



**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 d) 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 X révisé*

* Révision du document TD/RBP/CONF.7/L.10.

GE.19-07128 (F) 180619 190619



* 1 9 0 7 1 2 8 *

Merci de recycler



I. Plan du chapitre X de la Loi type sur la concurrence

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

1. Les fonctions et pouvoirs de l'autorité de tutelle pourraient être notamment les suivants :

- a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes ;
- b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable ;
- c) Faire des études, publier des rapports et informer le public ;
- d) Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications ;
- e) Établir des règlements et les promulguer ;
- f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à la modification ou la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la réglementation et de la politique de concurrence ;
- g) Favoriser les échanges de renseignements entre États.

2. Caractère confidentiel :

- a) Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes ;
- b) Protéger l'anonymat de ceux qui communiquent des renseignements aux administrations de la concurrence pour qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économique ;
- c) Protéger le caractère confidentiel des délibérations du gouvernement au sujet de questions à l'étude ou dont l'examen n'est pas encore achevé.

II. Commentaires du chapitre X et formules différentes relevées dans des législations existantes

A. Introduction

1. La plupart des législations sur la concurrence renferment une liste des fonctions exercées par l'autorité de la concurrence et des pouvoirs qu'elle détient pour accomplir sa tâche et qui constituent le cadre général de ses opérations. Le chapitre X de la Loi type sur la concurrence comporte une liste indicative des fonctions de cette autorité. Il est important de noter que toutes ces fonctions ont un rapport avec les activités que l'autorité de la concurrence ou l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence pourrait être amenée à réaliser, ainsi qu'avec les moyens généralement disponibles à cette fin. Il est nécessaire que ces fonctions reposent sur des principes garantissant une procédure régulière, l'équité, la non-discrimination, la responsabilité et la transparence.

a) *Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes*

2. L'autorité peut agir de sa propre initiative ou donner suite à certaines indications de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, résultant, par exemple, d'une plainte formulée par un individu ou une entreprise. À son paragraphe E.6, l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence précise que les États devraient instituer des procédures, ou améliorer celles qui existent déjà, aux fins d'obtenir des entreprises les renseignements nécessaires au contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives.

3. L'autorité devrait aussi être habilitée à enjoindre aux personnes ou aux entreprises de communiquer des renseignements et des documents ainsi qu'à demander et recevoir des témoignages.

4. Au cas où les renseignements ne seraient pas présentés, il pourrait être envisagé de solliciter un mandat de perquisition ou une décision judiciaire pour exiger la production de ces renseignements et/ou permettre l'accès aux locaux où ils sont censés se trouver. Dans de nombreux pays, dont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Fédération de Russie, la Hongrie, l'Italie, le Mexique¹, la Norvège, le Pakistan et le Pérou, ainsi que dans l'Union européenne, l'autorité de tutelle a le pouvoir d'enjoindre aux entreprises de donner des renseignements et d'autoriser un membre de son personnel à pénétrer dans des locaux de façon inopinée pour rechercher les renseignements pertinents (perquisition surprise).

5. Toutefois, l'accès aux locaux peut être soumis à certaines conditions. En Allemagne, en Argentine ou en Autriche, par exemple, il faut une décision judiciaire pour pénétrer au domicile d'un particulier. En Turquie, lorsqu'une inspection sur place destinée à obtenir des renseignements, documents, registres ou autres matériels est entravée ou susceptible d'être entravée, un magistrat de la juridiction pénale peut ordonner cette procédure. En Pologne, dans les affaires revêtant la plus grande urgence, où il existe des soupçons justifiés d'infraction grave à la loi sur la concurrence, en particulier si tout retard risque de permettre la destruction de preuves, il est possible d'obtenir un mandat de perquisition du Tribunal de la concurrence et de la protection du consommateur à n'importe quel moment de la procédure. Le Bureau polonais de la concurrence et de la protection du consommateur peut procéder à des perquisitions de locaux, d'appartements, de véhicules de transport, etc., à la demande de la Commission de l'Union européenne lorsque des personnes sont réticentes à fournir à celle-ci des documents, des renseignements ou tout autre élément de preuve dans le cadre d'une enquête ouverte en application des règlements communautaires ; des représentants de la Commission peuvent aussi participer à une inspection lorsque le Bureau inspecte une entreprise à la demande de la Commission.

6. De nombreuses juridictions imposent des sanctions en cas de non-respect délibéré des ordonnances d'enquête de l'autorité, y compris, dans certains cas, des amendes et des peines d'emprisonnement. En ce qui concerne la collecte des éléments de preuve, il ressort des meilleures pratiques dans ce domaine de l'application de la législation sur la concurrence qu'il est préférable de porter à la connaissance du défendeur autant de faits que possible afin de lui permettre de se défendre valablement. Un dialogue suivi entre l'autorité de la concurrence et le défendeur concernant les allégations et les éléments de preuve qui les étayent permettrait de s'assurer que sont communiqués au défendeur non seulement les éléments de preuve à charge et à décharge sur lesquels repose l'argumentation de l'autorité de la concurrence, mais aussi un exposé des faits de la cause ainsi que l'analyse économique et juridique qui sous-tend la théorie de l'infraction².

¹ À l'issue d'une réforme juridique menée en 2011, la nouvelle loi fédérale sur la concurrence (2014) a doté l'Autorité mexicaine de la concurrence de pouvoirs de perquisitions supplémentaires. Voir Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Investigative power in practice: Contribution from Mexico (COFECE)*, session IV (DAF/COMP/GF/WD(2018)28), 28 novembre 2018, disponible à l'adresse : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)28/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)28/en/pdf).

² Chambre de commerce internationale, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Procedures*, document n° 225-666, 8 mars 2010.

7. Le tableau ci-après présente des exemples de méthodes d'enquête.

Tableau 1

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Méthodes d'enquête

<i>Pays</i>	<i>Pouvoirs de l'organe de tutelle</i>	<i>Sanctions en cas de non-respect</i>
Chine	<p>Selon l'article 39 de la loi antimonopole, l'autorité antimonopole est habilitée à :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Pénétrer dans les locaux des entreprises visées par une enquête ou dans tout autre endroit qu'elle estime pertinent ; b) Demander aux entreprises visées de communiquer des renseignements pertinents ; c) Examiner et copier les documents pertinents des entreprises visées, etc. ; d) Saisir et conserver les éléments de preuve pertinents ; e) Enquêter sur les comptes bancaires des entreprises visées. 	<p>Selon l'article 52 de la loi antimonopole, une amende peut être infligée en cas de non-communication des renseignements requis, de communication de faux renseignements, de destruction ou de retrait d'éléments de preuve et de toute autre forme d'action visant à entraver une enquête.</p>
Union européenne	<p>La Commission est habilitée à :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Exiger la communication de renseignements ; b) Pénétrer dans des locaux pour les inspecter ; c) Examiner des documents et des relevés, et en faire des copies ; d) Apposer des scellés sur des locaux ou des dossiers pour une durée déterminée ; e) Exiger des explications d'une personne concernant certains faits ou documents. 	<p>Le non-respect des dispositions entraîne des amendes pouvant atteindre 1 % du chiffre d'affaires total réalisé l'année ayant précédé l'infraction.</p>
Nouvelle-Zélande	<p>La Commission peut exiger la présentation de documents (sous réserve du secret professionnel) et la communication par écrit de renseignements ; elle peut également obliger des personnes à comparaître devant elle pour témoigner et présenter des documents.</p> <p>La Commission peut en outre obtenir (auprès d'un tribunal) et exécuter un mandat de perquisition.</p>	<p>Le non-respect des pouvoirs d'enquête de la Commission constitue une infraction punissable d'une amende.</p>
Turquie	<p>Le Conseil de la concurrence peut exiger les renseignements qu'il estime nécessaires de la part d'institutions et d'organisations publiques, d'entreprises et d'associations professionnelles. Les représentants de ces organismes sont tenus de communiquer les renseignements requis dans le délai fixé par le Conseil.</p>	<p>La non-communication des renseignements requis et la communication de faux renseignements peuvent entraîner une amende forfaitaire.</p>

