



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/67
14 mai 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes

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

Neuvième session
Genève, 15-18 juillet 2008
Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**L'INDÉPENDANCE ET LA RESPONSABILITÉ DES AUTORITÉS
CHARGÉES DES QUESTIONS DE CONCURRENCE**

Note du secrétariat de la CNUCED*

Résumé

L'examen des concepts et des pratiques en ce qui concerne l'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence montre que les pays ont réagi aux pressions et ont tiré des leçons des succès d'autres pays pour mettre en place des autorités indépendantes chargées des questions de concurrence, mais que l'application de ces concepts varie d'un pays à l'autre. Dans la mesure où ces différences d'application s'expliquent par des facteurs juridiques, administratifs, politiques et économiques, il peut sembler vain de rechercher une norme unique en matière d'indépendance et de responsabilité. Toutefois, la plupart des pays reconnaissent qu'il est souhaitable d'éviter, en appliquant le droit de la concurrence, de servir les objectifs étroits de groupes d'intérêt, et ils ont mis en place à cet effet divers mécanismes correcteurs. La notion d'indépendance est contrebalancée par le désir de normes plus rigoureuses en matière de responsabilité; et, pour les pays en développement en particulier, la notion de responsabilité est fondamentale pour le développement. Dans ce contexte, le défi pour tous les pays consiste à parvenir au meilleur équilibre entre autonomie et contrôle.

* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de retards survenus dans la procédure.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION.....	3
II. APERÇU	3
III. DÉFINITIONS ET CONCEPTS.....	3
IV. LES PRATIQUES EN MATIÈRE D'INDÉPENDANCE.....	6
V. LES PRATIQUES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ	11
VI. LA SITUATION SPÉCIALE DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT	13
VII. OBSERVATIONS ET QUESTIONS MÉRITANT UN PLUS AMPLE EXAMEN.....	18
Références.....	20

I. INTRODUCTION

1. Le débat sur l'indépendance et la responsabilité est un élément récurrent lors de la mise en place d'une autorité de la concurrence, et tant que celle-ci existe. Il s'engage dès lors qu'une loi sur la concurrence est préparée et que l'autorité chargée d'appliquer et de faire respecter la loi est établie. Par la suite, il intervient périodiquement lorsque l'autorité de la concurrence s'efforce de trouver une place satisfaisante, et de la conserver, aux yeux des pouvoirs publics, de l'opinion publique et de ses pairs. La présente note d'information a pour objet d'aider les États membres à organiser leurs discussions autour de ce thème.

II. APERÇU

2. Le chapitre III fait le point sur les connaissances actuelles sur ce qui constitue une autorité de la concurrence indépendante, et sur les raisons de revendiquer cette indépendance. Les critères en matière de responsabilité sont également passés en revue. Dans les chapitres IV et V, les différents points de repère utilisés pour évaluer l'indépendance et la responsabilité et les principes correspondants sont examinés, en s'inspirant d'exemples provenant de diverses juridictions. Le chapitre VI évoque certaines des tensions soulevées en relation avec les notions d'indépendance et de responsabilité et les problèmes qui peuvent se poser en raison des conditions économiques et budgétaires moins favorables existant dans les pays en développement. Le chapitre VII indique, pour conclure, les questions à examiner plus avant.

III. DÉFINITIONS ET CONCEPTS

3. Il est largement admis que des organismes de réglementation indépendants sont essentiels pour la gouvernance en matière réglementaire dans les pays à économie libéralisée et dans une économie mondiale globalisée. Ainsi, la Loi type de la CNUCED sur la concurrence postule que la formule la plus efficace d'autorité administrative chargée de faire appliquer le droit de la concurrence consisterait probablement en un organisme a) quasi autonome ou indépendant des pouvoirs publics, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes et appliquer des sanctions; b) tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur. D'autres organisations internationales – telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, les banques régionales de développement et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) – préconisent elles aussi des organismes de réglementation indépendants.

4. Il est généralement admis que les décisions des autorités de la concurrence devraient être fondées sur des éléments de preuve objectifs, que ces autorités devraient assurer le respect systématique des principes du marché, et que le processus de prise de décisions devrait être neutre et transparent. On considère en effet que les politiques ne peuvent donner des résultats valables que si les décisions de l'autorité de la concurrence ne sont ni politisées, ni discriminatoires, ni mises en œuvre en fonction des objectifs étroits de groupes d'intérêt. Ce raisonnement implique en général que les autorités chargées des questions de concurrence soient préservées des ingérences politiques abusives, en assurant l'autonomie de l'autorité de la concurrence par rapport aux autorités politiques. Dans la pratique, cela nécessite une séparation entre la définition des politiques et leur mise en œuvre, ainsi qu'une rupture avec la structure traditionnelle des mécanismes gouvernementaux. Ainsi, le gouvernement (représenté par un ministre) doit renoncer au contrôle de la prise de décisions et des fonctions courantes,

au profit de l'autorité. Cela a pour conséquence directe que les groupes d'intérêt privés n'ont plus la possibilité de tenter d'influencer les ministres, ni les moyens d'obtenir un traitement favorable¹. Ainsi, on entend souvent par l'indépendance des autorités de la concurrence leur personnalité juridique distincte et leur cloisonnement structurel par rapport au gouvernement. Les autorités chargées des questions de concurrence sont donc souvent des organismes officiels établis sur décision expresse du pouvoir législatif pour s'acquitter de responsabilités définies.

5. Outre qu'il établit la structure de l'autorité, le texte législatif d'habilitation donne aussi généralement un sens juridique à l'indépendance opérationnelle (dite aussi fonctionnelle) de l'autorité en définissant ses fonctions, ses compétences, les modalités régissant la nomination, le mandat et la destitution des directeurs et du personnel, ainsi que les modalités de financement de l'organisme. Souvent aussi, les relations de l'organisme avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont définies. Ces dispositions sont censées assurer l'autonomie organisationnelle et la relation d'indépendance vis-à-vis des autorités politiques.

