



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

Distr. générale
9 mai 2011
Français
Original: anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

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

Onzième session

Genève, 19-21 juillet 2011

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux du droit
et de la politique de la concurrence; examen de la loi type; et études
relatives aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

**Fondements de l'efficacité des organismes chargés
de la concurrence**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

On entend par politique de la concurrence la politique des pouvoirs publics pour préserver ou promouvoir la concurrence entre les acteurs du marché et pour promouvoir d'autres politiques et processus gouvernementaux qui permettent à un environnement concurrentiel de se développer.

Dans des environnements différents, le régime de la concurrence sera nécessairement conçu de façon différente aussi. Mais les organismes publics de réglementation efficaces présentent un certain nombre de caractéristiques communes, notamment: indépendance; transparence; responsabilité; respect de la primauté du droit; financement bien adapté au mandat; personnel qualifié, bien formé et non corrompu; et mécanisme d'appel lui aussi bien structuré et non corrompu. Il ressortait de débats récents sur les organismes chargés de la concurrence qu'une évaluation était nécessaire aussi. En ce qui concerne les processus internes, pour être efficace l'organisme chargé de la concurrence devait définir les objectifs et les priorités, allouer les ressources de façon appropriée et prendre des décisions efficaces.

Le présent document examine d'abord comment définir un organisme chargé de la concurrence efficace, et l'importance de l'évaluation dans ce contexte. Les deux sections suivantes passent en revue les différents facteurs devant constituer les fondements de cet organisme. Ces trois premières sections du document s'appliquent dans l'ensemble aux organismes chargés des questions de concurrence des pays en développement et des pays développés. Les deux dernières sections sont consacrées, respectivement, aux organismes chargés de la concurrence récemment créés et aux bureaux de la concurrence dits «minimalistes» – ceux qui ne bénéficient guère d'un soutien politique ou financier.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Qu'est-ce qu'un organisme chargé de la concurrence efficace?	4
II. Structure institutionnelle	6
III. Processus internes	10
IV. Défis particuliers pour les organismes de la concurrence récemment créés	12
V. Les bureaux de la concurrence minimalistes.....	19
VI. Thèmes de discussion.....	20

Introduction

1. On entend par politique de la concurrence la politique des pouvoirs publics pour préserver ou promouvoir la concurrence entre les acteurs du marché et pour promouvoir d'autres politiques et processus gouvernementaux qui permettent à un environnement concurrentiel de se développer. Pour que la politique et les autorités de la concurrence puissent promouvoir efficacement leurs objectifs, elles doivent pouvoir se développer dans leur environnement politique, social et économique. Or ces environnements varient beaucoup. Dans certains pays ou territoires, les entrepreneurs et les pouvoirs publics comprennent les objectifs de la concurrence et respectent les institutions qui en sont chargées, et il est tenu compte des questions de concurrence dans les autres objectifs de la société. Ailleurs, les entrepreneurs et les agents publics apprennent à s'adapter à un régime de la concurrence et à en comprendre les objectifs, même si la législation ne reste pas tout à fait adaptée au contexte juridique, économique et institutionnel. Et ailleurs encore, un bureau de la concurrence «minimaliste» lutte pour se faire reconnaître et respecter, bien que marginalisé après un vaste programme d'ajustement structurel.

2. Dans différents environnements, le régime de la concurrence sera nécessairement conçu de façon différente aussi. Mais les organismes publics de réglementation efficaces présentent un certain nombre de caractéristiques communes, notamment: indépendance; transparence; responsabilité; respect de la primauté du droit; financement bien adapté au mandat; personnel qualifié, bien formé et non corrompu; et mécanisme d'appel lui aussi bien structuré et non corrompu. Des débats récents sur les organismes chargés de la concurrence ont montré qu'une évaluation était nécessaire également. En ce qui concerne les processus internes, pour être efficace l'organisme chargé de la concurrence doit définir les objectifs et les priorités, allouer les ressources de façon appropriée et prendre des décisions efficaces. Ces éléments sont examinés ci-après.

3. Le document examine d'abord comment définir un organisme de la concurrence efficace, et l'importance de l'évaluation dans ce contexte. Les deux sections suivantes passent en revue les différents facteurs qui constituent les fondements d'un organisme de la concurrence efficace. Les trois premières sections s'appliquent dans l'ensemble aux organismes chargés des questions de concurrence des pays en développement et des pays développés. Mais les deux dernières sections sont consacrées, respectivement, aux organismes chargés de la concurrence récemment créés et aux bureaux de la concurrence dits «minimalistes» – ceux qui n'ont guère de soutien politique ou financier.

4. Les sources d'information utilisées sont les réponses des États membres à la demande d'informations présentée par la CNUCED, une note de M. Khalid A. Mirza¹, les travaux du Réseau international de la concurrence et les études de spécialistes universitaires.

¹ Résumé des discussions de la table ronde organisée sur le thème «Fondements de l'efficacité des organismes chargés de la concurrence» lors de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, 8-12 novembre 2010.

I. Qu'est-ce qu'un organisme chargé de la concurrence efficace?

5. Par définition, un organisme chargé de la concurrence efficace atteint ses objectifs grâce à l'utilisation appropriée des ressources. La structure et les moyens de l'organisme influent sur l'efficacité de ses décisions et sur sa capacité de faire respecter les sanctions et les mesures correctives. Mais l'organisme chargé de la concurrence n'est qu'un acteur parmi d'autres dans un environnement où les autres ministères et institutions publiques, le pouvoir judiciaire, les entreprises, les organisations non gouvernementales (ONG), les médias et le grand public agissent eux aussi pour faire avancer leurs propres objectifs. L'efficacité de l'organisme dépend donc aussi de l'environnement dans lequel il opère, et on peut juger en partie de son efficacité en évaluant comment il agit sur son environnement.

6. L'efficacité peut être évaluée en répondant à deux questions: a) Les interventions de l'organisme ont-elles produit de bons résultats par rapport aux objectifs de la législation sur la concurrence? et b) Les processus de l'organisme ont-ils permis une allocation appropriée des ressources afin de promouvoir la réalisation des objectifs de la législation²? Pour examiner l'efficacité et déterminer exactement où se situent les insuffisances (et comment il pourrait y être remédié), il faut passer en revue périodiquement et de façon répétée les processus et les résultats. L'évaluation des résultats obtenus fait elle-même partie de l'efficacité.

7. L'évaluation est particulièrement importante pour les organismes chargés de la concurrence, pour plusieurs raisons. Premièrement, ces organismes doivent prendre des décisions avec des informations incomplètes et dans un contexte d'incertitude. Comme certaines de leurs décisions sont donc dans une certaine mesure expérimentales – pour vérifier si des hypothèses sont valables –, il faut une évaluation pour comprendre si telle ou telle mesure pour faire appliquer la législation sert effectivement les objectifs de la législation en question. On voit donc qu'il faut expérimenter pour trouver, dans un environnement donné, la bonne politique de défense de la concurrence. Deuxièmement, comme les tierces parties sont moins bien informées que l'organisme lui-même et que les parties impliquées dans les affaires de concurrence, en publiant sa propre évaluation l'organisme permet à ces tierces parties de mieux prendre la mesure de son action. Troisièmement, l'évaluation peut conduire à la formulation de nouvelles hypothèses économiques et contribuer ainsi au développement des fondements de la politique de la concurrence.

