



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

Distr. limitée
30 août 2010
Français
Original: anglais

**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**

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre IX

L'organe de tutelle et son organisation

- I. Institution et appellation de l'organe de tutelle***
- II. Composition de l'organe de tutelle, y compris la présidence, le nombre des membres et les modalités de leur nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination***
- III. Qualifications des personnes nommées***
- IV. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance***
- V. Destitution de membres de l'organe***
- VI. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions***
- VII. Nomination du personnel nécessaire***

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre IX**Introduction**

1. Un certain nombre de choix peuvent être faits concernant la composition, la structure et les attributions de l'autorité chargée de la concurrence. Dans la plupart des cas, sa structure et les responsabilités en matière de prise de décisions au sein des systèmes administratif et judiciaire suivent généralement l'un des trois modèles suivants¹.

- i) Un modèle judiciaire dans lequel l'autorité est habilitée à enquêter et doit saisir des tribunaux de droit commun, avec possibilité de faire appel auprès de cours d'appel générales;

I. Institution et appellation de l'organe de tutelle

- ii) Un modèle d'organe spécialisé dans lequel l'autorité est habilitée à enquêter et doit saisir des organes décisionnels spécialisés dans les affaires de concurrence, avec possibilité de faire appel auprès d'autres juridictions d'appel spécialisées ou de cours d'appel générales;

- iii) Un modèle d'organe intégré dans lequel l'autorité est dotée de fonctions d'enquête et de décision, avec possibilité de faire appel auprès d'organes d'appel généraux ou spécialisés.

¹ Trebilcock M. et Iacobucci E. M. Designing competition law institutions: values, structure and mandate. 41 *Loyola University Chicago Law Journal* 455.

2. De nombreux États membres ont adopté des variantes ou des combinaisons de ces modèles de base. Un cas de figure courant, par exemple, est celui dans lequel l'autorité est dotée de fonctions tant d'enquête que de décision en matière de fusions et de concentrations, mais n'a qu'un rôle d'enquête pour ce qui est des pratiques restrictives commerciales et des abus de position dominante, les tribunaux, spécialisés ou non, exerçant la fonction décisionnelle.
3. Chacun de ces modèles implique également certains compromis. Par exemple, celui d'un organe et d'instances spécialisées peut améliorer la qualité des décisions prises en concentrant la fonction décisionnelle entre les mains d'un groupe restreint de juges spécialisés et de juges experts. En revanche, il peut exiger un volume de ressources beaucoup trop élevé alors que les tribunaux de droit commun offrent une alternative toute prête; il peut également susciter des inquiétudes concernant les principes élémentaires de la justice ou la garantie d'une procédure régulière si l'accès aux tribunaux ordinaires s'en trouve limité. Le modèle de l'organe intégré est peut-être le régime d'application de la législation le plus efficace du point de vue administratif, mais il présente des risques importants pour ce qui est de la garantie d'une procédure régulière, contre lesquels il convient de se prémunir.
4. Dans certains cas (en Colombie², au Pérou³ ou en Nouvelle-Zélande⁴, par exemple), plusieurs organes ont été fondus en un seul, doté de toutes les fonctions dans les domaines des pratiques commerciales restrictives, de la protection du consommateur et du droit des sociétés. Doter une autorité unique d'un vaste mandat de réglementation peut contribuer à maintenir l'intégrité et la cohérence de la politique d'application de la législation.
5. Certains pays (Chine ou États-Unis, par exemple) ont opté pour une solution en instituant plusieurs organismes dont les compétences en matière d'application de la législation peuvent être totalement distinctes ou se chevaucher. Même s'il s'agit d'une solution complexe sur le plan administratif, le chevauchement de certaines compétences peut garantir une application plus stricte, car il est ainsi plus difficile, pour un secteur, d'influencer les autorités ou de s'assurer leur bienveillance.

² Outre les questions de concurrence, la Surintendance est chargée de l'application des lois régissant les brevets, les marques de commerce ou de fabrique, la protection du consommateur, les chambres de commerce, les normes techniques et la métrologie. Voir l'article 3 du décret n° 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce.

