

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

**Politique et droit de la concurrence de l'Indonésie:
Examen collégial volontaire**

Aperçu général

Rapport du secrétariat de la CNUCED



NATIONS UNIES

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

**Politique et droit de la concurrence de l'Indonésie:
Examen collégial volontaire**

Aperçu général

Rapport du secrétariat de la CNUCED



Nations Unies
New York et Genève, 2009

Note

C'est la CNUCED qui, au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, est responsable de toutes les activités relatives à la politique de concurrence. Elle s'attache à améliorer la compréhension de la nature du droit et de la politique de la concurrence et de sa contribution au développement et à créer un contexte propice au fonctionnement efficace des marchés.

La CNUCED s'acquitte de sa tâche au moyen de délibérations intergouvernementales, d'activités de renforcement des capacités, de conseils, de recherches et d'analyses sur les rapports entre la politique de la concurrence et le développement.

Le présent examen collégial volontaire de la politique et du droit de la concurrence s'inscrit dans le cadre de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives «Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence» adopté par l'Assemblée générale en 1980. L'Ensemble de principes et de règles vise, entre autres choses, à aider les pays en développement à adopter et appliquer une législation et une politique de la concurrence bien adaptées à leurs besoins de développement et à leur situation économique.

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent 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, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. Le texte de la présente publication peut être cité ou reproduit sans autorisation, sous réserve qu'il soit fait mention de ladite publication et de sa cote et qu'un justificatif soit adressé au secrétariat de la CNUCED.

Le présent rapport a été rédigé pour la CNUCED par M^{me} Elizabeth M. M. Q. Farina, ex-présidente du Tribunal brésilien de la concurrence (CADE).

Le présent aperçu général est aussi publié en tant que partie de la publication «Droit et politique de la concurrence de l'Indonésie: Examen collégial volontaire» (UNCTAD/DITC/CLP/2009/1).

UNCTAD/DITC/CLP/2009/1 (Overview)

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
Introduction	1
I. Cadre général de la politique économique et du développement.....	2
II. Portée et application de la législation et de la politique de la concurrence.....	4
A. Les objectifs de la politique et du développement de la concurrence.....	4
B. Le champ d'application de la loi sur la concurrence – pratiques anticoncurrentielles	4
1. Analyse de la teneur de la loi.....	4
2. Questions de procédure.....	8
3. Sanctions.....	11
4. Examen des fusions	12
5. Examen judiciaire	13
6. Exemptions: article 50.....	15
C. L'application du droit de la concurrence – arrangements institutionnels.....	15
III. Sensibilisation aux questions de concurrence	19
IV. Coopération internationale et assistance technique	23
V. Conclusions et options possibles	24
A. Recommandations.....	24
1. Pratiques anticoncurrentielles	24
2. Questions administratives	26
3. Examen des fusions	27
4. Justice	28
5. Action de sensibilisation.....	28
B. Considération générale: modification de la loi	28

Introduction

Depuis l'adoption de la loi pertinente en 1999, la politique indonésienne de la concurrence comporte trois grands axes. Le premier est l'application de la loi qui réprime la collusion entre soumissionnaires dans les marchés de l'État, souvent assurée en coopération avec la Commission anticorruption. Le deuxième consiste à préconiser que les pouvoirs publics tiennent compte des objectifs de la concurrence dans la réalisation des autres objectifs du Gouvernement. Le troisième consiste à entretenir l'intérêt du public en inscrivant parmi les critères d'utilisation des ressources le point de savoir si une affaire donnée aura une incidence directe et positive sur les citoyens et les consommateurs. Toutefois, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Commission de surveillance de la concurrence, dite ci-après KPPU) doit se défendre contre des carences institutionnelles qui menacent son indépendance et ses moyens techniques. La loi sur la concurrence contient des termes ambigus qui sont source d'incertitude. Elle contient même des mentions qui sont incompatibles avec ses objectifs déclarés.

L'examen collégial de la politique de la concurrence vise à donner aux organismes de la concurrence une évaluation indépendante et utile de leurs institutions ainsi que de la teneur de la législation sur la concurrence et de son application. En outre, le processus d'examen collégial de la CNUCED fait fonction d'évaluation des besoins de renforcement des capacités et d'assistance technique des pays intéressés.

I. Cadre général de la politique économique et du développement

L'Indonésie est un pays de 245 millions d'habitants qui a un revenu par habitant de 2 271 dollars É.-U.¹. Bien que restant inférieur à celui de certains voisins asiatiques comme la Malaisie (6 948 dollars É.-U.), Singapour (30 000 dollars É.-U.) et la Thaïlande (3 737 dollars É.-U.), le revenu par habitant de l'Indonésie a pourtant presque doublé depuis 2004.

L'Indonésie a une économie de marché où l'État joue encore un rôle non négligeable. Entre les années 70 et les dernières années 90, le pays a enregistré une forte croissance. L'Indonésie était considérée comme une nouvelle économie prospère en voie d'industrialisation et un grand marché naissant. Cependant, cette croissance rapide de l'économie masquait certaines faiblesses institutionnelles importantes qui sont apparues au grand jour pendant la crise des années 90. Le système juridique et l'appareil judiciaire étaient très faibles et inefficaces: il n'existait pas de moyen effectif de faire respecter les contrats, de recouvrer les dettes ou d'engager des poursuites en cas de faillite. La réglementation prudentielle du système bancaire était médiocre. Les obstacles non tarifaires, la recherche de rente par les entreprises d'État, les subventions, les obstacles au commerce local et les restrictions à l'exportation avaient tous contribué à créer des distorsions économiques².

Vers la fin de la décennie 1990, l'Indonésie et le Fonds monétaire international (FMI) se sont mis d'accord sur des réformes économiques, institutionnelles et structurelles, y compris sur une politique de la concurrence et une lutte énergique contre la corruption. En 1998, une lettre d'intention a été signée entre le Gouvernement indonésien et le FMI. L'adoption de la loi n° 5 du 5 mars 1999³ a été déclenchée par cet accord, encore que des discussions sur une législation de la concurrence s'étaient déroulées pendant toute la décennie, à l'initiative de l'Indonésie elle-même. L'opinion publique était préoccupée par les monopoles, les cartels et la corruption. Dans une certaine mesure, la concurrence était régie par des

¹ Au cours du marché.

² http://wapedia.mobi/en/Economy_of_Indonesia.

³ La loi prévoyait un délai d'une année pour entrer en vigueur, et un délai supplémentaire de six mois pour permettre aux entreprises de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à la loi (jusqu'en septembre 2000).

dispositions du Code civil et du Code pénal⁴. Chose inhabituelle, la loi n'était pas une initiative du Gouvernement, mais de la Chambre des députés.

Depuis la promulgation de la loi, la Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Commission de surveillance de la concurrence, ci-après désignée KPPU) est l'organisme chargé de faire appliquer la loi en Indonésie.

Dans ses huit années de fonctionnement, la KPPU a été saisie d'un nombre croissant de rapports (plaintes), dont le nombre est passé de 7 à 231, et en conséquence elle a rendu un nombre croissant de décisions, passé de 2 en 2000 à 46 en 2008. La relation étroite qui existe entre la politique de lutte contre la corruption et la politique de la concurrence apparaît dans la majorité des cas relatifs aux marchés de l'État. La KPPU a créé une culture de la concurrence dont le succès est illustré par le pourcentage élevé de ses recommandations qui ont été adoptées par le Gouvernement: 50 % des 57 recommandations émises dans la période 2000-2008.

