

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

Forum mondial sur la concurrence

INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE - DES INTENTIONS AUX PRATIQUES

-- Note de Allan Fels et Hilary Jennings --

1 et 2 décembre 2016

Ce document préparé par Allan Fels (Professeur à l'Université de Melbourne, Monash & Oxford et ancien Président de la Commission australienne de la concurrence et des consommateurs) et par Hilary Jennings (Consultante en concurrence et régulation, Jennings Consulting) est une note de référence en vue de la session 3 de la 15ème réunion du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE tenu les 1-2 décembre 2016.

Les opinions exprimées et les arguments avancés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur
www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm*

Veillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson pour toute question concernant ce document [tél. : +33 1 45 24 18 77 -- courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03418190

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE : QUELLES CONSÉQUENCES SI ELLES NE SONT PAS INDÉPENDANTES ? LEUR INDÉPENDANCE PRÉSENTE-T-ELLE DES INCONVÉNIENTS ?

-- Par le Professeur Allan Fels et Hilary Jennings --*

1. L'indépendance des autorités de la concurrence est généralement jugée comme un élément déterminant de leur légitimité à assurer leur mission de mise en application efficace du droit de la concurrence. Dans certains pays pourtant, le concept d'organismes de réglementation indépendants et autonomes peut être incompatible avec les normes ou systèmes publics. Dans ces circonstances, il est peu probable que les régimes destinés à prémunir l'autorité de la concurrence contre l'ingérence du pouvoir politique et d'autres intérêts extérieurs soient très pertinents. Quelle est, dans ce cas, la meilleure façon de s'assurer que l'autorité de la concurrence remplisse efficacement sa mission de réglementation, et comment garantir sa légitimité et celle du régime de concurrence lorsque le cadre de gouvernance publique ne prévoit pas son indépendance totale ?

2. L'intégrité et la légitimité nécessitent de mettre en place des mécanismes visant à assurer l'équilibre des pouvoirs. En particulier, s'il est impossible d'assurer l'indépendance des autorités de la concurrence, alors il sera nécessaire d'accorder plus d'importance aux principes d'équité procédurale et de transparence pour garantir la légitimité et l'efficacité du processus décisionnel.

3. Les partisans de l'indépendance des autorités de la concurrence négligent souvent certains inconvénients potentiels qui en découlent, notamment une capacité à mobiliser inférieure à ce qu'une structure rattachée à l'appareil gouvernemental pourrait faire. Pour celles qui sont confrontées à de nombreuses défaillances réglementaires ou à des entreprises publiques sclérosées, le fait d'être rattachées au cadre administratif peut contribuer à améliorer la politique de la concurrence, du moins dans bon nombre de cas.

1. Principe des organismes de réglementation indépendants

4. Les organismes de réglementation sont dotés de pouvoirs leur permettant d'élaborer des règles ou de les mettre en application, pouvoirs qui découlent de leurs fonctions, mais aussi de mandats et d'objectifs définis. Ils sont censés exercer ces pouvoirs pour atteindre les objectifs ultimes qui leur sont impartis. Les organismes de réglementation incarnent ainsi un modèle de pouvoirs publics décentralisés. Si les ministères ou organismes publics traditionnels sont normalement censés se soumettre aux autorités politiques du pays, telles que ministres ou dirigeants politiques représentant le pouvoir exécutif au sein du gouvernement, ils jouissent pour leurs affaires courantes d'une grande autonomie opérationnelle et budgétaire. Les organismes de réglementation indépendants vont encore plus loin et constituent un système

* Allan Fels, Professeur honoraire à l'université de Melbourne, afels@unimelb.edu.au ; Hilary Jennings, Consultante en concurrence et régulation, Jennings Consulting, hilary@jennings-consulting.co.uk.

de garanties pour un marché ou une situation donnée qui se substitue à l'intervention ou à l'influence traditionnelle des pouvoirs publics¹.

5. Comme pour d'autres organismes publics, la réglementation par le biais d'autorités de la concurrence indépendantes est un moyen de garantir et de promouvoir l'efficacité du marché, et de protéger les consommateurs². La mise en place d'organismes de réglementation indépendants découle de la volonté de rassurer : les décisions réglementaires sont prises de manière compétente et intègre, et elles ne sont pas influencées par des considérations politiques de court terme ou des intérêts privés. La recherche universitaire justifie de différentes manières la délégation des pouvoirs réglementaires. Premièrement, c'est un moyen de réduire les coûts du processus décisionnel, car les organismes spécialisés et techniques élaborent des politiques et parviennent à des résultats avec une efficacité et une neutralité inégalables par la classe politique³, mais aussi de faire éventuellement gagner du temps et économiser de l'énergie aux pouvoirs législatif et exécutif pour identifier et convenir des améliorations souhaitables de la législation⁴. Deuxièmement, c'est une forme de délégation qui facilite le rejet de la responsabilité : la classe politique délègue des missions susceptibles d'être dommageables ou gênantes, mais les conserve si le coût d'opportunité politique est positif⁵. Troisièmement, c'est un moyen de surmonter le problème de la cohérence temporelle d'un engagement crédible : des règlements spécifiques ont plus de chances de s'inscrire dans la durée, notamment avec les changements de gouvernement et de politique, et du fait surtout de l'orientation souvent court-termiste des gouvernements élus⁶.

6. Indépendants ou non, les organismes de réglementation peuvent être vus dans la plupart des cas comme des agents du pouvoir politique qui les mandate, que ce soit pour la gestion des affaires courantes ou pour la réalisation d'objectifs à plus long terme. Cela peut donner à penser que le concept d'une autorité de la concurrence totalement indépendante est une contradiction. Dans la pratique pourtant, il est toujours spécifique au contexte et largement influencé par l'approche comportementale de l'autorité elle-même. L'évolution de la réglementation dans un pays donné dépend du contexte historique de la relation entre concurrence et réglementation, ainsi que de l'équilibre entre les besoins actuels de la réglementation économique concernée (c'est-à-dire la réglementation administrée par des organismes spécialisés en vertu d'un mandat législatif) et les traditions constitutionnelles⁷. Cela étant, si le contexte est déterminant pour les solutions adoptées dans toute la palette de régimes de réglementation d'un pays donné, la tendance

¹ Groupe de travail sur la gestion de la réglementation et de la réforme réglementaire de l'OCDE, *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation* (n.4) 33, 72.

² Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, (Oxford University Press 2012), 4-7.

³ T.M. Moe, « The New Economics of Organization » (1984), 28, *American Journal of Political Science*, 739-77.

⁴ Giandomenico Majone, « Strategy and Structure the Political Economy of Agency Independence and Accountability », Groupe de travail sur la gestion de la réglementation et de la réforme réglementaire de l'OCDE, *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation: Proceedings of an Expert Meeting in London, UK 10-11, janvier 2005* (2005), 130, <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf>.

⁵ M. Fiorini, « Legislative Choice of Regulator Forms » (1982), 39, *Public Choice*, 33-66.

⁶ B. Levy, P. Spiller, « The Institutional Foundations of Regulatory Commitment » (1994), 10, *Journal of Law, Economics and Organization*, 201-246.

⁷ Giandomenico Majone, « Strategy and Structure the Political Economy of Agency Independence and Accountability », (n 4), 128-130.

globale de réglementation des marchés va vers des organismes de réglementation totalement indépendants, qui sont vus comme un composant nécessaire d'une gouvernance efficace dans les pays industrialisés⁸.

7. Les avantages généralement associés à l'indépendance des autorités de la concurrence sont une plus grande légitimité, mais aussi des décisions plus cohérentes et de meilleure qualité. Cela contribue à rassurer sur l'impartialité du régime et la crédibilité de l'autorité de la concurrence, ce qui renforce à son tour l'acceptabilité politique de la loi et de son application. L'indépendance permettant d'atteindre les objectifs du droit et de la politique de la concurrence est donc perçue comme très importante, malgré la quantité limitée (mise en évidence par l'OCDE) de données empiriques étayant l'hypothèse selon laquelle elle contribue à renforcer l'efficacité des régimes de concurrence⁹. Cela n'a toutefois pas freiné l'enthousiasme en matière de promotion des autorités de la concurrence indépendantes comme le dispositif institutionnel le plus à même de garantir la réalisation des objectifs du droit et de la politique de la concurrence.

