



EXAMEN COLLÉGIAL VOLONTAIRE DU DROIT
ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE:

UKRAINE

Aperçu général



NOTE

L'examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED s'inscrit dans le cadre de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau international 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 adaptées à leurs besoins de développement et à leur situation économique.

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 ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites, ni quant à leur système économique ou leur degré de développement.

UNCTAD/DITC/CLP/2013/3
(APERÇU GÉNÉRAL)

REMERCIEMENTS

Les examens collégiaux volontaires du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED sont effectués à l'occasion des réunions 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 du droit de la concurrence et des politiques des consommateurs de la CNUCED, sous la direction de M. Hassan Qaqaya, chef du Service.

Le présent rapport a été rédigé pour la CNUCED par M^{me} Katharina Plath, chef de l'audit interne du Bureau fédéral allemand des cartels et M. William Kovacic, professeur de droit à l'Université George Washington. L'appui technique et l'examen du rapport ont été assurés par M. Ebru Gökçe. La CNUCED tient à remercier M. Vassyl Tsushko, Président du Comité de lutte contre les monopoles d'Ukraine, pour son aide précieuse. Elle tient également à remercier les commissaires et le personnel du Comité pour l'aide qu'ils lui ont apportée pendant la rédaction du présent rapport, ainsi que le Secrétariat d'État à l'économie suisse pour son appui financier.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	1
I. BASE ET HISTORIQUE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN UKRAINE	1
II. LE CADRE JURIDIQUE	3
A. La loi sur la protection de la concurrence économique	3
B. Droit pénal	10
C. La loi relative à la protection contre la concurrence déloyale	11
D. La loi relative aux marchés publics	11
III. CADRE INSTITUTIONNEL ET MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE	12
A. Structure du Comité antimonopole d'Ukraine	12
B. Pouvoir du Comité antimonopole d'Ukraine	13
C. Ressources du Comité antimonopole d'Ukraine	14
D. Application de la loi de la concurrence	14
IV. LE SYSTÈME JUDICIAIRE	15
V. PLAIDOYER EN FAVEUR DE LA CONCURRENCE	16
A. Le Président de l'Ukraine, le Parlement et le Conseil des ministres	17
B. Le monde des affaires	17
C. L'administration et les organismes réglementaires sectoriels	18
D. Les médias	18
E. Société civile	18
VI. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	19
A. Recommandations à l'intention du Parlement	19
B. Recommandations à l'intention du Gouvernement	21
C. Recommandations à l'intention du Comité antimonopole d'Ukraine	22

PRÉFACE

1. Le présent rapport examine la situation actuelle du droit et de la politique de la concurrence en Ukraine; il est fondé sur des recherches documentaires approfondies et une mission d'évaluation en Ukraine en octobre 2012 et janvier 2013. Les recherches documentaires ont porté sur la Constitution ukrainienne, la loi sur la concurrence, d'autres textes législatifs sur le droit et la politique de la concurrence, des décisions du Comité antimonopole d'Ukraine et des mesures prises par d'autres organismes publics. Le rapport se fonde également sur les entretiens avec des responsables et des représentants du Comité antimonopole ainsi qu'avec des représentants d'autres organismes publics et d'organisations non gouvernementales dont l'action a une incidence sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs. Il s'appuie sur des études du droit et de la politique de la concurrence réalisées précédemment par d'autres institutions.

I. BASE ET HISTORIQUE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN UKRAINE

2. L'Ukraine a adopté sa première loi sur la concurrence en 1992. Depuis vingt ans, le Comité antimonopole est chargé de veiller à son application et, grâce à ses efforts, la loi sur la concurrence est rapidement devenue un élément important de la tradition juridique en Ukraine.

3. L'époque à laquelle l'Ukraine a adopté sa loi sur la concurrence marquait le début d'une période qui a vu augmenter rapidement le nombre d'organismes de la concurrence partout dans le monde. L'Ukraine dispose d'une grande expérience en la matière, dont elle peut faire profiter des pays qui mettent en place leur propre législation. Son cas montre clairement comment la loi de la concurrence peut faciliter le passage d'une économie planifiée profondément enracinée et d'une économie d'État à une économie axée sur le marché.

4. La route vers la mise en place d'un régime de concurrence efficace en Ukraine a été longue et difficile. Le régime d'économie planifiée qui existait depuis longtemps et qui couvrait l'ensemble de l'activité s'était traduit par l'existence de très grandes entreprises d'État qui concentraient l'essentiel de l'activité économique et par la disparition de toute trace d'un système fondé sur le marché. L'une des conséquences de cette politique économique de l'ère soviétique a été le blocage des marchés intermédiaires, et une extraordinaire intégration verticale. Dans un contexte d'économie fermée, cette situation a donné naissance à divers groupes d'entreprises d'État qui ont exercé un monopole dans tous les secteurs de l'économie.

5. Cette centralisation de l'activité économique s'accompagnait de politiques publiques qui faisaient des plus grandes de ces entreprises les principaux prestataires d'une myriade de services sociaux. Dans ces conditions, leur faillite éventuelle avait potentiellement de telles conséquences sur le plan social comme sur le plan économique que le Gouvernement s'est senti obligé, en dépit de leur inefficience, de les maintenir artificiellement en activité, notamment au moyen de subventions de fait irrécouvrables. Étant donné l'ancienneté de ce système, au début des années 1990 le pays ne disposait ni des bases en matière de connaissances techniques ni des normes administratives nécessaires pour mettre en place une politique de la concurrence. Du fait de la nature du fonctionnement de l'État à l'ère soviétique, les organes publics ne pouvaient prendre les décisions nécessaires à une bonne administration publique.

6. Au début des années 2000, plusieurs réformes du marché ainsi que des mesures visant à limiter les monopoles ont été adoptées. Néanmoins, l'économie ukrainienne reste extraordinairement concentrée, même si ses résultats sont très satisfaisants. Les subventions publiques renforcent les positions dominantes et les contrôles réglementaires artificiels imposés par l'administration à tous les niveaux découragent les entreprises qui auraient souhaité entrer sur le marché. La faiblesse de secteurs clefs comme l'énergie, les services financiers, les télécommunications et les transports freine la croissance, limite les investissements et empêche l'entrée de nouveaux acteurs ou ceux qui sont déjà présents de se développer. La réglementation qui régit les monopoles naturels empêche fréquemment l'adoption de mesures en faveur de la concurrence.

7. Ces problèmes ont été clairement identifiés et ont défini les caractéristiques du plan élaboré pour accroître l'efficacité et la compétitivité de l'économie, entré récemment en application, et qui devrait contribuer à l'efficacité de la politique de concurrence.

