



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

Distr. limitée
1^{er} mai 2019
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
Dix-huitième session
Genève, 10-12 juillet 2019
Point 3 g) de l'ordre du jour provisoire
Examen des chapitres IX et X de la loi type sur la concurrence

**Loi type sur la concurrence (2019) –
chapitre IX révisé***

* Le présent document est une révision du document TD/RBP/CONF.7/L.9.

GE.19-07125 (F) 170619 180619



* 1 9 0 7 1 2 5 *

Merci de recycler



I. Plan du chapitre IX de la loi type sur la concurrence

L'organe de tutelle et son organisation

1. Institution et appellation de l'organe de tutelle.
2. 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.
3. Qualifications des personnes nommées.
4. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance.
5. Destitution de membres de l'organe.
6. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions.
7. Nomination du personnel nécessaire.

II. Commentaires du chapitre IX et formules différentes relevées dans les législations existantes

A. Introduction

1. Le chapitre IX, intitulé « L'organe de tutelle et son organisation », concerne la structure institutionnelle et la composition de l'autorité chargée de la politique de la concurrence. Si, de par son libellé, le chapitre IX pourrait être interprété comme faisant référence à l'établissement de l'organe de tutelle uniquement, il couvre en fait le cadre institutionnel plus large du régime de la politique de la concurrence, y compris les rôles respectifs des pouvoirs publics, des tribunaux et de l'autorité chargée de la concurrence, ainsi que leur interaction.

2. L'application effective du droit de la concurrence requiert l'existence préalable d'un cadre institutionnel approprié. Alors que maints débats ont été consacrés à des questions de fond, telles que les règles appropriées pour l'examen des fusions, l'abus de position dominante et les ententes, les questions institutionnelles et procédurales ont relativement peu mobilisé l'attention. Même si une loi antitrust bien formulée est adoptée, son application risque de donner des résultats décevants si les aspects institutionnels et opérationnels font l'objet d'une attention insuffisante. C'est pourquoi l'accent est mis désormais davantage sur ces considérations.

3. Pour concevoir le cadre institutionnel du régime de la concurrence, le responsable de la planification institutionnelle doit prendre en compte plusieurs questions fondamentales :

a) Quel est l'organe responsable des activités en matière d'enquête et d'exécution ? Fait-il partie d'un ministère, ou bien s'agit-il d'une entité placée sous la tutelle d'un ministre du gouvernement, ou d'une entité totalement indépendante ?

b) Quel est l'organe chargé de prendre la décision initiale dans les affaires antitrust ? S'agit-il de l'organe veillant à l'application de la législation, d'un organe distinct habilité à statuer, ou bien du tribunal ?

c) Dans quelle mesure les décisions en matière de concurrence font-elles l'objet d'un examen judiciaire¹ ?

4. Pour la première question, le problème décisif consiste à savoir si l'organe qui veille à l'application de la législation doit être indépendant ou non du gouvernement (c'est-à-dire

¹ Trebilcock M. et Iacobucci E. M. (2010). Designing competition law institutions: values, structure and mandate. *Loyola University Chicago Law Journal*. 41(3):455-471.

d'un ministre). En effet, les pays n'attachent pas tous forcément la même importance à l'existence d'autorités de la concurrence indépendantes. 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 leur politique de la concurrence à un département ministériel spécialisé.

5. Mais il est de plus en plus largement admis que la mise en place d'organismes indépendants chargés de veiller à l'application de la politique de la concurrence est préférable. 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.

6. Les deux autres questions concernent l'attribution des responsabilités en matière de prise de décisions au sein des systèmes administratif et judiciaire. La décision d'intégrer ou non les fonctions d'enquête et les fonctions décisionnelles au sein de l'entité chargée de veiller à l'application est essentielle. Comme la structure institutionnelle varie beaucoup selon le contexte spécifique du pays, il n'existe pas de modèle unique qui soit optimal pour tous les pays. Si l'acceptation du recours constitutionnel contre l'absence de séparation entre fonctions d'enquête et fonctions décisionnelles dans la loi jamaïcaine sur la concurrence loyale semble étayer le principe d'une séparation, le projet récent du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de fusionner le Bureau de la concurrence et la Commission de la concurrence suit l'orientation opposée.