⁴ En vertu de l'article 52 1) de la loi n° 5, ces dispositions demeurent en vigueur pour autant qu'elles ne soient pas en conflit avec la loi.

II. Portée et application de la législation et de la politique de la concurrence

A. Les objectifs de la politique et du développement de la concurrence

La loi n° 5 se fixait pour objectifs: «a) de protéger les intérêts du public et d'augmenter l'efficacité de l'économie nationale en vue d'améliorer le bien-être de la population; b) de créer un climat propice aux affaires en affirmant le principe d'une concurrence commerciale loyale afin d'assurer avec certitude l'égalité des chances pour les grandes entreprises comme pour les petites et moyennes entreprises en Indonésie; c) de prévenir les pratiques monopolistiques et la concurrence déloyale dans le milieu du commerce et de l'entreprise; d) de donner de l'efficacité et de l'efficience aux activités commerciales.»⁵. Le préambule ajoute comme objectif la promotion de la croissance économique. Chose intéressante, la loi se donne comme objectif le bien-être total et non le bien-être du consommateur, comme on peut le déduire de son insistance sur l'efficience et l'efficacité des activités des entreprises.

La loi présente de nombreux objectifs contradictoires: intérêt public, protection des petites entreprises, efficience, etc. Établir un équilibre entre ces objectifs serait une tâche ardue et différents équilibres pourraient déboucher sur des décisions incohérentes et imprévisibles. L'application évolutive de la loi, dans le cadre et la culture juridiques, l'environnement économique et les caractéristiques de la société indonésienne, vont déterminer et définir cet équilibre. Une dimension de cet équilibre a déjà été définie: d'après les membres de la Commission, l'interdiction de la concurrence déloyale a été régulièrement appliquée aux pratiques qui affaiblissent la concurrence, entraînent des pertes pour le consommateur ou nuisent à l'intérêt public.

B. Le champ d'application de la loi sur la concurrence – pratiques anticoncurrentielles

1. Analyse de la teneur de la loi

La loi n° 5 s'ouvre sur une section qui définit certaines notions. Certaines définitions sont trop restrictives ou trop générales. Ainsi, la loi fixe comme

⁵ Version anglaise du texte de la loi n° 5, art. 3, fournie par la KPPU.

seul critère d'évaluation de la part de marché la valeur des ventes ou des achats. Or d'autres critères tels que la quantité ou la capacité permettraient de mieux délimiter l'ampleur de la concurrence et sont couramment utilisés dans d'autres juridictions. En revanche, d'autres notions reçoivent une définition plus large qu'il n'est habituel, par exemple le «monopole» défini comme étant soit «un agent économique», soit «un groupe d'agents économiques».

La législation indonésienne ne laisse guère de marge de souplesse dans l'application dès lors que les termes ou expressions sont définis par la loi et la loi sur la concurrence est difficile à modifier.

Les pratiques anticoncurrentielles sont réparties en trois grandes catégories: a) accords interdits (oligopoles, prix imposés, répartition géographique des marchés, boycottage, ententes, trusts, oligopsones, intégration verticale, accords d'exclusivité et accords avec des parties étrangères); b) activités interdites (monopoles, monopsones, régulation des marchés et collusion); c) position dominante (dispositions générales, positions multiples et actionnariat).

Le chapitre III fixe un seuil fondé sur la part de marché qui définit des hypothèses juridiques:

Oligopole/oligopsonne: deux ou trois «agents économiques» dominant plus de 75 % du marché (art. 4 2)).

Monopole/monopsonne: un «agent économique» domine plus de 50 % du marché (art. 17 2) C) et 18 2)).

Position dominante: un «agent économique» domine plus de 50 % ou bien deux ou trois «agents économiques» dominant plus de 75 % du marché pour un groupe d'entreprises (art. 25 2)).

Ces hypothèses permettent de détecter la structure de marché qui favorise l'apparition de pratiques monopolistiques ou d'une concurrence déloyale.

L'Indonésie inverse le schéma habituel de la règle de raison et du traitement comme illicite *per se* de certaines activités. Contrairement à l'habitude, elle applique la règle de raison pour évaluer certains accords horizontaux habituellement jugés dans d'autres juridictions selon la règle *per se*, par exemple les ententes sur les prix, la répartition du marché et la

collusion entre soumissionnaires. En revanche, elle traite souvent les manœuvres unilatérales comme étant illicites *per se*, notamment la discrimination par les prix, les contrats d'exclusivité, les accords de vente liée et l'abus de position dominante. Cette pratique paraît contraire aux objectifs de la loi, ne serait-ce que par son effet inhibiteur sur la stratégie de concurrence des entreprises.

Un moyen de remédier aux dispositions juridiques qui ne vont pas dans le sens des objectifs d'une loi est de refuser de les appliquer. On peut en trouver un exemple dans certaines dispositions de la loi sur la concurrence. Ainsi, la discrimination par les prix est illicite *per se*. Or, en huit ans, la KPPU n'a engagé aucune procédure pour ce motif. Il en va de même de la fixation de prix d'éviction. Souvent, la discrimination par les prix peut en effet avoir un effet favorable à la concurrence et des prix bas ne sont pas nécessairement des prix d'éviction. Il serait donc plus pertinent d'appliquer la règle de raison.

La collusion de toute sorte (horizontale, verticale ou les deux) dans les marchés de l'État, liée le plus souvent à la corruption de fonctionnaires, est un des domaines où l'action de répression de la KPPU a eu le plus de succès. La plupart des affaires traitées par la Commission concernent des manœuvres frauduleuses dans les marchés publics. À première vue, détenir une compétence pour certaines affaires de corruption pourrait sembler se faire au détriment des questions de concurrence, mais ce n'est pas le cas: près de 90 % des affaires traitées en vertu de cette disposition sont des manœuvres frauduleuses et des collusions dans les marchés publics.

La loi anticorruption de 2002 s'applique uniquement aux fonctionnaires et aux employés des sociétés d'État impliqués dans des manœuvres frauduleuses en matière de marchés publics. Elle ne s'applique pas aux sociétés ou aux agents économiques privés. La nécessité de combattre la corruption faisant intervenir des sociétés privées ou des agents du secteur privé a déterminé le champ d'application de la loi sur la concurrence. L'organisme chargé de faire respecter la loi anticorruption est la Commission d'éradication de la corruption (KPK). La KPPU et la KPK ont signé un mémorandum d'accord visant l'application des deux lois, la lutte contre la corruption et la lutte contre la corruption et la collusion entre soumissionnaires ou les manœuvres frauduleuses dans les marchés publics perpétrées par les agents économiques. Les deux organismes se renvoient des affaires, renforçant la lutte contre la corruption et contre les pratiques

anticoncurrentielles simultanément. L'action d'application des deux lois est renforcée par l'information sur les pratiques illicites qui émane essentiellement des soumissionnaires ayant échoué à l'adjudication. La relation entre les deux commissions paraît très fructueuse.

La seule directive qui a été émise par la KPPU concerne l'article 22 de la loi n° 5, qui traite de l'interdiction de la collusion entre soumissionnaires.

Un autre moyen de combattre la corruption a été de créer un «indice d'intégrité», fondé sur des enquêtes concernant le versement de pots de vin.

Les renseignements concernant les pratiques illicites proviennent essentiellement des plaintes des soumissionnaires perdants, qui peuvent présenter des «rapports» aux deux commissions.

