



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
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 de principes et de règles**

Contribution de la politique de la concurrence à la promotion du développement économique: bonne conception et efficacité du droit et de la politique de la concurrence

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Pour pouvoir soutenir efficacement le processus de développement, le droit et la politique de la concurrence doivent être étayés par d'autres politiques complémentaires et propices au développement économique, et être compatibles avec ces politiques. Le choix des dispositions juridiques relatives à la concurrence et la conception des moyens d'application sont dictés par toute une série de facteurs, dont l'environnement social, économique et politique. Par ailleurs, les priorités adoptées par les gouvernements en matière de soutien budgétaire, de ressources en main-d'œuvre et de soutien politique sont déterminantes pour l'efficacité de l'organisme chargé des questions de concurrence. Les États peuvent souhaiter utiliser leur marge de manœuvre pour adapter leur législation sur la concurrence et leurs mécanismes d'application à la situation locale. Le rapport examine l'incidence de la politique de la concurrence sur le développement de l'économie. En particulier, il pose les questions suivantes: a) Dans quelle mesure le droit et la politique de la concurrence peuvent-ils parvenir à promouvoir le développement économique? b) Quels sont les facteurs qui peuvent améliorer ou freiner cette efficacité? c) Étant donné que les divers pays ne sont pas tous au même stade de développement économique, leur droit et leur politique de la concurrence doivent-ils être différents, et, dans l'affirmative, de quelle façon?

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Bonnes conception et application du droit et de la politique de la concurrence et de leur cadre institutionnel dans les pays en développement et les économies en transition	4
A. Indépendance de l'autorité chargée des questions de concurrence.....	5
B. Examen judiciaire d'affaires de concurrence.....	6
C. Dotation en personnel et ressources financières de l'autorité chargée des questions de concurrence	6
D. Exemptions et autorisations.....	7
E. Promotion de la concurrence	8
F. Relations avec les organismes de réglementation sectoriels.....	8
G. Privatisation, concessions et politique de la concurrence.....	9
H. Intérêt public et politique de la concurrence.....	10
I. Taille du marché et réglementation	10
J. Secteurs informels	11
K. Groupements régionaux et règles communes de la concurrence.....	11
II. Évaluation de l'impact de l'application du droit et d'une politique générale de la concurrence sur le développement	12
A. Impact de la politique de la concurrence et de son application	12
B. Aperçu de quelques études empiriques.....	15
III. Enseignements pour l'avenir: comment améliorer la formulation et l'application d'une politique de la concurrence dans les pays en développement et d'autres pays	17

Introduction

1. Le terme concurrence s'entend de la rivalité entre les entreprises sur le marché. Il désigne aussi une rivalité envisagée ou potentielle. L'expression politique de concurrence fait référence à une politique gouvernementale qui vise à préserver ou à promouvoir la concurrence entre les agents économiques ainsi qu'à soutenir d'autres politiques ou mesures gouvernementales permettant d'améliorer les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence. Toute politique de concurrence a recours à deux instruments majeurs. Le premier, le droit de la concurrence, prévoit des règles destinées à réprimer les comportements anticoncurrentiels. Le second instrument, qui joue un rôle particulièrement important dans les relations avec d'autres politiques économiques, est la promotion de la concurrence.

2. Depuis quelques années, on observe dans le monde une convergence de législations et politiques de la concurrence quant à leur portée, leur champ d'application et les moyens de les faire respecter. Cela tient à plusieurs raisons: a) la tendance générale à la libéralisation des marchés et à la promotion de la concurrence; b) le fait que l'on insiste davantage sur la protection des consommateurs, sur l'efficacité et sur la compétitivité dans les dispositions du droit de la concurrence ou l'application de ce droit; c) la similitude croissante des analyses économiques et des méthodes d'application; d) la condamnation universelle des pratiques collusoires; e) le durcissement de la répression; f) le rôle accru des autorités chargées de défendre la concurrence dans la promotion de principes de concurrence dans l'application d'autres politiques des pouvoirs publics; g) le renforcement des consultations et de la coopération internationales.

3. Il subsiste cependant de nombreuses différences, notamment en ce qui concerne: a) le rang de priorité donné à la politique de la concurrence par rapport à d'autres politiques; b) l'importance accordée à des objectifs autres que la protection des consommateurs ou l'efficacité dans le droit de la concurrence; c) la démarche juridique suivie pour lutter contre les pratiques commerciales restrictives; d) les techniques analytiques utilisées; e) les règles de fond applicables en particulier aux restrictions verticales, aux abus de positions dominantes, aux fusions, aux coentreprises et aux directions imbriquées; f) la structure ou la portée des exemptions *de minimis*, des exemptions fonctionnelles, des exemptions concernant la propriété intellectuelle et d'autres types de dérogations; g) les moyens de faire appliquer la loi et la rigueur de la répression; h) les doctrines juridiques en vertu desquelles le droit de la concurrence est appliqué hors du territoire national; i) la capacité d'application réelle ou la fréquence d'application; j) la mesure dans laquelle les différents pays participent à la coopération internationale dans ce domaine; k) les règles restreignant l'accès aux marchés.

4. Malgré ces différences, les objectifs, la teneur et l'application des législations et politiques de la concurrence présentent des similitudes suffisantes pour concevoir une législation appropriée de la concurrence qui tienne compte de la situation particulière des pays en développement et de leurs moyens de répression.

5. Certains pays en développement et pays en transition suivent dans leur législation nationale le modèle des pays développés. Ainsi, un bon nombre de lois d'Europe centrale et orientale reproduisent les principales dispositions des règles de la concurrence de l'Union européenne (UE). C'est particulièrement le cas des pays en transition qui ont conclu des accords d'association avec l'UE et qui aspirent à l'adhésion pleine et entière. Pour d'autres pays, la Loi type de la CNUCED sur la concurrence (la Loi type) pourrait servir de modèle. Cette loi reflète les tendances récentes de la législation sur la concurrence dans le monde entier et elle est complétée par des commentaires qui se sont révélés importants pour le processus. Le texte s'inspire de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au

niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à sa trente-cinquième session le 5 décembre 1980 au moyen de la résolution 35/63 (Ensemble de principes et de règles de l'ONU). Le texte a été révisé et remanié pour en faciliter la lecture, ainsi qu'il était préconisé par le Groupe intergouvernemental d'experts à sa dixième session, lequel faisait fonction de réunion préparatoire de la sixième Conférence de révision des Nations Unies.

6. D'après l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies, la politique de la concurrence a pour but de promouvoir le développement économique, et de nombreux pays en développement estiment que la concurrence peut contribuer à la réalisation de cet objectif. Dans cette perspective, la «concurrence» est un objectif intermédiaire et le développement économique est l'objectif final. D'autres objectifs relativement fréquents consistent à créer des conditions propices aux petites et moyennes entreprises (PME), à restreindre la concentration indue des pouvoirs économiques et à assurer une concurrence loyale. Les objectifs d'intérêt public, qui peuvent concorder avec ceux du développement, sont monnaie courante dans les lois sur la concurrence adoptées par les pays en développement, mais également par certains pays développés.