8. Mais l'attention ne doit pas être tournée exclusivement vers les mesures pour faire respecter la législation. L'action ou l'inaction d'autres organismes publics peuvent contribuer, ou faire obstacle au contraire, à la réalisation des objectifs du droit et de la politique de la concurrence, mais ces agissements échappent souvent au champ du droit de la concurrence. Les vues et par conséquent les actions des autres acteurs gouvernementaux peuvent néanmoins être influencées par le biais d'études, d'auditions et aussi de communications présentées dans le cadre de leurs propres auditions. Le nombre des entreprises qui évitent les pratiques anticoncurrentielles dépasse de très loin celui des entreprises qui pourraient risquer un jour des poursuites. Et pour que les décisions de l'organisme soient efficaces, il faut arriver à persuader les juges de leur bien-fondé quand

² Kovacic W. E. (2005), Utilisation de l'évaluation pour améliorer les performances des autorités chargées de la politique de la concurrence, dans: *L'évaluation des actions et des ressources des autorités de la concurrence*, DAF/COMP(2005)30, accessible à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf>. Voir aussi: CNUCED (2007), Critères permettant d'évaluer l'efficacité des autorités chargées des questions de concurrence, TD/B/COM.2/CLP/59.

lesdites décisions sont examinées par les tribunaux. Pour mesurer l'efficacité de l'action d'un organisme chargé de la concurrence sur la base de ses résultats, on doit donc notamment évaluer dans quelle mesure ses études, ses communications dans le cadre d'auditions, ses interventions et ses autres initiatives sont effectivement persuasives. Mais il faut aussi faire savoir que les ententes s'exposent à un important risque de sanctions³.

9. L'évaluation peut être entreprise dans le cadre de la préparation du rapport annuel, ou encore par le biais d'un «examen collégial» effectué par d'autres organismes chargés de la concurrence, ou encore à travers des évaluations rétrospectives. Ainsi, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED et le Comité de la concurrence et le Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE effectuent des examens collégiaux volontaires. Les évaluations peuvent également être confiées à des commissions parlementaires et à des bureaux d'audit.

10. Les évaluations rétrospectives sont en général ciblées sur un aspect spécifique des activités de l'organisme. La *Merger Remedies Study*⁴ effectuée par des fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne en est un exemple. Elle avait pour objet d'«examiner avec le recul» les mesures correctives que la CE avait imposées ou acceptées en relation avec des opérations de fusions, «afin de déterminer les domaines dans lesquels d'autres améliorations [...] pourraient être nécessaires dans l'avenir». Il a ainsi été examiné 40 affaires et 96 mesures correctives au total, trois à cinq ans au moins après l'imposition des mesures. Mais une autre étude sur le contrôle des fusions⁵ effectuée par des consultants pour la Commission européenne a pointé une difficulté de ce type d'évaluation: «Quel aurait été le bon scénario contrefactuel?». Les consultants ont estimé en l'espèce que le bon scénario contrefactuel aurait été «de s'en remettre aux attentes de certains acteurs du marché qualifiés quant à l'évolution du marché si la fusion proposée s'était faite», en utilisant pour cela des questionnaires et les indices boursiers. Mais leur étude a souffert du faible taux de réponse des entreprises – parce que celles-ci n'étaient pas obligées de répondre, parce qu'elles ne voyaient pas l'intérêt de répondre, ou parce qu'elles étaient réticentes à communiquer des données commerciales confidentielles. Des évaluations rétrospectives de portée plus modeste peuvent toutefois être effectuées plus souvent et à moindre coût. Lorsque l'organisme est débouté dans une affaire par exemple, une réflexion rétrospective permet de déterminer ce qui a fonctionné et ce qui n'a pas fonctionné, et les leçons tirées peuvent être intégrées dans le manuel opérationnel interne. L'Afrique du Sud et l'Indonésie fournissent l'une et l'autre des exemples d'évaluations d'un «résultat» plutôt que d'une activité pour faire appliquer la législation. Les organismes chargés de la concurrence de ces pays ont formulé des recommandations ou présenté des propositions au gouvernement sur certains aspects de la politique de la concurrence qui ont ouvert la voie à diverses réformes du droit de la concurrence, avec des effets positifs sur l'économie⁶.

³ Parker C., Ainsworth P. et Stepanenko N. (2004), ACCC enforcement and compliance project: The impact of ACCC enforcement activity in cartel cases. Document de travail de l'Australian National University Centre for Competition and Consumer Policy.

⁴ Commission européenne (2005), *Merger Remedies Study*, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

⁵ Étude LEAR pour la Direction générale de la concurrence, Commission européenne (2006), *Ex Post Review of Merger Control Decisions*, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

⁶ CNUCED (2011), The importance of coherence between competition and government policies, TD/B/C.I/CLP/9.

11. Dans leurs réponses au questionnaire, le Brésil et la Colombie ont dit que l'efficacité pouvait s'apprécier en vérifiant dans quelle mesure l'autorité était parvenue à s'acquitter de sa mission. Il s'agissait d'examiner si l'existence de l'autorité avait effectivement un effet sur la situation concurrentielle dans le pays. Si la mission de l'autorité consistait à améliorer la compétitivité et que le marché restait dominé par un petit nombre d'entreprises, dans quelle mesure, ou dans quel délai, l'efficacité de cet organisme pourrait-elle être à bon droit remise en cause?

12. Il est parfois difficile d'évaluer l'efficacité de certaines autorités chargées des questions de concurrence parce qu'elles sont de création récente et parce que peu d'affaires sont parvenues jusqu'à la phase exécutoire. C'est le cas par exemple du Pakistan, où l'on a souligné l'importance d'une évaluation objective du travail accompli par l'institution. Même si dans certains cas l'évaluation peut impliquer la mesure de critères spécifiques, comme le délai dans lequel les affaires sont traitées, on risque en mettant l'accent sur le nombre d'entreprises qui ont été mises en conformité à la suite d'une intervention de l'autorité compétente d'insister davantage sur les «intrants» ou sur l'«activité» que sur les «résultats» obtenus par rapport aux objectifs stratégiques.

13. La plupart des répondants au questionnaire de la CNUCED ont fourni des informations sur leurs évaluations rétrospectives. Le Pakistan et la Slovaquie ont indiqué par exemple qu'ils surveillaient les entreprises qui avaient enfreint la législation sur la concurrence dans le passé, ainsi que les marchés sur lesquels il avait été constaté dans le passé des pratiques anticoncurrentielles. Il ressortait par ailleurs d'une communication de la Turquie que si le problème dans un secteur persistait après une intervention pour faire respecter la législation sur la concurrence, on pouvait s'attendre à une autre plainte des acteurs du marché.

14. De nombreux rapports annuels indiquent le nombre des affaires de concurrence examinées, mais cela n'est pas forcément un bon indicateur de l'efficacité. Certaines affaires d'ampleur modeste et peu spectaculaires peuvent être plus importantes en effet pour l'évolution du droit de la concurrence que les affaires qui font la une des médias. En outre, d'autres activités (par exemple promotion de la concurrence ou développement des capacités institutionnelles, analytiques et procédurales) peuvent autant, voire davantage, contribuer à l'efficacité que les affaires de concurrence.