<i>Pays</i>	<i>Pouvoirs de l'organe de tutelle</i>	<i>Sanctions en cas de non-respect</i>
	<p>Selon l'article 15 de la loi sur la protection de la concurrence, le Conseil de la concurrence est habilité à procéder à des enquêtes inopinées sur place. Une autorisation judiciaire est requise uniquement si l'entreprise visée par l'enquête refuse d'autoriser une perquisition.</p>	<p>Le fait d'entraver une enquête sur place peut entraîner une amende forfaitaire pour chaque jour d'infraction.</p>
États-Unis	<p>L'autorité peut exiger qu'une personne :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Fournisse des documents, des renseignements ou tout autre élément d'information ; b) Se soumette à un interrogatoire ; c) Fasse verbalement une déclaration sous la foi du serment. <p>Généralement, ces mesures sont mises à exécution par une demande d'enquête au civil ou une injonction de produire. Le Département de la justice est également habilité à mener une enquête judiciaire en exerçant sa compétence en la matière.</p>	<p>La non-observation d'une demande d'enquête au civil constitue une infraction pénale punissable d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement.</p>

B. Programmes de clémence

8. Au cours des dix dernières années, de nombreuses autorités de la concurrence ont adopté ce qu'il est convenu d'appeler des programmes de clémence³ afin de faciliter les enquêtes menées pour déceler la forme la plus grave de pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire les ententes injustifiables. Un programme de clémence est un système, annoncé publiquement, permettant d'accorder une exonération partielle ou totale des sanctions autrement applicables à toute partie à une entente qui dénoncerait son appartenance à une telle entente à une autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence⁴. Ces programmes se sont révélés très utiles pour déceler l'existence d'ententes. Les régimes de la concurrence qui sont en création peuvent utilement envisager la mise en place d'un tel programme qui permet de limiter l'ampleur des ressources humaines et financières nécessaires pour assurer l'application du droit de la concurrence.

9. En général, un régime de clémence comporte les éléments essentiels suivants : a) une définition claire des avantages du régime ; b) l'indication claire du fait que les employés du demandeur sont à l'abri de poursuites pénales ; c) la nature et la portée des informations que doit fournir le demandeur pour bénéficier du régime de clémence ; d) des procédures transparentes et prévisibles ; e) le cas échéant, la démonstration manifeste que d'autres entreprises ont jugé le programme de clémence offert par l'autorité de la concurrence prévisible et avantageux.

10. Dans le cadre d'un programme de clémence, le membre de l'entente doit se dénoncer lui-même et satisfaire à certaines exigences. En règle générale, il doit reconnaître les faits pertinents constitutifs d'une infraction, mettre fin aux activités exercées dans le cadre de l'entente, et coopérer pleinement en fournissant des éléments de preuve solides qui

³ Pour des renseignements spécifiques sur les programmes de clémence en vigueur dans les pays en développement, voir TD/RBP/CONF.7/4.

⁴ Réseau international de la concurrence, 2014, *Drafting and Implementing an Effective Leniency Program*, chap. 2 du *Anti-Cartel Enforcement Manual*, disponible à l'adresse : www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/ (consulté le 22 avril 2019).

contribuent aux poursuites contre les autres parties à l'entente. Pour sa part, l'autorité de chargée de faire appliquer le droit de la concurrence s'engage à appliquer de manière transparente et crédible un système de sanctions prévisible conçu pour inciter les membres d'une entente à demander à bénéficier de mesures de clémence.

11. Actuellement, une soixantaine de juridictions disposent d'un programme de clémence⁵. Toutefois, la plupart des pays à revenu intermédiaire ou faible en sont dépourvus, à l'exception de l'Afrique du Sud, du Brésil, du Chili, de la Fédération de Russie et du Mexique. Les programmes de ces pays sont similaires et appliqués parallèlement à ceux des États-Unis et de l'Union européenne – les juridictions qui reçoivent probablement le plus grand nombre de demandes de clémence.

12. Des études comparatives menées récemment par le secrétariat de la CNUCED ont permis de déterminer les critères auxquels un programme de clémence doit obéir pour être efficace :

a) La répression des ententes est suffisamment active pour convaincre les parties concernées qu'elles risquent fort d'être démasquées et punies si elles ne demandent pas à bénéficier d'une mesure de clémence ;

b) Les sanctions imposées aux parties à l'entente qui ne demandent pas à bénéficier d'une mesure de clémence sont lourdes et prévisibles jusqu'à un certain point. La sanction infligée à la partie qui, la première, demande à bénéficier d'une mesure de clémence est beaucoup moins sévère que celle qui sera infligée aux parties suivantes ;

c) Le programme de clémence est suffisamment transparent et prévisible pour que les parties susceptibles de demander à en bénéficier puissent prévoir le traitement qui leur sera réservé ;

d) Pour attirer les parties à des ententes internationales, le programme de clémence protège suffisamment les renseignements fournis pour que les parties qui demandent à en bénéficier ne soient pas plus exposés à des poursuites à l'étranger que ceux qui ne le font pas ;

e) Enfin, durant les enquêtes, les principes et les règles d'une procédure régulière qui, dans de nombreux pays, est garantie par la constitution, doivent être dûment respectés, y compris, s'il y a lieu, les règles régissant le secret professionnel.

b) *Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable*

13. À l'issue des enquêtes et des investigations, l'autorité de tutelle serait appelée à prendre certaines décisions, par exemple engager des poursuites ou demander la cessation de certaines pratiques, refuser ou octroyer une autorisation concernant des questions notifiées, ou encore à imposer des sanctions. Dans les affaires de concurrence, les mesures correctives peuvent inclure le prononcé par un tribunal d'une injonction de faire ou de ne pas faire, ou l'imposition de sanctions pécuniaires. L'éventail des mesures correctives prévues dans le régime de la concurrence devrait ménager à l'autorité de la concurrence la flexibilité dont elle a besoin pour faire face à la diversité des circonstances qui surviennent dans les affaires de concurrence.