I. Bonnes conception et application du droit et de la politique de la concurrence et de leur cadre institutionnel dans les pays en développement et les économies en transition

7. Pour être efficace, la conception d'un système de concurrence exige qu'on évalue avec soin, avant toute réforme, la situation qui règne dans le pays et qu'on se préoccupe de la manière dont le pays appliquera une politique de concurrence. Une évaluation attentive de la situation initiale va non seulement influencer les décisions quant à la teneur de la loi sur la concurrence, mais aussi permettre de déceler les faiblesses des institutions de tutelle et proposer des plans pour y remédier.

8. Les décisions concernant la bonne conception d'une politique de la concurrence dans les pays en développement doivent donc tenir compte des particularités de leur environnement économique, social et culturel. Il ressort de l'information disponible que, dans la plupart des pays en développement, les capacités de mise en œuvre ne sont pas à la hauteur des exigences d'un système de concurrence moderne.

9. Les préoccupations quant au déséquilibre entre les capacités institutionnelles et les exigences d'une politique efficace s'inscrivent dans une tâche plus large à laquelle les pays en développement ont à faire face, à savoir opérer des réformes économiques et juridiques: protection des droits de propriété, élaboration d'un système de contrats contraignants, création d'un cadre juridique régissant l'établissement et la dissolution d'entités commerciales et renforcement des établissements financiers et des banques.

10. Les institutions – qu'elles soient formelles, comme les cadres juridiques, ou informelles – font partie intégrante d'une architecture des marchés discrète mais ô combien nécessaire. Une architecture institutionnelle soutenant des marchés qui fonctionnent bien (y compris le marché des capitaux et le marché du travail) joue un rôle essentiel pour le développement et l'efficacité économiques. Pourtant, contrairement aux pays développés, nombreux sont les pays en développement qui ne disposent pas des marchés de facteurs appropriés, tels qu'une bourse des valeurs et un marché des obligations, et qui ont souvent été incapables de mettre en place des institutions favorisant le bon fonctionnement des marchés, notamment des codes de faillite ou des mesures visant à assurer le respect des contrats. Ces «marchés manquants» et «institutions manquantes» empêchent la concurrence de s'exercer dans des conditions optimales, voire acceptables. Ces marchés et institutions

manquants ont aussi des conséquences sur les moyens de faire respecter la législation relative à la concurrence.

11. Les approches suivies seront différentes selon la situation des pays et l'on ne saurait s'attendre à ce qu'une approche qui fonctionne pour un pays soit imposée à un autre pays. Les forces puissantes qui façonnent les régimes de réglementation et de concurrence des nations sont souvent propres à ces pays; les différences nationales sont des contraintes importantes à l'harmonisation. L'expérience acquise jusqu'à présent dans la formulation et le respect du droit et de la politique de la concurrence dans les pays développés et les pays en développement fait apparaître un certain nombre de problèmes critiques qui apparaissent raisonnablement certains de s'appliquer dans la plupart des pays en développement et des économies en transition. Ces problèmes sont examinés ci-après.

A. Indépendance de l'autorité chargée des questions de concurrence

12. Il est largement admis que des organismes de réglementation indépendants sont essentiels pour la gouvernance en matière réglementaire dans les pays à économie libéralisée. Ainsi, la Loi type de la CNUCED sur la concurrence postule que la forme la plus efficace d'autorité administrative chargée de faire appliquer le droit de la concurrence consisterait probablement en un organisme a) quasi autonome ou indépendant des pouvoirs publics, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes et appliquer des sanctions; b) tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur.

13. Il est généralement admis que les décisions des autorités de la concurrence devraient être fondées sur des éléments de preuve objectifs, que ces autorités devraient assurer le respect systématique des principes du marché, et que le processus de prise de décisions devrait être neutre et transparent. On considère en effet que les politiques ne peuvent donner des résultats valables que si les décisions de l'autorité de la concurrence ne sont ni politisées, ni discriminatoires, ni mises en œuvre en fonction des objectifs étroits de groupes d'intérêt. Ce raisonnement implique en général que les autorités chargées des questions de concurrence soient préservées des ingérences politiques abusives. Dans la pratique, cela nécessite une séparation entre la définition des politiques et leur mise en œuvre, ainsi qu'une rupture avec la structure traditionnelle des mécanismes gouvernementaux. Ainsi, le gouvernement doit renoncer au contrôle de la prise de décisions et des fonctions courantes, au profit de l'autorité. Cela a pour conséquence directe que les groupes d'intérêt privés n'ont plus la possibilité de tenter d'influencer les ministres, ni les moyens d'obtenir un traitement de faveur.

14. Outre qu'il établit la structure de l'autorité, le texte législatif d'habilitation donne aussi généralement 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. Souvent aussi, les relations de l'organisme avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être définies. Ces dispositions assurent l'autonomie organisationnelle et la relation d'indépendance vis-à-vis des autorités politiques.

15. Des tensions peuvent naître occasionnellement entre le ministre responsable de la politique de la concurrence et l'autorité de la concurrence si les fonctions et les responsabilités respectives du ministre et de l'autorité de la concurrence, la façon dont celle-ci doit se conformer aux orientations de politique données et les questions relatives à la rationalisation des dépenses publiques qui relèvent de la responsabilité du ministre ou d'une autre entité gouvernementale ne sont pas clairement définies.

16. Comme l'autorité de la concurrence a l'obligation légale d'exercer correctement ce pouvoir discrétionnaire, le législateur a souvent recours à la voie juridictionnelle pour contrôler les mesures d'application prises par l'autorité. Le texte législatif d'habilitation prescrira souvent le rôle et la compétence des tribunaux pour l'application de la législation sur la concurrence.

17. Il est intéressant de noter que, dans certains cas, l'autorité de la concurrence pouvait être d'abord un département ministériel, puis acquérir davantage d'indépendance par la suite (conseil en Tunisie et agences au Brésil), conformément à un processus dynamique et évolutif. Parfois aussi, l'indépendance de l'autorité de la concurrence n'a pas été consacrée par la loi. Au Kenya, la Commission de contrôle des monopoles et des prix était un organe du Ministère des finances. À la suite d'un examen collégial de la CNUCED, on a rédigé une nouvelle loi qui prévoit pour la Commission un statut d'institution autonome. Le projet de loi est à l'étude au parlement.

B. Examen judiciaire d'affaires de concurrence

18. Dans la plupart des juridictions, le législatif choisit d'assurer l'application en recourant à un examen par les tribunaux. Il est largement admis qu'un examen indépendant des décisions de l'autorité de la concurrence par les tribunaux, qu'il s'agisse des tribunaux ordinaires ou de tribunaux administratifs, est souhaitable pour assurer l'impartialité et l'intégrité du processus de décision. La plupart des juridictions semblent préférer un examen procédural où l'organe d'appel examine simplement la loi, 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 incompetence, vices de procédure et erreurs de droit, motifs fallacieux, erreurs d'appréciation manifestes, et erreurs de fait. Dans ce contexte, l'examen par les tribunaux 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 (RIC), 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.

