



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

Distr. limitée
9 mai 2011
Français
Original: anglais

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

Onzième session

Genève, 19-21 juillet 2011

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux du droit
et de la politique de la concurrence; examen de la Loi type; et études
relatives aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

**Loi type sur la concurrence (2010) –
Chapitre X révisé¹**

¹ Version révisée du document TD/RBP/CONF.7/L.10.

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre X révisé

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

I. Les fonctions et pouvoirs de l'autorité de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre indicatif)

- 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 l'amendement 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;*
- g) *Favoriser les échanges de renseignements entre États.*

II. Caractère confidentiel

1. *Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes.*

2. *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.*

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

Chapitre X – Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes

Introduction

1. La plupart des législations sur la concurrence renferment une liste des fonctions et pouvoirs que l'organe de tutelle possède 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 l'organe. Il est important de mentionner que toutes ces fonctions ont un rapport avec les activités que l'autorité chargée des questions de concurrence pourrait être amenée à réaliser, ainsi qu'avec les moyens généralement disponibles à cette fin. Il est nécessaire notamment que les fonctions de l'autorité 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'organe de tutelle peut agir de sa propre initiative ou s'il recueille certaines indications de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, à la suite, par exemple, d'une plainte formulée par un individu ou une entreprise. 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 restrictives².

3. L'organe de tutelle devrait aussi être habilité 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 ces renseignements ne seraient pas présentés, il pourrait être envisagé de solliciter un mandat de perquisition ou une décision judiciaire pour exiger la production des renseignements et/ou permettre l'accès aux locaux où les renseignements sont censés se trouver. Dans de nombreux pays, dont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Fédération de Russie, la Hongrie, l'Italie, la Norvège, le Pakistan et le Pérou, ainsi que dans l'Union européenne, l'organe 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 (les perquisitions surprise). 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

² Voir le point E.6 de l'Ensemble.

demande de la Commission de l'UE 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 enquête sur une entreprise à la demande de la Commission.

5. De nombreuses juridictions imposent des sanctions, y compris, dans certains cas, des amendes et des peines d'emprisonnement, en cas d'omission délibérée de respecter les ordonnances d'enquête de l'organe de tutelle.

6. En ce qui concerne la collecte des éléments de preuve, il ressort des meilleures pratiques pour 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 processus de 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 à la base de la théorie de l'infraction³.

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

**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>
Union européenne	La Commission est habilitée à: <ul style="list-style-type: none"> • Exiger certains renseignements; • Pénétrer dans des locaux pour les inspecter; • Examiner des documents et des relevés, et en faire des copies; • Apposer des scellés sur des locaux ou des dossiers pour une durée déterminée; • Exiger des explications d'une personne concernant certains faits ou documents. 	Le non-respect entraîne des amendes pouvant atteindre 1 % du chiffre d'affaires total réalisé l'année ayant précédé l'infraction.
États-Unis	L'organe peut exiger qu'une personne: <ul style="list-style-type: none"> • Fournisse des documents, des renseignements ou tout autre élément d'information; • Fasse verbalement une déclaration sous la foi du serment. <p>Le Département de la justice est également habilité à mener une enquête judiciaire en exerçant sa compétence en la matière.</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.

³ Chambre de commerce internationale, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Procedures*, document n° 225-666, 8 mars 2010.

<i>Pays</i>	<i>Pouvoirs de l'organe de tutelle</i>	<i>Sanctions en cas de non-respect</i>
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>Aux termes de 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 surprise.</p>	<p>La non-communication des renseignements requis et la communication de faux renseignements peuvent entraîner une amende forfaitaire.</p> <p>Le fait d'entraver une enquête sur place peut entraîner une amende forfaitaire pour chaque jour d'infraction.</p>
Chine	<p>Aux termes de l'article 39 de la loi antimonopole, l'autorité antimonopole est habilitée à:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pénétrer dans les locaux des entreprises visées par une enquête ou dans tout autre endroit qu'elle estime pertinent; • Demander aux entreprises visées de communiquer des renseignements pertinents; • Examiner et copier les documents pertinents des entreprises visées, etc.; • Saisir et conserver les éléments de preuve pertinents; • Enquêter sur les comptes bancaires des entreprises visées. 	<p>Aux termes de 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>
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>

Programmes de clémence⁴

8. Depuis dix ans, un grand nombre d'autorités de la concurrence ont adopté ce qu'il est convenu d'appeler des programmes de clémence afin de les aider à procéder à des enquêtes 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 l'application du droit de la concurrence⁵. Ces programmes de clémence se sont révélés très utiles pour déceler l'existence des ententes. Les régimes de la concurrence qui se créent peuvent utilement envisager ces programmes de clémence qui permettent de limiter l'ampleur des ressources humaines et financières requises pour assurer l'application du droit de la concurrence.