8. Les réformes engagées s'expliquent notamment par la prise de conscience par les dirigeants politiques ukrainiens du fait qu'une amélioration des résultats économiques passe par le développement de la concurrence. Le Gouvernement a donc élaboré un programme national en faveur de la concurrence pour la période 2014-2024 qui sera adopté en 2013 et entrera en vigueur en 2014. Ce programme offrira un cadre général pour s'attaquer aux obstacles structurels à la concurrence et éliminer les obstacles réglementaires artificiels à l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et contribuera à rendre les mécanismes des marchés plus efficaces. Le Comité antimonopole devrait jouer un rôle de premier plan dans sa mise en œuvre.

9. Les engagements internationaux de l'Ukraine constituent également une incitation précieuse à l'adoption de réformes économiques favorables

à la concurrence. En 2008, l'Ukraine est devenue membre de l'Organisation mondiale du commerce et l'adhésion à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est une priorité pour le Gouvernement. L'Ukraine souhaite également approfondir ses relations avec l'Union européenne. Depuis novembre 2011, elle participe à divers organismes internationaux comme le Réseau international de la concurrence, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED et le Conseil inter-États pour les politiques antimonopoles de la Communauté d'États indépendants. Le Comité antimonopole a conclu des accords bilatéraux de coopération avec les autorités de la concurrence des pays suivants: Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, France, Géorgie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Suisse.

II. LE CADRE JURIDIQUE

10. En Ukraine, la politique de la concurrence est inscrite dans la Constitution dont l'article 42 stipule que l'État protège la concurrence en faveur des entreprises et interdit l'abus de position monopolistique sur le marché, les restrictions illégales de la concurrence et la concurrence déloyale. L'article précise que le type et les limites des monopoles sont fixés par la loi et que l'État protège les droits des consommateurs. L'article 3.1 de la loi sur la protection de la concurrence économique stipule que la législation relative à la protection de la concurrence, à savoir la loi sur la protection de la concurrence elle-même (2001), la loi relative au Comité antimonopole (1993) et la loi sur la protection contre la concurrence déloyale (1996) ainsi que les autres dispositions normatives et législatives adoptées conformément à ces trois lois repose sur des normes énoncées par la Constitution.

11. En outre, divers textes et décrets adoptés par le Président de la République et le Conseil des ministres contiennent des dispositions destinées à faciliter la protection de la concurrence. Il existe à l'heure actuelle en Ukraine plus de 140 textes qui réglementent divers aspects de la politique de la concurrence. Le Président de la République, le Conseil des ministres et divers ministères et organes publics ont adopté plus de 400 textes sur des questions relevant de la politique de la concurrence.

A. La loi sur la protection de la concurrence économique

12. Comme on peut le lire dans son préambule, la loi constitue la base juridique de la protection de la concurrence et de la limitation des monopoles. Elle a pour objet d'assurer le bon fonctionnement de l'économie.

1. Présentation générale

13. Pour l'essentiel, la loi sur la protection de la concurrence présente les mêmes caractéristiques techniques et de procédure que la plupart des lois similaires en vigueur dans le monde aujourd'hui. Elle régit les relations entre pouvoir central, autorités locales et organes de gestion administrative et économique d'une part, et les consommateurs et les personnes physiques et morales d'autre part en ce qui concerne toutes les pratiques qui ont ou pourraient avoir une influence sur la concurrence en Ukraine.

14. L'article 4 de la loi énonce les principes de base de la politique publique en matière de concurrence et de limitation des monopoles. Le pouvoir central, les autorités locales et les organes de gestion et de contrôle administratif et économique appliquent la politique du Gouvernement, prennent toutes mesures destinées à limiter les monopoles et appuient les entités économiques qui facilitent le développement de la concurrence. De même que lesdites entités, ils facilitent le développement de la concurrence et ne prennent aucune mesure contraire à la loi qui la limiterait. Le contrôle du respect de la législation incombe au Comité antimonopole et aux organes qui en dépendent.

Sanctions prévues par la loi

15. La section II de la loi traite des actions concertées anticoncurrentielles d'entités économiques et des abus de position dominante.

16. La section III est consacrée aux actions du pouvoir central, des autorités locales et des organes de gestion et de contrôle administratif et économique qui limitent la concurrence.

17. La section IV concerne les activités restrictives et discriminatoires des entités économiques et des associations.

18. La section V traite de la concentration d'entités économiques (fusion).

19. La section VI précise les conditions d'examen des demandes d'autorisation d'actions concertées et de concentration présentées par des entités économiques.

20. La section VII précise les procédures d'examen des cas de violation de la législation, les droits des victimes et certaines dispositions de procédure (obtention de preuves et saisie des biens).

21. La section VIII précise les responsabilités en cas de violations de la législation, définit les différents cas de violations et précise les amendes prévues.

22. La section IX énonce les procédures de contrôle, d'examen et d'appel des décisions du Comité antimonopole.

23. La section X enfin est consacrée aux dispositions finales de la loi.

2. Accords anticoncurrentiels

24. Aux fins de l'article 5.1 de la loi, l'expression «pratiques anticoncurrentielles» s'entend de toutes formes d'accords entre entités économiques, de toutes décisions d'association et de toutes autres formes d'interactions ayant pour objet une action concertée. Les entités économiques concernées par la loi sont: a) les entités morales quelle que soit leur nature administrative, juridique ou capitalistique; b) toutes personnes physiques engagées dans des activités économiques, y compris des activités liées au contrôle d'une entité morale ou d'une autre personne physique; c) le pouvoir central, les autorités locales et les organes d'administration et de contrôle exerçant des activités économiques (art. 1).

25. L'article 6.1 de la loi définit les «pratiques concertées anticoncurrentielles» comme des activités concertées qui ont ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, d'éliminer ou de restreindre la concurrence. L'article 6.4 interdit toutes pratiques concertées anticoncurrentielles, qui sont passibles des sanctions prévues aux articles 50.1 et 52.

26. L'interdiction des pratiques concertées énoncées à l'article 6.4 n'établit pas de distinction entre activités intégrées verticalement et activités intégrées horizontalement. En cela, la loi adopte la même approche que l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la section 1 de la loi Sherman. Généralement, les accords portant sur les activités horizontales limitent davantage la concurrence que ceux portant sur les activités verticales.

27. L'article 6.2 énumère huit formes d'action concertée anticoncurrentielles à savoir la fixation des prix ou d'autres conditions concernant l'achat ou la vente de biens et les restrictions imposées en matière de production, de marché, de développement technique et technologique et d'investissement ou de contrôle sur les activités. Comme indiqué ci-dessus, aucune distinction n'est faite entre activités verticales et horizontales. Toutefois, certaines pratiques concernent plus particulièrement les activités intégrées horizontalement (art. 6.2.3) et les autres activités intégrées verticalement (art. 6.2.6).