7. Dans la plupart des pays, le législateur choisit généralement la formule de l'examen judiciaire pour contrôler les mesures d'application et les décisions prises par les autorités de la concurrence. Il est largement admis que l'examen judiciaire indépendant des décisions des autorités de la concurrence, soit par des tribunaux ordinaires, soit par des organes décisionnels spécialisés, est souhaitable pour assurer l'équité et l'intégrité du processus de prise de décisions².

8. Comme indiqué plus haut, un certain nombre de choix peuvent être faits concernant la structure du cadre institutionnel. Dans la plupart des cas, cette structure et les responsabilités en matière de prise de décisions au sein des systèmes administratif et judiciaire suivent généralement l'un des trois modèles suivants³ :

a) 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 (tableau 1) ;

b) 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 ;

c) 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 (tableau 2).

9. Chacun de ces modèles implique 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.

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

³ Trebilcock et Iacobucci, p. 459 à 464 (voir note de bas de page 1).

10. 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 commerciales restrictives et des abus de position dominante, les tribunaux, spécialisés ou non, exerçant la fonction décisionnelle.

Tableau 1

Structure institutionnelle du régime de la concurrence : formules différentes relevées dans les législations existantes (modèle judiciaire)

<i>Pays ou groupe de pays</i>	<i>Description</i>
Australie	<p>La Commission australienne de la concurrence et de la consommation est chargée d'enquêter sur les violations de la loi australienne de 2010 sur la concurrence et la consommation (auparavant loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales)⁴, et peut engager des poursuites auprès du Tribunal fédéral contre les entreprises soupçonnées d'y avoir contrevenu.</p> <p>Le Tribunal australien de la concurrence a été créé en application de la loi de 1965 sur les pratiques commerciales et poursuit aujourd'hui ses activités dans le cadre de la loi sur la concurrence et la consommation. Il est chargé de réexaminer des affaires. À cette fin, il est habilité à exercer toutes les fonctions et tous les pouvoirs de l'instance à l'origine de la décision initiale. Il peut confirmer, annuler ou réformer cette décision.</p> <p>Le Tribunal fédéral a compétence pour connaître des affaires de concurrence et rendre des décisions en dernier ressort.</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 : a) enjoindre au contrevenant de verser à la Couronne une amende pécuniaire qui ne peut dépasser 1 million de dollars pour une personne physique et 5 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>
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> <ul style="list-style-type: none"> • 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 corrective prévue par la loi ;

⁴ La Commission australienne de la concurrence et de la consommation est une autorité indépendante et officielle, chargée de faire appliquer la loi australienne de 2010 sur la concurrence et la consommation (auparavant loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales), entre autres textes législatifs. Voir <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission>.

<i>Pays ou groupe de pays</i>	<i>Description</i>
	<ul style="list-style-type: none"> • Statuer sur toute autre question dont il peut être saisi aux termes de la loi et prendre toute mesure prévue par celle-ci ; • 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 loi ; • Prendre toute décision ou toute mesure nécessaire ou accessoire à l'exécution de ses fonctions aux termes de la loi. <p>Il peut être fait appel des décisions du Tribunal de la concurrence auprès de la Cour d'appel en matière de concurrence.</p>

Tableau 2
Structure institutionnelle du régime de la concurrence : formules différentes relevées dans les législations existantes (modèle d'organe intégré)

<i>Pays ou groupe de pays</i>	<i>Description</i>
Union européenne	<p>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'Union européenne. Voir le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité (ex-articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne), et le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. En application de l'article 7 du Règlement (CE) n° 1/2003, par exemple, la Commission peut imposer aux entreprises incriminées toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser l'infraction.</p> <p>La Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence des États membres collaborent étroitement à l'application des règles antitrust de l'Union européenne dans le cadre du Réseau européen de la concurrence.</p> <p>Ce réseau sous-tend l'application cohérente des règles antitrust de l'Union européenne par toutes les autorités. Depuis 2004, la Commission et les autorités nationales de la concurrence ont adopté plus de 1 000 décisions, leurs enquêtes portant sur un large éventail d'affaires dans tous les secteurs de l'économie. Entre 2004 et 2014, plus de 85 % des décisions relatives à l'application des règles antitrust de l'Union européenne ont été prises par les autorités nationales de la concurrence. Il est donc essentiel que lesdites autorités soient investies de tous les pouvoirs dont elles ont besoin pour faire appliquer effectivement ces règles.</p> <p>La Directive (UE) 2019/1, qui vise à doter les autorités de la concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, a été promulguée le 11 décembre 2018 et publiée dans le Journal officiel de l'Union européenne le 14 janvier 2019.</p> <p>Cette directive a pour but de garantir que les autorités nationales de la concurrence disposent des outils appropriés pour appliquer les règles antitrust de l'Union européenne, qui constituent leur base juridique commune, l'objectif étant de créer un véritable espace commun d'application des règles de concurrence. À cette fin, elle prévoit des garanties et des normes minimales pour donner aux autorités nationales de la concurrence les moyens de libérer tout leur potentiel.</p>

