



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
27 avril 2015
Français
Original: anglais

Septième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives

Genève, 6-10 juillet 2015

Point 6 b) de l'ordre du jour provisoire

**Examen de propositions visant à améliorer et développer l'Ensemble,
ainsi que la coopération internationale dans le domaine du contrôle
des pratiques commerciales restrictives**

Moyens de renforcer le respect et la promotion du droit de la concurrence

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le chapitre I du présent rapport examine les moyens de renforcer le respect de la loi dont disposent les organismes de la concurrence de création particulièrement récente et il tire des conclusions concernant les obstacles auxquels se heurtent ces organismes dans leur travail. Le chapitre II est consacré au renforcement de la promotion de la concurrence. À partir de l'expérience des organismes de la concurrence, il analyse comment ces organismes peuvent consolider leurs instruments de promotion afin de renforcer la sensibilisation et la confiance des milieux spécialisés et du grand public.



Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
I. Formulation d'une législation et d'une politique rationnelles de la concurrence	4
A. Éléments principaux du droit de la concurrence	5
B. Structure institutionnelle d'un organisme de la concurrence	9
C. Relation des organismes de la concurrence avec d'autres organismes publics et instances de réglementation	11
II. Moyens de renforcer la promotion de la concurrence	16
A. Stratégies de promotion dans les médias en fonction du public cible	16
B. Utilité d'études ou d'enquêtes sectorielles pour la promotion et les futures activités d'application du droit de la concurrence	18
III. Enseignements à tirer pour l'avenir: Comment améliorer la promotion et les moyens de faire respecter les lois sur la concurrence?	19

Introduction

1. La politique de la concurrence comprend deux éléments majeurs. Le premier est un droit de la concurrence qui prévoit des règles destinées à réprimer les comportements anticoncurrentiels sur le marché, ainsi qu'un mécanisme d'application de la loi, par exemple un organisme spécialisé. Le deuxième instrument, qui est particulièrement important dans les relations avec d'autres politiques économiques, est la promotion de la concurrence¹.
2. Les moyens d'application comme la promotion jouent un rôle critique et se renforcent mutuellement lorsqu'il s'agit de construire et d'entretenir un régime de concurrence, appuyé par une forte confiance dans les institutions et enraciné, de préférence, dans une série de politiques générales complémentaires.
3. Les deux aspects ont une importance particulière pour tous les régimes juridiques de la concurrence. Une répression efficace fondée sur des plaintes en justice ou sur de sérieuses enquêtes sectorielles débouche sur l'application effective du droit de la concurrence et crée une jurisprudence qui contribue à clarifier le sens de la loi pour ceux qui sont chargés de l'appliquer comme pour les entreprises et qui donne une forme concrète à la législation. Dans le même temps, les activités de répression mettent à l'épreuve et renforcent les compétences des organismes jeunes, en leur donnant une expérience importante et en contribuant à affiner les moyens d'application de répression et le droit de la concurrence dans les examens judiciaires ultérieurs.
4. La promotion de la concurrence renforce les effets de l'application en faisant connaître le mandat, le travail et les résultats de l'organisme de la concurrence. Du fait qu'elle englobe beaucoup plus que les simples fonctions d'un service de presse, la promotion consiste à préconiser un ensemble de politiques propices à l'efficacité et un esprit favorable à la concurrence dans l'économie qui dépassent le cadre étroit de la lutte antitrust. La promotion de la concurrence vise donc à créer une confiance générale des institutions dans les buts, la teneur et l'application du droit de la concurrence en tant que «bonne loi» et que l'expression d'une bonne gouvernance.
5. Le présent rapport est divisé en deux parties: le chapitre I discute les moyens utilisés par les organismes de la concurrence dans les cinq dernières années pour renforcer l'application de la loi. Il accorde une attention particulière aux organismes de création récente et tire des conclusions concernant les difficultés auxquelles se heurtent ces organismes dans leur travail.
6. Le chapitre II est consacré au renforcement de la promotion de la concurrence. À partir de l'expérience acquise par les organismes depuis cinq ans, il analyse les moyens pour ces derniers de renforcer leurs instruments de promotion afin d'améliorer la sensibilisation et la confiance des milieux spécialisés et du grand public.
7. Le rapport s'inspire des travaux du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur l'efficacité des organismes de la concurrence et aussi des travaux d'autres organisations et institutions, dont l'OCDE, l'International Competition Network, les organismes nationaux de la concurrence et les institutions régionales.