28. L'article 6.3 énonce une disposition relativement peu fréquente en matière de loi de la concurrence. Il est ainsi rédigé: «On entend également par pratiques concertées anticoncurrentielles la commission (l'omission) par des entités économiques d'actes similaires sur des marchés de biens qui ont ou pourraient avoir pour effet d'empêcher, d'éliminer ou de restreindre la concurrence si l'analyse de la situation sur ces marchés montre qu'il n'y a pas de raison objective de commettre (d'omettre) de tels actes. Cette disposition concerne le comportement parallèle

d'entités économiques. Dans la pratique, le Comité antimonopole commence par analyser les actes visés. Si cette analyse ne révèle pas une explication simple pour la commission ou l'omission desdits actes, il considère que les conditions visées par l'article 6.3 sont réputées satisfaites et qu'il y a présomption d'activités concertées (cartels). La présomption est un aspect important de l'activité du Comité et s'est traduite par l'imposition d'amendes et a concerné en 2012 20 % de toutes les affaires de cartel. En précisant les critères utilisés pour déterminer que les conditions énoncées à l'article 6.3 sont remplies, le Comité disposerait d'un moyen supplémentaire d'application de la loi.

29. La loi prévoit également certaines dérogations au même titre que de nombreuses autres lois de la concurrence. Ainsi, l'article 7 prévoit des dérogations pour certains accords horizontaux entre petites et moyennes entreprises, l'article 8 pour certains accords verticaux de fourniture et utilisation de biens et l'article 9 pour certains accords de propriété intellectuelle. L'article 10 autorise des accords de limitation de la concurrence en fonction de critères similaires à ceux fixés par la législation de l'Union européenne.

30. Afin de faciliter l'interprétation de la loi et d'en améliorer l'application, le Comité antimonopole devrait préciser par des règles, des directives ou d'autres instruments sa position et par exemple expliquer comment il utilisera la loi pour que des entreprises jouissant d'une position dominante ne puissent empêcher des concurrents de pénétrer sur les marchés en amont ou en aval. Ce type d'instrument s'est révélé très utile dans certaines juridictions, notamment l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique.

3. Abus de position dominante

31. Aux termes de l'article 12 de la loi, une entreprise occupe une position dominante si elle détient plus de 35 % de parts de marché, à moins qu'elle puisse prouver l'existence d'une concurrence véritable sur ce marché. Elle peut également être considérée comme occupant une position dominante si sa part de marché est égale ou inférieure à 35 % et si elle n'a pas de véritables concurrents, notamment du fait des parts de marché relativement faibles détenues par les autres entreprises intervenant sur ce marché (art. 12.3).

32. Ce critère non absolu de 35 % est fréquemment retenu par d'autres lois de la concurrence d'ex-Républiques soviétiques. Dans de nombreux autres pays, le seuil est fixé à 40-50 %. La loi ukrainienne considère qu'il y a également position dominante si deux ou trois entreprises contrôlent collectivement plus de 50 % de parts de marché ou si la part de marché contrôlée par cinq entreprises au plus est supérieure à 70 %. Plus le marché est restreint sur le plan géographique, plus ces seuils seront susceptibles d'être franchis. L'applicabilité du seuil dépend

de la précision de la délimitation du marché en cause et des arguments permettant de contester la présomption de position dominante individuelle ou collective.

33. Aux termes de l'article 13.1, il y a abus de position dominante lorsque l'activité d'une entreprise a ou pourrait avoir pour résultat d'empêcher, d'éliminer ou de restreindre la concurrence, notamment en portant atteinte à la compétitivité ou aux intérêts d'autres entités ou des consommateurs, ce qui serait impossible s'il y avait concurrence véritable. Les activités interdites visées à l'article 13.2 sont similaires à celles visées à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette définition donne au Comité antimonopole de larges moyens d'intervention face à une grande diversité de comportement. La persistance de fortes concentrations sur de nombreux marchés en Ukraine a incité le Comité à réglementer les prix, généralement dans le cadre de mesures sectorielles. Cette pratique devrait persister à moins que le Plan en faveur de la concurrence et les autres réformes économiques parviennent à éliminer les obstacles à l'entrée de nouveaux acteurs.

4. Fusions

34. L'Ukraine a mis en place un régime de contrôle des fusions en 1994. L'article 22.1 de la loi charge le Comité antimonopole de surveiller les concentrations d'entreprises. Par concentration, on entend la fusion d'entités économiques ou l'affiliation d'une entité économique à une autre; l'acquisition ou le contrôle, direct ou par l'intermédiaire de tiers, sur une ou plusieurs entités économiques ou parties d'entités économiques d'une ou de plusieurs autres entités; l'acquisition de 25 % ou de 50 % du capital, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes; et la création par deux entités économiques ou plus d'une entité économique qui agira à terme de manière indépendante, c'est-à-dire d'une coentreprise (art. 22.2). L'article 23 définit les participants à une concentration.

35. Comme d'autres lois de la concurrence modernes, la loi ukrainienne impose une déclaration préalable en cas de franchissement de certains seuils (art. 24.1). L'article 25.5 prévoit, comme c'est généralement le cas, que tout projet de concentration relevant du régime de contrôle nécessite une autorisation préalable.

36. Conformément aux normes internationales, toute concentration qui se traduirait par la création d'un monopole ou le contrôle d'une part substantielle d'un marché, ou par un affaiblissement sensible de la concurrence sur le marché ou une part substantielle d'un marché, est interdite (art. 25.1). Le Conseil des ministres peut autoriser une concentration refusée par le Comité antimonopole s'il considère que des considérations d'intérêt public en compensent les conséquences négatives sur la concurrence (art. 25.2).

37. En 2002, le Comité antimonopole a adopté le Règlement relatif aux concentrations, qui détaille les informations et les documents à joindre aux demandes d'autorisation. Il a également publié des directives concernant l'application de certaines des dispositions de la loi applicable aux fusions afin de donner des indications claires aux entreprises envisageant une concentration.

38. Un projet d'amendement à la loi prévoit un relèvement sensible des seuils de façon à éviter de contrôler des transactions d'une importance limitée sur le plan économique et de la concurrence. S'il est adopté, cet amendement améliorera sensiblement le régime de contrôle des fusions en permettant la conclusion rapide de transactions n'ayant aucune incidence sur la concurrence et au Comité antimonopole de se consacrer à l'étude des fusions davantage susceptibles de la restreindre.

39. L'un des principaux problèmes posés par le contrôle des fusions en Ukraine est l'absence de transparence s'agissant des liens capitalistiques suite aux privatisations et en raison d'une forte concentration de l'activité des entreprises enregistrées à l'étranger et réticentes à divulguer les noms des véritables propriétaires.

5. Procédure

40. Les procédures d'application du régime de la concurrence sont énoncées à la section VII de la loi ainsi que dans la loi relative au Comité antimonopole. L'examen d'un cas de violation de la loi débute par l'annonce d'ouverture d'une procédure par le Comité et se termine par l'adoption d'une décision. Si des faits donnent à penser qu'il y a eu violation de la loi, le Comité annonce l'ouverture d'une procédure d'examen (art. 35 et 36 de la loi). Il est tenu d'ouvrir une enquête s'il a reçu dans les formes une plainte, même si les faits décrits dans ladite plainte ne donnent pas à penser qu'ils ont un effet substantiel sur la concurrence. Le Comité ne peut ni prendre comme excuse le manque de ressources ni refuser d'entreprendre l'examen au motif que le cas considéré n'est pas suffisamment grave par rapport à d'autres cas de plus grande importance pour justifier son attention. Cette incapacité l'empêche de définir des priorités cohérentes et de concentrer son attention sur les questions particulièrement urgentes.

