



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/59
26 avril 2007

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

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

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

Huitième session
Genève, 17-19 juillet 2007
Point 3 i) de l'ordre du jour provisoire

**Critères permettant d'évaluer l'efficacité des autorités chargées
des questions de concurrence**

Rapport révisé du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le présent rapport examine certaines des initiatives récentes prises par les autorités concernant les critères d'évaluation des activités d'application des lois sur la concurrence et de promotion de la concurrence. Il est fondé sur les réponses des États membres à un questionnaire de la CNUCED. Le rapport rejoint les conclusions d'études antérieures, d'après lesquelles l'efficacité doit être jugée en fonction des résultats obtenus et des processus qui ont abouti à ces résultats. Par exemple, il est important d'évaluer a posteriori la politique de la concurrence afin d'améliorer l'efficacité des interventions, de créer une culture de la concurrence et de donner une impulsion permettant de mettre à jour et de modifier les lois, les directives et les procédures. Les activités d'évaluation peuvent être purement internes à l'institution concernée, ou à l'administration publique mais en dehors de l'organisme ou du ministère responsable, ou bien encore elles peuvent être menées par des universitaires ou des consultants extérieurs, des organisations internationales ou des organismes homologues. Les études peuvent être axées sur l'examen de différentes mesures de l'efficacité des processus internes de l'institution ou des résultats des interventions de l'institution. L'étude de l'évolution des perceptions des parties prenantes peut être aussi un indicateur des progrès accomplis par l'institution dans la création d'une culture de la concurrence. L'évaluation des résultats peut être incorporée dans des études qui examinent l'incidence des études sectorielles et des enquêtes sectorielles, des études sur les initiatives de promotion et la sélection des affaires portées en justice, des études sur la législation relative aux fusions (y compris sur l'efficacité des mesures correctives) et des études de l'impact de l'intervention dans telle ou telle affaire. La principale catégorie d'évaluation rétrospective concerne l'application des lois relatives aux fusions. Par ailleurs, il importe de tenir compte, pour les évaluations d'impact, des priorités de chaque pays en développement.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Résumé		1
I. INTRODUCTION ET VUE GÉNÉRALE.....	1 – 4	3
II. MESURE DE L'EFFICACITÉ	5	3
III. ÉVALUATION DE L'INCIDENCE DES ACTIVITÉS DE RÉPRESSION SUR LE RESPECT DE LA RÉGLEMENTATION ...	6 – 7	4
IV. NÉCESSITÉ D'UNE ÉVALUATION PAR LES AUTORITÉS RESPONSABLES DE LA CONCURRENCE.....	8 – 18	5
1. Améliorer l'efficacité de l'intervention	15	6
2. Créer une culture de la concurrence.....	16	6
3. Mise à jour et modification des lois, des directives et des procédures.....	17 – 18	6
V. CATÉGORIES D'INITIATIVES: QUI A PROCÉDÉ À L'EXAMEN DE L'ACTION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE?.....	19 – 29	7
4. Examen des procédures d'intervention par des experts extérieurs, notamment sous forme d'examen collégial CNUCED/OCDE...	21 – 23	7
5. Examen du système juridique applicable à la concurrence par des organismes ne faisant pas partie du gouvernement.....	24 – 27	8
6. Évaluation interne	28 – 29	9
VI. CRITÈRES PERMETTANT D'ÉVALUER L'EFFICACITÉ DES AUTORITÉS CHARGÉES DES QUESTIONS DE CONCURRENCE	30 – 55	9
7. Répondre aux besoins des parties prenantes.....	48 – 49	13
8. Mesurer les changements des intrants	50 – 54	13
9. Mesurer les changements des extrants.....	55	14
VII. ÉVALUATION RÉTROSPECTIVE.....	56 – 84	14
10. Impact des études sectorielles et des enquêtes par secteur	57	15
11. Examen des initiatives de promotion et amélioration de la sélection des affaires.....	58 – 59	15
12. Examen des mesures d'application de la législation sur les fusions	60 – 79	15
13. Examen des interventions dans des affaires concrètes	80 – 84	19
VIII. PRIORITÉS DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT EN MATIÈRE D'ÉVALUATION D'IMPACT	85 – 88	21
IX. CONCLUSIONS	89	22

I. INTRODUCTION ET VUE GÉNÉRALE

1. Comme il a été recommandé à la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, qui s'est tenue du 31 octobre au 2 novembre 2006 à Genève, le Groupe devra tenir à sa huitième session une table ronde sur les *Critères permettant d'évaluer l'efficacité des autorités chargées des questions de concurrence*, en vue d'améliorer la mise en œuvre de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives¹. La présente note a pour objet d'aider les États membres à structurer leurs délibérations sur ce thème.
2. Des éléments tendent à prouver que la politique de la concurrence améliore la productivité et que c'est un moteur fondamental de la croissance économique. La suppression des obstacles à l'importation favorise l'efficacité et la création d'entreprises. La politique de la concurrence peut encourager l'affectation rationnelle des ressources dans une économie, faire baisser le prix de produits finis et de facteurs de production importants et améliorer la qualité, et par conséquent les possibilités de choix.
3. La politique de la concurrence peut aussi s'inscrire dans la stratégie globale de développement d'un pays, par exemple dans l'optique des Objectifs du Millénaire pour le développement².
4. Les principales sources d'information dont s'inspire la présente note sont des études de la CNUCED, les contributions envoyées par les membres en réponse à un questionnaire, le rapport de l'OCDE intitulé «L'évaluation des actions et des ressources des autorités de concurrence»³ et les contributions des pays à la table ronde organisée par l'OCDE sur la question. La note s'inspire aussi du site Web des organismes chargés de la concurrence et de travaux universitaires sur la quantification des organismes chargés de la concurrence et de leurs actions.

II. MESURE DE L'EFFICACITÉ

5. Il convient de s'interroger sur ce sujet en posant deux questions: «les interventions de l'autorité compétente ont-elles permis d'obtenir de bons résultats?» et «les procédures de gestion de l'autorité ont-elles contribué à ce que les initiatives choisies par l'autorité se soldent par un succès?»⁴. Cette méthode fait la distinction entre deux approches possibles: mettre l'accent sur les éléments entrant dans la gestion du régime d'application de la législation sur la concurrence ou mettre l'accent sur les effets de ce régime. Par conséquent, pour déterminer l'efficacité d'une

¹ TD/B/COM.2/CLP/L.10.

² Ce thème a été examiné lors de conférences qui se sont tenues à Bucarest, à Bakou et à Brno; on peut consulter à ce sujet le site <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/MDGs.pdf>. Ce thème a aussi été abordé lors de réunions qui se sont tenues au Cap et à São Paulo et dont il est rendu compte dans l'annexe au document UNCTAD (2006), consultable à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20064_en.pdf.

³ OECD (2005).

⁴ OECD (2005, p. 19).

autorité et déceler avec exactitude où se situent ses faiblesses (et comment y remédier), il faut examiner en permanence les éléments du processus et le résultat des politiques, en se penchant non seulement sur le travail accompli par les autorités de la concurrence mais aussi sur les résultats obtenus.

III. ÉVALUATION DE L'INCIDENCE DES ACTIVITÉS DE RÉPRESSION SUR LE RESPECT DE LA RÉGLEMENTATION

6. Il est difficile d'évaluer l'incidence des mesures visant à faire respecter la réglementation sur des phénomènes sociaux aussi divers que le respect ou le non-respect du droit de la concurrence. La recherche empirique montre clairement que ce respect peut être influencé par toute une série de facteurs différents, de sorte qu'il est difficile de distinguer l'incidence des mesures d'application de ces autres facteurs. Il s'y ajoute une difficulté supplémentaire, à savoir que le «respect» est une notion complexe. Ce qui constitue le respect de la loi est une question d'interprétation, de négociation et souvent de controverse entre les entreprises et les instances de réglementation, leurs avocats et, en cas de litige, les tribunaux⁵. Le sens du mot «respect» est sujet à contestation, en l'absence d'une théorie couramment acceptée de la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer les prescriptions réglementaires.