6. L'indépendance des autorités de la concurrence bénéficie souvent d'une protection dans la loi et certains transferts et convergences des politiques sont constatés, mais il existe de multiples structures d'organisation selon les pays. Ces divergences laissent penser que l'indépendance est une condition différenciée. Il ressort en réalité de certaines études (Thatcher, 2002; Cukierman, 2005; Banque mondiale, 2000; Wettenhall, 2005; Polidano, 1999; Thatcher et Stone Sweet, 2002) que les traditions politiques, juridiques et administratives des différents pays interviennent de manière importante dans la détermination de la structure et des fonctions des organismes de réglementation indépendants, même si les pays ont tenu compte des pressions externes et tiré des leçons de l'expérience positive d'autres pays pour la mise en place d'autorités indépendantes. L'expérience d'autres organismes de réglementation tels que les banques centrales a souvent montré que, même quand la loi est tout à fait explicite, la pratique peut s'écarter de la lettre de la loi. Des facteurs tels que les traditions administratives ou la personnalité des hauts responsables déterminent souvent le niveau réel d'indépendance, qu'ils contribuent soit à promouvoir soit à amoindrir. On sait aussi que des normes informelles ont permis davantage d'indépendance réelle sans intervention au niveau législatif. Le contexte plus général dans lequel s'inscrivent les autorités de la concurrence en fonction du lieu doit donc être pris en considération, et l'indépendance juridique est simplement un important facteur qui détermine l'indépendance effective de ces autorités.

7. Il est généralement admis que toute évaluation de l'indépendance des autorités chargées des questions de concurrence doit nécessairement prendre en compte l'indépendance de facto (qui existe en réalité) et aussi l'indépendance *de jure* (qui est reflétée dans les statuts) parce que les mesures de l'indépendance varient selon le pays. Thatcher et Stone Sweet (2002) font valoir qu'en termes de sciences politiques, l'indépendance de facto doit être considérée comme un processus dynamique qui se caractérise par des retours d'information entre le pouvoir

¹ Les améliorations de l'efficacité et la nécessité de disposer d'un savoir-faire technique pour assurer les services publics étaient aussi des facteurs de motivation à l'origine de ces réformes. Dans le contexte de la libéralisation, on voyait aussi dans les organismes de réglementation indépendants un moyen d'obliger les gouvernements à respecter leurs engagements de libéralisation. Il était en général plus difficile pour les gouvernements de faire modifier la législation, car partout les parlements se montraient le plus souvent réticents à modifier les lois.

exécutif/législatif et l'institution indépendante. L'indépendance est variable, et il est souvent plus pertinent de parler de degré d'indépendance que d'indépendance absolue. Il est possible d'avoir plus ou moins d'indépendance, tant en termes formels que dans la pratique effective.

Par conséquent, il n'existe pas de critère d'indépendance unique que les pays doivent adopter. En outre, l'indépendance ne signifie pas que les autorités de la concurrence n'ont de comptes à rendre à personne.

8. Ces organismes sont souvent créés par un texte législatif d'habilitation, qui définit dans bien des cas la responsabilité juridique de l'autorité en prescrivant des mécanismes d'établissement de rapports sur les résultats obtenus. Beaucoup de législations sur la concurrence obligent l'autorité chargée des questions de concurrence à présenter un rapport annuel au législatif et à rendre publiques ses décisions motivées. Les lois sur la concurrence sont souvent rédigées de telle sorte qu'elles laissent à l'autorité chargée de l'application une marge de manœuvre considérable. Toutefois, comme l'autorité de la concurrence a l'obligation légale d'exercer correctement ce pouvoir discrétionnaire, le législatif a souvent recours à la voie juridictionnelle pour contrôler les mesures d'application prises par l'autorité. Le texte législatif d'habilitation prescrira souvent le rôle et l'autorité des tribunaux pour l'application de la législation sur la concurrence.

9. Lorsque les autorités de la concurrence sont tenues de rendre directement des comptes au parlement, la question de savoir si un parlement peut exercer un contrôle véritable est posée. Même si le texte législatif d'habilitation est un outil de responsabilisation important pour le parlement, l'application des règles de concurrence est technique et complexe. Bien souvent, il s'est révélé plus facile de renoncer à des mesures administratives de contrôle que de faire appliquer le principe de la responsabilité. Dans beaucoup de pays, on considère que les pouvoirs publics n'ont pas fait suffisamment pour clarifier le rôle et les obligations des responsables des organismes indépendants ou pour mettre en place le mécanisme de responsabilisation. Il est donc considéré que ces organismes ont acquis une indépendance sans en payer le prix en termes de résultats².

10. Il y a par conséquent un arbitrage entre l'indépendance et la responsabilité, une marge de manœuvre plus grande étant contrebalancée par des normes plus strictes en matière de responsabilité. Cet arbitrage est généralement jugé souhaitable parce qu'il assure que l'autorité chargée des questions de concurrence ne s'écarte pas du programme fixé par le législatif. L'indépendance et la responsabilité peuvent aussi être jugées interdépendantes, dans le sens que plus la responsabilité est perçue comme importante, plus la marge de manœuvre et l'indépendance accordées seront grandes. Et à l'inverse, s'il est jugé qu'il y a un défaut de responsabilité, l'exécutif et le législatif feront sans doute l'objet de pressions plus fortes pour qu'un contrôle soit exercé. En Australie, par exemple, l'examen de la gestion des affaires publiques par les organismes officiels (aussi appelé l'«examen Uhrig») – qui a été demandé par le gouvernement de John Howard en 2002 et qui impliquait un examen des relations entre les organismes officiels et le ministre responsable – a été essentiellement perçu comme une initiative visant à renforcer le contrôle des organismes de réglementation indépendants.

² OCDE, 2004.

11. On voit se multiplier les exemples de pays de l'OCDE qui ont délégué d'importantes responsabilités à des organismes autonomes et qui sont confrontés aux défis qu'implique un équilibre optimal entre autonomie et contrôle (OCDE, 2002 et 2004). Certains pays de l'OCDE (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni) ont mis en place à partir de la fin des années 90 une législation-cadre qui définit les options pour différentes structures organisationnelles dans le secteur public et établit des critères pour leur gouvernance. L'objectif est d'atténuer les risques qu'implique la création d'organismes indépendants à la périphérie du service public, à savoir une transparence moindre de l'action des pouvoirs publics pour le citoyen, et une supervision et une responsabilisation plus difficiles pour le gouvernement³.

12. Il est donc clair que, en réalité, l'indépendance n'est jamais absolue. Selon certains, le terme «autonomie» serait plus juste d'ailleurs parce qu'il reflète l'arbitrage à faire entre indépendance et responsabilité. Il est jugé aussi moins ambigu, puisque les autorités de la concurrence sont essentiellement des organismes du secteur public qui assurent un service public, dont le personnel est souvent constitué de fonctionnaires et qui sont totalement tributaires de fonds publics.

