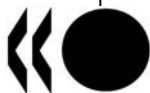


**Non classifié**

**DAF/COMP/GF(2009)3/REV1**



Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

**16-Feb-2009**

**Français - Or. Anglais**

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DAF/COMP/GF(2009)3/REV1  
Non classifié**

## **Forum mondial sur la concurrence**

### **LES DÉFIS QUE DOIVENT RELEVER LES JEUNES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE**

**Note du Secrétariat**

**Session III**

*Ce document préparé par le Secrétariat est soumis POUR EXAMEN au titre de la session III du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 19 et 20 février 2009.*

Contact : Hélène CHADZYNSKA, Chef de projet pour le Forum mondial sur la concurrence  
Tél. : 33 1 45 24 91 05 ; courriel : helene.chadzynska@oecd.org

**JT03259686**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

**Français - Or. Anglais**

## LES DÉFIS QUE DOIVENT RELEVER LES JEUNES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

### NOTE DU SECRÉTARIAT<sup>1</sup>

1. Au début des années 90 s'est amorcée une tendance qui se poursuit aujourd'hui encore : l'adoption d'un droit de la concurrence par un nombre croissant de pays. En 1989, 37 pays étaient dotés d'une législation sur la concurrence, sous une forme ou une autre<sup>2</sup> ; néanmoins, dans certains cas, cette législation ne ressemblait pas à celles qui existent aujourd'hui (par exemple, elle mettait l'accent sur le contrôle des prix) ; dans d'autres cas, elle n'était pas appliquée. Aujourd'hui, plus d'une centaine de pays possèdent un droit de la concurrence moderne<sup>3</sup>. Le moment est donc bien choisi pour réfléchir, lors du Forum mondial sur la concurrence (FMC), à l'expérience de ces pays dans la mise en œuvre de leur nouvelle législation. Quels sont les réussites et les échecs ? Quels sont les défis rencontrés par les nouvelles autorités de la concurrence, et comment les ont-elles relevés ?

2. À cette fin, un questionnaire (voir l'annexe) a été adressé aux « Participants désignés » du FMC<sup>4</sup>. Ce questionnaire est joint en annexe à la présente note. La partie II de cette note résume les réponses reçues. La partie I décrit d'autres études et projets menés dans ce domaine.

#### 1. ENSEMBLE DES TRAVAUX PORTANT SUR LA MISE EN ŒUVRE DES NOUVELLES LOIS SUR LA CONCURRENCE

3. Les informations sur la mise en œuvre du droit de la concurrence par les jeunes autorités s'accumulent à mesure que de nouveaux pays adoptent une législation correspondante. Certains renseignements proviennent d'experts qui ont fourni une assistance technique aux nouvelles autorités.

---

<sup>1</sup> Ce document a été rédigé pour le Secrétariat de l'OCDE par John Clark, consultant. Il ne représente pas nécessairement l'avis du Secrétariat de l'OCDE ou des pays membres de l'Organisation.

<sup>2</sup> Consumer Unity & Trust Society (CUTS), « *Competition Regimes Around the World – A Civil Society Report* » (2006), Introduction, annexe 1.

<sup>3</sup> Selon le Guide de la CNUCED sur les régimes de concurrence (2007), « . . . au total, 113 pays et groupements régionaux ont adopté ou sont en passe d'adopter une législation sur la concurrence ».

<sup>4</sup> Les Participants désignés au FMC sont les suivants :

- Observateurs auprès du Comité de la concurrence : Afrique du Sud, Brésil, Chili, Fédération de Russie, Indonésie, Israël, Lituanie, Roumanie, Slovaquie, Taïpei chinois
- Pays en voie d'adhésion n'ayant pas le statut d'observateur : Estonie
- Pays bénéficiant de l'engagement renforcé n'ayant pas le statut d'observateur : Chine, Inde
- Pays et organisations ayant participé (jusqu'au 19 novembre 2008) au moins à une réunion du Forum :
  - o Albanie, Algérie, Argentine, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Cameroun, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Égypte, El Salvador, Équateur, Ex-République yougoslave de Macédoine, Gabon, Géorgie, Jamaïque, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Lettonie, Liban, Malaisie, Malte, Maroc, Mongolie, Nigéria, Ouzbékistan, Pakistan, Panama, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Pérou, Philippines, Sénégal, Serbie, Singapour, Tanzanie, Thaïlande, Tunisie, Ukraine, Venezuela, Viet Nam, Zambie
  - o Banque asiatique de développement, Banque interaméricaine de développement, Banque mondiale, Centre de recherches pour le développement international, Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE, Commission du CARICOM, Communauté andine, Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE, Commission de l'Union économique et monétaire ouest-africaine, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Consumers International, Consumer Unity & Trust Society (CUTS), International Bar Association, Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe.

William Kovacic, Président de la *Federal Trade Commission* des États-Unis, a écrit de nombreux articles sur le sujet<sup>5</sup>. Dans un article de 1997, il soulignait les risques que posait l'adoption, dans un pays en développement, d'un droit de la concurrence d'inspiration occidentale. Le pays bénéficiaire s'est trouvé confronté à de nombreux défis qui n'existaient pas dans les pays possédant une longue expérience de la politique de la concurrence. Parmi ces défis figuraient l'insuffisance des ressources dont disposait la nouvelle autorité, l'absence d'expertise locale sur le sujet, le faible soutien en faveur de la politique de la concurrence (ce qu'on appelle aujourd'hui la « culture de la concurrence »), les défaillances du système judiciaire et l'accès restreint aux informations commerciales.

4. Récemment, la *Federal Trade Commission* a organisé un séminaire sur l'assistance technique, auquel ont participé des professionnels expérimentés de plusieurs pays, ainsi que des représentants de pays bénéficiaires<sup>6</sup>. Ils ont évoqué les défis que rencontrent les nouvelles autorités de la concurrence, notamment : manque de ressources, tant humaines que financières, socle insuffisant pour les entreprises – droits de propriété, droits contractuels, droits de faire des affaires (créer et exploiter une entreprise) –, faible soutien des pouvoirs publics (qui privilégient parfois la politique industrielle), corruption et systèmes judiciaires inefficients.

5. D'autres universitaires abordent le problème sous un angle différent : affaires d'abus de position dominante dans des pays en transition et en développement<sup>7</sup> ; défense de la concurrence<sup>8</sup> ; point de vue des petites économies<sup>9</sup> ; mesure des effets de l'application du droit de la concurrence dans les pays en développement<sup>10</sup>.

6. Ces dernières années, différentes organisations internationales se sont, d'une manière ou d'une autre, intéressées au sujet. Voici le résumé de leurs efforts :

---

<sup>5</sup> Voir William E. Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 *Brooklyn Journal of International Law* 403 (1997). Voir également Kovacic, *Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies*, 66 *University of Cincinnati Law Review* 1075 (1998) ; Kovacic, *Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*, 77 *Chicago-Kent Law Review* 265 (2002) ; Kovacic, *Lucky Trip? Perspectives from a Foreign Advisor on Competition Policy, Development and Technical assistance*, 3 *European Competition Journal* 319 (décembre 2007).

<sup>6</sup> *Federal Trade Commission des États-Unis, A Conference on Charting the Future Course of International Technical Assistance*, 6 février 2008, compte rendu disponible sur le site Internet de la FTC à l'adresse suivante : <http://www.ftc.gov/oia/wkshp/docs/wkshptranscript080206.pdf>.

<sup>7</sup> Maria Coppola Tineo et Russell Pittman, *Abuse of Dominance Enforcement under Latin American Competition Laws*, dans Philip Marsden, *dir. pub.*, *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust* (Elgar, 2006) ; Russell Pittman, *Abuse of Dominance Provisions of Central and Eastern Europe Competition Laws: Have Fears of Over-Enforcement Been Borne Out?*, *World Competition* 27(1) (2004).

<sup>8</sup> Simon Evenett, *Competition Advocacy: Time for Rethink?*, *Journal of International Law and Business*. Printemps 2006, volume 26, n° 3.

<sup>9</sup> Michal S. Gal, *Market Conditions Under the Magnifying Glass: General Prescriptions for Optimal Competition Policy for Small Market Economies*, *New York University Center for Law and Business Working Paper #CLB-01-004*, disponible auprès de la bibliothèque électronique du SSRN.

<sup>10</sup> Bruce M. Owen, *Competition Policy in Emerging Economies*, *Stanford Institute for Economic Policy Research, SIEPR Discussion Paper No. 04-10*, disponible auprès de la bibliothèque électronique du SSRN.

OCDE<sup>11</sup>

*Forum mondial sur la concurrence 2004 : Les défis et obstacles rencontrés par les autorités de la concurrence pour accroître le développement économique en promouvant la concurrence*

7. Les débats se sont concentrés sur les liens entre développement économique et promotion de la concurrence. La note de référence du Secrétariat comporte une analyse détaillée d'un problème rencontré par toutes les nouvelles agences de la concurrence : le manque de culture de la concurrence dans le pays. Cette note conclut que cette lacune est « le principal obstacle » à l'origine des autres problèmes et difficultés. Elle examine les raisons qui expliquent la lenteur avec laquelle une société s'adapte aux principes de la concurrence. La principale d'entre elles est la crainte de ceux qui prospèrent dans la situation actuelle de sortir perdants face à la concurrence. La note évoque également d'autres défis fondamentaux que rencontrent les autorités de la concurrence, notamment l'incidence des autres politiques publiques sur la concurrence, la corruption, l'exclusion de divers secteurs du droit de la concurrence et la présence d'un secteur informel substantiel.

8. Les contributions de plusieurs pays ont alimenté ces discussions. Certaines d'entre elles reconnaissent ces défis structurels de plus grande ampleur auxquels se heurtent les autorités de la concurrence, mais d'autres ciblent également des problèmes plus immédiats, comme le manque de ressources, les lacunes des législations sur la concurrence, l'absence d'instruments d'enquête importants, l'inefficacité des systèmes judiciaires et des structures institutionnelles<sup>12</sup>. Les débats tenus au cours du Forum de 2004 invitaient à examiner de plus près ces questions, ce à quoi s'emploie l'enquête de 2009.

*Examens par les pairs*

9. Plusieurs examens par les pairs de « jeunes » autorités de la concurrence ont été effectués au sein du Comité de la concurrence, du Forum latino-américain sur la concurrence et du Forum mondial sur la concurrence. Les pays examinés sont les suivants : Afrique du Sud (2003), Argentine (2006), Brésil (2005), Chili (2004), Corée (2000), El Salvador (2008), Fédération de Russie (2004), Hongrie (1999), Mexique (1998 et 2004), Pérou (2004), Pologne (2002), République tchèque (2001 et 2008), Taipei chinois (2006), Turquie (2002) et Ukraine (2008)<sup>13</sup>. En outre, les pays Baltes – Estonie, Lettonie et Lituanie – n'ont pas fait l'objet d'examens par les pairs, mais d'un rapport détaillé publié en 1999. Prises globalement, ces études en profondeur donnent une bonne vision des problèmes rencontrés par les autorités au cours des premières années de leur existence.

10. Certains problèmes sont communs à pratiquement tous les pays. Presque partout, le droit de la concurrence initial s'avère inadapté à certains égards. Il a été soit sensiblement révisé, soit entièrement remplacé, parfois quelques années seulement après son adoption. Dans la quasi-totalité des pays, la culture de la concurrence est insuffisante, ce qui constituait « le principal obstacle » identifié lors du Forum mondial de 2004<sup>14</sup>. Cette situation n'est généralement pas due au manque d'efforts de la part des autorités de la concurrence ; au contraire, beaucoup d'entre elles consacrent une attention toute particulière à cet aspect de la défense de la concurrence. La difficulté consiste plutôt à convaincre d'autres administrations et

---

<sup>11</sup> Tous les documents cités dans cette section sont disponibles sur le site Internet de l'OCDE consacré à la concurrence.

<sup>12</sup> Le Secrétariat a résumé ces contributions dans une note complémentaire. Tous les documents sont disponibles sur le site Internet du FMC (<http://www.oecd.org/competition/globalforum>).

<sup>13</sup> Tous les rapports sur les pays sont disponibles dans la section « Examen par pays » du site <http://www.oecd.org/competition>.

<sup>14</sup> L'Afrique du Sud partait sur de meilleures bases que bien des pays à cet égard.

le grand public des mérites de la concurrence. La lenteur avec laquelle les pouvoirs publics engagent des poursuites contre les ententes constitue un autre problème fréquent. Plusieurs facteurs entravent les efforts de lutte contre les ententes, notamment un personnel inexpérimenté, des instruments d'enquête inadaptés, le manque de compréhension et de coopération de la part du public et l'insuffisance des pouvoirs de sanction.

11. D'autres problèmes ne sont pas systématiques, mais fréquents. Plusieurs pays, mais pas tous, ont des ressources financières insuffisantes qui entraînent une rotation élevée du personnel<sup>15</sup>. Certains, dont la législation prévoit l'examen des fusions, n'ont pas mis en place de procédures efficaces pour mener à bien cet examen, pour des raisons tenant à des seuils de notification trop bas, à l'absence de notification préalable des fusions ou à des institutions inefficaces<sup>16</sup>. Certains pays souffrent de la lenteur et de l'inefficacité du système d'examen judiciaire<sup>17</sup>. Il semble que la situation soit meilleure dans les pays où les affaires sont jugées par un tribunal spécialisé<sup>18</sup>. Certaines autorités qui assument des responsabilités autres que l'application du droit de la concurrence, comme la lutte contre la concurrence déloyale ou le dumping, les aides publiques, les marchés publics et la protection des consommateurs, ont consacré trop de temps et de ressources à ces activités et pas assez aux problèmes de concurrence, du moins les premières années<sup>19</sup>. Plusieurs pays ont tardé à établir des relations de travail avec les autorités de réglementation sectorielle<sup>20</sup>, même si certains excellaient dans ce domaine<sup>21</sup>. Le manque d'indépendance était au départ un problème pour quelques-unes de ces autorités, mais la situation s'est progressivement améliorée, soit par l'adoption d'une nouvelle législation établissant l'indépendance structurelle, soit par son acquisition *de facto*<sup>22</sup>.