¹ Cette conception est celle de la CNUCED, telle qu'elle apparaît par exemple dans le document TD/B/C.I/CLP/28, et de toutes les grandes organisations de développement ayant des activités consultatives et de renforcement des capacités concernant le droit et la politique de la concurrence. Voir aussi Banque mondiale et Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), 1998, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, chap. 6, p. 93.

I. Formulation d'une législation et d'une politique rationnelles de la concurrence

8. Le droit de la concurrence ne peut s'implanter dans une juridiction que si la nouvelle structure de législation et d'application est intégrée dans l'environnement juridique et réglementaire en place et si elle tient compte des conditions préexistantes sur le terrain. En outre, étant donné la complexité et les relations étroites du droit de la concurrence avec d'autres lois qui sanctionnent des comportements de nature à fausser le jeu du marché², ce droit doit être solidement ancré dans un réseau de politiques et de lois complémentaires et être compris comme faisant partie d'une politique plus large de la concurrence.

9. La conception du régime de la concurrence exige donc au préalable une évaluation minutieuse de la situation économique et des structures juridiques en place et un examen attentif de la manière dont la politique de la concurrence va être mise en œuvre.

10. Une bonne application des lois est subordonnée à trois éléments: de bonnes lois³, des poursuites efficaces et équitables par un organisme de répression et un procès ou contrôle juridictionnel équitable et compétent⁴. Dans la plupart des juridictions on a assisté au cours des cinq dernières années à une évolution intéressante dans ces trois domaines.

11. Dans la plupart des cas, la condition nécessaire à l'élaboration d'une bonne législation et de systèmes d'application efficaces est l'existence d'un consensus politique en faveur d'une économie de marché caractérisée par une saine concurrence. Dans le cas contraire, le Gouvernement ne sera guère enclin à approuver des lois et des systèmes solides, à nommer du personnel qualifié et à doter l'organisme de la concurrence de l'indépendance nécessaire. C'est là souvent un problème ardu, surtout dans les économies en développement ou en transition, où des entités solidement installées et bénéficiant de puissants appuis ont beaucoup à perdre à un tel système. Inversement, la formation de ce consensus pourrait tirer profit de l'existence d'une loi et d'un organisme créés à cet effet. À bien des égards, la création d'un mécanisme efficace chargé d'appliquer le droit de la concurrence est un dilemme dans lequel on ne voit pas bien si c'est la loi ou le consensus politique qui doit précéder l'autre. En principe, on peut espérer qu'ils se soutiendront mutuellement, mais si le soutien politique pour une loi et un organisme est si mince qu'on ne peut pas le faire jouer utilement, c'est toute la notion de droit et de politique de la concurrence qui peut perdre sa crédibilité. À cet égard, il faut privilégier une démarche à partir de la base.

² Il n'existe pas une série explicite de politiques interdépendantes, mais la relation entre le droit de la concurrence et une série de lois pénales et administratives est bien documentée. Le droit de la concurrence recoupe les interdictions pénales suivantes: lois anticorruption en tant que *lex generalis*, et droit des titres, en particulier dispositions concernant la manipulation des marchés et les opérations d'initiés, en tant que *lex specialis*. En ce qui concerne le droit administratif, le droit de la concurrence recoupe les règles qui gouvernent les marchés publics, les subventions et l'aide de l'État. La relation entre le droit national de la concurrence et les accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange est souvent étudiée aussi.

