au Pérou, la position dominante est une situation dans laquelle «une ou plusieurs entreprises peuvent agir de manière indépendante de leurs concurrents, de leurs acheteurs, de leurs clients ou de leurs fournisseurs en raison de facteurs tels que leur part de marché notable sur les marchés correspondants, les caractéristiques de l'offre et de la demande des produits ou des services, le perfectionnement technologique et les services compris, l'accès des concurrents à des sources de financement et d'approvisionnement ainsi que les systèmes de distribution». La loi sud-africaine sur la concurrence définit le pouvoir de marché comme «le pouvoir d'une entreprise de contrôler les prix ou d'exclure la concurrence ou d'avoir des comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients ou de ses fournisseurs». La législation colombienne est légèrement différente en ce qu'elle définit la position dominante comme la capacité d'une entreprise de déterminer directement ou indirectement les conditions sur un marché particulier. Dans la loi zimbabwéenne sur la concurrence, «une situation de monopole» est «une situation dans laquelle une seule personne contrôle de manière substantielle le marché d'un bien ou d'un service». Par contrôle substantiel d'un marché on entend le pouvoir de faire des bénéfices «en portant ou en maintenant le prix d'un bien ou d'un service au-dessus de son niveau concurrentiel pendant une période assez longue».

³ Affaire 27/76, *United Brands*, par. 65; et affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche*, par. 39.

17. En revanche, certains pays définissent leur position dominante en utilisant uniquement des indicateurs structurels. En Indonésie, une entreprise est considérée comme dominante si sa part de marché dépasse 50 %.

18. Dans plusieurs pays, le droit de la concurrence fait appel à des facteurs à la fois structurels et comportementaux dans la définition de la position dominante. En Égypte, «on entend par position dominante sur un marché considéré la capacité d'une personne qui détient une part de marché de plus de 25 % d'influer de manière effective sur les prix ou sur le volume de l'offre, sans que ses concurrents aient les moyens de freiner cette influence»⁴. La Bosnie-Herzégovine et la Croatie définissent toutes deux la position dominante selon des critères comportementaux, mais se fondent sur une présomption structurelle, à savoir: une entreprise détenant une part de marché supérieure à 40 % est supposée avoir une position dominante. Le droit bulgare fait de même, mais le pourcentage de part de marché est fixé à 35 %. Dans la Fédération de Russie, une entreprise dont la part de marché dépasse 50 % est supposée avoir une position dominante, mais ne peut pas l'être si sa part de marché est inférieure à 35 %; des critères comportementaux sont appliqués à l'intérieur de cette fourchette.

19. Le droit vietnamien de la concurrence fait aussi appel à des facteurs structurels et comportementaux, mais pas en même temps. «Sont considérées comme ayant une position dominante les entreprises qui détiennent 30 % au moins du marché pertinent et qui sont capables de restreindre la concurrence de manière considérable.»⁵.

20. Les critères comportementaux et structurels sont utilisés dans les définitions juridiques de la position dominante et sont parfois associés, même si les premiers sont davantage utilisés que les seconds. L'influence des décisions adoptées par la Cour de justice européenne en 1976 dans les affaires *United Brands* et *Hoffmann-La Roche* sur la législation mondiale ne peut être sous-estimée. Les modalités pratiques déterminant la position dominante sont décrites dans la section suivante.

2. Critères de la position dominante dans la pratique

21. Les autorités de la concurrence adoptent généralement une approche holistique, sans recette préétablie, pour déterminer si une entreprise détient une position dominante. La définition du marché et le calcul de la part de marché ne constituent qu'un point de départ. La part de marché est souvent utilisée comme filtre non objectif: les entreprises dont la part de marché est inférieure à un niveau prédéterminé ne sont pas considérées comme dominantes. Pour les entreprises qui franchissent ce «seuil», divers facteurs sont pris en considération: les obstacles à l'entrée, à la sortie et à l'expansion, la part de marché relative des concurrents, le pouvoir de l'acheteur et tout autre facteur qui permet de dire si une entreprise exerce une position

⁴ Art. 4 de la loi n° 3 de 2005 promulguant la loi sur la protection de la concurrence et l'interdiction des pratiques monopolistique, traduction anglaise non officielle disponible à l'adresse www.globalcompetitionforum.org.

⁵ Art. 11, par. 1, décret n° 23/2004/L-CTN du 14 décembre 2004 sur la promulgation de la loi, traduction anglaise non officielle, disponible à l'adresse www.adb.org/Documents/Others/OGC-Toolkits/Competition-Law/documents/VN_Order_23_2004.pdf.

dominante. Ces facteurs peuvent être considérés comme permettant l'examen structuré des personnes ou des faits qui pourraient limiter l'exercice d'un pouvoir de marché notable, à savoir les concurrents réels, les concurrents potentiels ou les clients.

22. Plusieurs autorités utilisent la part de marché comme point de départ, selon le questionnaire de la CNUCED. Le droit jamaïcain fait appel à une définition comportementale de la position dominante: une entreprise est dominante sur un marché «si son poids économique est tel qu'il lui permet d'exercer son activité sur ce marché sans contrainte réelle de la part de ses concurrents ou de concurrents potentiels». Dans la pratique, la Commission utilise un «seuil» de 50 % comme critère de position dominante, bien qu'une entreprise détenant une part de marché moindre puisse être jugée dominante. Au Zimbabwe, la définition juridique est aussi comportementale, mais dans la pratique, le seuil est fixé à 25 %. En Suède, dans le cadre d'une définition juridique comportementale, une part de marché de 40 à 50 % est «une indication manifeste» d'une position dominante, tandis qu'une part de marché supérieure à 65 % constitue une présomption «quasiment irréfragable» d'une position dominante⁶. Aux États-Unis, on considère que le seuil est fixé à 50 % et qu'une part de marché supérieure à 70 % constitue une présomption réfragable de position dominante (American Bar Association (ABA), 1997:235-6).