³ Selon l'article 2.1 du décret-loi n° 1033, l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI) est chargé de l'application des lois régissant la concurrence, les mesures antidumping et les subventions, la protection du consommateur, la publicité, la concurrence déloyale, la métrologie, le contrôle de la qualité et les obstacles non tarifaires, les procédures de faillite, les marques de commerce ou de fabrique, les brevets, les obtentions végétales, les appellations d'origine et le transfert de technologie.

⁴ La Commission du commerce est une entité de la Couronne autonome instituée en vertu de l'article 8 de la loi sur le commerce de 1986. Elle fait respecter la législation promouvant la concurrence sur les marchés néo-zélandais et interdit les comportements trompeurs ou fallacieux de la part des commerçants. La Commission veille aussi à l'application de plusieurs textes de loi qui, par le biais de la réglementation, visent à apporter les bienfaits de la concurrence aux marchés où il n'y a pas de concurrence réelle – télécommunications, produits laitiers, électricité, gazoducs, aéroports, par exemple. Voir <http://www.comcom.govt.nz/about-us/>.

6. En outre, certains pays permettent aussi à des acteurs privés d'intervenir dans l'application de la législation, voire, dans certains cas, y incitent activement (les actions en dommages-intérêts au triple menées aux États-Unis, par exemple). Cette formule permet aux parties les plus lésées par un comportement anticoncurrentiel d'agir de leur propre chef au lieu de s'en remettre à l'autorité, qui peut souffrir d'un manque de ressources ou avoir d'autres priorités.

7. Il n'est pas possible de décréter de façon péremptoire comment l'organe de tutelle devrait être structuré et s'intégrer dans l'appareil administratif ou judiciaire d'un pays. C'est à chaque pays d'en décider. De fait, un certain nombre de pays ont décidé de ne pas créer une autorité de la concurrence indépendante, mais de confier l'application de la politique de concurrence à un département ministériel spécialisé. L'opportunité d'instaurer une institution indépendante rallie toutefois de plus en plus de suffrages. La loi type sur la concurrence postule que la formule la plus efficace consisterait probablement en un organisme public quasi autonome ou indépendant, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes, appliquer des sanctions, etc., tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur⁵.

8. Pour la plupart des autorités chargées des questions de concurrence créées ces dernières années (le plus souvent dans des pays en développement et des pays en transition), la tendance est de les doter d'une indépendance administrative aussi grande que possible, ce qui est très important, car cela les protège des influences politiques.

9. L'indépendance administrative se compose de trois grands éléments: i) l'indépendance décisionnelle, ii) l'indépendance budgétaire et iii) l'indépendance du personnel. La première exige que l'autorité soit soustraite à toute ingérence ou influence du gouvernement (tout comme d'intervenants extérieurs non gouvernementaux) au moment de prendre des décisions. Le gouvernement a cependant toujours un rôle à jouer dans la définition de la politique de concurrence à un niveau général, si ce n'est au cas par cas. L'indépendance budgétaire garantit que le financement ne devienne pas un moyen d'influer sur les décisions de l'autorité. L'indépendance du personnel nécessite que le personnel de l'autorité soit employé par celle-ci et non par un ministère. Le degré d'indépendance dont jouissent les autorités de la concurrence des États membres dans ces trois domaines est variable.

10. Indépendamment du modèle retenu par un pays l'important est que le régime d'application du droit de la concurrence produise les résultats souhaités. Au chapitre de l'«efficacité de l'institution», des travaux ont été menés, ces dernières années, pour évaluer les critères à retenir pour qu'une autorité de la concurrence fonctionne bien et soit efficace. Dans un souci de plus grande efficacité, les autorités de la concurrence peuvent être soumises à diverses formes d'évaluation visant à déterminer leurs points faibles et les moyens d'y remédier⁶.

⁵ Pour plus d'informations, voir la note du secrétariat de la CNUCED intitulée «L'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence». Document TD/B/COM.2/CLP/67, 14 mai 2008.