³ L'expression «bonnes lois» concerne la qualité de la loi. Il n'existe pas de définition juridique de ce qu'est une bonne loi, mais on peut supposer qu'il s'agit d'un texte bien libellé et bien structuré, présentant des relations clairement définies avec les domaines concomitants du droit et qui est accessible à tous.

⁴ On trouvera une étude plus approfondie de l'efficacité des organismes de la concurrence dans les documents TD/B/COM.2/CLP/59 et TD/B/C.I/CLP/8.

A. Éléments principaux du droit de la concurrence

12. Dans les cinq dernières années, la tendance à l'incorporation des lois sur la concurrence dans le corps du droit économique public s'est poursuivie, les juridictions dotées de lois sur la concurrence ont continué à adapter et à affiner leurs textes et leurs systèmes d'application et la convergence des législations et politiques de la concurrence quant à leur portée, leur champ d'application et les moyens de les faire respecter s'est poursuivie aussi.

13. Les facteurs qui contribuent à cette tendance demeurent les suivants:

a) La tendance persistante à la libéralisation des marchés et à l'adoption de politiques de la concurrence;

b) Le fait que l'on insiste davantage sur la protection des consommateurs, sur l'efficacité et sur la compétitivité dans les dispositions des lois sur la concurrence ou dans l'application de ces lois;

c) Le fait que l'on accorde davantage d'importance aux analyses économiques et aux méthodes d'application et la similitude croissante entre ces analyses et ces méthodes;

d) La condamnation universelle des pratiques collusoires;

e) Le durcissement de la répression;

f) Le rôle accru des autorités chargées de défendre la concurrence dans la promotion des principes de concurrence dans l'application d'autres politiques des pouvoirs publics;

g) Le renforcement des consultations et de la coopération internationales en matière de concurrence.

14. Un autre facteur nouveau décisif réside dans l'apparition de nouveaux méga-accords régionaux et d'accords de commerce comprenant des dispositions qui prévoient la promulgation, l'harmonisation et le renforcement de lois sur la concurrence.

15. D'importantes différences subsistent néanmoins entre les lois et politiques de la concurrence:

a) Le rang de priorité donné à la politique de la concurrence par rapport à d'autres politiques;

b) L'importance accordée à des objectifs autres que la protection des consommateurs ou l'efficacité dans de nombreuses lois sur la concurrence;

c) La démarche juridique suivie pour lutter contre les pratiques commerciales restrictives;

d) Les techniques analytiques utilisées;

e) Les règles de fond applicables en particulier aux ententes verticales, à l'abus de position dominante, aux fusions, aux coentreprises et aux directions imbriquées;

f) La structure ou la portée des exemptions de minimis, des exemptions concernant la propriété intellectuelle et d'autres types de dérogation;

g) Les moyens de faire respecter la loi et la rigueur de la répression;

h) Les doctrines juridiques qui gouvernent l'application du droit de la concurrence hors du territoire national;

i) La capacité d'application réelle de ces doctrines ou la fréquence d'application;

j) Les droits des accusés et la possibilité de faire appel de décisions des instances chargées de la concurrence;

k) La mesure dans laquelle les différents pays participent à la coopération internationale dans ce domaine;

l) Les règles restreignant l'accès aux marchés;

m) La mesure dans laquelle des comportements anticoncurrentiels d'administrations nationales ou locales peuvent tomber sous le coup de la loi.

16. Certaines lois des pays en développement et des économies en transition suivent le modèle de la Loi type de la CNUCED, qui constitue un bon point de départ pour engager le processus de rédaction, particulièrement dans des types d'économie différents.

Objectifs du droit de la concurrence

17. Depuis toujours, l'objectif principal de la législation sur la concurrence est d'améliorer l'efficacité allocative en battant en brèche les pratiques qui restreignent la concurrence; cet objectif demeure prédominant dans la plupart des juridictions⁵.

