



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

Distr. générale
1^{er} mai 2014
Français
Original: anglais

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

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

Quatorzième session

8-10 juillet 2014

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 sur la concurrence et études relatives
aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

**Examen collégial volontaire du droit
et de la politique de la concurrence:**

Philippines

Aperçu général

GE.14-50552 (F) 100614 250614



* 1 4 5 0 5 5 2 *

Merci de recycler



Note

Les examens collégiaux volontaires du droit et de la politique de la concurrence réalisés par la CNUCED s'inscrivent dans le cadre de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau international pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives que l'Assemblée générale a adopté en 1980. L'Ensemble de principes et de règles a notamment pour objet d'aider les pays en développement à adopter et à appliquer un droit et une politique de la concurrence efficaces qui soient adaptés à leurs besoins de développement et à leur situation économique.

L'examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence des Philippines a été organisé comme l'avait souhaité le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence dans son rapport sur sa treizième session (TD/B/C.I/CLP/25). Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

Les appellations employées et les données présentées n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites, ni quant à leur système économique ou leur degré de développement.

Remerciements

Les examens collégiaux volontaires du droit et de la politique de la concurrence sont réalisés par la CNUCED à l'occasion des sessions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence ou de la session quinquennale de la Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles. Le travail de fond est assuré par le Service des politiques de concurrence et de protection des consommateurs de la CNUCED, sous la direction de son chef, Hassan Qaqaya.

Le présent rapport a été rédigé pour la CNUCED par Deunden Nikomborirak et Bob Weymouth. L'appui technique et l'examen du rapport ont été assurés par Hassan Qaqaya et Dongryeul Shin. La CNUCED tient à remercier Geronimo L. Sy, Secrétaire adjoint du Ministère philippin de la justice (Bureau de la concurrence), de son aide précieuse. Elle tient aussi à saluer le personnel du Bureau de la concurrence qui a contribué à l'établissement du présent rapport.

Introduction

1. Le présent rapport a été rédigé à partir des éléments disponibles en mars 2014, plusieurs mois après la mission d'enquête aux Philippines. Il fait le point sur les mesures législatives adoptées après cette visite.

I. Fondements et histoire de la politique de concurrence

2. Les Philippines sont un État souverain d'Asie du Sud-Est situé dans la partie occidentale de l'océan Pacifique. Elles sont constituées d'un archipel comprenant 7 107 îles, dont la population dépasse 103 millions d'habitants. Elles sont classées par la Banque mondiale dans la catégorie des pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure, leur produit intérieur brut (PIB par habitant) s'élevant à 2 701 dollars en 2012 (prix courants). Actuellement, le pays jouit d'une période inhabituelle de stabilité politique qui contribue à stimuler la croissance économique. En 2012, le PIB a augmenté au rythme de 6,8 % par an – nettement plus élevé que les 5,3 % des pays de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) – malgré les difficultés économiques des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne.

3. Néanmoins, les Philippines sont l'un des pays d'Asie où les inégalités de revenus sont les plus grandes car la croissance y est concentrée dans les mains de quelques familles. Le gouvernement actuel mène à bien des projets de grande envergure prévoyant notamment des transferts monétaires, afin d'atténuer le problème. Il reste que l'économie devrait être profondément restructurée afin de veiller à ce que la croissance économique et la prospérité à venir se diffusent auprès des pauvres au lieu de rester concentrées dans les mains de quelques nantis.

4. Les Philippines adoptent des politiques relativement libérales en matière de commerce et de développement. Les droits d'importation sur la plupart des marchandises ont été ramenés à zéro dans le cadre de l'Accord de libre-échange de l'ASEAN, et la loi sur l'investissement étranger (loi n° 7042, de 1991, modifiée par la loi n° 8179 de 1996) a libéralisé l'entrée des investissements étrangers aux Philippines. Conformément à cette loi, des étrangers peuvent détenir 100 % du capital d'une société dans tous les secteurs d'investissement, à l'exception de ceux que la Constitution philippine¹ et les lois en vigueur réservent aux Philippins.

5. Si la libéralisation du commerce peut contribuer à promouvoir la concurrence des produits importés, pour certaines marchandises, les coûts logistiques élevés peuvent entraver la pénétration des importations. Même si les prix élevés (dus à une collusion supposée) peuvent attirer les importateurs, les producteurs locaux dominants peuvent facilement baisser leurs prix face à la concurrence des produits importés car ils disposent d'avantages manifestes en matière de coût.

6. Les Philippines étant un État insulaire, il est généralement coûteux de déplacer des produits et des services d'une île à l'autre, ce qui fait que le marché intérieur est très fragmenté et donc particulièrement exposé à l'emprise des monopoles régionaux.

¹ Art. XII Économie et patrimoine nationaux, sect. 11: toute franchise, concession ou autre forme d'autorisation pour la prestation d'un service d'utilité publique doit être octroyée à des Philippins ou à des sociétés ou associations de droit philippin dont 60 % au moins du capital est détenu par des Philippins.

7. Néanmoins, les restrictions à l'investissement étranger dans les services d'utilité publique qui sont imposées par la Constitution contribuent aussi à la concentration du marché dans des secteurs de services clefs tels que les télécommunications, l'énergie et les transports. Si les dispositions antitrust font partie depuis longtemps du droit interne, remontant à l'ancien code pénal que le régime espagnol appliquait au début des années 1900, il ne fait pas de doute que le pays a besoin d'une loi et d'une politique générales en matière de concurrence.

8. Même si la Constitution de 1987 encore en vigueur interdit les monopoles², le pays a besoin d'une loi générale en matière de concurrence. Diverses dispositions relatives à la concurrence existent dans le Code pénal, le Code civil, la loi sur le contrôle des prix et plusieurs lois sectorielles. Les dispositions de fond contenues dans ces lois ne revêtent en aucune manière un caractère général. Par exemple, aucune disposition ne régit l'abus de position dominante, bien que le terme «monopolisation» apparaisse dans diverses dispositions de plusieurs lois. Il n'existe pas non plus de réglementation des fusions pour lutter contre les trusts.

9. Le besoin d'une loi générale sur la concurrence se fait sentir depuis longtemps.

10. La promulgation d'une loi sur la concurrence arriverait à point nommé pour plusieurs raisons. Premièrement, il existe une volonté politique manifeste au niveau le plus élevé: dans son premier discours à la nation en juillet 2010, le Président des Philippines a appelé à l'adoption d'une loi antitrust afin de faire respecter la garantie constitutionnelle d'une concurrence loyale. La création de la première autorité de la concurrence, à savoir le Bureau de la concurrence, rattaché au Ministère de la justice, conformément au décret n° 45 publié en 2011, en est l'illustration concrète. Deuxièmement, le projet de loi sur la concurrence est largement soutenu par les milieux économiques et universitaires, ainsi que par des figures importantes du Parlement.

II. Le cadre juridique

Introduction

11. L'histoire législative des Philippines en matière de concurrence commence avec le droit espagnol. Les lois en vigueur en matière de monopole remontent à 1925 et les dispositions relatives aux restrictions commerciales à 1932 dans le Code pénal révisé. La Constitution actuelle, qui évoque la lutte contre les monopoles, date de 1987 mais certaines de ses dispositions se trouvent aussi dans les constitutions précédentes.