7. Un des critères possibles du succès d'une action coercitive est de voir dans quelle mesure elle contribue à construire une interprétation commune de ce que signifie le respect des règles pour l'instance de réglementation et le destinataire de la réglementation et de la manière dont il doit être mis en pratique (Parker *et al.*, 2004)⁶. Autrement dit, on ne peut pas juger de l'effet d'une action coercitive simplement par le fait qu'un tribunal a rendu une décision favorable à l'instance de réglementation. Il faut voir dans quelle mesure cette action contribue à aligner les normes et les pratiques commerciales sur ce qu'exige la réglementation. Ainsi, l'action coercitive réussit le mieux non seulement lorsqu'elle parvient à concilier l'interprétation commerciale et l'interprétation réglementaire de ce qu'une *règle* donnée implique dans une situation donnée mais aussi lorsqu'elle suscite une interprétation commune des *buts et objectifs* qui sont à l'origine des règlements, voire une adhésion à ces buts et objectifs⁷. Une interprétation commune des buts et objectifs d'un régime de réglementation a plus de chance d'aboutir à une interprétation identique des règles dans des circonstances différentes, et l'adhésion commune à ces mêmes buts entraîne le respect généralisé⁸. Il y a différents moyens d'obtenir le «respect» par des «styles» et des techniques différents d'action coercitive en matière de réglementation⁹.

⁵ Black (1997), McBarnet (1994), Reichman (1992).

⁶ Parker, Ainsworth et Stepanenko (2004).

⁷ Op. cit., p. 3.

⁸ Black (1997, p. 30 à 32), Meidinger (1987), Braithwaite et Braithwaite (1995), et Parker (2002, p. 22 à 29).

⁹ May et Wood (2003); voir aussi Grabosky et Braithwaite (1986).

IV. NÉCESSITÉ D'UNE ÉVALUATION PAR LES AUTORITÉS RESPONSABLES DE LA CONCURRENCE

8. Certaines questions essentielles se posent concernant les pratiques de l'instance compétente lorsqu'on envisage les approches internationales en matière d'évaluation. Premièrement, l'instance concernée procède-t-elle à une évaluation rétrospective de ses décisions relatives au contrôle des fusions, aux ententes anticoncurrentielles et à l'abus de position dominante? Deuxièmement, selon quels critères évalue-t-on l'incidence des décisions prises dans les affaires de concurrence? Pour mieux comprendre la situation, il importe d'examiner des cas spécifiques dans tel ou tel pays où cette évaluation a été faite. Enfin, il importe de déterminer si le pays en cause a tiré les leçons de l'expérience acquise en matière d'évaluation de l'incidence des décisions sur la concurrence.

9. Le contrôle des fusions et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et l'abus de position dominante sont considérés comme les domaines d'activité principaux de l'instance compétente, mais l'évaluation rétrospective ne doit pas nécessairement porter uniquement sur les décisions rendues, elle peut être étendue aux initiatives de promotion et à l'examen des modalités de sélection des affaires. Par exemple, si la productivité est un objectif déclaré de la politique de la concurrence, il importe de déterminer dans quelle mesure chaque instrument de cette politique – contrôle des fusions, enquêtes sur les agissements anticoncurrentiels, promotion et études de marché – contribue à la réalisation de cet objectif.

10. Les types d'évaluation peuvent être classés en trois catégories: celle qui compare les résultats de l'action coercitive d'un pays par rapport à ceux d'autres pays en un point particulier dans le temps ou les résultats d'un même pays à des époques différentes; celle qui examine la qualité des décisions individuelles ou des décisions en général; enfin, celle qui examine les résultats produits sur le marché par les interventions¹⁰.

11. Les considérations qui précèdent concernent les questions «comment?» et «quoi?», mais il importe d'envisager aussi le «pourquoi?». D'après les réponses à la demande de renseignements de la CNUCED, l'évaluation rétrospective donne des indications sur les *effets* de l'activité coercitive de l'institution, ce qui débouche sur les *processus* par lesquels cette activité s'exerce, tant en ce qui concerne la sélection des affaires que la procédure effective d'exécution.

12. Il ressort des communications présentées par les pays qu'une évaluation faite à l'initiative de l'instance chargée de la concurrence est préférable à une évaluation formelle extérieure.

13. Avant d'envisager quelques-uns des principaux avantages d'une évaluation rétrospective de l'action des autorités chargées de la concurrence, il convient de se rendre compte que cette évaluation entraîne des coûts, en main-d'œuvre et en ressources financières. Le personnel affecté à l'examen doit renoncer pendant ce temps à travailler à l'étude des dossiers des affaires ou aux affaires courantes. Dans les pays qui possèdent une culture de la concurrence bien développée et des économistes très compétents dans de nombreux domaines, l'institution peut confier par contrat l'évaluation à des universitaires ou à des consultants. Les pays en développement,

¹⁰ OECD (2005, p. 173), communication de la Suède.

en revanche, souffrent parfois d'une pénurie aiguë de personnel qualifié aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

14. Par ailleurs, plusieurs communications envoyées par des pays en prévision de la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts et de l'atelier de l'OCDE sur l'évaluation font une observation importante, à savoir que lorsqu'on envisage une intervention il importe de bien peser le pour et le contre. Dans le cadre des affaires intentées pour comportement anticoncurrentiel, l'intervention comme la non-intervention présentent des coûts et des avantages. Il en va de même dans les cas où une fusion est autorisée sans condition, autorisée moyennant des restrictions et conditions, ou interdite. Sur le plan analytique, il est incontestablement difficile d'apprécier ce qu'est une intervention erronée. Quoi qu'il en soit, plusieurs pays ont indiqué que l'examen de certaines décisions est plus efficace s'il se fait de leur propre initiative.

1. Améliorer l'efficacité de l'intervention

15. Le motif le plus évident d'une évaluation est de trouver les moyens d'améliorer l'intervention. Étant donné les contraintes de ressources auxquelles la plupart des institutions sont confrontées, il importe de réfléchir aux processus et aux pratiques et d'optimiser l'efficacité des ressources d'une institution. Cette nécessité se fait particulièrement sentir dans le cadre de la politique de la concurrence, où il n'est pas possible de transposer purement et simplement une série de lois et de processus relevant des «meilleures pratiques». Dans la politique de la concurrence, la comparaison et l'évaluation des performances peuvent être très instructives, mais il n'y a pas de solution universelle, et chaque juridiction doit trouver les méthodes qui correspondent le mieux à ses besoins.

2. Créer une culture de la concurrence

16. Ainsi qu'il est indiqué dans le document UNCTAD (2006), l'absence d'une culture de la concurrence peut être un obstacle non négligeable à l'application d'une loi nouvelle sur la concurrence. Il importe donc de doter une institution récente de puissants moyens de communication, afin que la *nature* et les *effets* de ses interventions puissent être compris et appréciés, ce qui pourrait justifier des évaluations rétrospectives permettant de quantifier approximativement les effets et de les faire connaître.

3. Mise à jour et modification des lois, des directives et des procédures

17. Le processus d'évaluation peut aussi fournir un diagnostic en vue des grandes réformes procédurales et administratives qui sont nécessaires au fonctionnement optimal de l'institution et de la loi. On en trouve un exemple important ces dernières années dans l'application d'une politique de clémence envers les sociétés. Dans diverses juridictions, l'examen collégial externe contribue aussi à donner une impulsion politique qui pousse à opérer les changements nécessaires.