15. Les conclusions de l'évaluation servent à fixer les priorités futures et à déterminer les améliorations internes à apporter dans l'avenir. Pour résumer, un organisme de la concurrence efficace est celui qui parvient à ses objectifs en utilisant de manière appropriée ses ressources. Deux questions doivent être posées: Les interventions de l'organisme ont-elles produit de bons résultats? L'allocation des ressources de l'organisme a-t-elle contribué à la réalisation de ces résultats? L'environnement et le niveau des ressources sont certes déterminés de façon exogène, mais l'efficacité dépend des choix de l'organisme. L'évaluation est l'outil qui permet d'examiner les résultats de ces choix. L'évaluation des affaires de concurrence, les études, les contributions présentées pour des auditions, les communications et autres actions de promotion aident à établir les choix à faire pour améliorer l'efficacité dans l'avenir.

II. Structure institutionnelle

16. Pour les organismes chargés de la concurrence, la structure la plus efficace comprend plusieurs éléments: a) le statut juridique; b) le statut au sein du mécanisme gouvernemental au sens plus large et par rapport aux entreprises et aux représentants des consommateurs; et c) les processus internes visant à assurer la qualité du travail exécuté. Ces différents éléments ne sont pas autonomes; ils interagissent plutôt pour assurer – entre

autres – la primauté du droit et des résultats adéquats par rapport aux objectifs. En plus des éléments passés en revue ci-dessus (indépendance, transparence et responsabilité, pouvoirs suffisants, financement adapté au mandat et personnel qualifié, bien formé et non corrompu) et au-delà du champ de l'organisme de la concurrence proprement dit, il faut aussi un mécanisme d'appel qui soit lui-même compétent et non corrompu.

A. Indépendance

17. À l'intérieur du cadre juridique et institutionnel, il convient de trouver le juste équilibre pour que l'organisme chargé de la concurrence soit indépendant, mais aussi pour qu'il tienne compte des politiques générales du gouvernement et que ses décisions fassent l'objet d'un contrôle, en général juridictionnel. Il faut que l'organisme soit protégé des ingérences politiques dans son action quotidienne et dans ses décisions afin que ses activités de promotion et ses décisions ne soient ni politisées, ni discriminatoires, ni mises en œuvre en fonction des objectifs étroits de groupes d'intérêt. Cet organisme devrait également être préservé de l'influence des entreprises. Les organismes «indépendants» ne sont pas dispensés pour autant d'un contrôle gouvernemental et d'un système de contre-pouvoirs. Le texte législatif d'habilitation doit donner un sens juridique à l'indépendance opérationnelle de l'autorité en définissant ses fonctions, ses compétences, les modalités régissant la nomination, le mandat et la destitution des directeurs et du personnel, ainsi que les modalités de financement de l'organisme. Les relations de l'organisme avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent elles aussi être définies. Ces dispositions assurent l'autonomie organisationnelle et la relation d'indépendance vis-à-vis des autorités politiques.

18. Pour arriver à concilier l'indépendance et l'obligation de responsabilité, il a été recouru à plusieurs formes de sauvegardes de type formel, notamment:

- a) En conférant à l'organisme chargé de la concurrence une autorité statutaire distincte, sans contrôle ministériel systématique;
- b) En fixant des critères professionnels bien définis pour les nominations;
- c) En associant le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif au processus de nomination;
- d) En nommant le directeur général et les membres du conseil ou de la commission pour une durée déterminée et en n'autorisant leur destitution (sous réserve d'un examen formel) que pour des motifs clairement définis;
- e) Quand une structure collégiale (conseil/commission) a été choisie, en échelonnant le mandat des membres de sorte qu'ils ne puissent être remplacés que graduellement par les gouvernements successifs;
- f) En assurant à l'organisme une source de financement fiable et adéquate. Dans l'idéal, les commissions perçues en échange de services spécifiques pourraient être utilisées pour financer l'organisme chargé de la concurrence afin de l'isoler de possibles ingérences politiques par le biais du processus budgétaire;
- g) En exemptant l'organisme chargé de la concurrence des limites prévues pour la rémunération des agents de la fonction publique afin d'attirer et de retenir les personnes les plus qualifiées et d'offrir des incitations adéquates pour assurer la bonne gouvernance; et
- h) En interdisant au pouvoir exécutif d'annuler les décisions de l'organisme autrement que par des voies dûment prévues, telles qu'une législation nouvelle ou des procédures d'appel devant les tribunaux fondées sur la législation existante.

19. Aujourd'hui, les autorités de la concurrence dans le monde sont de plus en plus souvent des institutions indépendantes de tout contrôle ministériel; moins de la moitié sont des organismes non autonomes. Des autorités de la concurrence ont été établies par 112 pays⁷, et plus de la moitié d'entre elles ne sont pas rattachées à des ministères. Il y a eu aussi une augmentation régulière du nombre des organismes de la concurrence autonomes ces vingt dernières années. Vingt-deux de ces organismes autonomes sont en place dans des pays en développement et des pays en transition.

20. L'indépendance financière est très importante pour assurer l'indépendance des objectifs et des activités. Les mécanismes de financement possibles incluent un autofinancement au moyen d'une commission modique, comme en Turquie. Une dépendance vis-à-vis d'allocations budgétaires incertaines, surtout en période d'austérité budgétaire, peut restreindre les capacités et accroître le risque d'ingérence politique.

B. Responsabilité

21. Le pendant de l'indépendance de l'organisme chargé de la concurrence doit être son obligation de responsabilité. Les autorités politiques, les médias, le public et les entreprises doivent savoir qui est responsable d'une décision, et pourquoi celle-ci a été prise. Les parties intéressées doivent pouvoir largement contribuer à la prise de décisions, par le biais de processus de consultation. Elles doivent pouvoir aussi obtenir réparation facilement et rapidement si l'organisme a agi de façon arbitraire ou avec incompetence. Ces types de sauvegardes garantissent un équilibre entre l'indépendance et l'obligation de responsabilité, et plusieurs moyens formels ont été employés à cet effet, par exemple:

a) En publiant la législation sur la concurrence et les statuts de l'organisme chargé de la concurrence, spécifiant clairement les devoirs, responsabilités, droits et obligations de l'organisme; et en faisant la différence entre les objectifs primaires et les objectifs secondaires quand les objectifs sont multiples;

b) En faisant en sorte que les décisions de l'organisme chargé de la concurrence puissent être contrôlées par les tribunaux ou par une autre entité de caractère non politique, mais en prévoyant un certain «seuil» afin d'éviter les contestations futiles qui ne font que retarder la mise en œuvre des décisions;

c) En exigeant de l'organisme chargé de la concurrence qu'il publie des rapports annuels sur ses activités et qu'il fasse contrôler officiellement ses résultats par des commissaires aux comptes indépendants ou par des commissions de contrôle relevant du législatif;

d) En établissant des règles pour la destitution des membres du conseil de l'autorité en cas d'agissements répréhensibles ou d'incompétence;

e) En autorisant toutes les parties intéressées à présenter à l'organisme chargé de la concurrence des observations sur les questions à l'examen; et

f) En demandant à l'organisme chargé de la concurrence de publier ses décisions motivées.

⁷ Voir UNCTAD Guidebook on Competition Systems, accessible à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20072_en.pdf.

C. Transparence

22. La transparence renforce la confiance des parties intéressées dans l'efficacité et l'indépendance de l'organisme chargé de la concurrence, et la légitimité de ce dernier. Toutes les règles et les politiques, les principes pour l'élaboration de règlements futurs et l'ensemble des décisions et accords réglementaires devraient donc être connus de tous.

23. La transparence peut être positive autant pour l'organisme que pour le grand public et pour les entreprises. En publiant leurs décisions et leur justification et en organisant des consultations et des auditions publiques, ces organismes peuvent mieux promouvoir la formation de consensus autour de leurs décisions et éviter d'être accusés d'avoir rendu des décisions arbitraires en huis clos.