A. Lois en vigueur

12. Les principales lois traitant de la concurrence sont résumées ci-après:

«Constitution de 1987, article XII, sections 1, 6, 11, 19 et 22;

Code pénal révisé (loi n° 3815), article 186 (modifié par la loi n° 1956), puis incorporé au paragraphe d (5) de la section 1, de la loi n° 7080, qui définit et qualifie pénalement la spoliation;

² Art. XII, sect. 13 et 19: «L'État applique une politique commerciale au service de l'intérêt général et utilise toutes les formes et dispositions d'échange sur la base de l'égalité et de la réciprocité, et réglemente ou interdit les monopoles lorsque l'intérêt public l'exige.»

Nouveau Code civil (loi n° 386), article 28, et loi n° 3247 (loi interdisant les monopoles et les regroupements restreignant le commerce), section 6, sur la réparation des dommages.

Des lois et textes particuliers régissent les pratiques de concurrence dans certains secteurs, notamment: la loi sur les prix (loi n° 7581), section 5; le Code des coopératives (loi n° 6938), article 8; la loi de 1998 déréglementant les activités aval de l'industrie pétrolière (loi n° 8479), article III, section 9 et article IV, section 15. Le Code des entreprises (loi n° 68) prévoit le contrôle des fusions.».

13. Bien que précise et détaillée, cette énumération n'explique en rien la teneur et la portée des lois philippines sur la concurrence. Il n'existe pas de régime de droit ou d'application unifié qui vise l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de se répercuter sur les consommateurs.

14. L'article 186 est au cœur du régime de la concurrence. Il prévoit une peine qui figure parmi les plus légères (allant de six mois et un jour à deux ans et quatre mois d'emprisonnement) et une amende qui peut être considérée comme inefficace. L'amende, dont la fourchette va de 200 à 6 000 pesos, a été fixée en 1932 et n'a jamais été relevée. Elle n'est pas vraiment dissuasive (en dollars des États-Unis, elle est de 15 à 150 dollars environ).

15. Contrairement à d'autres dispositions examinées dans le présent document, l'article 186 ne prévoit pas de sanction administrative.

Loi interdisant les monopoles et les regroupements entravant le commerce (loi n° 3247) en date du 1^{er} décembre 1925

16. La loi n° 3247 est la plus ancienne loi sur la concurrence qui qualifie pénalement les monopoles et les regroupements restreignant le commerce et prévoit des dommages et intérêts au triple dans les procès civils:

«Section 6. Quiconque est lésé économiquement ou matériellement par une personne ayant commis un acte interdit ou déclaré comme illicite par la présente loi, reçoit des dommages et intérêts au triple de cette personne, laquelle prend aussi en charge les frais du procès, y compris le versement d'honoraires raisonnables à l'avocat de la partie lésée.».

Modification de la loi définissant les fonctions et qualifications des juristes du Cabinet du Ministre de la justice (loi n° 4152) en date du 20 juin 1964

17. Cette loi confie au Ministre de la justice des fonctions légales et exécutoires en matière de concurrence. Section 2: Le Ministre de la justice:

«étudie toutes les lois relatives aux trusts, monopoles et regroupements; rédige les textes législatifs qui s'avèrent nécessaires pour mettre à jour et revoir les lois en vigueur afin d'aider le Gouvernement à lutter plus efficacement contre les pratiques monopolistiques et toutes les formes de trusts et de regroupements entravant le commerce ou la libre concurrence et/ou tendant à la fixation de prix non concurrentiels pour les articles de première nécessité; enquête sur toutes les affaires comportant des infractions à ces lois; engage et prend les mesures préventives ou correctives voulues, y compris des poursuites judiciaires pour prévenir ou restreindre la monopolisation et les pratiques ou activités connexes des trusts, monopoles ou regroupements».

Loi sur les prix (loi n° 7581) en date du 27 mai 1992

18. Il s'agit du texte le plus important après le précédent en matière de pratiques anticoncurrentielles.

19. En examinant les dispositions de la loi sur les prix, il est essentiel de garder à l'esprit l'objectif de cette loi – «loi qui vise à protéger les consommateurs en garantissant la stabilité des prix des articles de première nécessité et des produits de base et en autorisant des mesures contre les hausses successives de prix pendant les situations d'urgence et situations comparables». Certaines dispositions ont un champ d'application plus large, mais l'organisme chargé de l'administration de la loi a pour principal objectif de surveiller les prix pendant les situations d'urgence, en se concentrant sur les articles de première nécessité et les produits de base tels que définis dans la loi.

20. La loi sur les prix comprend notamment les sections suivantes:

Section 5: Actes illicites de manipulation des prix

Section 15: Peine prévue pour les actes de manipulation illicite des prix

Section 17: Abus commis par des personnes morales

Section 20: Sanctions pénales sans préjudice des sanctions administratives

Section 3: Définitions – pour les besoins de la présente loi:

«1) Les “articles de première nécessité” s'entendent des articles suivants: riz; maïs; pain; poisson frais, séché et en boîte et autres produits de la mer; viande fraîche de porc, de bœuf et de poulet; œufs frais; lait frais et transformé; légumes frais; plantes racines; café; sucre; huile de cuisine; sel; lessive; détergent; bois de feu; charbon de bois; bougies; médicaments considérés comme essentiels par le Ministère de la santé;»

et sous-section 8):

«Les “produits de base” s'entendent des produits suivants: fruits frais; farine; porc séché transformé et en boîte; viande de bœuf et de poulet; produits laitiers ne rentrant pas dans les articles de première nécessité; pâtes; oignons; ail; vinaigre; sauce patis; sauce soja; savon hygiénique; engrais; pesticides; herbicides; volaille; aliments pour cochon et bétail; produits vétérinaires pour volaille, cochons et bétail; papier; fournitures scolaires; toits en chaume de palme; sawali; ciment; clinker; tôles galvanisées; poutrelles; carton épais; clous de construction; batteries; fournitures électriques; ampoules électriques; fil de fer; médicaments qui ne sont pas considérés comme essentiels par le Ministère de la justice».

Section 10: Pouvoirs et responsabilités des organismes d'exécution, alinéa 9: Toute infraction à la présente loi est sujette à enquête et, après avoir été dûment notifié et entendu, l'auteur est passible d'une sanction administrative d'un montant jugé raisonnable ne pouvant en aucun cas être inférieur à 1 000 pesos ni supérieur à 1 million de pesos.

21. La loi sur les prix propose une solution réaliste pour lutter contre la collusion anticoncurrentielle en matière de prix sur une large gamme de produits de base. Elle ne s'applique toutefois pas à l'ensemble de l'économie et en particulier à la prestation de services.

22. La loi sur les prix ne traite pas directement des pratiques des entreprises, mais la section 17 établit clairement la responsabilité des dirigeants et des employés concernés.

Loi déréglementant les activités aval de l'industrie pétrolière (loi n° 8479) de 1988

23. Les deux sections les plus pertinentes de cette loi, à savoir les sections 11 a) et b), ont trait aux ententes et aux prix abusivement bas.

24. Les peines prévues en cas d'infraction à la section 11 vont de trois à sept ans d'emprisonnement et comportent le paiement d'une amende allant de 1 million à 2 millions de pesos. À l'image des autres sanctions pénales, ces sanctions s'appliquent à des personnes physiques.