18. Néanmoins, le droit de la concurrence a souvent dû faire une place à certaines considérations non économiques, politiques ou sociales. Les considérations non économiques comprennent les questions de protection des consommateurs qui vont au-delà de l'amélioration du bien-être des consommateurs et de la promotion de l'efficacité économique⁶. L'inscription d'une politique de la concurrence dans les accords de commerce régionaux vise souvent à empêcher des accords privés de rétablir des obstacles au commerce, ce qui conforte les objectifs politiques d'un accord de libre-échange⁷.

19. D'autres objectifs relativement fréquents consistent à créer des conditions propices aux petites et moyennes entreprises, à restreindre la concentration excessive de pouvoir économique et à faciliter une concurrence loyale. Les objectifs d'intérêt public, qui peuvent concorder avec ceux du développement, sont monnaie courante dans les lois sur la concurrence adoptées par les pays en développement, mais aussi par certains pays développés.

Champ d'application

20. Concernant la portée juridictionnelle des lois sur la concurrence, la plupart des pays continuent d'appliquer leurs lois sur les plans intérieur et extraterritorial lorsqu'un comportement anticoncurrentiel a des effets suffisamment forts sur le plan intérieur⁸ et conformément à la jurisprudence interne relative à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence⁹.

⁵ Tous les chiffres, les affaires et les faits évoqués dans le présent document sont cités tels qu'ils étaient en octobre 2014.

⁶ Par exemple, la promulgation de la loi Sherman (1890) a été accompagnée de pressions politiques visant à contrecarrer la puissance croissante des fiduciaires aux États-Unis d'Amérique, non seulement dans le domaine économique mais aussi dans la sphère politique. L'inscription d'un article sur la concurrence dans les textes de la Communauté européenne était motivée par le désir d'empêcher des accords privés de reconstruire les obstacles au commerce qui avaient été abolis par ce qui est aujourd'hui l'article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En Afrique du Sud, la loi sur la concurrence vise clairement à promouvoir l'accès des Noirs à la propriété. Voir note 8 ci-après.

⁷ Affaires groupées 56 et 58/64 *Consten et Grundig c. Commission* [1966] ECR-299 de la Cour européenne de justice.

⁸ Affaire du S. S. *Lotus (France c. Turquie)*, 1927, Cour permanente de Justice internationale, 7 septembre.

⁹ Pour les États-Unis, voir l'affaire *Hartwood Fire Insurance Co. c. Californie* 509 U. S. 764 (1993); pour l'Union européenne, voir les affaires groupées C-89/85, C-104/05, C-116/85 et C-125/85 *Woodpulp* (1989), ECR-I 1307.

Pratiques interdites: horizontales et verticales

21. La Loi type énumère au chapitre III un certain nombre de restrictions essentielles au commerce et pose l'interdiction de l'abus de position dominante en son chapitre IV.

22. Les restrictions essentielles sont les accords de fixation de prix, les soumissions collusoires (trucage des offres), la répartition des marchés ou de la clientèle, les restrictions collectives à la production ou à la vente, notamment par l'imposition de contingents, le refus concerté d'achat ou d'approvisionnement et le refus collectif d'admission à la qualité de partie à un accord ou de membre d'une association qui est d'une importance décisive pour la concurrence (installation ou ressource essentielle).

23. La plupart des juridictions définissent un certain nombre de pratiques comme étant en soi restrictives ou tout au moins comme ayant exceptionnellement peu de chances de sortir indemnes d'un examen d'efficacité. Les ententes, le trucage des offres et les prix imposés sont presque universellement considérés comme des restrictions injustifiables.

24. Au cours des cinq années écoulées, certaines pratiques ou secteurs nouveaux ont été soumis à une surveillance des autorités antitrust, notamment par une répression accrue dans les services financiers, une surveillance des restrictions au coût de la main-d'œuvre ou de la surveillance du régime fiscal des États membres de l'Union européenne au titre des aides de l'État.

Abus de position dominante

25. Concernant l'abus de position dominante, des mesures importantes ont été prises depuis cinq ans pour définir la notion de domination du marché dans un climat économique en constante mutation; elles font apparaître des divergences entre les principales juridictions dans la manière de considérer les affaires de position dominante dans la nouvelle économie et le traitement judiciaire de ces affaires.