23. Une fois le critère de la part de marché appliqué, de multiples facteurs sont utilisés pour établir une position dominante. L'idée est de trouver les éléments qui entravent le pouvoir de marché notable d'une entreprise. Les facteurs à prendre en compte sont notamment les obstacles à l'entrée et à l'expansion (notamment structurels, stratégiques et juridiques)⁷, le pouvoir de marché des concurrents, la puissance financière, le pouvoir de l'acheteur et l'intégration verticale.

24. Ces facteurs sont utilisés en gardant à l'esprit un modèle économique. Par exemple, si les obstacles à l'entrée sont très faibles, il est peu probable qu'il y ait position dominante. Un concurrent potentiel entrerait sur le marché si les prix (ou d'autres caractéristiques des produits) étaient augmentés (ou abaissés) de manière notable. Certains facteurs peuvent s'annuler les uns les autres. Par exemple, si les acheteurs ont des coûts de transfert importants, il peut ne pas s'avérer rentable pour eux d'exercer leur pouvoir et le critère de la capacité des concurrents de se développer peut ne pas être pertinent.

25. Les obstacles à l'entrée sont pris en compte dans l'évaluation de la position dominante dans 20 des 32 réponses au questionnaire⁸. D'autres facteurs ont été mentionnés dans 5 réponses au moins, à savoir: a) la position des concurrents sur le marché (7 réponses); b) la puissance

⁶ Réponse de la Suède au questionnaire (2007), disponible à l'adresse:

www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/questionnaire/SwedenQuestionnaireResponse.pdf.

⁷ Les possibilités d'entrée sont évaluées en se demandant si elles ont «des chances d'intervenir de manière suffisamment rapide et d'être d'une envergure suffisante pour résoudre le problème d'amoindrissement de la concurrence qui est au cœur de l'affaire» (OCDE, 2007).

⁸ Les pays concernés sont l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Burkina Faso, la Colombie, le Costa Rica, le Danemark, l'Inde, l'Italie, la Jamaïque, le Japon, la Lettonie, le Pérou, la République tchèque, Singapour, la Slovaquie, la Suisse, la Tunisie, l'Uruguay et le Viet Nam. Tous ont été inclus s'ils utilisaient une terminologie étroitement liée aux obstacles à l'entrée.

financière (6 réponses); c) l'intégration verticale, ce qui comprend l'accès à la distribution et aux intrants (6 réponses); et d) le pouvoir de faire contrepoids, notamment le pouvoir de l'acheteur (5 réponses).

26. Certains facteurs évoqués dans quelques réponses semblaient relativement plus importants dans les pays en développement ou dans les pays en transition. L'Inde prend aussi en compte la position dominante acquise par la loi ou par le fait d'être une entreprise d'État, publique ou de toute autre manière. La Tunisie tient aussi compte de l'accès préférentiel aux intrants ou aux sources de financement.

27. Dans l'enquête réalisée par l'ICN, les facteurs que presque tous les pays utilisaient pour évaluer la position dominante étaient: la part de marché de l'entreprise et de ses concurrents, la position sur le marché et le comportement des concurrents, les obstacles à l'entrée ou à l'expansion, les économies d'échelle et de gamme ou des effets de réseau, le pouvoir de l'acheteur, l'accès aux marchés d'amont ou l'intégration verticale, la pérennité du pouvoir de marché, la maturité ou la vitalité du marché, et l'accès aux installations ou ressources essentielles. Parmi les facteurs moins utilisés figuraient les ressources financières de l'entreprise et de ses concurrents, le niveau élevé des prix, et les bénéfices (ICN, 2007:90 et 91).

28. Dans son document de réflexion, la Commission européenne présente les pratiques suivies en Europe. Elle y note que «les critères pertinents sont notamment la position sur le marché de l'entreprise prétendument dominante, la position sur le marché des concurrents, les obstacles à l'expansion et à l'entrée ainsi que la position sur le marché des acheteurs» (Commission européenne, 2005: par. 28). La part de marché constitue un point de départ⁹, mais n'est qu'un indicateur supplétif du facteur essentiel, à savoir le pouvoir de marché. Lorsque les produits sont différenciés, la part de marché est moins instructive. Les obstacles à l'entrée et les obstacles à l'expansion sont pris en compte, mais il faut garder à l'esprit le fait qu'en cas de pouvoir de marché substantiel, il faut se demander si l'entrée à des chances d'intervenir de manière suffisamment rapide et d'être d'une envergure suffisante. On s'attache à savoir si le pouvoir des gros acheteurs de faire contrepoids favorise l'entrée ou l'expansion, ce qui est une bonne chose pour tous les acheteurs, y compris les petits, au lieu de se demander si les premiers sont capables de négocier de meilleurs accords pour eux-mêmes.

29. En résumé, si les pays ont des définitions juridiques différentes de la position dominante, ils ont tendance soit à adopter une définition comportementale, soit à y associer une présomption réfragable de position dominante fondée sur la part de marché. Dans la pratique, de nombreuses autorités établissent un «seuil» de part de marché au-dessous duquel une entreprise ne peut être jugée dominante. Les autorités examinent divers facteurs, le plus souvent les obstacles à l'entrée, pour déterminer si les entreprises se trouvant en dessous de ce seuil sont dominantes.