Les affaires de collusion entre soumissionnaires sont plus difficiles à détecter car il n'y a pas de perdant pour se plaindre. La KPPU peut procéder à des écoutes téléphoniques (art. 12) et procéder à des perquisitions-saisies, mais il lui est plus difficile d'obtenir le premier élément d'information. La loi n° 5 sur la concurrence ne prévoit pas d'accords de clémence ni de possibilité d'amnistie. En revanche, des incitations sont prévues pour la dénonciation d'actes de corruption. D'une part, il existe une loi sur la protection des témoins, destinée à aider la KPK. D'autre part, une récompense est prévue pour les «rapports», qui va jusqu'à 0,2 % de la somme recouvrée par l'État.

Un tribunal spécial est chargé de connaître des affaires de corruption présentées par la KPK. Les affaires présentées par le ministère public sont déferées au tribunal de district. Il y a donc deux procédures distinctes, deux autorités distinctes et un risque réel de justice à deux vitesses. D'après la KPPU, la manière dont est conçue l'application de la loi fait partie du problème et non de la solution.

La KPPU n'est pas habilitée à signer des accords de clémence ni à appliquer des programmes d'amnistie. En revanche, il existe des conventions d'expédient par lesquelles les parties fautives s'engagent à cesser leurs agissements. Le recours aux conventions d'expédient peut faire partie d'un processus d'apprentissage qui reconnaît la longue tradition de pratiques monopolistiques et de népotisme par le biais des chaînes verticales.

L'analyse appliquée aux pratiques anticoncurrentielles va faire l'objet d'une directive. D'après certaines informations, la KPPU est en train d'élaborer une directive qui énoncerait toutes les notions, définitions et tous les critères d'analyse qui sont appliqués, d'après le rapport 2007 de la Commission et le rapport de l'Agence japonaise de coopération internationale (JICA). Cette initiative va contribuer à la transparence et, pour autant que l'appareil judiciaire suive, renforcera la sécurité juridique.

On rapporte que la KPPU est en train d'élaborer plusieurs directives parallèlement, y compris concernant l'examen des fusions, mais une seule est déjà adoptée et appliquée. Les directives sont souvent inspirées d'affaires concrètes et reflètent habituellement la jurisprudence. La rédaction des directives peut être difficile et laborieuse, notamment lorsqu'il s'agit d'obtenir un consensus interne. C'est pourquoi il peut être préférable d'élaborer des directives de portée plus limitée.

Étant donné que les directives affectent différentes parties prenantes, qui ont des perspectives et une expérience différentes, il est très utile de mettre le texte proposé en consultation publique. Sa traduction en anglais pourrait susciter des commentaires internationaux qui ouvriraient d'autres perspectives et permettraient de connaître d'autres expériences.

2. Questions de procédure

Les articles 35 et 36 confèrent à la KPPU des pouvoirs, une compétence et des obligations étendus qui l'obligent et l'autorisent à procéder à des enquêtes et à juger des affaires de concurrence. Parmi ses obligations, elle doit «évaluer» les accords, les activités commerciales et les actes d'«agents économiques» et les abus de position dominante. Elle doit aussi donner des conseils et des avis concernant la politique des pouvoirs publics, élaborer des directives et présenter un rapport annuel.

Parmi ses pouvoirs, la KPPU est habilitée à recevoir des «rapports» (dénonciations), à convoquer les parties et les témoins, à formuler des conclusions à la suite des enquêtes et des audiences, à demander des explications aux organismes gouvernementaux apparentés, «à déterminer et établir l'existence ou la non-existence de pertes subies par les agents économiques ou la société», et à infliger des sanctions. Ses pouvoirs d'enquête sont libellés dans des termes vagues tels que «conduire des

recherches», «conduire des enquêtes», «se procurer, examiner et/ou évaluer» des lettres, des documents ou d'autres instruments de preuve.

La KPPU engage une procédure d'enquête soit à la suite d'un «rapport» émanant d'un individu, soit d'office. L'action d'office est engagée après un contrôle mené dans les quatre-vingt-dix jours, délai qui peut être prorogé de soixante jours. Les plaintes anonymes ne sont pas acceptées, mais l'identité du dénonciateur peut rester confidentielle.

Après avoir été acceptés en tant qu'affaire de concurrence, les «rapports» (dénonciations) doivent passer par toutes les étapes de la procédure. La plupart des décisions rendues par la KPPU, y compris les condamnations, n'ont guère d'impact sur l'économie, d'après les membres de la Commission. Celle-ci n'est pas autorisée à choisir les affaires dont elle se saisit, à établir un ordre de priorité ou à classer une affaire par une procédure de référé.

Si le rapport ou le processus de contrôle est suffisamment complet pour qu'on puisse conclure à une éventuelle infraction, la KPPU ouvre une enquête préliminaire. L'objet de cette enquête est de recueillir un début de preuve d'une pratique anticoncurrentielle et de déterminer si un complément d'enquête est nécessaire. Des audiences peuvent être organisées pendant cette phase. L'enquête préliminaire doit être terminée dans les trente jours ouvrables.

Si l'enquête préliminaire permet de conclure à l'existence d'une infraction éventuelle, la Commission ouvre une nouvelle enquête qui doit être menée dans les soixante jours ouvrables, délai qu'elle peut proroger de trente jours.

Les parties peuvent demeurer silencieuses ou mentir afin de ne pas donner de preuves contre elles-mêmes, mais elles ne peuvent pas refuser de remettre les documents demandés ou de témoigner ni faire obstacle à l'enquête.

La KPPU rend ses décisions motivées, par écrit, au cours d'une audience publique, dans les trente jours ouvrables suivant la conclusion de la nouvelle enquête. Les parties ont trente jours pour se conformer à la décision.

La loi ne prévoit aucune possibilité de révision par la KPPU. Les erreurs matérielles simples qui peuvent survenir ne peuvent être corrigées que par un recours judiciaire coûteux.

Les recours contre les décisions de la KPPU doivent être formés devant le tribunal de district dans les quatorze jours suivant la notification à la partie qui a été reconnue coupable. Le tribunal statue dans les trente jours. La KPPU et les parties peuvent faire appel de la décision du tribunal directement auprès de la Cour suprême, en court-circuitant la Haute Cour (cour d'appel). La Cour suprême rend sa décision dans les trente jours. La KPPU peut aussi s'adresser à la justice pour faire exécuter ses décisions si celles-ci n'ont pas été respectées.

D'après la KPPU, 70 % des affaires ont débouché sur une condamnation et dans 40 % des cas il a été fait appel de la décision devant les tribunaux. Une proportion de 85 % des décisions contestées a été confirmée par les tribunaux de district et la Cour suprême a confirmé toutes les décisions qui lui avaient été soumises. C'est là un très bon résultat si on le compare à d'autres juridictions récentes.

Tous les délais fixés pour les enquêtes et la prise de décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles sont rigoureux, sans possibilité de suspension pour un motif quelconque. Même le délai accordé aux parties pour se conformer à une décision peut être trop court, selon la nature des réparations imposées par la Commission. Certains universitaires justifient cette obligation par la lenteur des procédures judiciaires. Néanmoins, il faut reconnaître que si les délais sont acceptables pour les affaires simples et de petite envergure, ils ne le sont pas pour les affaires plus complexes.

D'après un membre de la Commission, il est très difficile de réaliser une bonne étude économique dans les délais fixés par la loi.

Étant donné les contraintes de temps, il est difficile de faire une enquête approfondie et une analyse économique correcte. On pourrait remédier au problème par un système de suspension des délais permettant de rassembler des données ou des renseignements additionnels, moyennant certaines règles telles qu'une justification ou une durée de suspension limitée. Actuellement, la seule latitude permise est que le tribunal de district peut proroger le délai qui lui est imparti pour se prononcer lorsqu'il estime que l'affaire doit être renvoyée à la KPPU pour complément d'enquête.