Exemptions et exceptions

26. On reconnaît depuis longtemps l'efficacité que peuvent apporter certains accords. La Loi type stipule qu'il devrait être possible d'exonérer certains types de restrictions non injustifiables sur notification préalable à l'autorité de la concurrence.

27. Toutes les lois sur la concurrence prévoient des exceptions et des exemptions en fonction de considérations d'efficacité ou de certaines priorités d'ordre général. Les autorités de la concurrence publient souvent des informations sur les exceptions qu'elles appliquent.

28. Il s'agit en particulier du potentiel d'efficacité de la coopération sous forme de coentreprises (production, recherche-développement et distribution) ou d'autres types de coopération.

29. Certaines juridictions continuent d'appliquer des exemptions généreuses pour des secteurs entiers lorsque des motifs de politique intérieure sont en jeu.

Contrôle des fusions

30. Les cinq années écoulées ont connu des changements notables dans les fusions-acquisitions à l'échelle planétaire lorsque l'économie mondiale a plongé dans la crise financière et la crise de la dette souveraine européenne puis en est sortie¹⁰.

¹⁰ Voir les transactions suivantes: AT and T/Direct TV (examen en cours); Glencore/Xstrata; Publicis/Omnicom (fusion abandonnée); Chiquita/Fyffes; Lafarge/Holcim; P3 Alliance

31. En ce qui concerne les changements de fond apportés à la législation sur les fusions, par exemple dans l'Union européenne, on a assisté à une nouvelle harmonisation lorsque l'Allemagne a abandonné son critère traditionnel de «contrôle du marché» (*Marktbeherrschungstest*) pour revenir au critère de l'obstacle notable à la concurrence utilisé à l'échelle européenne et qui est analogue au critère de l'affaiblissement sensible de la concurrence appliqué en Amérique du Nord. Dans le même temps, la Chine est apparue comme un acteur confirmé dans la sphère des fusions, se faisant remarquer par des interventions retentissantes dans des transactions intérieures et même des transactions entre entités étrangères¹¹.

32. Sur le plan international, les fusions multijuridictionnelles exigent souvent le dépôt de demandes multiples, parfois – par suite de seuils intérieurs de chiffre d'affaires – même dans les cas où elles n'ont pas ou guère d'effet sur le plan intérieur (fusions entre sociétés étrangères). En conséquence, l'International Competition Network et l'OCDE ont pris des mesures importantes pour promouvoir la convergence des normes et des procédures de notification, particulièrement en ce qui concerne l'effet minimum qu'une transaction doit avoir sur sa juridiction pour qu'un pays soit fondé à exiger une notification et un examen. L'autorité de la concurrence de l'Inde a acquis un rôle qui correspond au poids croissant du pays dans l'économie mondiale depuis que les fusions ont commencé à être contrôlées en 2011. L'autorité a traité environ 160 affaires depuis cette date; elle a approuvé toutes les fusions et n'a imposé de conditions que dans trois cas. En outre, elle a affiné sa connaissance des aspects clés du régime des fusions, y compris de la notion de contrôle. De même, l'Afrique du Sud, le Brésil et la Fédération de Russie ont stabilisé leur régime des fusions et n'ont cessé de travailler à la notification des fusions.

Sanctions

33. Dans la plupart des États membres, les sanctions sont d'ordre administratif ou judiciaire, mais certaines juridictions appliquent des sanctions pénales aux sociétés délinquantes ou des sanctions individuelles.

34. Les amendes infligées pour infraction au droit antitrust ont augmenté sensiblement depuis cinq ans, à cause notamment d'une répression accrue dans les économies en transition et les économies développées et d'une lecture plus rigoureuse des directives de mise à l'amende. Les amendes individuelles et collectives ont atteint un montant record en Chine et dans l'Union européenne¹².