Code pénal révisé (loi n° 3185), article 185

«Manipulation des enchères publiques»

25. Il convient de noter qu'il s'agit de la première référence à une «tentative» de pratique anticoncurrentielle à laquelle est réservé le même traitement qu'une pratique avérée.

Code des entreprises, loi n° 68 (1982)

26. Les fusions-acquisitions sont visées par les sections 76 à 80 du Code des entreprises. Les parties sont tenues de déposer le texte de l'accord de fusion ou de regroupement auprès de la Commission des opérations de bourse, dont l'approbation est indispensable avant la délivrance de toute autorisation de fusion ou de regroupement.

27. Il n'existe pas d'évaluation de la concurrence ou de directives fondées sur le droit de la concurrence sur lesquelles se fonderait la Commission des opérations de bourse pour examiner une fusion avant de l'approuver.

Résumé des lois en vigueur

28. Les dispositions les plus générales régissant les pratiques anticoncurrentielles sont contenues dans le Code pénal révisé, lequel ne prévoit aucune sanction administrative et ne condamne les entreprises que par l'intermédiaire de leurs salariés et de leurs dirigeants (dans le droit philippin, la responsabilité pénale ne concerne que les personnes physiques et ne s'applique pas aux personnes morales). Une peine d'emprisonnement et une amende dérisoire de 6 000 pesos sont prévues. La pratique la plus facilement reconnaissable qui peut tomber sous le coup de ce texte est le regroupement restreignant le commerce, qui impliquerait une entente dans sa définition habituelle.

29. La loi sur les prix propose aux autorités de réglementation une alternative aux sanctions pénales dans le cas des poursuites engagées pour entente. Des sanctions administratives peuvent être infligées sans incidence sur la possibilité d'adopter des sanctions pénales. La portée de la loi sur les prix est toutefois limitée: seules les pratiques concernant des biens définis à la section 3, c'est-à-dire considérés comme des «articles de première nécessité» ou des «produits de base», sont visées.

30. Le contrôle des fusions n'autorise pas l'interdiction d'une fusion après analyse de la concurrence.

31. Il existe donc une loi apparemment ferme qui traite des tentatives de manipulation des enchères publiques ainsi que des tentatives de manipulation des prix et de la participation.

32. À l'exception de la loi sur les prix, outre les dommages et intérêts au triple prévus dans les sanctions civiles, les lois en vigueur revêtent un caractère pénal, exigeant le lancement de poursuites et le traitement des affaires conformément aux règles de la Cour suprême. Les infractions doivent être prouvées sur le plan pénal, sans place pour le doute, afin que le procureur puisse les poursuivre avec succès.

B. Directives de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est

33. En tant qu'État membre de la communauté économique de l'ASEAN, les Philippines se sont engagées à mettre en place une politique et un droit de la concurrence au niveau national d'ici à 2015.

34. En résumé, les lois philippines peuvent être évaluées par rapport au cadre proposé par les directives de l'ASEAN comme suit:

<i>Directives régionales de l'ASEAN</i>	<i>Droit philippin de la concurrence</i>
Interdiction des fusions anticoncurrentielles	Non
Possibilité de suspendre les fusions	Non
Interdiction des ententes collusoires	Oui
Politique de clémence	Non
Interdiction des pratiques verticales	Non
Interdiction des pratiques unilatérales	Non
Sanctions pénales	Oui pour les personnes physiques, non pour les personnes morales
Droits privés	Oui

C. Possibilités d'adopter de nouvelles lois sur la concurrence

35. Depuis les années 1990, des propositions ont été faites en vue d'adopter une loi unifiée sur la concurrence, mais ce n'est que pendant le quatorzième Congrès³ que les efforts législatifs se sont intensifiés, aboutissant à la rédaction de la première proposition de loi générale⁴. Au cours du quinzième Congrès, des propositions de loi générale remplaçant diverses lois en vigueur ont été examinées en troisième lecture au Sénat et à la Chambre des représentants. Le Sénat a adopté le rapport de commission n° 97 (annexe A) recommandant l'approbation de la proposition de loi générale.

36. Des propositions comparables, ainsi que de nouvelles versions, ont été déposées pendant le seizième Congrès (en cours); elles sont examinées en commission par les deux chambres. Le Bureau de la concurrence a soumis une version actualisée de la proposition de loi générale (annexe B) après avoir mené des consultations avec des entités privées et publiques.

37. Même s'il est trop tôt pour l'affirmer, on peut espérer qu'une proposition de loi reprenant toutes les propositions antérieures sera déposée et adoptée au cours de la mandature du seizième Congrès. Un facteur contribuant à cet optimisme est l'objectif de l'ASEAN visant à mettre en place un droit et une politique de la concurrence au niveau national d'ici à 2015.

³ Le Congrès des Philippines est le Parlement national, qui comprend deux chambres – le Sénat et la Chambre des représentants. Les sénateurs sont élus pour un mandat de six ans au niveau national. Dans le système en vigueur, les élections sénatoriales ont lieu tous les trois ans, 12 sénateurs étant remplacés à chaque fois. Les membres de la Chambre des représentants (députés) sont élus pour un mandat de trois ans.

⁴ Le Bureau de la concurrence a chapoté la rédaction de la première proposition de loi générale lorsque le Secrétaire adjoint du Ministère de la justice a été élu président du Sous-Comité du Sénat sur la lutte contre les trusts au cours du quatorzième Congrès.

III. Cadre institutionnel

38. Le cadre institutionnel des Philippines a été bouleversé le 9 juin 2011 lorsque le Président a adopté le décret n° 45. Il est important de noter que ce décret a fait du Ministère de la justice l'autorité compétente en matière de concurrence, tout en créant le Bureau de la concurrence, qui est rattaché au Cabinet du Ministre de la justice et dont les fonctions et responsabilités sont les suivantes:

«a. Enquêter sur toutes les affaires d'infraction au droit de la concurrence et poursuivre les auteurs afin de prévenir, de restreindre et de sanctionner les monopoles, les ententes et les regroupements restreignant le commerce;

b. Appliquer la politique et le droit de la concurrence afin de protéger les consommateurs des pratiques abusives, des pratiques frauduleuses ou des pratiques de corruption préjudiciables;

c. Surveiller la concurrence sur les marchés en veillant à ce que les interdictions et les obligations du droit de la concurrence soient respectées et, à cette fin, demander aux autres organismes et/ou entités publiques de soumettre des rapports et d'apporter leur assistance;

d. Suivre la mise en place de mesures destinées à promouvoir la transparence et la responsabilité sur les marchés;

e. Mener, publier et diffuser des études et des rapports sur la concurrence afin d'informer et de conseiller les entreprises et les consommateurs;

f. Promouvoir la coopération internationale et renforcer les relations commerciales des Philippines avec d'autres pays, territoires et institutions dans les accords commerciaux.».

39. Le résultat pratique du décret présidentiel est que les Philippines possèdent désormais un organe public suprême dont la tâche est de mener des enquêtes et d'appliquer le droit de la concurrence en vigueur, de suivre et de surveiller les marchés afin d'améliorer la responsabilité et la transparence et, de manière générale, de promouvoir l'information afin de renforcer la concurrence et de protéger les consommateurs.