18. Dans sa communication, la Commission européenne annonce que la Direction générale de la concurrence procède régulièrement à l'examen de textes législatifs tels que les règlements d'exemption par catégorie dans la période où ils sont présentés pour modification. Cet examen se fonde généralement sur des études de cas et des enquêtes visant à déterminer les effets et

l'efficacité de ces textes en vue de modification éventuelle¹¹. Les opérations d'investigation générale peuvent être menées sous forme d'auditions, de questionnaires et de consultations. Cette méthode alimente le processus d'élaboration de la politique générale et permet d'étayer la rédaction de livres verts ou de livres blancs qui peuvent déboucher sur la modification des textes.

V. CATÉGORIES D'INITIATIVES: QUI A PROCÉDÉ À L'EXAMEN DE L'ACTION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE?

19. Nous avons groupé les types d'évaluation en deux catégories. La première comprend les études externes sur la procédure, les activités de promotion, la sélection des affaires et les résultats, la deuxième comprend les études faites par l'institution elle-même sur les processus, les activités de promotion, les objectifs prioritaires et les résultats. Ces catégories ne s'excluent pas obligatoirement l'une l'autre. Les examens peuvent être conduits par l'institution concernée mais avec la collaboration, à des degrés divers, du secteur privé, des universités ou des organisations internationales.

20. L'autre manière d'envisager la classification de l'évaluation des institutions est de se demander qui est le destinataire du rapport. Celui-ci peut être destiné exclusivement au personnel de l'institution, ou bien à l'administration publique ou encore au public en général. L'option à retenir dépendra des circonstances.

4. Examen des procédures d'intervention par des experts extérieurs, notamment sous forme d'examen collégial CNUCED/OCDE

21. Les examens collégiaux par la CNUCED et l'OCDE constituent un bon moyen pour les pays d'évaluer leur processus de gestion et de recevoir des avis sur la pertinence de leurs critères d'intervention et sur les obstacles éventuels à la bonne application de leur régime de concurrence.

22. Le processus d'examen collégial peut contribuer puissamment à la création d'un régime de concurrence dans un pays. Ce genre d'examen est devenu courant dans les travaux de la CNUCED sur le droit et la politique de la concurrence, et dans ceux de l'OCDE. Lors d'une conférence récente, un représentant du Brésil a fait observer que la participation à différents processus d'examen collégial en qualité de *donateur* s'était révélée très stimulante et très utile¹². Dans sa contribution à la table ronde¹³, la Turquie fait observer que la valeur de l'examen collégial réside dans le fait qu'il est pratiqué par des «experts qui ont consulté des tiers tels que praticiens, universitaires, membres d'associations professionnelles, fonctionnaires de différentes administrations publiques, en sus des agents de l'institution elle-même». En Turquie, ce mode d'examen a permis de donner une impulsion à la mise en place du programme de clémence, à la modification du contrôle des fusions, au relèvement de l'amende maximum en cas de violation,

¹¹ On trouvera des précisions dans OECD (2005, p. 210 à 213). À noter que l'examen ne prend pas nécessairement la forme d'un rapport établi après enquête.

¹² UNCTAD (2005, p. 209).

¹³ OECD (2005, p. 180).

à la modification des procédures amiables de règlement des litiges et à l'élargissement des compétences juridiques et économiques de l'autorité chargée de la concurrence.

23. Le Réseau international de la concurrence (RIC) est une instance qui assure l'examen extérieur des processus et des normes. Le Réseau aide à mettre en place des modalités informelles de coopération et de partage des connaissances entre les institutions, il peut stimuler une coopération et une harmonisation souples et il contribue à fournir des éclairages utiles sur le fonctionnement du régime de la concurrence d'un pays.

5. Examen du système juridique applicable à la concurrence par des organismes ne faisant pas partie du gouvernement

24. Aux États-Unis, le General Accounting Office (GAO) a réalisé en 2004 une étude intitulée «Energy Markets: Effects of Mergers and Market Concentration in the US Petroleum Industry». Son rapport examine les fusions dans l'industrie pétrolière, notamment pour déterminer la manière dont les changements de structure intervenus dans l'industrie se sont répercutés sur le prix de gros de l'essence. Le rapport était fondé sur des statistiques détaillées et sur une analyse économétrique. Dans l'analyse des effets des fusions réalisées au sein de l'industrie, le rapport examine indirectement l'efficacité du régime de lutte antitrust du pays.

25. En novembre 2005, le National Audit Office du Royaume-Uni a publié un rapport qui étudie l'efficacité de l'action de l'Office of Fair Trading (OFT)¹⁴. Il formule différentes recommandations concernant l'emploi des ressources, le traitement des dossiers, la mesure et la publication des résultats obtenus par l'OFT.

La perspective de l'OFT sur le débat relatif à la productivité

Dans un rapport présenté en janvier 2007, l'Office of Fair Trading (Office de la concurrence) du Royaume-Uni (OFT) analyse le lien entre la concurrence et la productivité. Le Ministère des finances a défini la concurrence comme étant un des moteurs de la productivité d'une économie, ce qui veut dire que l'efficacité de l'institution chargée de la concurrence peut être mesurée aussi en fonction de la productivité sur le marché. Une faible productivité peut dénoter l'absence de concurrence, ce qui sous-entend qu'une concurrence effective est synonyme de productivité. Cette conclusion est corroborée par les nombreux ouvrages qui ont été analysés dans le rapport (OFT, 2007, p. 16). On estime que l'analyse de la productivité aide l'OFT à déceler les secteurs sur lesquels il faut insister davantage en délimitant les domaines de préoccupation dans lesquels l'OFT doit faire un effort en priorité. L'OFT devient ainsi un acteur important pour stimuler la productivité.

L'incidence de la concurrence sur la productivité a été subdivisée en trois secteurs: «effets dans l'entreprise», «effets entre les entreprises» et «innovation». Le premier secteur explique la théorie de l'efficacité qui peut être obtenue par des lois sur la concurrence qui incitent les cadres d'une entreprise à se soucier au premier chef de l'efficacité interne de l'entreprise. Le deuxième secteur concerne le degré de productivité des entreprises comparées entre elles et qui a pour effet d'éliminer du marché les entreprises les moins performantes. Le troisième secteur à prendre en considération, qui a été qualifié de complexe, est le rapport entre la concurrence et l'innovation. L'innovation et le progrès technique sont souvent stimulés par la forte concurrence qui s'exerce sur un marché.

¹⁴ NAO (2005).

26. Dans la République de Corée, l'Office for Government Policy Coordination évalue la pertinence de l'évaluation par la Commission des pratiques commerciales loyales des mesures d'application du droit de la concurrence effectuée dans le cadre de la gestion du fonctionnement de l'administration publique.

27. En Turquie, le State Supervision Council a examiné les activités de l'autorité de la concurrence; il a publié en 2002 un rapport¹⁵ dans lequel, entre autres choses, il recommande plusieurs modifications du processus de gestion, demande instamment une coordination plus étroite avec les instances de réglementation du secteur et recommande différents amendements législatifs.

6. Évaluation interne

28. La contribution suisse à la présente réunion indique que les renseignements collectés par la Comco (Commission suisse de la concurrence) «constituent exclusivement un contrôle interne a posteriori de certaines décisions et ne sont pas destinés à l'usage extérieur». Par ailleurs, les critères mis au point pour évaluer les décisions sont propres à chaque cas et peuvent englober «le prix, la quantité ou l'accès à des biens ou services». La manière exacte dont est choisi le cas retenu pour l'examen n'est pas indiquée.