35. Des discussions sont en cours dans l'Union européenne sur le point de savoir si, étant donné leur montant, les amendes destinées au moins à prévenir, sinon à sanctionner les violations des lois sur la concurrence ont encore un caractère administratif. Avec l'adhésion de l'Union européenne à la Cour européenne des droits de l'homme, cette discussion a acquis une nouvelle importance s'agissant de la compatibilité des procédures

(non approuvée); Microsoft/Nokia; Deutsche Börse/New York Stock Exchange Euronext (non approuvée).

¹¹ Annonce n° 46/2014 du 17 juin 2014 du Ministère du commerce chinois, P3 Alliance.

¹² En août 2014, la Chine a infligé sa plus forte amende collective, d'un montant de 832 millions de RMB (135,3 millions de dollars), à une entente constituée par un groupe de sept fabricants japonais de pièces détachées d'automobile. Dans l'Union européenne, les amendes collectives imposées entre 2010 et septembre 2014 s'élèvent à 8 587 000 d'euros, contre 7 947 000 pour les quatre années précédentes. L'amende collective la plus élevée, 1,4 million d'euros, a été imposée en 2012 aux membres de l'entente sur les tubes à rayons cathodiques. La troisième amende collective la plus élevée de toute l'histoire a été appliquée aux membres de l'entente EURIBOR en 2013. Les amendes totales citées dans le présent document correspondent à la situation au 3 septembre 2014.

de sanction de l'Union avec les dispositions de l'article 6 1) de la Cour européenne relatives à la garantie d'une procédure équitable¹³.

Comportement anticoncurrentiel d'organismes d'État

36. L'action des pouvoirs publics est capable de causer à la concurrence autant de tort que les pratiques du secteur privé. Dans bien des cas, cela tient au fait que des entreprises privées, qui ont souvent des liens historiques avec les instances de réglementation, demandent une réglementation ou une législation qui a pour effet d'inhiber la concurrence. Dans d'autres cas, des entreprises d'État qui pratiquent la concurrence sur les marchés commerciaux se voient accorder des avantages spéciaux sous forme de subventions ou du pouvoir de délivrer des licences ou par le biais de relations de corruption. Dans d'autres cas encore, le comportement en cause a une explication plus anodine: l'instance de réglementation, désireuse d'atteindre un objectif légitime, ne mesure pas bien l'impact que son action peut avoir sur le marché.

37. Étant donné que les organismes souverains ont le droit de réglementer le comportement de l'économie, ce pouvoir pose des problèmes ardues aux organismes de la concurrence. Dans certains pays, comme la Fédération de Russie, la loi autorise expressément à invoquer la loi sur la concurrence à l'encontre d'instances étatiques. D'autres, comme l'Union européenne, ont un régime spécial applicable aux aides publiques qui faussent le jeu de la concurrence. Le point de savoir si le droit de la concurrence peut s'exercer dépend parfois de la nature de l'intervention de l'État: agit-il en tant qu'entité commerciale ou en tant qu'entité souveraine?

38. Lorsque l'État agit en tant qu'entité souveraine, un des outils qui peuvent être donnés à un organisme de la concurrence est le pouvoir de préconiser une saine politique de concurrence auprès des responsables de la réglementation, du législateur et des administrations publiques locales.

B. Structure institutionnelle d'un organisme de la concurrence

Mission et pouvoirs

39. La plupart des législations sur la concurrence dressent la liste des fonctions et pouvoirs dont l'organisme de la concurrence est doté pour s'acquitter de sa mission principale, liste qui établit le cadre général de son fonctionnement. Le chapitre X de la Loi type sur la concurrence comprend une liste indicative des fonctions de l'organisme, qui pourraient être les suivantes:

- a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;
- b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre concerné;
- c) Procéder à des études, publier des rapports et dispenser une information au public;
- d) Délivrer des formulaires et tenir un registre de notifications;
- e) Établir des règlements et les publier;

¹³ Voir D. Slater, S. Thomas et D. Waelbroeck, 2008, Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: No need for reform? Global Competition Law Centre Working Papers Series, Working Paper 04/08.

f) Aider à la rédaction, à l'amendement ou à la révision de la législation sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la réglementation et de la politique de la concurrence;

g) Favoriser les échanges de renseignements entre États.