2. Raison d'être des autorités de la concurrence indépendantes

8. L'indépendance des organismes vis-à-vis du processus politique est désormais jugée nécessaire pour garantir un régime de concurrence efficace¹⁰. C'est un moyen d'assurer qu'ils prennent des décisions objectives, libres de l'influence d'intérêts politiques et privés, en appliquant le droit et l'analyse économique aux circonstances spécifiques de l'affaire, conformément aux principes admis en matière de politique de la concurrence¹¹.

9. Le consensus en faveur de l'indépendance des autorités de la concurrence s'est développé au fil des années. Comme le souligne le président du Comité de la concurrence de l'OCDE, Frédéric Jenny, la plupart des délégués siégeant au comité il y a une vingtaine d'années étaient des représentants ministériels. Aujourd'hui, ce sont principalement des représentants d'autorités de la concurrence indépendantes qui,

⁸ Voir, par exemple, les Principes de bonnes pratiques de l'OCDE de 2014 sur la gouvernance des régulateurs, selon lesquelles : « L'existence d'un régulateur indépendant est importante pour renforcer la certitude et la stabilité réglementaires. C'est particulièrement le cas quand il s'agit d'un régulateur de marché. », *La gouvernance des régulateurs : Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation* (Éditions OCDE 2014), p. 50, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/4214062e.pdf?expires=1481712601&id=id&accname=guest&checksum=9571CE6D5265A03042633BC6CB6C97E0>.

⁹ OCDE, *Indépendance des autorités de la concurrence - des intentions aux pratiques - Note de référence par le Secrétariat* (2016), 6-7, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2016\)5&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2016)5&docLanguage=Fr)

¹⁰ Voir par exemple : Secrétariat de la CNUCED, *L'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence* (CNUCED 2008), http://unctad.org/fr/docs/c2clpd67_fr.pdf ; John Clark, « Plaidoyer pour la concurrence : défis pour les pays en développement » (2005), vol. n°4, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence* ; Giorgio Monti, « Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network » (2014), *EUI Working Paper No 2014/1* ; Abel Mateus, « Why Should National Competition Authorities Be Independent and How Should They Be Accountable? » (2007), 3(1), *European Competition Journal*.

¹¹ William E. Kovacic, « Competition Agencies, Independence and the Political Process », dans Josef Drexler, Wolfgang Kerber and Rupperecht Podszun (dir. pub.), *Competition Policy and the Economic Approach* (Edward Elgar 2011).

pour la plupart, ne relèvent plus du pouvoir exécutif¹². Cette disposition générale parmi les pays de l'OCDE, selon laquelle l'indépendance des organismes constitue de bonnes pratiques pour les régimes de concurrence, est confortée par l'intégration de ce critère dans les indicateurs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE, qui mesure l'efficacité et la portée des régimes de concurrence¹³.

10. Les autorités de la concurrence sont elles-mêmes très favorables à une plus grande indépendance. La Commission européenne a par exemple adopté en 2014 une Communication dans laquelle, entre autres actions destinées à favoriser un véritable terrain de concurrence au sein de l'UE, elle préconise l'instauration de garanties minimales assurant l'indépendance des autorités nationales de la concurrence de l'UE¹⁴. Les contributions des pays membres et non membres de l'OCDE à la table ronde 2016 du FMC mettent en évidence l'importance que la plupart des autorités de la concurrence accordent à l'indépendance et détaillent les garanties législatives et spécifiques en place à cet effet. Elles attirent aussi l'attention sur l'affranchissement des organismes de la supervision du pouvoir exécutif, mais aussi sur l'évolution récente de la législation et des pratiques destinées à renforcer leur indépendance relative, ce qui constitue une preuve supplémentaire de leur autonomie¹⁵. Compte tenu de l'opinion largement répandue selon laquelle l'indépendance et l'autonomie contribuent à légitimer les actions des autorités de la concurrence, il n'est pas étonnant que celles-ci tiennent à se montrer à la hauteur de cette bonne pratique reconnue.

3. Rayon d'action des organismes de réglementation indépendants

11. Le concept d'instances et autorités de la concurrence indépendantes englobe une vaste palette de dispositifs institutionnels et opérationnels, des organismes structurellement et opérationnellement indépendants aux organismes placés sous la responsabilité d'un ministre ou ministère et soumis à une forme quelconque de surveillance ou d'instructions générales émanant du pouvoir exécutif ou du système parlementaire.

12. L'indépendance structurelle (c'est-à-dire formelle ou *de jure*) implique que l'autorité de la concurrence soit une entité juridique distincte et non rattachée à un ministère, que son président et les membres de son organe de décision soient nommés pour une durée définie et qu'ils ne puissent être révoqués sans motif légitime. Dans certains cas, le budget de l'autorité n'est pas financé par les pouvoirs publics, mais plutôt par une taxe sectorielle ou un pourcentage des amendes infligées. Dans le modèle ministériel, l'autorité de la concurrence est rattachée à un ministère, ce qui implique une probabilité accrue d'intervention politique et d'orientations émises par le pouvoir exécutif dans ses affaires courantes, sa dépendance budgétaire et la possibilité que son président soit révoqué à discrétion. Différentes structures

¹² Frédéric Jenny, « Institutional Designs of Competition Authorities: Debates and Trends », dans Frederic Jenny et Yannis Katsoulacos (dir. pub.), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects* (Springer 2016), 1-57.

¹³ OCDE, « New Indicators of Competition Law And Policy in 2013 For OECD And Non-OECD Countries », *Documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE*, n°1104, ECO/WKP(2013)96, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP\(2013\)96&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP(2013)96&docLanguage=En)

¹⁴ *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil*, « Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives », COM (2014) 453 et les documents de travail qui l'accompagnent : « Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 », SWD (2014), 230 et « Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues », SWD (2014), 231.

¹⁵ Voir les contributions au Forum mondial 2016 de l'OCDE sur la concurrence, Session III, Indépendance des autorités de la concurrence - des intentions aux pratiques, disponible sur : <https://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>

institutionnelles existent entre ces deux modèles et sont assorties d'une plus ou moins grande indépendance opérationnelle (ou *de facto*).

13. Quel que soit le positionnement de l'organisme dans l'appareil d'État, l'indépendance opérationnelle implique qu'il ait la possibilité de décider des affaires sur lesquelles enquêter et des actions et solutions de mise en œuvre adéquates à adopter. Elle suppose aussi que la durée de mandat et les motifs de révocation de son président soient limités et convenus à l'avance, et que l'organisme soit libre de « formuler des commentaires et de participer par ailleurs aux affaires réglementaires et des pouvoirs publics et, dans le cadre de ces activités, de prendre des positions indépendantes de celles tenues par d'autres instances publiques et privées »¹⁶. Quoi qu'il en soit, l'indépendance résulte davantage des actions effectivement mises en œuvre par l'organisme que de sa simple conception structurelle.

14. En principe et/ou en pratique, certaines autorités de la concurrence peuvent être soumises à la surveillance ou aux instructions d'ordre général du pouvoir exécutif. Le degré de surveillance peut aller de la coordination des activités de l'organisme sans prendre directement part à ses décisions, à une intervention ou décision active concernant chaque affaire, que ce soit en externe ou par le biais d'une représentation ministérielle au sein de l'organe de décision. Le pouvoir exécutif peut donner des instructions sur l'application générale du droit ou d'autres questions politiques ou budgétaires applicables à tous les organismes publics. Dans plusieurs pays membres de l'UE, un ministère peut charger l'autorité nationale de la concurrence de mener des études de marché ou d'autres analyses de la concurrence, ce que cette dernière ne serait autrement pas en capacité d'initier elle-même, même si le résultat de ces études n'est pas dicté par le ministère¹⁷.