24. La transparence est un important élément de la bonne gouvernance en général. Elle réduit notamment le risque que les parties intéressées – en particulier celles qui subissent les conséquences d'une décision rendue dans une affaire de concurrence – jugent ces décisions biaisées, arbitraires ou discriminatoires. Les raisonnements sur lesquels reposent les décisions dans les affaires de concurrence, y compris les principes et les éléments de preuve qui les étayent, seront mieux apparents s'ils sont clairement présentés et connus de tous. Et les décisions discriminatoires ou entachées de corruption deviendront plus évidentes et plus difficiles à justifier si des procédures transparentes ont été mises en place.

25. Mais la transparence a aussi ses limites. Les décisions dans les affaires de concurrence sont souvent rendues sur la base de renseignements commercialement sensibles, qui doivent être protégés des concurrents, des fournisseurs et des clients. Les informations rendues publiques doivent être filtrées pour protéger les secrets commerciaux. La divulgation prématurée d'informations peut enfin affecter elle aussi le succès de certaines des activités des organismes chargés de la concurrence, par exemple lorsqu'ils enquêtent sur des ententes.

26. Pour réussir à attirer les investisseurs, un marché a besoin de certitude juridique. Les organismes de la concurrence indépendants sont prévisibles à condition qu'ils respectent le principe de la primauté du droit. Les éléments prépondérants à cet égard sont le respect du précédent et le principe *stare decisis*, surtout dans les juridictions de *common law*. Le respect du précédent signifie que les organismes chargés de la concurrence ne doivent pas revenir sur des décisions prises sauf s'il est prouvé que ces décisions ont entraîné des problèmes importants ou que l'évolution des circonstances justifie une modification des règles. Au nom du principe *stare decisis*, les affaires reposant sur des faits identiques doivent être tranchées chaque fois dans le même sens.

D. Pouvoirs de mise en œuvre

27. L'organisme chargé de la concurrence doit avoir les moyens de se faire respecter, ce qui suppose non seulement une définition officielle claire de ses pouvoirs pour défendre la concurrence, mais aussi la capacité et la volonté pour lui d'exercer son autorité et de faire appliquer ses décisions. Les organismes de la concurrence doivent disposer de pouvoirs qui leur permettent d'enquêter efficacement, comme le pouvoir de recueillir des renseignements dans le délai requis et le pouvoir d'imposer – ou de faire imposer – des sanctions en cas de défaut d'application. Ils doivent être habilités soit à ordonner un certain comportement pour restaurer la concurrence et à imposer des sanctions, soit à saisir le tribunal pour faire ordonner un certain comportement ou pour imposer des sanctions. Beaucoup de ces organismes peuvent aussi faire en sorte qu'il ne soit pas imposé de sanctions, ce qui est important pour mettre en œuvre des programmes de clémence pouvant inciter à fournir des informations sur les ententes.

E. Dotation en personnel et ressources financières

28. La pénurie de compétences, le faible niveau de rémunération dans le secteur public et les risques de corruption et de mainmise compromettent l'efficacité des organismes chargés de la concurrence, surtout dans les pays en développement. Les compétences sont insuffisantes dans tous les secteurs de l'application de la législation sur la concurrence, et aussi quand les personnes chargées des affaires de concurrence sont peu familiarisées encore avec l'économie – y compris dans les organismes assez bien, voire bien, développés. Certains pays s'attachent à promouvoir une formation ciblée et, sur le plus long terme, les relations avec les universités. Les agents de la fonction publique sont généralement moins bien payés que leurs homologues du secteur privé, et dans beaucoup de pays en développement, les salaires réels versés aux employés du secteur public ont diminué ces dernières années. Tout cela rend difficile de recruter et de retenir les personnes les plus qualifiées dans le secteur public, surtout dans des domaines spécialisés comme celui du droit de la concurrence.

29. Le risque de corruption et de mainmise est une difficulté dans les pays en développement. Les données théoriques et empiriques sur le lien existant entre le faible niveau des salaires dans le secteur public et la corruption sont contradictoires. La pratique suivie dans certaines juridictions où les membres du conseil des commissaires sont d'éminents représentants du secteur privé et siègent à temps partiel soulève des questions délicates d'impartialité et d'indépendance, qui ne peuvent pas toutes être réglées par le simple retrait de ces personnes des affaires dans lesquelles il pourrait y avoir un conflit d'intérêts.

30. Les ressources financières sont rarement jugées suffisantes par rapport au mandat de l'organisme chargé de la concurrence. S'il peut être considéré que la perception de commissions par exemple pour les fusions se situant au-delà du seuil de notification obligatoire représente un moyen de se procurer des ressources financières accrues, cette façon de procéder peut aussi impliquer pour l'organisme des fluctuations imprévisibles. Percevoir une partie des amendes imposées peut soulever des problèmes de conflits d'intérêts. Et s'en remettre aux subventions d'un budget ministériel soulève des problèmes d'indépendance par rapport au ministère en question. Dans la pratique, les budgets annuels des organismes chargés de la concurrence varient beaucoup, même s'il est difficile de les comparer dans la mesure où leur mandat diffère – par exemple, inclusion ou exclusion des secteurs de la politique de protection des consommateurs ou de la politique des aides d'État.

III. Processus internes

31. Les principaux processus pour un organisme de la concurrence efficace consistent à fixer les objectifs et les priorités, à allouer les ressources correspondantes et à veiller à ce que les activités servent effectivement ces objectifs⁸. Si les objectifs généraux de l'organisme sont souvent énoncés dans la législation, l'organisme doit généralement définir des objectifs plus spécifiques pour aider ses agents à prendre des décisions cohérentes en matière d'allocation des ressources et pour permettre aux autorités politiques et aux entreprises de comprendre et de critiquer ses choix. Ces objectifs pouvaient consister par exemple à libéraliser certains secteurs ou à réduire substantiellement les agissements anticoncurrentiels dans d'autres secteurs, à mieux sensibiliser les entreprises aux avantages

⁸ Réseau international de la concurrence, Groupe de travail sur la mise en œuvre des politiques de la concurrence (2009), séminaire sur l'efficacité des organismes chargés de la concurrence. Les informations figurant dans la présente section sont tirées largement de cette source.

de la concurrence, ou à combattre les ententes. Ces objectifs forment ensuite la structure d'un programme de travail qui alloue les ressources aux différentes activités et fixe les priorités.

32. Le choix des priorités est effectué différemment selon les organismes. Deux des méthodes retenues consistent pour l'une à fixer des seuils de déclenchement pour l'examen des fusions ou pour l'ouverture d'une enquête, et pour l'autre à choisir des secteurs spécifiques sur lesquels seront concentrés les efforts pendant une période donnée. Une autre méthode consiste à effectuer une analyse coûts/avantages modifiée en prenant en compte: a) les effets en termes de bien-être du consommateur sur le marché sur lequel l'intervention aura lieu; b) l'importance stratégique de l'intervention; c) la probabilité d'un résultat positif; et d) les ressources nécessaires. Mais il peut être difficile d'estimer à l'avance -quelles activités auront le plus d'impact sur le long terme. Lorsque les organismes chargés de la concurrence doivent consacrer une importante partie de leur activité à faire appliquer la législation, par exemple pour les notifications des fusions ou les plaintes liées aux fusions, elles doivent trouver le moyen de traiter plus brièvement les questions qui ne soulèvent clairement aucun problème de concurrence. Et les délais juridiquement contraignants peuvent imposer l'efficacité dans certains domaines.