29. La contribution de la CE à la table ronde de l'OCDE sur l'évaluation décrit la manière dont, dans l'examen de plusieurs des exemples d'exemption par catégorie, on a fait appel à différentes combinaisons de fonctionnaires de la Commission et de consultants extérieurs et d'universitaires, selon les besoins et la commodité¹⁶. Le Canada annonce qu'une étude sur les mesures correctives prises à l'égard des fusions est en cours. Cette étude a pour but d'évaluer l'efficacité des mesures correctives passées en analysant, par exemple, la différence de compétitivité au sein d'un marché et si cette compétitivité s'est effectivement améliorée à la suite des mesures imposées. Un autre facteur pris en considération est de savoir si le Bureau canadien de la concurrence a pu prédire avec exactitude les effets sur la concurrence, les résultats obtenus et si des facteurs pertinents ont été négligés lorsque les mesures correctives ont été décidées. Enfin, l'objectif de l'opération est d'évaluer les techniques employées pour déterminer si l'on peut les améliorer grâce à cette auto-évaluation interne.

VI. CRITÈRES PERMETTANT D'ÉVALUER L'EFFICACITÉ DES AUTORITÉS CHARGÉES DES QUESTIONS DE CONCURRENCE

30. La première série de critères sur lesquels on pourrait choisir de s'arrêter est celle des «intrants»: il s'agit de la série de processus et de systèmes de gestion par lesquels un pays met en œuvre son régime de la concurrence. À cet égard, on peut choisir la sélection des affaires, la rotation du personnel, etc., ou toute autre mesure *sui generis* de l'efficacité que l'institution juge pertinente.

¹⁵ OECD (2005, p. 180).

¹⁶ OECD (2005, p. 210).

31. Si l'on veut jauger les différents intrants d'après leur importance relative, il faut comprendre la manière dont les différents critères s'articulent avec les effets sur l'économie. Quelques ouvrages tentent de cerner les moyens de mesurer les capacités institutionnelles des instances chargées de la concurrence. Comme il est dit dans UNCTAD (2006), «Voigt (2006, p. 6) élabore des indicateurs qui mesurent l'indépendance *de jure* et de facto des institutions dans son modèle en rapportant la législation sur la concurrence et les caractéristiques des institutions à la productivité totale des facteurs. L'indépendance *de jure* est un indice composite qui associe l'information sur la surveillance par l'État, les objectifs de l'institution, le recrutement de son personnel, la durée pour laquelle le personnel est recruté, les affaires confiées à l'institution, la nature des instructions données à l'institution et la transparence. L'indépendance de facto est un indice composite qui associe "la durée moyenne" pour laquelle le directeur est recruté, le revenu des cadres affectés à la concurrence et les décisions sur la concurrence annulées par un ordre des instances supérieures, ainsi que d'autres variables.»¹⁷.

32. S'il est avéré (et il faut noter que les résultats de Voigt ne sont pas tout à fait concluants) qu'une plus grande indépendance de facto stimule la productivité (et, par conséquent, la croissance), l'évaluation de ces composantes de l'indépendance fournit le moyen d'évaluer si l'instance responsable est parvenue à atteindre l'objectif d'une plus grande croissance économique.

33. Une institution peut aussi essayer de se faire une idée de son efficacité en étudiant différents critères «extrants». La première série de ces critères comprend ceux qui n'impliquent pas une tentative pour quantifier le succès des interventions en fonction par exemple d'objectifs d'efficacité d'ordre général, mais qui sont axés plutôt sur la mesure des succès bureaucratiques. Des éléments comme les procès gagnés, le temps de rotation des dossiers de fusion, etc., sont étroitement liés aux critères «intrants» que nous avons évoqués précédemment.

34. On pourrait inclure aussi dans cette catégorie différentes mesures de la satisfaction des parties prenantes. Les changements de la manière dont l'efficacité de l'institution est perçue et une meilleure connaissance générale de la législation sur la concurrence peuvent traduire une amélioration des activités d'application des lois de l'institution et de ses activités de promotion.

35. Ce genre de critères extrants peut être tout à fait approximatif¹⁸. La complexité des affaires traitées varie d'une juridiction à l'autre. Une différence dans les *seuils* de fusion peut vouloir dire que des institutions différentes s'occupent d'affaires plus ou moins complexes. Les différences de la nature du régime de *notification* des fusions ont aussi leur importance. En pareil cas, les affaires traitées par chaque agent ou le temps de rotation des dossiers de fusion, etc., ne sont pas toujours un critère fiable de la productivité. Par ailleurs, les procès qui se sont soldés par un succès, en tant que mesure de la productivité, présentent aussi des difficultés car les juridictions n'accordent pas toutes la même importance à l'action administrative et à l'action judiciaire.

36. En conséquence, une institution pourrait choisir plutôt d'étudier les critères «extrants», qui impliquent une tentative pour quantifier le succès des interventions, par exemple les économies

¹⁷ UNCTAD (2006) http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20064_en.pdf.

¹⁸ L'analyse qui va suivre est inspirée de OECD (2005, p. 174).

engendrées par une enquête réussie et par l'action dissuasive à l'égard des infractions à la législation sur la concurrence.

37. Le type d'étude qu'une institution pourrait entreprendre à ce sujet peut aller de calculs approximatifs à une analyse économétrique détaillée. Le degré de quantification requis varie avec l'importance de l'affaire et les incapacités de l'institution; il n'en reste pas moins qu'une quantification *certaine* est souhaitable, ne serait-ce que parce qu'elle donne à l'institution une idée des ordres de grandeur en jeu. Un calcul même sommaire peut orienter les priorités futures de l'autorité en matière de moyens de répression et sa planification stratégique.

38. Ainsi, la CE indique dans son «Merger Remedies Study»¹⁹ qu'on peut observer l'efficacité globale en examinant les mesures correctives imposées, car elles peuvent traduire la mesure dans laquelle les résultats attendus ont été atteints. En l'occurrence, l'efficacité peut se traduire par le pourcentage de mesures qui ont atteint l'objectif visé. L'étude a montré que 57 % des mesures correctives analysées étaient pleinement actives, c'est-à-dire qu'elles avaient atteint leur objectif, que 24 % n'étaient que partiellement actives et que 7 % étaient inefficaces, l'objectif visé n'ayant pas été atteint.

39. Dans ce genre de démarche, on essaie d'estimer les bienfaits du régime de la concurrence en additionnant les résultats positifs des différentes affaires. Cependant, cette méthode exclut l'effet dissuasif de l'existence d'une loi sur la concurrence, qui peut être appréciable²⁰. Elle exclut aussi les actions proconcurrence qui n'ont pas été intentées de crainte de provoquer des poursuites injustifiées. Par conséquent, dans les juridictions où l'application de la loi n'est pas uniforme et où la transparence des décisions relatives à la concurrence laisse à désirer, il peut être très difficile de quantifier les effets de la concurrence au moyen de cette approche partant de la base.

40. Des difficultés analogues surgissent lorsqu'on essaie d'estimer les bienfaits des mesures d'application de la loi à l'échelon des pays. Là encore, il est difficile de dissocier l'incidence de la loi proprement dite et son application. La tâche est extrêmement ardue à l'échelon de l'institution chargée de la concurrence car de nombreux facteurs, autres que la simple efficacité du régime de la concurrence, peuvent affecter les majorations de prix ou le niveau de la productivité du secteur manufacturier. Quoi qu'il en soit, on peut retirer des indications intéressantes de l'étude des équilibres partiels, et tirer des éléments d'information instructifs de ce genre d'étude des interventions spécifiques pour étayer leur incidence bénéfique sur la croissance économique, à défaut de pouvoir la quantifier avec exactitude.