19. Dans le cadre de 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 peuvent être annulées par l'exécutif dans des situations exceptionnelles, comme en Croatie (TD/RBP/CONF.7/5).

C. Dotation en personnel et ressources financières de l'autorité chargée des questions de concurrence

20. Malgré l'apparente prévalence des organismes autonomes dans beaucoup de pays en développement, les conditions économiques et budgétaires moins favorables y ont exacerbé

les tensions et mis en lumière certaines des difficultés que soulevait la création d'organismes publics indépendants vu les grandes disparités existant entre les besoins et les ressources disponibles. Ces difficultés tiennent essentiellement à la pénurie de personnel qualifié, au faible niveau des salaires dans le secteur public, aux risques de corruption et de captation, aux tensions entre le ministre chargé de la politique de la concurrence et l'autorité de la concurrence, et à une responsabilisation insuffisante.

21. Dans la plupart des pays en développement, les fonctionnaires sont généralement moins bien payés que leurs homologues du secteur privé. Ces dernières années, dans bon nombre de ces pays, le salaire réel des employés du secteur public a diminué, ce qui a réduit les possibilités de recruter et de retenir dans la fonction publique du personnel hautement qualifié, en particulier dans des domaines spécialisés comme celui de l'application du droit de la concurrence. Les éléments compétents auront tendance à quitter le secteur public dès lors que leur formation et leurs qualifications peuvent intéresser des employeurs dans le secteur privé.

22. Le risque de corruption et de captation est une difficulté courante dans les pays en développement. Les données empiriques indiquant si le faible niveau des salaires dans le secteur public encourage la corruption sont contradictoires et on ne peut pas prévoir en théorie qu'un accroissement des salaires réduira toujours la corruption. L'application du droit de la concurrence, en particulier dans les juridictions où les membres du conseil des commissaires viennent du secteur privé et siègent à temps partiel, soulève des questions délicates concernant l'impartialité et l'indépendance des membres.

23. On se demande en effet si les membres à temps partiel du conseil qui occupent des postes de direction dans des entreprises privées peuvent respecter longtemps le niveau d'objectivité souhaitable entre l'administration et ces entreprises. Le problème se pose aussi pour les pays développés, mais dans les pays plus petits et plus 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.

24. La pénurie générale de compétences affecte non seulement les autorités de la concurrence, mais aussi la communauté des juristes, les entreprises, le corps judiciaire et le pouvoir législatif. Comme l'application du droit de la concurrence ne se fait pas dans l'abstrait, la promotion de la concurrence par les autorités devient un facteur critique pour s'assurer une crédibilité et des soutiens.

D. Exemptions et autorisations

25. Théoriquement, le droit de la concurrence devrait s'appliquer à tous les secteurs économiques et à toutes les entreprises exerçant une activité commerciale mais, dans la pratique, divers types d'exemptions sont accordés pour des raisons sociales, économiques et politiques. Le fait d'octroyer des exemptions ne nuit cependant pas nécessairement à l'application du droit de la concurrence et peut au contraire contribuer à la réalisation de plusieurs objectifs du droit de la concurrence et de la politique industrielle. Les activités de recherche-développement (R-D) en sont un exemple.

26. Dans de nombreux pays, la législation sur la concurrence prévoit des exemptions pour certaines activités de R-D, allant de la recherche pure à l'amélioration des procédés de fabrication de produits spécifiques. Ces activités peuvent déboucher sur la création de nouveaux produits et sur une baisse des prix, augmentant ainsi les possibilités de choix et le bien-être des consommateurs. Dans les secteurs des produits pharmaceutiques et des produits électroniques, par exemple, les entreprises collaborent entre elles pour ce qui est de la R-D, mais elles se livrent à une vive concurrence dès lors qu'il s'agit de fixer les prix de leurs produits respectifs ou de les vendre. Dans la plupart des cas, les exemptions se

limitent à une activité précise et sont d'une durée déterminée et elles ne s'appliquent que dans la mesure nécessaire à cette collaboration. Sous l'angle de la politique de développement, les exemptions accordées au titre de la R-D visent à réorienter l'économie vers des industries qui exigent un plus haut degré de technologie et de connaissance.

E. Promotion de la concurrence

27. En plus de leurs compétences pour l'application des règles, les autorités chargées des questions de concurrence ont des fonctions de promotion. Cette promotion de la concurrence s'adresse essentiellement, au-delà des entreprises et de l'opinion, aux pouvoirs publics dans leur ensemble (y compris les autres organismes de réglementation), en particulier lorsqu'il s'agit de définir la politique de la concurrence et d'introduire des réformes en harmonie avec le marché dans l'ensemble de l'économie. Dès lors, on peut mesurer l'indépendance opérationnelle des autorités de la concurrence aussi en fonction de la possibilité qui leur est donnée de formuler des observations et de recommander des améliorations en ce qui concerne la politique des pouvoirs publics, la réglementation et la législation. Dans beaucoup de pays, les autorités de la concurrence sont chargées de conseiller le gouvernement quant aux conséquences des nouvelles lois et réglementations proposées dans le domaine de la concurrence. En Inde, par exemple, le Gouvernement peut solliciter l'avis de la commission lorsqu'il examine les questions relatives à la politique de la concurrence, et en Espagne, le gouvernement de la région autonome d'Andalousie est tenu par la loi de demander un avis, mais le ministre concerné n'est pas tenu de suivre les avis de la commission. En Tunisie aussi, le ministre peut consulter le Conseil de la concurrence sur toute proposition de loi et toute autre question concernant la concurrence, mais il est obligé de suivre les avis du conseil.

28. La promotion de la concurrence permet d'encourager le respect volontaire des règles pertinentes et de mieux coordonner les politiques. Cette activité est essentielle, surtout pour les jeunes autorités chargées des questions de concurrence, lorsque les parties intéressées doivent être informées de l'existence et des objectifs de nouvelles règles, de leurs droits et de leurs obligations.

29. Des questions de concurrence risquent de se poser lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique économique. Les autorités compétentes devraient par conséquent sensibiliser les responsables de cette politique aux éventuelles synergies et/ou divergences qui pourraient découler de certaines mesures de politique économique, notamment mais non exclusivement la création et/ou la protection des champions nationaux.