33. Les organismes chargés de la concurrence de taille modeste et de création récente peuvent avoir des difficultés à fixer leurs stratégies et leurs priorités. Ils peuvent manquer de ressources, de pouvoirs d'enquête et d'un environnement économique comportant une culture de la concurrence; et ils peuvent aussi être plus exposés aux pressions politiques. Mais comme ils ont peu d'activités, celles-ci peuvent en revanche être plus facilement contrôlées par les responsables.

34. L'allocation des ressources implique non seulement de fixer des priorités («Que faisons-nous en matière de promotion ou de respect de la législation, et que ne faisons-nous pas?»), mais aussi de confier aux individus différents rôles à des fins de motivation et de développement.

35. Les organismes chargés de la concurrence ont besoin de personnel hautement qualifié, mais ils ne peuvent pas offrir les mêmes salaires que dans le secteur privé. Ils doivent donc motiver et retenir leur personnel grâce à d'autres incitations, par exemple une formation de qualité, la possibilité d'entreprendre des travaux universitaires et un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée. Si la rotation du personnel est excessive, les organismes risquent de se retrouver avec un trop grand nombre de diplômés sans expérience, et quand dans le cadre de différends ils seront confrontés à des cabinets juridiques, ces derniers jouiront donc d'un avantage structurel en termes de ressources humaines. Mais une rotation du personnel insuffisante peut aussi être synonyme de stagnation. Des actions de formation, par exemple pour la gestion des projets, les procédures, et les techniques de communication et de promotion, pouvaient donc utilement venir compléter les qualifications plus théoriques des avocats et des économistes qui constituent l'essentiel du personnel de nombreux organismes.

36. L'évaluation de l'efficacité des décisions, des activités de promotion, des études et des directives, entre autres, afin de déterminer comment les améliorer, était le troisième grand processus interne passé en revue lors du séminaire organisé par le Réseau international de la concurrence. Dans la plupart des juridictions, le législateur choisit l'examen judiciaire comme moyen de contrôle. Il est largement admis qu'un examen judiciaire indépendant des décisions des autorités de la concurrence, soit par les tribunaux ordinaires soit par les tribunaux administratifs, est désirable pour assurer l'impartialité et l'intégrité du processus de prise de décisions. Dans les affaires de concurrence, la plupart

des juridictions semblent préférer un examen procédural où l'organe d'appel examine simplement la loi⁹, y compris un examen des procédures adoptées par les autorités de la concurrence dans l'exercice de leurs fonctions d'enquête et de décision, plutôt qu'un examen *de novo* des éléments de preuve et des arguments juridiques. Il n'est donc pas question pour les tribunaux de faire prévaloir leur propre appréciation, mais de vérifier que l'autorité de la concurrence n'a pas outrepassé ses pouvoirs discrétionnaires. Le plus souvent, l'examen sera entrepris pour incompétence, vice de procédure et erreur de droit, motifs fallacieux, erreur d'appréciation manifeste, ou erreur de fait. Dans ce contexte, l'examen judiciaire est généralement considéré comme une étape ultime où sont jugés les résultats ou les actes passés – c'est-à-dire les décisions déjà prises par l'autorité de la concurrence selon que les pouvoirs de décision appartiennent au directeur général, aux commissaires ou à un organe quasi judiciaire distinct sous la forme d'un tribunal spécial de la concurrence (Afrique du Sud, Brésil, Pérou et Royaume-Uni). Selon le Réseau international de la concurrence (2003), les structures de décision dans lesquelles les processus d'enquête et de décision sont strictement séparés résisteront mieux à un examen par les tribunaux que les systèmes dans lesquels l'exercice de ces fonctions est regroupé. Dans ce contexte, la décision d'anticonstitutionnalité pour absence de séparation entre fonctions d'enquête et fonctions décisionnelles dans le cas de la loi jamaïcaine sur la concurrence loyale semble corroborer cette thèse.

37. Pour l'examen par les tribunaux, il convient de noter que dans beaucoup de pays cet examen est réservé aux tribunaux administratifs, ou bien le tribunal administratif est le tribunal de première instance (Colombie, Croatie, Lettonie, République bolivarienne du Venezuela, Tunisie et Turquie). Dans certaines juridictions, des cours d'appel spéciales pour les affaires de concurrence ont été constituées (Afrique du Sud, Danemark, Royaume-Uni et Singapour). Parfois, les décisions rendues à l'issue de l'examen de questions de concurrence peuvent être annulées par l'exécutif dans des situations exceptionnelles (Croatie). Toutefois, dans le cas spécifique de la Croatie, cette disposition particulière de la loi générale de procédure administrative sera modifiée à la demande de la Commission européenne.

IV. Défis particuliers pour les organismes de la concurrence récemment créés

38. Une enquête¹⁰ effectuée par le Réseau international de la concurrence a mis en relief les difficultés suivantes pour les autorités de la concurrence récemment créées:

a) La législation était inadéquate parce qu'elle ne couvrait pas comme il convenait les pratiques anticoncurrentielles actuellement observées dans l'économie nationale, et parce qu'elle ne permettait pas à l'organisme de faire dûment respecter la législation;

b) La coopération et la coordination avec certains ministères gouvernementaux et d'autres organes de réglementation n'étaient pas suffisantes;

⁹ Réseau international de la concurrence (2003), Building credible competition authorities in developing countries and transition economies. Rapport préparé par le Groupe de travail sur le renforcement des capacités et la mise en œuvre des politiques de la concurrence, deuxième Conférence annuelle du Réseau international de la concurrence, Mérida (Mexique), 23-25 juin 2003.

¹⁰ Réseau international de la concurrence (2006), Lessons to be learnt from the experiences of young competition agencies, Groupe de travail sur la mise en œuvre des politiques de la concurrence, sous-groupe 2, accessible à l'adresse <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

c) Le budget n'était pas suffisant pour permettre à l'organisme d'agir efficacement;

d) Il y avait trop peu de professionnels qualifiés, soit parce qu'ils n'étaient pas disponibles dans le pays, soit parce qu'ils n'étaient pas attirés par l'organisme compte tenu du barème de rémunération de la fonction publique;

e) Le pouvoir judiciaire n'était pas bien familiarisé avec le droit de la concurrence et son économie; et

f) Il ne s'était pas développé une «culture de la concurrence» au sein des entreprises, des pouvoirs publics, des médias et du grand public.

39. Beaucoup de ces questions sont liées. Il est clair par exemple que l'absence de «culture de la concurrence» signifie une législation inadéquate, un manque de coopération de la part des autres secteurs du gouvernement, un budget totalement insuffisant et un pouvoir judiciaire mal formé.