41. Il y a un domaine dans lequel une autorité chargée de la concurrence *doit vraiment* étudier sa propre efficacité, c'est celui du respect de la réglementation. Les entreprises doivent être surveillées pour vérifier si elles appliquent effectivement les conditions requises et les mesures

¹⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

²⁰ Clarke et Evenett (2003) ont constaté que le total des excédents de prix perçus par le cartel des vitamines représentait au bas mot 789 390 000 dollars É.-U. et que, chose importante, «la facture des importations avait augmenté davantage dans les pays d'Amérique latine qui n'avaient pas un régime énergétique d'application des lois sur les cartels».

correctives prescrites. La plupart des pays qui ont répondu à notre demande d'information ont indiqué qu'ils surveillaient aussi les entreprises qui avaient enfreint la loi sur la concurrence dans le passé et les marchés sur lesquels on avait constaté des agissements anticoncurrentiels dans le passé (Pakistan, Slovaquie).

42. Comme le montre la communication de la Turquie, les mesures visant à faire respecter le droit de la concurrence impliquent en quelque sorte une autosurveillance: si le problème dans le secteur touché persiste, on peut s'attendre à ce qu'il donne lieu au dépôt d'une nouvelle plainte (p. 1). Quoiqu'il en soit, il convient de s'attacher à éliminer d'emblée les pratiques anticoncurrentielles et à faire cesser leurs répercussions néfastes sur le marché.

43. La Federal Trade Commission (FTC) et le Ministère de la justice (DOJ) des États-Unis signalent que les instances chargées de la concurrence analysent les dossiers des procès dans lesquels un jugement a été rendu, afin d'évaluer l'action du personnel de l'institution concernée, des consultants qu'elle a recrutés et des experts qui sont intervenus en qualité de témoins; d'évaluer les instruments et les stratégies de procédure employés; et d'examiner «les fondements juridiques et économiques de l'affaire»²¹.

44. Il est parfois difficile d'évaluer l'efficacité de certaines institutions chargées de la concurrence parce qu'elles sont de création récente et parce que peu d'affaires sont parvenues au stade de l'exécution. C'est le cas en Tunisie, où l'on a souligné l'importance d'une évaluation objective du travail accompli par l'institution. Cette évaluation objective est liée à des critères spécifiques comme le délai dans lequel les affaires sont traitées et le nombre d'entreprises qui ont été mises en conformité à la suite d'une intervention de l'institution compétente.

45. Si une autorité de la concurrence a pu faire au Gouvernement, concernant des questions de politique de la concurrence, des recommandations ou des propositions qui ont été bénéfiques pour l'économie, c'est aussi un signe d'efficacité. En Tunisie, par exemple, l'autorité de la concurrence a joué un rôle actif et préparé la voie à différentes réformes liées à la législation sur la concurrence.

46. Un critère important pour évaluer l'efficacité d'une autorité chargée de la politique de la concurrence consiste à comparer les résultats qu'elle obtient et les objectifs déclarés de sa politique. Ces objectifs sont normalement indiqués dans le préambule du texte législatif qui met en place le régime de la concurrence du pays. Par conséquent, on peut évaluer l'efficacité de l'autorité en vérifiant de façon suivie si les objectifs déclarés de la loi sont satisfaits par ses activités coercitives. On a tenu compte de cette idée dans le cas de la Tunisie, qui indique qu'on peut mesurer l'efficacité en déterminant dans quelle mesure l'autorité a été capable de remplir sa mission. Il faut tenir compte de l'impact que l'existence de l'autorité a effectivement sur l'état de la concurrence dans le pays. Si sa mission est d'améliorer la concurrence mais que le marché est toujours dominé par un petit nombre de sociétés, on peut à juste titre se poser des questions quant à l'efficacité de l'autorité.

47. Un autre moyen de déterminer si l'autorité est efficace, ou du moins si elle est perçue comme telle, est d'envisager l'attitude des parties prenantes importantes. Il importe de noter à cet

²¹ OECD (2005, p. 185).

égard que la définition des «parties prenantes» concernées (ou tout au moins le poids que l'on assigne à leurs intérêts) est fonction jusqu'à un certain point des objectifs déclarés de la législation: si la loi sur la concurrence vise au premier chef l'intérêt des consommateurs, c'est ce groupe qui sera la principale partie prenante. Si en revanche la loi vise à encourager ou protéger les petites entreprises, c'est ce groupe qui aura la priorité, etc.

7. Répondre aux besoins des parties prenantes

48. La Commission de la concurrence du Royaume-Uni a rédigé un rapport final d'enquête sur les parties prenantes (2006) afin de donner une information plus détaillée que celle que l'on trouve dans les études collégiales internationales. La méthode a consisté à interroger les parties visées par l'étude – c'est-à-dire celles qui intervenaient dans le processus d'enquête: entreprises et leurs conseillers, groupements de consommateurs et associations professionnelles – concernant l'action de la Commission par rapport à une série d'indicateurs. Malgré la petitesse de l'échantillon, les auteurs du rapport ont pu délimiter les domaines que les interrogés jugeaient importants mais où l'action de la Commission ne donnait pas entière satisfaction. Les associations patronales et professionnelles avaient une légère préférence pour les indicateurs «de processus», tandis que les conseillers étaient plutôt partisans de s'appuyer sur les résultats²². Le rapport recommande «une meilleure communication sur le processus d'enquête» comme moyen d'améliorer la perception des résultats par les parties prenantes²³.

49. Depuis 1994, la Swedish Competition Authority fait une enquête tous les ans sur des entités choisies au hasard parmi les «petites et moyennes entreprises, les grosses sociétés, les municipalités et conseils territoriaux, les avocats d'affaires, les journalistes [et] les associations professionnelles»²⁴. L'étude est confiée à un bureau d'études de marchés; elle vise à déterminer si la loi sur la concurrence est connue et comprise (et, par conséquent, à déterminer indirectement la culture de la concurrence) et à connaître l'opinion des parties prenantes sur l'efficacité de l'autorité compétente.

8. Mesurer les changements des intrants

50. Il s'agit d'évaluer les processus de l'institution chargée de la concurrence: pratiques de gestion, organigramme et procédure opérationnelle.

51. On peut se servir à cet effet de plusieurs indicateurs, par exemple le coût de l'examen des fusions. On peut citer la DOJ Merger Review Process Initiative²⁵, qui visait à accélérer la définition des principales caractéristiques juridiques et économiques d'une affaire et, par conséquent, des données économiques pertinentes, ainsi que le processus d'évaluation des éléments de preuve. D'autres initiatives ont été prises pour essayer de rationaliser les processus de notification et d'examen.

²² Competition Commission (2005, p. 17 et 18).

²³ Competition Commission (2005).

²⁴ OECD (2005, p. 175).

²⁵ OECD (2005, p. 188).

52. Un des principaux changements intervenus ces dernières années dans plusieurs juridictions est la création de programmes de clémence à l'égard des entreprises. Les institutions des États-Unis indiquent qu'il est indispensable de réviser le processus d'amnistie pour développer son application dans le pays²⁶. Le DOJ évalue l'efficacité de l'application des lois pénales antitrust en examinant les peines d'emprisonnement prononcées et les amendes infligées²⁷.

53. La Commission britannique de la concurrence indique²⁸ qu'elle a désigné des consultants économistes pour étudier les procédures d'analyse appliquées par le personnel pendant les deux premières semaines d'une enquête sur une fusion, en vue de les comparer avec les meilleures pratiques et de recommander des améliorations éventuelles. Les changements des processus internes découlant de cette étude peuvent alors être pris en considération dans les «budgets d'affectation des ressources».