F. Relations avec les organismes de réglementation sectoriels

30. Autoriser l'initiative privée à participer aux activités de secteurs importants de l'économie a pour effet d'élargir et de favoriser la concurrence. Les progrès technologiques contribuent à rapprocher les secteurs traditionnels des autres secteurs et à réactualiser la notion de monopole naturel. Malgré cette évolution, il reste que l'intervention des pouvoirs publics est dans une large mesure souhaitable, sans nier l'importance du droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation coexistent dans des conditions diverses. Mais même si les pays abordent la question des secteurs réglementés de manière différente, il se dégage certaines options communes, qui consistent notamment à exclure du champ d'application du droit de la concurrence tout ou partie des secteurs réglementés (Colombie) ou à attribuer une compétence parallèle à l'autorité de la concurrence et à l'organisme sectoriel de réglementation pour les questions de concurrence dans tout ou partie des secteurs (Afrique du Sud et Royaume-Uni). Ces diverses approches peuvent généralement être regroupées en cinq combinaisons au moins.

Le schéma dominant pour répartir les compétences entre les organismes de réglementation et l'autorité de la concurrence consiste rarement à substituer les autorités chargées de la concurrence aux organismes sectoriels de réglementation. Il est souhaitable que, tout comme les autorités de la concurrence, les organismes sectoriels de réglementation assument des obligations en matière d'indépendance et de responsabilité.

31. Certains domaines de l'économie demeurent sujets aux dysfonctionnements du marché et les organismes sectoriels continuent de jouer un rôle pertinent, comme on le verra plus loin. Même s'ils ont un objectif commun, les organismes sectoriels de réglementation et les autorités de la concurrence ont des priorités et des méthodes différentes qui peuvent être sources de tensions. L'article 7 de la Loi type de la CNUCED qui traite des relations entre l'autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, notamment les organismes sectoriels, est l'une des sources d'inspiration des gouvernements aux prises avec cette question. La Loi type stipule que l'autorité de la concurrence devrait évaluer les obstacles à la concurrence qui existent dans les réglementations économiques et administratives d'un point de vue économique, notamment pour des motifs d'intérêt général.

32. Un des principes directeurs qui transparait dans l'ensemble des points énumérés précédemment est que toute forme de réglementation devrait être appliquée au niveau de gouvernance garantissant une application efficace de ladite réglementation. D'autres principes qui peuvent favoriser l'application sont: a) ceux qui visent à garantir l'accès à l'information nécessaire à l'adoption de jugements rationnels (transparence); b) la participation de toutes les parties risquant d'être touchées par une réglementation (garantie d'une procédure régulière; par exemple, promotion de la concurrence); et c) la résorption des coûts non nécessaires découlant d'une surréglementation (proportionnalité).

G. Privatisation, concessions et politique de la concurrence

33. Dans de nombreux pays, les réformes économiques portent notamment sur l'ouverture à la concurrence de marchés détenus par d'anciens monopoles publics. La tentation est de transformer les monopoles publics en monopoles privés. Une fonction importante de l'organisme chargé de la concurrence est de promouvoir des structures concurrentielles et une réglementation renforçant la concurrence. Il est beaucoup plus facile d'imposer des changements structurels – tels que la séparation verticale et des scissions horizontales pour créer des concurrents – avant la privatisation qu'après. Les propriétaires du secteur privé s'opposent généralement à tout changement structurel destructeur de valeur. Il est donc essentiel d'entamer le processus de réforme par des changements structurels.

34. Le droit et la politique de la concurrence sont nécessaires pour que la privatisation puisse porter ses fruits. Les questions de concurrence doivent être prises en compte à toutes les étapes du processus, notamment lors de la conception, de l'attribution et de l'exécution, ainsi que dans le cadre de régulation des marchés concernés. Ce n'est que mis en concurrence les uns avec les autres que les concessionnaires potentiels seront incités à offrir des conditions plus favorables.

35. Une fois la privatisation réalisée, il faut empêcher d'éventuelles pratiques contraires aux lois de la concurrence. Ainsi, les concessions, surtout pour les services d'infrastructure, confèrent souvent une position dominante sur le marché. Dans de telles conditions, un opérateur, qu'il soit public ou privé, n'est guère incité à baisser les prix ou à améliorer la qualité des services. Le droit et la politique de la concurrence, souvent associés à une réglementation sectorielle spécifique ou aux termes du contrat de concession, permettent de limiter les pratiques anticoncurrentielles. Les réglementations et les dispositions contractuelles imposent généralement des obligations en matière de qualité, de couverture

et d'investissement. Lorsque la concurrence dans la prestation de services est possible, comme dans la téléphonie mobile, la pression de la concurrence contribue à maximiser les avantages découlant de la participation du secteur privé en termes d'investissements, de gains de productivité, de qualité et d'étendue des services et de prix.

36. La privatisation devrait être conçue de façon à assurer une concurrence aussi forte que possible. L'autorité de la concurrence doit donc intervenir à un stade précoce du processus. Elle peut le faire en plaidant pour la concurrence et en aidant l'organisme concédant à organiser la privatisation de façon à maximiser la concurrence après attribution. Elle peut également apporter des conseils sur les critères d'attribution les plus pertinents ou sur l'organisation d'une adjudication publique. Au Chili, par exemple, le *Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia* est intervenu dans l'octroi de sept licences pour l'exploitation de la ligne aérienne Santiago-Lima. Afin de renforcer la concurrence sur cette ligne, le tribunal a interdit à l'autorité concédante d'attribuer plus de 75 % des lignes au même soumissionnaire au premier tour d'adjudication. Cette interdiction ne serait levée pour le second tour que si aucun soumissionnaire n'avait participé au premier tour. Des conseils peuvent également être nécessaires au sujet des réglementations sectorielles.

H. Intérêt public et politique de la concurrence

37. Un certain nombre de juridictions ont élaboré différentes procédures pour déléguer les décisions concernant les enjeux autres que l'efficacité, généralement sous la forme de compétences judiciaires (États-Unis) ou de compétences ministérielles pour établir les exemptions. D'autres juridictions ont des procédures permettant d'intégrer de façon rationnelle dans le droit de la concurrence des enjeux autres que l'efficacité sous la forme de dispositions relatives à l'intérêt public, qui obligent l'autorité de la concurrence soit à appliquer un critère spécifique de l'intérêt public (Afrique du Sud et Union européenne), soit à attribuer au ministre des compétences circonscrites spécifiques (Italie, Jamaïque, Royaume-Uni et Singapour), souvent pour l'examen des fusions-acquisitions. Souvent aussi, il existe des dispositions relatives à l'intérêt public sous une forme ou une autre, mais ni l'autorité de la concurrence ni le ministre ne les appliquent (Italie), ou bien elles sont rarement invoquées.

38. Il est important aussi de reconnaître que les décisions concernant les priorités du droit de la concurrence ne sont pas nécessairement immuables, parce que les pays ajustent souvent leur législation ou leurs priorités nationales en fonction de l'évolution des circonstances, y compris les changements de gouvernement. Dans ce contexte, certaines législations prévoient que le ministère chargé de la politique de la concurrence peut émettre périodiquement des directives sous la forme d'orientations de politique générale (Pakistan, Suède et Zimbabwe), mais parfois les différents ministres qui se sont succédé ont complètement renoncé à exercer cette faculté (Zimbabwe).