<i>Pays ou groupe de pays</i>	<i>Description</i>
Royaume-Uni	L'Autorité de la concurrence et des marchés est un organisme public non ministériel. Elle se compose d'une direction chargée de l'application de la législation et d'une direction des marchés et des fusions. Elle enquête sur de possibles infractions à l'interdiction des accords anticoncurrentiels dans le cadre de la loi sur la concurrence, engage des poursuites pénales contre les personnes physiques accusées d'entente et veille à l'application de la législation relative à la protection des consommateurs, en particulier de la directive et des règles concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
Allemagne	En Allemagne, l'autorité de la concurrence (Office fédéral des ententes) est une administration fédérale supérieure et indépendante, qui relève du Ministère fédéral des affaires économiques et de l'énergie. Elle comprend une division spécialement chargée de statuer sur les ententes, les fusions et les pratiques abusives, appelée Division des décisions. Elle veille également à l'application des lois allemandes de protection des consommateurs. Toutes ses décisions sont prises à la majorité. La Division des décisions est autonome et ne reçoit d'instructions d'aucune source extérieure.
République de Corée	La Commission coréenne des pratiques commerciales loyales a été créée en 1981. Elle est, à l'échelle du pays, le seul organisme de la concurrence habilité à enquêter et à statuer sur les affaires de pratiques anticoncurrentielles, telles que les abus de position dominante, les ententes et les fusions-acquisitions anticoncurrentielles, et à fixer le montant des amendes administratives (art. 35 de la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales).
Chine	<p>L'article 9 de la loi antimonopole de la 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, dit Organe de lutte contre les monopoles. Cet organe peut, au besoin, confier aux institutions correspondantes au sein des administrations locales des provinces, des régions autonomes et des municipalités relevant directement du Gouvernement central la responsabilité de faire appliquer la loi antimonopole.</p> <p>Le 17 mars 2018, l'Assemblée nationale populaire de Chine a approuvé le plan de fusion des trois autorités de la concurrence, la Commission nationale du développement et de la réforme, le Ministère du commerce et l'Administration d'État chargée du commerce et de l'industrie, qui sont devenus un seul et même organisme, l'Administration d'État pour la réglementation du marché.</p>
Brésil	<p>Le Brésil a modifié en 2012 la structure institutionnelle de son autorité antitrust, de sorte que l'organe d'enquête fait désormais partie de la structure de l'autorité et ne relève plus du Ministère de la justice. En vertu d'une nouvelle loi, les fonctions d'enquête du Ministère de la justice ont été intégrées à la Surintendance générale (sous l'autorité du Conseil administratif de la défense économique), qui est désormais chargée des enquêtes antitrust, de l'évaluation des fusions et du renvoi des affaires contentieuses au Tribunal.</p> <p>Toutefois, étant donné que le Secrétariat du droit économique était chargé de faire respecter à la fois le droit antitrust et le droit de la consommation, un nouvel organe, responsable exclusivement de la protection des consommateurs, a été créé à la suite de la restructuration institutionnelle. Par conséquent, l'autorité antitrust n'est pas chargée des questions de protection des consommateurs, mais a compétence pour enquêter et statuer sur les pratiques potentiellement anticoncurrentielles et les fusions susceptibles de nuire au marché brésilien.</p>

B. Institution et appellation de l'organe de tutelle

11. L'élément central du régime de la concurrence est l'autorité chargée des questions de concurrence, généralement appelée Commission de la concurrence ou Conseil de la concurrence.