9. Un régime de clémence devait comporter généralement les éléments essentiels suivants: a) une définition claire des avantages du régime; b) l'indication claire du fait que les employés du demandeur étaient à l'abri de poursuites pénales; c) la nature et la portée des informations que devait fournir le demandeur pour bénéficier du régime de clémence; d) des procédures transparentes et prévisibles; et e) le cas échéant, la démonstration manifeste que d'autres entreprises avaient jugé le programme de clémence offert par l'organe de tutelle prévisible et avantageux.

10. Dans le cadre de ce programme, 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 entièrement en fournissant des éléments de preuve importants pouvant mieux permettre de poursuivre les autres parties à l'entente. Pour sa part, l'autorité 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. Environ 50 juridictions ont indiqué qu'elles disposaient d'un programme de clémence sur les ententes⁶. L'Afrique du Sud, le Brésil, la Fédération de Russie et le Mexique font par exemple partie des pays à revenu faible ou intermédiaire qui ont mis en place un tel programme. Le Chili vient de se joindre au groupe. Leurs programmes 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. La plupart des pays à revenu moyen ou faible ou intermédiaire n'appliquent toutefois pas de programme de clémence.

12. De récentes recherches comparatives, menées par le secrétariat de la CNUCED, ont permis de déterminer les critères auxquels un programme de clémence doit obéir pour être efficace.

⁴ Pour des renseignements spécifiques sur les programmes de clémence en vigueur dans les pays en développement, voir la note du secrétariat de la CNUCED sur l'efficacité des programmes de clémence en tant que moyens d'application de la loi sur la concurrence pour lutter contre les ententes injustifiables dans les pays en développement (TD/RBP/CONF.7/4).

⁵ Réseau international de la concurrence, 2009, «Drafting and Implementing an Effective Leniency Program», chap. 2 du *Anti-Cartel Enforcement Manual*, disponible à l'adresse www.internationalcompetitionnetwork.org.

⁶ Ibid.

13. Les moyens utilisés afin de lutter contre les ententes doivent être suffisamment importants pour convaincre les parties concernées qu'elles courent un grand risque d'être démasquées et punies si elles ne demandent pas la clémence.

14. Les sanctions imposées aux parties à l'entente qui ne demandent pas à bénéficier de mesures de clémence sont lourdes et prévisibles jusqu'à un certain point. La sanction infligée à la première partie exprimant ce souhait est beaucoup moins sévère que celle infligée aux parties qui exprimeront ce souhait par la suite.

15. Le programme de clémence est suffisamment transparent et prévisible pour permettre aux parties susceptibles de solliciter la clémence de prévoir le traitement qui leur sera réservé.

16. Pour inciter les membres d'ententes internationales à dénoncer celles-ci, le programme de clémence doit suffisamment protéger les renseignements fournis pour que les membres qui demandent la clémence ne soient pas plus exposés à des poursuites à l'étranger que ceux qui ne le font pas.

17. Enfin, il est indispensable de mentionner que dans le cours des enquêtes, les règles et principes généraux concernant le respect de la légalité qui, dans de nombreux pays, est une obligation constitutionnelle, doivent être strictement respectés, y compris le cas échéant les règles régissant le secret professionnel.

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

18. L'organe de tutelle, à l'issue d'enquêtes et investigations, serait appelé à prendre certaines décisions, par exemple à engager des poursuites ou à demander la cessation de certaines pratiques, ou à refuser ou octroyer une autorisation dans les matières soumises à notification, ou encore à imposer des sanctions, le cas échéant. 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 compétente la flexibilité requise face aux circonstances diverses dans les affaires de concurrence. Ces mesures doivent bien entendu être de nature suffisamment dissuasive pour prévenir la récidive et le non-respect de la loi et/ou de la sanction imposée.

19. Les pouvoirs décisionnels de l'organe de tutelle dépendront de la structure de celui-ci et de ses liens avec le gouvernement et les tribunaux (voir le chapitre IX) et, plus précisément, du fait qu'il dispose d'un pouvoir décisionnel en première instance (comme dans l'Union européenne) ou qu'il doit passer par les tribunaux (comme aux États-Unis).

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

20. L'organe de tutelle pourrait faire lui-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 en vue d'améliorer les politiques antitrust. Certaines législations font expressément obligation à l'organe de tutelle de procéder à certaines études particulières. Il existe diverses raisons de faire des études. L'organe de tutelle peut par exemple décider de commander une étude.