IV. LES PRATIQUES EN MATIÈRE D'INDÉPENDANCE

13. Le chapitre précédent portait sur les notions d'indépendance et de responsabilité sous l'angle juridique (formel). Le présent chapitre passera en revue les pratiques dans différentes juridictions pour assurer l'indépendance des autorités de la concurrence et gérer l'arbitrage entre indépendance et responsabilité sur la base des divers éléments qu'impliquent ces notions, tels que définis dans le chapitre précédent.

14. Une autorité de la concurrence dotée d'une indépendance formelle est en général une institution indépendante qui ne fait pas physiquement partie d'un ministère. Dans la plupart des juridictions de pays tant développés qu'en développement, on voit qu'il est mis en place des mécanismes pour l'application du droit de la concurrence comprenant des institutions séparées qui jouissent d'une autonomie administrative substantielle par rapport à des ministères qui sont traditionnellement intégrés de manière verticale. C'est le cas dans la plupart des pays développés, ainsi que dans la majorité des pays en développement et des pays en transition. Il y a, cependant, des différences puisque dans certains pays (Brésil, Burkina Faso, Panama, Tunisie et Viet Nam), l'organe de l'autorité de la concurrence chargé des enquêtes est constitué par un département (ou des départements) intégrés au sein d'un ministère, et l'organe juridictionnel de l'autorité est un organe collégial séparé, sous la forme d'un conseil des commissaires (Brésil) ou d'un conseil (Burkina Faso, Tunisie et Viet Nam).

Il faut tenir compte du fait que les juridictions n'attachent pas toutes la même importance à l'indépendance accordée pour faire appliquer le droit de la concurrence selon les fonctions.

³ Il convient de noter que ces réformes du secteur public n'ont ni préfiguré l'abolition des organismes officiels indépendants, ni forcément remis en cause la nécessité de leur indépendance.

Ainsi, une indépendance formelle pourra être jugée critique pour la fonction de décision surtout, mais moins impérative pour la fonction d'enquête⁴.

15. Il est intéressant de noter que, dans certains cas, l'autorité de la concurrence pouvait être d'abord un département ministériel, puis acquérir davantage d'indépendance par la suite (conseil en Tunisie et agences au Brésil), conformément à un processus dynamique et évolutif. Parfois aussi, l'indépendance de l'autorité de la concurrence n'a pas été consacrée par la loi, par exemple en Uruguay et au Brésil. L'Uruguay a une autorité de création très récente, de sorte qu'il est difficile de se faire une opinion définitive, mais au Brésil le Conseil de défense économique a accumulé plusieurs années d'expérience en matière d'application et il semble que cette autorité ait réussi à préserver son indépendance.

16. Le degré de liberté dont jouit l'autorité de la concurrence dans ses activités courantes pour faire appliquer le droit de la concurrence et rendre des décisions est généralement interprété comme signifiant que l'autorité n'est pas assujettie directement et systématiquement à la surveillance des pouvoirs publics et qu'il lui a été attribué toutes les compétences nécessaires pour s'acquitter de ses tâches. Cette autorité peut ainsi fixer ses propres priorités pour détecter les problèmes de concurrence, enquêter sur les problèmes et traiter les contentieux concernant la concurrence. Elle aurait aussi le droit de refuser d'enquêter sur un cas si elle considère que les motifs du plaignant sont suspects. À cet égard, des départements ministériels auraient des possibilités d'action limitées compte tenu des priorités ministérielles et des influences politiques auxquelles ils sont assujettis.

17. La possibilité de faire appliquer sans entrave le droit de la concurrence est souvent aussi interprétée en fonction de la façon dont les pays choisissent de définir les objectifs de leur législation nationale en matière de concurrence. Les points de vue diffèrent beaucoup en ce qui concerne les objectifs appropriés du droit de la concurrence. Les puristes de la concurrence écartent tous les objectifs autres que l'efficacité, qui selon eux risquent de faire peser sur les décisions de l'autorité de la concurrence des influences indues et d'imposer des arbitrages entre objectifs d'efficacité et objectifs autres que l'efficacité. Les tenants du développement, tout en admettant que les objectifs d'efficacité sont essentiels pour l'application du droit de la concurrence, considèrent que pour surmonter les graves problèmes économiques et sociaux auxquels sont confrontés les pays en développement les gouvernements doivent utiliser tous les outils de politique générale. Selon Lewis (2001), il y aurait essentiellement trois approches possibles face au problème de l'arbitrage entre les enjeux de la concurrence et les enjeux autres que la concurrence (voir l'encadré ci-dessous).

⁴ D'autres raisons peuvent entrer en jeu, comme examiné dans le chapitre VI.

Prendre en compte les critères autres que la concurrence

Pour prendre en compte les critères autres que la concurrence, on peut:

- a) Prétendre qu'il n'y a pas d'arbitrage à faire et prendre en compte les critères autres que la concurrence subrepticement (c'est-à-dire déguiser une politique d'intérêt public en une analyse de la concurrence), mais il n'y a alors ni transparence ni justification appropriée;
- b) Confier la décision finale à un responsable politique, mais un politicien n'est peut-être pas le mieux placé pour prendre de telles décisions et il est exposé aux pressions de groupes d'intérêts divers;
- c) Incorporer des critères relatifs à l'intérêt public dans les statuts et forcer l'autorité de la concurrence à procéder à l'arbitrage, ce qui présente le double avantage d'assurer la transparence et d'obliger l'autorité à soupeser et à expliquer les conséquences de la décision qui est prise.

Source: Whish (2003).