12. Naturellement, chaque pays examiné est différent et rencontre un ou plusieurs problèmes spécifiques. Néanmoins, ces examens mettent en évidence plusieurs problématiques communes, qui transparaissent souvent dans les réponses au questionnaire examinées ci-dessous.

***Table ronde de 2005 sur l'utilisation de l'évaluation pour améliorer les performances des autorités chargées de la politique de la concurrence***

13. En 2005, une table ronde du Comité de la concurrence s'est intéressée à l'utilisation de l'évaluation pour améliorer les performances des autorités chargées de la politique de la concurrence. Bien que cette table ronde se soit concentrée pour l'essentiel sur les questions liées à l'examen *ex post* de l'impact des mesures d'application du droit et de sensibilisation, la contribution de l'Autorité portugaise de la concurrence (Autoridade da Concorrência, AdC), alors âgée de deux ans, décrivait un projet pilote mené en partenariat avec l'OCDE en vue d'améliorer les performances de l'AdC en tant qu'institution<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Ces pays sont l'Argentine, le Brésil, le Chili, l'Estonie, la Fédération de Russie, la Lettonie, le Mexique, le Pérou et l'Ukraine.

<sup>16</sup> Argentine, Brésil, Fédération de Russie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Taipei chinois, Ukraine.

<sup>17</sup> Argentine, El Salvador, Fédération de Russie, Hongrie, Mexique, Turquie, Ukraine.

<sup>18</sup> Afrique du Sud, Chili, Pologne.

<sup>19</sup> Corée, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Taipei chinois.

<sup>20</sup> Afrique du Sud, Argentine, Hongrie, Mexique, Pérou, Turquie, Ukraine.

<sup>21</sup> Chili, El Salvador, République tchèque.

<sup>22</sup> Argentine, Brésil, Estonie, Lettonie, Lituanie, Pérou, Pologne, République tchèque, Taipei chinois, Ukraine.

<sup>23</sup> <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf>

14. L'objectif était d'aider l'AdC à s'améliorer en appliquant une méthodologie innovante élaborée par l'OCDE pour ce projet. Selon cette méthodologie, l'OCDE recueille des renseignements sur les performances d'une autorité de la concurrence dans plusieurs domaines essentiels, fournit un retour d'informations aux dirigeants de l'autorité sur ces résultats, et aide les dirigeants à élaborer un plan d'auto-amélioration. Des entretiens menés avec plusieurs responsables en exercice ou anciens responsables connaissant bien le droit et la politique de la concurrence ont permis d'identifier ces domaines<sup>24</sup>. Neuf dimensions clés liées à l'organisation et à la gestion ont été répertoriées :

- Orientation stratégique
- Direction
- Organisation
- Processus opérationnels et de gestion
- Normes de performance
- Utilisation des ressources humaines
- Relations avec les organismes publics
- Relations avec les publics concernés
- Examen des performances

15. L'AdC a évalué le projet en ces termes à l'occasion de sa contribution à la table ronde de 2005 :

La mise en œuvre du projet pilote a fourni plusieurs enseignements. Premièrement, elle a permis d'élaborer une méthodologie d'évaluation institutionnelle ciblant les autorités de la concurrence. .... En outre, l'application innovante de ce modèle ... a clairement montré que la méthodologie est fiable et qu'elle peut être utilisée de manière crédible. En témoigne la franchise des informations fournies par les personnes interrogées. ... La mise en commun de ces informations lors d'un atelier de gestion encadré a contribué à stimuler les discussions internes nécessaires. ... En outre, la méthodologie a pu être appliquée dans des délais relativement brefs et pour un coût raisonnable.

Concernant la méthodologie, il s'agit à la fois d'un outil de développement et d'un support pédagogique. Elle met en lumière les dimensions importantes pour le succès d'une autorité de la concurrence. Mais, d'un autre côté, la notation théorique présente des limites. Elle n'est pas encore totalement utilisable pour effectuer des comparaisons, car il n'existe pas de base de données d'évaluation des autorités de la concurrence en tant que telles. Hormis cette réserve, la notation théorique permet d'apprécier dans une certaine mesure les points forts et les faiblesses

---

<sup>24</sup> Les principales personnes qui ont participé à la définition des principaux domaines permettant d'apprécier le succès d'une autorité de la concurrence sont : Allan Fels (ancien Président de la Commission australienne de la concurrence et de la protection des consommateurs), Lennart Goranson (ancien Directeur général adjoint de l'Autorité suédoise de la concurrence), Bill Kovacic (alors Président de la *Federal Trade Commission* des États-Unis), Matti Purasjoki (ancien Directeur général de l'Autorité finlandaise de la concurrence), Fernando Sanchez Ugarte (ancien Président de la Commission fédérale mexicaine de la concurrence) et Michael Wise (auteur de plus de 20 examens d'autorités de la concurrence).

d'une autorité, ce qui permet de fonder les objectifs de performance pour les années suivantes sur l'analyse de faits plutôt que sur des informations plus vagues.

Dans l'ensemble, les conséquences ou possibilités générées par l'élaboration et l'utilisation d'une évaluation fondée sur des faits peuvent se résumer en ces termes :

- l'outil d'évaluation met en évidence les dimensions importantes sur lesquelles l'autorité doit porter ses efforts et qui doivent orienter ses plans de développement,
- les scores obtenus à l'issue de l'évaluation deviennent le point de départ des initiatives futures d'amélioration et de développement de l'autorité,
- un élan est créé parmi les dirigeants afin de mettre progressivement en œuvre les améliorations requises.

16. À la suite du programme pilote déployé au Portugal, un deuxième projet a été lancé en partenariat avec l'Autorité hongroise de la concurrence, la GVH, en 2008. La GVH déploie actuellement son plan d'action dans un but d'auto-amélioration.

### **International Competition Network**

#### ***Renforcement des capacités et assistance technique : des autorités de la concurrence crédibles dans les pays en développement et en transition (2003)<sup>25</sup>***

17. Ce rapport a été présenté par le Groupe de travail sur le renforcement des capacités et la mise en œuvre de la politique de la concurrence de l'ICN lors de la deuxième conférence annuelle de l'ICN qui s'est tenue à Merida, au Mexique, en juin 2003. Il s'appuie sur les résultats de deux questionnaires, l'un adressé essentiellement aux pays en développement et en transition et concernant les circonstances dans lesquelles la politique de la concurrence a été mise en œuvre dans leurs pays, et l'autre visant les fournisseurs et bénéficiaires de l'assistance technique. La plupart des répondants provenaient d'Europe et des Amériques.

18. Un chapitre du rapport s'intéresse aux défis que rencontrent les jeunes autorités de la concurrence. Voici sa conclusion :

En définitive, nous sommes convaincus que le principal défi auquel sont confrontées les autorités de la concurrence dans les pays en développement et en transition concerne leur position et leur statut parmi les principaux groupes d'intérêts et parties prenantes et au sein du public en général. En d'autres termes, tous s'efforcent de faire entendre leur voix et cela représente la plus grande difficulté pour les autorités de ces pays. »<sup>26</sup>

19. Ce rapport examine la position des nouveaux organismes de la concurrence par rapport à différents groupes : pouvoirs publics, pouvoir judiciaire, société civile, professionnels de la concurrence et entreprises. Concernant la relation entre une autorité de la concurrence et les pouvoirs publics, deux modèles – un organisme indépendant et distinct ou une entité faisant partie de la structure de gouvernement - peuvent être efficaces, chacun comportant des avantages et des inconvénients. Concernant

<sup>25</sup> Disponible sur le site Internet de l'ICN à l'adresse : [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_2nd\\_merida\\_2003/FinalReport\\_16June2003.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_2nd_merida_2003/FinalReport_16June2003.pdf).

<sup>26</sup> Idem page 24.

le pouvoir judiciaire : « s'il existe une préoccupation commune exprimée par les différents pays ayant répondu au questionnaire, c'est la difficulté perçue, pour le pouvoir judiciaire, à appréhender le droit de la concurrence.<sup>27</sup> »

20. La relation des autorités de la concurrence avec la société civile est complexe ; certains acteurs puissants et bien organisés au sein de la société peuvent se sentir menacés par la concurrence, notamment les entreprises et les travailleurs. En revanche, les consommateurs et les partisans des marchés concurrentiels sont généralement moins bien positionnés, ce qui complique la mission de l'autorité. De même, cette dernière doit prouver aux professionnels de la concurrence qu'elle est compétente, notamment aux juristes du secteur privé, sous peine de perdre sa crédibilité. Enfin, elle doit gagner la confiance des entreprises en favorisant l'impartialité, la transparence, la cohérence, l'efficacité et le respect de la confidentialité.

### *Évaluation de l'assistance technique aux fins de la politique de la concurrence : résultats préliminaires (2005)<sup>28</sup>*

21. Cette enquête fait suite à l'étude réalisée en 2003 auprès de 37 pays au moyen de questionnaires et d'entretiens. L'enquête comportait des données (sur la période 2001-03) sur l'environnement dans les différents pays bénéficiaires d'une assistance technique. Le rapport résume ces données :

- Pouvoirs d'agence conférés par le droit de la concurrence, c'est-à-dire la capacité d'interdire ou d'imposer un comportement particulier, de mener des contrôles, de s'opposer à des fusions et d'infliger des amendes : dans la plupart des cas, ces pouvoirs sont suffisants et cohérents d'un pays à l'autre<sup>29</sup>, en dépit du manque d'informations relatives à des pouvoirs plus spécifiques, comme la capacité de mener des perquisitions-surprises. Le moyen de recours le plus souvent utilisé est une mise en demeure interdisant ou imposant un certain comportement.
- Amendes : pendant la période examinée, les amendes se sont multipliées et leur montant s'est accru ; la valeur médiane des amendes a augmenté de 31 % entre 2002 et 2003. Toutefois, plusieurs organismes de la concurrence ont rencontré des problèmes pour recouvrer leurs amendes.
- Décisions et recours : les autorités de la concurrence ont indiqué le nombre de décisions prises, très élevé dans certains cas. Néanmoins, on dispose de peu d'informations sur la nature de ces décisions, ce qui limite la capacité d'évaluer ces données. En moyenne, 12.8 % de ces décisions ont fait l'objet d'un recours, qui a donné lieu à une annulation de la décision d'origine dans 10.4 % des cas.
- Budget des autorités : l'enquête a permis de déterminer le budget global et moyen, mais il n'a pas été possible de réaliser une analyse qualitative afin de savoir si, eu égard aux circonstances, un budget était adapté ou non. Il est apparu que les autorités de la concurrence consacraient peu de ressources à la formation.

---

<sup>27</sup> Idem page 35.

<sup>28</sup> Disponible sur le site Internet de l'ICN à l'adresse : [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_4th\\_bonn\\_2005/assessing\\_technical\\_assistance.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/assessing_technical_assistance.pdf).

<sup>29</sup> On constate néanmoins des différences dans la capacité à imposer des sanctions pénales. Seule une minorité des répondants détient ces pouvoirs.

- Dotation et mouvements de personnel : en moyenne, 89 professionnels travaillent au sein d'une autorité de la concurrence ; le nombre de juristes, d'économistes et « d'autres professionnels » est globalement équivalent. Les mouvements de personnel sont variables : très élevés dans certains pays, relativement faibles dans d'autres.
- Charge de travail : en moyenne, les contrôles de fusion représentent de loin la majorité des dossiers traités ; ils sont près de deux fois plus nombreux que les affaires liées au comportement<sup>30</sup>. Les affaires d'entente sont rares – et même inexistantes dans plusieurs pays – bien que leur nombre progresse lentement.

***Projet sur l'efficacité des autorités : rapport du Groupe de travail sur la mise en œuvre de la politique de concurrence : sous-groupe 1 (2008)***<sup>31</sup>

22. Ce rapport, soumis lors de la septième conférence annuelle de l'ICN à Kyoto, au Japon, a été préparé « . . . conformément à un programme de travail qui cherche à cerner et examiner les caractéristiques des autorités de la concurrence qui, sur le plan du fonctionnement et de l'organisation, peuvent être importantes pour réussir la mise en œuvre de la politique de concurrence ». Il revêt « . . . une importance particulière pour les autorités plus jeunes dont l'organisation n'est pas nécessairement définitive. »<sup>32</sup> Ce rapport est basé sur les résultats d'une enquête menée auprès de 20 pays membres de l'ICN, dont 13 sont de jeunes autorités de la concurrence selon la définition qui en est donnée ici. Il s'intéresse en particulier aux processus utilisés pour la planification stratégique et la définition des priorités, et à l'incidence de ces processus sur l'attribution des ressources et l'efficacité de l'organisme. Les principales conclusions de l'étude sont les suivantes :

- La réussite d'une autorité de la concurrence dépend beaucoup de sa capacité à sélectionner les priorités et à élaborer une stratégie pour exercer ses pouvoirs. Selon les résultats de cette étude menée l'année dernière, tous les acteurs sont largement sensibilisés à la nécessité, pour les autorités nouvelles ou plus anciennes, de mettre en place des mécanismes efficaces et tournés vers l'avenir pour définir des objectifs et concevoir des moyens pour les atteindre.
- La nécessité d'une planification stratégique tient à plusieurs facteurs. Dans une large mesure, l'impératif de définir des priorités est fonction des ressources. Aucun organisme de la concurrence ne bénéficie d'un budget illimité, et le manque de ressources exige d'arbitrer entre plusieurs actions possibles. Il est vital, pour la société, que ces choix soient faits de manière à optimiser la performance économique.
- Sans processus raisonné de définition des priorités et de hiérarchisation des activités possibles en fonction de leur importance juridique et économique, l'autorité de la concurrence risque de ne pas se focaliser sur ce qui compte vraiment. Sans stratégie, le programme de l'autorité sera vraisemblablement dicté intégralement par des influences externes, comme les plaintes de consommateurs, les demandes d'action de la part d'entreprises ou les requêtes d'organes législatifs et d'autres ministères. Ces influences peuvent parfois orienter les efforts de l'autorité vers les questions les plus importantes, mais ce n'est pas toujours ni même souvent le cas. Sous

<sup>30</sup> Toutefois, ces données peuvent être trompeuses en l'absence de précisions sur la nature des affaires traitées. Par exemple, chaque notification peut constituer une affaire, ce qui tend à gonfler artificiellement le nombre de fusions.