15. Dans certains pays, les pouvoirs publics peuvent dicter la manière dont le régime de concurrence s'inscrit dans leurs priorités économiques globales, tout en reconnaissant la capacité des organismes à fixer en toute indépendance leurs propres priorités opérationnelles. En 2013, les pouvoirs publics britanniques ont publié un « document d'orientation stratégique » consultatif de haut niveau à destination de la nouvelle Autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA), dans lequel ils exposent leur vision des priorités stratégiques censées guider le travail de cette dernière¹⁸. Dans ce cas, la publication de l'avis des pouvoirs publics sur les objectifs généraux de la nouvelle autorité de la concurrence a rendu ouverte et transparente une communication qui aurait autrement été occulte.

16. Les pouvoirs publics peuvent aussi imposer aux organismes de traiter en priorité des affaires médiatisées ou relevant de certains secteurs. Par exemple, le Congrès américain est depuis longtemps à l'affût de la hausse des cours pétroliers et des prix à la pompe. Au Royaume-Uni, préoccupé par la dominance de la grande distribution dans la filière agroalimentaire et son impact sur les petits producteurs et le secteur agricole, le gouvernement a fait pression sur l'Office of Fair Trading pour qu'il enquête sur le secteur. La CMA a également été incitée à intervenir en priorité dans les secteurs bancaire et énergétique britanniques, ce qui a peut-être été contraire à certains principes strictement économiques.

17. Dans les cas où le droit et la politique de la concurrence comportent des objectifs non concurrentiels, les pouvoirs publics peuvent continuer d'intervenir dans le processus décisionnel de leur autorité de la concurrence malgré l'indépendance théorique de cette dernière. Ces considérations d'intérêt

¹⁶ John Clark, « Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries » (n 10), 71.

¹⁷ Contribution de l'Union européenne au Comité de la concurrence de l'OCDE, *Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Agencies* (5 décembre 2014), 5 [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)107&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)107&doclanguage=en)

¹⁸ UK Department for Business, Innovation & Skills, *Competition Regime: Government Response to Consultation on CMA priorities* (2013), 10-12.

public vont de facteurs plus étroits non liés à la concurrence, comme la sécurité/défense nationale, la pluralité des médias et les services financiers, à des objectifs socioéconomiques ou de développement plus globaux, comme la promotion des petites entreprises, de l'emploi et de l'équité, la prévention des abus de pouvoir économique, le renforcement de la compétitivité internationale et le développement industriel.

18. Dans de nombreux pays, les pouvoirs publics peuvent intervenir dans le contrôle des concentrations. Cette intervention fait généralement suite à l'évaluation, par l'autorité de la concurrence, de l'impact de la concentration proposée sur la concurrence, et elle est fondée sur des dispositions d'intérêt général permettant l'annulation de la décision de l'autorité. Dans d'autres pays, l'intervention des pouvoirs publics dispense dès le départ l'autorité de la concurrence d'évaluer la concentration¹⁹. Même s'ils peuvent intervenir, dans la pratique, tous les organismes publics ne le font pas. On peut penser que plus le processus d'intervention est transparent et formalisé, par exemple en imposant aux pouvoirs publics d'intervenir publiquement et de préciser les intérêts supérieurs de politique publique, plus il limitera le recours à des exceptions fondées sur l'intérêt général dans les affaires de concentration.

19. L'indépendance est une notion complexe et multidimensionnelle. Dans la pratique, une autorité de la concurrence peut être rattachée à un ministère et être néanmoins plus indépendante qu'un organisme qui ne l'est pas. L'indépendance prévue par la loi n'est donc pas une garantie de liberté de comportement et de décision. Elle dépend d'une « culture de l'indépendance, une forte direction et des relations de travail appropriées avec les pouvoirs publics et les autres parties prenantes »²⁰. L'indépendance de l'autorité de la concurrence découle en grande partie du président et des membres nommés au sein de son organe de décision. À noter que la plupart des pouvoirs publics interviennent dans la sélection ou la nomination de ces individus. Par ailleurs, il semble peu probable que les pouvoirs publics nomment des individus avec lesquels ils ne peuvent pas travailler, même si le système de nomination est transparent et fondé sur des critères qualitatifs objectifs. Il est dans la nature humaine de privilégier les individus avec lesquels on a plus de chances d'entretenir de bonnes relations de travail, ce qui relève peut-être aussi du bon sens.

Le cycle de vie des autorités de la concurrence peut également influencer sur leur indépendance relative. Au début d'un régime de concurrence, une autorité de la concurrence nouvelle peut être rattachée de manière plus étroite à un gouvernement central et constituer une sous-unité d'un ministère. Cela peut être utile les premières années de son existence, pour qu'elle bénéficie d'un soutien politique visible et que cela facilite éventuellement son accès aux ressources complémentaires du ministère dont elle dépend. À mesure qu'elle s'impose dans son rôle de mise en application du droit de la concurrence et qu'elle instaure une culture de la concurrence, elle peut évoluer vers une plus grande autonomie, et devenir le cas échéant un organisme autonome doté de fonctions et pouvoirs plus importants.

20. Bien que différentes dispositions institutionnelles et opérationnelles favorisent l'indépendance des autorités de la concurrence, aucune n'est totalement indépendante. Leur efficacité à mettre en application le droit de la concurrence et à promouvoir une saine concurrence ne dépend pas du degré ni de la nature de leur indépendance des pouvoirs publics.

¹⁹ OCDE, *Considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations : Note de référence du Secrétariat* (2016), 14-15, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)3&docLanguage=En)

²⁰ OCDE, *La gouvernance des régulateurs : Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation* (n 8), 48.

4. Pas d'indépendance pour l'autorité de la concurrence ; quelles implications pour le régime de concurrence ?

21. Que se passe-t-il lorsque les organismes de réglementation ne sont pas indépendants ? Que faut-il faire dans ces circonstances ? Et cette indépendance structurelle et opérationnelle insuffisante signifie-t-elle nécessairement que les actions de l'autorité de la concurrence ne sont pas crédibles ?

22. Le fait est que les autorités de la concurrence opèrent dans une multitude de structures de gouvernance. Le contexte de ces différents processus politiques et structures administratives influence non seulement le choix du modèle réglementaire, mais aussi la manière dont les autorités de la concurrence mènent leurs missions. Le cadre de gouvernance et la culture politique d'un pays peuvent être tels que des organismes indépendants ne s'intégreraient pas dans le contexte administratif existant et ne seraient pas efficaces. De plus, la création d'organismes de réglementation indépendants, crédibles et efficaces nécessiterait de vastes réformes administratives et politiques, plutôt qu'ils viennent simplement se greffer sur un modèle structurel.

23. Les modèles réglementaires sont conçus pour s'intégrer à la structure de gouvernance globale d'un pays, que cela implique une séparation stricte des pouvoirs, un système parlementaire ou un régime dans lequel l'autorité est exercée par le parti au pouvoir ou le chef de l'État. Au sein de ces systèmes, le pouvoir de prendre des décisions réglementaires peut être conféré à un ministre, tandis que dans d'autres, les principaux pouvoirs décisionnels peuvent être attribués à une fonction définie dans la loi et exercée par le chef du cabinet du ministre ou un autre haut responsable au sein du ministère. L'organe de décision peut avoir le pouvoir de déléguer tout ou partie du processus décisionnel. L'autorité de la concurrence peut être considérée comme un organisme indépendant bien qu'elle soit rattachée à un département ministériel central (comme la DG Concurrence dans l'UE ou l'*Antitrust Division* du ministère américain de la Justice), car on lui a confié des missions spécifiques dont elle, et non l'organisation plus large, assume la responsabilité (bien qu'officiellement, les décisions de la DG Concurrence soient prises collectivement par l'ensemble des Commissaires européens). Dans les modèles où les autorités de la concurrence ne sont pas indépendantes au sein d'un système de réglementation fondé sur l'intervention ministérielle, leur fonction (qu'elles soient rattachées ou non au ministère) peut consister à enquêter sur des affaires et formuler des recommandations, mais la décision finale revient au ministre ou à son délégué officiel. Ce fut notamment le cas en Égypte jusqu'à ce que la loi soit modifiée en 2014 pour que ce soit l'organe de décision de l'autorité de la concurrence égyptienne, plutôt que le ministre compétent, qui soit habilité à engager des poursuites dans une affaire). Dans d'autres systèmes, l'autorité de la concurrence peut être l'organe de décision, mais dans une structure prévoyant la contribution d'autres départements, ministères, organismes de réglementation ou organismes publics (en Chine par exemple). On peut penser qu'un système dans lequel l'autorité de la concurrence n'a aucun pouvoir décisionnel offre une plus grande transparence qu'un autre où ses décisions peuvent être annulées par le pouvoir exécutif ou un ministère, ou dans lequel il y a une ambiguïté sur l'importance de l'avis d'autres organismes exerçant des fonctions non concurrentielles dans le processus décisionnel.