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

22. Sur une pratique commerciale ou une activité économique particulière (par exemple la vente de produits ou de services par lots) afin de déterminer les conséquences économiques de cette activité ainsi que ses effets sur la concurrence.

23. Sur un aspect de la législation sur la concurrence, afin d'évaluer si la loi atteint les objectifs déclarés de la politique.

24. Dans les régimes plus récents comme celui de la Communauté des Caraïbes (CARICOM), où le droit de la concurrence de la Communauté prévoit que les États membres «prennent les mesures législatives voulues pour assurer la cohérence et le respect des règles de concurrence»⁷ et dans les cas où il est prévu que l'organe communautaire «élabore et met en place des politiques et des règles appropriées de concurrence ... y compris des règles spéciales pour des secteurs particuliers»⁸, des études juridiques et économiques seront entreprises pour: a) évaluer l'ampleur de la réforme nécessaire pour que l'État membre se mette en conformité avec les dispositions du droit de la concurrence de la CARICOM; et b) formuler des priorités pour l'application de la législation qui soient conformes aux objectifs intrinsèques du traité et à ceux de la Communauté.

25. Enfin, la sensibilisation du public et des milieux d'affaires aux incidences de la législation sur la concurrence et aux limites des comportements légitimes (promotion de la concurrence) constitue une fonction importante pour l'organe de tutelle, en particulier dans les pays venant 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;

26. Les lois de la plupart des pays qui ont des procédures de notification prévoient un système quelconque d'enregistrement qui doit se caractériser par sa transparence. C'est le cas, par exemple, en Espagne, avec le Registre pour la préservation de la concurrence. La Commission européenne publie pour sa part sur son site Web un aperçu de toutes les concentrations notifiées. Quelques pays tiennent un registre public où sont inscrits certains, mais non la totalité, des renseignements fournis à l'occasion des notifications. L'utilité d'un registre public repose sur la conviction que la publicité peut avoir un effet dissuasif sur les entreprises qui se livrent à des pratiques commerciales restrictives et donne en outre la possibilité aux personnes victimes de ces pratiques de s'informer à leur sujet. Ces personnes peuvent aussi formuler des plaintes précises et signaler toute inexactitude dans les renseignements notifiés. Toutefois, les renseignements qui sont notifiés ne peuvent pas tous être consignés au registre, 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 informations sensibles relatives aux opérations commerciales dont disposent les autorités de la concurrence, car une atteinte à leur caractère confidentiel dissuaderait fortement les milieux d'affaires de donner rapidement satisfaction à des demandes raisonnables de renseignements.

27. 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 en cas d'événement spécifique.

⁷ Traité révisé de Chaguaramas, art. 170 1) b) ii).

⁸ Traité révisé de Chaguaramas, art. 182.

28. La publication de formulaires types pour notifier les fusions ou les pratiques commerciales restrictives peut permettre de rationaliser le processus décisionnel de l'organe de tutelle et garantir que les parties concernées recueillent les renseignements nécessaires à une évaluation de la concurrence avant de communiquer avec l'organe de tutelle.

e) Établir des règlements et les promulguer;

29. L'organe 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 énonçant les procédures à suivre pour notifier les opérations ou les pratiques, recueillir des renseignements, procéder à des évaluations et prendre des décisions.

30. Il est important aussi de publier des instruments d'interprétation tels que directives, manuels d'application, notes pratiques et brochures, pour expliquer les règlements d'application et présenter clairement les procédures et les critères d'évaluation 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 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 par ailleurs 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.

31. De nombreuses autorités nationales publient également des rapports ou des directives précisant la façon dont elles font respecter la loi ou leur méthode d'évaluation de certains types d'activités économiques au regard de la législation en matière de 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 elles peuvent simplement indiquer la façon dont l'autorité interprète ou applique la législation sur la concurrence, sans être contraignantes.

32. Si les règles en matière d'évaluation et de communication sont publiées dans un document largement diffusé afin de les faire connaître à tous, 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 que l'enquête sur les faits progressera. 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, ce qui minimisera le risque que des décisions puissent être contestées pour des raisons d'ordre technique.

Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement 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;

33. En raison de la spécialisation très poussée et de l'expérience unique de l'organe de tutelle en matière de concurrence, un nombre croissant de lois ou d'amendements nouveaux 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 les propositions qui conviennent pour amender la législation relative à la concurrence. Tel est le cas, par exemple, en Bulgarie, au niveau de la Commission de protection de la concurrence⁹, au Portugal, où le Conseil de la concurrence peut formuler des opinions et donner des avis et directives relativement aux questions de concurrence¹⁰, et en Espagne, au niveau 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.*

34. 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'organe de tutelle le pouvoir d'encourager ces échanges en en faisant expressément l'une de ses fonctions.