41. L'article 36.1 énonce sur quelles bases l'ouverture d'un cas est décidée, à savoir principalement les demandes d'entités économiques, de citoyens privés, d'organismes dépendant du pouvoir central ou des autorités locales. Le Comité peut également ouvrir une procédure *ex officio*.

42. L'article 40 définit les droits et les obligations des personnes concernées par une affaire: elles ont le droit de prendre connaissance des pièces, de fournir

des preuves, de soumettre des pétitions ou des explications écrites, de recevoir copie des décisions du Comité et de faire appel de ces décisions.

43. L'article 44 concerne la saisie de preuves écrites et matérielles telles que documents, objets ou autres moyens d'information, en vue de la préparation des cas.

44. Les règles relatives à l'examen des affaires, le règlement applicable aux inspections et le règlement d'examen approuvés par le Comité décrivent en détail les procédures applicables à l'examen des affaires, aux plaintes pour violation de la législation, aux inspections des locaux des entreprises et aux examens d'experts.

6. Amendes et autres sanctions

45. Les articles 50 à 55 énoncent les peines en cas de violation de la loi de la concurrence. L'article 50 énumère tous les actes qui constituent une telle violation à savoir les pratiques concertées anticoncurrentielles, les abus de position monopolistique (dominante) et la concentration d'entités économiques sans autorisation du Comité antimonopole. L'article 52 stipule que des amendes seront imposées aux associations et aux entités économiques. Le concept d'entité économique recouvre les personnes morales et physiques ainsi que des groupes d'entités économiques (morales ou physiques) sur la base des critères énoncés à l'alinéa 52.4.

46. Les amendes imposées par le Comité ne peuvent dépasser 10 % du chiffre d'affaires (revenus) d'une entité économique au cours de l'exercice comptable précédant directement l'année au cours de laquelle l'amende est imposée. Ces amendes sont prononcées en cas de pratique concertée anticoncurrentielle, d'abus de position monopolistique (dominante) et de non-respect d'une décision ou d'une décision préliminaire du Comité, tel que défini à l'article 6 de la loi relative au Comité (voir sect. III.A ci-dessous), ou le non-respect partiel des décisions du Comité. Si le bénéfice réalisé illégalement par l'entreprise est supérieur à 10 % de son chiffre d'affaires, le Comité peut imposer une amende d'un montant maximum représentant trois fois les bénéfices réalisés illégalement. Si la violation de la loi n'est que mineure, le Comité peut, en vertu de l'article 46.3, formuler une simple recommandation et classer l'affaire.

47. En 2012 le montant des amendes versées au budget de l'État s'est élevé à environ 40,6 millions de hryvnias (Hrv) (5,08 millions de dollars)¹, soit environ 5 % du montant total des amendes imposées par le Comité (814,7 millions de hryvnias ou 101,9 millions de dollars). Entre 2009 et 2011, le montant total des amendes

¹ Sur la base du taux de change officiel de la Banque nationale d'Ukraine au 26 février 2013 (100 dollars É.-U. = 799,3 Hrv).

infligées par le Comité a atteint 1 175,1 millions de hryvnias dont 109,7 millions, soit moins de 10 %, ont été versés au budget de l'État. D'après le Comité, il arrive fréquemment que pour ne pas payer l'amende, les entités condamnées prononcent leur dissolution et se reconstituent en tant que nouvelles entités.

7. Clémence

48. Depuis janvier 2001, l'article 6.5 de la loi instaure un «programme de clémence de base». Dans une certaine mesure, ce programme ressemble aux programmes plus sophistiqués d'autres lois de la concurrence. L'article 6.5 se lit ainsi: «Une personne qui s'est rendue coupable d'actions concertées anticoncurrentielles mais qui avant les autres participants en informe volontairement le Comité antimonopole d'Ukraine ou ses bureaux territoriaux et lui remet des informations essentielles à une prise de décisions au sujet de l'affaire considérée doit être dégagée de sa responsabilité concernant les pratiques concertées anticoncurrentielles concernées et visées à l'article 52 de la présente loi». La loi oblige le Comité antimonopole à garantir la confidentialité de toute information concernant la personne qui a ainsi agi volontairement.

49. La clémence n'est pas accordée si la personne considérée:

- a) Après avoir informé le Comité de l'existence de pratiques concertées anticoncurrentielles n'a pas pris de mesures pour y mettre fin;
- b) A été à l'origine des pratiques concertées anticoncurrentielles ou les a gérées;
- c) N'a pas remis au Comité toutes les preuves ou informations au sujet de la violation concernée dont elle avait connaissance et qu'elle pouvait librement obtenir.

50. La procédure d'exonération de responsabilité approuvée par le Comité décrit en détail la marche à suivre pour la soumission de demandes d'indulgence et l'examen de la demande, le contenu de la demande et la procédure de coopération entre l'entreprise considérée et le Comité. Étant donné que cette procédure n'accorde de protection qu'au premier demandeur, contrairement à la plupart des programmes d'indulgence, elle suscite chez les membres du cartel une incertitude encore plus grande étant donné que seul un d'entre eux a la possibilité de coopérer et d'obtenir l'immunité. Depuis la publication du règlement, aucune demande d'exonération de responsabilité n'a été soumise.

B. Droit pénal

51. Il existe en Ukraine depuis plusieurs années un débat au sujet des avantages et des inconvénients de faire de la violation de la loi de la concurrence

une infraction pénale, notamment dans le cas des cartels. Les partisans de l'incrimination estiment qu'elle renforcerait le caractère dissuasif de la loi ainsi que les poursuites contre les cartels, qui seraient alors régies par le Code de procédure pénale. L'autorité qui serait chargée de faire appliquer la loi disposerait de puissants pouvoirs d'investigation. À l'heure actuelle, le Code de procédure pénale d'Ukraine ne prévoit aucune responsabilité en cas de violation de la loi de la concurrence. Toutefois, son article 228 érige en infraction le fait de forcer une partie à mener des actions concertées anticoncurrentielles.

52. Les manipulations des procédures d'appel d'offres ne sont pas considérées comme une infraction pénale mais comme une fraude². Jusqu'à aujourd'hui, le parquet n'a jamais utilisé les mesures de lutte contre la fraude pour enquêter sur les cas d'entente.

C. La loi relative à la protection contre la concurrence déloyale

53. La loi relative à la protection contre la concurrence déloyale, qui est entrée en vigueur en 1997, actualise et renforce les dispositions interdisant la concurrence déloyale qui figuraient initialement dans la loi relative à la politique de concurrence. Elle a pour objectifs l'adoption, le développement et l'application de pratiques commerciales et autres équitables en matière de concurrence sur le marché.