24. L'inaction de l'autorité de la concurrence ou du décideur est une conséquence logique de l'absence d'indépendance réelle ou perçue. En Amérique latine, dans de nombreux régimes, l'intervention de l'État et le protectionnisme, qui sont un héritage du passé, ont limité l'efficacité des autorités de la concurrence pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles et de restrictions de concurrence. Ces influences économiques et politiques de grande ampleur ont affecté l'indépendance et le pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites de nombreux organismes de la région, malgré l'existence d'un droit de la concurrence dans plusieurs pays depuis le début ou la moitié des années 1900²¹. Comme la

²¹ Eleanor Fox et D Daniel Sokol, « Introduction », dans Eleanor Fox et D Daniel Sokol (dir. pub.) *Competition Law and Policy in Latin America* (Hart Publishing 2009), 3-4.

contribution de l'Argentine à la table ronde 2016 du FMC de l'OCDE l'indique, malgré la loi 25.156 de 1999 prévoyant la création du Tribunal de défense de la concurrence (TDC), un nouvel organisme administratif destiné à remplacer la Commission nationale de défense de la concurrence (CNDC) et rattaché au Secrétaire au commerce et aux relations économiques internationales, le TDC n'a jamais été créé tandis que le contrôle politique de la CNDC a été durci²². En Thaïlande, l'autorité de la concurrence est soumise au contrôle direct du ministère et la commission chargée de sa supervision est composée d'hommes d'affaires influents, ce qui peut expliquer la faible volonté de développer un droit et une politique de la concurrence dans ce pays. Alors que quelque 85 dossiers ont été déposés à l'autorité de la concurrence depuis l'entrée en vigueur du droit de la concurrence en 1999, aucun n'a à ce jour débouché sur une décision finale²³.

25. L'autonomie d'une autorité de la concurrence peut être limitée s'il est nécessaire de consulter d'autres organismes publics. Cette obligation de consultation permet d'associer d'autres intervenants au sein du même ministère ou d'autres ministères, et d'avoir l'avis d'autres organismes de réglementation et organismes publics, soit parce qu'ils ont un intérêt dans la politique de la concurrence, soit parce que l'issue de l'affaire peut entrer en conflit avec d'autres intérêts politiques.

26. Les régimes prévoyant une procédure définissant explicitement le processus de consultation et les organes qui doivent être consultés garantissent une transparence accrue. La DG Concurrence de la Commission européenne publie son Manuel de procédures qui énonce le processus de consultations requises entre services en vertu des règles de procédure de la Commission²⁴. Au Royaume-Uni, le document d'orientation de la CMA sur les concentrations indique que le cas échéant, cette dernière peut (et dans certains cas, doit) contacter d'autres départements ministériels, organismes de réglementation, associations professionnelles et associations de consommateurs pour obtenir leur avis sur des affaires de concentration²⁵. Le document décrit le processus de consultation des organismes de réglementation sectoriels au sujet des concentrations intervenant dans leur secteur réglementé, ainsi que le processus d'information et de consultation destiné à obtenir l'avis de tierces parties dans le cadre de concentrations d'intérêt public²⁶. En Chine, le ministère du Commerce (MOFCOM) est tenu de consulter les départements ministériels concernés et d'autres tierces parties durant tout examen d'affaire de concentration²⁷. Le nom

²² Contribution de l'Argentine au Forum mondial 2016 de l'OCDE sur la concurrence, Session III, Indépendance des autorités de la concurrence - des intentions aux pratiques, disponible sur : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf)

²³ Bangkok Post, *Trade Competition Act to Get Revamp*, 5 février 2016, <http://www.bangkokpost.com/print/852660/>

²⁴ Règlement intérieur de la Commission, 24 février 2010 (C(2010)1200 final, et DG Concurrence *Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU* (2012), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

²⁵ En ce qui concerne les affaires de concentration dans des secteurs réglementés (eau, gaz, électricité, télécommunications, rail, aérien, santé et services financiers), les organismes de réglementation respectifs jouent un rôle formel ou informel. Dans la pratique, ils sont consultés par la CMA pour l'aider à prendre sa décision d'engager ou non des poursuites. Dans certaines circonstances, c'est la loi qui prévoit le rôle de l'organisme de réglementation de l'eau (Ofwat) et de celui des télécommunications (Ofcom).

²⁶ Competition and Markets Authority, *Mergers: Guidance on the CMA's Jurisdiction and Procedure* (2014), 7.13-7.16, chapitres 16 et 17, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf

²⁷ Ministère du Commerce (RPC), *Measures on the Review of Concentrations Between Business Operators*, Order No 12, 15 juillet 2009, articles 6-7.

des départements consultés n'est toutefois pas rendu public. Sans un processus clair, les départements ministériels consultés peuvent retarder le processus d'examen du MOFCOM. Les retards découlant de longues phases d'examen de concentration atteignent 154 jours en moyenne, y compris pour des concentrations présentant peu ou pas de risque anticoncurrentiel perceptible, ce qui est problématique²⁸. Cependant, l'introduction en avril 2014 d'un système d'examen simplifié a contribué à raccourcir sensiblement la phase d'enquête, et même si le processus accéléré prévoit encore une consultation des tierces parties, celle-ci ne peut désormais plus excéder dix jours²⁹.

27. Il peut être d'usage que le décideur sollicite les commentaires et avis d'autres départements ministériels. Une consultation peut également être nécessaire pour légitimer l'action du décideur. En Chine, le processus décisionnel au sein du gouvernement central nécessite la consultation et la coopération d'autres départements ministériels concernés, une procédure jugée normale qui est appelée « huiqian », ce qui signifie contresigner. Ce mécanisme de recherche d'un consensus est considéré comme important et les propositions de décision et de politique découlant de cette procédure ont plus de chances d'être ratifiées par le Conseil d'État, la plus haute autorité politique de Chine. Ainsi, si par exemple le MOFCOM doit prendre une importante décision concernant une concentration sans consulter d'autres départements concernés de manière appropriée, le gouvernement peut remettre en cause la légitimité de sa décision³⁰. L'architecture de gouvernance de la Chine prévoit des mécanismes de coordination intégrés, de sorte que les décisions des trois autorités de la concurrence doivent tenir compte des intérêts d'autres organismes publics. Cette volonté de trouver un consensus dans le système de réglementation chinois débouche sur un processus de négociation et d'équilibrage des intérêts en matière de concurrence qui, dans la plupart des cas, se déroule à huis clos³¹.

28. L'influence d'autres organismes publics sur les actions des autorités de la concurrence dépend probablement du pouvoir et de la position des différents acteurs au sein du système administratif. Les organismes de rang supérieur sont peut-être plus à même d'obtenir la coopération d'organismes d'un rang inférieur qui, pour leur part, auront plus de mal à résister aux demandes de coopération des premiers. Dans ces circonstances, et en l'absence de réelle indépendance opérationnelle, les autorités de la concurrence autonomes peuvent rencontrer des difficultés supplémentaires pour faire entendre leur voix dans le cadre de décisions de politique économique globales, ou pour résister à la pression leur imposant de tenir compte des opinions d'organismes publics plus puissants dans leur processus décisionnel. Quant aux autorités de la concurrence rattachées à des ministères, leur rang peut dépendre de celui de ces derniers, ce qui peut leur conférer une plus grande influence sur l'importance à accorder aux opinions d'autres organismes publics.