⁶ Pour de plus amples informations sur ce sujet, voir la note du secrétariat de la CNUCED intitulée «Critères permettant d'évaluer l'efficacité des autorités chargées des questions de concurrence». Document TD/B/COM.2/CLP/59, 26 avril 2007.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Structure institutionnelle de l'autorité chargée de la concurrence

Pays

Modèle judiciaire

Australie	<p>La Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) est chargée d'enquêter sur les violations de la loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales et peut engager des poursuites auprès du Tribunal fédéral à l'encontre des entreprises soupçonnées d'y avoir contrevenu.</p> <p>Le Tribunal fédéral a compétence pour connaître des affaires de concurrence et rendre des décisions en la matière.</p>
Jamaïque	<p>La Commission jamaïcaine de la concurrence a compétence pour enquêter sur la conduite des entreprises dans le pays afin d'établir si une entreprise se livre à des pratiques contrevenant à la loi sur la concurrence loyale.</p> <p>À la demande de la Commission, la Cour suprême peut:</p> <p>a) enjoindre au contrevenant de verser à la Couronne une amende pécuniaire qui ne peut dépasser un million de dollars pour une personne physique et cinq millions de dollars pour une personne autre que physique; ou b) rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir un comportement anticoncurrentiel; voir l'article 47 de la loi sur la concurrence loyale.</p>

Organe spécialisé

Afrique du Sud	<p>Pour ce qui est de l'application du droit de la concurrence, le régime institutionnel de l'Afrique du Sud prévoit trois organes: la Commission de la concurrence, le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel en matière de concurrence.</p> <p>Conformément à l'article 21 de la loi sur la concurrence (la loi), la Commission de la concurrence a notamment pour fonction d'enquêter sur les comportements anticoncurrentiels contrevenant au chapitre 2 de la loi, d'évaluer les effets des fusions acquisitions sur la concurrence et de prendre des mesures en conséquence, de surveiller les niveaux de concurrence et la transparence des marchés dans le pays, de déterminer les obstacles à la concurrence et de préconiser les moyens d'y remédier.</p> <p>Selon l'article 27 de la loi, le Tribunal sud-africain de la concurrence peut:</p> <p>a) Statuer sur tout comportement prohibé aux termes du chapitre 2, afin de déterminer si l'existence dudit comportement est avérée et, dans l'affirmative, d'imposer toute mesure correctrice prévue par la présente loi;</p> <p>b) Statuer sur toute autre question dont il peut être saisi aux termes de la présente loi et prendre toute mesure prévue par celle-ci;</p>
----------------	---

Pays

c) Connaître des appels interjetés par la Commission de la concurrence ou examiner toute décision qu'elle aura prise et dont il peut être saisi aux termes de la présente loi;

d) Prendre toute décision ou toute mesure nécessaire ou accessoire à l'exécution de ses fonctions aux termes de la présente loi.

Il peut être fait appel des décisions du Tribunal de la concurrence auprès de la Cour d'appel en matière de concurrence.

Chili

La Direction nationale des affaires économiques est l'organe chilien chargé de faire appliquer la loi sur la concurrence; elle enquête sur les atteintes à la concurrence et saisit le Tribunal de défense de la libre concurrence (TDLC) ou d'autres juridictions en tant que partie.

Le TDLC est une juridiction indépendante compétente en matière de concurrence, dotée de pouvoirs de décision et soumise au contrôle de la Cour suprême de justice.

Organe intégré**Union européenne**

La Commission européenne a compétence pour enquêter et statuer sur les pratiques potentiellement anticoncurrentielles et les fusions susceptibles de nuire aux échanges commerciaux entre les États membres de l'UE. Voir le Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et le Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Chine

L'article 9 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine dispose que le Conseil d'État établit une Commission antimonopole chargée d'organiser, de coordonner et d'orienter la lutte contre les monopoles, dont il fixe la composition et les règles de fonctionnement.

Par ailleurs, l'article 10 dispose que le Conseil d'État désigne l'organe chargé de faire appliquer la législation antimonopole. Cet organe peut, si ses travaux l'exigent, confier aux institutions correspondantes au sein du gouvernement populaire des provinces, des régions autonomes et des municipalités relevant directement du Gouvernement central la responsabilité de faire appliquer la loi antimonopole.