⁹ Pour la Commission européenne, une part de marché supérieure à 50 %, à condition que les entreprises rivales détiennent une part de marché beaucoup plus modeste et que l'entreprise en cause détienne une part de marché de cette ampleur depuis un certain temps, indique très probablement une position dominante. Il est peu probable que des entreprises dont la part de marché est inférieure à 25 % soient dominantes (Commission européenne, 2005: par. 31).

B. Pratiques abusives

30. Les pratiques abusives sont traditionnellement divisées en pratiques d'exclusion et pratiques d'exploitation. Les premières évincent les concurrents de leur marché ou les tiennent à l'écart ou contraignent les concurrents à maintenir une faible concurrence ou à ne pas se développer. Les secondes peuvent être difficiles à distinguer d'une concurrence vive car elles s'apparentent à ce type de pratique à court terme. À titre d'exemple, à court terme, les prix prédateurs sont une bonne chose pour les consommateurs et s'apparentent à une concurrence vive: davantage de marchandises à des prix plus bas! Mais à long terme, les concurrents sont exclus et le prédateur peut relever les prix et réduire la qualité de ses produits.

31. Les pratiques abusives d'exploitation sont celles qui font que l'entreprise dominante relève ses prix ou réduit la qualité ou la variété, ou se livre à tout autre comportement qui l'enrichit dans une mesure qui ne serait pas possible sur un marché concurrentiel. Les autorités de la concurrence ont une approche différente de ces pratiques abusives: certaines sont plus enclines à intervenir tandis que d'autres estiment que toute intervention, par le biais du droit de la concurrence, serait, en fin de compte, préjudiciable.

32. Les pratiques abusives peuvent être différenciées selon qu'elles portent sur les prix ou sur d'autres éléments. Certains effets anticoncurrentiels peuvent être produits par des pratiques fondées ou non sur les prix, par exemple celle consistant à lier la vente afin d'obliger – et à fixer un prix global afin d'inciter – les consommateurs à acheter deux produits à la fois. Les exemples de pratiques abusives donnés par les États membres sont examinés plus bas à l'aide de ces catégories, après avoir exposé dans ses grandes lignes l'analyse de leurs effets.

1. Formes et effets des pratiques abusives

33. L'analyse des pratiques abusives évolue. Les expressions telles que «concurrence normale», «concurrence fondée sur les mérites» et «règles du jeu uniformes» étant de moins en moins satisfaisantes, elles ont incité à améliorer l'analyse et le respect du droit de la concurrence. Ce débat peut être considéré comme un moyen d'intégrer davantage de raisonnements économiques dans la logique juridique. En même temps, la prise de décisions devrait donner lieu à un nombre peu élevé d'erreurs et être relativement efficace, opportune et prévisible. Les autorités définissent ou élaborent des principes plus larges dans la prise de décisions.

34. Dans l'analyse des comportements, les autorités de la concurrence n'accordent pas la même importance à la forme par rapport à l'effet économique. L'analyse fondée sur la forme est considérée comme conférant une plus grande sécurité juridique et comme permettant une solution plus rapide. Toutefois, le même comportement peut relever d'une «concurrence normale» ou être «abusif» en fonction des circonstances. La tendance est à ne plus appliquer de règles de principe à des formes particulières de comportement. L'analyse des effets prend davantage de temps et mobilise davantage de ressources, mais aboutit probablement à moins d'erreurs. L'analyse des effets économiques est de plus en plus privilégiée, et on s'efforce notamment de définir les «critères» à utiliser selon les situations.

35. Plusieurs critères relatifs aux effets économiques ont été élaborés afin d'essayer de distinguer les comportements favorables à la concurrence des pratiques anticoncurrentielles¹⁰. Aucun critère ne convient à toutes les situations. Il s'agit:

- a) Du critère de la renonciation à bénéfice;
- b) Du critère de l'irrationalité économique;
- c) Du critère de l'entreprise aussi efficiente; et
- d) De divers critères faisant intervenir l'intérêt des consommateurs.

36. Le critère de la renonciation à bénéfice consiste à se poser la question suivante: «La renonciation à des bénéfices à court terme serait-elle rationnelle si les pratiques visées ne tendaient pas à éliminer ou restreindre la concurrence?». Il est utile pour appréhender la pratique des prix d'éviction, mais ne donne pas de résultat fiable dans d'autres types d'affaires – comme les pratiques d'exclusion qui ne reposent pas sur des prix inférieurs aux coûts – car il ne permet pas de détecter des pratiques telles que «l'augmentation des coûts des concurrents» ou l'exclusion à bon marché. (Par exclusion à bon marché on entend toute pratique d'exclusion qui revient bon marché à l'entreprise qui s'y livre. Il s'agit notamment de faire de fausses comparaisons avec le produit de l'entreprise rivale ou de participer à un organe de normalisation selon des modalités qui aboutissent, en fin de compte, à l'exclusion de concurrents.) Ce critère identifie aussi les pratiques qui améliorent le bien-être et excluent les concurrents, pratiques jugées souhaitables dans la législation de certains pays.

37. Le critère de l'irrationalité économique consiste à se poser la question suivante: «Les pratiques visées seraient-elles économiquement rationnelles si elles ne tendaient pas à éliminer ou restreindre la concurrence?». La renonciation à bénéfice n'est ni nécessaire ni suffisante. Cet autre critère identifie des comportements qui tendent à éliminer la concurrence lorsque le seul avantage économique pour l'entreprise est dû à la tendance considérée. Mais il n'identifie pas les pratiques qui sont économiquement rationnelles car elles accroissent l'efficacité et réduisent la concurrence. Et il identifie des pratiques qui sont jugées souhaitables dans la législation de certains pays.