Un amendement à la loi est à l'étude, qui permettrait de modifier la procédure. Aujourd'hui, il peut être fait appel de la décision de la KPPU devant n'importe quel tribunal de district. Or il existe plus de 100 de ces tribunaux en Indonésie. Le projet d'amendement dispose que la Cour suprême désignera un seul tribunal chargé de connaître des recours contre une décision de la KPPU. Autre solution, on pourrait améliorer la situation si les appels étaient interjetés non pas devant les tribunaux de district mais devant la Haute Cour⁶.

3. Sanctions

D'après la loi n° 5, la KPPU est habilitée à imposer des sanctions administratives ou pénales. Parmi les sanctions administratives, la Commission peut déclarer un accord nul et non avenu, ordonner la cessation de l'intégration verticale ou des activités «dont il est prouvé qu'elles donnent lieu à des pratiques monopolistiques, à une concurrence commerciale déloyale et/ou qu'elles sont nuisibles à la société» et de l'abus de position dominante, décider du paiement d'indemnités et imposer une amende d'un montant de 1 à 25 milliards de rupiahs (environ 82 650 à 2,07 millions de dollars, au cours actuel du marché).

L'article 48 prévoit aussi des sanctions pénales. Selon la gravité de l'infraction, il peut être infligé une amende de 1 à 100 milliards de rupiahs (environ 82 650 à 8,27 millions de dollars) ou une peine de prison de trois à six mois. La KPPU peut imposer des sanctions additionnelles telles que les suivantes: «a) révocation du permis d'exploitation; b) interdiction faite aux agents économiques dont il est prouvé qu'ils ont violé la loi d'occuper les fonctions de directeur ou de mandataire pendant au moins deux (2) ans et au maximum cinq (5) ans; c) ordre de cesser certaines activités ou certains actes entraînant des pertes pour d'autres parties».

Nonobstant ces dispositions, les membres de la Commission ont fait savoir qu'elle n'était pas autorisée à imposer des sanctions pénales. Par conséquent, il n'est pas certain que la Commission soit habilitée à appliquer ces sanctions, et, dans l'affirmative, qu'elle puisse le faire sans le concours de la police ou de la justice. Il en résulte une insécurité juridique qui affaiblit les pouvoirs de répression de la KPPU.

⁶ Il y a trois degrés d'instances: tribunaux de district, Haute Cour et Cour suprême.

Pour prévenir les pratiques illicites, les amendes maximum sont modiques par rapport au chiffre d'affaires des plus grosses sociétés indonésiennes comme Telekom Indonesia (5,59 milliards de dollars de ventes en 2008), la Banque Rakyat Indonesia (2,15 milliards de dollars de ventes) ou Bumi Resources (1,87 milliard de dollars de ventes)⁷.

L'amendement à la loi devrait prévoir des amendes plus élevées et il faudrait adopter un système simple permettant de réviser la valeur seuil des ventes.

4. Examen des fusions

L'examen des fusions est un rôle important que les organismes de la concurrence jouent pour prévenir la création par voie de fusion-acquisition d'une puissance commerciale forte ou d'une structure de marché qui favorise des manœuvres coordonnées sur le marché. En outre, le pouvoir de prendre des décisions concernant les fusions est un moyen d'améliorer l'image d'un organisme de la concurrence.

La loi prévoit l'examen des fusions, mais le décret ministériel qui permettrait d'en assurer l'application et l'entrée en vigueur n'est pas encore promulgué. Il y a en effet une forte résistance de la part de certains membres du Gouvernement. Alors qu'elles avaient été traitées en priorité par la KPPU, les initiatives prises par l'organisation dans les quatre ou cinq dernières années n'ont eu aucun effet. Quoiqu'il en soit, en attendant de ce décret, on apprend que la KPPU serait en train de mettre la dernière main à une directive concernant l'examen des fusions.

L'examen des fusions est une activité qui demande beaucoup de moyens⁸. Dans les juridictions où l'examen et le contrôle des fusions existent, l'examen occupe une bonne part du budget et du personnel. Par suite du manque de personnel, la notification d'une fusion ne devrait être exigée, du

⁷ Forbes 2008 (www.forbes.com/lists/2008). Chiffres calculés au dernier cours disponible du dollar des États-Unis.

⁸ D'après une étude établie pour le Groupe de travail «Competition Policy and Implementation» du Réseau international de la concurrence (CPI/ICN): «Dans la plupart des cas, ces réponses "réactives" reflètent le nombre élevé des examens de fusion soumis aux autorités, qu'elles considéraient comme étant le principal facteur freinant la possibilité pour l'organisme de jouer un rôle plus actif.»

moins au début, que pour les transactions dont le montant dépasse un seuil très élevé.

Pour certains analystes, le texte original, faisant foi, de l'article 28 de la loi n° 5, en langue indonésienne, donne à la KPPU toute latitude pour interpréter l'article comme interdisant toutes les fusions-acquisitions quels qu'en soient les effets. Or, l'examen des fusions-acquisitions a pour objet d'évaluer, au cas par cas, l'effet probable de la transaction sur la concurrence. L'amendement à la loi pourrait préciser que seules les fusions ou acquisitions atteignant un seuil de menace à la concurrence seraient interdites ou assujetties à certaines conditions.

L'article 28 est un exemple de libellé ambigu source d'incertitude et de tort porté aux milieux économiques, compromettant les objectifs de la loi n° 5.

5. Examen judiciaire

Toute décision de la KPPU peut être soumise à un examen judiciaire. Dans le régime juridique indonésien, les recours contre les décisions de la KPPU doivent être introduits devant le tribunal de district. Les recours contre les décisions des tribunaux de district sont formés devant la Cour suprême, en court-circuitant la Haute Cour, comme on l'a vu précédemment.

La KPPU doit s'adresser au tribunal de district pour faire exécuter toute décision rendue par elle et qui n'est pas respectée. Par conséquent, l'application du droit de la concurrence fait intervenir à la fois la KPPU et la justice. Les instances judiciaires jouent donc un rôle majeur dans la mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence et dans les moyens de les faire respecter

D'après des renseignements émanant de la KPPU, moins de 0,3 % des amendes sont payées volontairement! Si l'on prend le total des amendes payées sur décision de justice, le pourcentage demeure extrêmement bas: 1,4 %! Il y a donc lieu de faire d'urgence un gros effort pour donner effet aux décisions de la Commission.

La plupart des décisions des tribunaux de district ressortissant au droit de la concurrence font l'objet d'un recours devant la Cour suprême. Les juges de ces tribunaux ne sont pas versés dans les questions de concurrence et un

renforcement des capacités est nécessaire dans ce domaine. Environ 200 seulement des 6 000 juges de district ont été formés au droit de la concurrence. Par ailleurs, il serait utile d'organiser à l'intention de la Cour suprême des ateliers de haut niveau fréquents sur le droit et l'économie.

La KPPU a demandé à la Cour suprême d'émettre des directives concernant la procédure dans les affaires de concurrence. Les dispositions de la loi n° 5 relatives à la procédure sont insuffisantes et la KPPU a besoin que son rôle et ses compétences soient précisés. En effet, beaucoup d'affaires ayant fait l'objet d'un recours devant la Cour suprême concernaient et contestaient les procédures de la Commission⁹.

À la suite de nombreux débats et recherches, la Cour suprême a émis la Perma n° 1/2003 (*Peraturan Mahkamah Agung – Perma*) qui donne aux tribunaux de district des instructions claires quant à la manière de traiter une objection (*keberatan*) à une décision de la KPPU.

