

# ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTCP/W/78

7 juillet 1998

(98-2702)

Groupe de travail de l'interaction du commerce  
et de la politique de la concurrence

Original: anglais

## COMMUNICATION DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ET DE SES ÉTATS MEMBRES

La Délégation permanente de la Commission européenne a fait parvenir la communication ci-après, datée du 29 juin 1998, en demandant qu'elle soit distribuée aux Membres.

### Introduction

La présente communication de la Communauté européenne et de ses États membres porte sur deux questions qui doivent être examinées à la réunion de juillet du Groupe de travail: a) l'incidence des monopoles d'État, des droits d'exclusivité et des politiques de réglementation sur la concurrence et le commerce international; et b) l'incidence de la politique commerciale sur la concurrence. Il convient de noter qu'il s'agit là de thèmes potentiellement vastes, qui pourraient englober la quasi-totalité des activités actuelles de l'OMC. C'est dire combien il importe de s'attacher à l'interaction entre le commerce et la politique de la concurrence, et d'éviter les chevauchements avec les travaux entrepris dans d'autres instances de l'OMC. Il est prévu que les questions se rapportant à l'examen et au fonctionnement des disciplines existantes de l'OMC soient étudiées dans d'autres instances spécifiques de l'OMC, mais le Groupe de travail peut contribuer à une meilleure compréhension de l'interaction entre les différents types d'intervention des pouvoirs publics dans l'économie et la concurrence.

Les monopoles d'État, les droits d'exclusivité et les politiques de réglementation ont souvent une incidence très réelle sur le commerce et la concurrence. La concurrence peut aussi se ressentir de différents types de mesures de politique commerciale. La présente communication portera essentiellement sur les interactions de ce genre. On y trouvera aussi un exposé de l'expérience acquise par l'Union européenne. Cette expérience est, certes, tout à fait particulière à bien des égards, étant donné les objectifs ambitieux d'intégration des marchés et l'ampleur du cadre prévu pour l'application de la législation concernant la concurrence, mais on peut néanmoins en tirer quelques enseignements utiles pour les travaux du Groupe.

L'application du droit et de la politique de la concurrence pourrait venir s'ajouter aux disciplines de l'OMC de manière à contribuer davantage à ce que les objectifs de libéralisation des échanges soient atteints. Comme il est indiqué à juste titre dans le Rapport de 1997 du Secrétariat de l'OMC sur le commerce et la politique de la concurrence: "... toute prise de position concernant la législation en matière de concurrence ou sa mise en œuvre, y compris la décision de ne pas avoir du tout de législation dans ce domaine ou de ne pas mettre en œuvre la législation existante, est un choix de politique. Il en découle qu'il est souvent difficile de dissocier les restrictions du secteur privé des mesures prises par les pouvoirs publics, car l'existence des restrictions du secteur privé pourrait être attribuable au choix des pouvoirs publics de ne pas intervenir, ou de ne pas faire appliquer la législation qui leur permettrait d'intervenir". La question n'est donc pas de savoir si les règles de l'OMC devraient imposer des obligations aux entreprises privées – il ne leur appartient pas de le

faire – mais bien plutôt si les gouvernements devraient accepter les disciplines essentielles, fondées sur des règles ou principes communs, se rapportant à l'adoption d'une législation en matière de concurrence et à sa mise en œuvre, pour contribuer à ce que les objectifs de libéralisation des échanges qui sont ceux de l'OMC soient atteints.

## **I. INCIDENCE DES MONOPOLES D'ÉTAT, DES DROITS D'EXCLUSIVITÉ ET DES POLITIQUES DE RÉGLEMENTATION SUR LA CONCURRENCE ET LE COMMERCE INTERNATIONAL**

### **I.1 Pourquoi libéraliser les monopoles et réformer la réglementation**

#### **a) Pourquoi libéraliser certains secteurs monopolistiques**

Dans certains secteurs, qui de tout temps ont joué un rôle-clé dans les sociétés, les pouvoirs publics ont octroyé des privilèges spéciaux ou exclusifs à des exploitants désignés, ou ont autorisé d'autres limitations de la concurrence. Souvent, en échange de ces avantages, les exploitants désignés assurent la fourniture universelle d'un service à tous les citoyens, à des conditions spécifiées et à des prix modiques.

Par exemple, dans tous les États membres de l'UE, les services postaux de base, c'est-à-dire la collecte, le tri, le transport et l'acheminement d'articles de correspondance, sont confiés à des monopoles. Cette organisation des services postaux a permis de satisfaire à certains critères spécifiques. Les services en question sont assurés sur demande sur l'ensemble du territoire national, avec un niveau de qualité uniforme ou pour un tarif unique (qui ne dépend pas de la distance à couvrir ou de l'emplacement du lieu de distribution ou de destination) fixé à un niveau abordable pour tous.

Ces dernières années, toutefois, on a assisté à un progrès technologique important, ainsi qu'à une évolution des besoins des consommateurs. La nécessité de maintenir des monopoles s'en est trouvée affaiblie. Parallèlement, le cadre réglementaire spécifiquement mis en place en vue du fonctionnement de ces services a perdu beaucoup de sa justification.

La protection des monopoles d'État est parfois présentée, y compris dans les pays en développement, comme un moyen de développer la compétitivité des entreprises nationales ou d'améliorer la situation de l'emploi. Ce type de protection peut, lui aussi, compromettre gravement l'allocation optimale des ressources. De manière générale, les problèmes procédant de l'existence de monopoles d'État protégés sont les suivants:

- inefficacité. Une entreprise en position de force sur le marché dont le comportement n'est pas bridé par la concurrence effective ou potentielle sera, d'un point de vue statique, moins incitée à produire à son niveau d'efficacité maximale et sera aussi, d'un point de vue dynamique, moins incitée à innover.
- "perte sèche" pour l'économie. Les prix plus élevés perçus par un monopole entraînent un transfert de richesses des consommateurs aux producteurs, mais le gain provenant de prix plus élevés ne peut être recueilli en totalité par les producteurs. Une partie en est donc perdue à la fois pour les producteurs et pour les consommateurs, ce qui crée une "perte sèche" pour l'économie, par suite de l'absence d'incitations à produire au niveau d'efficacité maximale.
- économies non compétitives. L'existence d'un monopole, par exemple pour ce qui est de la fourniture d'électricité, peut se traduire par des prix de l'énergie plus élevés qui augmentent les coûts de production pour les entreprises et nuisent à la compétitivité de l'économie dans son ensemble.

Un marché commercial qui assure des prix plus bas est donc, de façon générale, souhaitable et source de bien-être, à moins que la nécessité de conserver des structures monopolistiques ne soit clairement démontrée.

Il convient aussi de noter que l'existence d'un monopole n'est pas une condition indispensable à l'exécution d'obligations de service universel. De telles obligations peuvent être imposées à des entreprises qui sont exposées à la concurrence.

b) Pourquoi déréglementer

En elle-même, la réglementation est ambivalente: si elle est nécessaire, elle peut aussi avoir des effets dommageables. D'une part, elle peut servir à assurer que les entreprises soient placées dans des conditions équivalentes, par exemple grâce à la mise en place de prescriptions techniques, normes et politiques des marchés publics transparentes et non discriminatoires, ou lorsque des règlements influent sur l'implantation (par exemple, restrictions en matière de zonage) ou l'exploitation (par exemple, restrictions en matière de publicité) de points de vente rivaux. Une réglementation peut aussi être nécessaire dans le cas de monopoles naturels ou pour tenir compte d'externalités au plan de la production. Elle peut encore être nécessaire pour informer le consommateur, ou tenir compte d'intérêts sociaux ou d'autres intérêts.

Par ailleurs, comme toute mesure de politique économique de façon générale, la réglementation peut constituer un obstacle au commerce. Ainsi qu'il est noté dans le Rapport annuel de 1997 de l'OMC, les justifications peuvent servir de prétexte pour protéger les entreprises en place: "il existe une distinction importante entre l'objectif déclaré des lois et réglementations et leurs fins pratiques. On peut parfois constater que les politiques économiques, par exemple la politique de la concurrence et la politique commerciale, servent les intérêts de certains groupes organisés et non le public dans son ensemble".<sup>1</sup>

Une réglementation mal avisée peut aussi nuire à la concurrence, par exemple en réduisant la contestabilité des marchés. Elle peut avoir des effets négatifs semblables à ceux que provoque le maintien de monopoles inappropriés (voir ci-dessus), et entraver la croissance et le développement économiques. En outre, la réglementation doit être prise en compte lorsque l'on détermine le marché pertinent, marché géographique et marché de produits.