14. Les pouvoirs décisionnels de l'autorité dépendront de sa structure et de ses liens avec le gouvernement et les tribunaux (voir le chapitre IX) et, plus précisément, du point de savoir si elle dispose d'un pouvoir décisionnel en première instance (comme dans l'Union européenne) ou si elle doit agir par l'intermédiaire des tribunaux (comme aux États-Unis).

c) *Faire des études, publier des rapports et informer le public*

15. L'autorité pourrait réaliser elle-même des études avec le concours d'experts ou commander des études à l'extérieur. Au Brésil, par exemple, la loi prévoit que le Bureau du droit économique du Ministère de la justice réalise des études et des travaux de recherche

⁵ OCDE, Défis et coordination des programmes de clémence (DAF/COMP/WP3(2018)1), 5 juin 2018, disponible à l'adresse : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/fr/pdf).

en vue d'améliorer les politiques antitrust. Dans certaines législations, il est demandé expressément aux autorités de réaliser certaines études précises. Il existe diverses raisons de réaliser des études. L'autorité peut, par exemple, décider de commander une étude sur les sujets suivants :

a) Sur un secteur, ou sur un marché de biens et services, afin de déterminer s'il existe des obstacles structurels à la concurrence sur ce marché ;

b) Sur une pratique commerciale ou une activité économique particulière (par exemple la vente groupée de produits ou de services) afin de déterminer les conséquences économiques de cette pratique ou activité et ses effets sur la concurrence ;

c) Sur un aspect de la législation relative à la concurrence, afin d'évaluer si la loi atteint les objectifs stratégiques déclarés.

16. Dans les régimes plus récents comme celui de la Communauté des Caraïbes (CARICOM), dont le droit de la concurrence prévoit que les États membres « adopteront les mesures législatives nécessaires pour assurer la cohérence et le respect des règles de la concurrence »⁶, et dans les cas où il est prévu que l'organe communautaire « élaborera et établira des politiques et des règles communautaires appropriées en matière de concurrence ..., y compris des règles spéciales applicables à des secteurs particuliers »⁷, des études juridiques et économiques seront entreprises afin d'évaluer l'ampleur de la réforme qu'un État membre devra engager pour se mettre en conformité avec les dispositions du droit communautaire de la concurrence et formuler des priorités en matière d'application de la législation qui soient en phase avec les objectifs de fond du traité et avec les buts de la Communauté.

17. Enfin, la sensibilisation du public et des milieux d'affaires aux incidences du droit de la concurrence et aux limites des comportements légitimes (promotion de la concurrence) est une fonction importante de l'autorité de tutelle, en particulier dans les pays qui viennent d'adopter une telle législation. À cette fin, les autorités de nombreux pays publient des rapports annuels ainsi que des avis publics, des brochures et des documents d'information.

d) *Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications*

18. Dans la plupart des pays qui sont pourvus de procédures de notification, la loi prévoit un système d'enregistrement qui doit se caractériser par sa transparence. La Commission européenne publie sur son site Web un aperçu de toutes les concentrations qui lui sont notifiées. Quelques pays tiennent un registre public dans lequel figurent certains, mais non la totalité, des renseignements fournis par notification. L'idée selon laquelle le registre public est utile repose sur la conviction que la publicité peut avoir un effet dissuasif sur les entreprises aux pratiques commerciales restrictives et sur le fait que les personnes victimes de ces pratiques peuvent obtenir des renseignements à leur sujet. Toutefois, les renseignements qui sont notifiés ne peuvent pas tous être consignés dans les registres, attendu notamment que certains porteront sur des « secrets commerciaux », dont la divulgation pourrait nuire aux opérations de l'entreprise intéressée. On ne saurait trop insister sur la nécessité de traiter de façon appropriée les renseignements sensibles relatifs aux opérations commerciales qui sont entre les mains des autorités de la concurrence, car une violation de confidentialité dissuaderait les milieux d'affaires de donner suite rapidement aux demandes raisonnables de renseignements.

19. En cas d'utilisation d'un système de notification ou d'un registre, il importe d'établir si l'autorité de la concurrence doit être habilitée à réexaminer la nécessité du régime, ou bien s'il est préférable de prévoir une « clause d'extinction » limitant l'utilisation du régime de notification au-delà d'un certain délai ou de la survenue d'un événement spécifié.

⁶ Traité révisé de Chaguaramas instituant la Communauté des Caraïbes, y compris le Marché unique de la CARICOM, 2001, art. 170 1) b) i).

⁷ Traité révisé de Chaguaramas, 2001, art. 182.

20. La publication de formules types pour la notification de fusions ou de pratiques commerciales restrictives peut rationaliser le processus décisionnel de l'autorité et garantir que les parties concernées recueillent les renseignements nécessaires à une évaluation de la concurrence avant de communiquer avec ladite autorité.

e) *Établir des règlements et les promulguer*

21. L'autorité de tutelle devrait aussi avoir le pouvoir d'établir des règlements d'application qui l'aident à accomplir sa tâche. En raison de la complexité du processus décisionnel dans certains domaines du droit de la concurrence – par exemple les autorisations concernant les fusions et les pratiques commerciales restrictives –, les autorités promulguent généralement des règlements d'application qui énoncent les procédures à suivre pour notifier les opérations ou les pratiques, recueillir les renseignements, procéder aux évaluations et prendre les décisions.

22. Il est important aussi de publier des instruments d'interprétation, tels des directives, des manuels d'application, des notes pratiques et des brochures, pour expliquer les règlements d'application et présenter clairement les procédures et les critères à utiliser pour évaluer les pratiques anticoncurrentielles alléguées et pour prendre des mesures visant à faire respecter la réglementation. Il importe aussi pour l'autorité de bien préciser les règles à appliquer pour communiquer avec elle durant les enquêtes en indiquant clairement les moyens de dialogue utilisables, par exemple communications écrites officielles, courriels, conférences, réunions préliminaires et auditions. L'autorité de la concurrence devrait également indiquer clairement dans un document rendu public le délai dont dispose le défendeur pour présenter ses observations, en veillant à lui ménager suffisamment de temps pour enquêter sur la portée des allégations, en évitant de fixer des délais irréalistes et en prévoyant aussi un délai suffisant compte tenu de la complexité des circonstances de l'espèce.

23. De nombreuses autorités nationales publient également des rapports ou des directives précisant la façon dont elles font respecter la loi ou dont elles évaluent certains types d'activités économiques au regard du droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence publient par exemple souvent des directives sur l'évaluation des fusions. Ces directives peuvent avoir force exécutoire (si l'autorité concernée dispose de pouvoirs de réglementation) ou bien, simplement, indiquer la façon dont l'autorité interprète ou applique la législation sur la concurrence, sans alors être contraignantes⁸.