54. Elle se subdivise en quatre grandes parties qui traitent, respectivement, de l'utilisation illégale de la réputation commerciale d'une autre entité économique (art. 4 à 7; plusieurs dispositions connexes visées aux articles 16 à 19 interdisent l'acquisition à des fins illégales de secrets commerciaux); de l'ingérence dans les relations contractuelles entre une entité économique et ses fournisseurs et acheteurs (art. 8 à 15); de la diffusion d'informations mensongères (art. 151); et de la protection des secrets commerciaux (art. 16 à 19).

55. L'application de la loi est confiée au Comité antimonopole qui peut imposer des amendes allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'entité coupable au cours de l'exercice fiscal précédent (art. 21). Le Comité peut demander aux tribunaux de saisir les biens illégalement copiés ou étiquetés (art. 25). Les victimes peuvent chercher à obtenir des dommages et intérêts devant les tribunaux (art. 24).

D. La loi relative aux marchés publics

56. L'Ukraine fait partie d'un nombre croissant de pays qui ont confié à l'organisme de la concurrence d'importantes responsabilités en matière de politique d'achats publics. Une nouvelle loi relative aux marchés publics a été promulguée en

² Art. 190 du Code pénal.

juin 2010. Ses articles 1.19 à 8.3 chargent le Comité antimonopole de l'examen des plaintes, alors que le Ministère du développement économique et du commerce est chargé de suivre le fonctionnement du système de marchés publics. La répartition des compétences entre les deux organismes se traduit par des conflits de pouvoir.

57. En 2011, l'Ukraine a adopté des amendements à la loi afin de mieux l'aligner avec les normes adoptées par l'Union européenne et la Banque mondiale. De nouvelles améliorations semblent nécessaires: les futurs amendements devraient préciser les rôles respectifs du Comité antimonopole et du Ministère du développement et du commerce et régler le problème de compétence entre les deux. L'adoption d'une nouvelle législation pourrait permettre d'obliger les monopoles, notamment dans le domaine des services aux collectivités, à recourir aux appels d'offres pour leurs achats.

58. Permettre aux soumissionnaires de participer sur un pied d'égalité aux marchés publics et protéger leurs droits juridiques et leurs intérêts devraient être l'un des axes prioritaires du développement du système de marchés publics. La législation devrait mettre en place un mécanisme clair, transparent et explicite afin de garantir la transparence de la procédure à tous les stades, depuis la préparation des plans annuels jusqu'au respect des obligations contractuelles.

III. CADRE INSTITUTIONNEL ET MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE

59. L'application de la loi relative à la politique de la concurrence et de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale est confiée au Comité antimonopole qui a principalement pour tâche de contribuer au développement et à l'application de la politique de concurrence. Le Comité a deux fonctions: faire respecter la législation afin de protéger la concurrence, et promouvoir la libéralisation et la démonopolisation de l'économie.

A. Structure du Comité antimonopole d'Ukraine

60. Le Comité antimonopole a été créé en novembre 1993 par la loi. Fin 1993, son président et neuf autres membres de son Conseil d'administration avaient été désignés et son personnel avait été recruté. Il a commencé à fonctionner en 1994, soit il y a près de vingt ans.

61. En 2011, la loi en a fait un organe exécutif central doté d'un statut spécial. Il a actuellement à sa tête un président et huit commissaires. Son président est nommé par le Président de l'Ukraine avec l'accord du Parlement (le Verkhovna Rada) pour un mandat de sept ans (art. 9 de la loi relative au Comité antimonopole). Le Président de la République peut démettre le Président du Comité de ses

fonctions avec l'accord du Parlement. Les Commissaires, le Premier Vice-Président et le Vice-Président sont nommés par le Président de la République sur proposition du Premier Ministre à partir d'une liste établie par le Président du Comité.

62. Le Comité dispose de 27 bureaux sur l'ensemble du territoire dotés de compétences en matière de respect de la loi. Les directeurs de ces bureaux sont nommés par le Président du Comité, qui peut également les licencier. Le Comité compte 5 départements opérationnels et 5 départements administratifs. Tous les départements et les bureaux régionaux sont dirigés par les Commissaires.

B. Pouvoir du Comité antimonopole d'Ukraine

63. La loi attribue au Comité les pouvoirs suivants:

- a) Contrôle du respect de la législation sur la protection de la concurrence économique;
- b) Contrôle des actions concertées et des concentrations;
- c) Élaboration et application d'une politique de la concurrence, promotion de la concurrence et fourniture d'un appui méthodologique aux organes chargés de veiller au respect de la loi de la concurrence.

64. Aux termes de l'article 3 de la loi, le Comité participe à l'élaboration et à l'application de la politique de la concurrence, ce qui lui donne le droit de prendre part à toutes les décisions politiques qui ont une incidence sur la concurrence.

65. L'article 41 de la loi permet au Comité de demander des preuves, mais ne l'autorise pas à obtenir ces preuves au moyen de perquisitions, ce qui limite fortement ses moyens d'investigation. La possibilité de mener des perquisitions est indispensable pour assurer véritablement le respect de la loi de la concurrence, et notamment pour lutter contre les cartels. Étant donné que le Comité obtient des preuves sur une «base volontaire», les contrevenants potentiels, notamment les membres de cartels, refuseront de fournir des preuves qui pourraient les faire condamner et les exposer à des amendes. Afin de faire mieux respecter la loi, le Comité a besoin de s'appuyer d'urgence sur des bases juridiques lui permettant de mener des perquisitions et d'utiliser d'autres outils d'investigation. Étant donné que des perquisitions devraient permettre de détecter un plus grand nombre de cartels, elles sont indispensables à l'efficacité du nouveau programme d'indulgence: plus la probabilité d'être détecté sera grande, plus les contrevenants seront tentés de se dénoncer.

66. L'insuffisance des moyens d'obtention de preuves a au moins une autre grave conséquence, à savoir que le Comité peut avoir tendance à s'appuyer

principalement sur des critères relativement peu précis et de qualité moyenne, tels que la part de marché, afin de déterminer s'il y a eu violation de la loi. Par exemple, il n'est pas souhaitable de déduire qu'il y a eu action concertée en s'appuyant sur des mouvements de prix parallèles alors qu'une enquête plus complète et plus approfondie pourrait fournir des preuves directes de collusion ou au contraire démontrer que ces mouvements sont le résultat d'activités non répréhensibles ou allant dans le sens de la concurrence.

C. Ressources du Comité antimonopole d'Ukraine

67. Le Comité compte 846 employés, dont 243 au siège à Kiev, et 603 dans les bureaux territoriaux. Sur ce total, 51 % sont des économistes et 24 % des juristes. Le Président du Comité n'a pas le pouvoir d'affecter le personnel entre le siège et les bureaux territoriaux même s'il a celui d'approuver les nominations dans ces bureaux.