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

19. S'agissant des pays en développement et des petits pays (y compris des pays développés), il est souvent avancé que le jeu des forces du marché ne garantit pas nécessairement des résultats efficaces et positifs pour le bien-être des consommateurs parce que les sources de beaucoup de problèmes de concurrence sur les petits marchés sont structurelles par nature⁵. Cet argument non seulement renforce l'idée qu'il pourrait être ménagé une plus grande place aux dispositions relatives à l'intérêt public dans le droit de la concurrence des pays en développement et des petits pays, mais aussi met en lumière le rôle plus important de la réglementation sectorielle quand de vastes secteurs de l'économie ne sont pas encore ouverts à la concurrence. Il est difficile de trouver un pays qui est totalement exempt de réglementation, et les autorités de la concurrence et les organismes sectoriels de réglementation coexistent dans des conditions diverses. Mais même

⁵ Le Canada, par exemple, dans sa communication dans le cadre des discussions de l'OMC sur un éventuel accord multilatéral sur la concurrence, a déclaré que sa politique en matière de concurrence avait toujours été conçue en fonction des spécificités de ce pays avec sa petite économie ouverte, et que les incidences de tout accord de ce type pour les choix de politique du Canada devraient être soigneusement évaluées.

si les pays abordent la question des secteurs réglementés de manière différente, il se dégage certaines options communes, qui consistent notamment à exclure tout ou partie des secteurs réglementés du champ d'application du droit de la concurrence (Colombie) ou à attribuer une juridiction parallèle à l'autorité de la concurrence et à l'organisme sectoriel de réglementation pour les questions de concurrence dans tout ou partie des secteurs (Afrique du Sud et Royaume-Uni). Ces diverses approches peuvent généralement être regroupées en cinq combinaisons au moins (CNUCED, 2006). Le schéma dominant pour répartir les compétences entre les organismes de réglementation et l'autorité de la concurrence consiste rarement à substituer les autorités chargées de la concurrence aux organismes sectoriels de réglementation. Il est souhaitable que, tout comme les autorités de la concurrence, les organismes sectoriels de réglementation assument des obligations en matière d'indépendance et de responsabilité.

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

21. On estime en général que lorsque les responsables des questions de concurrence sont nommés par un ministre, cela favorise moins l'indépendance que lorsque le processus de nomination prévoit la participation de représentants de plusieurs branches du gouvernement. On peut supposer en outre que les responsables des questions de concurrence dont le mandat n'est pas renouvelable et qui ne peuvent être destitués qu'à l'issue d'une procédure judiciaire chercheront moins à plaire à ceux qui les ont nommés.

22. La pratique effective varie. Dans certaines juridictions, le ministre chargé de la politique de la concurrence nomme le directeur de l'autorité et les membres de la commission (Danemark et Singapour). Dans d'autres, le ministre nomme le conseil des commissaires avec ou sans ratification par une autorité de plus haut niveau, et les commissaires nomment le directeur (Indonésie, Jamaïque et Zimbabwe) et dans d'autres encore, le ministre propose des candidats qui sont nommés par le président, le premier ministre, le conseil des ministres ou le parlement du pays (Burkina Faso, Costa Rica, République tchèque, Slovaquie, Tunisie, Uruguay, Viet Nam et Suisse). Il existe bien d'autres formules. Par exemple, en Australie, où il y a un système fédéral, chaque État nomme un membre de la Commission; il est procédé de même en Bosnie-Herzégovine. En Albanie, le parlement, le conseil des ministres et le président nomment les membres du conseil. En Italie, c'est le parlement qui nomme les membres du conseil des commissaires. Au Panama, la nomination des membres incombe au président et est confirmée par le parlement. Au Japon, l'Empereur entérine la nomination des membres, ou leur destitution, par le parlement. Dans la plupart des cas, même si la faculté de nommer les membres appartient aux ministres, pour équilibrer les pouvoirs les membres et le directeur ne peuvent être destitués que pour un motif prévu par la loi.

23. Les conditions d'emploi des membres et du directeur peuvent relever du règlement de la fonction publique (Danemark, Inde, Jamaïque, Suisse, Tunisie et Zimbabwe) ou de la législation générale du travail. Parfois, les membres ne sont pas autorisés à exercer une autre activité

professionnelle ou commerciale ou à faire partie de la fonction publique (Italie); dans d'autres pays les membres sont nommés à temps partiel et sont autorisés à exercer des activités professionnelles ou commerciales (Indonésie, Jamaïque, Swaziland, Turquie et Zambie), mais dans ce cas ils sont souvent assujettis à certaines règles pour éviter les conflits d'intérêts. Il n'y a pas non plus d'uniformité dans les juridictions en ce qui concerne la durée du mandat des membres et du directeur. Souvent, ce mandat est de durée déterminée (Italie), ou il est renouvelable une seule fois (Slovaquie et Uruguay) ou plusieurs fois mais en stipulant le nombre maximum d'années (Suisse).

24. Beaucoup de législations sur la concurrence stipulent: a) que les membres doivent présenter certaines qualifications (par exemple diplôme de droit, d'économie ou de comptabilité) et remplir d'autres critères, notamment s'agissant de l'âge minimum (Brésil et République bolivarienne du Venezuela); b) que des groupes de défense des consommateurs et des associations professionnelles doivent être représentés au conseil (Danemark, Suisse et Swaziland) ou, au contraire, que les affiliations aux associations de toutes sortes sont interdites (Croatie); c) que les membres doivent se soumettre à des tests psychométriques (Costa Rica et Zimbabwe); et d) que les candidats doivent être des membres de la Cour administrative suprême ou de la Cour de cassation, des professeurs d'université ou des dirigeants d'entreprise de renom et de réputation irréprochable (Italie).

25. Il est jugé important d'éviter de prétexter des restrictions budgétaires pour limiter ou éviter l'application des règles. D'autres sources de financement, par exemple des redevances payées par les utilisateurs ou la création d'un fonds alimenté par un droit d'enregistrement pour les nouvelles sociétés (Turquie), sont possibles aussi dans de nombreuses juridictions, alors qu'elles sont interdites dans d'autres (Jamaïque). Dans certains pays (Australie, Pérou et Zimbabwe), l'autorité de la concurrence est conçue comme une institution polyvalente dotée d'autres compétences réglementaires dont elle peut tirer des recettes, de sorte que la contribution budgétaire des pouvoirs publics est nulle ou ne représente qu'une fraction du budget total. Quant à la pratique de certains pays qui consiste à affecter à l'application du droit de la concurrence une partie des amendes perçues, on considère qu'elle risque d'inciter l'autorité de la concurrence à prendre des initiatives inappropriées afin d'accroître son budget ou d'orienter les priorités de l'autorité de manière peu judicieuse. Cette approche n'est apparemment retenue que par peu de pays.