24. Si les règles en matière d'évaluation et de communication sont publiées dans un document à grande diffusion, l'autorité de la concurrence et le défendeur seront bien informés de l'affaire durant tout le cours de l'enquête, et les deux parties pourront suivre l'évolution des aspects économiques et juridiques en cause au fur et à mesure de la progression de l'enquête sur les faits. La publication des règles est importante aussi pour promouvoir la bonne gouvernance au sein de l'autorité de la concurrence et pour assurer aux entreprises un certain degré de certitude, minimisant ainsi le risque que des décisions puissent être contestées pour des raisons techniques.

f) *Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à la modification ou la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence*

25. Parce que l'autorité de tutelle est hautement spécialisée et a une expérience unique dans le domaine de la concurrence, un nombre croissant de nouvelles lois ou modifications lui confèrent une responsabilité supplémentaire : celle de donner des avis sur les projets de lois qui peuvent avoir des effets anticoncurrentiels ainsi que d'étudier et de soumettre au gouvernement des propositions judicieuses de modification de la législation relative à la concurrence. C'est le cas, par exemple, en Bulgarie, en ce qui concerne la Commission de

⁸ Voir Journal officiel de l'Union européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03), 2004.

protection de la concurrence⁹, au Portugal, où le Conseil de la concurrence peut formuler des opinions et donner des avis et des conseils sur les questions de concurrence¹⁰, et en Espagne, s'agissant du Tribunal pour la protection de la concurrence¹¹ et du Service de la protection de la concurrence.

g) *Favoriser les échanges de renseignements entre États*

26. L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence fait obligation aux États de mettre en place, aux niveaux régional et sous-régional, des mécanismes appropriés pour favoriser l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives. Il serait souhaitable de donner à l'autorité de tutelle le pouvoir d'encourager ces échanges en lui confiant expressément cette fonction.

27. L'échange de renseignements permet à la fois de mettre en commun les compétences, de favoriser la convergence internationale des normes du droit de la concurrence et de faciliter l'échange d'éléments de preuve. Cette dernière fonction est de plus en plus importante en raison du caractère international de nombreuses ententes. La capacité d'échanger ou de partager des éléments de preuve contribue à l'application effective des mesures de répression contre les ententes.

28. Il ressort des meilleures pratiques dans ce domaine de l'application du droit de la concurrence que la coopération entre les pays tend aujourd'hui à être définie dans le cadre d'accords bilatéraux. Il est donc de plus en plus fréquent de voir que la coopération en matière d'échange d'informations et de documents est inscrite dans les accords commerciaux bilatéraux. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA, 1994)¹² et l'Accord de partenariat économique (APE), conclu entre le Forum des Caraïbes¹³ et l'Union européenne¹⁴, prévoient une coopération dans le domaine du droit de la concurrence dont la portée est suffisamment vaste pour couvrir l'échange d'informations et de documents.

29. L'échange d'informations et les consultations sont également prévus dans les accords bilatéraux conclus entre les États-Unis, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Allemagne, Israël, le Japon, le Mexique et la Commission européenne¹⁵, entre la France et l'Allemagne¹⁶, ainsi que dans un accord multilatéral entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède¹⁷.

⁹ Loi du 15 novembre 1991 relative à l'organisation et aux activités de la Commission de protection de la concurrence, art. 4 3).

¹⁰ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 13 1) b), c) et d).

¹¹ Loi n° 16/1989, du 17 juillet 1989, pour la protection de la concurrence, art. 26. On trouvera un complément d'information sur la question dans : Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992, p. 66.

¹² L'article 1501 2) de l'ALENA se lit comme suit : « Les Parties reconnaissent l'importance de la coopération et de la coordination entre leurs autorités pour l'application plus efficace des lois sur la concurrence dans la zone de libre-échange. Les Parties coopéreront sur la politique d'application des lois sur la concurrence, y compris l'entraide juridique, la notification, la consultation et l'échange d'informations concernant l'application des lois et des politiques en matière de concurrence dans la zone de libre-échange. ».

¹³ Forum des Caraïbes du Groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique.

¹⁴ Voir par exemple l'article 128 de l'APE entre le Forum des Caraïbes et l'UE, qui prévoit un échange d'informations et une coopération entre les parties au traité pour faire appliquer la législation.

¹⁵ Réseau international de la concurrence, *Members*, 2018, disponible à l'adresse : www.internationalcompetitionnetwork.org/members (consulté le 22 avril 2019).

¹⁶ Voir Journée franco-allemande de la concurrence, rencontre organisée tous les deux ans sur des questions de concurrence qui se posent plus particulièrement entre les deux pays, disponible (en allemand) à l'adresse : www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-FranzoesischerWettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag_node.html (consulté le 22 avril 2019). Voir aussi Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, 2016, *Competition Law and Data*, disponible à l'adresse : www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf.

¹⁷ Voir www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf.

30. Chaque fois qu'un accord est conclu, il est important pour les autorités de la concurrence requérante et requise de connaître les dispositions relatives à la confidentialité, au secret professionnel et à l'entrave à l'action de la justice contenues dans le droit interne de l'autre partie. Il est important aussi que les autorités de la concurrence puissent vérifier que les lois du pays requérant respectent les droits de la défense et permettent d'assurer toute la confidentialité généralement garantie dans le système juridique du pays requis.

31. Sur ce dernier point, l'Organisation de coopération et de développement économiques a établi un certain nombre de meilleures pratiques relatives à l'échange officiel d'informations. Lorsque les conditions de l'échange d'informations, volontaire et obligatoire, entre les autorités de la concurrence sont établies dans le cadre d'un accord multilatéral, il découle nécessairement de l'accord que les autorités concernées recensent tous les obstacles – liés à d'autres traités ou à la législation nationale – qui pourraient empêcher la coopération effective prévue dans l'instrument.

32. De nombreux États sont allés jusqu'à incorporer dans leur droit interne les bases de la coopération avec d'autres autorités de la concurrence. Il semble que cette tendance soit en passe de devenir une pratique commune dans le domaine de l'application du droit de la concurrence. Certaines formules retenues dans les législations sur la concurrence sont présentées ci-dessous.