38. Le critère de l'entreprise aussi efficiente (ou du concurrent efficient) consiste à se poser la question suivante: «La pratique visée serait-elle de nature à évincer des concurrents qui seraient au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante?». Ses opposants estiment que ce critère permet à une entreprise en place d'exclure de nouveaux concurrents qui seraient à terme aussi efficaces qu'elle, et que les entreprises rivales moins efficaces pourraient accroître le bien-être. Ses partisans considèrent que l'entrée de concurrents inefficaces serait inutile et aurait des conséquences préjudiciables à long terme si les entreprises dominantes ne pouvaient éliminer leurs concurrents grâce à une efficacité supérieure. L'indicateur utilisé dans les affaires de prix d'éviction, à savoir le coût variable moyen, résulte de l'application de ce critère: une entreprise dominante pratiquant des prix supérieurs au coût variable moyen ne peut exclure aucune entreprise aussi efficiente qu'elle.

¹⁰ Cette section s'inspire largement d'OCDE (2005).

39. Le critère de l'intérêt des consommateurs consiste à se poser la question suivante: «La pratique visée tend-elle à diminuer le bien-être en augmentant les prix ou en réduisant la production?». Ce critère est difficile à appliquer si le comportement visé est susceptible à la fois de porter atteinte à l'intérêt des consommateurs et d'accroître l'efficacité de l'entreprise. Ses partisans suggèrent de mettre en balance les effets induits dans de telles situations, mais lorsque les juges doivent établir une estimation approximative (ce qui est probablement la situation la plus courante), les impressions subjectives réduisent inévitablement la prévisibilité. Il est difficile «d'être sûr que les critères qui nécessitent cette mise en balance soient exacts, objectifs et cohérents» (OCDE, 2005:11).

40. Un critère conçu par le professeur Einer Elhauge, qui n'a pas encore été appliqué par les tribunaux ou les autorités, consiste à se demander si les entreprises rivales sont exclues parce que l'entreprise dominante accroît sa propre efficacité ou qu'elle nuit à l'efficacité de ses concurrents.

2. Pratiques non fondées sur les prix

41. Les refus de vente ou d'approvisionnement sont des pratiques qui peuvent être anticoncurrentielles. Il est évident que les entreprises sont libres de choisir leurs partenaires commerciaux mais, dans des circonstances particulières, d'autres acteurs économiques peuvent faire l'objet de pratiques d'exclusion ou de discrimination entravant la concurrence¹¹.

42. Au Zimbabwe, une enquête a été ouverte suite à des allégations concernant le marché des chutes de tissu. On a considéré que Kadoma Textiles avait abusé de sa position dominante par des pratiques discriminatoires envers ses clients sur les plans de la quantité, de la qualité et du prix afin de favoriser une entreprise détenue par l'épouse du Directeur général de Kadoma Textiles. Ces pratiques ont été jugées contraires à la législation de la concurrence.

43. L'affaire *Fetransa*, tranchée par le Tribunal de défense de la concurrence au Pérou, portait sur un refus d'approvisionnement aboutissant à une discrimination. Fetransa était accusée de refuser d'approvisionner le plaignant, Fersimsac. Fetransa détenait la concession des chemins de fer du Sud-Ouest ainsi que les locomotives et le matériel roulant publics. Fersimsac souhaitait louer du matériel roulant auprès de Fetransa, qui a refusé, prétendant que la totalité de ce matériel était loué à une autre société, Perurail. Fetransa a ainsi bloqué l'entrée de Fersimsac sur le marché. Perurail était une filiale de Fetransa. Si la décision initiale a jugé le refus de Fetransa justifié, elle a été annulée en appel. Fetransa a été sommée de mettre fin à ses pratiques discriminatoires et d'honorer la clause de non-discrimination figurant dans le contrat de concession.

¹¹ Affaires-6/73 et 7/73, *Solvents commerciaux c. Commission*, où l'entreprise dominante a donné la préférence à l'une de ses filiales, et affaire-22/78, *Hugin Kassaregister c. Commission*, où l'entreprise a manifesté son intention d'être présente sur les marchés d'aval et d'entretenir ses propres machines, excluant ainsi les concurrents présents sur ce marché qui demandaient des pièces détachées.

44. Un producteur et distributeur de combustibles au Pérou, Petroperú, a fait l'objet d'une plainte pour discrimination à l'égard de distributeurs au motif qu'il avait refusé de louer des réservoirs de stockage de gaz de pétrole liquéfié à des entreprises qui étaient membres d'une association. Il louait ses réservoirs à une autre entreprise, Llamagas, qui ne faisait pas partie de cette association, afin d'empêcher les importations et de protéger ses ventes sur le marché intérieur. Les entreprises en cause ont été jugées coupables de discrimination.

45. En 2007, une affaire a concerné le refus de vente du fournisseur qui dominait le marché tchèque du gaz naturel, RWE Transgas. RWE détenait le monopole de l'approvisionnement en gaz dans le pays. Il contrôlait six des huit principaux distributeurs régionaux de gaz et détenait des parts importantes dans les deux autres. On a considéré qu'il abusait de sa position dominante en refusant d'approvisionner les distributeurs indépendants à moins que les contrats conclus contiennent une clause (où étaient précisés les prix et les conditions commerciales) empêchant ces distributeurs de concurrencer de manière effective ses filiales. En outre, RWE Transgas a refusé d'approvisionner en gaz des «clients répondant aux conditions requises» (gros clients qui étaient légalement autorisés à acheter du gaz auprès de n'importe quel fournisseur) en dehors de la zone du distributeur régional de gaz auquel ces clients «appartenaient». On a considéré que cette pratique excluait des concurrents et restreignait le choix du consommateur.