I. Taille du marché et réglementation

39. S'agissant des pays en développement et des petits pays (y compris des pays développés), on fait souvent valoir que le jeu des forces du marché ne garantit pas nécessairement des résultats efficaces et utiles pour les consommateurs parce que les sources de bien des problèmes de concurrence sur les marchés étroits sont structurelles par nature. Cet argument non seulement renforce l'idée qu'on pourrait faire une plus grande place aux considérations d'intérêt public dans le droit de la concurrence, mais aussi met en lumière le rôle plus important de la réglementation sectorielle quand de vastes secteurs de l'économie ne sont pas encore ouverts à la concurrence.

J. Secteurs informels

40. Dans beaucoup de pays en développement, bon nombre d'entités de production appartiennent à l'économie souterraine. Ce ne sont pas des entreprises dûment immatriculées et elles ne payent pas d'impôt. Or les entreprises informelles sont souvent à l'origine d'une part non négligeable de la production dans de nombreux secteurs. Cette situation est imputable en partie à une réglementation pesante, qui met parfois des obstacles à l'entrée sur le marché, et à l'absence d'accès à l'infrastructure, de formation aux techniques bancaires ou de mécanismes d'application des lois. L'impossibilité de s'adresser aux tribunaux empêche ces entreprises de s'engager dans des transactions commerciales contractuelles.

41. Le degré d'influence exercé par la présence d'une économie souterraine sur l'application du droit de la concurrence diffère d'une autorité de la concurrence à l'autre. Dans la plupart des pays, la législation de la concurrence s'applique bien à l'activité économique du secteur informel, mais à des degrés divers et avec des résultats divers. Certaines autorités de la concurrence ont pris des mesures de répression contre ce qu'elles considèrent comme une conduite anticoncurrentielle de ce secteur. Elles ont intenté des poursuites contre les entreprises qui éludaient l'impôt et exerçaient ainsi une concurrence déloyale à l'égard des entreprises du secteur structuré. Néanmoins, les mesures de répression à l'encontre du secteur informel demeurent pour les autorités de la concurrence une tâche ardue.

42. Afin de traiter les problèmes de l'économie souterraine et d'élaborer une loi sur la concurrence, les gouvernements doivent adopter des mesures vigoureuses de politique générale, par exemple des programmes de promotion visant à faire connaître les avantages qu'offre le fonctionnement du marché structuré. Ils doivent entre autres choses détecter les règlements qui freinent la concurrence, renforcer les services fiscaux et les moyens de faire respecter la loi, tout en améliorant l'accès au crédit et les possibilités offertes par les marchés publics. Les entreprises du secteur informel pourraient ainsi devenir des entreprises officiellement déclarées auprès desquelles il serait plus facile de faire respecter les règles de la concurrence.

K. Groupements régionaux et règles communes de la concurrence

43. Dans les pays en développement, l'intégration économique régionale se caractérise par une composition complexe et la présence de membres appartenant à plusieurs groupements et par des sous-ensembles dans certains groupements.

44. Comme on peut le voir à l'heure actuelle, de plus en plus de groupements régionaux recherchent des moyens de développer les règles de concurrence à l'échelon régional tout en incitant leurs membres à adopter une législation nationale.

45. Les décisions adoptées par les États membres d'un groupement régional peuvent avoir des effets transfrontières. Lorsqu'il existe une autorité centrale, les externalités sont parfois réduites ou supprimées. Des économies d'échelle et des coûts de transaction moins élevés sont obtenus grâce à l'application uniforme de règles de concurrence communes par les administrations supranationales, qui servent de guichet unique pour le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles.

46. On peut toutefois avoir des préoccupations concernant l'aptitude à appliquer les règles communautaires de la concurrence. Malgré l'existence d'une volonté politique à l'échelon régional, cette aptitude se trouve compromise dans certains États membres par des faiblesses institutionnelles, la petitesse de l'économie et la pénurie de ressources humaines. Ainsi, neuf États membres de la Commission de la concurrence de la

Communauté des Caraïbes (CARICOM), créée le 19 janvier 2008, n'ont pas encore de loi sur la concurrence (notamment Antigua-et-Barbuda, Belize, Dominique, Grenade, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie et Saint-Vincent-et-les Grenadines). Comme ce sont de très petites îles dont les ressources humaines et financières sont limitées, elles ont décidé qu'une institution sous-régionale représentant l'Organisation des États des Caraïbes orientales au sein de la CARICOM présenterait la taille optimale pour un organisme de la concurrence.

II. Évaluation de l'impact de l'application du droit et d'une politique générale de la concurrence sur le développement

A. Impact de la politique de la concurrence et de son application

47. Les pays en développement souffrent d'un certain nombre d'obstacles à la concurrence et 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. Certains de ces facteurs sont l'étendue du secteur informel de l'économie, les problèmes dus à l'étroitesse du marché et aux puissants obstacles à l'entrée, les difficultés à inculquer une culture de la concurrence, les contraintes de capacité et d'économie politique. Il importe pour chaque pays d'aménager la manière dont il mettra en œuvre des initiatives d'évaluation afin de promouvoir la concurrence en fonction de ces contraintes.

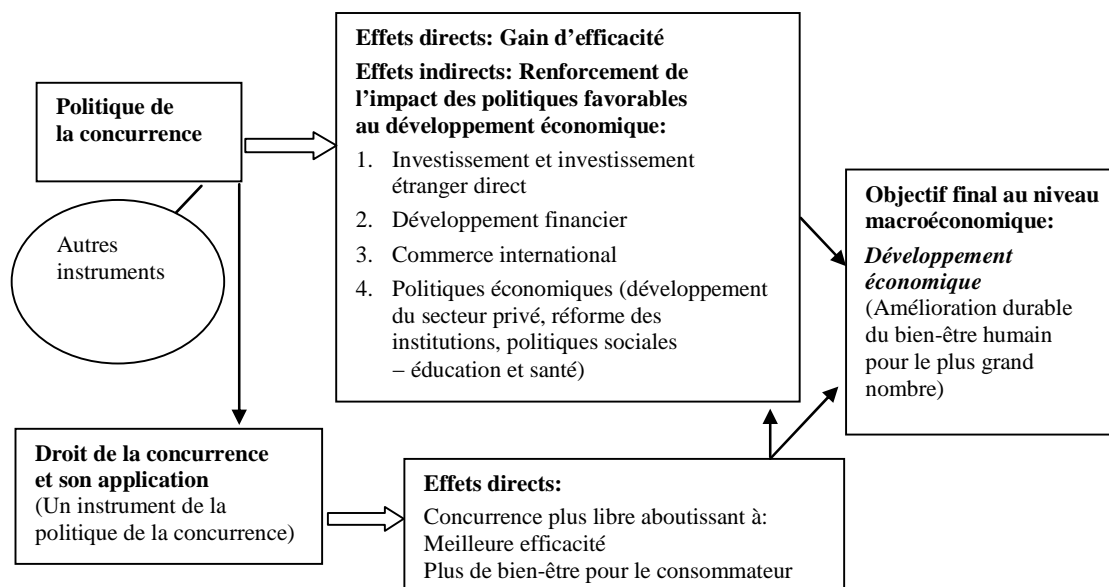
48. Il découle de ce qui précède que les marchés non concurrentiels présentent un problème plus grand encore dans les pays en développement. Les besoins d'une répression efficace en matière de concurrence sont grands mais ils se heurtent à des obstacles sérieux à la mise en œuvre effective d'une politique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

49. L'évaluation de l'impact des activités d'un organisme de la concurrence peut aider à traiter les problèmes d'économie politique les plus aigus, ce qui contribue à légitimer le système politique. En revanche, les contraintes de capacité des pays en développement empêchent le bon déroulement des évaluations. 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.