Outre qu'elle a apporté de la transparence et de la stabilité au processus, la directive de la Cour suprême a eu pour effet d'ordonner au tribunal de district de renvoyer la décision à la Commission en cas d'absence ou d'insuffisance de preuves, indiquant clairement que tous les pouvoirs d'enquête étaient dévolus exclusivement à la KPPU. Cette mesure pourrait renforcer la reconnaissance de la compétence technique et de l'indépendance de la Commission. En outre, la procédure établie par la Cour suprême évite qu'une décision technique – prise par une commission et étayée par le travail du personnel technique de son secrétariat – ne soit renversée par la décision d'un seul juge non spécialiste des questions de concurrence.

La justice souffre aussi de la brièveté des délais fixés par la loi n° 5 pour la prise de ses décisions. Un délai de trente jours est trop court. Il n'y a pas de sanction légale en cas de non-respect des délais, mais ce non-respect nuit à l'évaluation du travail et à la promotion des juges. Jusqu'à présent, le délai fixé n'a jamais été dépassé.

La loi devrait être modifiée pour étendre le délai jusqu'à, par exemple, quatre-vingt-dix jours pour les décisions de la Cour suprême, comme l'ont suggéré les membres de la Cour eux-mêmes. Le délai de trente jours est

⁹ Les recours peuvent aussi concerner une décision quant au fond.

impossible à respecter car 10 000 procès sont engagés tous les ans devant la Cour (ce qui représente environ 10 à 20 affaires par jour et par juge).

Il a été proposé que les recours contre des décisions de la KPPU soient introduits directement devant la Haute Cour ou devant le Tribunal de commerce, de sorte qu'il y aurait moins de juges à former et que le renforcement des capacités serait plus efficace.

La KPPU comme la Cour suprême admettent que la Cour doit être saisie uniquement des questions de droit (procédure) et non des questions de fond, mais la Cour reconnaît que les juges ont besoin de bien comprendre la matière et les méthodes de l'analyse économique pour pouvoir s'acquitter convenablement de leurs fonctions.

6. Exemptions: article 50

La loi indonésienne sur la concurrence contient un certain nombre d'exemptions fondées sur des notions générales ou mal définies, ce qui rend ses dispositions peu claires. Certaines de ces exemptions ont été inscrites dans la loi pour remédier aux points faibles du pays tels que l'innovation; d'autres visaient à maintenir en partie le statu quo, par exemple l'existence de monopoles d'État.

Une exemption qui suscite l'attention concerne les coopératives: il s'agit là d'une question politique. La KPPU comprend bien que seules les coopératives qui fournissent des services à leurs membres bénéficient de l'exemption, mais cette restriction ne figure pas dans la loi. Cette exemption générale pourrait avoir des effets anticoncurrentiels involontaires, ne serait-ce qu'en offrant aux entreprises la possibilité de se donner une structure leur permettant de se soustraire à la loi sur la concurrence.

C. L'application du droit de la concurrence – arrangements institutionnels

La KPPU a été créée par la décision n° 75 du Président, du 8 juillet 1999 (décret présidentiel), conformément à l'article 34, paragraphe 1, de la loi n° 5, en tant qu'organe indépendant et autonome. Le processus de formation de la Commission a été complété par la nomination de ses membres le 7 juin 2000.

La KPPU ne fait partie ni du pouvoir judiciaire, ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir législatif, mais elle est responsable devant eux tous et surveillée par eux. À l'égard de l'exécutif et du législatif, en vertu de l'article 35 G), la Commission doit présenter un rapport annuel au Président et à l'Assemblée législative du peuple (DPR, Chambre des députés). Le Président nomme et révoque les membres de la Commission, sur approbation de la DPR, qui approuve aussi le budget de la Commission. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, toutes les décisions de la KPPU peuvent faire l'objet d'un recours en justice. L'exécution de ces décisions est assurée par les tribunaux. Le public peut aussi surveiller les activités de la Commission puisque toutes ses décisions sont rendues en audience publique. En revanche, il n'est pas obligatoire que le rapport annuel soit rendu public.

Les dispositions de la loi concernant les membres de la Commission suscitent quelques préoccupations. Les dispositions – ou parfois leur absence – concernant la révocation, le maintien en fonctions sans renouvellement de mandat, le nombre, le quorum et la présence de membres occupant plusieurs fonctions peuvent soulever la question de l'indépendance politique.

D'après la loi n° 5, la révocation d'un membre de la Commission n'a pas à être motivée¹⁰. Toutefois, la révocation par le Président doit recueillir l'assentiment du Parlement.

La loi fixe l'effectif minimum de la Commission, qui est de sept membres, mais non le maximum¹¹. Actuellement, la Commission compte 13 membres, dont 11 sont actifs. Ils sont nommés pour cinq ans, avec possibilité de renouvellement une fois. Lorsque le mandat d'un membre a expiré et qu'aucun remplaçant n'a été désigné, le mandat initial peut être prorogé. La possibilité de renouvellement ou de prorogation peut influencer sur les décisions des membres de la Commission, et inversement leurs décisions affectent leurs perspectives de renouvellement ou de prorogation.

Le quorum prévu pour la prise des décisions de la Commission est incompatible avec son effectif. La loi n° 5 stipule que le quorum est de trois

¹⁰ L'article 33 énumère les motifs de cessation de fonctions: «a) décès; b) démission pour motif personnel; c) résidence hors du territoire de la République d'Indonésie; d) maladie physique ou mentale de longue durée; e) expiration du mandat à la Commission; f) révocation».

¹¹ D'après des membres de la Commission, le projet d'amendement à la loi fixe le maximum à sept membres.

membres, mais elle ne précise pas le nombre maximum de membres. Le quorum de trois membres est de toute façon inférieur à la majorité de l'effectif minimum possible.

La légitimité d'une décision prise par trois membres sur sept ou davantage pourrait être contestée, à plus forte raison si le nombre des membres est plus élevé.

La loi n° 5 n'exige pas que le poste de membre de la Commission soit une fonction à plein temps à l'exclusion de toute autre. Ce que la loi exige, entre autres choses, c'est que les membres aient une certaine expérience des affaires ou qu'ils possèdent «des connaissances et des compétences» en droit et en économie, mais dans la réalité il s'agit d'une fonction purement politique. La plupart des membres actuels de la Commission sont des professeurs de droit ou d'économie, comme le Président et le Vice-Président.

Toutefois, certains membres de la Commission sont dirigeants ou membres d'un parti politique. Pour presque toutes les personnes interrogées qui s'occupent de la concurrence en Indonésie, il y a là un problème car ce pourrait être un moyen d'affaiblir l'indépendance de la KPPU. Certains membres de la Commission leur paraissent avoir des liens trop étroits avec la politique politicienne.

Trois grandes recommandations découlent de ce qui précède: a) définir l'effectif maximum de la Commission; b) renforcer le personnel et le secrétariat; c) exiger que les membres de la Commission n'aient aucune fonction politique.

Une quatrième recommandation peut être faite concernant la Commission. Afin d'entretenir l'expérience et d'améliorer la stabilité juridique, les membres de la Commission ne devraient pas être remplacés à intervalles trop courts. Ainsi, s'il y a sept membres, comme il est prévu dans le projet d'amendement, les remplacements doivent se faire par tranches successives de deux, deux puis trois membres. On pourrait y pourvoir en instituant une période de transition pendant laquelle le mandat serait plus court que cinq ans en fonction de date de la nomination. Après cette période transitoire, l'expiration de tous les mandats ne serait pas simultanée. Les règles en cas de non-désignation ou de nomination retardée devraient maintenir le décalage dans l'expiration des mandats.