46. La doctrine des installations ou ressources essentielles est directement liée au refus de vente. Elle précise les cas où une entreprise est tenue d'accorder l'accès à une installation ou ressource essentielle: il peut s'agir d'un produit tel qu'une matière première, mais aussi de ports, d'aéroports, de systèmes ou réseaux de distribution, ainsi que de droits de propriété intellectuelle¹². Dans son document de réflexion, la Commission européenne a fixé cinq conditions à l'accès à une installation ou ressource essentielle, à savoir: a) le comportement peut être caractérisé par un refus d'approvisionnement; b) l'entreprise est dominante; c) l'installation ou la ressource est indispensable; d) le refus risque d'avoir un effet négatif sur la concurrence; et e) il n'y a pas de justification objective. Toutefois, la portée (dans certaines juridictions, l'existence même) de la doctrine des installations ou ressources essentielles fait l'objet de débats animés. Certains observateurs notent qu'il est important que les entreprises privées soient incitées à réaliser des investissements et que l'application large de cette doctrine les dissuade de réaliser de tels investissements. D'autres notent qu'une réglementation active des conditions d'accès par les organismes sectoriels de réglementation peut dispenser d'avoir recours à ladite doctrine dans les secteurs concernés.

47. Le refus d'utiliser une gare routière, y compris le système d'information, a fait l'objet d'une enquête en République tchèque. CSAD Liberec assurait des liaisons de transport par autobus entre Prague et Liberec, et exploitait la seule gare routière de Liberec. CSAD Liberec a refusé au plaignant, qui était son concurrent (Student Agency), d'utiliser la gare routière de Liberec et le système d'information y afférent. En conséquence, les passagers n'étaient pas informés des horaires de départ du concurrent et celui-ci ne pouvait pas utiliser la gare routière, ce qui était source de désagréments pour ses passagers. On a considéré que CSAD Liberec avait abusé de sa position dominante.

¹² *Solvants commerciaux*. Voir aussi Van Bael I. et Bellis J.-F. (2005). *Competition Law of the European Community*. 4^e éd. Kluwer Law International: 955.

48. Les droits de propriété intellectuelle peuvent constituer un obstacle juridique à l'entrée. Ils confèrent temporairement des droits exclusifs. Ils incitent les entreprises à réaliser des investissements et à supporter des risques, favorisant ainsi une concurrence dynamique. Toutefois, ils ne créent pas forcément un monopole car, souvent, les concurrents n'ont pas besoin d'avoir accès à un droit de propriété intellectuelle pour être des concurrents sur le même marché. Les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ayant des objectifs comparables, leurs orientations sont généralement considérées comme complémentaires et non pas conflictuelles.

49. Compte tenu de l'importance que revêt la concurrence en matière d'innovation dans le développement économique, l'octroi obligatoire de licences pour l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle est très rare. Dans une décision relativement récente, la Cour de justice européenne a exigé l'octroi obligatoire de licences. Dans l'affaire *IMS* (affaire C-418/01 ECR I-5039), elle a ajouté aux conditions requises pour exiger d'une entreprise qu'elle respecte l'obligation d'approvisionnement (voir les installations ou ressources essentielles ci-dessus), une condition supplémentaire, à savoir que l'entreprise qui a demandé la licence ait l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs (par. 49) (OCDE, 2006:207). Aucune des réponses au questionnaire n'évoquait l'octroi obligatoire de licences, mais l'exemple sud-africain ci-après est intéressant.

50. Les accords d'exclusivité sont potentiellement abusifs. Le client est ainsi contraint d'acheter des produits qui ne sont fournis que par l'entreprise dominante. Ces accords peuvent s'accompagner de «clauses anglaises» qui obligent le consommateur à informer le fournisseur de toute offre meilleure et, dans certains cas, à désigner l'auteur de l'offre. Les dispositions contractuelles qui ont un effet d'exclusivité peuvent être considérées comme abusives, même si elles n'exigent pas d'emblée l'exclusivité¹³.

51. En 2007, dans une affaire relative au secteur des télécommunications, l'autorité croate de la concurrence a constaté que Hrvatske Telekomunikacije (HT) et T-Mobile Hrvatska détenaient une position dominante. HT et sa société affiliée T-Mobile Hrvatska avaient imposé à 23 «gros clients» un contrat-cadre dont certaines dispositions renforçaient les obstacles à l'entrée. Ces clients étaient ainsi tenus d'informer les sociétés en question de toute nouvelle offre émanant de la concurrence. Ils devaient aussi accepter les offres de HT et de T-Mobile qui étaient égales à celles de leurs concurrents, ou qui affichaient des prix inférieurs ou une qualité supérieure à ceux des produits concurrents. L'autorité a jugé ces dispositions abusives et a enjoint les entreprises concernées de les supprimer ou de les modifier.