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

51. Il est difficile d'évaluer l'incidence des mesures visant à faire respecter la réglementation sur des phénomènes sociaux aussi divers que le respect ou le non-respect du droit de la concurrence. La recherche empirique montre clairement que ce respect peut être influencé par beaucoup de facteurs différents, de sorte qu'il est difficile de distinguer l'incidence des mesures d'application de ces autres facteurs. Il s'y ajoute une difficulté supplémentaire, à savoir que le «développement» est une notion complexe.

Figure 1
Relations entre le droit de la concurrence, la politique de la concurrence et le développement économique



52. On a fait valoir que «la politique de la concurrence contribue directement à l'économie de par sa nature même, et qu'elle y contribue indirectement en renforçant d'autres politiques générales». La figure 1 montre que le droit et la politique de la concurrence peuvent avoir une incidence directe sur le développement économique. Un des critères possibles du succès d'une action coercitive est de voir dans quelle mesure elle contribue à construire une interprétation commune de ce que signifie le respect des règles pour l'instance de réglementation et le destinataire de la réglementation et de la manière dont il doit être mis en pratique. Autrement dit, on ne peut pas juger de l'effet d'une action coercitive simplement par le fait qu'un tribunal a rendu une décision favorable à l'instance de réglementation. Il faut voir dans quelle mesure cette action contribue à aligner les normes et les pratiques commerciales sur ce qu'exige la réglementation. Ainsi, l'action coercitive réussit le mieux non seulement lorsqu'elle parvient à concilier l'interprétation commerciale et l'interprétation réglementaire de ce qu'une règle donnée implique dans une situation donnée mais aussi lorsqu'elle suscite une interprétation commune des buts *et* objectifs qui sont à l'origine des règlements, voire une adhésion à ces buts et objectifs. Une interprétation commune des buts et objectifs d'un régime de réglementation a plus de chance d'aboutir à une interprétation identique des règles dans des circonstances différentes, et l'adhésion commune à ces mêmes buts entraîne le respect généralisé.

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

54. Si l'on veut jauger les différents intrants d'après leur importance relative, il faut comprendre la manière dont les différents critères s'articulent avec les effets de la concurrence sur l'économie. Quelques ouvrages tentent de cerner les moyens de mesurer les capacités institutionnelles des instances chargées de la concurrence.

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

56. En conséquence, une institution pourrait choisir plutôt d'étudier les critères «extrants», qui impliquent une tentative pour quantifier le succès des interventions, par exemple les économies engendrées par une enquête réussie et par l'action dissuasive à l'égard des infractions à la législation sur la concurrence.

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

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

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

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

61. Il est parfois difficile d'évaluer l'efficacité des institutions chargées de la concurrence parce qu'elles sont de création récente et parce que peu d'affaires sont parvenues au stade de l'exécution. C'est le cas en Tunisie, où l'on a souligné l'importance

d'une évaluation objective du travail accompli par l'institution. Cette évaluation objective est liée à des critères spécifiques comme le délai dans lequel les affaires sont traitées et le nombre d'entreprises qui ont été mises en conformité à la suite d'une intervention de l'institution compétente.

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

63. Un autre moyen de déterminer si l'autorité est efficace, ou du moins si elle est perçue comme telle, est d'envisager l'attitude des parties prenantes importantes. Il importe de noter à cet égard que la définition des «parties prenantes» concernées (ou tout au moins le poids que l'on assigne à leurs intérêts) est fonction jusqu'à un certain point des objectifs déclarés de la législation: si la loi sur la concurrence vise au premier chef l'intérêt des consommateurs, c'est ce groupe qui sera la principale partie prenante. Si en revanche la loi vise à encourager ou protéger les petites entreprises, c'est ce groupe qui aura la priorité, etc.

B. Aperçu de quelques études empiriques

1. Monopoles et abus de position dominante

64. Quelques études sur la concurrence dans les pays en développement et les pays développés sont évoquées dans un document de travail de la CNUCED. Deux études, l'une sur la persistance de bénéfices et l'autre sur le chiffre d'affaires des entreprises (entrée et sortie), indiquent que le degré de concurrence dans les pays en développement et les pays en transition est plus ou moins comparable à celui des pays développés. L'analyse des producteurs des pays en développement «n'étayait pas l'idée selon laquelle les producteurs des PMA étaient relativement atones et inefficaces», contrairement, encore une fois, à l'idée selon laquelle la concurrence est moins vive dans ces pays.

65. Il ressort du *2007 Global Competitiveness Report* sur la compétitivité mondiale que la prospérité des nations s'accroît avec leur productivité. Ce rapport contient des indicateurs corrélés au produit intérieur brut (PIB) par habitant. En résumé, les facteurs qui influent sur le PIB des pays à faible revenu sont les suivants: téléphones mobiles, approvisionnement électrique de qualité, accès Internet, obstacles commerciaux, autres infrastructures et concurrence locale. Dans les pays à revenu intermédiaire, il faut ajouter à ces facteurs les brevets, l'absence de position dominante de groupes d'entreprises sur un marché et l'efficacité de la politique antitrust.

66. D'après l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), «les pays en développement et les pays en transition ont parfois des faiblesses structurelles qui les rendent particulièrement vulnérables aux pratiques anticoncurrentielles privées. Les facteurs suivants, lorsqu'ils existent, sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence:

- a) Proportion accrue de marchés locaux non touchés par les mesures de libéralisation du commerce;
- b) Accès limité aux facteurs de production essentiels;
- c) Existence de circuits de distribution plus restreints;
- d) Dépendance accrue à l'égard des importations (facteurs de production industrielle de base) et/ou des exportations (pour la croissance);
- e) Nombre accru d'obstacles administratifs/institutionnels aux importations;

f) Faiblesse du marché des capitaux».