40. La création du Bureau de la concurrence ne restreint pas le rôle des 63 organismes de réglementation sectorielle, mais rend possible une approche collégiale ou concurrente.

A. Les organismes de réglementation sectorielle

41. Les Philippines sont dotées de multiples organismes de réglementation sectorielle créés par des lois sectorielles. Les organismes les plus connus sont la Commission de réglementation de l'énergie, le Ministère de l'énergie, la Commission nationale des télécommunications, l'Autorité portuaire des Philippines et le Ministère du commerce et de l'industrie. Chacun de ces organismes de réglementation revêt des caractéristiques institutionnelles propres, mais aucun n'est véritablement indépendant du pouvoir exécutif.

42. Il convient de noter qu'aux Philippines, de nombreuses fonctions de réglementation sont du ressort du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif. Par exemple, la Commission nationale des télécommunications et la Commission de réglementation de l'énergie n'ont pas le pouvoir de délivrer des «licences» comme dans la plupart des autres pays. La prestation de services de télécommunication et la distribution d'électricité sont soumises à l'octroi d'une «franchise nationale» par le congrès. Les

frais portuaires – comme les droits de quai et les charges humides – qui sont d’application nationale exigent l’approbation du Cabinet du Président⁵. Ces autorités se voient néanmoins confier de larges pouvoirs résiduels en matière de réglementation de la concurrence.

43. En effet, les règles de la concurrence ont été très peu appliquées dans les secteurs réglementés jusqu’à présent. Aucune affaire de concurrence n’a encore été portée devant un tribunal par l’un ou l’autre de ces organismes malgré le fait qu’un certain nombre de marchés réglementés semblent très concentrés et donc en proie à des pratiques restrictives.

B. Relations entre le Bureau de la concurrence et les organismes de réglementation sectorielle

44. Le décret n° 45 à l’origine de la création du Bureau de la concurrence n’a pas diminué l’autorité juridique des organismes de réglementation sectorielle.

45. Il convient de noter qu’aucune des propositions de loi sur la concurrence actuelles du Sénat et de la Chambre des représentants n’envisage de centraliser les fonctions de l’autorité de la concurrence. Il y est stipulé que les pouvoirs de la future autorité de la concurrence s’ajouteront à ceux des différents organismes publics de réglementation sectorielle et n’empièteront en aucune manière sur les pouvoirs et l’autorité de ces organismes. Dans le même temps, ces propositions de loi n’exemptent pas les secteurs réglementés par leur propre organisme de réglementation de l’application du droit de la concurrence. Elles disposent que «tous les organismes publics coopèrent et coordonnent leurs activités dans l’exercice de leurs pouvoirs et responsabilités afin de prévenir tout chevauchement, de partager l’information et de prendre toute autre mesure efficace».

46. Bien qu’elles préconisent une réglementation concurrente, les propositions de loi ne définissent pas les modalités concrètes de cette coopération et de cette coordination. Cette question est abordée précisément dans une proposition de loi de la Chambre des représentants, qui prévoit que l’organisme de réglementation de la concurrence consulte l’organe de réglementation sectorielle lorsqu’il publie des directives sur les règles et réglementations applicables aux secteurs réglementés.

47. Néanmoins, la version que le Bureau de la concurrence a soumise au seizième Congrès propose que l’application et la réglementation générales de la concurrence soient du ressort de l’autorité de la concurrence.

C. Aspects institutionnels des propositions de loi sur la concurrence de la Chambre des représentants et du Sénat

48. La version unifiée du Sénat soumise au quinzième Congrès propose la création d’un bureau de la concurrence au sein du Ministère de la justice, s’apparentant dans une large mesure à la structure institutionnelle actuelle du Bureau de la concurrence, mais doté de pouvoirs juridiques. Le Bureau ferait rapport à l’organe du Congrès chargé de contrôler la concurrence, qui serait composé des présidents des commissions du Sénat et de la Chambre des représentants, de deux sénateurs et de deux représentants désignés par le Président du Sénat et le Président de la Chambre des représentants. Ce bureau serait financé par une loi de finance générale annuelle qui prévoirait un budget initial de 10 millions de pesos.

⁵ PDP Australia PTy Ltd et Meyrick and Associates, 2005, Promoting effective and competitive intra-ASEAN shipping services: The Philippines country report. Disponible à l’adresse: <http://www.asean.org/archive/AADCP-REPSF-Project/Philippines.pdf> (consulté le 28 avril 2014).

49. La version unifiée de la Chambre des représentants soumise au quinzième Congrès propose de créer une autorité de la concurrence indépendante, appelée Commission philippine de la concurrence loyale. Celle-ci serait composée d'un président et de quatre commissaires. Le président et deux membres seraient inscrits au barreau philippin, alors que les deux autres membres posséderaient une compétence reconnue en matière d'économie, de commerce, de comptabilité ou de gestion financière. Tous les membres seraient nommés par le président.

50. Il convient de noter que le Bureau de la concurrence a pris l'initiative d'élaborer la version unifiée du Sénat soumise au Congrès actuel.

51. La section 4.3 des Directives sur la politique de concurrence régionale de l'ASEAN intitulée «Structure institutionnelle de l'organisme de réglementation sectorielle de la concurrence» dispose que:

«1) Les États membres peuvent choisir la structure institutionnelle qui leur convient pour l'autorité de la concurrence, qu'il s'agisse d'une autorité unique et indépendante, de plusieurs autorités sectorielles ou d'un organe relevant d'un service ou ministère;

2) Les États membres peuvent conférer à un organisme de réglementation de la concurrence autant d'indépendance administrative que nécessaire et possible, afin d'éviter toute influence politique;

3) Les États membres peuvent décider d'affranchir le budget de l'autorité de la concurrence de toute considération politique – à savoir, de dissocier le budget de l'autorité de celui d'autres autorités publiques ou de financer une partie du budget au moyen des revenus dégagés par l'application de la réglementation de la concurrence;

4) Les États membres devraient aussi décider de créer ou non un organe administratif d'appel qui soit indépendant de l'organisme de réglementation de la concurrence et du pouvoir exécutif ou laisser l'autorité judiciaire examiner les recours.»

52. Sur le plan institutionnel, l'autorité de la concurrence prévue dans les propositions de loi du Sénat et de la Chambre des représentants est un organisme relevant des pouvoirs publics, à savoir le Ministère de la justice dans le cas de la version du Sénat et le Cabinet du Président dans la version de la Chambre des représentants. Son indépendance administrative et financière est donc potentiellement limitée. Néanmoins, la version de la Chambre des représentants permet à l'autorité de la concurrence de conserver tous les revenus provenant de l'exécution de ses fonctions, à l'exception des sanctions financières. Dans les deux versions, les recours se forment devant l'autorité judiciaire.

53. Il ressort du commentaire de la loi type de la CNUCED sur la concurrence⁶ qu'il n'est pas possible de définir la manière dont l'autorité de la concurrence devrait s'intégrer dans l'appareil administratif ou judiciaire d'un pays donné. «Le projet de loi actuel postule que la formule la plus efficace consisterait probablement en un organisme public quasi autonome ou indépendant, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes, appliquer des sanctions, etc., tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur.»