L'OCDE a consacré d'importants travaux à la réforme des réglementations. Les débats ont montré, entre autres choses, que les mesures réglementaires doivent respecter les principes de la transparence et de la non-discrimination, et ne devraient pas être plus pesantes qu'il n'est strictement nécessaire.

c) Gains d'efficacité économique à attendre de réformes favorisant la concurrence

D'après de récentes analyses, on peut s'attendre que la libéralisation et la déréglementation donnent lieu à des gains de productivité majeurs et à une diminution des prix, et favorisent la croissance de l'économie. Par exemple:

- en Europe, la productivité du travail a augmenté deux fois plus vite dans les secteurs industriels les plus touchés par les réformes favorisant la

---

<sup>1</sup> Page 51.

concurrence comprises dans le programme visant à réaliser le marché unique que dans les autres secteurs<sup>2</sup>;

- dans le secteur des télécommunications, la suppression des monopoles a contribué à stimuler le progrès des technologies nouvelles et augmenté le nombre des abonnés aux services de téléphonie mobile, qui est passé dans les pays de l'OCDE de 700 000 en 1985 à 71 millions en 1995. Après la réforme, les prix moyens des services de téléphone se sont abaissés de 63 pour cent au Royaume-Uni et de 41 pour cent au Japon, et les prix des communications interurbaines se sont abaissés de 66 pour cent en Finlande.<sup>3</sup>

## **I.2 Approche actuelle de l'OMC à l'égard des politiques de réglementation, des monopoles d'État et des entreprises bénéficiant de droits d'exclusivité**

La présente section examine l'approche adoptée jusqu'à présent à l'OMC à l'égard des politiques de réglementation, des monopoles d'État et des entreprises bénéficiant de droits d'exclusivité.

En ce qui concerne les politiques de réglementation, le cadre de règles élaboré par l'OMC doit servir à assurer l'égalité des possibilités de concurrence entre les produits et entre les services des différentes entreprises, quelle qu'en soit l'origine, dès lors qu'un droit de douane a été acquitté ou, dans le domaine des services, qu'un engagement en matière d'accès aux marchés a été accepté par un gouvernement. Dans le domaine des marchandises, par exemple, les dispositions du GATT relatives à la non-discrimination (clause NPF et traitement national) visent à assurer que les gouvernements n'adopteront aucune législation ni aucune mesure ou politique dont l'effet pourrait être de limiter l'offre de produits étrangers ou d'établir une discrimination entre eux. Les cycles de négociations subséquents sont venus renforcer les dispositions connexes et réduire les obstacles non tarifaires au commerce: l'élaboration de dispositions relatives aux obstacles techniques au commerce en est un exemple.<sup>4</sup>

Aux fins des travaux du présent Groupe, l'interaction entre la politique de la concurrence et le commerce inclurait, en particulier, toute situation dans laquelle des pratiques anticoncurrentielles privées sont requises, approuvées ou soutenues par un gouvernement, et/ou leur effet pourrait être d'exclure les marchandises, les services ou les fournisseurs de services étrangers. Un certain nombre d'affaires qui ont donné lieu au règlement de différends dans le cadre du GATT ou de l'OMC semblent indiquer que de telles mesures des pouvoirs publics, qu'elles soient formelles ou informelles, seraient assujetties aux disciplines de l'OMC. Le champ d'application des règles de l'OMC ne semblerait pas, en principe, inclure les cas dans lesquels de telles pratiques anticoncurrentielles seraient adoptées de façon autonome par les entreprises, en l'absence d'un degré suffisant d'intervention des pouvoirs publics, quand bien même ces pratiques auraient le même effet restrictif ou un effet restrictif supérieur.

En ce qui concerne les activités des entreprises commerciales d'État bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux ou de monopoles, les règles de l'OMC visent aussi à englober dans leur champ

---

<sup>2</sup> Source: OCDE: C/MIN(97)10.

<sup>3</sup> Source: OCDE: C/MIN(97)10.

<sup>4</sup> Le Code concernant les obstacles techniques au commerce contient des dispositions en vertu desquelles les gouvernements s'engagent à prendre des mesures pour assurer que les organismes à activité normative non gouvernementaux (c'est-à-dire privés) n'adoptent pas de règlements ou de normes techniques qui auraient pour effet de créer des obstacles au commerce.

d'application les activités autonomes des entreprises, dans la mesure où elles peuvent être à l'origine d'obstacles aux échanges internationaux de biens et de services. Dans le Rapport de 1997 de l'OMC sur le commerce et la politique de la concurrence, on trouve, à la section IV.1.c., un excellent exposé de l'approche actuelle de l'OMC, mettant en lumière les trois types de problèmes en matière d'accès aux marchés qui peuvent se poser en relation avec les activités des entreprises bénéficiant d'une position de puissance sur le marché. Ces problèmes concernent: a) l'accès aux marchés qui fait l'objet d'un monopole ou de droits spéciaux ou exclusifs; b) l'accès aux marchés en aval, en particulier lorsque cet accès dépend de l'utilisation d'installations assujetties au monopole ou à la position de puissance sur le marché; et c) l'accès aux marchés en amont pour les intrants en relation avec la production de biens et de services par une entreprise dominante ou privilégiée. Un aperçu de la manière dont l'OMC s'est employée à résoudre ces problèmes d'accès aux marchés montre combien il importe d'établir des liens étroits entre la libéralisation des échanges et l'application des disciplines du droit de la concurrence.

Le GATT a reconnu depuis longtemps que les entreprises commerciales d'État auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés (tels que le monopole de l'importation d'un produit donné) peuvent, par leurs activités, influencer sur le degré d'accès aux marchés des produits étrangers. L'article XVII du GATT a été rédigé de manière à assurer que les droits d'accès aux marchés des partenaires commerciaux ne seraient pas compromis par le commerce d'État: il exige que les entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs s'inspirent uniquement, dans leurs opérations, de "considérations d'ordre commercial", et qu'il leur soit interdit de procéder à des achats ou à des ventes dans des conditions discriminatoires.<sup>5</sup> De plus, les parties au GATT sont encouragées à engager des négociations afin de réduire les entraves créées par le commerce d'État, par exemple en limitant le caractère exclusif des droits accordés à l'entreprise commerciale d'État.

Il y a toutefois dans l'article XVII du GATT des faiblesses fondamentales, et l'on considère généralement qu'il n'a exercé que très peu d'influence sur la conduite des monopoles. Il est intéressant de noter que le Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CE), rédigé dix ans après l'Accord général, contient une disposition qui fait obligation aux États Membres d'éliminer progressivement les droits exclusifs d'importation ou d'exportation dans le commerce intracommunautaire.<sup>6</sup> Des arguments convaincants inciteraient à envisager favorablement, dans les instances appropriées, un futur renforcement de l'article XVII du GATT, moyennant, par exemple, l'élimination (progressive, si cela est nécessaire) des monopoles commerciaux et l'autorisation, pour les commerçants individuels, de se lancer parallèlement dans le commerce, à tout moment.

Dès l'origine, les règles de l'OMC relatives au commerce des services ont reconnu que les fournisseurs monopolistiques ou exclusifs de services, comme d'autres fournisseurs, peuvent restreindre le commerce international des services s'ils se livrent à des pratiques anticoncurrentielles.<sup>7</sup> L'AGCS impose aux gouvernements des obligations en rapport avec la conduite de tels fournisseurs. De plus, l'AGCS reprend explicitement des notions relevant du droit de la concurrence, lorsqu'il dispose, par exemple, que les Membres de l'OMC feront en sorte que les fournisseurs monopolistiques ou exclusifs de services, lorsqu'ils fournissent un service se situant hors du champ de leurs droits

---

<sup>5</sup> Il n'a pas encore précisé si l'obligation de non-discrimination inscrite à l'article XVII est une obligation NPF ou également une obligation de traitement national. On peut, toutefois, avancer de solides arguments en faveur de la thèse selon laquelle l'article XVII imposerait aussi une obligation de traitement national, car c'est seulement ainsi qu'une entreprise commerciale d'État pourrait se comporter en s'inspirant de "considérations d'ordre commercial"; d'autre part, si cette interprétation n'était pas retenue, l'article XVII permettrait aux pays de se soustraire à une obligation d'accès aux marchés qu'ils auraient contractée, par exemple dans le cas où ils auraient pris un engagement tarifaire.

<sup>6</sup> Article 37 du Traité CE.

<sup>7</sup> Voir les articles VIII et IX de l'AGCS.

spéciaux, n'abusent pas de leur position dominante pour agir d'une manière incompatible avec les obligations contractées en matière d'accès aux marchés (article VIII:2). À cet égard, l'AGCS va déjà visiblement plus loin que le GATT, ce qui s'explique à la fois par le fait qu'il a été rédigé plus tard, et par la présence, dans le secteur des services, d'un plus grand nombre de fournisseurs monopolistiques ou exclusifs.