67. Le passage d'un monopole public à la concurrence peut donner davantage de possibilités aux entreprises dominantes de se livrer à des pratiques d'exclusion. Toujours d'après l'OCDE, «un ancien monopole concurrencé par de nouvelles entreprises peut avoir "hérité" d'avantages liés à son ancienne position, notamment d'une situation financière solide, du contrôle de certaines installations de réseau, de liens et d'appuis politiques, ou de relations de longue date avec les fournisseurs et les clients. L'entreprise dominante ou "exploitant en place" peut trouver de nombreux moyens de rendre la vie plus difficile à ses nouveaux concurrents et, en fin de compte, les exclure réellement du marché. Dans de nombreux pays qui ont libéralisé leur commerce, l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence se trouve submergée d'affaires innombrables d'allégations d'abus de position dominante résultant d'un déséquilibre entre l'ancien monopole et les nouveaux concurrents». Dans l'article 19 4) g) de la loi indienne sur la concurrence, qui se soucie de cette question, un facteur qui peut être pris en considération pour établir si une entreprise jouit d'une position dominante est «le monopole ou la position dominante, acquis par la loi ou par le fait d'être une entreprise d'État ou publique de toute autre manière».

68. Selon Dutz, les autorités de la concurrence des pays en développement et des pays en transition devraient lutter en priorité contre les abus de position dominante qui empêchent l'accès à des services essentiels aux entreprises. L'idée est d'abaisser les obstacles pour les nouveaux chefs d'entreprise et les nouvelles PME. Des exemples de facteurs locaux essentiels sont «les terrains, les services bancaires, le transport, les entrepôts de distribution, les communications et les services professionnels aux entreprises».

69. Fox affirme que «les pratiques anticoncurrentielles sont légion dans les secteurs qui répondent à des besoins physiques et économiques élémentaires – lait, boissons non alcoolisées, bière, poulet, sucre, coton, papier, aluminium, acier, produits chimiques (pour engrais), télécommunications (notamment services mobiles), ciment et autres matériaux de construction, transport (terrestre, maritime et portuaire), gaz industriels, services bancaires, assurances, charbon, électricité, etc. Un grand nombre de ces pratiques sont locales, beaucoup d'entre elles sont favorisées par les pouvoirs publics et de nombreuses autres sont extraterritoriales, entraînant des restrictions à l'importation». L'auteur estime que les interventions visant à lutter contre les pratiques des entreprises publiques ou favorisées par l'État qui bloquent l'entrée ou sont discriminatoires peuvent être plus avantageuses et moins coûteuses que les interventions contre les abus de position dominante dans les pays développés.

2. Ententes injustifiables

70. Un élément frappant de ces affaires est que beaucoup concernent un tout petit nombre de secteurs économiques. Par exemple, il semble que des ententes dans le secteur de la production de ciment existent presque partout. Rares sont les pays qui possèdent un programme de lutte contre les ententes et qui n'ont pas eu à engager des poursuites contre une ou plusieurs ententes entre cimenteries. D'une manière plus générale, les matériaux et les services de construction semblent se prêter à la pratique des ententes.

71. Les raisons en sont relativement évidentes. Les matériaux de construction, en particulier le ciment, sont des produits homogènes, et les producteurs ne se différencient guère que par les prix. Cette homogénéité fait qu'il est plus facile pour les vendeurs de former une entente. Et aussi, ces produits et services sont souvent vendus dans le cadre d'appels d'offres lancés par des organismes publics, qui sont des acheteurs particulièrement vulnérables aux pratiques collusoires en matière de soumissions, comme indiqué plus loin.

72. On trouve un nombre relativement important d'ententes et d'enquêtes dans le secteur du pétrole, en particulier dans celui de l'essence. Cela peut tenir à plusieurs raisons.

L'essence est un important produit de consommation – une nécessité pour beaucoup. Également, les prix de l'essence ont généralement augmenté au cours des dernières années, et si cela est assurément dû pour l'essentiel à l'accroissement de la demande, on peut soupçonner que des ententes soient aussi, au moins en partie, responsables de ces hausses. Mais surtout, les actuels prix de vente au détail de l'essence sont d'une telle visibilité que cela peut faciliter une entente entre revendeurs. Cela pourrait également alerter les consommateurs et les responsables de la concurrence sur l'éventuelle existence d'une entente.

73. Mais une mise en garde s'impose ici. Il va de soi que de simples mouvements simultanés de prix, en particulier pour un produit homogène tel que l'essence, ne sont pas en eux-mêmes suffisants pour prouver l'existence d'une entente illégale. Une telle évolution des prix peut également être compatible avec une concurrence active. Dans presque tous les pays, il faut qu'il y ait plus de preuves qu'une simple évolution parallèle des prix pour étayer des poursuites. De fait, des enquêtes sur d'éventuelles ententes sur les prix de l'essence ont parfois échoué faute de telles preuves additionnelles.

74. Les produits alimentaires semblent également occuper une très grande place dans les affaires décrites ici. Là encore, une combinaison de facteurs peut être envisagée. Comme l'essence, les denrées alimentaires sont d'importants produits de consommation. Ce peut être des produits homogènes, en particulier au niveau des producteurs ou des transformateurs. L'information sur les prix est facilement accessible aux vendeurs et aux acheteurs dans ce secteur. D'autres secteurs fréquemment mis en cause dans les affaires d'entente sont les services de transport et les services professionnels.

75. Mais la caractéristique la plus fréquente de toutes les affaires indiquées plus haut est la pratique des soumissions concertées ou frauduleuses dans les marchés publics. Les responsables publics des achats n'ont souvent pas la capacité de repérer des activités suspectes, et les procédures qu'ils utilisent ne comportent pas de sauvegardes contre des soumissions concertées. Dans certains cas, il existe même le danger que les procédures d'achat fassent l'objet de mesures de corruption. Le caractère ouvert des marchés publics peut également faciliter la constitution et le fonctionnement d'une entente.

III. Enseignements pour l'avenir: comment améliorer la formulation et l'application d'une politique de la concurrence dans les pays en développement et d'autres pays

76. Les moyens d'améliorer la formulation et l'application de la politique de la concurrence sont notamment les suivants:

a) **Élaborer un droit et une politique de la concurrence et un cadre d'application adaptés aux besoins des différents pays.** Les pays en développement souffrent d'un certain nombre d'obstacles à la concurrence. Ils ont besoin d'urgence d'une législation et d'une politique efficaces pour y remédier. Toutefois, à cause de différentes caractéristiques du marché et de difficultés juridiques et administratives, il est beaucoup plus difficile de mettre en œuvre la législation et la politique de la concurrence dans les pays en développement que dans les pays développés. Certains de ces facteurs sont les suivants: étendue du secteur informel de l'économie, problèmes dus à l'étroitesse du marché et aux puissants obstacles à l'entrée, difficultés à inculquer une culture de la concurrence, contraintes de capacité et d'économie politique. Il importe donc pour chaque pays d'élaborer sa législation sur la concurrence et d'en aménager l'application en fonction de ces contraintes.