Tableau 2

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Partage d'informations

<i>Pays</i>	<i>Formules</i>
Algérie	La réglementation algérienne établit un cadre de coopération entre le Conseil de la concurrence et les autorités de la concurrence étrangères, en vue d'assurer une mise en œuvre appropriée des lois nationales et étrangères sur la concurrence et d'instaurer une collaboration et un échange d'informations entre les autorités compétentes, sous réserve des règles régissant la souveraineté nationale, l'ordre public et le secret professionnel. Ce cadre est conforme aux dispositions sur la coopération énoncées à l'article 41 et à l'annexe 5 de l'accord d'association conclu avec l'Union européenne ^a .
Australie	<p>En 2007, le Parlement australien a adopté une loi qui permet à la Commission australienne de la concurrence et de la consommation de partager certaines informations obtenues dans le cadre de ses enquêtes avec des administrations publiques étrangères et nationales.</p> <p>Jusqu'alors, la Commission pouvait divulguer uniquement les informations obtenues en vertu de pouvoirs contraignants de collecte d'informations liés à l'exercice de ses propres devoirs et fonctions, ou lorsque la loi le prescrivait.</p> <p>Grâce aux nouvelles dispositions, la Commission peut divulguer ces informations et d'autres renseignements (dénommés « renseignements protégés ») à des organismes, organes et personnes définis dès lors que son Président est convaincu que ces renseignements aideront ceux-ci à exercer leurs pouvoirs et fonctions.</p> <p>Il convient de noter qu'en vertu de l'article 155AAA de la loi de 1974 sur les pratiques commerciales¹⁸, la Commission a le pouvoir de divulguer des renseignements protégés à une administration publique étrangère. Ce pouvoir aidera la Commission à coordonner ses enquêtes avec ses homologues internationaux chargés de l'application du droit de la concurrence.</p>

¹⁸ La loi sur les pratiques commerciales (*Trade Practices Act*, 1974) a été renommée loi sur la concurrence et la consommation (*Competition and Consumer Act*, 2010). Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Pays

Formules

Les renseignements seront réputés « protégés » notamment lorsqu'ils sont :

- a) Donnés à la Commission à titre confidentiel et concernant une question visée par une disposition législative de base ;
- b) Obtenus en vertu de l'article 155 de la loi sur les pratiques commerciales ou en vertu des pouvoirs de perquisition et de saisie conférés à la Commission et concernant une question visée par une disposition législative de base, ou obtenus par la Commission en vertu des différents pouvoirs qui lui sont conférés pour recueillir des informations sur le secteur des télécommunications et le régime d'accès aux télécommunications et concernant une question visée par les parties XIB ou XIC de la loi sur les pratiques commerciales ;
- c) Donnés à la Commission à titre confidentiel par une administration publique étrangère et concernant une question visée par une disposition législative d'un pays étranger (ou partie d'un pays étranger).

Les nouvelles dispositions s'inscrivent dans la démarche énoncée à la section E, paragraphe 7, de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence et sont conformes aux Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses.

L'article 155AAA est compatible avec le point g) du chapitre X de la Loi type et s'en inspire. Qui plus est, cet article est le fondement légal qui autorise la Commission à partager les informations avec ses homologues internationaux lorsque les circonstances le justifient, notamment dans le cadre des accords bilatéraux conclus par l'Australie.

Australie/Canada/ Nouvelle-Zélande	La Commission australienne de la concurrence et de la consommation, le Commissaire du Bureau canadien de la concurrence et la Commission du commerce de la Nouvelle-Zélande partagent des informations et coopèrent pour appliquer le droit de la concurrence en vertu d'un mémorandum d'accord.
Belgique	Selon la législation belge, il est possible de communiquer les documents et informations indispensables aux autorités étrangères compétentes en matière de concurrence, dans le cadre d'accords de réciprocité en matière d'assistance mutuelle relative aux pratiques de concurrence ^b .
Allemagne	L'article 50a de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence autorise l'échange de renseignements confidentiels sous réserve de la protection de la confidentialité de ces renseignements. L'Autorité allemande de la concurrence est habilitée à coopérer avec d'autres autorités de la concurrence, en particulier au sein du Réseau européen de la concurrence, aux fins de l'entraide dans les enquêtes.

^a Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République algérienne démocratique et populaire, d'autre part (22 avril 2002).

^b Loi sur la protection de la concurrence économique, art. 55 b).

III. Confidentialité

A. Introduction

33. Les éléments ci-après de la Loi type sur la concurrence sont examinés dans la présente section :

a) Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes ;

b) Protéger l'anonymat de ceux qui communiquent des renseignements aux autorités de la concurrence pour qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économique ;

c) Protéger le caractère confidentiel des délibérations du gouvernement au sujet de questions à l'étude ou dont l'examen n'est pas encore achevé.

34. Conformément au paragraphe 5 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, les renseignements qui contiennent des secrets commerciaux légitimes devraient être entourés des garanties normalement applicables dans ce domaine, en particulier pour en protéger le caractère confidentiel. Les renseignements confidentiels communiqués à l'autorité de tutelle ou obtenus par elle peuvent également être protégés, en général par la législation nationale relative au caractère confidentiel des secrets commerciaux. Toutefois, dans certains pays, la législation sur la concurrence renferme des dispositions spéciales concernant le caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis pendant une procédure.

35. En ce qui concerne la protection des renseignements confidentiels, les meilleures pratiques pour l'application de la législation sur la concurrence semblent inspirées par la nécessité de préserver les droits fondamentaux des parties à la procédure – qu'elles coopèrent à titre volontaire ou sous la contrainte. Les meilleures pratiques dans ce domaine reposent également sur une autre considération fondamentale : en offrant des garanties et en protégeant les renseignements confidentiels, les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence peuvent pérenniser la coopération et la confiance des acteurs du marché. Ces autorités comptent en effet sur tous les acteurs du marché pour qu'ils leur procurent de précieux renseignements qui les aideront à évaluer les faits auxquels pourrait s'appliquer une norme juridique. Les acteurs du marché – en général les concurrents de l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête – sont bien souvent les principales sources d'information sur la pratique incriminée et sur ses effets sur le marché concerné. Mais les entreprises qui font l'objet d'une enquête sont elles aussi des sources d'information. Ainsi, les éléments de preuve sur lesquels s'appuient les autorités de la concurrence sont généralement tirés de communications internes (courriels, procès-verbaux de réunions, mémorandums, etc.) et de documents commerciaux (contrats de vente de marchandises). Si l'autorité de la concurrence n'assure pas la protection des renseignements communiqués par les acteurs du marché, elle s'expose au risque de ne pas obtenir les renseignements dont elle a besoin pour évaluer objectivement la cause, même si elle recourt aux moyens les plus coercitifs.

36. Il est donc important pour l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence de laisser l'informateur désigner les documents qu'il juge confidentiels et justifier pourquoi ils méritent cette qualification. L'autorité doit bien entendu fournir des directives indiquant les critères à remplir pour que les documents soient traités de manière confidentielle et expliquer quelles méthodes elle utilise pour garantir le respect du caractère confidentiel de tout ou partie d'un document.

37. Il apparaît en général que, dans ce domaine, le souci commun des autorités de la concurrence est de garantir le traitement confidentiel des documents contenant des renseignements sur l'entreprise qui, s'ils étaient divulgués, lui porteraient un préjudice notable sur le plan commercial ou concurrentiel. Les renseignements confidentiels sont généralement protégés car ne sont diffusés publiquement que des versions censurées comme il convient des documents et le personnel de l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence qui est impliqué dans l'enquête s'engage sous serment ou par écrit à

ne pas divulguer de renseignements confidentiels, sauf à des fins légitimement liées à l'enquête.

38. Il est important de noter que les garanties qui visent à assurer la protection des renseignements confidentiels ne devraient pas s'appliquer uniquement aux enquêtes engagées pour des manquements spécifiques à la législation sur la concurrence ; elles devraient s'appliquer aussi aux enquêtes de type sectoriel.