29. Les actions des autorités de la concurrence peuvent également être limitées par l'influence ou les directives du parti au pouvoir ou le chef de l'État s'il a la mainmise sur les affaires publiques. Cela peut avoir de nombreuses implications pour l'indépendance opérationnelle des autorités de la concurrence, avec par exemple la nomination de hauts fonctionnaires de même sensibilité au sein des autorités de la concurrence, ou encore leur supervision par un comité ou des groupes nommés par le parti au pouvoir ou le chef de l'État pour s'assurer de la mise en œuvre des orientations et politiques du parti. Voilà qui brouille la séparation entre le pouvoir exécutif, la politique et la mise en œuvre du droit et de la politique de la

²⁸ Wendy Ng, « The Independence of Chinese Competition Agencies and the Impact of Competition Enforcement in China », dans *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 17-18.

²⁹ Ministère du Commerce (RPC), *Guiding Opinions on the Notification of Simple Cases of Concentrations Between Business Operators*, 18 avril 2014, article 8.

³⁰ Angela Huyaye Zhang, « Bureaucratic Politics and China's Anti-Monopoly Law », dans *Cornell International Law Journal*, 48(2014)1 688.

³¹ Wendy Ng, « The Independence of Chinese Competition Agencies and the Impact of Competition Enforcement in China » (n 28), 6-7.

concurrence, et qui affecte l'indépendance opérationnelle des autorités de la concurrence, quelle que soit leur place structurelle dans le système de réglementation.

30. Ces processus de consultation contribuent à intégrer la politique industrielle, les enjeux propres à chaque secteur et d'autres critères de politique dans les processus d'examen et d'enquête de l'autorité de la concurrence. Celle-ci doit alors équilibrer et coordonner ces autres critères politiques par rapport au droit et à la politique de la concurrence.

31. Cependant, un processus de consultation ouvert et collaboratif peut faciliter l'évaluation de la concurrence, et limiter les retards et la survenue inopinée de risques socio-économiques ou d'intérêt public en aval du processus. Il peut aider l'autorité de la concurrence à acquérir une meilleure connaissance des secteurs, sans laquelle elle n'aurait ni la capacité ni l'expertise pour procéder à une évaluation efficace de l'impact sur la concurrence. Cela pourrait être particulièrement approprié pour les autorités de la concurrence plus récentes dont l'action est contrainte par des ressources insuffisantes ou qui possèdent une expertise économique et juridique limitée en matière de concurrence. D'autres instances publiques, notamment les organismes de réglementation sectoriels, peuvent posséder les connaissances et données spécialisées nécessaires pour contribuer utilement au processus d'enquête de marché de l'autorité de la concurrence. Cette dernière doit alors peser le pour et le contre entre les potentiels intérêts propres de ces tierces parties et l'utilité des informations et de l'expertise spécifiques au secteur concerné.

32. Nombreuses sont les autorités de la concurrence qui peuvent avoir de multiples rôles et responsabilités risquant d'affecter la mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence. Certains peuvent être complémentaires, comme les organismes chargés de veiller à l'application du droit de la concurrence et à la protection des consommateurs. D'autres combinaisons de rôles augmentent le risque de conflits avec des situations dans lesquelles les politiques se contredisent plus qu'elles ne se complètent, comme l'application du droit de la concurrence parallèlement à la réglementation des prix.

33. Même si la multiplicité des rôles est généralement considérée comme bénéfique, comme un organisme chargé aussi bien d'appliquer le droit de la concurrence que de veiller à la protection des consommateurs, la priorité et les ressources allouées au rôle d'application du droit de la concurrence par rapport à d'autres auront un impact sur l'efficacité de l'organisme à cet égard. Au Pérou, l'Institut national de défense de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI) a, du début jusqu'au milieu des années 2000, mis l'accent sur ses fonctions de protection des consommateurs, sous l'effet vraisemblablement de pressions politiques, ce qui a en réalité réduit le niveau de priorité accordée à l'application du droit de la concurrence³².

34. En Thaïlande, le même directeur général supervise à la fois l'autorité de la concurrence et l'organisme chargé de contrôler les prix, le tout au sein du ministère du Commerce intérieur. Cela devrait toutefois changer avec le projet de loi sur la concurrence approuvé en octobre 2016 par le gouvernement, en vertu duquel l'autorité de la concurrence deviendra un organisme distinct³³.

³² OCDE, *Competition Law and Policy in Peru: A Peer Review* (Éditions OCDE 2004), 15 -18 ; Simon Evenett et Claudia Schatan, « Findings in an International Perspective », dans Claudia Schatan et Enrique Rivera Urrutia (dir. pub.), *Competition Policies in Emerging Economies: Lessons and Challenges from Central America and Mexico* (Springer 2008), 224 ; David Gerber, *Global Competition: Law, Markets and Globalization* (OUP 2010), 245-246.

³³ Pornapa Thaicharoen et Ampika Kumar, « New Trade Competition Act Approved by the Thai Cabinet », *Baker & McKenzie Global Compliance News*, 3 novembre 2016, <http://globalcompliancencnews.com/new-trade-competition-act-approved-thai-cabinet-20161103/>

35. En Chine, le Bureau de la supervision des prix et de la lutte anti-monopole, qui relève de la Commission nationale de développement et de réforme (NDRC), est chargé initialement de contrôler les prix, mais aussi de superviser les comportements anticoncurrentiels³⁴. Si cela peut engendrer des conflits entre les deux mandats, il est également possible que le droit de la concurrence soit appliqué de manière cohérente avec d'autres fonctions. Dans le cas de la NDRC, plusieurs affaires ont porté sur des biens de consommation (préparations pour nourrissons, automobile, nouilles de riz, tourisme, électronique grand public) et ont fait l'objet d'une enquête conformément à la loi sur les prix et à la loi antimonopole, ce qui donne à penser que la NDRC considère les deux lois comme un moyen de réglementer et superviser les prix³⁵. Outre le contrôle des prix, la NDRC est également chargée d'élaborer la politique industrielle et de coordonner la planification industrielle par le biais du Bureau de la coordination industrielle. Le même directeur adjoint de la NDRC supervise le Bureau des prix³⁶, le Bureau de la supervision des prix et de la lutte anti-monopole et le Bureau de la coordination industrielle. De ce fait, il n'est peut-être pas étonnant que la NDRC ait mené l'enquête sur plusieurs grandes affaires d'une portée considérable pour la structure concurrentielle des industries nationales, avec ces derniers temps notamment le secteur technologique et l'accord de licence portant sur des brevets essentiels à une norme³⁷.

36. L'existence d'autorités locales de la concurrence peut avoir un impact sur la mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence. Dans les cas où les systèmes de réglementation sont décentralisés, on observe des motivations différentes pour appliquer le droit de la concurrence, voire un désintérêt si les agents locaux ont de multiples rôles et objectifs. Les collectivités locales peuvent avoir des responsabilités plus vastes que celles des départements ministériels centraux. Elles sont peut-être plus disposées à mettre l'accent sur les missions plus observables et mesurables (comme la croissance du PIB et les investissements directs étrangers) et obtenir ainsi plus de récompenses et/ou d'autonomie du gouvernement central. Cela peut avoir pour effet indésirable de favoriser le protectionnisme local si elles mettent l'accent sur la promotion du développement économique, avec des collectivités locales qui rivalisent pour favoriser la croissance économique sur leurs territoires, par le biais de barrières commerciales et d'autres contraintes destinées à dissuader les sociétés locales de se développer hors de leur région d'origine. Les agents des autorités locales de la concurrence peuvent donc avoir moins d'incitations à lutter contre les monopoles locaux si les collectivités locales ont des objectifs politiques divergents³⁸.