<sup>31</sup> Disponible sur le site Internet de l'ICN :

[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/CPI/CPI\\_WG\\_1.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/CPI/CPI_WG_1.pdf)

<sup>32</sup> Idem page 3.

peine d'en être réduite à réagir à l'enchaînement aléatoire d'événements extérieurs, une autorité de la concurrence, aussi petite et démunie soit-elle, doit s'efforcer d'établir des critères permettant de déterminer, parmi toutes les affaires portées à son attention, celles qui méritent un examen plus approfondi<sup>33</sup>.

## Banque mondiale

### *Que savons-nous des autorités de la concurrence dans les pays émergents et en transition ? Informations sur les tâches, le personnel, les secteurs prioritaires et les besoins de formation (2004)*<sup>34</sup>

23. Ce rapport s'appuie sur les résultats d'un questionnaire d'évaluation des besoins adressé à 48 autorités de la concurrence dans des pays en transition et en développement ; 35 pays ont répondu. Les résultats ont été agrégés en fonction de trois zones géographiques : Asie de l'Est et Pacifique, Amérique latine et Caraïbes, et Europe de l'Est et Asie centrale. Voici l'une des conclusions préliminaires :

L'idée selon laquelle les autorités de la concurrence constitueraient un groupe homogène dans l'ensemble des pays et des régions est radicalement fautive. D'après l'analyse du questionnaire d'évaluation des besoins, il existe dans plusieurs domaines des différences marquées d'une autorité à l'autre : mandats, secteurs exemptés, dotation en spécialistes et besoins en capacités<sup>35</sup>.

24. Cette étude examine en particulier les tâches, la dotation en personnel et les secteurs prioritaires des autorités de la concurrence<sup>36</sup>. Voici quelques-unes de ses conclusions :

- Activités se rapportant aux fusions : on constate une dichotomie marquée entre les pays qui ont examiné de nombreuses opérations de fusion et ceux qui en ont analysé quelques-unes seulement, alors que le lien entre taille de l'économie et nombre de fusions évaluées n'est pas flagrant. Cela donne à penser que les dispositions du droit de la concurrence qui déterminent le type de fusion à examiner influent considérablement sur les activités se rapportant aux fusions.
- Affaires liées au comportement : les pays qui signalent le plus grand nombre d'affaires liées au comportement indiquent qu'elles concernaient en majorité des prix excessifs. Dans ces affaires difficiles à analyser, les résultats sont incertains. Aussi, les législations sur la concurrence qui considèrent que des prix trop élevés constituent une infraction imposent un fardeau abusif à l'organisme de la concurrence dans les dossiers sur les comportements.
- Ressources humaines : les autorités de la concurrence en Asie de l'Est et dans le Pacifique emploient deux fois plus de personnel que celles d'Europe de l'Est et d'Asie centrale et quatre fois plus qu'en Amérique latine. Toutefois, le nombre d'affaires de concurrence examinées dans ces régions ne varie pas selon le même ordre de grandeur. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que les autorités d'Asie de l'Est et du Pacifique assument généralement des responsabilités

---

<sup>33</sup> Idem page 26.

<sup>34</sup> Document de travail relatif aux recherches sur les politiques de la Banque mondiale n°3221, écrit par Thomas Serebrisky, World Bank Institute. Disponible sur le site Internet de la Banque mondiale : [http://www-wds.worldbank.org/external/default/main?pagePK=64193027&piPK=64187937&theSitePK=523679&menuPK=64187510&searchMenuPK=64187283&theSitePK=523679&entityID=000009486\\_20040603154400&searchMenuPK=64187283&theSitePK=523679](http://www-wds.worldbank.org/external/default/main?pagePK=64193027&piPK=64187937&theSitePK=523679&menuPK=64187510&searchMenuPK=64187283&theSitePK=523679&entityID=000009486_20040603154400&searchMenuPK=64187283&theSitePK=523679)

<sup>35</sup> Idem page 3.

<sup>36</sup> La défense de la concurrence ne fait pas partie du questionnaire, principalement parce que l'ICN a récemment réalisé des travaux substantiels dans ce domaine.

plus étendues, hormis les affaires de concurrence, que celles situées dans les autres régions. En outre, les organismes de la concurrence en Asie de l'Est et dans le Pacifique enregistrent un ratio personnel administratif/experts plus élevé que les autres régions.

- L'étude s'attache à évaluer la productivité des experts en utilisant comme variable indicatrice le ratio du nombre de dossiers traités par employé. Toutefois, cette approche génère des écarts qui ne sont pas explicables, probablement à cause de la grande hétérogénéité des affaires relatives aux fusions et au comportement d'un pays à l'autre déjà mentionnée plus haut ; par conséquent, cet indicateur n'a pas été retenu.
- Les répondants devaient classer différents secteurs en fonction de leur importance dans les activités de contrôle du respect de la législation. Dans les infrastructures, les télécommunications arrivent en tête. L'électricité, et notamment l'accès au monopole naturel que sont les transports, revêt également une grande importance. En Amérique latine et dans les Caraïbes, le secteur des transports, et surtout des transports aériens, occupe une place prépondérante.
- Les répondants devaient également classer, par ordre d'importance, différents aspects relatifs à l'application du droit de la concurrence, par exemple les affaires de fusion, les affaires liées au comportement et le cadre conceptuel (ces aspects incluaient par exemple la théorie du monopole naturel, la définition du marché, l'élasticité de la demande, etc.). Là encore, les classements présentent des variations d'une région et d'un pays à l'autre.

#### **Organisation mondiale du commerce : Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence**

##### ***Soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités (2002)***<sup>37</sup>

25. Cette note de référence préparée par le Secrétariat porte essentiellement sur le renforcement des capacités, mais une section analyse les stratégies permettant de mettre en place des institutions et des politiques de la concurrence efficaces dans les pays en développement<sup>38</sup> Cette note fait la synthèse de rapports annuels et autres préparés par le Groupe de travail sur ce sujet.

26. La note se fait l'écho de thèmes abordés dans d'autres études et souligne quatre principaux objectifs :

- élaborer un droit de la concurrence adapté aux circonstances économiques et à l'environnement juridique du pays concerné ;
- définir les priorités de l'organisme de la concurrence ;
- mettre en place l'organisme de la concurrence, ce qui inclut le recrutement et la formation du personnel, la mise au point des procédures de traitement des dossiers, etc. ;
- et forger une culture de la concurrence, y compris en organisant des activités ciblées de sensibilisation du public.

<sup>37</sup> Disponible sur le site Internet de l'OMC.

<sup>38</sup> Idem pages 5-8.

27. Ce processus passe par plusieurs étapes fondamentales qui sont décrites dans le document : cibler les efforts sur les poursuites contre les participants à des ententes injustifiables ; élaborer un programme de défense de la concurrence dans les secteurs réglementés ; reporter le contrôle des fusions le cas échéant ; se procurer des ressources financières et humaines adéquates ; garantir son indépendance ; et acquérir des compétences techniques.

## **CNUCED**

28. Le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED a pour principale mission de promouvoir la politique de la concurrence dans les pays en développement. À cet égard, une grande partie des travaux menés par le Groupe intergouvernemental se rapporte, du moins indirectement, à l'objet de cette note. Par exemple, les activités qu'il consacre à l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence et son Manuel sur le droit de la concurrence constituent des références utiles pour les nouvelles autorités. Le Groupe intergouvernemental examine régulièrement les programmes de renforcement des capacités et d'assistance technique en faveur des pays en développement, et il vient de lancer des examens par des pairs.

29. Les travaux de fond menés par le Groupe intergouvernemental ont également des répercussions sur les jeunes autorités de la concurrence. En 2008, par exemple, le Groupe s'est penché sur la question de l'indépendance des autorités. La note d'information s'intéresse plus particulièrement aux défis que doivent relever les nouvelles autorités de la concurrence dans les pays en développement pour acquérir leur indépendance<sup>39</sup>. À l'instar d'autres études, le document souligne que « l'un des principaux défis, à court ou à moyen terme, pour établir des autorités de la concurrence indépendantes dans les pays en développement est d'attirer des personnes dotées des compétences voulues ou susceptibles de les acquérir rapidement ». Obtenir des ressources financières suffisantes constitue un autre obstacle de taille. Cet examen s'inscrit dans le contexte plus large de savoir s'il vaut mieux, pour une nouvelle autorité, être intégrée dans un ministère ou jouir d'une indépendance administrative. Le document ne tire aucune conclusion définitive sur ce point. Les deux formules ont leurs avantages et leurs inconvénients. Une autorité qui fait partie d'un ministère pourrait ainsi recruter plus facilement du personnel qualifié auprès d'autres organismes de la fonction publique. En revanche, une autorité indépendante peut être en mesure d'offrir une grille de rémunération plus élevée que celle proposée aux fonctionnaires de base.

## **II. ANALYSE DES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE**

30. Le questionnaire (annexe I) a été rédigé dans le souci de ne pas soumettre les pays interrogés à une charge trop lourde ; par conséquent, il ne demande pas de détails ou de données spécifiques. Il cherche plutôt à connaître l'avis et la conclusion des personnes interrogées sur les points suivants : (1) phase de conception – recruter des dirigeants et du personnel, définir des priorités et des objectifs, édicter des directives et des réglementations ; (2) culture et défense de la concurrence ; (3) affaires et enquêtes liées au comportement – abus de position dominante et accords restrictifs ; (4) fusions ; (5) recours judiciaires ; (6) ressources ; (7) indépendance. Enfin, le questionnaire demande aux répondants (a) d'énumérer les cinq actions essentielles qu'ils recommanderaient à une jeune autorité de la concurrence pour bien démarrer ses activités, et (b) les cinq pièges qu'elle doit éviter.

31. Les rédacteurs du questionnaire se sont heurtés à la difficulté de définir ce qu'est une « jeune » autorité de la concurrence. Est-ce une autorité qui a moins de cinq ans ? Moins de dix ans ? Toute directive comporterait une part d'arbitraire, mais il a été décidé de considérer qu'une autorité est jeune si elle applique le droit de la concurrence depuis 1990. Cette date peut être considérée comme le début de l'ère

---

<sup>39</sup> *L'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence*, note du Secrétariat (2008), pages 12-15, disponible sur le site Internet de la CNUCED ([http://www.unctad.org/en/docs/c2clpd67\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/c2clpd67_en.pdf)).

« moderne » pour la politique de la concurrence, du moins dans le contexte international, et de l'expansion rapide du nombre de pays qui mettent en œuvre de nouvelles politiques de la concurrence. L'Europe centrale et de l'Est et l'Asie centrale ont alors cessé de pratiquer la planification économique centralisée. De nombreux pays y ont adopté de nouvelles lois sur la concurrence à cette époque. Des pays d'autres régions du monde ont alors libéralisé leur économie, adopté des lois nouvelles ou révisé les anciennes. Le questionnaire invitait les pays concernés par cette date à répondre en qualité de « jeune » autorité de la concurrence. Les autorités établies de plus longue date étaient invitées à répondre aux mêmes questions en s'appuyant sur leur propre expérience de la mise en œuvre des lois et, surtout, sur leur expérience dans la fourniture d'une assistance technique aux autorités plus jeunes.

32. À ce jour, 30 pays ont répondu, la plupart en tant que jeunes autorités<sup>40</sup>. Les contributions sont très pertinentes et contiennent pléthore d'informations très utiles. La synthèse ci-dessous est nécessairement condensée ; les lecteurs sont également invités à se reporter aux réponses individuelles.

### Premières étapes

*Veillez décrire comment vous avez mené à bien . . . [la] phase de conception [mettre en place un nouvel organisme et le préparer à appliquer un nouveau droit de la concurrence – recruter du personnel, trouver des locaux et du matériel, définir des objectifs et des priorités pour les premiers mois et les premières années, établir des procédures internes et édicter des réglementations et des directives de mise en œuvre de la nouvelle législation]. Quels ont été vos réussites et vos échecs ?*

33. Plusieurs pays répondants ont tardé à appliquer leurs nouvelles lois. Dans certains cas, ce retard s'explique par le fait que la législation adoptée était inadaptée. C'est par exemple le cas de l'**Algérie** qui a adopté sa première législation sur la concurrence en 1995. De nouvelles lois ont été promulguées en 2003 et 2008.

La révision et l'amélioration du cadre organisationnel et juridique du Conseil [en 2008] sont motivées par son ancienneté et par l'inadéquation de son organisation et de son fonctionnement par rapport à l'importance du rôle que doit jouer une telle autorité en matière de régulation économique et de mise en œuvre des règles de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence d'Algérie a examiné peu d'affaires au cours de ses premières années d'existence, mais les choses sont en train de changer.

34. L'examen par les pairs mené par l'OCDE montre que le **Brésil** est un autre pays dont la législation présentait des lacunes sur plusieurs plans. Cette législation est toujours en vigueur, en dépit des tentatives pour la modifier au cours des années écoulées. Néanmoins, les autorités brésiliennes de la concurrence ont réalisé des gains substantiels d'efficacité et de productivité grâce à des mesures administratives.