La KPPU est assistée d'un secrétariat qui est chargé d'effectuer les enquêtes. Le secrétariat comprend le personnel technique et il a des groupes de travail composés d'experts extérieurs. Le recrutement et la fidélisation du personnel technique constituent un grand problème. La rotation du personnel est élevée, car la compétence technique de la plupart d'entre eux est très supérieure à la moyenne du marché alors que les salaires sont assez bas à la KPPU. Cette disparité pourrait encore s'accroître si une proposition visant à incorporer le personnel technique dans la fonction publique était acceptée, car elle aurait immédiatement pour effet d'amputer les salaires de 60 %. Actuellement, le personnel technique ne comprend pas de fonctionnaire. Cette formule très inhabituelle est considérée en Indonésie comme un atout. La crise économique actuelle pourrait freiner la perte de personnel qualifié dans l'immédiat mais probablement pas à long terme. Le recrutement souffre des mêmes problèmes de disparité de salaire avec le secteur privé.

La KPPU est financée essentiellement par les deniers publics («Budget des recettes et dépenses de l'État»), et son budget dépend du Ministère du commerce¹². Les amendes sont versées au budget du gouvernement central. La loi prévoit la possibilité de compléter le budget de la Commission par d'autres sources de financement. Ainsi, si les dispositions relatives à l'examen des fusions sont adoptées, il sera possible de facturer une taxe de notification qui pourrait couvrir le coût de l'examen, du moins en partie. Cette formule est appliquée par de nombreuses juridictions et elle peut aider l'organisme de la concurrence à financer ses dépenses.

Sur le plan interne, le secrétariat établit le projet de budget fondé sur un programme quinquennal et sur le programme annuel. Le projet est soumis au Gouvernement et, comme on l'a vu précédemment, approuvé par le Parlement. L'élaboration du budget fait intervenir deux grands processus: les négociations avec le Gouvernement et les négociations avec le Parlement. Le budget porte sur deux exercices mais il est approuvé tous les ans. L'évolution du budget de la KPPU marque une hausse sensible depuis quatre ans. Dans la période 200-2004, le budget moyen était de 5,53 millions de dollars, et en 2005-2009 il a grimpé à 16 millions¹³.

¹² Il pourrait y avoir un conflit entre les politiques commerciales et la concurrence, mais la KPPU dit n'avoir aucun problème de ce genre.

¹³ La conversion en dollars des États-Unis est fondée sur le taux de conversion implicite de la parité de pouvoir d'achat, selon IMF Outlook, 2009.

III. Sensibilisation aux questions de concurrence

Beaucoup de pratiques qui sont aujourd'hui réprimées par la loi sur la concurrence étaient largement répandues pendant des années. Avec l'adoption de la loi, ces pratiques anciennes ont été déclarées brusquement illicites. On peut donc s'attendre que la société, les entreprises et l'appareil judiciaire ne connaissent pas les objectifs et les principes de la loi. Les idées fausses sont très fréquentes, par exemple, celle qui consiste à croire que l'organisme de la concurrence a pour mission de combattre la grande entreprise et de protéger, coûte que coûte, les petites entreprises.

La KPPU voit dans la confiance du public envers l'organisme un atout important pour l'application de la politique de la concurrence. Afin de conserver le soutien du public, elle inscrit dans ses priorités les affaires qui présentent un lien direct et substantiel avec l'intérêt du public ou des consommateurs.

En Indonésie, les pouvoirs publics sont à la source de la plupart des problèmes de concurrence. Les monopoles créés par l'État étaient très fréquents à l'époque du Président Suharto, et de nombreux monopoles se maintiennent par suite de réglementations locales. Dans la sphère publique, beaucoup de décideurs et de défenseurs de la loi ne connaissent ni les objectifs ni les effets de la politique de la concurrence. Ils n'ont pas l'habitude de considérer la concurrence comme un objectif de l'action des pouvoirs publics. En réponse à l'action promotionnelle menée par la KPPU, le cabinet du Premier Ministre a créé un service spécial chargé d'évaluer les effets de certaines politiques publiques sur la concurrence.

Cependant, la défense de la concurrence n'est pas encore chose acquise. Certaines règles d'importation illustrent des politiques des pouvoirs publics qui portent un tort considérable à la concurrence. Ainsi, certains produits comme les textiles, les vêtements, les chaussures, les jouets et les produits alimentaires, ne peuvent être importés que par cinq ports bien précis et par des importateurs agréés désignés conjointement par les Ministères du commerce et de l'agriculture.

La KPPU essaye de nouer et d'entretenir des relations étroites avec les pouvoirs publics et les responsables sectoriels de la réglementation et d'obtenir leur concours. Elle émet des avis et des recommandations à l'intention du gouvernement (central et régional) concernant toutes les

politiques publiques identifiées comme pouvant fausser la concurrence. La KPPU a diffusé plus de 60 recommandations visant à éviter ou réduire les monopoles créés par la réglementation gouvernementale. Elle dit avoir enregistré à cet égard de bons résultats et des réactions favorables.

Les recommandations de la KPPU sont issues d'études économiques des plus importants secteurs comme les télécommunications, l'assurance et la pharmacie. Les installations portuaires constituent un gros problème. Un conflit particulier tient à la fixation des frais de manutention au terminal. Le problème n'est pas anodin, car il détermine le coût des exportations indonésiennes.

La protection du commerce de détail traditionnel fournit un exemple d'action gouvernementale contraire à certains des objectifs de la loi sur la concurrence. Un décret présidentiel a été promulgué en décembre 2008 pour protéger le petit commerce. La KPPU a souscrit aux nouvelles règles, mais elle a émis une recommandation¹⁴. Ce genre de réglementation s'est répandu dans le monde entier, de pays développés comme l'Italie ou la France à des pays en développement comme l'Argentine. D'après la KPPU, les prix des commerces de détail traditionnels et ceux des magasins à succursales multiples sont à peu près les mêmes. En revanche, les supermarchés sont beaucoup plus confortables, propres et commodes, particulièrement à la saison des pluies. En protégeant les circuits du commerce traditionnel, le règlement empêche la population à revenu modeste de faire ses achats dans des lieux plus confortables et plus propres. Le coût de l'opération n'est pas négligeable et rien ne garantit que ce genre de règlement protège effectivement le commerce traditionnel. Le décret présidentiel protège peut-être les petits commerçants, mais pas le bien-être du consommateur.

Dans une autre affaire, la KPPU a conclu que le Gouvernement avait garanti pendant plusieurs années à une entreprise le monopole de l'exportation de mangues en République de Corée en échange d'investissements en Indonésie. En 2005, la KPPU a émis une recommandation visant à faire cesser cette pratique. Le Gouvernement s'est incliné et a aboli le monopole.

¹⁴ Décret présidentiel n° 112 de 2007 et arrêté n° 53 de 2008 du Ministre du commerce (KPPU Newsletter, vol. 1, II, 2009).

La politique de distribution de sel a été modifiée aussi selon un avis de la KPPU. Les gouvernements régionaux et le gouvernement central avaient une politique différente en matière de distribution du sel et cette incohérence créait un obstacle artificiel à l'entrée sur le marché. La restriction imposée par les gouvernements locaux a été supprimée à la suite de la campagne de sensibilisation menée par la KPPU.