35. 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 d'appuyer l'échange d'éléments de preuve. Cette dernière fonction joue un rôle de plus en plus important 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 moyens permettant de lutter contre les ententes.

36. Il apparaît de fait, sur la base des meilleures pratiques dans ce domaine de l'application du droit de la concurrence, qu'à l'heure actuelle les termes de la coopération entre les pays ont tendance à être définis dans le cadre d'un accord bilatéral. De plus en plus souvent, cette coopération passe ainsi par les échanges d'informations et de documents prévus dans les accords commerciaux bilatéraux. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)¹² et l'Accord de partenariat économique (APE) conclu entre le Forum des Caraïbes et l'Union européenne¹³ prévoient une coopération dans le domaine du droit de la concurrence suffisamment vaste pour couvrir l'échange d'informations et de la mise en commun de documents.

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 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.

37. L'échange d'informations et des 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 européenne, ainsi qu'entre la France et l'Allemagne. Il existe également un accord multilatéral entre le Danemark, l'Islande et la Norvège.

38. Chaque fois que des accords sont conclus, il est important pour les autorités de la concurrence requérantes et requises de parfaitement connaître le droit interne de l'autre partie en ce qui concerne la confidentialité, le secret professionnel et l'entrave à l'action de la justice. Il est important aussi que l'autorité de la concurrence puisse 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.

39. Sur ce dernier point, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a récapitulé dans un document un certain nombre de meilleures pratiques pour l'échange officiel d'informations. Lorsque l'échange d'informations entre les autorités chargées de la concurrence s'inscrivait dans le cadre d'accords multilatéraux et passait par des procédures volontaires ou obligatoires, il découlait nécessairement de ces accords que les autorités concernées devaient entreprendre de recenser tous les obstacles – liés à d'autres traités ou à la législation nationale – qui pourraient empêcher la coopération effective prévue dans ces accords multilatéraux¹⁴.

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

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

Pays

Belgique	Aux termes de la législation belge, il est possible de communiquer les documents et renseignements nécessaires aux autorités étrangères compétentes en matière de concurrence, dans le cadre d'accords de réciprocité aux fins de l'entraide concernant les pratiques compétitives ¹⁵ .
Allemagne	En vertu du septième amendement du 12 juillet 2005 à la loi allemande contre les restrictions à la concurrence, les pouvoirs du <i>Bundeskartellamt</i> en matière de coopération avec d'autres autorités de la concurrence (en particulier au sein du Réseau européen de la concurrence) ont été renforcés, notamment s'agissant de l'échange d'informations et de l'entraide dans les enquêtes.
Australie	En 2007, le Parlement australien a adopté une loi permettant à la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) de partager certaines informations obtenues dans le cadre de ses enquêtes avec des administrations publiques étrangères et nationales.

¹⁴ 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.

¹⁵ Loi sur la préservation de la concurrence économique, art. 50 b).

L'ACCC ne pouvait jusqu'alors divulguer que les informations obtenues en vertu des pouvoirs contraignants qui lui étaient conférés pour recueillir des informations dans l'exercice de ses fonctions, ou lorsque la loi le prescrivait.

Les nouvelles dispositions permettent à l'ACCC de divulguer ces informations et d'autres renseignements (les «renseignements protégés») à certains organismes, organes et personnes si le Président de l'ACCC est convaincu que ces renseignements aideront ceux-ci à exercer leurs pouvoirs et fonctions.

Il convient de noter que l'article 155AAA de la loi de 1974 sur les pratiques commerciales permet à l'ACCC de divulguer des renseignements protégés à une «administration publique étrangère». Ce pouvoir aidera l'ACCC à coordonner ses enquêtes avec ses homologues internationaux.

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

- Donnés à l'ACCC à titre confidentiel et concernent une question visée par une disposition législative de base;
- Obtenus en vertu de l'article 155 de la loi sur les pratiques commerciales ou des pouvoirs de procéder à des perquisitions et à des saisies conférés à l'ACCC et concernent une question visée par une disposition législative de base;
- Obtenus par l'ACCC 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 concernent une question visée par les parties XIB ou XIC de la loi sur les pratiques commerciales; ou
- Donnés à l'ACCC à titre confidentiel par une administration publique étrangère et concernent 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 exprimée 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 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, cette section autorise légalement l'ACCC à partager les informations avec ses homologues internationaux lorsque les circonstances le justifient, notamment dans le cadre des accords bilatéraux conclus par l'Australie.