35. Le droit de la concurrence du **Mexique** est entré en vigueur en 1993. La Commission fédérale de la concurrence a certes fait des progrès les années suivantes, mais à un rythme lent. La législation a été profondément modifiée en 2006, et dans sa réponse le Mexique qualifie ces révisions de « fondamentales ». Elles ont clarifié des normes de fond, conféré à la CFC de nouveaux pouvoirs

<sup>40</sup> Au 10 février 2009 : Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Brésil, Bulgarie, Chili, El Salvador, États-Unis, Fédération de Russie, Hongrie, Indonésie, Israël, Jamaïque, Japon, Lettonie, Lituanie, Maroc, Mexique, Pays-Bas, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Pologne, République slovaque, République tchèque, Roumanie, Serbie, Singapour, Slovaquie, Tunisie, Ukraine et Zambie.

importants et comblé une lacune juridique qui, selon une décision de la Cour suprême, avait empêché la CFC d'engager des poursuites dans des affaires liées au comportement.

36. La **Roumanie** est un autre pays dont les progrès ont été au départ freinés par les lacunes de sa première législation sur la concurrence adoptée en 1996. À partir de 2003, plusieurs modifications ont remédié à nombre de ces problèmes, de sorte que :

. . . nous pouvons considérer que la RCC est désormais, après quasiment 13 ans d'existence, une autorité solide et l'un des principaux piliers de l'économie de marché roumaine.

37. Dans certains pays, faute de moyens financiers suffisants à leur création, les nouvelles autorités de la concurrence étaient dans l'incapacité de mener une action efficace d'application du droit au cours des premières années de leur existence. L'**Albanie**, la **Jamaïque**, la **Lettonie** et la **Slovénie** en faisaient partie. En revanche, **Singapour** a délibérément choisi de faire preuve de mesure dans l'application de sa législation. Son autorité de la concurrence a vu le jour début 2005. Un an après, les dispositions juridiques relatives au comportement ont pris effet, et 18 mois plus tard les dispositions relatives au contrôle des fusions sont entrées en vigueur. La première décision marquante de l'autorité, dans une affaire d'entente, date de janvier 2008.

38. La **Zambie** déclare avoir rencontré de nombreuses difficultés. Son droit de la concurrence a été adopté en 1994, mais il a fallu attendre 1997 pour que la Commission de la concurrence soit établie. Elle a connu d'autres problèmes :

Les cinq premières années, la dotation budgétaire était insuffisante pour recruter du personnel ou former les agents. La Commission a donc été pénalisée par un manque de ressources, d'effectifs, d'équipements adéquats et de moyens pour organiser des programmes de formation. Les procédures relatives à la nouvelle législation ont bien été mises en place, mais pas les règlements afférents.

À ce jour, la Commission zambienne de la concurrence a rendu une décision dans toutes les affaires sauf une, qui est toujours devant les tribunaux. En 1999, la Commission a décelé une entente dans le secteur de la volaille, mais « aucune poursuite n'a été engagée faute de moyens financiers et de procureurs ».

39. Les pays en transition d'une économie à gestion étatique ont des caractéristiques communes<sup>41</sup>. Ils n'avaient guère l'expérience du marché libre, voire aucune, et la culture de la concurrence, déjà peu développée dans tous les pays dotés de nouvelles lois sur la concurrence, y était quasiment absente. La **Bulgarie** décrit sa situation en ces termes :

Les premières années, la notion de concurrence commençait à peine à apparaître dans la réalité politique et économique. C'est pourquoi les efforts déployés par la toute nouvelle CPC pour promouvoir la concurrence et faire appliquer le droit correspondant se sont heurtés à de multiples défis et obstacles.

40. De même, les nouvelles autorités dans ces pays assumaient des responsabilités qui allaient bien au-delà de l'application traditionnelle du droit de la concurrence. Elles ont participé, dans une plus ou moins grande mesure, aux programmes de démonopolisation et de privatisation et ont complété, voire

---

<sup>41</sup> Les pays en transition qui ont répondu sont les suivants : Albanie, Bulgarie, Fédération de Russie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République slovaque, République tchèque, Roumanie, Serbie, Slovénie et Ukraine.

remplacé, des régimes réglementaires dans certains secteurs d'infrastructures<sup>42</sup>. La **République slovaque** décrit ainsi ses activités dans ce domaine :

. . . Principalement au cours de ses premières années d'existence, le Bureau de la concurrence a exercé . . . de multiples fonctions et engagé plusieurs changements législatifs, par exemple : i) il a activement participé au processus de privatisation afin de démonopoliser les marchés ; ii) il a été à l'origine de la suppression des monopoles publics sur le tabac et le sel (1994) ; iii) il a été l'instigateur de la Décision gouvernementale sur la création de marchés publics (1991) ; iv) il a soumis à plusieurs reprises un projet de loi sur la régulation des industries en réseau ou sur l'octroi de licences par appel à la concurrence. . . .

41. En outre, certaines autorités devaient accomplir d'autres tâches qui détournaient de nombreuses ressources de leur mission d'application du droit de la concurrence. La **Lituanie** en faisait partie :

. . . En raison des fonctions supplémentaires exercées, comme les actions antidumping et la protection des consommateurs, l'ancienne autorité ne disposait pas de ressources qualifiées suffisantes pour traiter des affaires très différentes et même en opposition avec celles de concurrence.

42. La **Fédération de Russie** est également dans ce cas :

Historiquement, l'Autorité russe de la concurrence . . . [exerçait] de multiples fonctions qui exigeaient de nombreux moyens qu'elle ne pouvait plus consacrer à des questions relevant du seul domaine de la concurrence.

43. Le plus souvent, ces problèmes ont finalement été résolus. Des lois nouvelles et profondément remaniées ont été adoptées et les ressources ont été accrues. L'achèvement du processus de privatisation et la création d'instances de réglementation sectorielle dans les pays en transition ont permis à ces autorités de la concurrence de jouer un rôle plus traditionnel d'application du droit. La **Hongrie** fournit un éclairage intéressant sur l'expérience d'un pays en transition :

La construction de la GVH entre 1991 et 2009 a été un processus long et progressif : des progrès soudains peuvent correspondre à une réalité en termes de production, mais ils ne reflètent généralement pas la nature des ressources injectées pour les obtenir, car ils sont le plus souvent la résultante d'un long travail préparatoire. . . . La première étape – de 1991 (et même avant) à 1999 environ – était une phase de démarrage, marquée par un climat de turbulences liées au passage à l'économie de marché et de récession profonde. La deuxième étape – de 2000 à 2008 environ – était davantage une phase de maturité durant laquelle l'intégration internationale en général et l'adhésion à l'UE en particulier ont produit des effets légèrement différents et plus marqués.

44. La **Serbie**, en revanche, a entamé ses réformes politiques et économiques plus tard que ses voisins. Elle a adopté sa législation sur la concurrence en 2005 et son autorité est entrée en fonction un an plus tard. L'autorité est aujourd'hui confrontée aux mêmes problèmes que d'autres pays en transition une décennie plus tôt, comme l'instabilité politique permanente, le sous-développement économique, l'influence abusive de quelques catégories puissantes, l'absence de culture de la concurrence et le manque de ressources et d'instruments d'application du droit au sein de l'autorité.

---

<sup>42</sup> Voir Coppola Tineo et Pittman, supra au n° 7.

45. Certains pays, surtout ceux qui ont entamé le processus après la première « vague » du début des années 90, sont devenus productifs plus rapidement. C'est le cas du **Salvador**. Son autorité de la concurrence est entrée en fonction en 2006, dotée d'une législation de qualité (bien qu'imparfaite – elle a aussi été profondément remaniée peu après son adoption) et de ressources suffisantes. Avec l'aide d'un consultant extérieur, elle a mis en place un plan détaillé sur cinq ans, préparé et publié des règles portant sur ses procédures internes, noué une coopération avec les autorités de tutelle et d'autres organismes publics et lancé un programme dynamique de sensibilisation à la concurrence.

46. La **Papouasie-Nouvelle-Guinée** est un autre « nouvel entrant ». Son expérience peut être particulièrement utile pour les petites économies. En 2002, elle a adopté une nouvelle législation complète destinée à bâtir un « cadre de réglementation des entreprises ». Elle a ainsi mis en place une agence chargée de réglementer les industries d'infrastructure et de faire appliquer le droit de la concurrence. Ce droit est largement inspiré de celui de la Nouvelle-Zélande. L'application des dispositions de fond du droit de la concurrence a été reportée d'un an pour laisser le temps à l'agence de recruter du personnel et de rédiger le règlement interne.

47. **L'Afrique du Sud, El Salvador** et la **Papouasie-Nouvelle-Guinée** ont eu largement recours à des consultants privés au moment de la création de leurs autorités. Tous ont jugé leur intervention très utile, mais onéreuse, du moins dans le cas de l'Afrique du Sud. Il semble que l'important soit de faire appel à un consultant qui possède une longue expérience de l'application du droit de la concurrence, plutôt qu'à une personne ayant fait toute sa carrière dans le secteur privé. C'est l'une des conclusions d'un document portant sur le renforcement des capacités soumis par l'OCDE au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC en 2002<sup>43</sup>.

48. L'agence du **Maroc**, la plus jeune de toutes celles ayant répondu au questionnaire (la création officielle du Conseil de la concurrence date de janvier 2009), a défini des priorités formelles pour ses deux premières années d'existence, conformément aux conclusions des études décrites dans la première partie de ce document. Parmi les jeunes agences « plus anciennes », les **Républiques slovaque et tchèque** (alors Tchécoslovaquie) se sont également engagées dans un travail de planification préalable :

. . . Un groupe d'experts a été constitué en 1989, soit avant la création du Bureau [de la concurrence], au sein du ministère des Finances. Ce groupe, épaulé par des juristes spécialistes des questions de concurrence, a préparé la loi sur la concurrence et des concepts généraux (définition du marché pertinent, classification des ententes, etc.), qui ont été utilisés lorsque le Bureau a commencé à faire appliquer le droit de la concurrence.

La **Hongrie** et les **Pays-Bas** ont fait de même.

49. Pratiquement tous les répondants ont souligné l'importance de la transparence pour une nouvelle autorité. La publication de procédures internes et de lignes directrices de fond constitue un instrument de promotion de la transparence. Toutefois, rares sont les nouvelles autorités qui semblent en avoir fait une priorité. **Israël** justifie sa progression plus lente dans ce domaine :

La mise en place des procédures internes et l'élaboration des règles et lignes directrices pour mettre en œuvre la nouvelle législation doivent se dérouler de façon progressive. L'application du droit de la concurrence varie d'un pays à l'autre. Les caractéristiques propres à chaque pays et les spécificités de son système juridique doivent être prises en compte. Une approche pas à pas, qui s'appuie sur l'expérience réelle plutôt que sur la simple théorie, est probablement plus efficace.

---

<sup>43</sup> Communication de l'OCDE présentée au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC le 22 avril 2002. Voir le document WT/WGTCP/M/17, par. 40.

50. Néanmoins, certains pays ont établi des réglementations et des lignes directrices à un stade précoce. C'est le cas de l'**Indonésie** :

La première étape a consisté à élaborer différents règlements internes, portant notamment sur la gestion des ressources humaines et la mise en œuvre de la législation sur la concurrence. Différents textes fondateurs ont été mis en place : code de conduite, plan stratégique, procédure de traitement des dossiers et autres.

La **Papouasie-Nouvelle-Guinée** a fait de même. L'une des cinq recommandations essentielles formulées était la suivante :

Mettre en place, le plus tôt possible, des procédures et des manuels pour faire en sorte que l'autorité respecte les normes de gouvernance les plus élevées, même (et surtout) si elle doit se distinguer en cela d'autres organismes publics.

51. Enfin, plusieurs réponses soulignent l'importance de l'assistance technique pour une autorité qui fait ses premiers pas. L'assistance à long terme (conformément aux résultats d'autres études sur le sujet) est la plus recherchée. Par exemple, la **Tunisie** apprécie beaucoup l'assistance apportée par la France. La **République tchèque** explique :

Il convient de mentionner que la formation spécialisée a été accélérée ; dès 1991, le Bureau [de la concurrence] dispensait à ses agents une formation très pointue et à long terme en partenariat avec la FTC et le ministère américain de la Justice et organisait de nombreux séminaires d'experts, préparés par l'Office fédéral allemand des cartels (*Bundeskartellamt*). Il a également œuvré en faveur de l'évolution professionnelle permanente de son personnel en participant aux réunions de l'OCDE.

52. La **Hongrie** évoque le rôle de son examen par des pairs dans le processus de construction de son autorité de la concurrence (GVH) :

L'examen de la réforme de la réglementation en Hongrie mené par l'OCDE en 1999 a largement influé sur le « programme de développement » de la GVH. En Hongrie, la politique de la concurrence, ainsi que toutes les activités de la GVH, ont fait l'objet d'un examen par les pairs et donné lieu à des recommandations. Cet examen (aussi bien l'équipe envoyée en mission en Hongrie que le rapport rédigé) était non seulement approfondi et de grande qualité, mais a été mené au bon moment ... pour faire la différence. En outre, il a fourni des arguments pour faire pression sur les décideurs ne faisant pas partie de la GVH afin d'obtenir leur soutien.

La Hongrie a également employé la méthodologie de l'OCDE décrite dans la première partie de ce document à des fins d'évaluation et d'auto-amélioration.

53. Les pays en transition candidats à l'adhésion à l'UE ont tiré parti de leur association avec les États membres et avec la Commission au cours du processus dit de l'*acquis communautaire*. Le programme de jumelage de la Commission met en relation les États membres et les pays candidats afin de faciliter l'élaboration de différentes politiques publiques dans le pays candidat. Le Programme de consultation à l'intention des nouvelles autorités de la concurrence établi par l'ICN suit une logique analogue.