68. La Division de la comptabilité et de la planification financière prépare et soumet au Ministère des finances les demandes de crédit. Le Comité est exclusivement financé par le budget de l'État: en 2012, son budget annuel s'élevait à 64,5 millions de hryvnias (environ 8 millions de dollars). Le budget du Comité est voté chaque année par le Parlement. Toutes les amendes imposées par le Comité sont versées au budget de l'État.

69. L'examen collégial réalisé par l'OCDE en 2008³ recommandait que l'État alloue au Comité les ressources dont celui-ci a besoin pour s'acquitter avec efficacité de sa mission. Cette recommandation n'a toujours pas été suivie d'effet et son application est indispensable pour que le Comité puisse agir efficacement, en particulier au vu des nouvelles responsabilités qui lui incomberont en application du Programme national en faveur de la concurrence.

D. Application de la loi de la concurrence

70. Le Comité antimonopole a accumulé une longue expérience en matière d'application de la loi de la concurrence. En 2012, il a adopté plus de 3 000 décisions assorties de sanctions, dont plus de 1 000 décisions concernant un abus de position dominante et entre 250 et 600 ayant trait à des actions concertées et à une concurrence déloyale. Toujours en 2012, il a détecté 521 cartels. Dans une affaire récente (l'affaire du bois) il a imposé une amende d'environ 40 millions d'euros. L'affaire a donné lieu à un appel devant 14 tribunaux. Le Comité a imposé

³ OCDE (2008). *Competition Law and Policy in Ukraine. OECD Peer Review 00 2008 1N 3P1*. Paris, p. 80, par. 6.2.1. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41165857.pdf> (au 26 avril 2013).

une amende totale de plus de 300 000 euros pour manipulation des procédures d'appel d'offres pour des batteries. Pour ce qui concerne les annonces de fusion, au moment de la rédaction du présent rapport leur nombre s'est établi entre 697 et 944 par an au cours des trois dernières années.

71. L'examen de l'action du Comité fait ressortir trois phénomènes importants. Tout d'abord, le grand nombre de cas examinés s'explique par des seuils d'application relativement bas et des critères relativement généraux qui conduisent à examiner un grand nombre d'affaires n'ayant qu'un intérêt mineur sur le plan de la concurrence ou des affaires qui ont déjà été examinées par d'autres autorités publiques. Le grand nombre d'affaires pour action concertée semble être dû à la faiblesse relative du niveau de preuve nécessaire pour prouver la collusion, notamment la possibilité de s'appuyer sur des présomptions offerte par l'article 6.3 de la loi relative à la politique de la concurrence. De même, en matière de fusion, les seuils déclenchant la notification sont extrêmement bas. Le Comité est conscient de cette situation et cherche à alléger dans tous les domaines sa charge de travail en éliminant les affaires qui n'ont qu'un effet négligeable sur la concurrence. En faisant preuve d'une plus grande sélectivité, il pourrait consacrer l'essentiel de ses ressources aux affaires suscitant de graves préoccupations pour le respect de la concurrence.

72. Deuxièmement, un temps important est consacré au contrôle des prix. L'administration centrale exige du Comité qu'il réagisse immédiatement à toute hausse des prix sur les marchés «sensibles d'un point de vue social». De ce fait, ses initiatives en matière d'abus de position dominante concernent pour une large part des affaires de prix excessifs. Toutefois, il devrait mettre l'accent sur le développement de la concurrence sur les marchés plutôt que sur le contrôle des prix.

73. Troisièmement, comme on l'a vu précédemment, le Comité n'a pas le pouvoir de mener des perquisitions. Ses investigations reposent dans une large mesure sur la coopération volontaire d'entités commerciales, ce qui est peu propice à une application efficace de la loi, notamment s'agissant de la lutte contre les cartels.

IV. LE SYSTÈME JUDICIAIRE

74. Le respect de la loi suppose l'existence de magistrats hautement spécialisés et de procédures judiciaires justes et transparentes. Les magistrats doivent comprendre quels sont, au-delà des simples questions d'application du droit, les effets de la concurrence sur des questions telles que la privatisation ou la déréglementation de marchés sur lesquels les principes de la concurrence n'ont pas encore été introduits.

75. L'article 60 de la loi de la concurrence reconnaît au demandeur, au défendeur et à des tierces parties le droit de faire appel des décisions du Comité antimonopole devant un tribunal économique. La loi donne aux tribunaux économiques compétence exclusive en la matière, et les appels contre des décisions des bureaux territoriaux du Comité doivent être formés devant les tribunaux économiques situés dans la même région.

76. D'après le Code de procédure administrative d'Ukraine, toute décision, tout acte ou toute omission du Comité antimonopole peut faire l'objet d'un appel devant les tribunaux administratifs sauf prescription contraire de la Constitution ou de la loi. Si les parties à une affaire font appel devant un tribunal administratif, le choix de la juridiction compétente revient à l'appelant. Ce peut être le tribunal administratif de la région de l'appelant, ce qui est généralement le cas, ou celui de la région du défendeur (organe du Comité antimonopole).

77. En d'autres termes, la compétence des tribunaux traitant d'affaires de concurrence est peu claire, et répartie entre tribunaux administratifs et tribunaux commerciaux. Ce manque de précision est une faiblesse du régime ukrainien de la concurrence. Le fait qu'il n'a pas été pris de décision quant à savoir quelle juridiction supérieure aurait compétence exclusive pour connaître des appels formés contre les décisions du Comité antimonopole empêche les magistrats d'acquérir les connaissances et les compétences nécessaires pour se prononcer comme il convient.

V. PLAIDOYER EN FAVEUR DE LA CONCURRENCE

78. Le Comité antimonopole est conscient du fait qu'un plaidoyer énergique est indispensable à la bonne application de la loi de la concurrence. Ses activités dans ce domaine consistent notamment à coopérer avec d'autres organismes publics, à formuler des recommandations destinées à promouvoir la concurrence et à prévenir les infractions ainsi qu'à sensibiliser le public à l'importance de la concurrence.

79. En 2012, le Comité a examiné 2 005 textes réglementaires, décisions et projets de décision d'autorités publiques, dont 451 auxquels il n'a pas souscrit. La plupart des projets de règlement aux effets potentiellement négatifs sur la concurrence concernaient le marché du logement et des services aux collectivités, les services administratifs, les médicaments, les combustibles et l'énergie. Des propositions d'harmonisation avec le droit de la concurrence ont été présentées au sujet de 266 règlements et il en a été tenu compte pour 55 d'entre eux. En 2012, les organes du Comité antimonopole ont formulé 2 544 recommandations à l'intention d'autres autorités publiques, des administrations locales et des entités

économiques proposant des actions en vue d'assurer le respect des principes de la concurrence. Il a été tenu compte de 84,7 % de ces recommandations.

80. Le Comité antimonopole établit des contacts avec divers groupes cibles pour promouvoir l'adoption de mesures visant à renforcer la concurrence.