52. En France, une affaire a porté sur des accords d'exclusivité conclus dans la diffusion analogique terrestre hertzienne de services télévisuels. Ces accords à long terme (sept ans) ont été signés quelques semaines avant l'ouverture du secteur à la concurrence. Trois grandes

¹³ Décision de la Commission dans l'affaire *Van den Bergh Foods Ltd* (98/531), 11.3.98, JO L246, p. 1, par. 265. L'entreprise en cause avait fourni au détaillant un congélateur pour ses propres glaces et lui avait interdit de l'utiliser pour les marques concurrentes. La Commission a estimé que «l'effet de l'accord portant sur l'usage exclusif du congélateur était comparable à celui de toute autre mesure prise par un fournisseur dominant qui empêche ses concurrents de traiter avec ce détaillant».

chaînes publiques de télévision ont décidé de n'utiliser que l'infrastructure de TDF pour émettre, à quelques exceptions très mineures. La majorité du réseau sera réutilisée pour diffuser la télévision numérique terrestre. Le Conseil de la concurrence a jugé que ces accords évinçaient la diffusion télévisuelle analogique du marché et dissuadaient l'entrée sur ce marché. Il a accepté l'engagement de TDF de modifier les contrats en question afin de supprimer la clause d'exclusivité.

53. La vente liée peut être abusive. Dans ce cas, l'entreprise dominante sur un marché subordonne la vente de son produit à celle d'un autre produit. Cette pratique peut être considérée comme abusive si elle sert à se soustraire à la réglementation des prix ou à exclure des concurrents du marché du second produit. Le critère suivant a été élaboré dans la jurisprudence européenne pour établir les ventes liées: «a) les deux produits sont des produits distincts; b) l'entreprise concernée est dominante sur le marché du premier produit; c) l'entreprise concernée ne donne pas aux clients la possibilité d'obtenir le premier produit sans le second produit; et d) la vente liée restreint la concurrence»¹⁴. L'élément d) soulève des questions économiques complexes.

3. Exemples d'application du droit de la concurrence qui contribuent au développement

54. Dans toutes les réponses au questionnaire de la CNUCED, l'abus de position dominante était considéré comme restreignant ou empêchant le développement économique dans les pays concernés.

55. Dans une affaire examinée en Afrique du Sud, qui concernait l'accès limité aux médicaments contre le VIH/sida, le droit de la concurrence a été considéré comme un moyen d'action public qui contribuait à préserver la vie.

56. L'intervention de l'organisme chargé de la concurrence peut accroître l'accès aux services locaux vitaux, ce qui favorise le développement économique. La Bulgarie et la République tchèque ont donné, dans leurs réponses respectives au questionnaire, des exemples d'affaires portant sur le transport interurbain par autobus.

57. Les organismes de la concurrence interviennent souvent dans les services publics tels que l'électricité, les télécommunications, le gaz et l'eau. L'affaire concernant RWE Transgas en République tchèque, exposée plus haut, en est un exemple. L'intervention dans ces secteurs, en particulier lorsque les organismes sectoriels de réglementation sont absents ou inactifs, peut promouvoir le développement économique. Toutefois, elle peut aussi exiger des capacités techniques considérables dont ne disposent pas les autorités de la concurrence modestes ou nouvellement créées. La promotion de la concurrence avec les organismes sectoriels de réglementation, lorsque ces derniers existent, peut s'avérer plus efficace. L'Albanie a fourni un exemple à ce sujet, qui est présenté plus haut.

58. En résumé, les autorités de la concurrence interviennent souvent pour empêcher les abus de position dominante dans des secteurs qui contribuent au développement économique – allant des

¹⁴ Affaire COMP/C-3/37.792, *Microsoft c. Commission*, décision de la Commission du 24 mars 2004, par. 794.

gares d'autobus aux médicaments vitaux. Toutefois, la promotion de la concurrence avec les organismes sectoriels de réglementation peut parfois s'avérer plus efficace que les mesures répétées de répression.

IV. Difficultés rencontrées par les pays en développement et les pays en transition

A. L'objectif de développement selon l'Ensemble des Nations Unies

59. L'Ensemble des Nations Unies¹⁵ encourage les pays en développement à adopter et à appliquer un droit de la concurrence correspondant à leur situation économique et à leurs besoins particuliers. La section C iii) dispose que: «afin d'assurer l'application équitable de l'Ensemble de principes et de règles, les États, en particulier les pays développés, devraient prendre en considération, dans leur contrôle des pratiques commerciales restrictives, les besoins de développement, les besoins financiers et les besoins commerciaux des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés, aux fins qui sont notamment celles des pays en développement pour: a) promouvoir la mise en place ou le développement d'industries nationales et le développement économique des autres secteurs de l'économie, et b) encourager leur développement économique par des arrangements régionaux globaux entre pays en développement».

B. Problèmes particuliers soulevés par l'abus de position dominante dans les pays en développement et les pays en transition

60. Il n'existe pas de statistiques sur l'abus de position dominante permettant d'étayer les déclarations générales selon lesquelles cette pratique est très répandue. Les données empiriques, y compris les réponses données dans le questionnaire de la CNUCED, contribuent à l'idée selon laquelle la concurrence est moins vive dans les pays en développement et dans les pays en transition que dans les pays développés. Des études statistiques et des données empiriques sont examinées dans le présent chapitre.

61. Quelques études menées sur la concurrence dans les pays en développement et les pays développés sont évoquées dans un document de travail de la CNUCED publié en 2002 (Singh, 2002). Deux études, l'une sur la persistance de bénéfices et l'autre sur le chiffre d'affaires des entreprises (entrée et sortie), indiquent que le degré de concurrence dans les pays en développement et les pays en transition est plus ou moins comparable à celui existant dans les pays développés. L'analyse des producteurs des pays en développement «n'étayait pas l'idée selon laquelle les producteurs des PMA étaient relativement atones et inefficaces», contrairement, encore une fois, à l'idée selon laquelle la concurrence est moins vive dans les pays en développement (Singh, 2002:3-6, se référant à Tybout, 2000).