Que la libéralisation internationale des services doive être complétée par des dispositions protégeant l'ouverture d'un marché contre d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles privées, c'est là une notion qui a été reconnue de façon tout à fait explicite lors des négociations consacrées aux télécommunications de base, conclues en février 1997. De tout temps, le secteur des télécommunications a évidemment été dominé par les fournisseurs monopolistiques. Les principes énoncés dans ce que l'on appelle le "Document de référence", qui étaient au cœur des négociations, prévoient, entre autres choses, que des mesures appropriées soient appliquées en vue d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles dans les télécommunications, y compris celles qui portent sur le subventionnement croisé, l'accès aux installations essentielles, l'interconnexion non discriminatoire et reflétant les coûts, la transparence, ainsi que la mise en place d'un organe réglementaire indépendant auprès duquel des plaintes peuvent être déposées. Ces disciplines sont évidemment propres au secteur des télécommunications et à ceux des Membres de l'OMC qui ont inclus dans leur liste les engagements énoncés dans le document de référence.

Ce bref aperçu des règles de l'OMC, telles qu'elles sont applicables à l'activité réglementaire des pouvoirs publics et aux activités de certaines entreprises qui sont en position de puissance sur le marché, montre que: a) l'OMC a élaboré un cadre de règles pour assurer que les réglementations édictées par les pouvoirs publics ne compromettent pas l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits et services des autres États Membres; ce cadre englobe, en principe, les mesures prises par les pouvoirs publics pour faciliter ou soutenir des pratiques anticoncurrentielles privées; b) les règles élaborées par l'OMC ont aussi cherché à assurer que certains types d'entreprises se trouvant dans une position de puissance sur le marché n'agissent pas d'une manière contraire aux engagements pris par les Membres de l'OMC en matière d'ouverture des marchés; c) dans le cadre de l'AGCS, les obligations contractées par les Membres en rapport avec les activités de telles entreprises font explicitement référence à des principes ou notions du droit de la concurrence.

Les règles de l'OMC reconnaissent donc que les pratiques anticoncurrentielles de certaines entreprises se trouvant en position de puissance sur le marché peuvent aller à l'encontre des engagements pris en matière d'ouverture des marchés. Il y a, toutefois, des lacunes dans le cadre actuel de règles de l'OMC. Une pratique anticoncurrentielle peut aboutir à fermer le marché même en l'absence d'une intervention des pouvoirs publics. La puissance sur le marché peut être le fait d'entreprises auxquelles l'article XVII du GATT et l'article VIII de l'AGCS ne sont pas applicables, ou résulter d'accords anticoncurrentiels conclus par des entreprises. Si dans certains cas des disciplines relatives au droit de la concurrence ont été mises au point à l'échelon sectoriel, il conviendrait de réfléchir à la portée d'un cadre horizontal approprié de règles de concurrence.

### **I.3 Monopoles d'État et secteurs réglementés: l'expérience de l'Union européenne**

L'application effective du droit de la concurrence dans les secteurs extrêmement réglementés ou dans les secteurs dans lesquels des entreprises ont officiellement une position de monopole ou se sont vu octroyer des droits exclusifs ou spéciaux soulève un certain nombre de difficultés. Dans la perspective des rapports entre commerce et politique de la concurrence, des difficultés risquent de surgir, en particulier, si: a) les lois sur la concurrence ne s'appliquent pas de la même manière aux entreprises privées et publiques; b) une exemption générale de l'application du droit de la concurrence est applicable à ces secteurs; et c) même en l'absence d'une exemption générale, une interprétation large de la doctrine de l'"intervention de l'État" aboutit, en pratique, à soustraire des entreprises aux disciplines du droit de la concurrence.

Une libéralisation effective des échanges exige la combinaison de disciplines applicables aux activités réglementaires de l'État et aux autres formes d'intervention des pouvoirs publics, ainsi que la limitation, aussi stricte que possible, de la portée des exemptions accordées en ce qui concerne les disciplines du droit de la concurrence.

À cet égard, l'expérience de l'Union européenne est unique, puisque les disciplines du droit de la concurrence sont également appliquées, dans certaines conditions, aux mesures prises par les États Membres. Ce fait se rattache évidemment au cadre juridique et institutionnel de la Communauté et à ses objectifs d'intégration des marchés. On ne suggère donc pas que l'expérience de l'Union européenne puisse être simplement transposée à l'échelon multilatéral. Cette expérience peut, néanmoins, présenter de l'intérêt pour les autres Membres de l'OMC, en particulier pour ceux qui sont engagés dans un processus d'intégration économique régionale.

De plus, l'OMC reconnaît avec toujours plus de force combien il importe de procéder parallèlement à la déréglementation et au renforcement des disciplines de concurrence. Certains éléments de l'approche adoptée par la Communauté pourraient donc présenter un intérêt plus général à l'échelon multilatéral.

### I.3 i) Libéralisation des monopoles d'État

Dès l'origine, les rédacteurs du Traité CE ont reconnu que les entreprises publiques et les entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs pouvaient exercer une influence sur le commerce intracommunautaire et sur les conditions de concurrence régnant sur le marché européen. Le Traité comprend donc des dispositions spécifiques applicables à ces entreprises et aux gouvernements dont elles relèvent.

La Commission a mené une politique visant à libéraliser certains secteurs dans lesquels le monopole avait toujours été de règle, comme les télécommunications, l'énergie, les services postaux et les transports. Diverses dispositions du Traité CE constituent les instruments-clés de cette politique.<sup>8</sup>

#### a) Interdiction: articles 5 et 90 1) du Traité CE

Les articles 85 et 86 du Traité de Rome sont applicables aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises plutôt qu'aux mesures prises par les autorités des États Membres. Toutefois, les articles 5 et 90 du Traité font obligation à ces autorités publiques de s'abstenir de prendre des mesures qui priveraient d'effet les règles de concurrence applicables aux entreprises.<sup>9</sup> La réglementation nationale ne peut pas exiger ou favoriser un comportement anticoncurrentiel contraire aux règles de concurrence de la CE, ni dispenser les entreprises de respecter ces règles.

Les développements qui suivent seront limités aux dispositions plus spécifiques de l'article 90 1) qui interdit aux États Membres, dans le cas des entreprises publiques et des entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, d'édicter ou de maintenir une mesure contraire aux règles énoncées dans le Traité. En d'autres termes, l'article 90 1) est toujours appliqué en liaison avec une autre disposition du Traité de Rome. Par exemple:

---

<sup>8</sup> L'article 90 est applicable aux mesures adoptées par un État Membre, mais, bien sûr, les monopoles ayant par définition une position dominante, l'article 86 leur est applicable s'ils abusent de cette position.

<sup>9</sup> CJCE, 17 novembre 1993, Meng C-2/91, Recueil 1993, page I-5791.

- **Article 90 1) en liaison avec les règles de concurrence**

En ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, les États membres ne peuvent recourir à des accords restrictifs au sens de l'article 85 ou à des comportements abusifs au sens de l'article 86. Par exemple, l'article 90 1), en liaison avec l'article 86, interdit à un État membre de placer de telles entreprises dans une situation dans laquelle, par le simple exercice des droits exclusifs qui leur sont accordés, elles ne peuvent éviter d'abuser d'une position dominante. Ainsi, un État membre ne peut donner de pouvoirs réglementaires sur leurs concurrentes aux entreprises publiques ou aux entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs.

- **Article 90 1) en liaison avec les règles relatives à la libre circulation des marchandises et des services**

Les articles 30, 34 et 59 interdisent aux États membres d'accorder ou de maintenir des droits exclusifs ou spéciaux qui ont une incidence sur les échanges intérieurs à l'UE, à moins que cela ne soit nécessaire pour garantir le respect de certaines prescriptions impératives. Comme on l'a vu, l'article 37 du Traité CE a été interprété comme faisant obligation aux États membres d'éliminer progressivement les droits exclusifs d'importation ou d'exportation dans le commerce intracommunautaire.

Les obligations des États membres résultant de l'article 90 1), en liaison avec les articles 30, 34, 59, 85 et 86 du Traité CE, ont un effet direct à l'intérieur des États membres et peuvent donc être contestées par des particuliers devant les tribunaux nationaux.

b) Exception: **article 90 2)**

L'article 90 2) contient une exception aux dispositions de l'article 90 1), en vertu de laquelle les règles de concurrence ne sont pas pleinement applicables aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal.