 Pays

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'UE ¹⁶ .
Nouvelle-Zélande/ Australie/ Canada	La Commission du commerce de la Nouvelle-Zélande, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation ainsi que le Commissaire du Bureau canadien de la concurrence partagent des informations et coopèrent entre eux pour appliquer le droit de la concurrence aux termes d'un mémorandum d'accord.

II. Caractère confidentiel

1. *Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes.*

2. *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.*

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

41. 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'organe de tutelle ou obtenus par lui peuvent également être protégés, en général, par la législation nationale relative au caractère confidentiel des secrets commerciaux. Néanmoins, dans certains pays, la législation sur la concurrence renferme des dispositions spéciales concernant le caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis au cours d'instances.

42. 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 sauvegardes et en protégeant les renseignements confidentiels, l'autorité de la concurrence peut mieux compter durablement sur la coopération et sur la confiance des acteurs du marché. Les

¹⁶ L'Accord euroméditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et l'Algérie, d'autre part (22 avril 2002).

autorités de la concurrence 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 faisant 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 faisant 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, même en recourant aux moyens les plus coercitifs, les renseignements dont elle a besoin pour évaluer objectivement la cause.

43. Il est donc important pour l'autorité 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 classés confidentiels ainsi que les méthodes utilisées par elle pour garantir le respect du caractère confidentiel de tout ou partie d'un document.

44. 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 en ne diffusant publiquement que des versions censurées comme il convient des documents et en veillant à ce que le personnel de l'autorité impliqué dans l'enquête s'engage sous serment ou par écrit à ne pas divulguer, sauf à des fins légitimement liées à l'enquête, des renseignements confidentiels.

45. Il est important de noter que les sauvegardes pour assurer la protection des renseignements confidentiels ne devraient pas s'appliquer uniquement aux enquêtes en cas de manquements spécifiques à la législation sur la concurrence, mais aussi aux enquêtes de type sectoriel.

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

Pays

Australie	<p>Lorsqu'il a introduit des sanctions pénales en cas de comportement d'entente en 2009, le Parlement australien a également modifié la loi sur les pratiques commerciales afin d'assurer une meilleure protection des renseignements fournis à l'ACCC à ce sujet (les «renseignements protégés sur une entente»). Le Parlement reconnaissait ainsi que les personnes dénonçant les abus/informateurs seraient davantage prêts à fournir des renseignements à l'ACCC si ceux-ci étaient mieux protégés.</p> <p>Les renseignements protégés sur une entente désignent les renseignements fournis à l'ACCC à titre confidentiel qui concernent une violation, ou une violation potentielle, des dispositions pénales ou civiles interdisant les ententes¹⁷.</p>
-----------	--

¹⁷ Voir les articles 44ZZRF, 44ZZRG, 44ZZRJ et 44ZZRK de la loi sur les pratiques commerciales, à l'adresse <http://www.comlaw.gov.au/>.

 Pays

Globalement, l'ACCC 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:

- a) Le fait que les renseignements protégés aient été donnés à l'ACCC 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 concernant 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:
 - i) La protection ou la sécurité de l'informateur ou des personnes qui lui sont associées; et
 - ii) Le fait 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; et
- e) Les intérêts de l'administration de la justice¹⁸.

Toutefois, une cour ou un tribunal peut obliger l'ACCC 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.

Chine

L'article 41 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine dispose que l'agence et les membres de son personnel chargés d'appliquer la loi sont tenus de protéger le caractère confidentiel des secrets commerciaux obtenus dans le cadre de l'application de la loi.

L'article 38 2) dispose que les entités ou particuliers peuvent dénoncer tout comportement monopolistique suspect auprès de l'agence chargée d'appliquer la loi antimonopole, et que celle-ci doit protéger l'anonymat de son informateur.

¹⁸ Voir le paragraphe 157C 5) de la loi sur les pratiques commerciales, à l'adresse <http://www.comlaw.gov.au/>.

Pays

Malaisie	<p>L'article 21 de la loi de 2010 sur la concurrence, qui porte sur la protection des renseignements confidentiels, se lit comme suit:</p> <p>21 1) 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>2) Aucune disposition du paragraphe 1) ne peut être invoquée pour empêcher la divulgation de renseignements lorsque celle-ci:</p> <p style="padding-left: 40px;">a) Est faite avec le consentement de la personne ayant fourni les renseignements;</p> <p style="padding-left: 40px;">b) Est nécessaire pour permettre à la Commission d'exercer ses fonctions ou pouvoirs;</p> <p style="padding-left: 40px;">c) Est faite de manière raisonnable dans le cadre d'une procédure engagée en vertu de la 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 style="padding-left: 40px;">d) Est faite dans le cadre d'une enquête, d'une violation ou d'une infraction prévue par la loi; ou</p> <p style="padding-left: 40px;">e) 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> <p>3) Aux fins du présent article, l'expression «renseignements confidentiels» s'entend d'informations commerciales ou industrielles appartenant à une personne, ayant une valeur économique et n'étant généralement pas librement accessibles à d'autres personnes ni connues d'autres personnes.</p>
----------	---