54. Les modifications de processus qui renforcent la coopération avec d'autres juridictions en matière de répression sont d'autres éléments importants de nature à améliorer l'efficacité des mesures d'application des lois sur la concurrence. Ce thème est traité longuement dans d'autres publications de la CNUCED²⁹.

9. Mesurer les changements des extrants

55. Quelques pays, tels que la Finlande³⁰, ont indiqué qu'ils n'examinent pas les effets du droit de la concurrence au cas par cas, mais qu'ils s'intéressent plus généralement au bon fonctionnement des marchés, sous forme par exemple d'études sectorielles. Néanmoins, dans certains cas, les pays ont procédé à une évaluation a posteriori pour essayer d'appréhender les effets précis de leurs interventions (et de leurs non-interventions) au titre de la législation sur la concurrence. Ces cas seront envisagés dans la section qui va suivre. La majorité des études concerne la législation et la politique de la concurrence en matière de fusion.

VII. ÉVALUATION RÉTROSPECTIVE

56. Nous avons distingué les activités d'évaluation rétrospective suivantes: celles qui portent sur l'incidence des études sectorielles ou des enquêtes par secteur, c'est-à-dire celles qui concernent les initiatives de promotion et la sélection des affaires; l'examen des mesures d'application de la réglementation des fusions; les activités qui envisagent les interventions dans certaines affaires.

²⁶ OECD (2005, p. 189).

²⁷ OECD (2005, p. 189).

²⁸ OECD (2005, p. 201).

²⁹ UNCTAD (2005, 2006).

³⁰ Communication de la Finlande.

10. Impact des études sectorielles et des enquêtes par secteur

57. On peut charger le personnel de l'institution ou des consultants extérieurs de faire une étude sur un secteur particulier qui a été désigné comme pouvant présenter des problèmes de concurrence, qui est particulièrement important du point de vue du consommateur ou qui est intéressant d'un autre point de vue. Ces études ont été faites parfois pendant la phase d'élaboration de la loi en vue de déterminer la nécessité d'élaborer une loi sur la concurrence. Dans d'autres juridictions qui ont déjà une législation sur la concurrence et une autorité chargée de la concurrence, l'étude sectorielle peut porter sur les affaires qui ont été traitées par l'autorité. Cette méthode peut donner des indications utiles sur les effets de telle ou telle intervention du point de vue de changements sectoriels plus généraux. Les enquêtes par secteur, par exemple dans le cadre de la CE, peuvent être un important moyen de collecte de renseignements, outre qu'elles sont le prélude à des mesures prises au titre des articles 81 et 82, ou à des initiatives d'harmonisation entre les juridictions, ou à des initiatives de la branche d'activité en cause. Par ailleurs, l'enquête comprend l'examen des affaires passées traitées dans un secteur donné ainsi que l'analyse de leur impact sur le développement ultérieur du marché. Dans d'autres juridictions, comme au Royaume-Uni, l'enquête par secteur aboutit parfois à la prise de mesures correctives qui peuvent avoir des répercussions de grande envergure sur le marché.

11. Examen des initiatives de promotion et amélioration de la sélection des affaires

58. D'après le rapport UNCTAD (2006), le Secrétariat brésilien au droit de l'économie traite les mesures d'application de la législation sur la concurrence comme un problème de «gestion de portefeuille». Les affaires choisies représentent les plus gros bénéficiaires (c'est-à-dire qu'elles ont le plus grand impact économique ou qu'elles touchent un grand nombre d'actionnaires) et elles ont des chances d'être approuvées par le Conseil de défense économique (CADE). Au Royaume-Uni, l'OFT a publié récemment un rapport sur la productivité et la concurrence destiné explicitement à faire mieux comprendre «comment une autorité chargée de la concurrence peut incorporer l'analyse de la productivité dans l'établissement de ses priorités»³¹. Un moyen d'y parvenir est le «balayage de l'horizon», qui consiste notamment à détecter les principaux goulets d'étranglement de la productivité dans une économie.

59. La communication de la FTC/DOJ des États-Unis rapporte que dans un discours prononcé au début de 2005, M^{me} Deborah Platt Majoras, Présidente de la FTC, s'est efforcée de quantifier l'impact des activités de promotion des institutions, et elle avait conclu que cet impact était vraiment positif³².

12. Examen des mesures d'application de la législation sur les fusions

60. La Commission de la concurrence (CC) du Royaume-Uni surveille en permanence l'application des mesures correctives en vue de développer la politique et les pratiques dans ce domaine. En 2007, elle a fait une étude à l'aide d'une méthode consistant à examiner quatre affaires qui représentaient tous les grands types de mesures correctives appliquées

³¹ OFT (2007, p. 4).

³² OECD (2005, p. 187).

habituellement – «cessions d'actifs, mesures destinées à limiter la concentration verticale et mesures correctives visant à maîtriser les résultats» (p. 2) – au moyen de recherches théoriques et d'entretiens avec les responsables de la mise en œuvre des mesures correctives. Le rapport fait état de deux grandes études précédentes, l'une faite par la FTC des États-Unis en 1999 sur le processus de cession d'actifs et une autre faite en 2005 par la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Les deux études consistaient essentiellement à questionner les acquéreurs et les vendeurs des actifs cédés. Le rapport de la CC compare les conclusions des trois études et il suggère des facteurs éventuels qui tiennent à la différence des régimes de fusion et d'expérience des trois organismes pour expliquer les divergences dans leurs conclusions.

61. Dans sa communication à la CNUCED en préparation de la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts, le Bureau de la concurrence canadien a indiqué qu'il mettait la dernière main à une étude qui analyse l'efficacité des mesures correctives en matière de fusion appliquées dans le passé, en vue de discerner «les processus, les principes, les modalités et conditions» qui appellent des améliorations.

62. Au Royaume-Uni, l'OFT, le Ministère du commerce et de l'industrie et la Commission de la concurrence ont fait aussi en 2005 une étude sur les effets a posteriori des fusions³³. L'étude reprend 10 des 29 affaires renvoyées par l'OFT à la Commission et qui ont été autorisées sans application de mesures correctives, afin de déterminer si les raisons invoquées par la Commission pour autoriser les fusions étaient pertinentes, c'est-à-dire qu'on a essayé de corroborer les motifs d'autorisation les plus importants (résultats prévus par la Commission) par la réalité ultérieure. La méthode d'enquête consistait essentiellement à interroger des acheteurs de produits sur les marchés concernés et elle a permis d'obtenir une foule de renseignements sur les facteurs déterminants du pouvoir des consommateurs.

63. Il y a donc eu tentative pour vérifier si les contraintes d'ordre concurrentiel définies par la Commission ayant recommandé les fusions sans condition étaient réelles. Les auteurs de l'étude ont examiné des éléments tels que: «prix, bénéfices, entrée/sortie, nouveaux produits, nouvelles technologies et évolution des goûts et des stratégies d'achat du consommateur».

64. Ce qui ressort du rapport, c'est que la Commission de la concurrence a souvent réussi à prévoir correctement l'évolution du marché³⁴. Le rapport définit les principaux obstacles à court et à long terme à la concurrence, en les comparant aux résultats constatés a posteriori. Il constate que, dans le cas d'entreprises en voie de faillite, on peut déceler des indices de l'aptitude de l'entreprise à survivre dans «des données récentes sur la part du marché ou des indices de changements de comportement dans les six mois (par exemple) qui précèdent l'annonce de la fusion»³⁵. Le rapport met en doute l'hypothèse implicite de la Commission de la concurrence

³³ Le rapport (OFT, 2005) a été rédigé par PricewaterhouseCoopers LLP pour l'OFT, le Ministère et la Commission.