12. L'indépendance de l'autorité de la concurrence en matière de prise de décisions est au cœur de la gouvernance réglementaire. La Loi type sur la concurrence repose sur l'hypothèse que la formule la plus efficace consiste probablement à établir 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 supérieur.

13. Pour protéger l'autorité des ingérences ou des influences extérieures, plusieurs pays (Hongrie, République de Corée, Slovaquie et Turquie) ont institué une autorité de la concurrence indépendante, qui ne fait pas physiquement partie des ministères traditionnels. Bien que cette autorité ne soit pas organiquement autonome, dans la mesure où elle relève d'un organe ministériel, elle dispose d'une autonomie hiérarchique et fonctionnelle, qui lui permet de prendre des décisions en toute indépendance⁵. Dans certains pays (Allemagne, Grèce et Royaume-Uni), où l'autorité relève d'un ministre (en règle générale, le Ministre des affaires économiques ou le Ministre de l'industrie et du commerce), elle peut prendre ses décisions sans avoir à solliciter l'approbation de celui-ci. Dans d'autres pays, tels que le Burkina Faso et la Tunisie, l'organe de l'autorité de la concurrence chargé des enquêtes est constitué par un département intégré au sein d'un ministère, et l'organe juridictionnel de l'autorité est un organe collégial séparé, sous la forme d'un conseil.

14. Il est intéressant de noter que dans certains pays, tels que le Brésil et la République de Corée, l'autorité de la concurrence était initialement un département ministériel, mais a acquis par la suite une indépendance plus grande, voire complète. Ainsi, le Brésil a modifié en 2012 la structure institutionnelle de son régime de la concurrence pour en renforcer l'indépendance et centraliser les fonctions relatives à la concurrence sous la responsabilité des divisions de l'autorité antitrust, y compris les fonctions d'enquête, qui relevaient jusqu'alors du Ministère de la justice. Autrement dit, l'autorité antitrust est toujours placée sous la surveillance du Ministère de la justice, qui s'assure qu'elle exerce ses fonctions dans le respect de la loi, mais elle n'est pas subordonnée ou rattachée hiérarchiquement au Ministère. Par conséquent, elle est un tribunal administratif indépendant et autonome⁶. Cela montre qu'une stratégie de développement dynamique et évolutive peut représenter une option valable pour l'établissement de l'autorité.

15. Il convient de souligner que l'indépendance décisionnelle passe aussi par l'indépendance budgétaire et l'indépendance du personnel. L'indépendance budgétaire vise à garantir 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 est variable.

16. Dans certains cas (en Colombie⁷, au Pérou⁸ ou en Nouvelle-Zélande⁹, par exemple), plusieurs organes ont été fondus en un seul, doté de toutes les fonctions dans les domaines

⁵ La Commission coréenne des pratiques commerciales loyales (République de Corée) est totalement indépendante des autres organes gouvernementaux en ce qui concerne les arrangements relatifs au personnel, la gestion du budget et la prise de décisions.

⁶ Voir Organisation de coopération et de développement économiques, 2014, *Round Table on Changes in Institutional Design of Competition Authorities*, note du Brésil, disponible à l'adresse suivante : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)129&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)129&doclanguage=en).

⁷ 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.

⁸ 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 est chargé de l'application des lois régissant la concurrence,

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.

17. Certains pays, comme les États-Unis d'Amérique, ont opté pour une autre 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.

18. 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 d'Amérique, 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'organe de tutelle, qui peut souffrir d'un manque de ressources ou avoir d'autres priorités.

C. 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

19. 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 suisse¹⁰ et indienne¹¹, par exemple. Dans d'autres pays (Algérie, Argentine, Brésil, Bulgarie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Fédération de Russie, Malte, Mexique, Panama, Pérou, Portugal et République de Corée, notamment), la loi détermine le nombre exact de membres. D'autres pays encore, comme l'Australie, laissent le gouvernement ou le ministre compétent fixer ce nombre.

20. Différents pays ont recours à différents modes de désignation. Souvent (Japon, Indonésie, Ukraine), 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 (Zambie, Zimbabwe), 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 de tutelle et ses règles de travail, alors que d'autres laissent ce soin à l'organe lui-même.