37. Le pouvoir judiciaire joue un rôle important pour les organismes de réglementation indépendants, car il offre un garde-fou sur l'interprétation juridique et s'assure que les organismes n'outrepassent pas leurs attributions. Cela contribue à maintenir la confiance et la responsabilité au sein du système. Bien que ce ne soit pas lié automatiquement à la supervision judiciaire insuffisante d'une autorité de la concurrence ne bénéficiant pas d'une indépendance structurelle et opérationnelle, les entreprises peuvent être moins incitées à faire appel d'une décision administrative si c'est au décideur que revient la décision finale sur la manière d'interpréter et d'appliquer le droit de la concurrence. Si elles font appel, elles s'exposent à des représailles dans leurs échanges futurs avec les pouvoirs publics, et pas uniquement avec l'autorité de la

³⁴ Le Bureau de la supervision des prix et de la lutte anti-monopole de la NDRC est chargé de prévenir l'instabilité des prix, de maîtriser l'inflation et de superviser les comportements anticoncurrentiels en matière de prix.

³⁵ Wendy Ng, « The Independence of Chinese Competition Agencies and the Impact of Competition Enforcement in China » (n 28), 12-15 ; Angela Huyaye Zhang, « Bureaucratic Politics and China's Anti-Monopoly Law » (n 30), 698.

³⁶ Le Bureau des prix est chargé de réglementer les prix de certains produits de base dans plusieurs secteurs, dont le gaz naturel, le diesel, l'électricité, certains médicaments et les tarifs de base en télécommunications.

³⁷ Angela Huyaye Zhang, « Bureaucratic Politics and China's Anti-Monopoly Law » (n 30), 699.

³⁸ *ibid* 700-705.

concurrence, mais aussi avec des organismes publics intervenant dans le contrôle réglementaire d'autres aspects de leur activité³⁹.

38. La mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence peut être un processus pluraliste impliquant plusieurs acteurs du gouvernement central et des collectivités locales. Le pouvoir relatif des différents acteurs ayant voix au chapitre dans l'application du droit et de la politique de la concurrence a un impact sur le niveau d'influence exercé par chacun sur l'autorité de la concurrence. L'issue de ces processus de consultation et de négociation avec d'autres organismes publics affectera le niveau d'intégration des autres politiques et priorités dans les décisions de l'autorité de la concurrence.

5. Principes d'équité procédurale et de transparence pour parer au manque d'indépendance

39. La section précédente illustre la manière dont les autorités de la concurrence opèrent au sein de structures de réglementation et de gouvernance de leur pays. Il est peut-être donc irréaliste ou inefficace sur le plan opérationnel qu'elles soient indépendantes des mécanismes et conventions au sein du cadre de gouvernance global qui les relie à d'autres départements ministériels et au système politique. Le fait de reconnaître ces limitations en matière d'indépendance contribue à façonner les processus d'application du droit de la concurrence et ce que cela implique : comment le régime de concurrence peut-il être efficace et légitime si le cadre de gouvernance public n'envisage pas l'existence d'organismes de réglementation totalement indépendants ?

40. Pour conforter leur légitimité et la confiance du public dans le droit et la politique de la concurrence, il est notamment possible d'adopter des principes d'équité procédurale et de transparence. La responsabilité et l'équité procédurale sont de plus en plus exigées dans les procédures relevant du droit de la concurrence, et plusieurs organismes internationaux et régionaux ont identifié des principes fondamentaux en la matière. Il s'agit notamment des *Regional Guidelines on Competition Policy* publiées en 2010 par l'ASEAN, qui contiennent un chapitre sur les questions d'équité procédurale⁴⁰, du rapport publié en 2012 par le Comité de la concurrence de l'OCDE intitulé *Procedural Fairness and Transparency: Key Points*⁴¹, des rapports du Réseau international de la concurrence intitulés *Competition Agency Transparency Practices*⁴² (2013) et *Guidance in Investigative Processes*⁴³ (2015), et du document intitulé *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings* de la Chambre de commerce internationale⁴⁴.

41. Plusieurs principes communs émergent de ces différents efforts, notamment le fait (i) d'articuler clairement le droit de la concurrence et les interdictions associées, pouvoirs d'enquête, procédures et sanctions ; (ii) de garantir la transparence du processus décisionnel ; (iii) de rendre accessibles en temps utile les accusations et preuves sur lesquelles l'organisme s'appuie ; (iii) d'offrir aux parties de réelles possibilités de répondre, de présenter des preuves et de s'entretenir avec les agents de l'organisme ; (iv) de

³⁹ ibid 678.

⁴⁰ ASEAN, *Regional Guidelines on Competition Policy* (ASEAN Secretariat 2010).

⁴¹ OCDE, *Procedural Fairness and Transparency: Key Points* (Éditions OCDE 2012)

⁴² Réseau international de la concurrence, *ICN Agency Effectiveness Project On Investigative Process: Competition Agency Transparency Practices*, 2013, <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc902.pdf>

⁴³ Réseau international de la concurrence, *ICN Guidance on Investigative Process*, 2015, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>

⁴⁴ Commission Concurrence de la Chambre de commerce internationale, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Proceedings*, Document No 225/666 2010.

faire bon usage des pouvoirs de l'organisme ; et (v) de publier les décisions. Les procédures spécifiques permettant de garantir l'équité procédurale varieront selon la manière dont chaque système juridique est conçu, mais les principes sont tout aussi importants et pertinents pour les régimes d'application du droit de la concurrence interventionnistes et non-interventionnistes.

42. Pour de meilleurs résultats, il est essentiel que les procédures du système du droit de la concurrence soient claires et transparentes. Elles exposent les actions et l'analyse de l'organisme à une critique éclairée, par l'évaluation des théories du préjudice au regard des faits et preuves sur lesquels l'organisme s'appuie pour soutenir ces théories. Les enquêtes sont donc plus claires et ont des retombées plus pertinentes. Un processus de qualité améliore la précision et la fiabilité des retombées juridiques car les critères permettant de déterminer qu'un dossier est solide sont clairs, c'est-à-dire lorsque les théories et preuves s'alignent pour démontrer le préjudice subi par les consommateurs. Des décisions finales plus pertinentes contribuent à renforcer la valeur de précédent et la légitimité⁴⁵. Par ailleurs, des procédures de qualité limitent le risque que l'application du droit de la concurrence aboutisse à des résultats indus, dans la mesure où elles rendent plus difficile de traiter des affaires dans lesquelles les faits ne corroborent pas la théorie du préjudice proposée⁴⁶. Tout cela contribue à renforcer la légitimité des décisions de fond et de manière plus générale, du droit et de son application. Cela aide également les entreprises à comprendre le droit et à s'y conformer.

43. Le renforcement des garanties de l'équité procédurale peut contribuer à améliorer l'efficacité du travail de l'autorité de la concurrence lorsqu'elle n'a pas d'indépendance opérationnelle. En incitant les organismes à mettre l'accent sur des arguments de fond plus solides, ces principes incitent à de meilleures vérifications et favorisent l'équilibre du processus décisionnel. L'équité procédurale améliore également la publication et l'accès aux informations publiques, et elle favorise la transparence par la publication des décisions d'application. Les parties reçoivent des informations claires sur les préoccupations de l'organisme durant les enquêtes et évaluations de concentration, ce qui leur permet de porter leur attention sur les réels enjeux faisant l'objet du litige et d'être plus à même d'y remédier. Par ailleurs, la clarté et la transparence des procédures d'application peuvent limiter le risque d'ingérence politique ou de parti pris industriel dans les évaluations de fond de l'impact sur la concurrence ou les mesures correctives, et contribuer à garantir des retombées plus prévisibles. Dans la pratique, cela implique de clarifier l'ampleur et la nature de l'influence des tierces parties dans le processus décisionnel en rendant les consultations transparentes et en publiant les contributions et avis des tierces parties.