Par exemple, l'article 90 2) peut servir à justifier le maintien de certains droits exclusifs lorsque ceux-ci sont nécessaires à la gestion de certains services publics; ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes<sup>10</sup> admet que certains monopoles soient justifiés par la nécessité de garantir la viabilité financière de certaines activités de service universel.

Toutefois, il ne peut être fait exception à l'application du droit de la concurrence que si une restriction de la concurrence est nécessaire pour garantir l'accomplissement de la mission particulière impartie à ces entreprises (article 90 2), première phrase); et à condition que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté (deuxième phrase).

La Cour de justice considère que l'article 90 2), première phrase, à un effet direct à l'intérieur des États membres. Il peut donc être invoqué devant les tribunaux nationaux.

Le système actuel représente un équilibre entre l'intérêt porté à l'achèvement d'un marché intégré et concurrentiel et l'intérêt du maintien de services publics. Cet équilibre est

---

<sup>10</sup> CJCE, 13 mai 1993, affaire n° C-320/91, Recueil 1993, page 2563 (services postaux); CJCE, 27 avril 1994, affaire n° C-393/92, Recueil 1994, page 1477 (énergie).



une illustration du principe de proportionnalité, en vertu duquel les moyens employés par les États membres ne devraient pas être plus restrictifs qu'il n'est nécessaire.<sup>11</sup>

**Affaire Rodby 13 avril 1994<sup>12</sup> - Exemple d'application de l'article 90 1) en liaison avec l'article 86: le principe des installations essentielles**

DSB est une entreprise publique détenant le droit exclusif d'organiser les transports ferroviaires au Danemark. Cette entreprise est aussi propriétaire du port de Rodby, et responsable de sa gestion.

Les autorités danoises ont refusé d'autoriser un concurrent à construire un port commercial privé dans le voisinage immédiat du port de Rodby, ou à opérer à partir du port de Rodby.

La Commission a condamné ce refus en vertu des articles 90 1) et 86. La Commission a déclaré qu'une entreprise qui possède ou qui gère et utilise une installation essentielle, c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir leurs services à des clients, et qui refuse d'y donner accès auxdits concurrents à des conditions commerciales raisonnables abuse de sa position dominante.

La Commission a aussi considéré que l'application des règles de concurrence n'empêche pas l'accomplissement de la mission particulière impartie à DSB, à savoir organiser les services de transport ferroviaire et gérer les installations portuaires de Rodby.

c) Application de l'article 90

Aux fins de l'application de l'article 90 1), l'article 90 3) du Traité CE habilite la Commission à adopter des décisions et des directives qui s'imposent aux États membres.

**\*Décisions**

Lorsqu'un État membre viole l'article 90 1), la Commission peut, en vertu de l'article 169<sup>13</sup>, saisir la Cour de justice des Communautés européennes, pour lui demander de statuer, par un arrêt, que l'État membre ne s'est pas acquitté de ses obligations; ou alors elle peut adopter, en se fondant sur l'article 90 3), une décision demandant à l'État membre de mettre fin à la violation.

Cette dernière possibilité concerne les seules violations de l'article 90 1). La décision s'impose à l'État visé, et c'est à lui de la contester devant la Cour de justice s'il estime qu'elle est dénuée de fondement.

La plupart des difficultés sont réglées de manière informelle entre la Commission et les États membres (une procédure informelle est ainsi intervenue à propos des télécommunications, des transports et des services postaux).

<sup>11</sup> Voir la note de la Commission du 11 septembre 1996 concernant les services d'intérêt général en Europe, JO C 281 du 26 septembre 1996.

<sup>12</sup> Décision de la Commission des Communautés européennes n° 94/272, 13 avril 1994, JO L 117 du 7 mai 1994, page 30.

<sup>13</sup> "Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice."

**Aéroport Bruxelles-National<sup>14</sup>**

La Commission a adopté, en vertu de l'article 90 3), une décision concernant le système de rabais sur les redevances d'atterrissage mis en place à l'aéroport Bruxelles-National en vertu de l'Arrêté royal du 22 décembre 1989. La compagnie aérienne British Midland, qui a déposé la plainte, estimait que le système permettait à la compagnie aérienne Sabena, sa principale concurrente sur la liaison Bruxelles-Londres, de bénéficier d'un rabais de 18 pour cent sur les redevances d'atterrissage, alors qu'aucune autre compagnie aérienne ne pouvait bénéficier d'une réduction.

Ayant examiné la plainte, la Commission a conclu que ce système constituait une mesure étatique au sens de l'article 90 1), lu conjointement avec l'article 86, puisqu'il avait pour effet d'appliquer à l'égard de compagnies aériennes des conditions inégales à des prestations équivalentes, liées à l'atterrissage et au décollage, introduisant ainsi des distorsions dans la concurrence. La Commission a considéré qu'un tel système ne pourrait se justifier que par les économies d'échelle qui seraient réalisées par l'exploitant de l'aéroport. Tel n'était pas le cas en l'espèce. La Commission a donc demandé aux autorités belges de mettre fin au système.

**\*Directives**

L'article 90 3) habilite aussi la Commission à adopter des directives. Une directive est une disposition qui s'impose à l'État membre auquel elle est adressée quant au résultat à obtenir, le choix de la forme et des méthodes étant laissé aux autorités nationales intéressées.

La Commission a adopté des directives dans le secteur des télécommunications. Cette politique de libéralisation dans l'Union européenne a aussi contribué à la tendance générale à la libéralisation des télécommunications dans le monde entier et à l'adoption de l'Accord de l'OMC sur les télécommunications du 15 février 1997.

**Télécommunications**

Le 1<sup>er</sup> janvier 1998, le marché des télécommunications a été ouvert à la concurrence dans l'Union européenne. Cette libéralisation a été effectuée au moyen de deux ensembles d'instruments: une directive adoptée par la Commission au titre de l'article 90 3) concernant l'introduction de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications<sup>15</sup> et diverses directives arrêtées par le Conseil en vertu de l'article 100A du Traité CE<sup>16</sup>, l'objectif étant d'harmoniser les règles relatives à l'interconnexion<sup>17</sup>, à l'octroi de licences<sup>18</sup>, etc. L'ensemble de mesures démontre ainsi la nécessité de veiller à ce que la politique de la concurrence se développe en étroite coopération avec les aspects plus généraux de la politique communautaire des télécommunications.

**I.3 ii) Politique européenne du marché unique**

Pour favoriser l'intégration économique, l'Union européenne a mis au point un programme visant à la convergence et la reconnaissance mutuelles des législations (information et étiquetage des marchandises, spécifications techniques, etc.) et des procédures. De ce fait, par exemple, des marchandises légalement commercialisées sur le territoire d'un État membre peuvent circuler dans

<sup>14</sup> Aéroport Bruxelles-National, JO L 216 du 12 septembre 1995. Une demande d'annulation de la décision, présentée par la Belgique, est encore en instance devant la Cour de justice (affaire n° C-291/95).

<sup>15</sup> Directive 96/19 CE du 13 mars 1996, JO L 74 du 22 mars 1996, page 13.

<sup>16</sup> L'article 100A est le fondement juridique permettant d'adopter la législation communautaire nécessaire à l'achèvement du programme de marché intérieur.

<sup>17</sup> Directive 97/33 CE du 30 juin 1997, JO L 199 du 26 juillet 1997, page 32.

<sup>18</sup> Directive 97/13 CE du 10 avril 1997, JO L 117 du 7 mai 1997, page 15.

l'ensemble de l'Union européenne sans être assujetties à de nouvelles formalités ou à des prescriptions faisant double emploi. Les exceptions à ce principe se bornent à une liste de prescriptions impératives concernant des domaines d'intérêt général (santé publique, sécurité, protection des consommateurs, environnement, etc.) et sont assujetties à de strictes conditions (par exemple, la proportionnalité). La Commission européenne a aussi mis au point une procédure de notification pour assurer que les mesures réglementaires nationales soient conformes aux impératifs du marché unique. Lorsqu'un État membre n'a pas respecté ses obligations, des particuliers ou des sociétés peuvent, dans certaines conditions, demander une indemnisation devant les tribunaux nationaux.

On trouvera ci-après quelques exemples de la manière dont la politique du marché unique, qui est fondée sur les dispositions du Traité, a été appliquée dans différents secteurs.

Dans le secteur des denrées alimentaires, la Commission a condamné à l'occasion de nombreuses affaires, des procédures nationales subordonnant la vente d'un produit à l'obtention préalable d'une autorisation. De telles procédures visent parfois à réglementer la composition des denrées alimentaires et, en particulier, la présence de compléments nutritionnels (éléments nutritifs, vitamines) ou d'additifs alimentaires.