26. Il importe aussi d'éviter que le financement soit accaparé au profit d'intérêts autres que ceux de l'exécutif et du pouvoir politique. Un financement transparent de l'autorité de la concurrence permet d'éviter la corruption et le détournement de l'application du droit de la concurrence au profit de groupes d'intérêts privés. Si le législatif alloue un budget annuel à l'autorité de la concurrence, en lui laissant le choix de le répartir entre diverses utilisations, il est clair que l'autorité en question dispose d'un degré élevé d'autonomie budgétaire. Bien souvent, les autorités chargées des questions de concurrence relèvent, sur le plan financier et administratif et pour la présentation de rapports, d'un ministère de tutelle, de sorte que le budget demandé par l'autorité est transmis par ce ministère, pour approbation, au Ministère des finances et au parlement (Japon, Lettonie, Panama, République bolivarienne du Venezuela, Turquie, Uruguay, Viet Nam et Zimbabwe). Dans d'autres cas, l'autorité présente sa demande de budget directement au Ministère des finances ou au Trésor public (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Colombie, Fédération de Russie, Pakistan, Singapour et Slovaquie). Parfois (Brésil et

Tunisie), le budget de l'autorité fait partie de l'allocation globale du ministère de tutelle et est débloqué sur décision de celui-ci.

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

V. LES PRATIQUES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ

28. Dans la plupart des juridictions, le législatif choisit d'assurer l'application en recourant à un examen par les tribunaux⁶. Il est largement admis qu'un examen indépendant des décisions prises par les autorités de la concurrence par les tribunaux, qu'il s'agisse des tribunaux ordinaires ou de tribunaux administratifs, est souhaitable pour assurer l'impartialité et l'intégrité du processus de décision. La plupart des juridictions semblent préférer un examen procédural des affaires de concurrence (Réseau international de la concurrence (RIC) 2003) où l'organe d'appel examine simplement la loi, y compris un examen des procédures adoptées par les autorités de la concurrence dans l'exercice de leurs fonctions d'enquête et de décision, plutôt qu'un examen *de novo* des éléments de preuve et des arguments juridiques. L'intention n'est donc pas que les tribunaux fassent prévaloir leur propre appréciation, mais qu'ils vérifient que l'autorité de la concurrence n'a pas outrepassé ses pouvoirs discrétionnaires. Le plus souvent l'examen sera entrepris pour incompetence, vices de procédure et erreurs de droit, motifs fallacieux, erreurs d'appréciation manifestes, et erreurs de fait. Dans ce contexte, l'examen par les tribunaux est généralement considéré comme une étape ultime où sont jugés les résultats ou les actes passés – c'est-à-dire les décisions déjà prises par l'autorité de la concurrence selon que les pouvoirs de décision appartiennent au directeur général, aux commissaires ou à un organe quasi judiciaire distinct sous la forme d'un tribunal spécial de la concurrence (Afrique du Sud, Brésil, Pérou et Royaume-Uni). Selon le RIC (2003), les structures de décision dans lesquelles les processus d'enquête et de décision sont strictement séparés résisteront mieux à un examen par les tribunaux que les systèmes dans lesquels l'exercice de ces fonctions est regroupé. Cette thèse est corroborée par la décision d'inconstitutionnalité pour absence de séparation entre les fonctions

⁶ Pour le corps judiciaire, les attentes sont les mêmes en termes d'indépendance et de responsabilité.

d'enquête et les fonctions de décision rendue dans le cas de la loi jamaïcaine sur la concurrence loyale.

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

30. Comme elles font partie de l'administration publique et qu'elles utilisent des fonds publics, les autorités de la concurrence ont également une responsabilité administrative conformément aux dispositions régissant le secteur public dans le pays. Dans certains cas, il existe des règles spécifiques concernant le personnel. Au Danemark, par exemple, la proportion du budget total qui peut être consacré aux dépenses de personnel est limitée, et en Turquie les engagements de dépenses pour le recrutement de personnel supplémentaire et les voyages à l'étranger doivent être approuvés par le gouvernement.

31. Les autorités de la concurrence doivent aussi se conformer aux usages dans le secteur public du pays en matière d'information financière. Dans ce contexte, le rôle du ministère de tutelle et/ou du Ministère des finances, du Trésor public ou du vérificateur général des comptes et, pour finir, du parlement est particulièrement important s'agissant de la responsabilité des comptes dans le processus budgétaire. Des mécanismes de responsabilisation peuvent être prévus tout au long du processus budgétaire ou à des moments clefs (c'est-à-dire au moment de la présentation de la demande de crédits, à chaque décaissement, ou en fin d'exercice budgétaire, quand un rapport sur les dépenses doit obligatoirement être présenté). Dans certains pays, une stratégie opérationnelle détaillée doit être présentée en même temps que l'allocation budgétaire de l'autorité.

32. Au Royaume-Uni par exemple, l'Office of Fair Trading et d'autres organes indépendants similaires doivent préparer chaque année une déclaration d'intention indiquant les objectifs et les produits attendus pour l'année, à partir desquels leurs résultats seront mesurés.

33. En Lettonie, la stratégie opérationnelle s'étend sur une durée de trois ans. De même, à la suite de l'«examen Uhrig», en Australie l'autorité de la concurrence doit désormais présenter une déclaration d'intention en réponse à la «déclaration d'attente»⁷ annuelle du ministre qui expose les politiques et les priorités gouvernementales pertinentes auxquelles, selon les attentes, l'autorité de la concurrence doit se conformer dans ses activités.

34. Les audits financiers et les rapports annuels sont les principaux instruments en matière de responsabilité. Toutefois, certains pays ont admis qu'il fallait d'autres mécanismes de responsabilisation pour pouvoir évaluer de manière globale l'efficacité et l'impact de

⁷ La «déclaration d'attente» reconnaît l'indépendance de l'organisme officiel.

l'application du droit de la concurrence. Au Royaume-Uni, par exemple, l'Office of Fair Trading est assujéti à des examens quinquennaux qui sont exigés depuis peu pour toutes les entités et tous les organismes publics non ministériels. Il est important que cette nécessité soit reconnue, en particulier pour les pays en développement. En effet, pour ces pays la notion de responsabilité est fondamentale pour le développement. Dans ce contexte, Lewis et autres (2004) font valoir que les autorités chargées de la concurrence doivent démontrer le lien existant entre les objectifs d'efficacité et de protection des consommateurs et la promotion d'objectifs sociaux au sens plus large. La non-prise en compte des valeurs, des objectifs et des préoccupations essentiels de la société peut compromettre tout le projet de législation et de politique de la concurrence. Fox (2007) avance de même que pour les pays en développement, la législation antitrust doit être vue dans un plus large contexte parce que la rhétorique de la libre concurrence et les objectifs de richesse ou de bien-être cumulés sont une perspective qui n'évoque guère de choses pour la grande majorité des pauvres, du fait que les politiques de libre concurrence profitent en général de façon disproportionnée à ceux qui sont déjà favorisés.