40. L'enquête a établi que pratiquement tous les organismes de la concurrence ayant répondu avaient déjà modifié leur législation, ou entendaient le faire, pour apporter des réponses aux problèmes concrets et spécifiques soulevés par les pratiques commerciales dans le pays. Selon les répondants, la coopération et la coordination insuffisantes tenaient au fait que la législation sur la concurrence introduite récemment ne comportait pas les clauses requises pour éviter le problème de la législation antérieure contradictoire. Les solutions évoquées comprenaient aussi bien a) la négociation que b) la persuasion par le biais de mémorandums d'accord signés entre les organismes de réglementation et c) les modifications requises de la législation. Vu leurs ressources budgétaires insuffisantes, les organismes avaient recours à divers moyens consistant notamment à rationaliser le traitement des affaires, à limiter le nombre des affaires devant être examinées d'office et, lorsque cela était possible, en percevant des commissions pour le travail effectué. Pour le problème de la rotation du personnel qualifié, les organismes avaient recours à des programmes de formation, souvent avec l'aide de programmes d'assistance technique des organismes donateurs, mais certains d'entre eux avaient connu une forte diminution de leurs effectifs à certains moments. Un certain nombre d'organismes, en général plutôt dans les pays développés, avaient mis en place des programmes de formation continue en collaboration avec les universités locales. Les procureurs des tribunaux locaux avaient reçu une formation dans le cadre de séminaires et d'ateliers. Et pour développer une culture de la concurrence, on avait pris diverses initiatives pour l'éducation et la persuasion – en particulier à l'aide des médias mais aussi par le biais d'exposés, de séminaires et de sites Web. Il est souligné ce qui suit dans l'enquête: «Il est important de noter que tous les programmes qui ont réussi ont cherché à mettre largement à profit les médias.»

41. Lorsqu'on passe en revue l'expérience des organismes de la concurrence récemment créés dans les pays engagés dans la voie des réformes¹¹, on voit bien que le succès ou non de ces organismes continue à dépendre d'individus. Mais pour que ces organismes puissent être durablement efficaces, il faut éviter que le départ de personnalités charismatiques porte un réel tort à l'institution. Même si les régimes de la concurrence peuvent décider des qualifications des personnes auxquelles les rôles correspondants sont confiés ainsi que des sauvegardes dont elles bénéficient, des processus de décision qu'elles doivent adopter et des ressources qu'elles peuvent utiliser aux fins des objectifs en matière de concurrence, il est vrai qu'il reste impossible d'écarter complètement l'élément humain. Mais sur le long terme, l'organisme doit acquérir une légitimité institutionnelle qui ne dépende pas

¹¹ Voir les examens collégiaux de la politique de la concurrence effectués par la CNUCED, à l'adresse <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4163&lang=1>.

seulement des qualités personnelles de son leader, même si ces qualités étaient incontestables. Sinon, il y a un risque de perdre en efficacité lorsque des leaders forts et charismatiques s'en vont.

42. Les organismes chargés de la concurrence récemment créés sont en général confrontés à des défis plus importants que les organismes bien établis, surtout quand ils s'inscrivent dans un plus vaste programme de réforme impliquant des privatisations et une dérèglementation. Dans ces cas-là, c'est tout le personnel de l'organisme qui devra assumer pour la première fois, généralement, la charge de faire appliquer les règles de la concurrence, sans pouvoir s'appuyer sur des pratiques ou des précédents établis, à la différence des organismes plus anciens qui bénéficient de la présence d'un certain nombre au moins de collaborateurs expérimentés. Dans beaucoup de pays en développement, bien souvent il n'existera pas de données fiables ni d'informations sur les résultats des entreprises et des secteurs industriels. L'organisme chargé de la concurrence peut être obligé aussi de prendre des décisions impopulaires alors que les privatisations restent controversées, et les consommateurs peuvent avoir des attentes irréalistes quant au moment où ils bénéficieront de prix plus bas et d'améliorations tangibles des services fournis. Dans le même temps, la notion d'organisme de la concurrence «indépendant» sera nouvelle dans beaucoup de communautés, d'où d'autres difficultés encore pour établir le rôle et la légitimité de l'organisme et de ces décisions. Il est donc indispensable de promouvoir la concurrence pour s'assurer une crédibilité et un soutien, dans la mesure où les professions juridiques, les milieux d'affaires, le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif ne connaissent pas ou guère la question de la concurrence. Vu ces circonstances, l'organisme pourra mieux exercer une influence positive sur la politique des pouvoirs publics s'il n'a pas une relation totalement distanciée avec l'administration, mais il s'expose alors à des risques d'ingérence politique excessive, y compris les pressions des milieux d'affaires.

43. Les organismes de la concurrence récemment créés dans les pays en développement peuvent avoir des difficultés particulières à se financer. Pour diverses raisons – mesures de contrôle et de présentation des comptes inadéquates, risque de fraude et de corruption, ou réticence générale à introduire une forme de prélèvement différencié frappant certains segments de la société en échange des services publics fournis, par exemple – certains gouvernements hésitent à autoriser des organismes indépendants à trouver des financements auprès d'autres sources. Ainsi, le Gouvernement jamaïcain a fermement refusé les demandes présentées par sa Commission de la concurrence pour percevoir des commissions en échange de certains de ses services. Comme les subventions publiques sont insuffisantes, la Commission de la concurrence a des difficultés pourtant à s'acquitter de ses fonctions de défense et de promotion de la concurrence. Les autorités de la concurrence dans les pays en développement sont souvent enfermées dans un cercle vicieux, où la pénurie de fonds affecte non seulement leur capacité de défendre la concurrence, mais aussi leur capacité de suivre l'impact de leurs activités et ainsi de réunir les preuves nécessaires de leur utilité, et donc d'accroître leur crédibilité, de favoriser la responsabilisation et de justifier un financement accru. C'est souvent à l'autorité de la concurrence qu'il incombe entièrement de démontrer sa crédibilité, non seulement vis-à-vis de la population mais aussi vis-à-vis des pouvoirs publics. Dans ce contexte, c'est le soutien politique direct dont bénéficie d'emblée la défense de la concurrence qui détermine souvent l'évolution des relations futures entre les autorités de la concurrence et l'environnement normatif.

44. À partir des conclusions qu'il a tirées de sa coopération et de ses discussions étendues avec des organismes de la concurrence bien établis ou récemment créés, Kovacic

a ainsi résumé¹² les principales tâches d'un organisme de la concurrence nouveau durant ses dix premières années de fonctionnement:

- a) Établir une crédibilité et une «présence» à travers des activités de défense de la concurrence, ainsi que par des activités de promotion et de publicité et par des processus judiciaires;
- b) Obtenir des dirigeants et un personnel compétents, et leur prêter appui;
- c) Contrôler les attentes et les demandes;
- d) Parvenir à l'autonomie pour les poursuites et les décisions, mais sans s'isoler du processus politique;
- e) Persuader les tribunaux, y compris s'agissant de la portée de la législation;
- f) Disposer de pouvoirs pour réunir des informations et pour sanctionner;
- g) Mettre en place les processus administratifs adéquats;
- h) Nouer des relations avec d'autres institutions, comme les organismes de réglementation sectoriels, les organisations de consommateurs, les organisations représentant les entreprises, les universités et les médias; et
- i) Sensibiliser les entreprises et la société à l'importance du droit de la concurrence.

45. Surtout, la pénurie de compétences affecte aussi l'indépendance et la responsabilité de l'autorité de la concurrence, qui peuvent être compromises si le corps judiciaire et le parlement sont faibles et mal informés et ne peuvent pas s'acquitter efficacement de leurs fonctions de défense de la concurrence. Par exemple, la pénurie de compétences et l'absence de ressources financières expliquent en partie pourquoi les pays en développement accumulent des retards dans les procédures judiciaires, mais ces problèmes de ressources limitent aussi la possibilité de créer des tribunaux spéciaux de la concurrence. Tous les membres du parlement ne sont pas forcément en mesure d'analyser les informations fournies sur les questions complexes et mal connues de l'application du droit de la concurrence. Ainsi, une solution au problème de la responsabilisation pourrait consister à prévoir un niveau de responsabilité minimum, où l'autorité de la concurrence est tenue de rendre des comptes à un ministère ou par l'intermédiaire de celui-ci.