D. Qualifications des personnes nommées

21. Une bonne application du droit de la concurrence nécessite la mise en œuvre simultanée d'un grand nombre de compétences : des connaissances spécialisées dans les

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.

⁹ La Commission du commerce est une entité autonome de la Couronne 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. Elle 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 sur des marchés où il n'y a pas de concurrence réelle – télécommunications, produits laitiers, électricité, gazoducs et aéroports, par exemple. Voir <http://www.comcom.govt.nz/about-us/>.

¹⁰ Selon l'article 18 2) de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, la Commission de la concurrence comprend entre 11 et 15 membres.

¹¹ 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 2 ni supérieur à 10) nommés par le gouvernement central.

domaines 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'organe de tutelle devraient collectivement posséder un haut degré de compétence dans ces domaines.

22. 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 intégrité¹². Au Pakistan, les membres de la Commission de la concurrence doivent être connus pour leur intégrité, leur compétence et leur réputation, et avoir une expérience d'au moins dix ans dans un domaine pertinent, tel que l'industrie, le commerce, l'économie, la finance, le droit, la comptabilité ou l'administration publique¹³.

23. Bien souvent, 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, en application de l'article 51 5) de la loi contre les restrictions à la concurrence, les membres de l'Office fédéral des ententes 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. Au Royaume-Uni, les membres de l'Autorité de la concurrence et des marchés doivent respecter un code de conduite, selon lequel ils ne peuvent pas occuper de postes politiques rémunérés ou exercer de fonctions non rémunérées particulièrement sensibles ou médiatisées au sein d'un parti politique. S'agissant des questions qui ont directement trait aux travaux de l'Autorité, ils ne doivent pas prononcer de discours politiques ni se livrer à d'autres activités politiques¹⁴. En Hongrie, le président et les vice-présidents de l'autorité de la concurrence, les membres du Conseil de la concurrence et les autres fonctionnaires de l'autorité de la concurrence ne sont pas autorisés à exercer des activités lucratives autres que des activités scientifiques, pédagogiques, artistiques et littéraires ou de 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'administration¹⁵.

24. 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.

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

25. 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 huit ans au Royaume-Uni, pour sept ans en Italie, pour six ans en Hongrie, pour cinq ans en Arménie et en Indonésie, pour quatre ans en Argentine et au Brésil, et dans d'autres pays, comme la Suisse, pour une durée indéterminée. Dans de nombreux pays, les membres peuvent être reconduits dans leurs fonctions, mais, dans certains, pas plus d'une fois.

¹² Art. 4 de la loi fédérale n° 8884 de 1994 sur le système de défense de la concurrence.

¹³ Art. 14 I) 5 de l'ordonnance n° XVI de 2010.

¹⁴ Voir le code de conduite des membres de l'Autorité de la concurrence et des marchés, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/509669/Code_of_conduct_for_CMA_panel_members.pdf.

¹⁵ Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 40.

F. Destitution de membres de l'organe

26. 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.

27. 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 en Afrique du Sud, au Japon, en République-Unie de Tanzanie et en Serbie, 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, valable par exemple en Hongrie, est l'imposition d'une sanction disciplinaire ou le licenciement¹⁶. La procédure de destitution varie selon les pays.

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

28. 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 et 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 loi¹⁷.

29. 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.

H. Nomination du personnel nécessaire

30. 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.

31. Il n'existe pas de réponse unique quant à la structure que doit revêtir l'autorité de la concurrence. Certaines autorités de la concurrence sont composées de plusieurs organismes administratifs, tandis que d'autres consistent en un organisme administratif unique. De plus, certaines sont chargées de promouvoir la concurrence en même temps que de protéger les consommateurs. En outre, l'efficacité opérationnelle, et les résultats et l'efficacité de l'action menée, sont des aspects dont toute autorité de la concurrence doit absolument tenir compte.

32. L'aspect le plus important cependant est que l'autorité de la concurrence soit indépendante des ministères traditionnels. Même quand son autonomie organique n'est pas pleinement établie, l'autorité peut jouir d'une indépendance fonctionnelle dans le cadre de ses activités d'application de la législation. Concrètement, l'autorité doit être préservée de l'ingérence de l'État par l'indépendance administrative en matière de budget et de personnel.

¹⁶ Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 34/A.

¹⁷ Art. 46 de l'ordonnance n° XVI de 2010.