De 2000 à 2009, 50 % des recommandations de la KPPU ont été accueillies favorablement. Pourtant, beaucoup d'entre elles ne sont pas suivies par le Gouvernement, ce qui constitue encore un problème pour la concurrence et les moyens de la faire respecter.

L'État fixe les prix dans des secteurs économiques importants, celui du pétrole et du gaz, bien que la loi stipule que les prix sont déterminés par le marché. L'approvisionnement des consommateurs et des transports publics est subventionné.

Le Ministre coordonnateur des affaires économiques s'est fait l'avocat de la KPPU auprès d'autres ministres. La Commission a organisé un atelier à l'intention des ministres, avec le soutien du Ministre coordonnateur, afin de discuter des conséquences de la réglementation gouvernementale sur la concurrence. Toutefois, la plupart des problèmes se situent au niveau des gouvernements locaux et la KPPU n'est pas armée pour faire face à une multitude de monopoles locaux créés par l'État. De surcroît, les gouvernements locaux sont indépendants.

Le décret présidentiel 75 de 1999 autorise la Commission à ouvrir des antennes régionales, ce qui pourrait être un moyen de surveiller les initiatives de l'administration régionale qui pourraient fausser la concurrence et d'être mieux informé des pratiques anticoncurrentielles locales. Toutefois, les bureaux régionaux sont coûteux. Le problème de la concurrence pourrait être traité aussi par une coopération et une relation étroite avec le ministère public et les pouvoirs locaux.

Dans les dernières années 90, le climat n'était pas propice à la concurrence. Les principaux secteurs de l'économie étaient dominés par des monopoles. C'est à cette époque qu'on a commencé à encourager la recherche sur les moyens de lutte contre les cartels en Indonésie. Les universitaires ont donc été associés dès le début à la mise en œuvre de la

politique de la concurrence et d'après un chercheur, le nombre d'économistes qui connaissent le droit de la concurrence est en hausse.

Depuis plus de cinq ans, les facultés d'économie des universités proposent des cours sur l'économie industrielle et la concurrence. L'université possède un programme de recherche sur la concurrence exécuté par des instituts de recherche indépendants et des bureaux de consultants. Les études sur la concurrence ont commencé avant la création de la KPPU; elles sont financées par des organisations internationales comme la GTZ, la Banque mondiale et la JICA. La KPPU a annoncé qu'elle allait élaborer avec plusieurs académiciens un manuel du droit de la concurrence qui devrait entrer dans le programme d'étude ordinaire de toutes les universités du pays.

Le succès de l'application du droit de la concurrence dans les tribunaux de district est subordonné à la formation permanente des juges. La plupart des facultés de droit ont aujourd'hui des cours de droit de la concurrence, ce qui n'était pas le cas il y a encore trois ans. Par conséquent, la plupart des juges ne sont pas familiers des questions de concurrence.

Chose étonnante, des juges ont accepté de se rendre à la KPPU pour s'initier aux questions de concurrence, avec l'assentiment du Président de la Cour suprême, qui a reconnu que si les magistrats des tribunaux de district avaient besoin de s'informer des questions de concurrence, c'était le cas aussi de ceux de la Cour.

Des conférences organisées à l'intention des médias attirent de nombreux journalistes pour discuter des questions de concurrence. Toutes les semaines, la KPPU rencontre les journalistes pour discuter des affaires ou des recommandations les plus récentes.

IV. Coopération internationale et assistance technique

La KPPU et d'autres institutions indonésiennes ont bénéficié de divers programmes bilatéraux ou multilatéraux d'assistance technique. Le renforcement des capacités du personnel technique de la Commission a été facilité par la coopération bilatérale avec le Bundeskartellamt de l'Allemagne, la Commission fédérale du commerce des États-Unis, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée, la Commission des pratiques commerciales loyales du Taipei chinois et la Commission australienne de la concurrence et de la consommation. Ces institutions ont aussi contribué à des programmes de formation d'universitaires et de juges, entre autres. En 2007, les membres de la Cour suprême ont reçu de l'Allemagne une assistance technique relative au droit de la concurrence et se sont rendus au Bundeskartellamt, à la Commission de la concurrence de l'Union européenne (UE) et à la Cour suprême des États-Unis. Ce genre d'initiative est tout à fait inhabituel pour une Cour suprême et doit être encouragé.

L'assistance multilatérale a consisté notamment en une participation de la KPPU aux programmes du Réseau international de la concurrence (ICN) visant à améliorer la politique de la concurrence dans les jeunes juridictions, en partenariat avec la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales. En outre, la KPPU a reçu des rapports d'évaluation approfondis émanant par exemple de la JICA et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). La KPPU a bénéficié du statut d'observateur auprès du Comité de la concurrence de l'OCDE à deux reprises. Elle est membre de plusieurs organisations internationales qui s'occupent de concurrence: l'ICN, le Groupe d'experts de la concurrence de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et le Forum de la concurrence de l'Asie de l'Est.

V. Conclusions et options possibles

A. Recommandations

1. Pratiques anticoncurrentielles

Étant donné l'absence de souplesse dans l'emploi des notions définies par la loi, l'inclusion de définitions devrait être subordonnée à la fixation d'un seuil élevé, lequel dépend de la pratique juridique indonésienne. Pour les définitions incluses dans le projet de loi, il faudrait réfléchir sérieusement à leur libellé et à leur teneur afin que l'application de la loi puisse être adaptée aux circonstances de fait de chaque cas.

En particulier, pour la définition de l'oligopole, il faudrait prévoir d'autres critères de mesure possibles en sus des «ventes», car ce dernier pourrait être difficile à appliquer à certains secteurs (par exemple la notion de «ventes» pour les services financiers) ou inexact dans d'autres secteurs.

Beaucoup d'actions unilatérales devraient être assujetties à une analyse par la règle de raison car souvent ce genre d'action contribue à la réalisation des objectifs de la loi, par exemple l'efficacité; or il ne faudrait pas décourager les actions favorables à la concurrence. D'autres actions unilatérales anticoncurrentielles peuvent être confondues avec la concurrence, par exemple les prix d'éviction peuvent être confondus avec une concurrence agressive mais parfaitement licite.

Il conviendrait de revoir les décisions relatives aux manœuvres horizontales en vue de déterminer si certaines de ces manœuvres pourraient être assujetties à la règle *per se*. L'application d'une règle *per se* pour évaluer les ententes sur les prix et la répartition du marché peut rendre la loi plus facile à administrer, libérant ainsi des ressources pour d'autres usages.

Des directives axées sur des thèmes précis devraient être publiées. La Commission est en train d'élaborer une directive complète qui comprendra tous les types d'actions et de notions. Une directive est utile pour tous: l'organisme lui-même, la société et les tribunaux. Il est recommandé que l'organisme publie, plutôt qu'un gros document englobant toutes les pratiques, plusieurs directives de portée plus limitée. Ces dernières sont plus faciles à adapter, à mettre à jour ou à modifier. Il est recommandé aussi que l'organisme indique la source des notions et des définitions utilisées dans la

directive. Il est recommandé de reprendre le plus possible des notions bien établies et admises sur le plan international. À ce sujet, les délibérations et recommandations de l'ICN devraient être consultées. Toutes les directives devraient être mises à la disposition du public pour consultation avant leur adoption, et pour commentaires de l'ensemble de la société, y compris des universitaires et des juristes. S'ils étaient traduits en anglais, les projets de directives pourraient susciter des commentaires internationaux utiles.