Tableau 3

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Protection des renseignements confidentiels

<i>Pays</i>	<i>Formules</i>
Australie	<p>Lorsqu'il a introduit des sanctions pénales contre les ententes en 2009, le Parlement australien a également apporté quelques modifications à la loi de 1974 sur les pratiques commerciales afin d'assurer une meilleure protection des renseignements fournis à la Commission australienne de la concurrence et de la consommation à ce sujet (« renseignements protégés sur une entente »). Le Parlement reconnaissait ainsi que les lanceurs d'alerte et les informateurs seraient plus disposés à fournir des renseignements à la Commission si ces renseignements étaient mieux protégés.</p> <p>Les renseignements protégés sur une entente désignent les renseignements fournis à la Commission à titre confidentiel, qui concernent une violation, ou une violation potentielle, des dispositions pénales ou civiles interdisant les ententes.</p> <p>Globalement, la Commission n'est pas tenue de divulguer des renseignements protégés sur une entente, mais elle peut le faire après avoir pris en compte certaines considérations d'intérêt public, énoncées ci-après :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Le fait que les renseignements protégés lui aient été donnés à titre confidentiel ; b) Les relations que l'Australie entretient avec d'autres pays ; c) La nécessité d'éviter de nuire aux efforts déployés aux niveaux national et international en ce qui concerne l'application de la loi, les renseignements de nature criminelle et les enquêtes criminelles ; d) Dans le cas des renseignements protégés qui ont été donnés par un informateur : <ul style="list-style-type: none"> i) La protection ou la sécurité de l'informateur ou des personnes qui lui sont associées ; ii) Le risque que la production d'un document contenant des renseignements protégés, ou la divulgation de ces renseignements, puisse décourager des informateurs de donner ultérieurement des renseignements de ce type ; e) Les intérêts de l'administration de la justice.

Toutefois, une cour ou un tribunal peut obliger la Commission à lui divulguer des renseignements protégés sur une entente après avoir pris en compte les considérations d'intérêt public énoncées ci-dessus.

Le régime applicable aux renseignements protégés sur une entente restreint également l'utilisation des renseignements dans le cadre d'une instance secondaire.

Les dispositions relatives aux renseignements protégés sur une entente s'inspirent des dispositions du chapitre X, article II, de la Loi type.

<i>Pays</i>	<i>Formules</i>
Chine	<p>L'article 41 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine dispose que l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence et les membres de son personnel sont tenus de protéger le caractère confidentiel des secrets commerciaux obtenus dans le cadre de l'application de la loi.</p> <p>L'article 38 dispose que les entités ou particuliers peuvent dénoncer tout comportement monopolistique suspect auprès de l'autorité chargée de faire appliquer la loi antimonopole, et que celle-ci doit protéger l'anonymat de son informateur.</p>
Malaisie	<p>L'article 21 de la loi de 2010 sur la concurrence, qui porte sur la protection des renseignements confidentiels^a, se lit comme suit :</p> <p>a) Toute personne qui divulgue ou utilise des renseignements confidentiels sur les activités d'une entreprise particulière ou d'une personne obtenus en vertu d'une disposition de la loi commet une infraction ;</p> <p>b) Aucune disposition du présent paragraphe ne peut être invoquée pour empêcher la divulgation de renseignements lorsque celle-ci :</p> <p>i) Est faite avec le consentement de la personne ayant fourni les renseignements ;</p> <p>ii) Est nécessaire pour permettre à la Commission d'exercer ses fonctions ou pouvoirs ;</p> <p>iii) Est faite de manière raisonnable dans le cadre d'une procédure engagée en vertu de la présente loi, sous réserve que cette divulgation ne contrevienne pas à un ordre donné par la Commission ou la cour d'appel chargée des affaires de concurrence où la procédure a été engagée ;</p> <p>iv) Est faite dans le cadre d'une enquête, d'une violation ou d'une infraction prévue par la présente loi ;</p> <p>v) Est faite avec l'autorisation de la Commission à une autorité de la concurrence d'un autre pays à la suite d'une demande d'aide provenant de l'autorité de la concurrence de ce pays.</p>

^a Aux fins du présent article, l'expression « renseignements confidentiels » s'entend d'informations commerciales ou industrielles qui appartiennent à une personne, ont une valeur économique et se sont généralement pas librement accessibles à d'autres personnes ni connues d'autres personnes.

B. Une approche mesurée pour l'adoption des meilleures pratiques

39. Il se dégage de l'aperçu donné ci-dessus de quelques systèmes d'application de la législation sur la concurrence, un certain nombre de pratiques communes et de pratiques optimales relatives aux techniques d'enquête, à l'échange d'informations et à la protection de la confidentialité pendant les procédures. Par exemple, il ressort de nombreux régimes de concurrence que, pour obtenir des éléments de preuve, les programmes de clémence sont plus efficaces que les méthodes traditionnelles de collecte¹⁹. On constate aussi que bon nombre de régimes intègrent dans la législation sur la concurrence des dispositions qui visent à faciliter l'entraide juridique en matière d'enquête et les interventions en cas d'infraction à la loi sur la concurrence au moyen de procédures simplifiées destinées à accélérer les processus²⁰. Il apparaît aussi que les mesures de contrainte sont une technique d'enquête couramment utilisée par les autorités de la concurrence, qui les emploient

¹⁹ Les programmes de clémence adoptés en Afrique du Sud, au Brésil et au Mexique, par exemple, ont permis une meilleure application de la législation qu'au cours des années avant l'adoption d'un tel programme dans ces pays. Voir TD/RBP/CONF.7/4.

²⁰ CARICOM (Traité révisé et APE).

également à titre de sanction en cas de non-coopération à l'enquête ou de non-application d'une mesure corrective imposée. C'est ainsi que, comme on l'a noté plus haut, plusieurs régimes ont recours aux perquisitions et aux saisies pour recueillir des éléments de preuve et infligent des sanctions pénales ou de fortes amendes en cas de non-coopération à l'enquête.

40. Le recours à des mesures de contrainte dans les enquêtes sur les infractions à la législation sur la concurrence, par exemple, peut être considéré comme une meilleure pratique quand il s'agit de concevoir des systèmes d'application de la législation sur la concurrence. De même, l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence se généralise et peut également être considéré comme une pratique optimale pour faire appliquer la loi²¹. Toutefois, les points ci-après exposent à un risque d'action en justice : l'imposition de sanctions pénales pour non-coopération à l'enquête ou pour infraction à la législation sur la concurrence, l'imposition d'amendes exceptionnellement élevées, la confusion entre le rôle d'enquêteur et de procureur et le rôle décisionnel dévolu à une autorité administrative, et une multitude d'autres fonctions inspirées des meilleures pratiques internationales. La compatibilité des meilleures pratiques avec le droit interne du pays doit donc être vérifiée avant que les pratiques en question puissent être adoptées. Il convient aussi d'appeler l'attention des autorités de la concurrence nouvellement créées sur le fait que les pratiques optimales reflètent des approches communes, mais ne garantissent pas toujours le respect d'une procédure régulière, des principes élémentaires de la justice et des principes constitutionnels propres à chaque pays.