54. Les **Pays-Bas**, économie de marché en phase de maturité, ont répondu au questionnaire en qualité de jeune agence, dans la mesure où la législation néerlandaise sur la concurrence a été adoptée pendant la période de 20 ans visée par le questionnaire. C'est pourquoi ce pays constitue un cas unique. Il a rencontré moins de difficultés à ses débuts que les jeunes autorités des pays en développement. Néanmoins, la NMA,

l'autorité néerlandaise de la concurrence, a dû relever des défis. Sa description du processus suivi pour recruter son personnel peut être utile à d'autres pays.

La première étape suivie par la NMa pour recruter son personnel a été de répertorier les agents du ministère intéressés par un poste au sein du nouvel organisme. Le groupe d'étude a organisé des entretiens avec les candidats, à la suite de quoi des personnes compétentes ont été nommées. Dans un second temps, une campagne a été menée auprès de la population active afin de trouver du personnel qualifié. Les agents provenant du ministère ont été incités (notamment par des incitations financières) à rechercher des candidats qualifiés potentiels parmi leurs connaissances personnelles. Cette stratégie s'est révélée payante dans la mesure où les nouvelles recrues se sont bien intégrées à l'agence, et étaient motivées et compétentes.

La **Tunisie** a elle aussi largement puisé dans les effectifs d'autres organismes publics, avant d'organiser des formations poussées destinées aux nouvelles recrues.

### **Culture et défense de la concurrence**

*Veillez décrire les efforts déployés les premières années par votre autorité pour promouvoir une culture de la concurrence dans votre pays. Ces efforts ont-ils produit des résultats mesurables ? Quelle résistance avez-vous rencontrée ?*

55. Partout, la culture de la concurrence faisait défaut au moment où la nouvelle autorité a pris ses fonctions. De nombreux pays ont engagé des programmes pour y remédier, en recourant aux mesures habituelles : publication des décisions, rapports annuels, réglementations et directives ; création d'un site Internet ; établissement de relations avec la presse ; discours et séminaires. Toutefois, les améliorations ont été lentes et sporadiques. Selon des observations empiriques, quelle que soit l'ampleur du programme mis en œuvre, il faut du temps avant qu'il ne produise ses effets. **El Salvador** et la **Papouasie-Nouvelle-Guinée**, deux autorités nouvelles, ont rapidement déployé d'impressionnants programmes de sensibilisation, mais avec des effets modestes les premières années. En revanche, la **Lituanie**, dont l'agence existe depuis beaucoup plus longtemps, a signalé des progrès sensibles.

La diffusion de la culture de la concurrence, la sensibilisation du public et l'éducation des entreprises et des consommateurs en faisant largement connaître les prescriptions de la loi sur la concurrence comptent parmi les principales réussites à porter au crédit du Conseil de la concurrence.

56. **L'Afrique du Sud** a suivi une approche innovante dans ce domaine. Elle a créé, au sein de la Commission de la concurrence, une division distincte chargée de l'application du droit, investie du mandat spécifique d'« encourager, de faciliter et de contrôler le respect volontaire des dispositions légales par les milieux d'affaires ». L'autorité hongroise a elle aussi mis en place une telle unité. En Afrique du Sud, cette division était responsable de toutes les activités d'éducation et de sensibilisation de la Commission. Ses efforts ont été couronnés de succès, en dépit des obstacles rencontrés. Elle a ainsi eu du mal à nouer des relations de travail avec des instances de réglementation sectorielle établies de plus longue date, qui se sont opposées à ce que la Commission « empiète » sur leur domaine. À la différence de la plupart des pays où les consommateurs n'attendaient pas grand-chose de la nouvelle autorité de la concurrence, les consommateurs sud-africains en espéraient trop. Ils comptaient sur elle pour contrôler les prix, par exemple, et pour imposer des sanctions plus sévères que la loi ne l'y autorisait.

57. À chaque fois, les circonstances que rencontrait l'autorité d'un pays pour promouvoir une culture de la concurrence étaient uniques. La réponse de l'**Indonésie** est intéressante à cet égard et décrit comment elle a surmonté un obstacle :

Nous avons d'emblée rencontré des difficultés du fait que le public percevait la KPPU comme une . . . institution [dotée de pouvoirs excessifs] jouant plusieurs rôles à la fois : enquêteur, agent de police, procureur et juge. En effet, la KPPU travaillait en toute indépendance à l'égard des autres organismes publics. Toutefois, grâce à ses efforts de communication et aux résultats obtenus dans l'application du droit, la perception du public a commencé à changer ; aujourd'hui, la KPPU est considérée comme une institution importante pour le développement économique du pays.

58. En **Tunisie**, les progrès ont été lents après l'adoption de la législation sur la concurrence en 1995. Cela s'explique en partie par les malentendus, parmi les entreprises, concernant l'objet du droit de la concurrence et les avantages pouvant en découler :

. . . des difficultés persistent au niveau de la méfiance des entreprises qui préfèrent passer par l'administration pour régler leur différend au lieu de porter les affaires devant le conseil. Cette méfiance se justifie, selon ces entreprises, par la protection de leur réputation commerciale au cas où une sanction serait infligée et même par le coût et la longueur de la procédure contentieuse.

59. Les nouvelles autorités ont compris qu'il était essentiel, pour forger une culture de la concurrence, de convaincre les consommateurs des avantages que la concurrence peut leur procurer. Néanmoins, **El Salvador** et la **République tchèque** ont signalé des difficultés pour coopérer avec des organisations de défense des consommateurs plus solidement établies dans leur pays. La **Jamaïque** a connu un problème différent. La nouvelle Commission de la concurrence a décidé à juste titre qu'elle devait apparaître comme une agence au service des consommateurs, avant de conclure qu'elle avait consacré trop de ressources aux affaires de protection des consommateurs et pas assez aux questions de concurrence.

Cette situation a produit des effets délétères sur la Commission avant son dixième anniversaire dans la mesure où la connaissance qu'avaient les entreprises locales du droit et de la politique de la concurrence était très limitée. . .

60. Quelques contributions soulignent un aspect essentiel à prendre en compte pour développer une culture de la concurrence : les discours, séminaires et sites Internet ne sont pas suffisants. L'autorité doit aussi démontrer qu'elle applique le droit avec efficacité. La **République tchèque** insiste sur ce point et constate l'effet favorable sur l'opinion publique produit par l'issue positive des poursuites intentées contre les ententes dans le secteur du café, des services de taxi et de télédiffusion des matchs de football.

La décision [dans le secteur du football], qui autorise les chaînes de télévision à enregistrer les matchs de football, a montré à des millions d'amateurs de ce sport les avantages concrets procurés par une application efficace du droit de la concurrence, et convaincu le grand public de la pertinence des interventions du Bureau de la concurrence.

61. Il en va de même de l'intervention réussie en faveur de la concurrence auprès des instances de réglementation sectorielle. L'**Indonésie** souligne les initiatives de sensibilisation déployées par la KPPU dans le secteur aérien qui ont permis de faire baisser les prix au bénéfice des consommateurs.

## Affaires et enquêtes liées au comportement – abus de position dominante et accords restrictifs

*Quels problèmes avez-vous rencontrés les premières années lors des enquêtes et des poursuites liées à des cas d'abus de position dominante ou d'accords restrictifs ne constituant pas une entente, et comment y avez-vous fait face ? Quels succès avez-vous connus et selon vous, quels sont les facteurs qui y ont contribué ?*

*Quelles difficultés avez-vous rencontrées lors de l'élaboration d'un programme de lutte contre les ententes, et comment y avez-vous fait face ? Combien de temps a-t-il fallu pour que votre programme commence à porter ses fruits ?*

62. Les nouvelles autorités de la concurrence ont rencontré trois obstacles quasi universels à une mise en œuvre efficace des dispositions législatives relatives au comportement : (1) des outils d'investigation et des pouvoirs de sanction inappropriés, (2) des compétences insuffisantes de la part des spécialistes et (3) une absence de sensibilisation du public à la législation et aux avantages qu'elle procure aux consommateurs, et partant, une faible coopération avec les enquêteurs dans ces affaires. Le premier point a été amélioré dans la plupart des pays grâce à l'adoption de lois nouvelles et modifiées. Des progrès ont été réalisés sur les deuxième et troisième points dans bien des pays, mais souvent avec lenteur.

### *Abus de position dominante*

63. Là encore, la situation des pays en transition au regard des cas d'abus de position dominante est particulière. Les nouvelles autorités de la concurrence ont hérité d'une économie précédemment caractérisée par des monopoles d'État dans de nombreux secteurs. Certains étaient toujours en place, sous forme d'entités publiques ou de structures nouvellement privatisées. Les dispositifs réglementaires faisaient défaut dans divers secteurs. Ainsi, les affaires d'abus de position dominante, mettant souvent en cause des entreprises publiques, ont prédominé au cours des premières années ainsi que l'explique la **Lettonie** :

Les manquements à la Loi sur la concurrence étaient essentiellement imputables aux entreprises publiques et municipales, qui étaient majoritairement des monopoles naturels. Il est à noter que l'un des principaux objectifs de [la] Loi sur la concurrence était de faire en sorte que les monopoles d'État ne nuisent pas à la concurrence et que le Conseil de la concurrence la mette en œuvre sans tenir compte de l'actionnariat des entreprises fautives.

Dans les pays en transition, la situation était plus complexe car un grand nombre de ces affaires impliquaient des pratiques alléguées d'exploitation d'une position dominante, notamment des prix excessifs, désormais considérées comme difficiles à réprimer et, en définitive, improductives au regard du rétablissement de la concurrence. Au fil des ans, toutefois, avec la fin du processus de privatisation et le développement du secteur privé, la fréquence des affaires d'abus de position dominante a diminué dans ces pays.

64. La **Pologne** et d'autres pays en transition se sont heurtés les premières années au fait que l'autorité de la concurrence n'avait guère la liberté de rejeter les plaintes des parties privées qui étaient manifestement dépourvues d'intérêt.

D'après l'expérience de l'OCCP, dans 80 % des affaires découlant d'une demande d'une entreprise, aucun manquement à la législation antitrust n'a pu être établi. La nouvelle solution [énoncée dans une modification apportée à la législation sur la concurrence en 2007], dans une large mesure, a raccourci les procédures. Elle a aussi permis au Bureau de définir ses priorités d'action dans les secteurs de l'économie où il est essentiel d'agir.

65. La **République tchèque** décrit une autre situation existant dans divers pays en transition. La première loi qu'elle a introduite a créé une présomption de position dominante fondée sur la part de marché (dans le cas de la République tchèque, 30 %) et imposé aux entreprises détenant une part de cet ordre d'en informer le Bureau de la concurrence ou de s'inscrire auprès de lui. Le Bureau a ainsi dû consacrer beaucoup de temps et de ressources à faire respecter cette obligation d'information. À la longue, il est apparu que ces règles étaient arbitraires et impossibles à mettre en œuvre, et elles ont été supprimées lors de la première modification apportée à la loi.

66. Ailleurs, le nombre d'affaires d'abus de position dominante paraissait relativement faible, vraisemblablement parce que ce sont celles où il est le plus difficile de faire aboutir les enquêtes et les poursuites. **Singapour** présente le problème en ces termes :

Fin novembre 2008, la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) n'avait encore statué dans aucune affaire d'abus de position dominante ou d'accord restrictif ne constituant pas une entente. Concernant les enquêtes pour abus de position dominante, la Commission a des difficultés à définir le marché de produits concerné ou à déterminer le type d'abus commis dans certaines affaires. Il arrive que le comportement allégué ne corresponde pas aux formes d'abus ou aux cas de jurisprudence couramment observés et que des facteurs propres à l'affaire rendent son évaluation complexe. À cet égard, la Commission énonce les théories possibles au regard des préjudices occasionnés avant de demander des informations aux parties, et consulte des gestionnaires de dossiers expérimentés d'autres juridictions plus confirmées.

67. Les pays n'ont pas été invités à analyser les affaires, mais ceux qui l'ont fait ont décrit les cas d'abus de position dominante à l'aide de théories différentes et parfois controversées. Les trois premières affaires traitées en **Algérie** concernaient des abus de position dominante impliquant des pratiques discriminatoires. L'**Afrique du Sud** décrit une affaire de prix excessifs et une autre de discrimination. La première portait sur des médicaments antirétroviraux, et bien qu'une analyse stricte de la concurrence n'eût peut-être pas permis de prouver l'existence d'un comportement illicite, celui-ci a été retenu au vu de l'épidémie de sida que connaît le pays. Dans l'affaire de discrimination, aucun manquement n'a pu être établi en définitive par les tribunaux, mais on peut noter l'objectif affiché dans la législation sur la concurrence de protéger les petites et moyennes entreprises.

68. Le **Chili** décrit les difficultés qu'il a rencontrées dans les affaires d'abus de position dominante. Il semble que dans ce pays, certaines pratiques pouvant faire l'objet de poursuites pour abus de position dominante soient protégées par des droits constitutionnels ou de la propriété garantissant la liberté d'entreprise. L'autorité de la concurrence (FNE) s'est aussi heurtée à la résistance des autorités de tutelle, pour des motifs juridictionnels, lorsqu'elle a engagé des poursuites pour abus de position dominante dans les secteurs relevant de leur compétence.

#### *Ententes*

69. La majorité des pays ont eu du mal à concevoir rapidement un programme de lutte active contre les ententes. Certains ont connu des succès précoces dans leur lutte contre les ententes conclues par naïveté (la première année, la **République tchèque** a engagé des poursuites dans 15 cas), mais cela n'a pas duré. La plupart des législations initiales sur la concurrence n'avaient pas prévu les outils nécessaires : les perquisitions-surprises étaient interdites et les sanctions disponibles n'étaient pas suffisamment sévères. Plusieurs pays ont adopté un programme de clémence, mais la plupart n'ont pas eu d'effet immédiat, soit parce que la menace de sanctions drastiques n'était pas crédible, soit parce que le programme lui-même présentait des lacunes (transparence insuffisante ou incertitude quant aux conditions à remplir pour bénéficier du programme, par exemple).