A. Le Président de l'Ukraine, le Parlement et le Conseil des ministres

81. Aux termes de l'article 2 de la loi relative au Comité antimonopole d'Ukraine, le Comité est contrôlé par le Président de l'Ukraine et est responsable devant le Parlement. Il peut soumettre au Président et au Conseil des ministres des propositions concernant des lois en rapport avec la concurrence, la politique de concurrence et la démonopolisation de l'économie.

82. Le Comité soumet au Parlement un rapport annuel afin de l'informer de ses activités, des problèmes qui existent en matière de concurrence en Ukraine et des moyens de les résoudre. Il conseille des commissions parlementaires au sujet de projets de loi portant sur des questions en rapport avec la concurrence et examine ces projets de loi afin d'assurer leur conformité avec la législation en vigueur et si nécessaire d'y proposer des améliorations.

83. Le Comité antimonopole collabore avec le Conseil des ministres à l'élaboration et à la mise en œuvre des programmes de développement économique. Il rédige et soumet au Conseil des règlements au sujet des questions relevant de sa compétence et destinés à améliorer la législation en vigueur et à régler les problèmes de concurrence.

B. Le monde des affaires

84. Les efforts de plaidoyer du Comité auprès du monde des affaires concernent non seulement les entreprises industrielles et commerciales, mais également les associations commerciales et les chambres de commerce. Le Comité diffuse des informations au sujet de la portée et de la teneur de la législation de la concurrence ainsi que des droits des entreprises devant les tribunaux, notamment la possibilité de profiter des programmes de clémence dans les affaires de cartel et les exonérations de responsabilités prévues par la loi. La transparence et la sécurité juridique sont des éléments importants des décisions d'investissement des entreprises en Ukraine, et au cours des deux dernières années, les autorités ont accordé une plus grande attention à la communication avec le monde des affaires et ses représentants à l'occasion d'événements de sensibilisation.

C. L'administration et les organismes réglementaires sectoriels

85. Les organismes réglementaires sectoriels jouent un rôle important non seulement pour ce qui est d'ouvrir les secteurs réglementés à la concurrence mais également en matière de privatisation des entreprises publiques dans les secteurs réglementés. Le Comité antimonopole devrait engager avec les groupes cibles gouvernementaux susmentionnés une révision de la politique économique du pays afin de la rendre plus favorable à la concurrence. À cet effet, il pourrait commencer par réaliser des études de marché dans les secteurs où la concurrence est le moins développée. Ces activités pourraient constituer la base de son mandat de développement de la concurrence dans certains secteurs prioritaires. Des groupes de travail composés de représentants du secteur réglementé concerné, des ministères et des entreprises réglementées pourraient être créés avec l'appui du Conseil des ministres.

D. Les médias

86. Afin de diffuser plus largement une culture de la concurrence auprès d'autres institutions publiques et de la population en général, comme pour accroître sa visibilité, il est particulièrement important que l'autorité de la concurrence établisse une étroite coopération avec les médias. Le Comité antimonopole est apparu plus fréquemment dans les médias en 2012 qu'en 2011. Pour mieux faire connaître son rôle et son action et améliorer son image, il devrait non seulement publier ses décisions sur son site Web mais également diffuser des informations au sujet de leurs effets positifs. À cette fin, il doit mettre en œuvre une politique générale de relations publiques et disposer d'un personnel qualifié pour l'appliquer.

E. Société civile

87. Le consommateur est directement touché par les conséquences des restrictions à la concurrence sur les prix, le choix, la qualité et l'innovation. On peut considérer la société civile comme l'interface entre les intérêts des consommateurs et la politique et la loi de la concurrence et leur application. Dans ce contexte, la société civile, y compris le monde universitaire en tant que base de l'enseignement supérieur, attend du Comité antimonopole qu'il fasse preuve d'une totale transparence et assure la publicité de ses actions et de ses décisions en faveur de l'application du droit de la concurrence.

VI. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

88. Au vu de sa comparaison avec les meilleures pratiques internationales, il n'y a pas lieu d'apporter des changements fondamentaux au cadre réglementaire de la loi ukrainienne de la concurrence. Il reste cependant encore beaucoup à faire pour créer les conditions nécessaires à la modernisation du Comité antimonopole et à sa transformation en une autorité de la concurrence véritablement indépendante et puissante qui non seulement infligerait des sanctions à ceux qui violent la loi ou réglerait les prix mais contribuerait à créer un environnement concurrentiel véritable et à assurer la concurrence sur les marchés en Ukraine. En d'autres termes, ce n'est pas tant la loi de la concurrence qui doit être réformée mais la façon dont le Comité antimonopole la fait respecter, qui doit être sensiblement rapprochée des meilleures pratiques internationales.

89. L'adoption du Programme national en faveur de la concurrence pour la période 2014-2024 offre une excellente occasion d'adopter des réformes concernant directement le Comité antimonopole et plus généralement de réorienter le système économique ukrainien afin qu'il devienne plus concurrentiel et davantage basé sur le marché. Les recommandations présentées ci-dessous partent du principe que le Programme permettra une réévaluation en profondeur du droit et de la législation de la concurrence et un renforcement du Comité antimonopole en tant qu'institution chargée de promouvoir le progrès économique.

A. Recommandations à l'intention du Parlement

90. Les recommandations ci-après sont formulées à l'intention du Parlement:

- a) **Empêcher que les entreprises condamnées évitent de payer leurs amendes:** La loi devrait être modifiée afin d'empêcher les auteurs de violations d'échapper à leurs responsabilités de payer leurs amendes en prononçant la dissolution de l'entité économique existante et en en créant une nouvelle;
 - b) **Renforcer les pouvoirs d'investigation du Comité antimonopole:** La loi devrait définir des procédures détaillées concernant la possibilité pour le Comité antimonopole d'effectuer des perquisitions dans les locaux des entreprises et de saisir toute preuve pertinente concernant de possibles violations du droit de la concurrence;
-

- c) **Renforcer les pouvoirs discrétionnaires de définition des priorités:** La loi devrait être modifiée pour donner au Comité antimonopole un plus grand pouvoir discrétionnaire s'agissant de déterminer s'il convient ou non d'ouvrir une enquête après réception d'une plainte en bonne et due forme et les affaires sur lesquelles il enquêtera en application des pouvoirs que lui confie la loi de la concurrence et la loi sur la protection des consommateurs;
- d) **Établir une responsabilité inconditionnelle en cas de manipulation des procédures d'appel d'offres:** La loi devrait être modifiée afin de prévoir une responsabilité inconditionnelle pour les auteurs de manipulation des procédures d'appel d'offres et imposer des sanctions sous forme d'amendes et d'impossibilité pour les auteurs de violation de soumissionner à nouveau;
- e) **Revoir le programme de clémence afin de réduire les peines infligées aux parties autres que celle qui a demandé en premier à bénéficier du programme:** La loi devrait être modifiée afin de permettre au Comité antimonopole de réduire les amendes ou les autres peines prononcées à l'encontre de parties qui demandent à bénéficier du programme de clémence après la demande initiale;
- f) **Préciser les compétences des juridictions afin d'encourager la spécialisation:** La loi devrait être modifiée afin d'encourager la spécialisation des tribunaux concernant le traitement des affaires en matière de concurrence et de préciser si les décisions du Comité antimonopole ne peuvent faire l'objet d'un appel en première instance que devant les tribunaux commerciaux ou les tribunaux administratifs;
- g) **Améliorer la loi relative aux marchés publics:**
- i) Il faudrait préciser les compétences respectives du Comité antimonopole et du Ministère du développement économique et du commerce et éviter tout chevauchement de compétences;
 - ii) Le Ministère devrait se consacrer à sa fonction réglementaire et le Comité antimonopole devrait être l'autorité compétente pour connaître des plaintes;
 - iii) Pour des raisons de sécurité juridique, la définition du terme «surveillance» devrait être revue afin d'assurer que le Ministère du développement économique et du commerce ne s'occupe
-

que de l'analyse économique, de l'efficacité et des procédures de marché public;