Il faudrait adopter des procédures visant à suspendre les délais fixés pour les enquêtes et la prise des décisions. Les délais concernant les enquêtes et la prise des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles – que ce soit à la KPPU, dans les tribunaux de district ou à la Cour suprême – sont trop courts et il n'existe aucune disposition prévoyant la suspension d'un délai pour un motif quelconque. Cette suspension serait assujettie à des règles rigoureuses quant aux motifs de suspension, à la quantité de suspensions possibles et à la durée des suspensions. La KPPU a estimé que cent vingt jours serait un délai raisonnable pour l'étape du complément d'enquête, avec possibilité de prorogation s'il y a lieu.

Il faudrait adopter une procédure permettant à la KPPU de corriger les erreurs matérielles n'ayant pas d'incidence sur ses décisions quant au fond. Étant donné qu'il n'existe pas au sein de la KPPU un organe de niveau supérieur permettant de contester une décision de la Commission, celle-ci devrait accepter un très petit nombre d'examen limités en cas d'erreur matérielle, de manière à éviter des recours inutiles et onéreux à la justice. Cet examen porterait uniquement sur la correction d'erreurs de forme.

La KPPU devrait posséder un mécanisme chargé de sélectionner et de traiter, rapidement et à peu de frais, les affaires mineures et n'ayant que peu ou pas d'incidences. Étant donné la modicité de ses ressources, elle devrait pouvoir «choisir» les affaires les plus importantes afin d'élaborer des décisions solidement étayées et de qualité, lesquelles décisions pourraient aussi servir à informer la société sur la politique de la concurrence.

Jusqu'à présent, la plupart des affaires dont la KPPU a été saisie portent sur des collusions entre soumissionnaires et la relation étroite qu'elle entretient avec la KPK a beaucoup contribué à consolider la politique de la concurrence. La KPPU devrait désormais s'attacher à renforcer son combat contre d'autres types de cartels ou contre d'autres agissements nuisibles à la

concurrence. Elle pourrait bénéficier de l'expérience acquise par d'autres juridictions jeunes dans cette lutte.

Enfin, et ce n'est pas le moins important, il faudrait améliorer l'exécution des décisions de la KPPU, étant donné que moins de 1,4 % des amendes infligées sont recouvrées, même après intervention des tribunaux.

2. Questions administratives

Un rapport annuel devrait être obligatoire et mis à la disposition du public, au moins sous forme électronique.

Les membres de la Commission ne devraient pouvoir être révoqués que pour des motifs peu nombreux et bien précis, ce qui apporterait une plus grande sécurité juridique et une plus grande objectivité et réduirait les influences politiques exercées sur l'organisme.

Les membres de la Commission devraient avoir l'obligation de n'être affiliés à aucun parti politique ou tout au moins de n'occuper aucune fonction administrative ou politique dans un parti.

Le nombre exact de membres de la Commission devrait être fixé par la loi, ce qui réduirait le risque de manipulation politique de l'organisme.

Les mandats des différents membres de la Commission devraient être décalés dans le temps, ce qui permettrait de conserver l'expérience acquise et d'améliorer la fiabilité juridique. Ainsi, s'il y a sept membres, comme il est proposé dans le projet d'amendement, ils devraient être remplacés à des moments différents, par tranches de deux, puis deux et enfin trois. On pourrait instituer à cette fin une période de transition dans laquelle les membres désignés seraient nommés pour un mandat inférieur à cinq ans¹⁵. D'autres dispositions pourraient être prévues pour régir les retards dans les nominations afin d'éviter que la règle ne devienne lettre morte.

Les membres de la Commission ne devraient pas rester en poste au-delà de leur mandat. Il devrait y avoir une règle obligeant plus précisément le

¹⁵ On pourrait fixer par exemple trois ans pour les deux premiers membres nommés, quatre ans pour les deux suivants et cinq ans pour les trois autres. Après cette période transitoire, la fin des différents mandats ne coïnciderait plus.

gouvernement, en cas de vacance, à nommer un nouveau membre dans un délai raisonnable. En effet, la présence d'un effectif complet de membres à mandat de durée limitée contribue à préserver l'indépendance de l'organisme.

Il ne devrait pas y avoir de renouvellement de mandat, car la possibilité de ce renouvellement pourrait altérer la motivation et l'indépendance des membres de la Commission.

Le secrétariat devrait être renforcé. Il devrait être constitué de professionnels qualifiés aptes à traiter les affaires et à faire des recommandations motivées. Il faudrait reconnaître la nécessité de recruter et de conserver du personnel compétent. Un secrétariat renforcé donnerait plus d'efficacité et d'efficacités aux travaux de la Commission.

La KPPU devrait nouer des relations et une coopération étroites avec les pouvoirs locaux et les représentants du ministère public, afin de s'attaquer aux distorsions locales de la concurrence et de contribuer à la collecte d'informations sur les pratiques anticoncurrentielles locales.

Il serait très utile d'avoir un manuel des procédures internes obligatoires, notamment concernant le traitement des affaires. Cette mesure pourrait améliorer la transparence et la prévisibilité et faire baisser le nombre des recours contre des décisions pour cause d'erreur de procédure. Elle pourrait aussi atténuer les conséquences de la forte rotation du personnel.

La KPPU devrait se doter d'une bibliothèque spécialisée contenant des ouvrages sur la concurrence. Parallèlement aux données factuelles concernant l'économie indonésienne, elle devrait y placer et tenir à jour des ouvrages et des revues de théorie économique. Elle devrait adopter des procédures visant à entretenir la collection de manière à faciliter le fonctionnement de la KPPU, notamment par des modalités de prêt rigoureuses.

3. Examen des fusions

L'examen des fusions est un aspect important des attributions d'un organisme de la concurrence, mais il exige beaucoup de ressources et de temps. À cause des contraintes de ressources, le seuil de notification obligatoire des fusions devrait être très élevé.

Il conviendrait de modifier l'article 28 pour préciser que seules les fusions ou acquisitions atteignant un certain seuil de tort porté à la concurrence seraient interdites ou assujetties à des conditions. Actuellement, le libellé original et faisant foi de l'article 28 est ambigu quant aux critères d'interdiction.

À titre transitoire, on pourrait prévoir un contrôle non obligatoire des fusions. La notification ne serait pas obligatoire, mais la KPPU aurait tout pouvoir pour examiner une transaction quant à ses effets sur la concurrence. Dans ce cas, elle devrait aussi être habilitée à assortir la transaction de conditions ou à y faire opposition.

4. Justice

La loi devrait être modifiée pour allonger le délai imparti à la Cour suprême pour rendre ses décisions. Étant donné que les questions de concurrence exigent une prise de décision rapide, il y aurait lieu d'envisager s'il convient d'apporter des modifications tendant à ce que les recours contre des décisions de la KPPU soient transmis directement à la Haute Cour (cour d'appel), plutôt que d'être examinés par le tribunal de district.

5. Action de sensibilisation

La protection du consommateur ne semble pas être, et de loin, le premier souci de la KPPU. Pourtant, la compétence en matière de protection des consommateurs est dévolue par la loi à la KPPU, la Commission devrait s'attacher à élaborer et appliquer une politique dans ce sens.

B. Considération générale: modification de la loi

Étant donné le coût qu'entraînerait la modification de la loi, dont la création d'une incertitude juridique n'est pas le moindre, la modification doit être différée. Il est recommandé, à court et à moyen terme, d'améliorer les moyens d'application de la loi actuelle, émettre des explications et des directives, et d'engager une action de renforcement des capacités. Toutefois, il est recommandé d'apporter une modification technique pour adapter la définition des notions conceptuelles et les délais, comme on l'a vu précédemment.