³⁴ OFT (2005, p. 71).

³⁵ Ibid., p. 77.

selon laquelle il est préférable que l'entreprise «en difficulté» survive³⁶. Le rapport souligne donc d'une manière générale qu'il importe d'évaluer convenablement le pour et le contre d'une situation (p. 79). Il constate que le «pouvoir du consommateur» est une notion plus riche et plus complexe que celle qui se dégage habituellement des évaluations de la concurrence (p. 84). Le rapport constitue une étude préliminaire utile, par exemple en ce qui concerne l'importance de la pluralité des sources d'approvisionnement³⁷.

65. Un document plus ancien (OFT, 1999) énonçait la théorie des marchés oligopolistiques appliquée à 11 études de cas et il concluait que dans la plupart d'entre eux la décision d'autorisation sans condition était justifiée. Cette étude insiste elle aussi sur l'importance du pouvoir du consommateur et sur le développement du marché qui a suivi les changements de structure découlant de la fusion. Les études de cas et l'examen de la théorie servent ensuite à étayer des recommandations concernant la manière dont seront étudiées les futures fusions horizontales.

66. Un des moyens par lesquels la Commission de la concurrence du Royaume-Uni se propose de calculer son efficacité consiste à quantifier les effets de ses interventions. On en trouve un exemple dans Competition Commission (CC) 2006, où l'on a essayé de quantifier les fusions contre lesquelles la Commission a pris des mesures et non celles qu'elle a autorisées sans condition (l'objet de la précédente étude). L'étude décrit ce qu'il serait advenu, entre autres choses, des prix, s'il y avait eu effectivement «un affaiblissement substantiel de la concurrence»: le coût estimé pour les consommateurs est de 31,4 millions de livres sterling.

67. Dans un précédent rapport (2003), la Commission de la concurrence avait demandé à des universitaires d'étudier différents rapports sur des fusions, rédigés par elle, en vue d'améliorer son analyse.

68. À la suite de la publication en 1992 de directives sur les fusions horizontales, les institutions chargées de faire respecter la politique de la concurrence aux États-Unis s'efforcent sans cesse de surveiller l'application de la législation régissant les fusions. On peut citer la publication en 2003 de données sur les fusions contestées pour la période 1999-2003, de données d'enquêtes sur les fusions horizontales pour les exercices financiers 1996-2003, un processus d'examen des fusions et la publication en 2006 d'un commentaire des directives sur les fusions horizontales (p. v.). Ce commentaire avait pour but de donner plus de transparence à l'application des directives³⁸.

69. En 2004, le Ministère de la justice des États-Unis a publié un ouvrage intitulé «*Antitrust Division Policy Guide to Merger remedies*», en vue d'étudier les principes juridiques et économiques qui gouvernent l'élaboration et l'imposition de mesures correctives des fusions³⁹.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., p. 27.

³⁸ Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, March 2006 – FTC and DOJ.

³⁹ OECD (2005, p. 184).

En 2005, la FTC a organisé une conférence relative à l'estimation des effets des fusions et de la concentration sur les prix de l'industrie pétrolière; elle avait invité des universitaires éminents à comparer les méthodes employées dans différents rapports du Government Accounting Office (GAO) et du FTC Bureau of Economics pour étudier les fusions dans cette industrie.

70. Des recherches ont été faites sur des fusions d'établissements hospitaliers et différentes fusions qui n'avaient pas été contestées par le Ministère de la justice, par exemple dans les services d'expertise comptable et le transport aérien⁴⁰. En outre, le Ministère a mené des études sur le fonctionnement de différentes branches d'activité réglementées.

71. La Zimbabwe Competition Commission (ZCC) a achevé en novembre 2006 une évaluation rétrospective du contrôle des fusions. Une conférence des parties prenantes a été organisée ensuite pour discuter certaines de ses conclusions, en vue de formuler d'éventuelles recommandations. L'étude des fusions approuvées par la ZCC faisait une distinction selon que l'autorisation était inconditionnelle ou assortie de conditions. Le processus n'étant pas terminé à la date de rédaction du présent rapport, il est trop tôt pour tirer des conclusions finales. L'évaluation sera suivie par une enquête sur les mesures de répression visant à lutter contre les activités anticoncurrentielles.

72. Le Ministère de la justice et la FTC des États-Unis ont aussi organisé en commun des auditions et des ateliers portant par exemple sur l'évolution dans les entreprises et dans le droit en matière de propriété intellectuelle, de soins de santé et de fusions. Ces activités ont permis aux institutions concernées de connaître une large gamme d'opinions et de rencontrer des représentants des entreprises, des universitaires et d'autres parties intéressées⁴¹. Ce genre d'audition pourrait servir de point de départ à des travaux futurs de promotion et d'investigation.

73. La CE indique que la «Merger Remedies Study» publiée en octobre 2005 est «de loin la plus importante évaluation rétrospective de ses interventions faite ces dernières années». Elle a été suivie par une étude méthodologique, toujours sur les fusions, confiée à un consultant privé et publiée en janvier 2007. L'étude avait pour objet de déterminer premièrement les problèmes posés par la conception et la mise en œuvre des mesures correctives; deuxièmement, l'efficacité des mesures correctives imposées par la Commission dans la période 1996-2000; enfin, les domaines où l'on pouvait apporter des améliorations dans la conception des mesures futures. L'étude portait sur 96 mesures correctives appliquées dans 40 affaires et faisait intervenir beaucoup des acteurs clés impliqués dans les fusions. Dans bien des cas, les cessions d'actifs faisaient partie d'un ensemble de mesures correctives.

74. L'étude a constaté que «l'inaptitude à délimiter correctement le champ d'activité de l'entreprise vendue, [...] le choix erroné d'un acheteur, un mauvais découpage des actifs à céder et le transfert incomplet de l'entreprise vendue à son nouveau propriétaire» étaient quelques-uns des principaux problèmes qui se posaient encore dans la conception des mesures correctives⁴².

⁴⁰ OECD (2005, p. 185).

⁴¹ OECD (2005, p. 186).

⁴² Contribution de la CE, p. 3.

75. Le rapport fait ressortir certains des éléments d'une entreprise cédée viable, le fait que la composition du paquet de mesures correctives peut dépendre de tierces parties, les questions afférentes au découpage des actifs à céder, les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle et le fait qu'il importe d'améliorer le rôle des instances chargées de surveiller la mise en œuvre des mesures correctives. Il envisage d'autres éléments importants de la conception et de la mise en œuvre tels que la difficulté du choix d'un acquéreur pour l'entreprise vendue ou l'activité cédée.

76. Les autres types de mesures correctives étudiées étaient celles qui envisageaient les engagements en matière d'accès, lesquelles étaient difficiles à concevoir (conditions d'accès) et à surveiller.

77. L'étude sur les mesures correctives des fusions a porté aussi sur l'efficacité de ces mesures par rapport à leur objectif déclaré qui est «d'entretenir une concurrence vivante en prévenant la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché». L'étude a été faite à partir de données quantitatives et de données qualitatives.

78. Dans une étude récente sur l'impact de l'action de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC)⁴³, les auteurs concluent que la Commission a eu un impact non négligeable sur le monde des affaires en Australie et sur le respect par celui-ci des lois sur la concurrence. Ils constatent qu'une amélioration des activités de répression et un relèvement du montant des amendes, par exemple, ont permis de mieux sensibiliser les esprits aux exigences du respect de la loi.