b) **S'efforcer de développer une culture de la concurrence.** Les thèmes évoqués plus haut montrent qu'il y a plusieurs façons de renforcer la lutte contre les ententes. Un premier moyen est de développer une «culture de la concurrence» – c'est-à-dire une bonne compréhension par l'opinion publique des avantages de la concurrence et un large soutien à l'application d'une vigoureuse politique de concurrence. C'est un processus continu, qui passe par une bonne information de tous les éléments de la société – consommateurs, chefs d'entreprise et commerçants, syndicats, éducateurs, juristes, pouvoirs publics et responsables d'organismes de réglementation, juges – quant aux avantages de marchés compétitifs pour eux et pour l'économie nationale.

c) **Encourager le dépôt de plaintes.** Des consommateurs et des entrepreneurs avertis seront davantage sensibles à l'éventuelle existence d'une entente et davantage enclins à la dénoncer. Comme il a été noté plus haut, les plaintes déposées auprès de l'organisme chargé de la concurrence ont été, et dans les pays en développement continueront probablement d'être, la source la plus courante d'information sur des ententes jusque-là passées inaperçues. L'organisme chargé de la concurrence doit veiller à ce que l'identité des plaignants soit protégée en tant qu'information confidentielle autant que cela est possible.

d) **Commencer de mettre en place un programme de clémence.** Le mot «commencer» est important. On ne peut s'attendre à ce que la simple instauration d'un programme de repentis donne des résultats immédiats. L'organisme chargé de la concurrence doit tout d'abord établir sa crédibilité – c'est-à-dire sa capacité de détecter et de poursuivre des ententes, et de punir sévèrement ceux qui sont poursuivis. Cette crédibilité garantira le succès d'un programme de clémence correctement structuré.

e) **Axer les enquêtes initiales sur des secteurs où la probabilité d'une entente est la plus grande.** De nombreux éléments donnent à penser que certains secteurs économiques sont plus susceptibles que d'autres de donner lieu à des ententes, en particulier dans les pays en développement. Les efforts doivent être concentrés sur ces secteurs. Un domaine dans lequel les études sectorielles peuvent être utiles est celui des marchés publics. Une étude des comportements des soumissionnaires dans des situations où des pratiques collusoires sont soupçonnées permettrait d'identifier des comportements indiquant une répartition de la clientèle ou une attribution des adjudications par roulement. Ces études devraient être réalisées avec l'assistance d'un responsable des marchés publics, capable d'interpréter correctement les données.

f) **Commencer à imposer de fortes sanctions.** Un élément indispensable au succès d'un programme de lutte contre les ententes est une politique énergique de sanctions. Les sanctions peuvent prendre diverses formes, dont des amendes administratives imposées aux entreprises et aux personnes physiques, des sanctions pénales, dont des amendes et des peines d'emprisonnement, et le versement de dommages-intérêts aux victimes d'une entente. Les amendes administratives infligées aux entreprises sont les plus courantes. Les sanctions pécuniaires doivent être suffisamment élevées pour éliminer les profits découlant d'une entente. Il apparaît par ailleurs de plus en plus nécessaire de considérer aussi les sanctions qui peuvent être imposées à des individus. Ce sont après tout des individus qui décident de créer une entente et qui la font fonctionner. Le risque des sanctions personnelles, qu'il s'agisse de peines de prison (dans quelques pays) ou de lourdes amendes, ne pourra qu'être dissuasif.

g) **Éduquer le public et l'informer des préjudices causés par les ententes.** Les pays qui commencent d'appliquer une législation sur la lutte contre les ententes ne peuvent probablement pas imposer d'emblée de lourdes sanctions dans les premières affaires décelées. Certains entrepreneurs n'auront pas eu conscience que leur comportement était illégal, ou bien la création d'une entente peut être antérieure à l'adoption de la première loi sur la concurrence. Les tribunaux hésitent parfois à approuver de lourdes sanctions

lorsqu'ils ne sont pas encore familiarisés avec la politique de concurrence ou le droit de la concurrence. Avant de pouvoir imposer des sanctions sévères, il faut donc exécuter un programme d'éducation concernant le tort que les ententes peuvent causer.

h) **Participer à des activités de coopération internationale dans la lutte contre les ententes.** Au niveau international, les responsables de la concurrence travaillent sur les moyens d'intensifier la coopération pour la lutte contre les accords multinationaux secrets. Mais les efforts vont bien au-delà. Des organisations internationales telles que la CNUCED et l'OCDE étudient depuis longtemps les ententes injustifiables. Également, depuis sept ans déjà, les représentants d'organismes chargés de la concurrence se réunissent chaque année pour débattre de techniques de lutte contre les ententes. Le Réseau international sur la concurrence s'est lancé dans un programme relatif aux difficultés que posent les ententes internationales et nationales pour l'application de la législation sur les ententes. Ne serait-ce que par manque de ressources, les pays en développement ne pourront pas pleinement participer aux travaux de ces instances internationales. Mais presque tous les résultats des travaux ainsi réalisés sont disponibles publiquement, généralement sur Internet. Ces ressources constituent une riche source d'information pour les autorités moins expérimentées.

i) **S'efforcer de développer des liens avec les tribunaux qui seront saisis d'appels dans des affaires d'entente.** Il est inévitable, dès lors qu'un organisme chargé de la concurrence poursuit de plus en plus d'ententes et autres infractions à la législation sur la concurrence, que certaines affaires fassent l'objet de recours. L'expérience des pays montre qu'il est presque inévitable que l'organisme subisse des revers à l'occasion de certains de ces recours. Les affaires de concurrence sont uniques à maints égards, et les juges n'en possèdent pas toujours l'expérience nécessaire. Initialement, ils auront tendance à s'abstenir de trancher sur le fond; ils se concentreront plutôt sur des questions de procédure, dont ils sont plus familiers, et annuleront une décision sur cette base. En particulier dans les affaires d'entente, les juges peuvent hésiter à confirmer les lourdes amendes fixées par l'autorité chargée de la concurrence.

j) **Conduire des examens collégiaux volontaires.** L'examen collégial volontaire de la politique de la concurrence conduit par la CNUCED vise à améliorer la qualité et l'efficacité des moyens d'application de cette politique dans les pays en développement et les pays en transition. Il consiste notamment à analyser la politique de la concurrence consacrée par la loi correspondante et à réfléchir à l'efficacité des institutions et des mécanismes institutionnels dans l'application de la législation sur la concurrence. En acceptant de montrer son travail à autrui, un pays/une institution qui se porte volontaire pour un examen collégial s'engage dans une auto-évaluation qui l'aide à identifier ses forces et ses faiblesses dans un environnement permettant une participation extérieure non conflictuelle. Le fait que les consultations sont ouvertes à tous stimule la confiance d'autres parties prenantes envers l'institution examinée, qui démontre un esprit d'ouverture et non de repli sur soi.