II. Composition de l'organe de tutelle, y compris la présidence, le nombre des membres et les modalités de leur nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination

11. Le nombre des membres composant l'organe de tutelle diffère d'un pays à l'autre. Certaines législations ne fixent pas de chiffre précis, mais seulement un minimum et un maximum, comme les législations suisse⁷ et indienne⁸, par exemple. Dans d'autres pays (Algérie, Argentine, Brésil, Bulgarie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Malte, Mexique, Panama, Pérou, Portugal, République de Corée et Fédération de Russie), la loi détermine le nombre de membres. D'autres pays comme l'Australie laissent le gouvernement/le ministre compétent fixer ce nombre.

12. Différents pays ont recours à différents modes de désignation. Souvent, la loi confie à la plus haute autorité politique (le Président, par exemple) la nomination du président et des membres de la Commission. Dans d'autres pays, la loi dispose qu'un haut fonctionnaire est désigné pour procéder aux nominations. Dans certains pays, comme l'Inde et Malte, les nominations doivent obligatoirement être publiées au Journal officiel. Certaines législations fixent la structure interne, le fonctionnement de l'organe et ses règles de travail, alors que d'autres laissent ce soin à l'organe lui-même.

III. Qualifications des personnes nommées

13. Une bonne application du droit de la concurrence nécessite la mise en œuvre simultanée d'un grand nombre de compétences: des connaissances spécialisées dans le domaine économique et juridique, des compétences en administration publique, l'expérience de l'application des réglementations et une bonne connaissance de différentes branches d'activité. Dans l'idéal, les membres composant l'autorité devraient collectivement posséder un haut degré de compétence dans ces domaines. Plusieurs législations définissent les conditions à remplir pour devenir membre de l'organe de tutelle. Au Brésil, par exemple, les membres du Conseil administratif de la protection économique sont choisis parmi des citoyens réputés pour leurs connaissances juridiques et économiques et leur totale intégrité⁹. Au Pakistan, les membres de la Commission de la concurrence doivent être connus pour leur intégrité, leur compétence, leur réputation et avoir une expérience d'au moins dix ans dans un domaine pertinent, notamment l'industrie, le commerce, l'économie, la finance, le droit, la comptabilité ou l'administration publique¹⁰.

14. Dans un certain nombre de pays, la législation dispose que les personnes considérées ne devraient pas avoir d'intérêts qui puissent entrer en conflit avec les fonctions auxquelles elles seront appelées. Ainsi, en Inde, un membre de l'organe de tutelle ne devrait pas avoir d'intérêts financiers ou autres qui risqueraient de nuire à l'exercice de ses fonctions. En Allemagne, les membres de l'organe de tutelle ne doivent pas être propriétaires, présidents ou membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une entreprise, d'un cartel, d'une association commerciale ou industrielle ou d'une association professionnelle. En Hongrie, le président, les vice-présidents de l'Office de la concurrence économique, ainsi

⁷ Selon le paragraphe 2 de l'article 18 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, la Commission de la concurrence comprend entre 11 et 15 membres.

⁸ Selon l'article 8 2) de la loi de 2002 sur la concurrence, la Commission se compose d'un président et d'autres membres (dont le nombre ne peut être inférieur à deux ni supérieur à dix) nommés par le Gouvernement central.

⁹ Art. 4 de la loi fédérale n° 8884 de 1994 sur le système de défense de la concurrence.

¹⁰ Art. 14 I) 5 de l'ordonnance n° XVI de 2010.

que les hauts fonctionnaires et les membres du Conseil de la concurrence ne sont pas autorisés à exercer des activités lucratives autres que des activités scientifiques, pédagogiques, artistiques et littéraires, la recherche, ainsi que des activités découlant de relations juridiques en vue de travaux de révision de terminologie et de forme, et ne peuvent pas être cadres supérieurs d'une organisation commerciale ni membres d'un conseil de surveillance ou d'administration¹¹. La législation de l'Italie et celle du Mexique renferment des dispositions analogues. Au Chili, le personnel permanent ou au bénéfice d'un contrat à durée déterminée des services de la Direction nationale des affaires économiques s'acquiesse exclusivement de ses fonctions; les postes considérés sont incompatibles avec toute autre fonction au sein de l'administration publique et les membres du personnel ne peuvent être salariés ou exercer une activité professionnelle pour le compte de personnes physiques ou morales pouvant faire l'objet de poursuites de la Direction¹².