Dans le secteur pharmaceutique, d'autres obstacles ont été condamnés concernant, par exemple, les procédures d'autorisation de mise sur le marché. Ces procédures sont légitimes lorsqu'elles visent à vérifier, par exemple, qu'un produit n'est pas nocif. Il appartient, en effet, aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la santé publique. Toutefois, de telles mesures ne devraient pas constituer un moyen indirect de protéger les marchés intérieurs. La Commission examine donc très attentivement si elles sont, en fait, nécessaires et proportionnées au but à atteindre.

Les autorités européennes s'inquiètent aussi de l'utilisation inappropriée des normes. Elles veillent à assurer que les normes ne servent pas à interdire l'accès à un marché ou à renforcer une position dominante.

La politique du marché unique est un élément primordial de la liberté des échanges et de la concurrence au sein de l'Union européenne. Les pays tiers bénéficient aussi des dispositions adoptées par l'Union européenne. Par exemple, les marchandises importées par tout État membre en provenance d'un pays tiers peuvent circuler librement dans l'ensemble de l'Union européenne.

## **II. INCIDENCE DE LA POLITIQUE COMMERCIALE SUR LA CONCURRENCE**

### **II.1 Relations entre la libéralisation des échanges, d'une part, et le droit et la politique de la concurrence, d'autre part**

De nombreuses mesures commerciales peuvent affecter la concurrence sur un marché. C'est le cas en particulier des droits de douane élevés, des restrictions quantitatives, des règlements intérieurs favorisant les produits nationaux par rapport aux produits importés, des restrictions à l'accès au marché imposées par des entreprises commerciales d'État, des pratiques discriminatoires dans les marchés publics et des cas où l'application de mesures commerciales correctives n'est pas conforme aux règles multilatérales. Un niveau élevé de protection extérieure, qui isole effectivement un marché de la concurrence étrangère, peut entraîner une forte concentration sur ce marché et peut favoriser les arrangements de type cartellaire entre entreprises nationales ou les abus de position dominante. Certaines formes d'interventions commerciales, en particulier l'octroi de rentes contingentes à des exportateurs étrangers, peuvent également favoriser la collusion tacite ou explicite entre des entreprises nationales et étrangères. Il faut s'attendre à ce que les mesures commerciales aient un effet préjudiciable sur la concurrence s'il s'agit de restrictions imposées de longue date – par exemple, de droits de douane élevés ou de contingents – en particulier si les autorités n'ont pas pris clairement l'engagement de les réduire ou de les supprimer progressivement.

Il ressort de ce qui précède que, grâce aux cycles successifs de négociations commerciales visant à réduire les obstacles au commerce et grâce à l'établissement de disciplines claires et applicables concernant différents types de mesures commerciales, le système de l'OMC/du GATT a largement contribué au renforcement de la concurrence et à l'ouverture des marchés. S'il est essentiel de mettre en œuvre les engagements actuels, il faut aussi entretenir la dynamique de la libéralisation des échanges. C'est pourquoi l'UE préconise le lancement, à la Conférence ministérielle de l'OMC de 1999, d'un nouveau cycle de négociations commerciales globales. Les travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence doivent donc être envisagés dans ce cadre plus général.

À cet égard, il est essentiel de garder à l'esprit que, si la réduction des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce et l'instauration de disciplines claires concernant les mesures commerciales contribuent de façon décisive à la promotion de la concurrence, l'application stricte du droit de la concurrence demeure indispensable pour assurer une concurrence effective et garantir l'accès aux marchés sur la base de l'égalité des chances en matière de concurrence.

Le Groupe de travail doit examiner une question essentielle, qui est de savoir si les disciplines actuelles de l'OMC concernant les mesures gouvernementales pourraient être utilement complétées par un engagement des gouvernements d'adopter et de faire appliquer des disciplines juridiques en matière de concurrence pour mieux lutter contre les pratiques anticoncurrentielles qui ont une incidence significative sur le commerce et l'investissement. Le rapport du groupe spécial "Kodak-Fuji" adopté récemment indique clairement que les règles de l'OMC peuvent s'appliquer à de nombreuses mesures gouvernementales, y compris des mesures non contraignantes ou des mesures prises par des acteurs privés s'il y a une intervention suffisante de l'État. Toutefois, l'incidence commerciale d'une pratique anticoncurrentielle qui a pour effet de verrouiller le marché ne dépend pas du degré d'intervention de l'État. Il serait d'ailleurs paradoxal que certaines pratiques puissent donner lieu à une action dans le cadre de l'OMC parce que l'État intervient dans une certaine mesure, alors que des pratiques identiques ou plus restrictives seraient totalement exclues du champ d'application des disciplines de l'OMC parce qu'un gouvernement a choisi de ne pas intervenir faute de loi sur la concurrence ou parce que la pratique en question n'est pas considérée comme une priorité dans l'application de la loi. En outre, il ne serait manifestement pas souhaitable que ces questions soient traitées sur la base de règles générales en situation de non-violation et en l'absence de consensus parmi les Membres de l'OMC sur la nature des disciplines juridiques à appliquer. Une approche multilatérale pourrait reposer sur l'engagement des Membres d'adopter une régime de concurrence interne fondé sur des principes communs convenus concernant le droit positif et son application, et recourant à des instruments de coopération internationale pour combattre les pratiques anticoncurrentielles qui ont une dimension internationale importante. Une telle approche renforcerait le système commercial multilatéral et aiderait à surmonter les différences entre les Membres en ce qui concerne l'incidence des pratiques anticoncurrentielles sur le commerce international. Elle devrait compléter et soutenir les efforts faits pour renforcer la coopération bilatérale entre les autorités chargées de la concurrence, tout en assurant aux pays en développement une flexibilité et une aide appropriées.

## **II.2 Relations entre les mesures commerciales et la concurrence**

Cette section présente un aperçu des relations entre la concurrence et différentes mesures commerciales. L'analyse de ces relations doit tenir compte de la nature et de l'objectif des mesures. Elle s'appuie ici sur la classification suivante des mesures commerciales: a) mesures à la frontière (droits de douane et restrictions quantitatives); b) règlements intérieurs (règlements techniques, règlements relatifs aux marchés publics, subventions); c) mesures de sauvegarde; et d) mesures prises pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales (droits antidumping et droits

compensateurs).<sup>19</sup> Dans l'examen des différentes mesures commerciales l'attention se porte aussi sur leurs relations avec le droit de la concurrence. Ces interactions sont analysées dans la section suivante.

## 2.1 Droits de douane et restrictions quantitatives

En général, les droits de douane et les restrictions quantitatives entraînent une hausse des prix intérieurs et influent sur la structure de la concurrence. Si le marché intérieur est concentré, une restriction quantitative peut avoir un effet plus restrictif que son équivalent tarifaire car un accroissement des importations ne limite pas nécessairement l'augmentation des prix décidée par les producteurs nationaux. En outre, il y a un plus grand risque de collusion car les producteurs étrangers peuvent bénéficier de rentes contingentes. Hormis ces différences, l'effet sur la concurrence des droits de douane et des restrictions quantitatives dépend principalement du niveau de protection extérieure et de l'existence d'une volonté évidente de réduire ou de supprimer ces mesures à la frontière.

L'OMC interdit clairement l'application de restrictions quantitatives, qui n'est possible que dans des circonstances bien définies, et elle a grandement contribué à l'abaissement des droits de douane grâce aux cycles successifs de négociations commerciales. Il faut cependant noter que beaucoup de pays maintiennent encore un niveau de protection tarifaire élevé dans de nombreux secteurs. De plus, certains pays n'ont pas consolidé leurs droits de douane dans certains secteurs ou ont seulement procédé à des consolidations à des taux plafonds beaucoup plus élevés que les taux appliqués. Cela signifie que les droits peuvent être fortement relevés sans être soumis aux limitations imposées dans le cadre de l'OMC. Même en l'absence d'augmentation effective des droits, l'incertitude quant au niveau de protection extérieure peut limiter l'effet proconcurrentiel des importations.

## 2.2 Règlements intérieurs

L'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce établit des disciplines spécifiques pour faire en sorte que les règlements techniques et les normes ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité respectent les principes fondamentaux de transparence et de non-discrimination et que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Un autre objectif important de l'Accord est de promouvoir l'utilisation des normes internationales. Les règlements techniques, les normes et les procédures d'évaluation de la conformité peuvent imposer aux producteurs étrangers des coûts de mise en conformité inutilement élevés, restreignant ainsi la concurrence. Les dispositions de l'OMC jouent donc un rôle essentiel en évitant autant que possible que les règlements techniques et les normes, qui peuvent être adoptés pour atteindre divers objectifs légitimes, soient utilisés à des fins de protection pour limiter la concurrence des fournisseurs étrangers. Le Comité OTC a établi un programme de travail visant à améliorer la transparence des régimes nationaux et à préciser diverses dispositions de l'Accord.