46. Un problème connexe est la pénurie de spécialistes locaux indépendants auxquels les autorités de la concurrence des pays en développement pourraient faire appel occasionnellement pour compléter les compétences internes, par exemple pour entreprendre des études de marché ou des investigations complexes. Les limitations des ressources permettent rarement de faire appel à des consultants internationaux. En outre, il n'y a pas assez de professeurs d'université qui connaissent bien l'économie et le droit de la concurrence, et dans la communauté juridique la plupart des experts représentent souvent des défenseurs dans les affaires de concurrence, ce qui peut biaiser leur point de vue.

47. Le risque de corruption et de mainmise est une difficulté courante dans les pays en développement. Les données empiriques sur le lien existant entre le faible niveau des salaires dans le secteur public et la corruption sont contradictoires, et on ne peut pas prévoir en théorie qu'un accroissement des salaires réduira toujours la corruption. La défense de la concurrence, en particulier dans les juridictions où les membres du conseil des

¹² Kovacic W. E. (2010), The first decade: challenges facing new competition agencies. Exposé présenté à Belgrade le 26 juin 2010, disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/100626.belgradecompeition.pdf>.

commissaires viennent du secteur privé et siègent à temps partiel, soulève des questions délicates d'impartialité et d'indépendance des membres. On peut se demander en effet si les membres à temps partiel du conseil qui occupent des postes de direction dans des entreprises privées peuvent avoir et conserver le degré d'objectivité désirable entre l'administration et les entreprises privées en question. Le problème se pose aussi pour les pays développés, mais dans les pays petits et pauvres ces préoccupations revêtent une importance particulière parce qu'il faut choisir parmi un réservoir relativement plus restreint de personnes présentant les hautes qualifications requises. Il est plus probable aussi que le choix se portera sur des personnes travaillant pour de grandes entreprises qui occupent une place prépondérante dans l'économie et qui, à ce titre, risquent davantage de déroger à la législation sur la concurrence. L'omniprésence de grandes sociétés multinationales dans ce groupe complique encore le problème. Et même lorsqu'il n'y a pas d'agissements répréhensibles, en l'absence de mécanismes de contrôle ministériel et de responsabilisation efficaces il peut se révéler difficile de gérer ce qui est perçu par l'opinion. Pour des raisons évidentes, la politique de la concurrence dans les pays en développement est parfois une problématique émotionnelle, qui soulève souvent des questions de «justice»; l'opinion peut considérer que certaines choses sont «injustes» quand bien même elles sont économiquement efficaces.

48. Les mécanismes de responsabilisation dans les pays en développement sont en général insuffisants. Comme indiqué plus haut, souvent les parlements n'ont pas les moyens nécessaires pour faire appliquer comme il convient l'obligation de responsabilité, et il manque des objectifs et des indicateurs clairement définis. Au-delà de la communication de leurs rapports annuels et de leurs décisions finales, les autorités de la concurrence manquent de moyens pour consulter directement les citoyens ou pour recueillir leurs réactions. Certaines autorités de la concurrence n'ont ni les compétences ni les ressources requises pour construire et tenir à jour des sites Web. C'est pourquoi les pays en développement sont très favorables aux examens collégiaux volontaires des régimes pour l'application du droit de la concurrence organisés sous l'égide de la CNUCED, qui représentent non seulement un mécanisme pour évaluer les effets de la défense de la concurrence et identifier les domaines d'amélioration possible, mais aussi un instrument indépendant pour faire respecter l'obligation de responsabilité.

49. Les pays en développement et les pays en transition 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. Parmi les obstacles rencontrés dans les pays en développement figurent l'étendue du secteur informel, les problèmes dus à l'étroitesse du marché et aux puissants obstacles à l'entrée, les difficultés à inculquer une culture de la concurrence, et les contraintes en termes de capacités et concernant l'économie politique. Il importe pour chaque pays d'adapter la structure de son cadre institutionnel aux circonstances tout en lui permettant d'opérer compte tenu de ces contraintes.

50. Il découle de ce qui précède que les marchés non concurrentiels posent un problème plus grand encore dans les pays en développement. Les besoins d'une répression efficace en matière de concurrence sont grands, mais les organismes chargés de la concurrence récemment créés se heurtent à des obstacles sérieux en termes institutionnels, politiques, humains et financiers, qui compromettent la mise en œuvre effective du droit de la concurrence.

51. Il est clair aussi que la défense de la concurrence ne peut pas être dissociée du contexte général dans lequel elle s'inscrit, et que l'un des éléments de l'indépendance opérationnelle est un processus transparent dans lequel des considérations autres que celles

touchant à l'efficacité (intérêt public) sont prises en compte dans les décisions pour l'application de la législation. Pour les organismes de la concurrence récemment créés, cela peut constituer un mécanisme de responsabilisation fondamental. Mais il est compliqué d'arriver à un consensus sur la définition de l'ingérence politique abusive et sur les critères qualitatifs qui permettent de l'évaluer, car cela implique des jugements plus ou moins subjectifs.

52. La prise en compte des critères précités peut être importante par rapport aux objectifs des pays en développement. Les priorités des organismes de la concurrence récemment créés peuvent être assez différentes de celles des organismes bien établis. Mais il est risqué de trop en demander aux organismes récemment créés, alors que d'autres instruments de politique pourraient mieux concourir à la réalisation de certains objectifs. D'où l'importance de la fixation de priorités et de l'évaluation. Il faut bien comprendre les effets du programme pour l'application de la législation sur la concurrence dans un pays pour déterminer les potentialités et les limites d'un organisme chargé de la concurrence.

A. Faire une analyse comparative des profils institutionnels

53. Pour mettre en place des régimes de la concurrence crédibles et efficaces, il faut beaucoup de temps et d'efforts. Les décideurs des pays en développement et des pays en transition soucieux d'améliorer la performance des organismes de la concurrence récemment créés peuvent s'inspirer des meilleures pratiques en comparant les profils institutionnels des autorités de la concurrence et leur capacité de faire respecter la législation.

B. Promouvoir une culture de la concurrence

54. 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 ces effets et de les faire connaître.

C. Mettre à jour et modifier les lois, les directives et les procédures

55. Le processus d'analyse comparative peut 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 entreprises. Dans diverses juridictions, un examen collégial externe contribue aussi à donner une impulsion politique qui pousse à opérer les changements nécessaires.

56. Dans sa communication, la Commission européenne fait savoir que la Direction générale de la concurrence procède régulièrement à l'examen de textes législatifs, tels que les règlements d'exemption par catégorie, quand vient le moment 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 d'une modification éventuelle. Les opérations d'investigation générale peuvent être menées sous forme d'auditions, de questionnaires et de consultations. Cette méthode nourrit le processus d'élaboration de la politique générale et sert à la rédaction de livres verts ou de livres blancs qui peuvent déboucher sur la modification des textes.

D. L'évaluation comme outil pour améliorer l'efficacité des interventions

57. Le motif le plus évident d'une évaluation est de trouver les moyens d'améliorer les interventions. Étant donné les ressources limitées de la plupart des autorités, il importe de réfléchir aux processus et aux pratiques et d'optimiser l'efficacité potentielle 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'analyse 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.

58. L'évaluation peut aider à traiter les problèmes d'économie politique les plus aigus, ce qui contribue à légitimer la politique. En revanche, les contraintes de capacité des pays en développement et des pays en transition empêchent le bon déroulement de ces évaluations. Quoi qu'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 propres à chaque pays qui découlent des caractéristiques susmentionnées, et suggérer des correctifs éventuels.