15. Certains pays nomment, en qualité de membre de l'autorité, des représentants des secteurs, des associations (professionnelles, par exemple) ou des groupes (mouvements syndicaux/syndicats) concernés. Cela a l'avantage de faire bénéficier l'autorité d'une expérience directe du secteur mais peut, à l'inverse, devenir un moyen, pour celui-ci, d'exercer une influence indue sur l'application de la législation.

IV. *Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance*

16. La durée du mandat des membres de l'organe de tutelle varie d'un pays à l'autre. Actuellement, ils sont nommés pour dix ans au Mexique, pour sept ans en Italie, pour six ans en Hongrie, pour cinq ans en Arménie et en Indonésie, pour quatre ans en Argentine, pour deux ans au Brésil et dans d'autres pays, comme la Suisse, pour une durée indéterminée. Dans de nombreux pays, les membres peuvent exercer plusieurs mandats mais, parfois, pas plus de deux.

V. *Destitution de membres de l'organe*

17. L'indépendance administrative exige que les membres de l'autorité soient protégés contre le risque d'être destitués de leurs fonctions pour des raisons politiques; généralement, ils ne peuvent donc être destitués avant la fin de leur mandat que pour de justes motifs.

18. Dans plusieurs pays, la législation désigne une autorité compétente habilitée à destituer un membre de l'organe de tutelle qui a commis certains actes ou qui ne satisfait plus aux conditions de la fonction. Par exemple, l'incapacité physique est un motif de destitution au Japon, en Serbie, en Afrique du Sud et en République-Unie de Tanzanie, comme le sont la faillite au Japon, au Malawi, à Malte et à Singapour ou l'absentéisme en Australie, hors cas de congé pour une durée déterminée. Au Mexique, il ne peut y avoir destitution qu'en cas de manquement «grave et dûment établi» aux obligations inhérentes aux fonctions de membre de l'organe de tutelle. Un autre motif de destitution est

¹¹ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives. Art. 40 1).

¹² Art. 38 du décret-loi n° 211 de 1973, tel qu'amendé par la loi n° 20.631, publié au Journal officiel du 13 juillet 2009.

l'imposition d'une sanction disciplinaire ou le licenciement, par exemple, en Hongrie¹³. La procédure de destitution varie selon les pays.

VI. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions

19. Pour mettre les membres, le président et les vice-présidents de l'organe de tutelle à l'abri de poursuites et mises en cause, on peut leur conférer une immunité totale dans l'exercice de leurs fonctions. Au Pakistan, par exemple, l'organe de tutelle ou tous ses membres ou employés jouissent de l'immunité de poursuite ou autre action en justice pour tout acte accompli de bonne foi en application de la loi sur la concurrence ou dans l'intention d'agir selon cette loi¹⁴.

20. L'immunité de poursuite ne doit pas empêcher des citoyens ou des entreprises d'engager des poursuites contre l'autorité elle-même (et non contre ses membres) pour violation présumée de la loi ou abus d'autorité.

VII. Nomination de personnel nécessaire

21. Il existe plusieurs formules pour la nomination du personnel de l'organe de tutelle. Dans certains pays, l'organe nomme lui-même son personnel. Dans d'autres, cette prérogative appartient au gouvernement. Comme on l'a déjà vu, pour qu'il y ait indépendance administrative, il faut que l'autorité soit habilitée à nommer et employer son propre personnel, ce que lui permettent de faire les pays qui mettent l'accent sur cette indépendance.

¹³ Art. 34/A de la loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives.

¹⁴ Art. 46 de l'ordonnance n° XVI de 2010.