---

<sup>19</sup> Nous ne reviendrons pas ici sur les dispositions de l'OMC relatives au commerce d'État qui sont examinées dans la section 1. Il faut souligner que certaines des mesures commerciales d'ordre général mentionnées ici peuvent aussi avoir une incidence particulière concernant les entreprises d'État. Pour ce qui est des règlements intérieurs, l'accent est mis sur les mesures internes qui sont soumises à des disciplines particulières de l'OMC dans le domaine du commerce des marchandises. Les dispositions de l'OMC relatives aux droits compensateurs ne sont pas expressément examinées, mais les remarques faites à propos des mesures antidumping s'appliquent également dans ce cas. Les mesures se rapportant à l'investissement et à la protection de la propriété intellectuelle ne sont pas examinées ici car elles peuvent l'être à la réunion du Groupe de travail qui se tiendra en septembre.

Les pratiques anticoncurrentielles des organismes privés qui élaborent des normes et des procédures d'évaluation de la conformité sont un sujet de préoccupation particulier et font l'objet d'une application rigoureuse de la loi par les autorités chargées de la concurrence. Par exemple, dans plusieurs affaires en matière de droit de la concurrence jugées dans la CE et dans ses États membres ainsi que dans d'autres juridictions, les activités d'organismes de certification privés par l'intermédiaire desquelles des entreprises nationales excluaient du marché des concurrents étrangers ont été condamnées. Des problèmes analogues se sont posés à propos de l'accès au marché de pays tiers. L'Accord OTC vise également les activités des organismes de normalisation privés et il contient un code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes qui est ouvert à l'acceptation de ces organismes. Le Comité OTC est en train d'examiner les raisons pour lesquelles de nombreux organismes à activité normative n'ont pas accepté le code. Il semble donc y avoir des possibilités de renforcer la complémentarité des disciplines actuelles de l'OMC relatives aux règlements techniques et aux normes et des disciplines du droit de la concurrence: a) le droit de la concurrence ne s'applique pas normalement aux règlements et aux normes établis par des organismes publics; d'où l'importance de disciplines de l'OMC efficaces dans ce domaine et de l'examen auquel procède actuellement le Comité OTC; b) des disciplines efficaces devraient également être appliquées aux activités des organismes de normalisation privés. Ce point est déjà admis dans l'Accord OTC et il est abordé dans l'examen effectué par le Comité OTC; et c) il semble possible en outre de compléter les disciplines actuelles par un engagement des gouvernements d'appliquer le droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles des organismes de normalisation ou de certification qui entravent l'accès à un marché.

Les marchés publics ne sont pas soumis actuellement au principe du traitement national du GATT et aux disciplines fondamentales de l'AGCS, bien que, dans ce dernier cas, des négociations multilatérales soient prévues. À la réunion ministérielle de Singapour, un groupe de travail a été établi pour étudier la transparence des marchés publics en vue d'élaborer des éléments à inclure dans un accord approprié. Cela signifie qu'un marché très important n'est pas exposé à la concurrence effective des produits importés, sauf dans le cas des Membres de l'OMC qui sont parties à l'accord plurilatéral sur les marchés publics. Il est clair que l'acceptation par les Membres de disciplines relatives au marché public aurait un effet bénéfique tant sur le commerce que sur la concurrence. D'où l'importance du programme de travail actuel de l'OMC dans ce domaine.

Hormis cette incidence structurelle sur la concurrence, les autorités compétentes en la matière se sont souvent inquiétées des pratiques anticoncurrentielles qui peuvent se développer dans le cadre de procédures d'appel d'offres. Ces pratiques peuvent consister, par exemple, en "soumissions concertées" ou en tentatives faites par des entreprises dominantes pour discréditer des produits qui ne sont pas conformes à des normes particulières. La politique d'achat des entreprises de services publics qui jouissent d'un monopole ou d'une position de force sur le marché est un autre problème préoccupant du point de vue du commerce et de la concurrence. L'Accord sur les marchés publics renferme un certain nombre d'engagements concernant les achats des entreprises publiques dans différents secteurs de services publics. Il est intéressant de noter que le régime communautaire relatif à la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications s'applique également aux entreprises privées qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs, sauf pour les activités directement exposées à la concurrence.

Les subventions publiques peuvent fausser considérablement la concurrence tant sur le marché intérieur que sur les marchés extérieurs. Dans certains cas, elles peuvent être un instrument légitime de l'action gouvernementale. C'est pourquoi l'Accord de l'OMC sur les subventions a établi un ensemble complet de disciplines visant différents types de subventions (subventions prohibées, subventions pouvant donner lieu à une action et subventions ne donnant pas lieu à une action) et prévoit des voies de recours spécifiques consistant soit en l'utilisation du mécanisme de règlement des différends de l'OMC soit en l'imposition de droits compensateurs. L'Accord prévoit un certain nombre d'exceptions et de dispositions transitoires en faveur des pays en développement. Des disciplines efficaces concernant les subventions qui faussent les échanges sont un élément essentiel du

système commercial multilatéral. Au cours des dernières années, de nombreux pays ont réexaminé leurs politiques en vue de limiter le recours aux subventions comme instrument de politique économique.

Dans la plupart des régimes de concurrence, les subventions ne sont pas du ressort des autorités chargées de la concurrence. Dans la Communauté, cependant, des disciplines particulières du droit de la concurrence s'appliquent aux aides publiques accordées par les États membres. Les éléments importants de ces disciplines sont les suivants: a) l'octroi de nouvelles aides publiques est illicite à moins qu'elles ne soient notifiées à la Commission et approuvées par elle; b) si des aides illicites sont accordées, la Commission exige leur recouvrement par l'État concerné; et c) il peut être demandé aux tribunaux nationaux de faire respecter l'obligation imposée aux États membres de notifier les aides publiques et de les faire approuver avant qu'elles ne soient accordées. Ce régime strict empêche l'imposition de droits compensateurs dans le cadre du commerce intracommunautaire.

### 2.3 Sauvegardes

Depuis sa création, le système du GATT reconnaît que les pays peuvent adopter des mesures de sauvegarde provisoires. Il a cependant été jugé essentiel de faire en sorte que ces mesures soient assujetties à des disciplines multilatérales précises. Ces disciplines ont été considérablement renforcées par la conclusion de l'Accord sur les sauvegardes lors du Cycle d'Uruguay. La Communauté a souligné à plusieurs reprises, dans le cadre du Comité des sauvegardes et, le cas échéant, dans le cadre de procédures de règlement des différends, l'importance qu'elle attache au strict respect des critères multilatéraux régissant l'application de mesures de sauvegarde. Il est important de noter que ces mesures sont expressément conçues comme des restrictions de durée limitée destinées à prévenir ou réparer un dommage grave et à faciliter l'ajustement. Le préambule de l'Accord sur les sauvegardes reconnaît la nécessité d'accroître plutôt que de limiter la concurrence sur les marchés internationaux. Il est donc clair que les mesures de sauvegarde doivent avoir un caractère exceptionnel.

La prohibition des mesures d'autolimitation des exportations, des arrangements de commercialisation ordonnés ou de toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation, énoncée à l'article 11 de l'Accord, revêt une importance particulière pour le Groupe de travail. Ces mesures sont particulièrement préoccupantes tant du point de vue de la politique commerciale que du point de vue de la politique de la concurrence parce qu'elles manquent de transparence et qu'elles incitent les producteurs nationaux et étrangers à conclure des arrangements de type cartellaire. Il est significatif à cet égard que, aux termes de l'article 11.3 de l'Accord, les Membres ne doivent ni encourager ni soutenir l'adoption ou le maintien en vigueur de mesures équivalentes par des entreprises publiques et privées.

Toutefois, l'Accord sur les sauvegardes ne s'applique pas, en principe, aux arrangements conclus par des entreprises privées ou publiques, en l'absence d'intervention de l'État, en vue de limiter les importations ou les exportations. Ces arrangements sont néanmoins contraires aux disciplines du droit de la concurrence. L'Accord sur les sauvegardes montre donc clairement qu'il importe de compléter les règles actuelles de l'OMC par un cadre juridique multilatéral en matière de concurrence. Si les Membres de l'OMC prenaient l'engagement de considérer les cartels qui constituent un "noyau dur" comme une violation grave du droit de la concurrence, cela renforcerait considérablement la prohibition des mesures de la "zone grise" et cela permettrait de combler une éventuelle lacune des disciplines actuelles en matière de sauvegarde.