54. Des deux modèles proposés au quinzième Congrès, celui de la Chambre des représentants est le «plus indépendant» du point de vue structurel et sans doute le moins sujet à toute influence politique. Toutefois, dans la pratique, le Ministère de la justice

⁶ Par. 160, chap. IX de la loi type sur la concurrence de 2010, publiée sous la direction du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, dixième session, 7-9 juillet 2009.

intègre des équipes chargées des enquêtes et des poursuites pénales (à savoir le Bureau national des enquêtes et le Service national des poursuites) qui semblent être reconnues pour leur professionnalisme en matière d'application et de poursuites.

55. En fin de compte, la meilleure solution est que les Philippines choisissent elles-mêmes le type d'organisme qui leur convient – si la décision prise doit concilier le coût, l'efficacité, l'efficacité et la rapidité d'application, l'efficacité en dernier ressort d'une autorité de la concurrence dépend dans une large mesure de la manière dont est perçue son indépendance à l'égard de toute influence politique.

IV. Le Bureau de la concurrence – principales initiatives pour les trente-trois premiers mois

56. Comme il a été précédemment indiqué, la création du Bureau de la concurrence par le décret n° 45 a constitué une étape importante dans la mise en place d'un régime national de la concurrence. Même si cette autorité de la concurrence a été créée par un décret de juin 2011 sans être dotée de nouveaux pouvoirs législatifs, son importance ne saurait être passée sous silence. C'est pourquoi il est utile d'exposer les principales activités et réalisations de cette organisation relativement jeune.

57. Des efforts considérables ont été faits pour mettre en place une organisation conforme au décret adopté. En octobre 2011, le Ministre de la justice a publié l'arrêté ministériel n° 844, qui organise officiellement le Bureau de la concurrence et désigne un secrétaire adjoint à sa tête. C'est ainsi que la première autorité de la concurrence des Philippines a vu le jour.

58. Avant janvier 2012, le Bureau de la concurrence avait adopté un *dictum*, une vision, une mission et un ensemble de principes ou valeurs⁷.

59. Il est important que la nouvelle autorité de la concurrence se soit d'abord efforcée d'annoncer des valeurs fondamentales claires. Aux Philippines, compte tenu de l'ampleur de la corruption et des inégalités constatées, le Bureau de la concurrence doit être félicité pour sa très grande ouverture et transparence au sujet de certaines valeurs fondamentales – à savoir des notions telles que la transparence, la responsabilité, l'équité et la vérité.

60. Le Bureau de la concurrence a bénéficié d'un budget annuel distinct dans le budget ordinaire prévu par la loi de finance générale. Alors qu'en 2012, il n'employait que deux personnes à plein temps, ce sont actuellement 15 juristes et économistes à plein temps qui y travaillent, auxquels viennent s'ajouter une équipe de 20 juristes provenant d'organismes rattachés au Ministère de la justice. De nouvelles divisions juridiques et économiques devraient être créées au cours de l'année.

61. Le Bureau de la concurrence a reconnu la nécessité de travailler en complémentarité et en coopération avec les organismes de réglementation sectorielle. Afin qu'il s'acquitte des fonctions qui lui sont dévolues dans le décret n° 45, des groupes de travail ont été créés; chacun d'entre eux est coprésidé par un représentant des organismes de réglementation sectorielle.

62. Dans la phase initiale de création d'une autorité de la concurrence opérationnelle, l'idée de créer des groupes de travail auxquels participent à un niveau élevé d'autres organismes essentiels de réglementation est logique et devrait contribuer à l'objectif global d'une coopération intersectorielle.

⁷ OFC, 2012 «Year 1 report and Strategic Plan of Action», disponible à l'adresse http://www.aseancompetition.org/resources/articles_publications/2012-07/ofc-year-1-report-and-strategic-plan-action (consulté le 1^{er} mai 2014).

63. Le Ministre de la justice a publié des projets de directives visant à mieux expliquer la manière dont le Bureau de la concurrence et les organismes de réglementation sectorielle travailleraient ensemble pour se conformer au décret n° 45. L'objectif des directives est d'apporter des explications utiles concernant les processus d'orientation et le traitement des plaintes, et de clarifier la relation entre la réglementation technique, la réglementation économique et l'application de la concurrence. L'ampleur de la tâche est illustrée par le nombre d'organismes de réglementation énumérés dans les directives, soit au total 63 organismes sectoriels.

64. Le Bureau de la concurrence a également publié son premier document directif sur la coopération en matière de concurrence, définissant le rôle et les fonctions d'une autorité de la concurrence et des organismes de réglementation sectorielle, en vue d'établir un cadre régissant leurs relations.

V. Application

65. Le Bureau de la concurrence a publié des directives en matière d'application, notamment les règles d'application du décret n° 45, des directives sur la représentation en justice, des opinions consultatives sur des questions de droit et de protection des consommateurs, ainsi que des procédures actualisées de traitement des plaintes. Des documents directifs et des études de cas sur les questions de concurrence ont été élaborés et des études sectorielles portant sur les télécommunications, l'énergie et les transports sont en cours. Le Bureau de la concurrence a aussi créé le Conseil des organismes de réglementation sectorielle afin de regrouper les secteurs et les enquêtes individuelles.

66. La première affaire d'entente impliquant des négociants de gaz de pétrole liquéfié remonte à 2012. Elle fait actuellement l'objet d'une proposition de réexamen.

67. Le Bureau de la concurrence a traité 21 affaires, dont sept ont été résolues tandis que les 14 autres sont en cours d'évaluation.

VI. Promotion de la concurrence

68. La promotion de la concurrence peut être une fonction extrêmement importante de l'autorité de la concurrence dans un pays en développement où les lois et les réglementations promulguées ont des incidences sur la concurrence qui ne sont pas encore bien évaluées. De nombreux monopoles ou oligopoles peuvent être le fruit de politiques ou réglementations publiques destinées à restreindre l'entrée sur les marchés ou à favoriser un acteur dominant par rapport à de plus petits concurrents ou à d'éventuels nouveaux arrivants.

69. Le rôle du Bureau de la concurrence en matière de promotion n'est pas stipulé dans le décret n° 45, lequel porte essentiellement sur ses pouvoirs de décision concernant l'application de dispositions fragmentaires relatives à la concurrence qui sont contenues dans différentes lois et sur la surveillance des pratiques commerciales. Les propositions de loi sur la concurrence du Sénat et de la Chambre des représentants mettent autant l'accent sur les pouvoirs de décision même si elles confient à l'autorité de la concurrence la charge de proposer des textes législatifs pour réglementer le commerce, le négoce ou l'industrie.

70. Le Bureau de la concurrence et la Commission des tarifs douaniers, qui ont coordonné les précédents travaux sur la concurrence, ont mené de nombreuses activités de promotion avec le secteur privé. En tant qu'organe relevant du Ministère de la justice, le Bureau de la concurrence entretient des liens naturellement forts avec les magistrats, les procureurs publics et les enquêteurs.

71. Le Bureau de la concurrence a établi un plan de promotion qui a abouti à la publication de la proclamation présidentielle n° 384 faisant du 5 décembre la Journée nationale de la concurrence.

72. En outre, le Bureau de la concurrence a publié ses rapports annuels sur ses première et deuxième années, qui sont les principales illustrations de ses travaux. Il a aussi lancé le premier cours de présentation jamais organisé sur le droit et la politique de la concurrence à l'intention des étudiants de droit et d'économie d'une grande université du pays.