70. Dans de nombreux pays, la situation a commencé à changer. Les nouvelles législations prévoient des outils plus indiqués. Les programmes de clémence ont été adaptés, et commencent à produire des résultats. Les pays qui signalent des progrès croissants dans leur lutte contre les ententes sont notamment l'**Afrique du Sud**, l'**Algérie**, le **Brésil**, la **Bulgarie**, **El Salvador**, la **Hongrie**, **Israël**, la **Lituanie**, la **Pologne**, la **République tchèque**, **Singapour** et la **Slovénie**. En Afrique du Sud, par exemple :

Quelques années après sa création, la Commission de la concurrence sud-africaine (CCSA) s'est parfois vu reprocher de s'attacher davantage à réglementer les fusions qu'à enquêter sur les pratiques restrictives ou tenter de les empêcher. À l'époque, l'autorité de la concurrence était plus connue pour ses décisions concernant des opérations de fusion-acquisition que pour ses efforts visant à détecter et à réprimer les comportements d'entente dommageables. Pour résoudre ce problème, la Commission de la concurrence a élaboré en 2004 une politique de clémence à l'égard des entreprises (*Corporate Leniency Policy*, ou CLP), visant à mettre en évidence les ententes injustifiables. De plus, elle a lancé une campagne d'information sur sa CLP et reçu sa première demande en janvier 2007. Depuis, la Commission a reçu une dizaine de demandes de clémence et a également revu sa politique pour qu'elle soit davantage axée sur l'utilisateur. La Commission considère la CLP comme un outil extrêmement performant pour détecter les ententes et engager des poursuites.

71. Les **Pays-Bas** ont mis au point plus rapidement leur programme de lutte contre les ententes. L'autorité néerlandaise de la concurrence (NMa) a tiré parti de la mise au jour, peu après sa création, d'une vaste et complexe entente dans le secteur de la construction. Les poursuites engagées à son encontre lui ont donné une excellente occasion de renforcer ses compétences.

72. D'autres pays demeurent à la traîne, même s'ils sont de plus en plus conscients des raisons justifiant les efforts à déployer et disposés à les entreprendre.

## **Fusions**

*Si votre nouvelle législation ne prévoyait aucun contrôle des fusions, avez-vous rencontré des problèmes parce que vous ne disposiez pas de ce pouvoir ? Quels avantages vous confère, le cas échéant, cette absence de contrôle des fusions ?*

*Si vous disposez d'un pouvoir de contrôle, avez-vous été confrontés à des problèmes de ressources durant vos premières années d'activité ? En d'autres termes, les ressources que vous avez dû consacrer à l'examen des fusions ont-elles dépassé le niveau que vous jugiez efficient ? Dans l'affirmative, quelles mesures avez-vous prises ? Dans la négative, comment avez-vous évité cet écueil ?*

*Si vous disposez d'un pouvoir de contrôle, cela a-t-il représenté une part importante et utile de l'activité de votre organisme durant ses premières années d'existence ? Quels succès avez-vous connus lors de la mise en œuvre de votre programme de contrôle des fusions et quelles difficultés avez-vous rencontrées ?*

73. Parmi les pays répondants, seules la **Jamaïque** et l'**Indonésie** ne disposaient pas de pouvoir de contrôle des fusions. En Indonésie, une réglementation des fusions a été rédigée, mais elle n'a pas encore été approuvée. Dans sa réponse, la Jamaïque déplore cette absence de contrôle.

Selon le personnel, le fait d'être dépourvu de cette compétence risque de saper les progrès que nous avons réalisés dans d'autres domaines de l'application du droit de la concurrence. À ce stade, notre crainte dans l'immédiat est que notre incapacité à examiner les fusions n'entame la confiance du public dans l'aptitude de la Commission à préserver son bien-être. Nous faisons tout particulièrement référence aux évolutions intervenues récemment sur le marché de la télévision payante (par câble) en Jamaïque, où un nouveau venu a étoffé sa clientèle en rachetant plusieurs

prestataires de services historiques. Dans certains cas, ces acquisitions ont abouti à des monopoles et à un renchérissement de l'abonnement pour les consommateurs. En mars 2008, les protestations du public contre les effets des acquisitions ont atteint leur paroxysme. Rien n'empêchant le nouveau venu de racheter des concurrents dans certaines des régions où il exerçait ses activités, l'absence d'intervention de la part de la Commission a été considérée à tort par le public comme une preuve de son manque d'empressement, plutôt que comme notre incapacité à agir dans l'intérêt de la concurrence et du bien-être des consommateurs. Cette inquiétude s'étend à d'autres secteurs où les fusions ont été consommées sans avoir été examinées par la Commission, par exemple dans l'assurance-maladie et la banque de dépôt.

74. Dans d'autres pays, le contrôle des fusions évolue. Les règles de notification changent, de même que les procédures d'examen et les normes de fond. Au **Brésil**, par exemple, le processus de contrôle des fusions était lent et inefficace. La situation a évolué en 2003.

Récemment, en 2003, une « procédure accélérée » a été introduite pour les affaires simples, libérant ainsi des ressources. Actuellement, 75 % des affaires sont examinées selon cette procédure simplifiée, et des ressources supplémentaires peuvent donc être mobilisées pour des affaires plus complexes. De plus, la Commission n'a cessé de restreindre le champ des examens obligatoires, afin d'éviter que soient notifiés des cas affichant une probabilité négligeable de nuire à la concurrence.

75. Là encore, certains aspects du contrôle des fusions sont communs aux pays en transition. Plusieurs d'entre eux ont immédiatement entrepris d'examiner les opérations en raison des programmes de privatisation engagés sur leur territoire. Leurs procédures d'examen étaient cependant inefficaces. Parfois, les règles de notification reposaient sur la part de marché, un indicateur connu pour son imprécision dans ce contexte. Dans bien des pays, les seuils de notification étaient trop bas, de sorte que les notifications étaient trop nombreuses. Ces imperfections ont néanmoins été gommées avec le temps. Pour les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne, ce processus a impliqué une refonte des programmes de contrôle des fusions, afin de les mettre en conformité avec ceux de la Commission européenne et d'appliquer des normes de fond cohérentes. Le cas de la **République slovaque** est particulièrement révélateur.

Au tout début, après la création du Bureau, 60 % environ de ses capacités étaient consacrées aux fusions. Cette situation, due à des seuils de notification des fusions relativement bas, était aussi liée à la vague de privatisations observée en République slovaque au début des années 90.

S'agissant des critères de notification en vigueur lorsque le Bureau a commencé ses activités, il convient de préciser que la part de marché constituait l'un des seuils de notification possibles – les entreprises étaient tenues de signaler une fusion lorsque la part de marché atteignait 20 %, puis ce seuil a été porté à 25 %.

Compte tenu . . . de l'absence de transparence de la part de marché en tant que critère de notification, depuis 2004, les critères de notification des fusions aux termes de la Loi sur la protection de la concurrence ne sont plus fondés sur la part de marché.

La forte baisse du nombre de fusions notifiées, revenu de 200 à 250 par an à 70 environ, est également liée à l'adhésion de la République slovaque à l'Union européenne en 2004.

76. Quoi qu'il en soit, certains pays, en transition ou non, continuent de batailler pour fixer les seuils de notification qui conviennent. L'**Afrique du Sud** est l'un d'eux. Elle a vu le nombre de notifications progresser de 143 % depuis 2002-03 et elle craint qu'il ne double de nouveau d'ici 2010. Elle propose donc

de relever les seuils. Néanmoins, les pays n'ont pas tous connu ce problème, en particulier ceux qui ont lancé leurs programmes récemment. **El Salvador** a fixé des seuils de notification suffisamment élevés pour ne pas avoir à en examiner un trop grand nombre. **Singapour** a tiré parti d'un report de la mise en œuvre du contrôle des fusions de 18 mois après avoir commencé à appliquer sa législation. Il a pris cette décision :

. . . afin de laisser aux entreprises et aux juristes le temps de se familiariser avec le droit de la concurrence à Singapour. La Commission de la concurrence (CCS) a ainsi pu gérer ses ressources avec plus d'efficacité au cours de ses premières années d'exercice, en concentrant ses efforts sur les enquêtes relatives aux accords anticoncurrentiels et aux abus de position dominante, ainsi que sur la défense et la promotion de la concurrence. Des agents ont été détachés auprès de la Commission australienne de la concurrence et de la défense des consommateurs (*Australian Competition and Consumer Commission*), de la Commission de la concurrence britannique et de la Commission du commerce néozélandaise, afin de se renseigner sur l'évaluation des fusions et d'être suffisamment armés avant l'entrée en vigueur du régime applicable aux fusions.

77. Dans trois pays répondants ayant mis en place un contrôle des fusions, à savoir le **Chili**, la **Papouasie-Nouvelle-Guinée** et **Singapour**, les notifications ne sont pas obligatoires. Cela réduit également la charge de travail associée à l'examen des notifications, même si à l'évidence, cela peut aussi susciter d'autres problèmes, notamment une incapacité à instruire les dossiers relatifs à des fusions anticoncurrentielles avant que celles-ci se concrétisent. Le Chili décrit une difficulté tenant à ses procédures, à savoir que toutes les fusions problématiques doivent être résolues par son tribunal de la concurrence, ce qui ne semble guère efficient. À cet égard, certains pays font spécifiquement observer qu'il est utile de mettre en place des procédures de consultation préliminaire des parties à la fusion, au sujet des obligations de notification et des questions de fond soulevées par l'opération.

78. Tous les pays ayant introduit le contrôle des fusions le jugent utile et important. La **Zambie** a eu et a toujours beaucoup de mal à établir un programme de mise en œuvre, mais elle a relativement mieux réussi en ce qui concerne les fusions.

La Commission a accompli un travail considérable dans le domaine des fusions et c'est dans ce secteur qu'elle a connu d'éclatantes réussites. Des fusions ont été notifiées dans de nombreux secteurs de l'économie. La plupart ont été validées, et les cas de rejet sont rares.

79. La **Lettonie** est aussi un pays où l'autorité a bataillé durant ses premières années, mais qui a accompli un travail précieux en matière de fusions :

. . . [Les premières années] le contrôle des fusions représentait une part significative des activités de l'autorité, les opérations réalisées à l'époque étant d'une importance considérable pour la poursuite du développement des marchés concernés. Un autre avantage de ce contrôle réside dans les informations recueillies par l'autorité sur différents marchés.

La Lettonie n'est pas le seul pays à noter qu'elle a tiré un avantage indirect de son programme de contrôle des fusions, à savoir une collecte d'informations sur divers marchés et secteurs qui lui est précieuse pour des affaires ultérieures, à la fois en matière de comportement et de fusions.

## Recours judiciaires

*Les décisions prises par votre organisme peuvent-elles donner lieu à un recours devant les tribunaux ? Dans l'affirmative, êtes-vous satisfaits de votre taux de réussite dans ces procédures ? Du délai nécessaire pour trancher les affaires qui ont été portées devant la justice ? Si vous avez rencontré des*

*problèmes, quelles en sont les raisons, selon vous ? Si vous avez connu des succès, quels sont les facteurs qui y ont contribué ?*

*Votre organisme a-t-il conçu un programme pour dialoguer avec les juges et les aider à se familiariser avec l'analyse de la concurrence ? Dans l'affirmative, veuillez en donner une brève description.*

80. Les réponses à la première question sont idiosyncratiques, puisque chaque système judiciaire est unique. Dans certains pays, des recours ont été formés devant des juridictions de droit commun. Dans d'autres, le tribunal de première instance est une juridiction d'attribution, qui traite tantôt exclusivement des affaires liées à la concurrence (**Afrique du Sud, Chili, Israël, Pays-Bas, Pologne**), tantôt essentiellement des affaires commerciales (**Jamaïque, République tchèque** (les premières années), **Singapour**). Il semble que dans un premier temps, les systèmes fondés sur des tribunaux d'attribution aient connu moins de problèmes, ce qui n'a peut-être rien de surprenant. Le délai courant jusqu'à la décision définitive était plus court, les résultats mieux argumentés, ainsi que le note l'**Afrique du Sud** :

Dans les affaires transférées de la Commission de la concurrence vers le Tribunal de la concurrence (CTSA), l'autorité de la concurrence n'a pas rencontré de problème quant au délai nécessaire au CTSA pour rendre une décision, peut-être parce que la Commission et le Tribunal traitent exclusivement de la concurrence. Les membres du CTSA qui statuent dans des affaires liées à la concurrence doivent posséder les compétences requises en économie ou en droit pour remplir leurs fonctions et ils continuent de se former au gré de leur travail.

81. La **République tchèque** représente un laboratoire intéressant, car avant 2003, les recours dans les affaires de concurrence pouvaient être formés uniquement auprès d'une division (ou « collègue ») de la Haute cour, au sein de laquelle un juge se consacrait exclusivement aux affaires liées à la concurrence. À partir de 2003, les recours formés dans ces affaires étaient examinés dans un premier temps par une juridiction régionale de droit commun.

En résumé, la République tchèque a expérimenté d'une part une juridiction à un degré, strictement spécialisée et centralisée de tribunaux chargés des affaires de concurrence (jusqu'en 2002) et de l'autre, un système de juridiction à deux degrés, généraliste et partiellement décentralisée. Ces deux systèmes présentent des avantages et des inconvénients. Compte tenu de la complexité et de la faible fréquence des affaires portant sur la concurrence, une certaine spécialisation peut s'avérer nécessaire. Mais dans le même temps, si cette spécialisation est trop forte (de sorte qu'un seul collègue statue dans toutes les affaires ayant trait à la concurrence), une conception unique risque de dominer sans qu'il soit réellement possible d'y remédier.