- iv) Les procédures de surveillance par le Ministère du développement économique et du commerce devraient être définies par la loi;
- h) **Améliorer l'efficacité du contrôle des fusions:** La loi devrait être modifiée afin d'interdire les concentrations d'entités économiques qui dissimulent les noms de leurs véritables propriétaires en s'enregistrant à l'étranger.

B. Recommandations à l'intention du Gouvernement

91. Les recommandations ci-après sont formulées à l'intention du Gouvernement:

- a) **Accroître l'efficacité de la réglementation:** Il faudrait accélérer la mise en place d'un organisme indépendant de réglementation des transports;
 - b) **Profiter du Programme national en faveur de la concurrence pour moderniser la politique de la concurrence:**
 - i) Le Programme national devrait être utilisé pour appliquer les recommandations énoncées dans le présent rapport d'examen collégial;
 - ii) Le Comité antimonopole devrait jouer un rôle clef dans la formulation d'éléments précis du Programme et leur application;
 - iii) Le Programme devrait prévoir le démantèlement des barrières artificielles à l'entrée de nouvelles entreprises et au développement des entreprises existantes ainsi que la suppression des subventions publiques et d'autres formes de soutien qui renforcent la position des entreprises dominantes;
 - iv) Le Programme devrait assurer l'augmentation des ressources (financières, humaines, scientifiques et en matière d'information) du Comité antimonopole pour la mise en œuvre du Programme et la réalisation de ses objectifs;
-

- c) **Créer un Comité permanent sur l'efficacité économique:** Le Programme devrait être l'occasion de créer un comité permanent qui procédera à des évaluations périodiques de la concurrence et à des études en vue d'améliorer les conditions dans lesquelles elle s'exerce;
- d) **Traiter les causes et non les symptômes de l'absence de concurrence – le cas du contrôle des prix:** Le plan stratégique devrait définir une orientation générale quant à la façon de s'attaquer aux obstacles structurels de base à la concurrence dont l'élimination permettrait au Comité antimonopole de consacrer moins de ressources à la lutte contre les prix excessifs et à d'autres mesures de contrôle des prix;
- e) **Assurer la transparence des marchés publics:** Il faudrait mettre en place une procédure en ligne, basée sur les meilleures pratiques internationales, afin d'assurer la transparence des marchés publics.

C. Recommandations à l'intention du Comité antimonopole d'Ukraine

92. Les recommandations ci-après sont formulées à l'attention du Comité antimonopole:

- a) **Renforcer la procédure de définition des priorités et élaborer chaque année un plan stratégique pour leur réalisation:**
 - i) Le Comité antimonopole devrait déterminer chaque année quelle allocation de ressources entre les activités découlant des mandats qui lui ont été confiés en vertu de la loi sur la protection de la concurrence économique, de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale et de la loi sur les marchés publics répondrait au mieux aux intérêts de l'économie ukrainienne et des consommateurs ukrainiens;
 - ii) Les conclusions du processus d'élaboration de la stratégie devraient être publiées chaque année sous forme de plan stratégique;
-

-
- iii) Le Comité antimonopole devrait organiser périodiquement des consultations publiques afin de solliciter des suggestions au sujet des priorités fixées et de débattre de son plan stratégique;
 - b) **Établir des mécanismes destinés à développer et à formaliser les liens avec les organismes réglementaires sectoriels:** Le Comité antimonopole devrait mettre en place des mécanismes formels destinés à développer les liens et la coopération avec les organismes réglementaires sectoriels. À cet effet, il pourrait créer des groupes de travail composés de représentants des institutions concernées ou encore conclure des mémorandums d'accord avec elles;
 - c) **Préciser et simplifier la procédure d'examen des fusions:**
 - i) Le Comité antimonopole devrait accroître la transparence du processus d'examen des fusions;
 - ii) Le Comité antimonopole devrait prendre des mesures pour répondre rapidement aux demandes de parties à une fusion quant à l'état d'avancement de la procédure et la date probable de son achèvement;
 - iii) Le Comité antimonopole devrait élaborer une procédure accélérée plus efficace pour traiter les opérations qui ne présentent pas de danger du point de vue de la compétitivité pour l'économie ukrainienne;
 - d) **Renforcer le mécanisme destiné à s'assurer de la bonne application des mesures correctives:**
 - i) Le Comité antimonopole devrait constituer une base de données électronique dans laquelle figureront toutes les mesures correctives afin de suivre leur application et d'identifier tout changement de propriété ou statut des parties visées par ces mesures;
 - ii) Le Comité antimonopole devrait systématiquement demander aux parties soumises à des mesures correctives de soumettre périodiquement des rapports d'application décrivant, entre autres, les progrès réalisés et indiquant tout changement de propriété;
-

- e) **Faire connaître plus clairement ses intentions en matière d'application de la loi:** Le Comité antimonopole devrait préciser, par des directives ou d'autres instruments, ses intentions concernant la façon dont il entend s'acquitter des responsabilités qui lui ont été assignées en vertu de la loi sur la protection de la concurrence économique, de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale et de la loi relative aux marchés publics. Ces précisions devraient porter, entre autres, sur les mesures prises pour éliminer les obstacles horizontaux et verticaux et le traitement de conduites parallèles assimilables à une action concertée;
- f) **Élaborer un programme d'évaluation:**
- i) Le Comité antimonopole devrait élaborer un programme d'évaluation périodique de l'application de la loi de la concurrence;
 - ii) Un tel programme devrait notamment porter sur l'application du programme révisé de clémence;
- g) **Renforcer les contacts avec les médias:** Le Comité antimonopole devrait améliorer ses relations avec les médias, élaborer un plan pour toucher de nouveaux médias et organiser des formations périodiques à l'intention du personnel de son service de presse;
- h) **Développer l'utilisation des études de marché:** Le Comité antimonopole devrait utiliser davantage les études de marché pour déterminer la situation en matière de concurrence et proposer des améliorations, notamment dans le secteur des services aux collectivités et dans les domaines où existe une forte concentration.
-