44. Face à l'augmentation des mesures de mise en œuvre du droit de la concurrence dans plusieurs régimes émergents, il existe un risque accru d'insatisfaction à l'égard des décisions d'application, et de remise en question des décisions des organismes. C'est peut-être imputable à l'expertise jugée insuffisante de l'autorité de la concurrence ou à un manque d'équité procédurale dans le processus d'application. Ces critiques contribuent à attirer davantage l'attention sur les grandes affaires, qui risquent ainsi d'être soumises à de plus fortes pressions politiques. De ce fait, pour que ses actions et décisions soient prises sérieusement, il est nécessaire que l'organisme adopte une approche fondée sur des principes d'équité procédurale⁴⁷. Les garanties et la transparence de la procédure peuvent apaiser les pressions politiques

⁴⁵ D Daniel Sokol, « Due process, Transparency and Procedural Fairness in Asian Antitrust », dans *Competition Policy International*, 28 janvier 2015, <https://www.competitionpolicyinternational.com/due-process-transparency-and-procedural-fairness-in-asian-antitrust/>

⁴⁶ Douglas H Ginsburg et Taylor M Owings, « Due Process in Competition Proceedings », dans *IBA Competition Law International* (Vol 11, No 1, avril 2015), 39-49.

⁴⁷ Stanley Wong, « Thinking About Procedural Fairness of Competition Law Enforcement Across Jurisdictions: A Suggested Principled Approach », dans *Competition Policy International*, 23 avril 2014, <https://www.competitionpolicyinternational.com/thinking-about-procedural-fairness-of-competition-law-enforcement-across-jurisdictions-a-suggested-principled-approach/>

incitant à enquêter sur des sociétés de renom en dépit de preuves indiquant que les consommateurs n'ont pas subi de préjudice. L'adoption de processus de qualité sera également utile lorsque les organismes s'engagent dans l'analyse de comportements complexes, par exemple dans les affaires d'abus de position dominante, où les enjeux économiques ne sont pas clairs et la jurisprudence existante dans d'autres pays n'est pas pertinente⁴⁸. Des procédures claires aideront l'autorité de la concurrence à se procurer les informations nécessaires pour déterminer l'importance de l'affaire et s'il faut ou non engager des poursuites.

45. De plus en plus de pays adoptent des garanties procédurales dans leurs systèmes de droit de la concurrence, en raison notamment de la prise de conscience accrue selon laquelle les autorités de la concurrence ont tout intérêt à appliquer l'équité procédurale justement parce qu'elle légitime leurs actions. De plus, les pays sont motivés par des incitations économiques sous-jacentes : il y a plus de chances que les entreprises investissent dans des économies appliquant des règles équitables et offrant des garanties juridiques pour protéger l'équité procédurale et respecter la propriété privée⁴⁹.

46. En résumé, les garanties d'équité procédurale sont conçues pour mettre les entreprises à l'abri de décisions arbitraires, d'abus de pouvoir et d'ingérence politique, qui sont des caractéristiques fréquentes dans les institutions juridiques déficientes. Cela s'applique à tous les organismes, indépendants ou non. Cependant, en l'absence d'autorité de la concurrence indépendante, le renforcement des principes d'équité procédurale et de transparence peut parer à ce manque et donner de la légitimité à l'institution, car l'existence de processus de qualité contribue à améliorer les décisions de l'autorité de la concurrence.

6. Le coût de l'indépendance

47. L'autonomie totale par rapport au cadre de gouvernance global et aux considérations politiques n'est ni possible, ni souhaitable. Pour que les autorités de la concurrence restent responsables et efficaces, il faut une connexion et une participation au processus politique. De ce fait, l'accent actuellement mis sur le renforcement de leur indépendance ne doit pas engendrer une déconnexion du processus d'élaboration de la politique. Mais leur mise à l'abri des considérations politiques à court terme et abus d'influence risque de les isoler du soutien politique nécessaire.

48. Les autorités de la concurrence doivent être attentives aux courants politiques et aux réalités commerciales. D'un côté, si l'organisme est structurellement indépendant, il peut mieux se distancier des enjeux à court terme et des politiques populistes. Mais d'un autre, s'il est rattaché au gouvernement central, il lui sera peut-être plus facile de détecter les signaux politiques et d'agir en conséquence. Une autorité de la concurrence rattachée à un organisme ministériel a plus de chances d'être au fait des activités d'autres organismes publics susceptibles de profiter de son apport, et elle bénéficiera d'un meilleur accès aux décideurs au sein du pouvoir exécutif et législatif. De ce fait, l'indépendance structurelle peut avoir des effets néfastes sur les activités de promotion de la concurrence.

49. L'impact de l'indépendance sur la mission de promotion de la concurrence est particulièrement important car les restrictions publiques à la concurrence sont un aspect déterminant de la politique en la matière⁵⁰. Les autorités de la concurrence se concentrent avant tout sur l'application du droit de la

⁴⁸ D Daniel Sokol, « Due process, Transparency and Procedural Fairness in Asian Antitrust » (n 45).

⁴⁹ J.M. Gidley et M.J. Hyman, « The Emergence of Due Process Following the Growth of International Antitrust Enforcement », publié dans *Antitrust in Emerging and Developing Countries Conference Papers 2nd Edition*.

⁵⁰ Réseau international de la concurrence (RIC), *Advocacy and Competition Policy*, 2002, 30, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>

concurrence et la lutte contre les restrictions privées à la concurrence, des domaines dans lesquels l'indépendance est généralement perçue comme un facteur d'efficacité et de légitimité de leurs actions d'application du droit de la concurrence. Pourtant, si la promotion globale de la concurrence et le conseil aux organismes publics sont des fonctions centrales de la plupart des autorités de la concurrence, leur indépendance peut s'avérer être un point faible lorsqu'il s'agit de traiter les restrictions publiques à la concurrence.

50. La proximité des relations entre une autorité de la concurrence et les pouvoirs publics dépendra largement du modèle institutionnel, qui influence tant la manière dont elle mène ses activités de conseil que son efficacité en la matière. Si une autorité de la concurrence est située en marge des pouvoirs publics ou si elle est autonome, il est possible qu'elle soit politiquement faible. Elle ne bénéficiera peut-être pas de l'appui du ministère plus puissant auquel elle est rattachée, qui peut se considérer lui-même comme promoteur de la concurrence étant donné que lui incombent la responsabilité de l'autorité de la concurrence et une surveillance plus étroite du régime de concurrence. Les organismes indépendants auront peut-être aussi plus de difficultés à accéder aux ministres et dirigeants politiques.

51. En étant hors de l'appareil gouvernemental, les autorités de la concurrence participent de manière limitée au processus d'élaboration de la politique et aux réformes économiques qui déterminent l'intensité et la forme de la concurrence. Même si elles ont connaissance du processus d'élaboration des règles et des actions anticoncurrentielles des pouvoirs publics, leur statut décentralisé implique qu'elles ne participeront pas au processus décisionnel. Comme Bill Kovacic le remarque, « [s]i une autorité de la concurrence n'a aucun lien avec le processus politique, elle court le risque que sa voix ne soit pas entendue dans le cadre de celui-ci, ni lorsque d'autres décisions seront prises »⁵¹. Ce problème de déconnexion du processus politique est mis en évidence dans le rapport d'examen par les pairs du droit et de la politique de la concurrence en Indonésie (OCDE), qui révèle que l'indépendance de la KPPU a creusé une distance considérable entre le gouvernement central et elle-même, ce qui freine ses efforts destinés à obtenir le soutien des pouvoirs publics, pour engager par exemple d'importantes réformes du droit de la concurrence⁵².

52. De plus, l'approche traditionnelle de promotion de la concurrence destinée à influencer les décisions de concurrence au sein des pouvoirs publics est souvent insuffisante pour lutter efficacement contre les restrictions publiques bien ancrées. La promotion de la concurrence requiert plutôt un programme plus complet ciblant les lois et politiques anticoncurrentielles sous-jacentes, dans des domaines comme le commerce international, la propriété et l'investissement par des entités étrangères, la fiscalité, la propriété intellectuelle, les petites entreprises, le système juridique ou encore les marchés publics.⁵³ Une approche si complète nécessite toutefois une volonté politique forte, ce qui implique la participation des hauts dirigeants politiques. C'est nécessaire pour que les réformes proconcurrentielles montent dans la liste des priorités politiques, et pour empêcher les départements ministériels de limiter l'importance de la politique et des réformes de la concurrence dans leurs propres programmes. L'indépendance risque donc d'isoler la politique de la concurrence et d'en faire la chasse gardée d'un organisme distinct, plutôt que d'en faire une fonction qui concerne l'ensemble des pouvoirs publics.