62. Il ressortait du *2007 Global Competitiveness Report* sur la compétitivité mondiale que la prospérité des nations s'accroissait avec leur productivité. Ce rapport contenait des indicateurs corrélés au produit intérieur brut (PIB) par habitant. En résumé, les facteurs qui influent sur

¹⁵ L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 35/63 de décembre 1980.

le PIB par habitant des PMA sont les suivants: téléphones mobiles, approvisionnement électrique de qualité, accès Internet, obstacles commerciaux, autres infrastructures et concurrence locale. Dans les pays à revenu intermédiaire, il faut ajouter à ces facteurs les brevets, l'absence de position dominante de groupes d'entreprises sur un marché et l'efficacité de la politique antitrust (Forum économique mondial, 2007).

63. «Les pays en développement et les pays en transition ont parfois des faiblesses structurelles qui les rendent particulièrement vulnérables aux pratiques anticoncurrentielles privées. Les facteurs suivants, lorsqu'ils existent, sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence:

- a) Proportion accrue de marchés locaux non touchés par les mesures de libéralisation du commerce;
- b) Accès illimité aux facteurs essentiels;
- c) Existence de circuits de distribution plus restreints;
- d) Dépendance accrue à l'égard des importations (facteurs de production industrielle de base) et/ou des exportations (pour la croissance);
- e) Nombre accru d'obstacles administratifs/institutionnels aux importations;
- f) Faiblesse du marché des capitaux.» (OCDE, 2003: par. 19).

64. Le passage d'un monopole public à la concurrence peut donner davantage de possibilités aux entreprises dominantes de se livrer à des pratiques d'exclusion. «Un ancien monopole concurrencé par de nouvelles entreprises peut avoir "hérité" d'avantages liés à son ancienne position, notamment d'une situation financière solide, du contrôle de certaines installations de réseau, de liens et d'appuis politiques, ou de relations de longue date avec les fournisseurs et les clients. L'entreprise dominante ou "exploitant en place" peut trouver de nombreux moyens de rendre la vie plus difficile à ses nouveaux concurrents et, en fin de compte, les exclure réellement du marché. Dans de nombreux pays qui ont libéralisé leur marché, l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence se trouve submergée d'affaires sans fin portant sur l'allégation d'abus de position dominante résultant d'un déséquilibre entre l'ancien monopole et les nouveaux concurrents.» (OCDE, 2003: par. 20). Dans l'article 19 4) g) de la loi indienne sur la concurrence, qui se soucie de cette question, un facteur qui peut être pris en considération pour établir si une entreprise jouit d'une position dominante est «le monopole ou la position dominante, acquis par la loi ou par le fait d'être une entreprise d'État ou publique de toute autre manière».

65. L'Afrique du Sud donne deux exemples d'entreprises en place qui se sont efforcées de se prémunir des conséquences d'une transition économique en se livrant à des pratiques d'exclusion:

«Le secteur agricole sud-africain a longtemps été dominé par des coopératives de producteurs et des accords légaux de commercialisation par un circuit unique. À la faveur de l'abaissement des obstacles commerciaux internationaux et de la mise en place de règles de marché dans le secteur agricole, nombre de ces coopératives et offices de

commercialisation ont été transformés en sociétés privées qui s'efforçaient néanmoins de maintenir des conditions d'exclusivité concernant la prestation des principaux services de distribution et d'autres services à leurs anciens membres, agriculteurs et exportateurs de produits agricoles. L'entrée de nouveaux prestataires de services dans le secteur agricole a ainsi été entravée. Dans deux affaires importantes portant sur, respectivement, les marchés du raisin et des agrumes, le tribunal a condamné les accords anticoncurrentiels figurant dans les statuts des nouvelles sociétés, ce qui a contribué à développer le marché de la prestation de services essentiels – par exemple, la fourniture des principaux intrants agricoles et services de commercialisation des exportations. L'entrée de concurrents sur un certain nombre de marchés importants a ainsi pu se faire, ce qui a été très bénéfique à la fois pour ces nouveaux prestataires de services et leurs clients, à savoir les agriculteurs qui, auparavant, n'avaient pas le droit de rechercher le meilleur prix et la meilleure qualité de service.» (Tribunal de la concurrence d'Afrique du Sud et Commission sud-africaine de la concurrence, 2004: par. 14).

66. Les autorités de la concurrence des pays en développement et des pays en transition s'en prennent peut-être aux abus d'exploitation plus souvent que celles des pays développés. Étant donné que les autorités qui réglementent le comportement des entreprises sur des marchés naturellement monopolistiques (distribution d'électricité, distribution d'eau, etc.) sont probablement moins présentes, il est davantage fait appel à l'application du droit de la concurrence.

67. Les pays en développement possèdent peut-être un nombre excessif d'entreprises dominantes, ne serait-ce qu'en raison de la petite taille de leur économie. Une note présentée au nom de Malte (Briguglio et Buttigieg, 2003) montre bien que des données économiques sous-jacentes rendent l'application du droit différente dans les petits pays:

a) Les monopoles naturels peuvent être plus répandus car la demande est plus faible dans les petits pays ou dans les pays pauvres et certains produits ne sont pas échangés;

b) Les obstacles à l'entrée peuvent être plus importants. Les possibilités d'entrée ont plutôt tendance à être grandes par rapport à la demande totale. Sinon, le Gouvernement peut créer des obstacles à l'entrée afin d'aider les entreprises en place à fonctionner à un niveau d'efficacité minimum;

c) Il est possible que les prix élevés ne soient dus qu'au coût supérieur des produits des petites exploitations ou à la prime de risque liée aux importations dans un petit pays;

d) Les importations peuvent représenter une plus grande part du PIB et les produits de substitution à l'importation peuvent être peu nombreux. En conséquence, les entreprises qui dominent les filières d'importation dominent aussi souvent le marché intérieur correspondant.