E. Examens collégiaux organisés par la CNUCED et l'OCDE

59. Les examens collégiaux effectués par la CNUCED et par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) constituent un bon moyen pour les pays d'évaluer la structure institutionnelle pour s'assurer qu'elle est adaptée à leur situation et à leurs processus de gestion, et de recevoir un retour d'expérience sur la pertinence de leurs critères d'intervention et sur les obstacles éventuels à la bonne application de leur régime de la concurrence.

60. Le processus d'examen collégial peut contribuer grandement à la création d'un régime de la concurrence dans un pays. Ce genre d'examen est devenu un élément très apprécié des travaux de la CNUCED sur le droit et la politique de la concurrence, et de 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 utile. Dans sa contribution à la table ronde, la Turquie a fait observer que la valeur de l'examen collégial résidait dans le fait qu'il était pratiqué par «des experts qui avaient consulté des tiers tels que praticiens, universitaires, membres d'associations professionnelles et fonctionnaires de différentes administrations publiques, en sus des agents de l'institution elle-même». En Turquie, cet examen avait permis de donner une impulsion pour la mise en place du programme de clémence, pour des modifications du contrôle des fusions, pour le relèvement de l'amende maximum en cas de violations, pour la modification des procédures amiables de règlement des litiges et pour l'élargissement des compétences juridiques et économiques de l'autorité turque chargée de la concurrence.

61. Le Réseau international de la concurrence est une autre instance qui assure l'examen extérieur des processus et des normes. Il aide à mettre en place des modalités informelles de coopération et de partage des connaissances entre les institutions, il peut promouvoir une coopération et une harmonisation sous une forme souple (non contraignante) et il contribue à fournir des éclairages utiles sur le fonctionnement du régime de la concurrence d'un pays.

62. Les autorités de la concurrence récemment créées peuvent aussi solliciter l'aide d'organisations internationales ainsi que de leurs homologues d'autres pays. Pour ces organismes, la coopération, surtout régionale, était jugée indispensable. Ils devraient

également mettre à profit le plus possible les interactions informelles avec les autorités de la concurrence d'autres pays. La question de la coopération technique pouvait elle aussi être soulevée dans ce cadre.

V. Les bureaux de la concurrence minimalistes

63. Parfois, le bureau chargé des questions de concurrence fait partie d'un programme d'ajustement structurel et n'émane pas du contexte politique et économique d'un pays ou d'une région. Sans réel soutien politique ou économique, il n'est constitué que d'un petit nombre de fonctionnaires soucieux de bien faire, mais démunis. Comment un bureau de cette sorte peut-il agir pour promouvoir les objectifs du droit de la concurrence? Selon un spécialiste qui notait qu'il pouvait s'avérer difficile de remplir les conditions requises pour que la législation sur la concurrence soit valable et utile: «Si les éléments essentiels font défaut, les décideurs avisés pourraient bien choisir de ne pas adopter de législation antitrust du tout.»¹³.

64. Un bureau de la concurrence démuné dans une situation n'offrant guère de perspectives a des options limitées. Il ressort clairement de ce qui précède que dans la mesure où pour faire respecter la législation il faut beaucoup de ressources, cette activité devrait de préférence être confiée à d'autres. Mais cela fait malheureusement disparaître tout ce qui pourrait dissuader les ententes et autres agissements anticoncurrentiels. On peut donc avoir intérêt à cibler l'action de promotion de la concurrence sur de puissantes entités qui, de par leur mandat et leurs projets pour l'avenir, sont favorables à la concurrence. Par exemple, l'organisme réglemant les télécommunications peut être favorable à une concurrence accrue pour la téléphonie mobile, ou la banque centrale peut être favorable à l'ouverture du secteur bancaire à une concurrence accrue. Une autre stratégie de promotion consisterait à déterminer qui pourrait bénéficier (en particulier) de l'abaissement des obstacles à l'entrée, et à entreprendre des études afin de préciser ce qu'il y aurait à gagner et d'expliquer à ces bénéficiaires potentiels, de manière compréhensible pour eux, les avantages que pourrait leur procurer la concurrence. Ce ne sont pas nécessairement les exclus qui pourraient en bénéficier le plus; dans certains cas ce sont au contraire les entités puissantes qui contrôlent des biens ou des services inefficients et non compétitifs, par exemple les entreprises s'agissant des services de transport.

65. La coopération avec d'autres organismes chargés de la concurrence peut aussi favoriser un renforcement des capacités et une assistance technique en commun. Même si le mandat de ces organismes ne couvre sans doute pas les retombées dans un autre pays des mesures prises par eux pour défendre la concurrence, on peut quand même espérer des effets transfrontières positifs qui, s'ils sont mis en lumière, pourront contribuer à promouvoir la concurrence dans le pays.

¹³ Fox E. (2008), Antitrust, economic development and poverty: the other path. Document présenté au Groupe spécial d'experts sur le rôle du droit et de la politique de la concurrence en faveur de la croissance et du développement, 15 juillet 2008, Genève, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/sections/ditc_ccpb/docs/ditc_ccpb0003_en.pdf, et fondé sur un article portant le même titre publié dans le *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 13, p. 211. Selon elle, les conditions requises pour que la législation sur la concurrence soit valable et utile étaient notamment les suivantes: un champ d'application de la loi suffisant; l'indépendance de l'organisme chargé de la concurrence; un financement adéquat et une dotation suffisante en personnel qualifié, bien formé et non corrompu; des mécanismes d'appel eux aussi compétents et non corrompus; le respect de la primauté du droit dans toutes les procédures; la transparence et l'obligation de responsabilité de toutes les institutions, avec des décisions et des jugements rendus publics; et une action de promotion menée par l'organisme.

66. En résumé, les ressources limitées dont disposent les bureaux de la concurrence démunis pour la promotion et les études devraient être déployées aussi stratégiquement que celles des organismes dotés de ressources suffisantes; les avancées et les échecs devraient être évalués et les résultats de l'évaluation pris en compte pour réviser les choix stratégiques. Même si le bureau de la concurrence ne dispose pas des éléments fondamentaux nécessaires pour être efficace, il peut éviter de se discréditer en suivant des pratiques de bonne gouvernance et il peut arriver à promouvoir la concurrence en concentrant son action sur des objectifs stratégiques et en choisissant de façon intelligente ses activités.

VI. Thèmes de discussion

a) Dans un pays où l'idée de la concurrence est contraire aux valeurs historiques ou traditionnelles, quelles mesures faut-il prendre pour que la mission d'un organisme chargé de la concurrence soit acceptée par la société dans son ensemble?

b) Les gouvernements qui veulent faire appliquer pour la première fois une politique de la concurrence ne disposent pas des compétences nécessaires pour agir efficacement. Quelles stratégies peuvent être employées pour attirer vers l'organisme les compétences et les talents nécessaires?

c) Dans une société caractérisée par des entreprises en position dominante, un organisme qui encourage efficacement la concurrence risque de susciter une opposition politique. Quelles stratégies peuvent être utilisées pour que cet organisme continue à agir efficacement?

d) Comment le renforcement des capacités peut-il contribuer à l'efficacité des organismes chargés de la concurrence récemment créés? Quelles sont les meilleures pratiques pour perfectionner les compétences du personnel?

e) Comment formuler un ensemble de priorités dans les premières années de fonctionnement et évaluer les effets des décisions en matière de concurrence?