### 2.4 Mesures prises pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales

La législation en matière de droits antidumping et de droits compensateurs vise à supprimer l'effet de distorsion des échanges des importations faisant l'objet d'un dumping et des importations

subventionnées et à rétablir une concurrence effective sur le marché lorsqu'un dommage est causé à une branche de production nationale.

L'article VI du GATT reconnaît que les Membres de l'OMC ont le droit d'appliquer des droits antidumping lorsqu'un produit est introduit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale et s'il peut être établi que ce dumping cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale. Les conditions d'application de l'article VI sont énoncées de façon très détaillée dans l'Accord antidumping du Cycle d'Uruguay et l'application de ces disciplines est surveillée par le Comité des pratiques antidumping. Il peut cependant être utile d'examiner en termes généraux les relations entre la législation antidumping et le droit de la concurrence.

La législation antidumping et le droit de la concurrence s'appliquent dans des contextes économiques, juridiques et institutionnels différents. Le second interdit, sous peine de sanctions strictes, certaines formes de fixation des prix par les entreprises. Alors qu'il s'applique en principe dans le cadre d'un marché intégré, la législation antidumping s'applique dans un contexte économique où il existe toujours des mesures à la frontière ainsi que d'autres obstacles réglementaires au commerce et des distorsions des échanges. Elle s'applique donc aux méthodes de fixation des prix entre marchés, plutôt qu'à l'intérieur des marchés. À cette différence économique fondamentale s'ajoute la différence du cadre juridique et institutionnel dans lequel s'applique le droit de la concurrence. L'application efficace de ce dernier suppose l'établissement d'une autorité dotée de vastes pouvoirs d'enquête et d'exécution; elle suppose aussi l'interprétation uniforme de la loi par un organe judiciaire ou une instance d'arbitrage commune. Lors de l'élaboration d'un cadre multilatéral de règles de la concurrence, il ne serait évidemment pas prévu d'attribuer ces pouvoirs à une instance internationale.

Au niveau multilatéral, la législation sur la concurrence ne peut donc pas être considérée comme un substitut de la législation antidumping et les concepts élaborés dans l'un des deux cadres juridiques ne peuvent pas être simplement transposés dans l'autre. La meilleure façon d'éviter la mauvaise application de la législation antidumping est de respecter rigoureusement les disciplines de l'Accord du Cycle d'Uruguay. Il y a cependant lieu de penser que la nécessité de recourir à des mesures antidumping diminuera avec le temps si les pays font appliquer plus strictement la législation sur la concurrence et si l'intégration des marchés se poursuit.

L'expérience de la Communauté montre que les mesures antidumping perdent leur raison d'être lorsque le marché est totalement intégré.<sup>20</sup> L'intégration a nécessité non seulement l'élimination de toutes les mesures à la frontière, mais aussi la création de conditions garantissant pleinement la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et de la main-d'œuvre. Dans le même temps, le droit communautaire en matière de concurrence est appliqué efficacement par un organisme investi de pouvoirs d'exécution et d'enquête autonomes et il existe une instance judiciaire chargée de veiller à l'interprétation uniforme des règles communes. Le degré d'intégration des marchés et la possibilité d'établir des structures juridiques communes en matière de concurrence doivent évidemment être déterminés dans le cadre de chaque accord d'intégration économique régionale. Il est possible, dans ce contexte, d'examiner si les mesures antidumping sont compatibles ou non avec le degré d'intégration réalisé. L'expérience de la Communauté n'est qu'un exemple parmi d'autres et il ne serait ni réaliste ni souhaitable d'envisager un modèle unique d'application générale.

Il convient de noter que les Membres de l'OMC sont encouragés à appliquer l'Accord antidumping d'une manière qui limite autant que possible les problèmes de concurrence. L'article 9.1 de l'Accord stipule qu'"il est souhaitable que l'imposition (de droits antidumping) soit facultative sur le territoire de tous les Membres et que le droit soit moindre que la marge (de dumping) si ce droit

---

<sup>20</sup> Cela s'applique également à l'Espace économique européen, sauf pour les secteurs qui n'entrent pas dans le champ d'application des accords d'intégration des marchés.



moindre suffit à faire disparaître le dommage causé à la branche de production nationale". Dans le cadre de la législation communautaire, les droits antidumping ne dépassent pas le niveau minimal requis pour faire disparaître les effets dommageables du dumping et, avant qu'ils ne soient imposés, on doit examiner si une telle mesure est dans l'intérêt de la Communauté. Il est tenu compte à cet égard des préoccupations des consommateurs, de la structure de la concurrence et de la nécessité de rétablir une concurrence effective sur le marché.

### **II.3 Interaction des mesures commerciales et du droit de la concurrence**

L'interaction des mesures commerciales et du droit de la concurrence est une question qui intéresse tout particulièrement le Groupe de travail. Comme d'autres formes de l'action gouvernementale, les mesures commerciales ne sont pas assujetties au droit de la concurrence. Il faut cependant tenir dûment compte des problèmes de concurrence lorsque l'on envisage d'appliquer de telles mesures. Par ailleurs, l'application de mesures commerciales n'exempte en rien les entreprises des disciplines du droit de la concurrence. Pour mieux comprendre cette interaction, il faut se référer à différents cas où des mesures commerciales peuvent avoir un rapport avec la politique de la concurrence:

- a) Un accord entre producteurs nationaux et étrangers qui a un effet restrictif sur le commerce est pleinement assujéti aux disciplines du droit de la concurrence, même s'il est censé remplacer des mesures commerciales ou éviter l'application de telles mesures. Il est particulièrement important, en l'occurrence, de faire appliquer le droit de la concurrence car cela limite le risque de voir les producteurs nationaux menacer d'engager une action en vertu de la législation nationale sur les mesures correctives ou faire pression pour obtenir une protection, afin d'amener les exportateurs étrangers à conclure des accords restrictifs. En outre, cela donne l'assurance que les autorités n'adopteront des mesures commerciales que conformément aux procédures internes et dans le respect des obligations contractées dans le cadre de l'OMC.
- b) Le droit de la concurrence s'applique pleinement si, à la suite de l'adoption d'une mesure commerciale, des producteurs nationaux et/ou étrangers ont recours à des pratiques anticoncurrentielles qui restreignent davantage les échanges ou qui nuisent au bien-être des consommateurs. C'est notamment le cas des accords et des pratiques concertées entre concurrents, qu'ils soient nationaux ou étrangers, et des abus de position dominante. L'application du droit de la concurrence dans ces circonstances est une garantie importante pour éviter que les mesures commerciales favorisent l'instauration d'une structure anticoncurrentielle sur le marché ou restreignent les échanges de façon non transparente et permanente.
- c) L'existence de mesures commerciales – et d'autres formes d'intervention publique – est un facteur à prendre en compte dans l'analyse de la concurrence, en particulier pour la définition du marché pertinent. Les autorités chargées de la concurrence définissent ce marché en termes nationaux si la concurrence effective ou potentielle des importations est limitée par des mesures commerciales ou d'autres obstacles réglementaires. Comme il est plus facile ainsi d'établir l'existence d'une position dominante sur le marché, il y a de plus grandes chances que les voies de recours prévues par la législation sur la concurrence soient appliquées aux entreprises nationales et que les autorités interdisent une fusion. Les obstacles réglementaires peuvent aussi conduire à une définition plus étroite du marché en termes de produit, ou peuvent accentuer les effets restrictifs d'un accord entre entreprises, notamment de certaines restrictions verticales (par exemple, lorsqu'un règlement fait obstacle à l'établissement de nouveaux points de distribution).

- d) Hormis les cas où le droit de la concurrence est d'application, les autorités chargées de la concurrence peuvent aussi jouer un rôle dans le domaine de la politique commerciale en plaidant en faveur de la concurrence. Ce plaidoyer peut prendre diverses formes et ses modalités dépendent du cadre juridique et institutionnel national. Dans certains cas, les autorités chargées de la concurrence peuvent plaider en faveur d'une politique commerciale globale ouverte en mettant en relief les avantages de la libéralisation pour les consommateurs et en améliorant la structure de la concurrence. Elles peuvent aussi intervenir directement dans la libéralisation des échanges et la déréglementation, en particulier si des disciplines juridiques complémentaires en matière de concurrence sont jugées indispensables pour faire en sorte que les avantages de la libéralisation ne soient pas annulés par les pratiques anticoncurrentielles d'entreprises dominantes. Les autorités chargées de la concurrence peuvent aussi être consultées si, dans le cadre de l'application de la législation relative aux mesures commerciales correctives, des questions se posent au sujet de la structure de la concurrence sur le marché.