Une approche mesurée pour l'adoption des meilleures pratiques

46. Cet aperçu de la formulation des règles pour l'application de la législation permet de dégager certaines pratiques communes et meilleures pratiques des systèmes pour l'application de la législation sur la concurrence s'agissant des techniques d'enquête, de l'échange d'informations et du caractère confidentiel des procédures. De nombreux régimes en matière de concurrence ont démontré par exemple qu'un programme de clémence aidait l'autorité de la concurrence à obtenir davantage d'éléments de preuve qu'en recourant simplement à des méthodes traditionnelles de collecte de ces éléments¹⁹. On constate aussi que dans beaucoup de régimes, la législation comporte des dispositions visant à faciliter

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 le document «Recours aux programmes de clémence pour faire appliquer le droit de la concurrence contre les ententes injustifiables dans les pays en développement», note du secrétariat de la CNUCED, TD/RBP/CONF.7/4.

l'entraide juridique pour enquêter et pour agir en cas d'infraction à la loi sur la concurrence, avec des procédures simplifiées afin d'accélérer le processus²⁰. Il apparaît aussi que souvent les autorités de la concurrence ont recours à des mesures de contrainte dans le cadre de leur méthode d'enquête et aussi à titre de sanction en cas de non-coopération à l'enquête ou de non-application d'une mesure corrective imposée. Ainsi, comme noté plus haut, dans plusieurs régimes il est prévu des perquisitions et des saisies pour recueillir des éléments de preuve, ainsi que des sanctions pénales ou de fortes amendes en cas de non-coopération à l'enquête.

47. 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 pour les systèmes d'application de la législation sur la concurrence. L'échange d'informations entre les autorités de la concurrence se généralise lui aussi et peut également être considéré comme une meilleure pratique pour faire appliquer la législation²¹. Mais parfois, 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 et 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 exposent à un risque d'action en justice. 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 qui se créent sur le fait que les meilleures pratiques reflètent des approches communes, mais qu'elles ne garantissent pas toujours l'intégration dans les règles dont l'adoption est recommandée des principes de la primauté du droit et de la justice et des principes constitutionnels de chaque législation interne.

48. L'autorité de la concurrence, généralement une autorité administrative dans de nombreux pays, pourra donc difficilement soutenir qu'il n'y a pas de corrélation entre l'enquête sur les faits de l'espèce et leur détermination et la décision correspondante dès lors qu'il n'existe pas de sauvegardes. Il est difficile en outre de justifier l'imposition de sanctions pénales et de fortes amendes quand l'autorité de la concurrence doit aussi justifier chaque année à un ministère l'utilisation de ses ressources et son existence même. Et il est difficile enfin de garantir les droits fondamentaux du défendeur (que ces droits découlent de la jurisprudence, d'une constitution ou d'un traité) quand l'organe chargé des questions de concurrence doit s'occuper de multiples tâches pour faire appliquer la législation.

49. Si certains des pouvoirs et des fonctions attribués à l'autorité de la concurrence peuvent donc relever de méthodes communes pour faire appliquer la législation, ils ne reflètent pas nécessairement une attribution optimale de pouvoirs à l'autorité et ne doivent donc pas être considérés comme des meilleures pratiques, au sens strict, pour faire appliquer la législation s'il n'est pas mis en place certains contrepouvoirs. Les méthodes suivies à cet égard par la Direction générale de la concurrence de l'UE 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, où le droit et le système juridique sont très différents de ceux de l'UE et des États-Unis. Lorsqu'on examine la jurisprudence en matière de concurrence dans des régimes de la concurrence récents comme celui de la Jamaïque, et même la jurisprudence datant de plusieurs années lors de la mise en place de régimes comme celui de l'Australie, on constate en effet que s'inspirer d'une pratique commune ou des «meilleures pratiques internationales» pour formuler les

²⁰ CARICOM (Traité révisé et APE).

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.

règles procédurales, ou même reprendre à l'identique une législation, ne garantit pas que les règles ainsi formulées n'exposent pas en elles-mêmes à un risque d'action en justice.