41. L'autorité de la concurrence, qui est définie comme une autorité de tutelle dans de nombreux pays, doit montrer – et c'est parfois difficile – qu'il existe une ligne de démarcation entre la phase de l'instruction et la phase de la prise de décisions. Il est également difficile d'expliquer les sanctions pénales et les fortes amendes quand l'autorité doit chaque année justifier à un ministère l'utilisation de ses ressources et son existence même. Enfin, il est difficile de garantir les droits fondamentaux du défendeur (que ces droits découlent de la jurisprudence, d'une constitution ou d'un traité) quand l'autorité qui est chargée de faire appliquer le droit de la concurrence exerce de multiples tâches de répression.

42. Ainsi, l'attribution de certains pouvoirs et fonctions à l'autorité de la concurrence peut certes être une méthode commune d'application de la législation, mais elle n'est pas nécessairement optimale et ne doit donc pas être considérée comme une meilleure pratique, au sens strict, si elle n'est pas assortie de contre-pouvoirs. Les méthodes suivies à cet égard par la Direction générale de la concurrence de l'Union européenne et par la Federal Trade Commission des États-Unis, par exemple, ne semblent guère applicables dans les régimes de la concurrence nouvellement ou récemment créés, dont le droit et le système juridique sont très différents. Lorsqu'on examine la jurisprudence dans des régimes de la concurrence récents comme celui de la Jamaïque, et même une jurisprudence plus ancienne comme celle de l'Australie, on constate que le fait de s'inspirer d'une pratique commune ou des « meilleures pratiques internationales » pour formuler des règles de procédure, ou même reprendre intégralement une loi existante, ne garantit en rien que les règles formulées ne seront pas contestées devant un tribunal.

43. Un rapide examen des débuts de la jurisprudence en matière de concurrence dans divers pays montre les problèmes qui se posent lorsque des pouvoirs et des fonctions sont attribués à l'autorité de la concurrence sans qu'une attention suffisante ait été prêtée à leur efficacité juridique dans le contexte du pays considéré. L'échange de renseignements, par exemple, est une question d'actualité dans le contexte de l'application de la législation sur la concurrence, et bon nombre de pays l'ont incorporé dans leur législation. Mais l'échange de renseignements soulève un certain nombre de questions importantes. Par exemple, lorsqu'une procédure judiciaire est en cours dans une affaire de concurrence, est-il possible de convaincre l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence d'aider l'autorité de la concurrence d'un autre pays en lui communiquant des documents pour contribuer à une enquête menée en parallèle dans le pays requérant sans qu'elle soit

²¹ Comité de la concurrence de l'OCDE, *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, octobre 2005.

soupçonnée d'atteinte à l'action de la justice ? De même, dans le contexte de régimes régionaux ou communautaires de la concurrence comme ceux de la CARICOM ou de la Communauté de développement de l'Afrique australe, l'autorité de la concurrence d'un État membre pourrait-elle procéder à une enquête parallèle lorsque l'affaire est en cours devant les instances communautaires sans risquer d'être accusée d'atteinte à l'action de la justice ? Une question similaire s'est posée à la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, pendant ses premières années, dans l'affaire *Brambles Holdings Ltd and Another v. Trade Practices Commission*²². L'affaire concernait le droit reconnu à la Commission, par l'article 155 de la loi de 1974 sur les pratiques commerciales, de demander à une personne de présenter des informations et des documents ou de se soumettre à une enquête de la Commission. Celle-ci avait lancé une enquête pour découvrir des renseignements et des documents se rapportant à une procédure en cours qui pouvait conduire à des sanctions et à des décisions judiciaires pour violation alléguée de l'article 45 de la loi précitée. Les procédures au titre de l'article 45 de la loi avaient atteint le stade où la cause était examinée par le tribunal. Celui-ci a établi que l'affaire pour laquelle la Commission cherchait à se procurer des éléments de preuve était actuellement examinée par le tribunal et que, comme il appartenait au tribunal de se prononcer sur les affaires dont il était saisi, l'enquête menée en parallèle par la Commission constituait une atteinte à l'action de la justice car les initiatives prises par celle-ci entravaient la bonne marche de la justice. On peut penser que beaucoup de régimes de la concurrence de création récente qui ont opté pour des accords de coopération dans lesquels l'échange de renseignements est un objectif essentiel risquent de se trouver dans la même situation lorsqu'il s'agira de décider s'il convient ou non de remettre des éléments de preuve à une autre juridiction où une procédure est en cours devant les tribunaux nationaux.

44. La Cour européenne des droits de l'homme a fait observer à maintes reprises que les procédures engagées au titre du droit de la concurrence doivent respecter les prescriptions fondamentales de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²³. En outre, durant les premières années de l'application du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de la concurrence communautaires, la Communauté européenne (CE) a vu ses règles de procédure contestées, et ces actions en contestation se poursuivent. Aujourd'hui, les juristes à travers l'Union européenne continuent de critiquer le caractère multifonctionnel de la Direction générale de la concurrence.

45. Les procédures prévues dans le Règlement n° 1/2003 du Conseil, qui définit aussi les procédures communautaires dans les affaires de concurrence, n'ont pas été modifiées de manière à accorder les garanties procédurales maintes fois réclamées dans la jurisprudence de la Communauté en matière de concurrence²⁴. Or de nombreux régimes de la concurrence nouvellement ou récemment créés s'inspirent des procédures prévues dans le Règlement n° 1/2003 du Conseil comme modèle possible de leurs propres règles de procédure, et bon nombre de règles communautaires sont même présentées comme étant des pratiques optimales pour l'application de la législation sur la concurrence. Le fait de faire sienne une pratique optimale ou d'utiliser comme modèle les règles d'un autre régime, sans prendre de précautions, pourrait se révéler contre-productif pour une autorité de la concurrence qui vient de voir le jour. Ainsi, c'est à cause d'une mauvaise délégation de fonctions que les autorités de la concurrence de la Jamaïque et de la Barbade sont devenues des organismes très affaiblis qui attendent à présent les modifications visant à corriger les défaillances de leur législation. Une décision historique de la Cour d'appel de la Jamaïque²⁵ a mis au jour certains des défauts structurels de la Commission jamaïcaine de la concurrence, parmi lesquels le fait que la loi jamaïcaine sur la concurrence ne reconnaît de compétences qu'aux

²² (1980) 32 Australian Law Report 328.

²³ Voir par exemple l'arrêt du tribunal de première instance dans l'affaire T-276/04, *Compagnie maritime belge c. Commission*, par. 66 ; et l'arrêt de la Cour européenne de justice dans l'affaire C 338/00 P, *Volkswagen c. Commission* [2003] Recueil de jurisprudence I-9189, par. 97.