82. Néanmoins, les pays dans lesquels les recours sont formés devant des tribunaux de droit commun n'ont pas tous signalé des difficultés. L'**Albanie**, la **Bulgarie**, la **Hongrie**, la **Lituanie** et la **Roumanie** ont connu des succès devant ces juridictions. D'autres se montrent moins positifs, comme la **République slovaque** :

Dans les affaires importantes [devant le tribunal de première instance, une cour régionale, la] Cour annule les décisions du Conseil du Bureau, bien que dans la majorité des cas, les défaillances du Bureau au cours de la procédure ne soient pas clairement identifiées et la Cour ne formule pas d'avis juridique particulier. L'autre point négatif réside dans les allègements infondés et disproportionnés des sanctions imposées. Le manque d'expérience des juges en matière de droit de la concurrence et, partant, [leurs] . . . décisions empêchent toute application efficace des règles de la concurrence.

83. **El Salvador** indique que les recours judiciaires constituent son « principal problème ». Les retards sont la norme. Aucune affaire ayant fait l'objet d'un recours durant l'existence de cette jeune autorité n'a été tranchée. La **Lettonie** connaît également de sérieuses difficultés avec les tribunaux. Au cours de l'existence bien plus longue de cette autorité, 59 décisions ont donné lieu à un recours, et 10 seulement ont été tranchées. Au **Brésil**, il faut 7 à 10 ans pour statuer sur une affaire. L'expérience de la **Jamaïque** est mitigée. En 2003, une réforme judiciaire a accéléré le processus de décision, connu pour sa lenteur. Néanmoins, les décisions rendues dans les affaires liées à la concurrence n'étaient pas toujours suffisamment argumentées. Jugées sans importance, les affaires de concurrence n'étaient guère prioritaires aux yeux des juges. Les tribunaux ont parfois poussé à des règlements considérés comme déraisonnables par l'autorité de la concurrence (FTC). La FTC s'est vu imposer des frais de dossier qu'elle était dans l'impossibilité d'acquitter.

84. Les recours judiciaires ont posé des difficultés considérables au **Mexique** de 2000 à 2004. Toutefois, la CFC a récemment obtenu de bien meilleurs résultats devant les tribunaux, en partie grâce aux modifications de sa législation sur la concurrence mentionnées ci-dessus, mais elle s'est aussi livrée à une introspection pour résoudre le problème.

Notre expérience montre que les critères de sélection des affaires sont d'une importance capitale pour une autorité de la concurrence. Avec la pratique, la qualité des affaires jugées recevables s'est améliorée, ainsi que celle des analyses réalisées par la CFC. Notre taux de réussite devant les tribunaux a sensiblement augmenté, en grande partie parce que nous avons tenté de comprendre pourquoi nous avons perdu dans certaines des affaires initiales. Outre les enseignements que nous avons tirés de nos erreurs, nous prenons désormais l'initiative devant les tribunaux, et nous nous attachons activement à présenter notre point de vue durant toute la procédure et à faire mieux comprendre les problèmes liés à la concurrence aux membres du pouvoir judiciaire.

85. Tout bien considéré, on pourrait dire que les problèmes judiciaires ont tendance à s'estomper avec le temps. Dans certains pays, cette amélioration est le fruit d'une vaste réforme du système judiciaire (**Jamaïque, Lettonie, Slovaquie**). Les systèmes judiciaires des pays qui ont fait du chemin vers l'adhésion à l'Union européenne ont tiré parti de ce processus et de la pertinence des décisions des tribunaux de l'UE (**Bulgarie, Hongrie, République tchèque, Roumanie, Slovaquie**). Il est aussi possible que cette amélioration se soit tout simplement produite parce que les juges et les tribunaux se sont familiarisés avec les affaires portant sur la concurrence (**Fédération de Russie, Indonésie, Ukraine**).

86. À cet égard, la majorité des pays sont conscients de l'importance des programmes en cours afin de familiariser les juges aux principes de la concurrence et se sont dotés de programmes de ce type sous une forme ou une autre. La **Fédération de Russie** indique que les juges de droit commun avaient du mal à saisir des concepts comme la définition du marché et la position dominante, et que les liens existant entre le droit de la concurrence et le Code civil russe les laissaient perplexes.

De ce point de vue, l'autorité de la concurrence a fait tout son possible pour organiser des réunions conjointes avec les juges, afin d'expliquer les particularités du droit de la concurrence en vue de parvenir à une position commune du monde judiciaire sur l'interprétation du droit de la concurrence russe. Ce travail a abouti à l'adoption, lors de la séance plénière de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie, de deux documents décisifs : une lettre d'information intitulée « Examen des pratiques de règlement des différends en matière de lutte contre les monopoles » (1998) et la Décision « sur certaines questions d'administration de la législation antitrust pour les tribunaux arbitraux » (juin 2008), qui coïncident avec la vision qu'a l'autorité de la concurrence de la majorité des aspects fondamentaux de l'interprétation du droit de la concurrence.

## Ressources

*Votre organisme était-il doté de ressources, financières et humaines, suffisantes pour démarrer ses activités d'application du droit de la concurrence ? Disposait-il de ressources pour se développer les années suivantes ? Si vous jugiez votre budget inapproprié, quelles stratégies avez-vous déployées pour l'étoffer ?*

87. Aucun pays, à l'exception des **Pays-Bas**, n'estime avoir eu de ressources adéquates au départ. Les carences ont surtout touché les effectifs. Un budget inadapté impliquait des salaires peu élevés, et donc une forte rotation du personnel. Le cas de la **Lituanie** illustre bien cette situation :

Le Conseil de la concurrence s'est aussi heurté à la rotation des effectifs – c'est-à-dire à la difficulté de garder des experts en son sein. Ce problème tenait en partie aux disparités de salaire entre les employés de l'Administration du Conseil de la concurrence et les autres salariés des secteurs public et privé. Les employés du Conseil de la concurrence percevaient des rémunérations inférieures à celles des agents occupant des fonctions comparables au sein des ministères. Ainsi, de nombreux experts extrêmement compétents, attirés par des salaires plus élevés, sont partis vers d'autres organismes ou vers le secteur privé.

88. De plus, qu'elles aient disposé ou non des fonds voulus, les autorités ont souvent manqué de collaborateurs disposant des qualifications nécessaires. Ce fut le cas de l'**Afrique du Sud**, qui a fait face au problème de plusieurs façons :

L'une des entraves initiales était le manque d'expertise juridique et économique en matière de droit de la concurrence. Le Comité de la concurrence (*Competition Board*), l'ancêtre du Conseil de la concurrence (*Competition Council*), était un organisme relativement restreint dépourvu des pouvoirs prévus par la Loi sur la concurrence de 1998. Même si le Conseil de la concurrence avait gardé plusieurs employés expérimentés du Comité, il a fallu organiser pour l'ensemble du personnel une formation approfondie sur les questions liées à la concurrence. Le Conseil a donc lancé un programme de formation sur 6 mois avant de démarrer ses activités. Une fois en exercice, il a engagé un programme afin que des consultants travaillant au sein d'autorités de la concurrence établies assistent des employés du Conseil dans leurs enquêtes relatives aux plaintes déposées et dans les évaluations des fusions. Le Conseil de la concurrence a aussi lancé plusieurs initiatives de renforcement des capacités pour tenir les employés en poste au courant des dernières évolutions de la concurrence.

89. Avec le temps, la plupart des organismes qui avaient démarré avec des financements insuffisants ont noté une amélioration, mais celle-ci n'a pu se faire sans un certain cheminement. Les progrès ont en effet été réalisés à mesure que la culture de la concurrence se développait dans le pays, comme en **Bulgarie** :

Lors de sa création, la Commission de la protection de la concurrence (CPC) disposait de maigres ressources, financières et humaines, au regard de la tâche difficile qui lui incombait – protéger la concurrence et les intérêts des opérateurs économiques dans tous les secteurs de l'économie bulgare. Toutefois, en menant une politique de la concurrence ferme et en favorisant l'émergence d'une culture de la concurrence, la CPC a su convaincre l'élite politique et la société dans son ensemble de l'importance de sa mission et les années suivantes, son budget a atteint un niveau approprié.

90. **Israël** a souligné les liens existant entre la réussite perçue d'une autorité de la concurrence et son budget :

Il semble qu'il y ait une certaine corrélation entre l'efficacité de l'autorité de la concurrence et la volonté des pouvoirs publics de la doter de ressources supplémentaires. Depuis la création de l'IAA en 1994, on a observé un net gonflement des effectifs et du budget, essentiellement parce qu'elle est désormais considérée comme un organisme efficace et professionnel qui obtient des résultats dans des affaires pénales et administratives et en matière de contrôle des fusions et de sensibilisation. En conséquence, les jeunes autorités de la concurrence doivent impérativement s'efforcer d'atteindre des résultats significatifs le plus rapidement possible.

91. Dans la quasi-totalité des pays répondants, les ressources des organismes demeurent soumises à des contraintes sous une forme ou une autre, et elles le resteront sans doute inévitablement dans un avenir proche, comme pour leurs homologues plus anciens dans d'autres pays. Si tous les organismes s'emploient à accroître leur budget, ils doivent aussi utiliser leurs deniers avec la plus grande efficacité possible. C'est ce qu'a fait le **Mexique** :

Compte tenu de la pénurie permanente des ressources de la CFC, il s'est avéré nécessaire de prendre des mesures pour les utiliser de façon plus efficace et d'obtenir l'appui d'organisations internationales bilatérales et multilatérales sous forme de programmes de coopération. Ces mesures englobaient aussi une restructuration interne, et la promotion de la collaboration entre spécialistes de disciplines différentes, et le renforcement du travail d'équipe.

### **Indépendance**

*En tant qu'organisme récent, avez-vous eu le sentiment d'être suffisamment indépendants ? Dans la négative, quelles en sont les raisons, selon vous, et quelles mesures avez-vous prises pour y remédier ?*

92. Les pays répondants ne perçoivent pas l'indépendance comme un problème. Ils se répartissent pratiquement à parts égales entre ceux dont l'autorité est un organisme distinct, indépendant d'un quelconque ministère, et ceux où elle fait partie de l'administration. Quoi qu'il en soit, aucun pays n'a déclaré souffrir d'un manque d'indépendance opérationnelle – c'est-à-dire de l'aptitude à statuer sur les affaires sans ingérence des pouvoirs publics. Certains ont exprimé des inquiétudes quant à leur manque de prise sur leur budget (**République slovaque, Ukraine**). Quelques pays ont précisé qu'ils n'avaient pas été suffisamment indépendants durant leurs premières années d'exercice, mais que cela a été le cas par la suite, généralement grâce à une nouvelle législation (**Afrique du Sud, Lettonie, Lituanie, République slovaque**).

### **Cinq actions essentielles ; cinq pièges**

*Veillez citer (a) les cinq actions essentielles que vous recommanderiez à une nouvelle autorité de la concurrence pour bien démarrer ses activités et (b) les cinq pièges qu'elle doit éviter.*

93. Pour les pays ayant répertorié les cinq actions essentielles à leurs yeux, on distingue trois priorités qui ont été recommandées par de nombreux pays : (1) s'employer à forger une culture de la concurrence (soit l'un des aspects de la défense de la concurrence) ; (2) s'attacher à développer et à garder les ressources humaines ; et (3) promouvoir de bonnes relations et la cohérence de l'action menée avec d'autres organismes publics et autorités de réglementation sectorielle (un deuxième volet de la défense de la concurrence). Parmi les autres recommandations formulées par plusieurs pays figurent : développer la coopération avec d'autres autorités de la concurrence et prestataires d'assistance technique ; définir des priorités ; obtenir un budget adapté ; s'assurer que la législation est bien conçue et confère les pouvoirs nécessaires ; nouer des relations de travail avec les juges ; acquérir l'indépendance.

94. Les pays ont été moins nombreux à répondre à la seconde partie de la question concernant les cinq pièges, sans doute parce qu'elle faisait pendant à la première : les erreurs les plus graves sont

commises par omission – c'est-à-dire parce qu'on a manqué de faire ce qui était jugé essentiel. Les réponses corroborent cette affirmation.

95. Les **États-Unis** ont répondu en qualité d'organisme arrivé à maturité. Ils se sont concentrés sur la dernière question – les recommandations et les pièges essentiels. Parmi leurs recommandations positives figurent des références à des thèmes familiers : les ressources humaines, la définition des priorités, le développement d'une culture de la concurrence et la mise en place d'outils d'enquête et de sanctions appropriés. Ils ont également formulé des observations intéressantes sur la sélection des affaires :

Les ressources devraient être réservées aux affaires dont on peut dire selon toute probabilité que faute d'intervention de l'autorité de la concurrence, le comportement en question portera préjudice au bien-être des consommateurs et/ou à l'efficacité économique. Les économistes sont formés pour évaluer des questions relatives à l'impact du comportement sur le bien-être des consommateurs ou sur l'efficacité ; sans leur contribution, la mise en œuvre risque d'être inefficace. Les juristes, en revanche, sont formés pour se demander si des preuves suffisantes démontrent l'existence d'un manquement, comment constituer un dossier qui résiste à l'examen d'une cour ou d'un tribunal indépendant et si les droits de la défense et les règles de procédure ont été observées. Sans leur contribution, la mise en œuvre risque encore une fois d'être inefficace. Il est donc capital de mettre en place une structure organisationnelle qui associe précocement les disciplines juridique et économique dans le processus décisionnel.

96. S'agissant des pièges, les États-Unis ont recommandé d'empêcher les « stimuli externes » – notifications de fusion et plaintes privées insignifiantes en trop grand nombre – de détourner l'autorité de ses objectifs principaux ; de ne pas essayer d'utiliser le droit de la concurrence pour soigner tous les maux de la société ; de ne pas recourir aux amendes à l'exclusion d'autres mesures correctrices de nature à améliorer la concurrence ; et de ne pas négliger d'autres instances, dont les tribunaux et le pouvoir législatif.