79. Les auteurs indiquent cependant que cette prise de conscience ne se traduit pas automatiquement par un changement de comportement des entreprises. Les études de cas montrent que la volonté de discipline et les programmes connexes demeurent parfois purement théoriques; en outre, il est difficile de convaincre non seulement la direction mais aussi les cadres d'une entreprise de l'importance du respect scrupuleux de la loi. D'après les auteurs, la solution pourrait résider dans une réglementation à plusieurs facettes dans laquelle des règlements sont adoptés en vue d'améliorer le respect de la loi et où l'on tient compte du contexte lorsque «... l'action répressive qui modifie de façons diverses le contexte des comportements sur le marché a plus de chance de parvenir à améliorer le respect des règlements...»⁴⁴.

13. Examen des interventions dans des affaires concrètes

80. Les autorités chargées de la concurrence peuvent charger des juristes ou des économistes d'analyser et d'évaluer les procès dans lesquels l'institution est impliquée et de faire des recommandations à ce sujet. Une étude de 2004 commandée par le Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni a examiné les effets de la mise en œuvre de la politique de la concurrence dans six «exemples d'affaires: services d'opticiens, communications téléphoniques internationales, Net Book Agreement (accord sur le prix de vente des livres), voyages aériens

⁴³ Parker, Ainsworth and Stepanenko (2004).

⁴⁴ Ibid. p. 105.

en Europe, automobiles neuves et panoplies de joueur de football». Toutes ces études de cas relèvent du thème général de la *politique de la concurrence*, mais elles ne concernent pas toute l'application de la législation sur la concurrence. On a constaté que la promotion de la concurrence fait baisser les prix, qu'elle augmente le volume des ventes et qu'elle favorise un plus large choix de produits.

81. La Commission coréenne des pratiques commerciales loyales (KFTC) indique que l'objectif premier de ses évaluations est la protection du consommateur. Dans l'idéal, l'enquête devrait être complète, et évaluer «les modifications du prix des biens et des services, le degré d'amélioration de la qualité, les possibilités d'élargissement du choix offert aux consommateurs»⁴⁵. Dans la pratique, les enquêtes portent plutôt sur «les changements de prix des biens et services enregistrés avant et après l'imposition de mesures correctives visant les cartels».

82. La KFTC présente quatre affaires en guise d'illustration. Dans la première, qui concerne la fixation du prix sur le marché des uniformes scolaires d'été et d'hiver, la comparaison des prix et des volumes a priori et a posteriori fait apparaître une économie d'environ 15 milliards de won. Dans la deuxième, qui traite de l'abolition du contrôle des honoraires dans les professions réglementées, la KFTC surveille régulièrement les prix pour le compte des consommateurs. Elle estime que cela aidera les consommateurs à faire un choix rationnel dans l'achat de services professionnels. Dans les affaires de collusion entre soumissionnaires concernant les marchés publics du bâtiment et travaux publics, la KFTC signale «que le budget de l'État fait chaque année une économie estimée à 4 billions de won depuis que le prix moyen des adjudications est tombé de 87 % en 1997 à 75 % au milieu de l'an 2000». Enfin, à propos du cartel des électrodes en graphite, la KFTC révèle ce que le cartel a coûté au pays (et, par voie de conséquence, les économies faites grâce à cette divulgation). Selon la KFTC, l'utilité de cette opération réside tout simplement dans le fait de montrer que les économies dues aux mesures d'application l'emportent sur le coût de ces mesures.

83. Le Ministère de la justice et la FTC des États-Unis établissent tous les ans un résumé de l'étendue des marchés touchés par leurs interventions ainsi qu'une estimation de l'ampleur des bénéfices qui en résultent pour le consommateur. Ces valeurs peuvent être calculées par une simulation empirique des fusions ou par d'autres méthodes⁴⁶.

84. Il est à noter que de nombreux pays disent n'avoir rien fait pour évaluer l'efficacité des décisions antitrust.

⁴⁵ Communication de la KFTC.

⁴⁶ OECD (2005, p. 186).

VIII. PRIORITÉS DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT EN MATIÈRE D'ÉVALUATION D'IMPACT

85. Les pays en développement souffrent d'un certain nombre d'obstacles à la concurrence. Ils ont besoin d'urgence d'une législation et d'une politique efficaces pour y remédier. Toutefois, à cause de différentes caractéristiques du marché et de difficultés juridiques et administratives, il est beaucoup plus difficile de mettre en œuvre la législation et la politique de la concurrence dans les pays en développement que dans les pays développés. Oliveira (2006), Oliveira et Paulo (2006) et Oliveira et Fujiwara (2006) étudient certains de ces facteurs: étendue du secteur informel de l'économie, problèmes dus à l'étroitesse du marché et aux puissants obstacles à l'entrée, difficultés à inculquer une culture de la concurrence, contraintes de capacité et d'économie politique⁴⁷. Il importe pour chaque pays d'aménager la manière dont il mettra en œuvre des initiatives d'évaluation de manière à promouvoir la concurrence en fonction de ces contraintes.

86. Il découle de ce qui précède que les marchés non concurrentiels présentent un problème plus grand encore dans les pays en développement. Les besoins d'une répression efficace en matière de concurrence sont grands mais ils se heurtent à des obstacles sérieux à la mise en œuvre effective d'une politique dans ce sens.

87. L'évaluation peut aider à traiter les problèmes d'économie politique les plus aigus, ce qui contribue à légitimer le système politique. En revanche, les contraintes de capacité des pays en développement empêchent le bon déroulement des évaluations. Quoiqu'il en soit, lorsqu'elle est conduite de manière appropriée dans ces conditions, l'évaluation peut contribuer à donner des indications utiles sur les obstacles à la concurrence propre à chaque pays qui découlent des caractéristiques susmentionnées et suggérer des correctifs éventuels.

88. L'examen des différents critères susmentionnés peut être un facteur important de la définition des objectifs des pays en développement. Les préoccupations prioritaires de ces pays sont parfois très différentes de celles des pays développés. Toutefois, on court le risque d'être trop exigeant, alors que d'autres moyens d'action pourraient être les meilleurs outils pour parvenir à certaines fins, d'où l'utilité des évaluations. Il est nécessaire de comprendre les effets du programme de mise en œuvre des moyens de faire respecter la législation sur la concurrence afin de déterminer le potentiel et les limites de la politique de la concurrence d'un pays donné.

⁴⁷ Une note d'information du secrétariat de l'OCDE (OCDE 2004) définit quatre catégories de difficulté: une catégorie générale, l'absence de culture de la concurrence, celle-ci étant définie comme l'existence d'un soutien politique à l'utilisation de la concurrence sur les marchés en tant que moyen par défaut ou normal d'organiser l'activité économique. Les trois autres types de difficulté concernent: a) les problèmes propres aux petites économies en développement, b) les problèmes propres au secteur informel, c) l'adaptation des institutions à l'introduction de lois et de politiques favorisant la concurrence. Une communication de la Chine au Global Competition Forum ajoute à cette liste les problèmes rencontrés dans la répression des activités anticoncurrentielles par les administrations publiques locales et régionales, encore que ce problème puisse être rattaché au point c) relatif à l'adaptation des institutions.

IX. CONCLUSIONS

89. La présente note d'information aborde le sujet de l'évaluation de l'efficacité des autorités chargées de la concurrence. Elle a présenté les principes de l'évaluation, les types d'évaluation effectués jusqu'à présent et ceux qui l'ont faite. Enfin, nous avons évoqué les initiatives d'évaluation qui ont été prises sous forme d'études sectorielles, d'initiatives de promotion, d'examen des mesures répressives en matière de fusions et d'ententes, et des cas particuliers d'intervention contre des comportements anticoncurrentiels.