73. Des consultations périodiques avec les organisations commerciales et les associations sectorielles ont été menées afin de promouvoir le respect volontaire du droit de la concurrence.

74. Toutefois, les consommateurs et la société civile, qui sont les autres parties prenantes essentielles, ne sont pas encore toujours pleinement conscients des questions relatives au droit et à la politique de la concurrence. Le Bureau de la concurrence, ainsi que les autorités de réglementation figurant dans les propositions de loi du Sénat et de la Chambre des représentants ne sont pas mandatés pour conseiller le Gouvernement sur les questions de concurrence.

75. Même si l'absence d'un droit de la concurrence opérationnel peut restreindre sa capacité de participer à des actions notables de promotion et de vulgarisation, le Bureau de la concurrence a fait de l'attachement permanent à la promotion de la concurrence une priorité essentielle du plan d'action stratégique tel que défini ci-après: «Élaboration d'un plan de promotion à long terme comprenant une mise à jour régulière du site Web du Bureau, la publication de documents d'information, d'éducation et de communication, et l'élaboration d'un programme de promotion à l'intention des entreprises (en particulier des petites et moyennes entreprises (PME)), des consommateurs, des médias, des milieux universitaires et des groupes/secteurs connexes».

VII. Coopération internationale et assistance technique

76. Dans son premier rapport annuel, le Bureau de la concurrence affirme que:

«Des membres du Bureau de la concurrence ont assisté à des ateliers et des séminaires au Japon, au Viet Nam, à Singapour, en République de Corée, en Thaïlande, dans la République démocratique populaire lao, en Indonésie, à Brunéi et en Australie. Le Bureau de la concurrence a noué des relations avec des organisations telles que l'Agence japonaise de coopération internationale (GICR), l'Union européenne (UE), l'Agence de coopération allemande (GTZ), l'American Bar Association – Rule of Law Initiative (ABA-ROLI), la United States Agency for International Development (USAID) et la Banque mondiale – Société financière internationale (WB-IFC).».

77. Outre sa participation aux activités susmentionnées, le représentant du Bureau de la concurrence a siégé activement au Groupe d'experts de l'ASEAN sur la concurrence et a été élu à la présidence du Groupe pour la période 2013-2014. Les principales initiatives portent sur l'élaboration:

- a) D'un mémorandum sur la coopération régionale;
- b) D'études sectorielles au niveau régional et/ou national;
- c) D'un mécanisme permettant de répertorier les documents du Groupe d'experts sur la concurrence;

d) D'un système mesurant l'efficacité des États membres de l'ASEAN individuellement et collectivement au moyen de grands indicateurs.

78. Le Bureau de la concurrence est désormais reconnu au sein de l'ASEAN et de la communauté internationale comme un organisme central d'application du droit et de la politique de la concurrence aux Philippines. Il est devenu membre du Réseau international de la concurrence en 2012.

79. Le Bureau de la concurrence a conclu un mémorandum d'accord avec la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales en matière de coopération et d'assistance technique. Il a accueilli la neuvième Réunion de hauts responsables d'Asie de l'Est sur la politique de concurrence et la huitième Conférence d'Asie de l'Est sur le droit et la politique de la concurrence, et accueillera la quatrième Conférence de l'ASEAN sur la concurrence.

80. La plus grande difficulté qui attend le Bureau de la concurrence consiste peut-être à concevoir des modalités d'institutionnalisation des enseignements tirés des visites et/ou ateliers de formation internationaux. Au début, toute organisation court le risque réel que ses systèmes internes ne soient pas assez mûrs pour bien appréhender l'arrivée de nouvelles informations et se traduisent par des systèmes et procédures bénéfiques à l'organisation. Le Bureau de la concurrence a ainsi élaboré un système de base qui veille à la bonne documentation et diffusion de toutes les activités nationales et internationales auxquelles il assiste et/ou qu'il organise.

81. Globalement, on peut dire que le pays a accompli des progrès considérables dans l'application du droit et de la politique de la concurrence grâce au Bureau de la concurrence. Ces progrès se sont traduits par une amélioration dans les classements mondiaux établis avec l'Indicateur de perception de la corruption (de la 129^e place en 2011 à la 94^e en 2013) et l'Indicateur mondial de la concurrence (de la 75^e place en 2011-2012 à la 59^e en 2013-2014).

VIII. Recommandations

82. Il est impossible de formuler des observations détaillées sur le droit de la concurrence sans reconnaître au préalable les difficultés à éliminer la corruption et le sentiment d'inégalité. Les slogans tels que «Pas de corruption, pas de pauvreté» et «La corruption vole les pauvres» font partie de la campagne menée pour combattre la corruption. L'ampleur des incidences de la corruption sur l'examen des lois ne saurait être sous-estimée. Toutes les lois doivent être appliquées de sorte que l'ensemble de la collectivité les juge transparentes et justes. Même si ce résultat n'est pas facile à obtenir, c'est l'objectif initial du Bureau de la concurrence. Celui-ci a élaboré un deuxième document directif sur la gouvernance dans l'application du droit et de la politique de la concurrence où il examine le meilleur mécanisme pour une application efficace.

83. Le Président philippin aurait exercé son droit de veto sur 200 lois au moins au cours du quinzième Congrès – dont un grand nombre étaient des lois locales. Il s'avère que le Président, qui avait très rarement exercé ce droit auparavant, l'a fait lorsqu'il considérait que la loi concernée posait des difficultés pratiques d'application et pourrait avoir des conséquences non prévues. Si le processus législatif prévoit que les chambres font face à ce type de situation conjointement, aucun projet de loi sur lequel le Président a opposé son veto n'a ensuite été adopté par un vote des deux chambres. Il semble donc que le Président exerce ce droit afin de contribuer dans une large mesure au processus de réforme et de veiller à ce que les nouvelles lois n'aggravent pas les inégalités/l'injustice aux yeux de la collectivité même lorsque cela n'était pas intentionnel.

Le droit – législation actuelle et future

84. Les lois en vigueur aux Philippines ne mettent pas en place un cadre général de la concurrence. La nécessité d'un nouvel ensemble de lois est bien étayée, les propositions de loi récemment examinées par le quinzième Congrès étant l'illustration pratique qu'une loi générale sur la concurrence sera prochainement adoptée. Il est toutefois impossible de savoir quand.

Recommandation: Une loi générale sur la concurrence s'appliquant à toutes les parties de l'économie devrait être rédigée et adoptée par le Parlement dès que possible.

85. Deux questions qui méritent d'être posées dans le cadre de l'examen d'une nouvelle loi sont celles des exemptions et du degré d'indépendance de l'organisme de réglementation.

Recommandation: Toute nouvelle loi devrait être conçue pour s'appliquer à l'ensemble de l'économie et prévoir très peu d'exemptions à moins que le critère de l'intérêt public n'y soit énoncé.

86. L'examen des propositions de loi sur la concurrence par le quinzième Congrès a dévié en partie vers la question des avantages d'un organisme indépendant par rapport à un organisme interne.

87. La question de l'allocation de ressources suffisantes et pérennes est beaucoup plus importante que celle de la soi-disant indépendance.