35. Dans son activité courante, l'autorité de la concurrence a une responsabilité vis-à-vis de sa clientèle immédiate – le secteur privé, y compris les investisseurs étrangers. Toutefois, comme les décisions des autorités de la concurrence en matière d'application ont des conséquences étendues sur l'économie dans son ensemble, les autorités de la concurrence ont aussi une responsabilité vis-à-vis du grand public, en tant que consommateurs et parties intéressées. En outre, dans la plupart des sociétés, la performance (c'est-à-dire les résultats) des autorités de la concurrence est passée en revue par les médias et par d'autres commentateurs, notamment des universitaires. La transparence est donc un élément clef de la responsabilité. L'accès à l'information représente une dimension critique pour permettre aux différentes parties prenantes de jouer efficacement leur rôle de gouvernance. C'est pourquoi dans l'ensemble des juridictions les autorités de la concurrence mettent généralement leurs décisions finales – y compris les critères normatifs ou les principes qui régissent les fonctions d'enquête et de décision de l'autorité – à la disposition de toutes les parties prenantes, en général par l'intermédiaire de leurs sites Web et de la presse.

36. Dans le cadre des activités de coopération bilatérale pour l'application du droit de la concurrence et du développement de réseaux internationaux de la concurrence, les pairs des autorités de la concurrence constituent de plus en plus un niveau de responsabilité additionnel, même si ce niveau de responsabilité peut être considéré comme peu contraignant. Les enquêtes auprès des parties prenantes et les examens collégiaux sont des exemples de mécanismes de responsabilisation pertinents.

VI. LA SITUATION SPÉCIALE DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

37. Il faut se demander s'il y a dans les pays en développement des circonstances spéciales qui empêchent de mettre en œuvre le concept d'autorités de la concurrence indépendantes. Le concept d'organismes publics indépendants est connu de la plupart des pays en développement, où il a été entrepris de créer de tels organismes à partir de transferts de politiques ou dans le cadre de diverses initiatives de réforme, comme les programmes de privatisation et de réorganisation de l'administration ou du secteur public. Ces initiatives de réforme s'inscrivaient généralement dans des programmes d'ajustement structurel plus vastes. Dans beaucoup de pays en développement, ces réformes se poursuivent depuis des décennies. Parmi les diverses initiatives de réforme, la plus commune dans les régions en développement

a consisté à transformer des départements de l'administration publique en organismes ou entreprises autonomes au sein ou à la périphérie de l'administration, avec un degré d'autonomie plus grand pour les questions financières et les questions de personnel (Polidano, 1999).

38. Malgré l'apparente prévalence des organismes autonomes dans beaucoup de pays en développement, les conditions économiques et budgétaires moins favorables y ont exacerbé les tensions et mis en lumière certaines des difficultés que soulevait la création d'organismes publics indépendants vu les grandes disparités existant entre les besoins et les ressources disponibles. Ces difficultés tiennent essentiellement à la pénurie de personnel qualifié, au faible niveau des salaires dans le secteur public, aux risques de corruption et de captation, aux tensions entre le ministre chargé de la politique de la concurrence et l'autorité de la concurrence, et à une responsabilisation insuffisante.

39. Dans beaucoup de pays en développement, le secteur public souffre généralement de ressources humaines limitées. L'un des principaux défis, à court ou à moyen terme, pour établir des autorités de la concurrence indépendantes dans les pays en développement est d'attirer des personnes dotées des compétences voulues ou susceptibles de les acquérir rapidement. Les contraintes budgétaires et les conflits de priorités en matière de développement signifient souvent que les gouvernements n'ont pas la flexibilité nécessaire pour remédier systématiquement et durablement aux causes sous-jacentes (comme les déficiences du système d'enseignement) de la limitation de leurs ressources humaines. En outre, dans le cadre des programmes d'ajustement structurel, beaucoup de gouvernements étaient préoccupés par la nécessité de rationaliser les dépenses publiques et de réduire le secteur public pour gérer les déficits budgétaires. Dans ces circonstances, la mise en place d'autorités de la concurrence au sein de ministères peut apparaître comme l'option la moins coûteuse, qui permet aux gouvernements de tirer parti des compétences existant déjà dans le secteur public, et dans lesquelles ils ont déjà investi, tout en continuant à contrôler de façon centralisée les recrutements⁸.

40. La pénurie générale de compétences affecte non seulement les autorités de la concurrence, mais aussi la communauté juridique, les entreprises, le corps judiciaire et le pouvoir législatif. Comme l'application du droit de la concurrence ne se fait pas dans l'abstrait, la promotion de la concurrence par les autorités devient un facteur critique pour s'assurer une crédibilité et des soutiens. On considère, par exemple, que l'autorité de la concurrence peut mieux se positionner et exercer une influence optimale sur la politique de la concurrence si elle entretient une relation étroite avec le gouvernement que si elle s'en tient éloignée. Cela laisse penser que deux aspects au moins mériteraient plus ample examen: en matière de promotion il s'agit de trouver un équilibre entre une indépendance totale et un degré moindre d'indépendance, et une indépendance stricte n'est pas forcément la meilleure option pour les pays en transition vers un régime de libre concurrence. À cet égard, une relation moins distanciée par rapport aux divers groupes auxquels s'adresse la promotion, y compris l'administration dans son ensemble, pourrait être plus judicieuse.

⁸ L'un des principaux avantages intangibles dont jouissent les fonctionnaires dans les pays en développement est l'accès à des bourses. En général, une fois formés, les fonctionnaires ont l'obligation de travailler dans l'administration pendant un certain temps, ce qui a permis de freiner quelque peu l'exode du personnel formé et spécialisé vers le secteur privé.