50. Lorsqu'on se penche sur les «premiers temps» de la jurisprudence en matière de concurrence dans divers pays, on voit combien il est problématique de conférer à l'autorité de la concurrence des pouvoirs et des fonctions sans prêter suffisamment attention 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 essentielles. Par exemple, lorsqu'une procédure judiciaire est en cours dans une affaire de concurrence, est-il possible pour l'autorité de la concurrence d'aider l'autorité d'un autre pays en lui communiquant des documents pour contribuer à une enquête menée en parallèle dans le pays requérant sans être soupçonnée d'atteinte à l'action de la justice? De même, dans le contexte des régimes de la concurrence au niveau régional/communautaire comme ceux de la CARICOM ou de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), l'autorité de la concurrence d'un État membre pouvait-elle procéder à une enquête en parallèle lorsque l'affaire était en cours devant les instances communautaires sans risquer d'être accusée d'atteinte à l'action de la justice? Une question similaire s'était posée dans les débuts de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC), dans l'affaire *Brambles Holdings Ltd v. Trade Practices Commission and Another*²². L'affaire concernait le droit reconnu à l'ACCC 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 bien de la soumettre à une enquête. La Commission avait lancé une enquête pour découvrir des renseignements et des documents se rapportant à une procédure en cours pouvant conduire à des sanctions et 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 l'ACCC 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 l'ACCC constituait une atteinte à l'action de la justice car les initiatives prises par l'ACCC 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 de remettre des éléments de preuve à une autre juridiction où une procédure est en cours devant les tribunaux nationaux.

51. Dans les premiers temps 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 procédurales contestées, et ces actions en contestation se poursuivent. Les tribunaux communautaires, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme, ont fait observer à maintes reprises que les procédures du droit de la concurrence devaient respecter les prescriptions fondamentales de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²³. Aujourd'hui, les juristes dans la CE continuent à critiquer le caractère multifonctionnel de la Direction générale de la concurrence.

²² (1980) 32 ALR 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.

52. 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 pour assurer les sauvegardes procédurales réclamées maintes fois dans la jurisprudence de la CE en matière de concurrence²⁴. Beaucoup de régimes de la concurrence nouvellement ou récemment créés prennent les procédures prévues dans le Règlement n° 1/2003 du Conseil comme de possibles modèles pour leurs propres règles procédurales, et bon nombre de règles communautaires sont même présentées comme des meilleures pratiques pour l'application de la législation sur la concurrence. Copier une meilleure pratique ou utiliser comme modèle les règles d'un autre régime, sans précautions, pouvait se révéler contre-productif pour une nouvelle autorité de la concurrence.

53. 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 «canards boiteux» qui attendent des amendements pour corriger les défauts procéduraux 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, y compris le fait que la loi jamaïcaine sur la concurrence ne reconnaissait de compétences qu'aux commissaires et ne prévoyait pas de pouvoirs de délégation qui permettraient à la Commission de déléguer des fonctions d'enquête à ses agents et aussi d'ériger un «mur coupe-feu» entre les enquêteurs et les décideurs au sein de la Commission. La Commission de la concurrence de la Barbade est confrontée au même problème car la formulation de la législation de ce pays reprend celle de la législation jamaïcaine.

54. En outre, comme le droit et le système juridique de beaucoup de régimes de la concurrence nouveaux ou récemment créés s'inspirent des précédents historiques, ils reprennent des doctrines constitutionnelles comme celle de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire essentiellement une doctrine de *common law* qui a consacré l'importance de «conférer les pouvoirs» de chaque branche de gouvernement à des entités différentes et même séparées. Cette doctrine est si bien ancrée dans de nombreux systèmes juridiques qu'elle a expressément trouvé place dans certaines constitutions. Séparer les institutions elles-mêmes et assigner judicieusement les pouvoirs appropriés à l'institution appropriée représente, en termes de meilleures pratiques, le meilleur moyen de faire en sorte que les droits fondamentaux des citoyens soient respectés dans le cadre de l'application de la législation sur la concurrence, et que les relations entre les institutions soient réglementées de manière à éviter que des décisions soient prises de façon arbitraire, discriminatoire et préjudiciable pour rechercher des résultats.

55. Il est à noter aussi que la définition et l'attribution optimales des pouvoirs de l'autorité de la concurrence ne se limitent pas à la séparation des pouvoirs, mais couvrent aussi des éléments liés au respect des principes de la justice naturelle. En Australie par exemple, l'affaire *Daniels Corporation vs. ACCC*²⁶ a soulevé la question de savoir si le privilège de la profession juridique pouvait être remis en cause par l'article 155 de la loi australienne sur les pratiques commerciales, de sorte que l'intention dans laquelle sont conférés des pouvoirs d'enquête coercitifs, au titre de l'article 155, n'est pas compromise par le privilège octroyé. L'article 155 exige la présentation d'informations/éléments de preuve se rapportant à une affaire pouvant impliquer une violation de la loi. Le privilège de la profession juridique est l'une des doctrines sacrées de *common law* (et d'ailleurs aussi

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 vs. Fair Trading Commission*, Supreme Court Civil Appeal n° 92/97.