68. Selon Dutz (2002), les autorités de la concurrence des pays en développement et des pays en transition devraient lutter en priorité contre les abus de position dominante qui évincent l'accès aux services essentiels aux entreprises. L'idée est d'abaisser les obstacles pour les nouveaux chefs d'entreprise et les nouvelles PME. Des exemples de facteurs locaux essentiels sont «les terrains, les services bancaires, le transport, les entrepôts de distribution, les communications et les services professionnels aux entreprises».

69. Fox (2007:116) affirme que «les pratiques anticoncurrentielles sont légion dans les secteurs qui répondent à des besoins physiques et économiques élémentaires – lait, boissons non alcoolisées, bière, poulet, sucre, coton, papier, aluminium, acier, produits chimiques (pour engrais), télécommunications (notamment services mobiles), ciment et autres matériaux de construction, transports (terrestres, maritimes et portuaires), gaz industriels, services bancaires, assurances, charbon, électricité, etc. Un grand nombre de ces pratiques sont locales, beaucoup d'entre elles sont favorisées par les pouvoirs publics et de nombreuses autres sont extraterritoriales, entraînant des restrictions à l'importation.». L'auteur estime que les interventions visant à lutter contre les pratiques des entreprises publiques ou favorisées par l'État qui bloquent l'entrée ou sont discriminatoires peuvent être plus avantageuses et moins coûteuses que les interventions contre les abus dans les pays développés (Fox, 2007:119).

70. Dans de nombreux pays, les réformes économiques portent notamment sur l'ouverture à la concurrence de marchés détenus par d'anciens monopoles publics. La tentation est de transformer les monopoles publics en monopoles privés. Une fonction importante de l'organisme chargé de la concurrence est de promouvoir des structures concurrentielles et une réglementation renforçant la concurrence. Il est beaucoup plus facile d'imposer des changements structurels – tels que la séparation verticale et des scissions horizontales pour créer des concurrents – avant la privatisation qu'après. Les propriétaires privés s'opposent généralement à tout changement structurel destructeur de valeur. Il est donc essentiel d'entamer le processus de réforme par des changements structurels.

V. Conclusion

71. Les organismes chargés de la concurrence peuvent promouvoir l'intérêt public en se concentrant sur les domaines qui ont un impact important sur l'ensemble de la société. La concurrence sur les marchés qui répondent à des besoins physiques et économiques élémentaires ainsi que dans les produits de base – qui sont souvent des produits d'exportation importants pour les pays en développement – peut jouer un rôle crucial dans la poursuite des objectifs de développement. Pour atteindre ces objectifs, les organismes en question peuvent recourir à la promotion – contre la privatisation des monopoles et en faveur de la levée des régimes spéciaux qui protègent les entreprises dominantes de la concurrence – et aux interventions contre les abus de position dominante. La protection des consommateurs et la préservation de la liberté des entreprises, notamment des PME et des chefs de microentreprise, d'exercer des activités économiques non soumises aux abus des entreprises dominantes favorisent le développement économique.

BIBLIOGRAPHIE

- American Bar Association (1997). ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments, 4^e éd.
- Briguglio L et Buttigieg E (2003). Competition constraints in small jurisdictions. Présenté au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence 2003. CCNM/GF/COMP/WD(2003)32.
- Commission européenne, Direction générale de la concurrence (2005). DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, décembre. Consultable à l'adresse: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- Commission européenne (2004). Guidelines on the application of article 81(3) of the treaty.
- Competition Tribunal of South Africa and the Competition Commission of South Africa (2004). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. Présenté au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence 2004. CCNM/GF/COMP/WD(2004)11.
- Dutz M (2002). Competition policy issues in developing and transition markets. Présenté au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence 2002. CCNM/GF/COMP/WD(2002)35.
- Forum économique mondial (2007). *The Global Competitiveness Report 2007-2008*. Consultable à l'adresse: www.gcr.weforum.org.
- Fox E (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*. Vol. 13:101-126.
- Goyder DG (2003). *European Commission Competition Law*. 4^e éd. Oxford University Press.
- Réseau international de la concurrence (2007). Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power, and state-created monopolies, mai. Consultable à l'adresse: www.internationalcompetitionnetwork.org.
- OCDE (2003). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. CCNM/GF/COMP(2003)7. Consultable à l'adresse: www.oecd.org/competition.
- OCDE (2005). La concurrence par les mérites. Table ronde sur les bonnes pratiques. DAF/COMP(2005)27.
- OCDE (2006). Competition, patents and innovation. Table ronde sur les bonnes pratiques. Consultable à l'adresse: www.oecd.org/competition.

- OCDE (2007). Concurrence et barrières à l'entrée: synthèses, janvier.
Consultable à l'adresse: www.oecd.org/publications/Policybriefs.
- Singh A (2002). Competition and competition policy in emerging markets:
international and development dimensions. G-24 Discussion Paper Series,
No. 18, septembre.
- Tybout J (2000). «Manufacturing firms in developing countries: how well do
they do, and why?» *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, mars:11-44.