²⁴ Si le texte du Règlement n° 1/2003 du Conseil reste inchangé, la jurisprudence communautaire assure quelques règles et sauvegardes procédurales respectant les droits de la défense. Bon nombre de ces règles sont reflétées dans le Règlement intérieur de la CE et dans les notifications indiquant comment il est procédé pour enquêter sur les violations des règles de la concurrence.

²⁵ *Jamaica Stock Exchange v. Fair Trading Commission*, Supreme Court Civil Appeal n° 92/97.

commissaires et ne prévoit pas de pouvoirs de délégation qui permettraient à la Commission de déléguer des fonctions d'enquête à ses agents et d'ériger un « mur coupe-feu » en son sein entre les enquêteurs et les décideurs. La Commission de la concurrence de la Barbade fait face au même problème car la législation de ce pays est libellée sur le modèle de celle de la Jamaïque²⁶.

46. En outre, comme le droit et le système juridique de bon nombre de régimes de la concurrence nouveaux ou de création récente s'inspirent de précédents historiques, ils reprennent des doctrines constitutionnelles, telles la doctrine de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire essentiellement une doctrine de *common law* qui consacre l'importance de conférer les pouvoirs de chaque branche de gouvernement à des entités différentes et séparées. Cette doctrine est si bien ancrée dans de nombreux systèmes juridiques qu'elle figure expressément dans certaines constitutions. Le fait de séparer les institutions et d'attribuer à chacune les pouvoirs appropriés est, en matière de pratiques optimales, le meilleur moyen de garantir que les droits fondamentaux des citoyens seront respectés dans le cadre de l'application de la législation sur la concurrence, et que les relations entre les institutions seront réglementées de sorte à éviter que les décisions soient prises de façon arbitraire, discriminatoire, préjudiciable et orientée.

47. Pour définir et attribuer les pouvoirs de l'autorité de la concurrence d'une manière optimale, il ne suffit pas de séparer ces pouvoirs ; il faut aussi tenir compte de points liés au respect des principes élémentaires de la justice. En Australie, par exemple, l'affaire *Daniels Corporation v. Australian Competition and Consumer Commission*²⁷ a soulevé la question de savoir si l'article 155 de la loi australienne sur les pratiques commerciales pouvait contourner le secret professionnel, au point que la reconnaissance du secret professionnel ne compromette pas l'intention à l'origine de l'attribution de pouvoirs d'enquête coercitifs dans ledit article. L'article 155 exige la présentation d'informations/éléments de preuve se rapportant à une affaire pouvant impliquer une violation de la loi. Le secret professionnel est l'une des doctrines sacrées du *common law* (ainsi d'ailleurs que des systèmes de droit codifié et des systèmes juridiques hybrides) et il est étroitement lié au droit d'avoir accès à un conseil qui est un principe élémentaire de la justice et qui, pour beaucoup de juges, est un droit de l'homme fondamental qui doit être garanti dans les procédures judiciaires. Dans l'affaire *Daniels*, la Haute Cour australienne a estimé que les pouvoirs d'enquête dévolus à la Commission dans le cadre de l'article 155 ne remettaient pas en cause le principe du secret professionnel. Les affaires comme celle-ci montrent clairement que les principes élémentaires de la justice et les autres droits de *common law* ne peuvent pas être purement et simplement ignorés ou remis en cause par la structure implicite d'une loi. En outre, quand une loi et/ou un règlement subsidiaire confère un pouvoir ou une fonction à l'autorité de la concurrence, le pouvoir en question, bien qu'il soit conféré de manière expresse, n'est valable et incontestable sur le plan juridique que s'il respecte les principes fondamentaux du système juridique.

48. Les affaires anciennes, comme l'affaire *Jamaica Stock Exchange*, montrent que le fait de ne pas tenir compte des doctrines constitutionnelles et des principes juridiques fondamentaux dans la détermination de la structure de l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence et de l'attribution des pouvoirs au sein de cette structure peut compromettre l'objectif de l'autorité en question, même quand celle-ci a adopté des méthodes d'enquête qui sont conformes aux meilleures pratiques internationales dans son domaine de compétence. L'adoption des meilleures pratiques internationales, qu'il s'agisse des programmes de clémence ou de règlement ou des méthodes d'enquête, ne servira guère à l'autorité de la concurrence si ces meilleures pratiques ne reposent pas sur les règles qui fondent les institutions conçues pour protéger l'état de droit.

49. C'est pourquoi, toutes les institutions publiques – y compris les nouvelles institutions, telles les autorités de la concurrence – doivent continuer de respecter les règles constitutionnelles et les règles régissant le système juridique du pays, qui prévoient les modalités d'établissement des institutions et la manière dont les pouvoirs leur sont

²⁶ Voir *Fair Competition Act of Jamaica*, part II, disponible à l'adresse : <https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Fair%20Competition%20Act.pdf>.

²⁷ [2002] High Court of Australia 49 (7 novembre 2002).

conférés. On aboutirait sinon à un processus de prise de décisions qui violerait les droits fondamentaux garantis par la Constitution, enfreindrait les principes élémentaires de la justice et pourrait conduire à l'adoption de décisions qui constituent un excès de pouvoir. Cela signifie donc que pour être optimale, la structure de l'autorité de la concurrence – de même que la définition des pouvoirs et des fonctions qui lui sont dévolus – suppose de conférer à cette autorité des pouvoirs et des fonctions qui soient, entre autres choses, valables sur le plan constitutionnel et conformes aux principes élémentaires de la justice.

50. Plusieurs régimes de la concurrence doivent envisager de modifier leur législation pour se libérer du qualificatif de « affaibli » qui leur est actuellement attribué. Pour déterminer comment bien répartir les pouvoirs et les fonctions, les autorités pourraient commencer par étudier des modèles de lois sur la concurrence qui appartiennent au même système juridique qu'elles. Par exemple, les États qui ont un système de *common law* peuvent étudier ce que font l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour faire s'assurer que les pouvoirs et les fonctions sont attribués de manière judicieuse à l'autorité de la concurrence.

C. Résumé des meilleures pratiques pour la détermination des fonctions et des pouvoirs de l'autorité de la concurrence

51. Les règles du dialogue avec l'autorité de la concurrence devraient être conçues de manière à ce que les défenseurs puissent suivre l'évolution de la théorie de l'infraction de l'autorité, et devraient éviter les délais irréalistes.

52. La confidentialité devrait être conçue de façon à protéger les droits fondamentaux de l'individu et respecter les principes d'une procédure régulière, les principes élémentaires de la justice et protéger la propriété commerciale.

53. Au moment de l'élaboration des conditions de la coopération pour l'échange de documents et de renseignements, il est important de veiller à ce que les droits de la défense des parties de chaque juridiction fassent autant que possible l'objet d'une reconnaissance mutuelle et qu'ils soient respectés par les parties coopérantes.

54. Les types de pouvoirs et de fonctions conférés à l'autorité de la concurrence devraient être pensés de telle manière qu'ils ne soient pas susceptibles d'action en justice et, à ce titre, ils devraient respecter les principes fondamentaux du système juridique qui régit l'attribution des responsabilités au sein de l'État.