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

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

43. Dans la plupart des pays en développement, les fonctionnaires sont généralement moins bien payés que leurs homologues du secteur privé. Ces dernières années, dans bon nombre de pays en développement le salaire réel des employés du secteur public a diminué. Dans les régions à faible croissance, comme l'Afrique subsaharienne et l'Amérique latine, les salaires réels du secteur public ont considérablement reculé ces dernières années sous l'effet des réformes d'ajustement structurel, et le phénomène de l'érosion et de la compression des salaires a également affecté l'Europe centrale et orientale, les pays de l'ex-Union soviétique et certains pays d'Asie du Sud et du Sud-Est dans les années 80 et 90⁹. Cela a réduit les possibilités de recruter et de retenir dans la fonction publique du personnel hautement qualifié, en particulier dans des domaines spécialisés comme celui de l'application du droit de la concurrence. Les fonctionnaires compétents auront tendance à quitter le secteur public dès lors que leur formation et leurs qualifications peuvent intéresser des employeurs potentiels dans le secteur privé. Pour pallier ces problèmes, il est souvent accordé aux organismes indépendants comme les autorités chargées de la concurrence des exceptions au régime de la fonction publique afin d'offrir un barème des traitements plus élevé et d'autres prestations attrayantes. Mais comme ces privilèges spéciaux sont toujours financés à l'aide des recettes budgétaires, cette stratégie ne pourra pas forcément être poursuivie. Pour la même raison, les compléments d'émoluments financés par des donateurs sont eux aussi problématiques, parce qu'ils peuvent conduire à des conflits permanents (le gouvernement doit apporter des ressources additionnelles ou se préparer à une situation inconcevable, à savoir des menaces de représailles en relation avec des décisions concernant l'application du droit de la concurrence ou l'effondrement du système de défense de la concurrence). Dans le cas particulier où les autorités de la concurrence reçoivent un

⁹ Banque mondiale, 2000.

financement fourni par des donateurs bilatéraux, il convient de se demander si cette assistance ne serait pas éventuellement un subterfuge pour dénaturer l'application du droit de la concurrence afin de servir des intérêts étrangers. Mais jusqu'à maintenant, il n'y a pas de preuve que cela soit le cas.

44. Il est souvent possible pour les autorités de la concurrence indépendantes de compléter leur budget en percevant des redevances en échange de leurs services. Les frais de traitement de dossier et les commissions représentaient plus de 70 % des recettes de la Commission de la concurrence de l'Afrique du Sud – réputée l'une des mieux financées en Afrique – et couvraient plus de 64 % de ses dépenses en 2006/07¹⁰. Ce chiffre impressionnant reflète évidemment le volume et le niveau de l'activité de l'économie sud-africaine et il est probablement impossible à égaler, du moins à court ou à moyen terme, dans d'autres pays où le revenu est inférieur. En comparaison, les frais de traitement de dossier ont représenté en 2007 environ 30 % du budget de la Commission de la concurrence de la Zambie (également l'une des autorités de la concurrence les mieux financées en Afrique). La Commission sud-africaine de la concurrence souffre néanmoins des mêmes contraintes que dans les autres pays en développement. Elle continue à enregistrer un exode de personnel important et elle vient d'achever un examen comparatif des salaires afin de combler l'écart entre le niveau des salaires de la Commission et celui du secteur privé. Il a été mis en place un mécanisme de prêts et de bourses d'études pour encourager le personnel à développer ses compétences, et depuis sa création cet organisme a reçu des fonds de l'Agency for International Development des États-Unis pour la formation du personnel.

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

46. Le risque de corruption et de captation est une difficulté courante dans les pays en développement. Les données empiriques indiquant si le faible niveau des salaires dans le secteur public encourage la corruption sont contradictoires et on ne peut pas prévoir en théorie qu'un

¹⁰ Competition Commission, 2007.

accroissement des salaires réduira toujours la corruption¹¹. L'application du droit de la concurrence, en particulier dans les juridictions où les membres du conseil des commissaires viennent du secteur privé et siègent à temps partiel, soulève des questions délicates concernant l'impartialité et l'indépendance des membres. On se demande en effet si les membres à temps partiel du conseil qui occupent des postes de direction dans des entreprises privées peuvent atteindre et conserver les niveaux d'objectivité désirables entre l'administration et les entreprises privées en question. Le problème se pose aussi pour les pays développés, mais dans les pays plus petits et plus pauvres ces préoccupations revêtent une importance particulière parce qu'il faut choisir parmi un réservoir relativement plus restreint de personnes présentant les hautes qualifications requises. Il est plus probable aussi que le choix se portera sur des personnes travaillant pour de grandes entreprises qui occupent une place prépondérante dans l'économie et qui, à ce titre, risquent davantage de déroger à la législation sur la concurrence. L'omniprésence de grandes sociétés multinationales dans ce groupe complique encore le problème. Et même lorsqu'il n'y a pas d'agissements répréhensibles, en l'absence de mécanismes de contrôle ministériel et responsabilisation efficaces il peut se révéler difficile de gérer ce qui est perçu par l'opinion. Pour des raisons évidentes, la politique de la concurrence dans les pays en développement est parfois une problématique émotionnelle, qui soulève souvent des questions de «justice»; l'opinion peut considérer que certaines choses sont «injustes» quand bien même elles sont économiquement efficaces.

47. Les ressources financières considérables dont disposent les entreprises du secteur privé occupant parfois une place prépondérante dans l'économie, combinées au problème général des faibles rémunérations dans le secteur public, peuvent théoriquement créer des conditions propices à la corruption. Dans ce contexte, le risque est particulièrement élevé dans le cas du personnel de l'autorité de la concurrence (à la différence du directeur général et des membres). Toutefois, les recherches entreprises pour établir la présente note n'ont pas mis au jour d'exemples concrets dans ce sens.

48. Des tensions peuvent naître occasionnellement entre le ministre responsable de la politique de la concurrence et l'autorité de la concurrence si les fonctions et les responsabilités respectives du ministre et des responsables de l'autorité de la concurrence, la façon dont celle-ci doit se conformer aux orientations de politique données et les questions relatives à la rationalisation des dépenses publiques qui relèvent de la responsabilité du ministre ou d'une autre entité gouvernementale ne sont pas clairement définies. En outre, les exceptions au barème des traitements de la fonction publique accordées aux organismes publics indépendants peuvent créer des disparités flagrantes entre des fonctionnaires ayant des tâches similaires. Ces disparités peuvent alimenter le mécontentement et dégrader les relations entre les responsables de l'autorité de la concurrence et les hauts fonctionnaires des ministères. Par exemple, le directeur général de l'autorité de la concurrence en Zambie a le rang de secrétaire principal, mais son salaire et les divers avantages liés à son poste dépassent de loin ceux des secrétaires principaux de l'administration. En fait, la rémunération totale perçue par ce directeur général est probablement supérieure à celle du ministre responsable de la politique de la concurrence.

¹¹ Selon Polidano (1999:23), au Royaume-Uni on a constaté qu'il y avait eu un affaiblissement des normes éthiques après la création d'organismes publics indépendants.