L'interaction des mesures commerciales et du droit de la concurrence peut être illustrée par les exemples suivants:

**L'affaire de l'aluminium**<sup>21</sup>: Dans cette décision, la Commission européenne a condamné un accord aux termes duquel les principaux producteurs d'aluminium occidentaux étaient convenus d'acheter certaines quantités limitées d'aluminium aux organismes de commerce extérieur des pays d'Europe orientale en contrepartie de leur engagement de ne pas vendre à d'autres acheteurs potentiels sur le marché de l'Europe occidentale. L'un des moyens de défense invoqués par les parties à cet accord anticoncurrentiel était que la restriction était justifiée parce que les organismes de commerce extérieur auraient vendu l'aluminium à des prix de dumping. Cet argument a été rejeté par la Commission qui a déclaré dans sa décision: "Cet argument suppose que des parties privées peuvent s'arroger des fonctions publiques. Il ignore la différence évidente entre la réglementation des échanges par une autorité publique et celle par les ententes. Une autorité publique doit prendre en considération les droits et les intérêts des tiers, ainsi que l'intérêt public général. Une entente est généralement constituée au profit des participants et ne tient aucun compte des deux autres préoccupations".

**L'affaire du carbonate de soude**<sup>22</sup>: La Commission a condamné comme un abus de position dominante le système de ristournes de fidélité progressives et de contrats de fourniture appliqué par Solvay, producteur dominant de carbonate de soude sur une partie du marché communautaire, qui avait pour effet de lier ses gros clients à la société. Plusieurs aspects de cette affaire sont intéressants. Au moment de l'enquête, des droits antidumping étaient appliqués aux producteurs des États-Unis et de l'Europe orientale. Par ailleurs, dans la décision de la Commission, il est dit que Solvay savait pertinemment que, du fait des variations des cours de change, les producteurs américains pouvaient vendre en Europe à des prix bien inférieurs aux prix communautaires moyens sans être coupables de dumping et que les droits étaient réexaminés. Pour établir que Solvay occupait une position dominante sur le marché, la Commission a pris en compte, entre autres facteurs, l'application de droits antidumping. Elle a constaté en outre que le système de ristournes progressives appliqué par Solvay avait pour effet de rendre difficile ou impossible l'accès au marché des autres fournisseurs pour le tonnage marginal car, pour cela, ils devaient vendre à des prix non rentables ou de dumping. La Commission a pris une ordonnance prescrivant l'abandon par Solvay de son système de ristournes de fidélité et a infligé à la société une amende de 20 millions d'écus.

Le droit de la concurrence peut donc jouer un rôle important en évitant le risque de voir des restrictions privées se substituer à des mesures commerciales ou se développer sous couvert de telles mesures. La question de savoir comment promouvoir la stricte application du droit de la concurrence en pareils cas pourrait être prise en considération dans un cadre multilatéral de règles de la

<sup>21</sup> Décision de la Commission du 19 décembre 1984, JO 1985 L/92/1.

<sup>22</sup> Décision de la Commission du 19 décembre 1990, JO 1991 L/152/21.

concurrence. Un cadre multilatéral devrait aussi contribuer au renforcement de la coopération entre les autorités commerciales et les autorités chargées de la concurrence, ce dont dépend l'efficacité de leur rôle de plaidoyer.

### III. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

Cette communication est à rapprocher des précédentes communications de la CE et de ses États membres, qui plaidaient en faveur de l'élaboration d'un cadre multilatéral de règles de la concurrence au sein de l'OMC pour compléter les disciplines actuelles de l'OMC. Dans la présente communication, nous attirons particulièrement l'attention sur les points suivants:

- Pour assurer l'accès effectif aux marchés, y compris dans les secteurs qui sont fortement réglementés et/ou dans lesquels des entreprises jouissent de droits spéciaux ou exclusifs, il est généralement admis que la libéralisation des échanges doit être complétée par l'application de disciplines en matière de droit de la concurrence.
- En ce qui concerne la réglementation, il y a interaction entre la politique commerciale et la politique de la concurrence, en particulier quand le gouvernement impose aux entreprises des pratiques anticoncurrentielles ayant pour effet de verrouiller le marché ou favorise ou soutient ces pratiques. Bien que la jurisprudence de l'OMC à cet égard évolue encore, il semblerait, en principe, que ces formes d'intervention de l'État relèvent des disciplines de l'OMC. Il convient d'examiner de quelle façon un cadre juridique en matière de concurrence pourrait étayer et compléter ces disciplines.
- Les entreprises qui occupent une position dominante ont des activités qui peuvent entraver l'accès aux marchés. Des disciplines spécifiques ont été élaborées dans le cadre de l'OMC pour certaines entreprises qui jouissent d'un monopole ou de droits exclusifs. En ce qui concerne le commerce d'État, le Groupe de travail pourrait examiner en priorité de quelle façon l'engagement des gouvernements d'appliquer des disciplines en matière de droit de la concurrence pourrait compléter le cadre actuel de règles qui s'applique aux monopoles et aux entreprises jouissant de droits exclusifs. Il faudrait aussi examiner quels engagements les gouvernements pourraient prendre en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles d'autres entreprises occupant une position dominante qui ont pour effet de verrouiller le marché ou qui résultent d'accords anticoncurrentiels.
- Pour atteindre son objectif d'intégration des marchés, l'Union européenne a élaboré un cadre unique dans lequel le droit de la concurrence s'applique également, dans certaines conditions, aux mesures prises par les États Membres. Ce cadre peut intéresser les Membres de l'OMC qui sont engagés dans un processus d'intégration régionale. Cela ne veut pas dire cependant qu'un cadre analogue pourrait être appliqué au niveau multilatéral. Dans l'analyse de l'interaction de la politique commerciale et de la politique de la concurrence, une attention particulière pourrait être accordée aux questions suivantes: a) application du droit de la concurrence de la même façon aux entreprises privées et aux entreprises publiques; b) examen des possibilités de réduire ou supprimer les dérogations sectorielles au droit de la concurrence; et c) clarification du fait qu'une intervention de l'État ne justifie pas de larges dérogations aux disciplines du droit de la concurrence applicables aux entreprises. Dans ce contexte, il peut être utile aussi de définir plus clairement le rapport entre les disciplines de l'OMC et les mesures gouvernementales qui favorisent et soutiennent les pratiques anticoncurrentielles.
- Cette communication a montré que l'incidence de la politique commerciale sur la concurrence est due à des mesures très diverses, telles que les droits de douane

élevés, les restrictions quantitatives, les règlements favorisant les produits nationaux, les restrictions à l'accès au marché imposées par des entreprises commerciales d'État, les pratiques discriminatoires dans les marchés publics et les cas où l'application de mesures correctives n'est pas conforme aux règles multilatérales. Les Membres de l'OMC doivent veiller au strict respect des disciplines de l'OMC et ils doivent poursuivre la libéralisation de leur régime de commerce extérieur en s'efforçant d'éviter ou de limiter autant que possible les effets défavorables sur la concurrence.

- Les mesures prises pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales ont pour but de rétablir une véritable concurrence sur un marché dans les conditions prévues par les accords pertinents de l'OMC. En l'absence d'une intégration complète des marchés et d'institutions communes pour faire appliquer le droit de la concurrence, des disciplines en matière de droit de la concurrence et des mesures correctives spécifiques ont un rôle distinct et complémentaire à jouer pour combattre la concurrence déloyale dans le commerce international. L'Accord antidumping encourage les Membres de l'OMC à appliquer ses dispositions d'une manière qui limite autant que possible les problèmes de concurrence.
  - En ce qui concerne les mesures commerciales, il y a interaction entre la législation commerciale et le droit de la concurrence, en particulier dans les cas où des restrictions privées se substituent à des mesures commerciales ou se développent sous le couvert de telles mesures. Dans les discussions ultérieures sur l'élaboration éventuelle d'un cadre multilatéral de règles de la concurrence, il pourrait être utile d'examiner comment ce cadre pourrait contribuer à l'application stricte du droit de la concurrence en pareils cas.
  - Les autorités chargées de la concurrence ont également un rôle à jouer dans le domaine de la politique commerciale en plaidant en faveur de la concurrence. Les modalités précises de ce plaidoyer dépendent du cadre juridique et institutionnel national de chaque Membre de l'OMC. Ce groupe de travail a déjà contribué au resserrement du dialogue entre les autorités commerciales et les autorités chargées de la concurrence. Il y a lieu de penser que l'instauration d'un cadre multilatéral en matière de concurrence au sein de l'OMC améliorerait grandement ce dialogue et cette coopération.
-