97. Le **Japon**, dont l'autorité est également en phase de maturité, a aussi souligné l'importance d'une application ferme de la loi :

La principale tâche incombant à une autorité de la concurrence est de faire strictement respecter la législation en la matière. Il ne suffit pas d'interdire les activités anticoncurrentielles ; il faut aussi les détecter et y mettre un terme en se fondant sur le droit de la concurrence. Au Japon, entre 1955 et 1970 environ, la mise en œuvre de l'AMA était en sommeil et certains observent que le manque de rigueur de l'application de la loi durant cette période a produit des effets si négatifs que les chefs d'entreprise considèrent depuis lors les manquements à l'AMA comme des infractions mineures, ce qui se traduit aujourd'hui par des ententes et des truquages des offres sans fin. Il convient de faire activement appliquer le droit de la concurrence en traitant les affaires-types qui influent sur l'économie nationale ou locale, tout en disposant des pouvoirs d'enquête voulus pour détecter les activités illicites, ainsi que de sanctions efficaces pour mettre un terme à ces activités.

### III. CONCLUSIONS

98. Les nouvelles autorités de la concurrence sont confrontées à des défis nombreux et divers. La majorité sinon la totalité de ces défis trouvent leur origine dans une situation fondamentale existant dans un pays novice en politique de la concurrence : l'absence de culture de la concurrence. Au-delà, un des obstacles identifiés par les pays répondants est très fréquemment cité : le développement des ressources humaines. Les pays ont des difficultés à trouver, attirer et fidéliser des collaborateurs compétents, pour plusieurs raisons, dont le budget de l'autorité, l'importance du vivier de talents existant dans le pays,

l'expérience, la formation et la perception de l'autorité comme un lieu de travail intéressant et attrayant. L'assistance technique assurée par des pays plus expérimentés et par des organismes internationaux peut jouer un grand rôle à cet égard.

99. Les réponses au questionnaire fournissent de nouvelles indications précieuses sur d'autres sujets. Le contrôle des fusions était jadis considéré comme un problème pour les nouvelles autorités de la concurrence. Certains experts estimaient qu'il était tout à fait inutile dans les petites économies et dans tous les cas, qu'il risquait de mobiliser les maigres ressources au détriment de tâches plus importantes. La quasi-totalité des répondants évoquent néanmoins leur expérience du contrôle des fusions en des termes positifs. Parmi ses avantages figure la visibilité, qui peut contribuer à renforcer la culture de la concurrence. Les affaires de fusion ayant abouti peuvent montrer au public les bienfaits qu'il peut tirer d'une politique de la concurrence efficace. Il est néanmoins essentiel que les pays fixent les règles de notification et les seuils qui conviennent.

100. Hormis l'expérience des pays en transition au cours des premières années, les jeunes autorités se sont débattues avec des affaires d'abus de position dominante, parce que les faits sont difficiles à démontrer dans ce type d'affaires et que les théories s'appliquant au comportement d'une seule entreprise demeurent incertaines. Bien que les questionnaires n'aient pas apporté d'éléments empiriques, il semble que le taux d'occurrence des affaires d'abus de position dominante diminue.

101. L'inverse est néanmoins vrai dans les affaires d'entente. De nombreux pays commencent à surmonter les obstacles auxquels ils se heurtaient précédemment dans leurs programmes de lutte contre les ententes – inadéquation des outils d'enquête et de sanction, expérience insuffisante et faible soutien du public pour les poursuites à l'encontre des ententes. Les programmes de clémence commencent à porter leurs fruits et le nombre d'affaires d'entente semble croître, bien que là encore, les réponses ne contiennent pas d'éléments empiriques attestant cette tendance.

102. Il est difficile de tirer des conclusions universelles sur la politique de la concurrence et les tribunaux. La situation diffère d'un pays à l'autre. Apparemment, l'examen juridique des affaires liées à la concurrence n'obéit pas à un modèle unique et privilégié. Quoi qu'il en soit, lorsqu'on constate des problèmes significatifs dans ce domaine, dont le plus important est l'extrême lenteur des procédures, les effets produits sur l'application du droit de la concurrence sont désastreux. La résolution de ces problèmes peut ne pas entrer dans les attributions de l'autorité de la concurrence – lorsque cela exige une réforme en profondeur du système judiciaire, par exemple – mais l'autorité doit s'efforcer d'améliorer ses résultats devant les tribunaux en procédant à une sélection plus fine des affaires et en faisant mieux valoir son point de vue.

103. Obtenir un financement adéquat reste d'une importance décisive pour l'ensemble des autorités, qu'elles soient jeunes ou non. Comme la plupart des autres défis à relever pour assurer une application efficace des règles, cela passe par un renforcement de la culture de la concurrence. Les autorités doivent néanmoins saisir toutes les occasions d'accroître l'efficacité en interne. Enfin, l'indépendance de l'organisme chargé de la mise en œuvre compte aussi, mais les réponses au questionnaire indiquent qu'il ne s'agissait pas d'un problème notable pour les nouvelles autorités.

104. Par conséquent, la recette du succès pour appliquer le droit de la concurrence est désormais relativement bien définie : commencer par introduire une législation adaptée, définir les priorités, élaborer des procédures internes efficaces et transparentes, obtenir un budget adéquat, mettre rapidement l'accent sur la défense de la concurrence, afin de développer une culture de la concurrence et d'influer sur les décisions des pouvoirs publics et des autorités de réglementation sectorielle qui ont un impact sur la concurrence, acquérir des compétences dans la mise en lumière des ententes et dans les poursuites à leur encontre, concevoir un programme efficace de contrôle des fusions, procéder à une sélection minutieuse

des affaires et élaborer un programme pour dialoguer avec les juges au sujet de la politique de la concurrence.

105. Mais même en suivant la recette à la lettre, la réussite ne sera ni rapide, ni aisée. Il faudra du temps et des efforts soutenus. William Kovacic a émis un commentaire sur ce point :

Il est . . . déraisonnable d'escompter des résultats significatifs au bout de 5 ou 10 ans. Les donateurs et les prestataires d'assistance technique devraient savoir que la mise en place de l'organisme voulu tient plus du marathon que du sprint<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Kovacic, *Lucky Trip*, *supra*, n° 5, p. 324.

ANNEXE

**QUESTIONNAIRE SUR LES DÉFIS QUE DOIVENT RELEVER LES JEUNES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE**

**I. Pays ayant activement mis en œuvre une législation sur la concurrence sur une période relativement brève**

**A. Structure de l'autorité et tâches préliminaires**

Il s'agit d'un moment unique dans la vie d'une autorité de la concurrence – mettre en place un nouvel organisme et le préparer à appliquer une nouvelle législation. Il faut par exemple recruter des dirigeants, des cadres et des agents administratifs, trouver des locaux et du matériel, définir des objectifs et des priorités pour les premiers mois et les premières années, établir des procédures internes et édicter des réglementations et des directives de mise en œuvre de la nouvelle législation.

1. *Veillez décrire comment vous avez mené à bien cette phase de conception. Quels ont été vos réussites et vos échecs ?*

**B. Culture et défense de la concurrence**

Mettre en place une culture de la concurrence dans un pays novice en matière d'application de la concurrence – sensibiliser le public à la politique de la concurrence et aux travaux de l'autorité et obtenir son soutien en leur faveur – est déterminant pour la réussite de la politique de la concurrence. Dans ces pays, cette culture n'existe pas et l'autorité joue un rôle éducatif important en contribuant à son développement.

2. *Veillez décrire les efforts déployés les premières années par votre autorité pour promouvoir une culture de la concurrence dans votre pays. Ces efforts ont-ils produit des résultats mesurables ? Quelle résistance avez-vous rencontrée ?*

**C. Affaires et enquêtes liées au comportement – abus de position dominante et accords restrictifs**

Au départ, enquêter sur des comportements et instruire des affaires dans ce domaine peut s'avérer difficile. L'autorité de la concurrence et les entreprises sont peu coutumières des normes juridiques et de preuve créées par la loi, et les enquêteurs n'ont guère l'expérience des affaires de ce genre. Les outils d'enquête (recueil des faits) et les pouvoirs de sanction (amendes et mises en demeure) prévus par la nouvelle législation ne sont pas toujours adaptés aux tâches considérées. Les procédures de traitement des dossiers peuvent être lourdes et inefficaces.

3. *Quels problèmes avez-vous rencontrés les premières années lors des enquêtes et des poursuites liées à des cas d'abus de position dominante ou d'accords restrictifs ne constituant pas une entente, et comment y avez-vous fait face ? Quels succès avez-vous connus et selon vous, quels sont les facteurs qui y ont contribué ?*
4. *Quelles difficultés avez-vous rencontrées lors de l'élaboration d'un programme de lutte contre les ententes, et comment y avez-vous fait face ? Combien de temps a-t-il fallu pour que votre programme commence à porter ses fruits ?*

#### **D. Fusions**

Certains pays, notamment les plus petits, ont choisi de ne pas intégrer le contrôle des fusions dans une nouvelle législation sur la concurrence. Selon leurs conclusions, cela mobiliserait des ressources trop importantes par rapport aux avantages qui pourraient en découler en termes de concurrence. Ils réservent parfois ce contrôle à second temps. Cependant, la majorité des pays mettent d'emblée en place un contrôle des fusions. Pour certains, les phases initiales de ce programme se déroulent sans heurts majeurs. D'autres ont néanmoins rencontré des difficultés en raison de procédures d'examen inefficaces, de régimes de notification trop vastes ou de l'application aléatoire de règles de fond.

5. *Si votre nouvelle législation ne prévoyait aucun contrôle des fusions, avez-vous rencontré des problèmes parce que vous ne disposiez pas de ce pouvoir ? Quels avantages vous confère, le cas échéant, cette absence de contrôle des fusions ?*
6. *Si vous disposez d'un pouvoir de contrôle, avez-vous été confrontés à des problèmes de ressources durant vos premières années d'activité ? En d'autres termes, les ressources que vous avez dû consacrer à l'examen des fusions ont-elles dépassé le niveau que vous jugiez efficient ? Dans l'affirmative, quelles mesures avez-vous prises ? Dans la négative, comment avez-vous évité cet écueil ?*
7. *Si vous disposez d'un pouvoir de contrôle, cela a-t-il représenté une part importante et utile de l'activité de votre organisme durant ses premières années d'existence ? Quels succès avez-vous connus lors de la mise en œuvre de votre programme de contrôle des fusions et quelles difficultés avez-vous rencontrées ?*

#### **E. Recours judiciaires**

Dans la plupart des pays, les décisions de l'autorité de la concurrence peuvent donner lieu à un recours devant les tribunaux. Les systèmes judiciaires varient d'un pays à l'autre. Dans certains, les affaires relatives à la concurrence font l'objet d'un recours, du moins en première instance, auprès d'un tribunal disposant d'une compétence d'attribution limitée aux affaires de concurrence ou plus généralement aux affaires commerciales. Dans d'autres, les affaires relevant de la concurrence sont jugées par des juridictions de droit commun. Si dans certains pays, les procédures judiciaires se déroulent relativement en douceur et de façon prévisible, ailleurs, l'examen judiciaire représente un obstacle majeur à la mise en œuvre efficiente et efficace du droit de la concurrence. Les juges sont parfois peu au fait des principes de l'analyse de la concurrence. L'autorité peut perdre un nombre inacceptable de ses affaires devant les tribunaux. Les procédures judiciaires peuvent être bien trop lentes, faisant échec dans les faits à l'application de la loi.

8. *Les décisions prises par votre organisme peuvent-elles donner lieu à un recours devant les tribunaux ? Dans l'affirmative, êtes-vous satisfaits de votre taux de réussite dans ces procédures ? Du délai nécessaire pour trancher les affaires qui ont été portées devant la justice ? Si vous avez rencontré des problèmes, quelles en sont les raisons, selon vous ? Si vous avez connu des succès, quels sont les facteurs qui y ont contribué ?*
9. *Votre organisme a-t-il conçu un programme pour dialoguer avec les juges et les aider à se familiariser avec l'analyse de la concurrence ? Dans l'affirmative, veuillez en donner une brève description.*

### **F. Ressources**

Toutes les autorités de la concurrence sont confrontées à des problèmes de budget. Les nouvelles autorités peuvent être particulièrement vulnérables sur ce point, car selon toutes probabilités, ceux qui fixent leur budget ne saisissent pas bien la mission de l'organisme ou ne l'apprécient pas à sa juste valeur.

- 10. Votre organisme était-il doté de ressources, financières et humaines, suffisantes pour démarrer ses activités d'application du droit de la concurrence ? Disposait-il de ressources pour se développer les années suivantes ? Si vous jugiez votre budget inapproprié, quelles stratégies avez-vous déployées pour l'étoffer ?*

### **G. Indépendance**

Les autorités de la concurrence doivent être aussi indépendantes que possible vis-à-vis des autres instances publiques et des intérêts particuliers, tant en termes de budget que de gestion ou d'application de la loi.

- 11. En tant qu'organisme récent, avez-vous eu le sentiment d'être suffisamment indépendants ? Dans la négative, quelles en sont les raisons, selon vous, et quelles mesures avez-vous prises pour y remédier ?*

### **Conclusion**

- 12. Veuillez citer (a) les cinq actions essentielles que vous recommanderiez à une nouvelle autorité de la concurrence pour bien démarrer ses activités et (b) les cinq pièges qu'elle doit éviter.*

## **II. Pays ayant activement mis en œuvre une législation sur la concurrence sur une période plus longue**

- 1. Pour chacun des points A à G de la partie I ci-dessus, en vous fondant sur l'expérience acquise en mettant en œuvre votre droit de la concurrence et sur vos échanges avec des pays commençant à appliquer une législation, donnez votre point de vue sur les pratiques exemplaires que devraient adopter les nouvelles autorités de la concurrence.*
- 2. Veuillez citer (a) les cinq actions essentielles que vous recommanderiez à une nouvelle autorité de la concurrence pour bien démarrer ses activités et (b) les cinq pièges qu'elle doit éviter.*