Recommandation: Tout nouveau modèle de réglementation devrait être dûment financé afin de s'acquitter non seulement des fonctions traditionnelles d'application, mais aussi de s'occuper de la sensibilisation, de la promotion et de l'appui aux entreprises. Il faudrait éviter que l'organisme de réglementation s'autofinance en conservant le produit des sanctions financières ou des amendes en raison des incitations perverses que cela créerait.

Recommandation: Tout nouveau modèle de réglementation devrait être défini en tenant compte de l'indépendance à l'égard de toute influence politique qui est préconisée dans la loi type de la CNUCED sur la concurrence et devrait être considéré par l'ensemble de la collectivité comme véritablement indépendant du système politique.

Le niveau de preuve en matière pénale

88. Les lois en vigueur aux Philippines prévoient une peine lorsqu'une infraction peut être prouvée devant un tribunal. Comme pour toutes les infractions pénales, la charge de la preuve est très élevée – au-delà de tout doute raisonnable.

89. Les nouvelles propositions de loi examinées par le quinzième Congrès prévoient aussi des infractions pénales.

90. Est-il réaliste d'inscrire le droit de la concurrence dans un cadre pénal?

91. Les poursuites pénales des auteurs d'infractions au droit de la concurrence ne sont pas le propre des Philippines. La vraie question qui se pose est de savoir si une infraction moindre assortie d'une charge de la preuve moindre ne serait pas souhaitable.

92. Toute autorité de réglementation de la concurrence, qu'elle soit «indépendante» ou «interne», s'appuyant sur une nouvelle loi générale qui répond à l'ensemble des critères recommandés par les directives de l'ASEAN sera néanmoins confrontée à la difficulté d'appliquer la loi selon des modalités qui encouragent le secteur commercial à s'y conformer rapidement. Il ne serait pas surprenant que l'organisme de réglementation dispose dans son arsenal de sanctions pénales, civiles et administratives, tout en poursuivant les activités de sensibilisation et de promotion.

Recommandation: Le Parlement et les responsables de tout futur régime de la concurrence doivent reconnaître l'importance d'un recours efficace à l'ensemble des mesures d'application possibles. Compte tenu des difficultés liées à la charge de la preuve en matière pénale pour les affaires concernant des accords anticoncurrentiels et des délais très longs de traitement de ces affaires, toutes les options doivent être envisagées pour que le droit de la concurrence soit rapidement respecté.

Sanctions administratives

93. Les propositions de loi examinées par le quinzième Congrès prévoient des sanctions administratives allant de 10 millions de pesos à 50 millions de pesos pour une personne physique. Les sanctions imposées aux personnes morales vont de 250 millions à 750 millions de pesos. Ce sont des sanctions très importantes qui devront être administrées de manière cohérente et transparente. Tant qu'il n'y a pas de loi sur la concurrence, il n'est pas possible d'évaluer l'administration des sanctions prévues, mais on peut examiner les modalités suivies par le Ministère du commerce et de l'industrie afin de s'en faire une idée.

94. La sanction administrative prévue dans la loi sur les prix et dans les propositions de loi sur la concurrence est prise sans renvoi à un organe judiciaire indépendant. Il est compréhensible que, selon certaines parties, l'organisme de réglementation de la concurrence doive être indépendant puisqu'il a le pouvoir de prendre des sanctions allant jusqu'à 750 millions de pesos. Dans une collectivité où les soupçons à l'égard de la justice et de l'équité de certaines décisions publiques sont bien ancrés, il semble inévitable que des soupçons pèsent sur la décision d'imposer ou de ne pas imposer des sanctions et sur l'ampleur desdites sanctions.

Recommandation: Il faudrait élaborer des directives claires expliquant la prise des décisions, la collecte des preuves, les auditions et les droits de recours dans l'administration de tout régime de sanctions, prévu par une nouvelle loi sur la concurrence.

Notion de responsabilité conjointe et multiple

95. L'une des caractéristiques des deux propositions de loi examinées par le quinzième Congrès est la disposition traitant de la responsabilité conjointe et multiple des cadres des entreprises.

96. Il s'agit d'une caractéristique extrêmement importante du régime d'application de la concurrence – il est essentiel qu'un certain nombre de personnes physiques puissent être tenues responsables et que la protection offerte par l'entreprise ne dissuade pas de respecter la législation.

Recommandation: Toute loi sur la concurrence devrait contenir une disposition veillant à ce que, lorsque l'auteur de l'infraction est une société, association, entreprise ou autre entité, les responsabilités financières soient conjointes et multiples à l'encontre des directeurs, cadres, associés, etc.

Politique de clémence, personnes dénonçant des abus et «tentative de pratique illégale»

97. La loi sur la concurrence devrait être conçue de manière à traiter les pratiques anticoncurrentielles, qu'elles soient avérées ou qu'il s'agisse de tentatives.

98. Il est important que toute tentative d'infraction à la loi soit traitée de manière aussi sévère que les pratiques avérées.

99. Dans ce contexte, il convient d'examiner la protection offerte aux témoins potentiels, qu'ils aient dénoncé des abus, qu'ils invoquent la clémence ou qu'il s'agisse de simples citoyens qui sont devenus, d'une manière ou d'une autre, les témoins d'un fait pertinent.

100. Le problème mentionné peut être résolu par le Programme de protection des témoins relevant du Ministère de la justice, mécanisme qui encourage les témoins à témoigner en les protégeant de toutes représailles et pertes économiques.

Recommandation: Tout nouveau régime doit prévoir un dispositif de clémence, assurer la protection des dénonciateurs et introduire une infraction de tentative de pratique anticoncurrentielle pour être véritablement efficace. La notion de clémence, allant au-delà de l'immunité, devrait être envisagée.

Capacités de poursuite du Ministère de la justice

101. Un certain nombre d'organismes ont un rôle à jouer dans la poursuite des infractions pénales envisagées dans les propositions de loi. Si l'on récapitule brièvement, le Bureau de la concurrence enquête et collecte des preuves, le Bureau national des enquêtes l'aide et collecte aussi des preuves, le Service national des poursuites mène l'enquête initiale et, si la décision d'intenter une action en justice est prise, il saisit le tribunal d'instance régional.

102. Le Bureau de la concurrence doit être félicité car il dispose déjà de personnel détaché du Bureau national des enquêtes. Il est clair que la direction du Bureau de la concurrence comprend que se pose le problème du renforcement de ses capacités. Malgré cette prise de conscience, il y a encore lieu de s'inquiéter des incidences néfastes que pourrait avoir une mauvaise appréciation des ressources nécessaires au Bureau national des enquêtes sur l'application de toute nouvelle loi sur la concurrence.

Recommandation: Toute proposition visant à allouer un budget à l'organisme chargé de la concurrence doit dans le même temps examiner les incidences sur le financement du Bureau national des enquêtes et du Service national des poursuites.

Capacités de l'appareil judiciaire

103. Le Bureau de la concurrence a déjà entrepris des activités de promotion et de renforcement des capacités, notamment concernant la sensibilisation des juristes en organisant au début 2013 une réunion d'information et de sensibilisation avec un certain nombre de magistrats. Le Bureau de la concurrence doit être félicité non seulement pour ses activités de sensibilisation/promotion menées, mais aussi pour avoir ciblé les membres du corps judiciaire comme bénéficiaires.