49. Dans tous les pays, les questions de défense de la concurrence mobilisent beaucoup l'attention des médias et confèrent par conséquent une grande visibilité au directeur de l'autorité. Stewart et autres (2007) expliquent que par exemple George Lipimile en Zambie, David Lewis en Afrique du Sud et Allan Fels en Australie ont contribué à faire largement connaître les travaux de leurs régimes respectifs de défense de la concurrence et à les faire respecter et craindre par les entreprises, tout en assurant à l'autorité en question un profil très visible. Il est clair que beaucoup dépend de la personnalité des intéressés et qu'il est nécessaire de prendre en compte cette dimension. L'indépendance des autorités de la concurrence est forcément contestée périodiquement, et la personnalité des acteurs de l'une et l'autre partie sera importante pour savoir s'il y aura des contestations et si celles-ci aboutiront.

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

VII. OBSERVATIONS ET QUESTIONS MÉRITANT UN PLUS AMPLE EXAMEN

51. Aucune autorité de la concurrence ne peut être complètement indépendante de la structure administrative dont elle fait partie, et il est impossible de trouver une autorité de la concurrence qui agit dans un isolement total. Bien que les organismes de défense de la concurrence qui font partie des ministères puissent jouir d'une indépendance opérationnelle importante, l'indépendance prévue dans la loi ne garantit pas que la lettre de la loi sera respectée. En réalité, on peut considérer que les autorités de la concurrence se situent quelque part dans la continuité entre un isolement total et la subsidiarité totale des objectifs d'efficience par rapport aux objectifs autres que l'efficience. Tous les pays semblent admettre qu'il est souhaitable d'éviter que les objectifs étroits de groupes d'intérêts soient favorisés dans le cadre de l'application du droit de la concurrence, et ils mettent en place à cet effet divers mécanismes compensateurs, même s'il existe nécessairement des nuances et des différences d'une juridiction à l'autre.

52. Il est clair aussi que l'application du droit de la concurrence ne peut pas être dissociée du contexte général dans lequel elle s'inscrit, et que l'un des éléments de l'indépendance opérationnelle est un processus transparent dans lequel des considérations autres que celles touchant à l'efficience (intérêt public) sont prises en compte dans les décisions sur l'application de la législation sur la concurrence. Pour les pays en développement, cela peut constituer un mécanisme de responsabilisation fondamental. Mais il est compliqué d'arriver à un consensus sur la définition de l'ingérence politique abusive et sur les critères qualitatifs qui permettent de l'évaluer, car cela implique des jugements plus ou moins subjectifs.

53. Les éléments examinés dans la présente note soulèvent une série de questions et de points intéressants qui méritent tous d'être examinés en tenant compte de la situation particulière des pays en développement. Devant la difficulté d'arriver à un consensus, il convient de se demander si ce consensus est souhaitable ou nécessaire. Dans la mesure où l'indépendance est considérée comme une variable, il pourrait être pertinent d'établir si l'indépendance peut être quantifiée de sorte qu'il devienne possible d'apprécier le degré d'indépendance suffisant. Autre point connexe intéressant à examiner: quelle importance faut-il attacher au respect qui est généralement exprimé en faveur de l'indépendance de l'autorité de la concurrence depuis qu'on a un certain recul en matière d'application du droit de la concurrence? Une autre question encore consisterait à savoir si l'indépendance opérationnelle pourrait être plus ou moins importante que l'indépendance juridique aux fins de l'application de la législation sur la concurrence. En ce qui concerne la responsabilité, l'absence de séparation entre les fonctions de décision et les fonctions d'enquête peut avoir des conséquences dans certaines juridictions qui ont opté pour le système juridictionnel d'un conseil des commissaires. Il faudrait examiner les aspects spécifiques du cas de la Jamaïque et déterminer si, et quand, les structures de décision dans lesquelles il n'y a pas de séparation stricte entre processus d'enquête et processus de décision peuvent résister ou non à un examen judiciaire. Il faudrait aussi prêter attention à la nécessité de développer et de renforcer les mécanismes de responsabilisation.

Références

- Banque mondiale (2000). Site Web de la Banque mondiale sur la réforme de l'administration et du service civil: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/ECAEXT/EXTECAREGTOPADMCIIVSER/O,,menuPK:677803~pagePK/34004175~~piPK:34004435~theSitePK:677795,00.html>.
- CNUCED (2006). Les pratiques optimales pour définir les compétences requises des autorités chargées de la concurrence et des organismes de réglementation et régler les affaires faisant l'objet d'une action conjointe. TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.2.
- Competition Commission (2007). Annual Report 2006/07. Commission de la concurrence de l'Afrique du Sud.
- Cukierman A. (2005). Legal, actual and desirable independence: a case study of the bank of Israel. CEPR Discussion Paper Series. N° 4906. Février.
- Fox E. M. (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 57.
- Lewis D. (2001). The political economy of antitrust. Paper delivered at the 28th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Fordham Corporate Law Institute. New York, 25 et 26 octobre.
- Lewis D., Reed K. et Teljeur E. (2004). South Africa: economic policy-making and implementation in Africa: a study of strategic trade and selective industrial policy. Dans Soludo C., Ogbu O. et Ha-Joon C. (eds). *The Politics of Trade and Industrial Policy in Africa: Forced Consensus?* Africa World Press/IDRC.
- OCDE (2002). Les autres visages de la gouvernance publique: agences, autorités administratives et établissements publics. OCDE, Paris.
- OCDE (2004). La modernisation du secteur public: la modification des structures organisationnelles. *OECD Observer*. Synthèse.
- Polidano C. (1999). The new public management in developing countries. IDPM Public Policy and Management Working Paper N° 13. Novembre.
- RIC (2003). Building credible competition authorities in developing countries and transition economies. Report prepared by ICN Working Group on Capacity-Building and Competition Policy Implementation. Deuxième Conférence annuelle du RIC, Mérida (Mexique), 23-25 juin.
- Stewart T., Clarke J. et Joekes S. (2007). Competition law in action; experiences from developing countries. IDRC/CRDI.
- Thatcher M. et Stone Sweet A. (2002). Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*. Vol. 25, N° 1, p. 1 à 22.

Thatcher M. (2002). *Delegation to independent regulatory agencies. West European Politics*. Vol. 25, N° 1, p. 25 à 145.

Wettenhall R. (2005). Autonomy issues in Australian non-departmental public bodies. Paper for Ninth International Research Seminar on Public Management, Milan, 6-8 avril.

Whish R. (2003). Overview of issues concerning multiple criteria in competition law. Paper presented at UNCTAD Judicial Training Seminar, Livingstone (Zambie), 30 et 31 mai 2003.