²⁶ [2002] HCA 49 (7 novembre 2002).

des systèmes de droit codifié et des systèmes juridiques hybrides) en étroite relation avec le droit d'avoir accès à un conseil qui constitue un principe fondamental de la justice naturelle et qui, pour beaucoup de juges, est un droit de l'homme fondamental qui doit être garanti dans les procédures pour faire appliquer la législation. Dans l'affaire *Daniels*, la Haute Cour australienne a estimé que les pouvoirs d'enquête dévolus à l'ACCC dans le cadre de l'article 155 ne remettaient pas en cause le principe du privilège de la profession juridique. Les affaires comme celle-ci montrent clairement que les principes de la justice naturelle et les autres droits de *common law* ne pouvaient pas être purement et simplement ignorés ou remis en cause par la structure implicite d'une loi. En outre, quand il est conféré à l'autorité de la concurrence un pouvoir ou une fonction en vertu d'une loi et/ou d'un règlement subsidiaire, les pouvoirs en question, bien qu'expressément conférés, ne sont juridiquement valables et incontestables que s'ils sont conformes aux principes fondamentaux du système juridique.

56. Ces affaires des «premiers temps», comme l'affaire *Jamaica Stock Exchange*, démontrent que la non-prise en compte des doctrines constitutionnelles et des principes juridiques fondamentaux lorsqu'il s'agit de déterminer la structure de l'autorité de la concurrence et aussi l'attribution des pouvoirs au sein de cette structure peut compromettre l'objectif de l'autorité, même quand celle-ci a adopté des méthodes d'enquête qui sont conformes aux meilleures pratiques internationales dans le contexte de l'application de la législation de la concurrence. L'adoption des meilleures pratiques internationales dans ce domaine, 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 gouvernent la mise en place des institutions ayant pour vocation de maintenir la loi et l'ordre dans un État.

57. Toutes les institutions de l'État par conséquent – y compris des institutions nouvelles comme les autorités de la concurrence – doivent rester conformes aux règles constitutionnelles et aux règles gouvernant le système juridique du pays qui prévoient comment les institutions sont établies et comment il leur est conféré des pouvoirs. On aboutirait sinon à un processus de prise de décisions qui violerait les droits fondamentaux garantis par la Constitution, enfreindrait le principe de la justice naturelle et pourrait conduire à l'adoption de décisions *ultra vires*. 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, constitutionnellement valables et conformes aux principes de la justice naturelle.

58. Un certain nombre d'autorités de la concurrence doivent envisager aujourd'hui de modifier leur législation afin de se débarrasser du label de «canard boiteux» qui leur est actuellement apposé. Pour déterminer comment bien répartir les pouvoirs et les fonctions, ces organismes pourraient commencer par étudier des modèles de lois sur la concurrence appartenant au même système juridique. Par exemple, les États qui ont un système de *common law* peuvent étudier ce qui est fait au Royaume-Uni, au Canada et en Australie pour assurer l'attribution judicieuse de pouvoirs et de fonctions à l'autorité de la concurrence.

Résumé des meilleures pratiques pour la détermination des fonctions et des pouvoirs de l'organe de tutelle

1. Les règles du dialogue avec l'autorité de la concurrence devraient être conçues de façon à permettre aux défenseurs d'avoir une vue évolutive de la théorie de l'infraction de l'autorité de la concurrence, en veillant à éviter de fixer des délais irréalistes.
2. Le caractère confidentiel dans le cadre des procédures concernant la législation sur la concurrence devrait être conçu de façon à protéger les droits fondamentaux de l'individu, et respecter les principes de la primauté du droit, de la justice naturelle et de la protection de la propriété commerciale.
3. Au moment de l'élaboration des termes de la coopération pour l'échange de documents et d'informations, il est important de veiller à ce que les droits de la défense de chaque partie soient, dans la mesure du possible, reconnus mutuellement et respectés par les parties coopérantes.
4. Les types de pouvoirs et de fonctions conférés à l'autorité de la concurrence devraient être conçus de manière à résister à une action en justice et, par conséquent, respecter les principes fondamentaux du système juridique gouvernant l'attribution des responsabilités au sein de l'État.