Recommandation: Le Bureau de la concurrence devrait rester en relation avec la justice afin de veiller à ce que les tribunaux soient bien informés de toute nouvelle loi, ainsi que de ce qui sera attendu d'eux dans les affaires qui leur seront soumises. Cette relation doit s'inscrire dans le respect de l'indépendance des auxiliaires de justice, mais elle peut être gérée d'une manière qui soit bénéfique à la fois à l'organisme de réglementation et à la justice.

Fonction d'application

104. Le problème posé par la collecte des preuves et par les poursuites dans le cadre de l'application du droit de la concurrence a déjà été évoqué. Il est tout aussi important d'examiner l'éventail des compétences nécessaires à une application complète.

105. La structure et le tableau d'effectifs de l'organisme de réglementation doivent tenir compte de la complexité des tâches, surtout lors de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. Le personnel sera encouragé à saisir les tribunaux car c'est là la seule manière de développer le droit – la jurisprudence aide à interpréter la loi et résulte uniquement des actions en justice. En réalité, cela prendra du temps, c'est-à-dire de nombreuses années. Les mesures d'application ne peuvent pas être mises en suspens jusqu'à ce que les tribunaux

interprètent et développent le droit. L'administration (qu'elle soit rattachée au Ministère de la justice ou indépendante) devra élaborer une politique d'application afin d'aider le secteur commercial dans son ensemble à comprendre la réglementation.

106. En liaison avec les fonctions d'application, mais dans un cadre distinct, il faut disposer des capacités de mener des analyses de marché – il faut comprendre les divers marchés et les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient avoir des incidences néfastes sur les consommateurs. Les compétences nécessaires à cette tâche ne sont pas forcément les mêmes que celles dont a besoin le personnel chargé de la collecte des preuves et des poursuites.

107. Après avoir suivi des formations sur les études sectorielles et les analyses de marché, le personnel du Bureau de la concurrence mène actuellement des études et des enquêtes sur les secteurs des transports, de l'énergie et des télécommunications.

Recommandation: Le Bureau de la concurrence devrait poursuivre les activités qu'il a déjà engagées afin de renforcer ses capacités dans tous les aspects de l'administration d'une loi sur la concurrence efficace. Il faudrait envisager de participer de manière suivie à l'ASEAN et à la communauté internationale dans son ensemble afin de contribuer à la mise en valeur des compétences et à l'élaboration des politiques dans ce domaine essentiel. Il faudrait examiner au plus tôt les approches qui tirent profit des médias sociaux et de la technologie la plus récente.

Sensibilisation – traitement des plaintes

108. Dans son plan d'action stratégique, le Bureau de la concurrence a reconnu la nécessité de prévoir un processus de traitement des plaintes. Cela est beaucoup plus important que le simple fait d'avoir un processus interne solide permettant de gérer les affaires et d'éviter tout oubli. Ce processus interne doit être un pilier essentiel sur lequel repose la confiance du public.

Recommandation: Le Bureau de la concurrence devrait élaborer un régime de traitement des plaintes et un régime de notification qui contribueront à renforcer la confiance du public.

Résumé des recommandations

109. Les recommandations sont mieux comprises lorsqu'elles sont regroupées en fonction de leur destinataire, à savoir le législateur, le Gouvernement et/ou les responsables de l'organisme de réglementation.

Recommandations adressées au législateur

Une loi générale sur la concurrence s'appliquant à tous les secteurs de l'économie devrait être rédigée et adoptée par le Parlement dès que possible.

Toute nouvelle loi devrait être conçue pour s'appliquer à l'ensemble de l'économie et prévoir très peu d'exemptions à moins que le critère de l'intérêt public n'y soit énoncé.

Tout nouveau modèle de réglementation devrait être défini en tenant compte de l'indépendance à l'égard de toute influence politique qui est préconisée dans la loi type de la CNUCED sur la concurrence, et devrait être considéré par l'ensemble de la collectivité comme véritablement indépendant du système politique.

Le Parlement et les responsables de tout futur régime de la concurrence devraient reconnaître l'importance d'un recours efficace à l'ensemble des mesures d'application possibles. Compte tenu des difficultés liées à la charge de la preuve en matière pénale pour les affaires concernant des accords anticoncurrentiels ainsi que des délais très longs de traitement de ces affaires, toutes les options doivent être envisagées pour que le droit de la concurrence soit rapidement respecté.

Toute loi sur la concurrence devrait contenir une disposition veillant à ce que, lorsque l'auteur de l'infraction est une société, une association, une entreprise ou toute autre entité, les responsabilités financières soient conjointes et multiples à l'encontre des directeurs, des cadres, des associés, etc.

Tout nouveau régime doit prévoir un dispositif de clémence, assurer la protection des dénonciateurs d'abus et introduire une infraction de tentative de pratique anticoncurrentielle pour être véritablement efficace. La notion de clémence allant au-delà de la simple immunité, devrait être envisagée.

Recommandations adressées au Gouvernement

Tout nouveau modèle de réglementation devrait être dûment financé afin de s'acquitter non seulement des fonctions traditionnelles d'application, mais aussi de s'occuper de la sensibilisation, de la promotion et de l'appui aux entreprises. Il faudrait éviter que l'organisme de réglementation s'autofinance en conservant le produit des sanctions financières ou des amendes en raison des incitations perverses que cela créerait.

Toute proposition visant à allouer un budget à un organisme chargé de la concurrence doit dans le même temps examiner les incidences sur le financement du Bureau national des enquêtes et du Service national des poursuites.

Recommandations adressées aux responsables de l'organisme de réglementation

Le Parlement et les responsables de tout futur régime de la concurrence devraient reconnaître l'importance d'un recours efficace à l'ensemble des mesures d'application possibles. Compte tenu des difficultés liées à la charge de la preuve en matière pénale pour les affaires concernant des accords anticoncurrentiels ainsi que des délais très longs de traitement de ces affaires, toutes les options doivent être envisagées pour que le droit de la concurrence soit rapidement respecté (recommandation également adressée au législateur).

Il faut élaborer des directives claires expliquant la prise des décisions, la collecte des preuves, les auditions et les droits de recours concernant l'administration de tout régime de sanctions prévu par une nouvelle loi sur la concurrence.

Le Bureau de la concurrence devrait rester en relation avec la justice afin de veiller à ce que les tribunaux soient bien informés de toute nouvelle loi, ainsi que de ce qui sera attendu d'eux dans les affaires qui leur seront soumises. Cette relation doit évidemment s'inscrire dans le respect de l'indépendance des auxiliaires de justice, mais elle peut être gérée d'une manière qui soit bénéfique à la fois à l'organisme de réglementation et à la justice.

Le Bureau de la concurrence devrait poursuivre les activités qu'il a déjà engagées afin de renforcer ses capacités dans tous les aspects de l'administration d'une loi sur la concurrence efficace. Il devrait envisager de participer de manière suivie à l'ASEAN et à la communauté internationale dans son ensemble afin de contribuer à la mise en valeur des compétences et à l'élaboration de politiques dans ce domaine essentiel. Il faudrait examiner au plus tôt les approches qui tirent profit des médias sociaux et de la technologie la plus récente.

Le Bureau de la concurrence devrait élaborer un régime de traitement des plaintes et un régime de notification qui contribueront à renforcer la confiance du public.