53. L'adoption en 2016 d'un mécanisme d'examen équitable de la concurrence en Chine vise la mise en place d'un processus d'élaboration de politiques proconcurrentielles tant au niveau du gouvernement

⁵¹ William E. Kovacic, « Competition Agencies, Independence and the Political Process » (n 11), 304.

⁵² OCDE, *Reviews of Regulatory Reform: Indonesia – Competition Law and Policy* (OECD Publishing 2012), 35.

⁵³ Allan Fels et Wendy Ng, « Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries », dans D. Sokol, T. Cheng et I. Lianos (dir. pub.), *Global Competition Law and Economics: Competition Law and Development* (Stanford Law Books 2013).

central qu'à celui des instances provinciales, par l'introduction d'un système décentralisé d'auto-évaluation des réglementations nouvelles et existantes⁵⁴. Le gouvernement central chinois a adopté ce mécanisme habilitant les trois autorités de la concurrence à élaborer des règles pour mettre en œuvre l'auto-évaluation et d'autres aspects du nouveau système. L'appui du gouvernement central pourrait être déterminant étant donné que ce système remettra en cause des « monopoles administratifs » locaux. La réforme du droit de la concurrence n'est pas un exercice uniquement technique, elle doit également tenir compte de la nature politique de la tâche.

54. L'intervention dans le processus d'élaboration des politiques publiques peut présenter des défis, que l'autorité de la concurrence soit indépendante ou non. Lorsqu'un organisme est rattaché au gouvernement central, il peut être confronté à des contraintes : les aspects sur lesquels il est autorisé d'émettre des commentaires, jusqu'à quel point il est acceptable de faire valoir son point de vue, et s'il peut les rendre publiques. Un organisme indépendant peut avoir plus de liberté pour formuler des commentaires plus énergiques à destination d'autres organismes publics et pour les interpeller, y compris sur des sujets politiquement sensibles. Pourtant, comme son indépendance le soustrait du processus politique, il peut ne jamais avoir l'occasion d'interpeller les pouvoirs publics sur un sujet donné, que ce soit parce que ce dernier le consulte rarement, voire jamais, ou parce qu'il n'existe pas de mécanisme lui permettant de faire valoir son point de vue au moment opportun dans le débat. Plusieurs autorités de la concurrence indépendantes y ont été confrontées lorsqu'elles ont tenté de réagir aux interventions des pouvoirs publics lors de la dernière crise économique et financière. Dans la plupart des cas, soit elles n'ont pas été consultées (dans le domaine par exemple des sauvetages d'entreprise), soit elles n'ont pas vraiment eu la possibilité de donner leur avis sur les réformes d'ordre financier ou autre susceptibles d'avoir d'importantes retombées pour la concurrence⁵⁵.

55. Cependant, plusieurs autorités de la concurrence ont trouvé un équilibre entre la structure institutionnelle et leurs échanges avec les pouvoirs publics, afin de limiter le compromis potentiel entre la préservation de leur intégrité en matière d'application du droit de la concurrence d'une part, et leur capacité à promouvoir la concurrence d'autre part. Dans certains régimes, le président de l'autorité de la concurrence est un membre du gouvernement ou un haut représentant du pouvoir exécutif, ce qui lui permet de participer au processus d'élaboration de la politique et d'enrichir le débat de son expertise et savoir en matière de concurrence. Par exemple, le président de la Commission de la concurrence de l'Union européenne est membre de la Commission européenne, tandis que celui de l'autorité de la concurrence coréenne est membre du gouvernement sud-coréen. D'autres organismes ont souligné la nécessité de maintenir un dialogue de haut niveau entre l'organisme et les pouvoirs publics. Au Royaume-Uni par exemple, la CMA estime que le document d'orientation stratégique du gouvernement offre un processus de consultation ouvert et transparent qui évite toute surprise et empêche tout veto (« *no surprises, no veto* »)⁵⁶. Quelques systèmes prévoient une obligation réglementaire de consulter l'autorité de la concurrence pour les propositions de réglementation, comme en Colombie, en France (si la proposition a un impact direct sur la concurrence) et en Espagne. D'autres autorités de la concurrence déclarent être

⁵⁴ RPC, *Opinions on Establishing a Fair Competition Review System in Market Development*, avril 2016, http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-06/14/content_5082066.htm.

⁵⁵ Frédéric Jenny, « Competition Authorities: Independence and Advocacy », dans D. Daniel Sokol et Ioannis Lianos (dir. pub.), *The Global Limits of Competition Law* (Stanford University Press 2012), 171.

⁵⁶ Discours du président de la CMA, Lord Currie, le 21 mai 2014, <https://www.gov.uk/government/speeches/the-case-for-the-british-model-of-independent-regulation-30-years-on>

régulièrement consultées par d'autres départements ministériels, souvent dans le cadre d'une procédure globale d'analyse de l'impact réglementaire⁵⁷.

56. La double mission (application du droit de la concurrence et promotion de la concurrence) des autorités de la concurrence peut déboucher sur un compromis entre indépendance et promotion. D'une part, une autorité de la concurrence indépendante ou à distance du gouvernement central aura probablement plus d'autonomie pour mener sa mission d'application du droit de la concurrence. Cette indépendance perçue renforce la confiance dans l'organisme et plus généralement, dans le régime de concurrence. D'autre part, un organisme indépendant peut ne pas bénéficier d'un accès suffisant aux décideurs et dirigeants politiques, et ne pas être consulté sur des questions affectant la politique de la concurrence, ce qui limite sa capacité à influencer la politique publique et à lutter contre les restrictions publiques à la concurrence. Cela étant, le fait de participer au processus politique peut affecter négativement sa crédibilité auprès des consommateurs, des entreprises et du grand public⁵⁸.

7 Conclusion

57. L'indépendance des autorités de la concurrence peut comporter un coût potentiel du fait de leur éloignement du processus politique. Si l'essor de la concurrence sur le marché est freiné par des restrictions publiques bien ancrées, un niveau d'indépendance plus limité peut s'avérer être un compromis intéressant pour permettre aux autorités de la concurrence d'interpeller les décideurs et dirigeants politiques sur ces obstacles. Ainsi, dans les économies émergentes et en développement, le droit de la concurrence peut avoir d'autres objectifs que la correction des défaillances du marché. Il peut être nécessaire pour remédier aux défaillances réglementaires globales et, pour y parvenir, mieux vaut que les autorités de la concurrence participent aux mécanismes et conventions du système de gouvernance globale plutôt que d'être indépendantes.

58. En conséquence, il faut tenir compte du cadre administratif global pour déterminer comment permettre à une autorité de la concurrence de garantir au mieux son intégrité et sa crédibilité pour appliquer le droit de la concurrence, mais aussi son efficacité en qualité de défenseur de la politique de la concurrence au sein du système de gouvernance dont elle relève. Un système visant à garantir un équilibre des pouvoirs est requis pour encourager les processus de qualité et améliorer les retombées pour la concurrence. Les autorités de la concurrence doivent avoir conscience de leur environnement institutionnel et de leur rôle au sein du processus politique. Si l'indépendance des autorités de la concurrence est jugée essentielle, alors il faut envisager des stratégies pour améliorer leur efficacité et leur statut auprès des décideurs, afin de préparer la voie à une réforme de la politique de la concurrence.

⁵⁷ ICN, *Framework of Competition Assessment Regimes*, 2015, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1034.pdf>

⁵⁸ Allan Fels et Wendy Ng, « Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries », (n 53), 192-193.