40. Une caractéristique commune à tous les organismes est que leurs fonctions doivent reposer sur le principe de la garantie d'une procédure régulière et de la transparence, telles qu'elles sont définies dans les normes nationales et internationales. Dans la plupart des juridictions européennes, les dispositions relatives à la garantie d'une procédure régulière s'inspirent au minimum de l'article 6 1) de la Cour européenne des droits de l'homme; la jurisprudence de la Cour peut donner des indications détaillées et utiles aussi aux juridictions qui n'appartiennent pas aux pays signataires.

41. L'organisme peut agir de sa propre initiative, ou à la suite d'une plainte officielle ou de toute autre forme de notification émanant d'une tierce partie.

42. La Loi type recommande aux États de mettre en place ou d'améliorer des procédures permettant d'obtenir des entreprises les renseignements nécessaires pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales restrictives. L'organisme de tutelle doit être habilité à ordonner aux particuliers ou aux entreprises de fournir une information et des documents et à demander et recevoir des témoignages, s'il y a lieu au moyen d'inspections sans préavis ou de perquisitions à l'aube.

43. L'organisme de la concurrence doit être tenu de prendre, à l'issue de ses enquêtes, une décision formelle et de la publier au Journal officiel, par exemple lorsqu'il ouvre une procédure ou qu'il demande la cessation de certaines pratiques ou bien lorsqu'il refuse ou accorde l'autorisation des opérations notifiées ou qu'il impose des sanctions. Le pouvoir de décision d'un organisme est fonction de sa structure. Par exemple, le chapitre IX de la Loi type présente le nombre de choix possibles concernant la composition, la structure et les responsabilités de l'instance responsable de la concurrence: modèle judiciaire, organe spécialisé ou organe intégré.

44. En ce qui concerne le champ d'action et étant donné la spécialisation très poussée et l'expérience très particulière de l'organisme de la concurrence, un nombre croissant de lois ou d'amendements nouveaux lui confèrent des responsabilités supplémentaires, par exemple celle de donner des avis sur le libellé de projets de loi qui pourraient avoir des effets anticoncurrentiels, ainsi que d'étudier et de soumettre au gouvernement des propositions appropriées pour modifier la législation relative à la concurrence. C'est le cas, en Bulgarie, pour la Commission de la protection de la concurrence¹⁴; au Portugal, avec le Conseil de la concurrence, qui peut formuler des opinions, donner des avis et des conseils dans les questions de politique de la concurrence¹⁵; et en Espagne, au niveau de la Cour de protection de la concurrence¹⁶ et du Service de protection de la concurrence.

45. Certains organismes sont dotés de pouvoirs et de fonctions plus étendus: pouvoir répressif en matière de concurrence, protection des consommateurs, réglementation sectorielle, protection des données, protection des droits de propriété intellectuelle et surveillance des marchés publics. Ce sont les organismes dits généralistes.

¹⁴ Loi du 15 novembre 1991 relative à l'organisation et aux activités de la Commission de protection de la concurrence, art. 4 3).

¹⁵ Décret-loi n° 371/93 du 29 octobre 1993 relatif à la protection et à la promotion de la concurrence, art. 13 1) b), c) et d).

¹⁶ Loi 16/1989 du 17 juillet relative à la protection de la concurrence, art. 26. On peut trouver des renseignements complémentaires au Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992: 66.

C. Relation des organismes de la concurrence avec d'autres organismes publics et instances de réglementation

46. La relation entre la réglementation sectorielle et la politique de la concurrence est extrêmement complexe sur le plan théorique et dans la pratique, elle dépend beaucoup de l'environnement juridique, économique et réglementaire du pays.

47. D'après le chapitre VII de la Loi type, les décisions de réglementation, surtout lorsqu'elles ont une incidence sur la concurrence dans un secteur donné, doivent être examinées avec soin dans l'optique du droit de la concurrence afin d'éviter d'avoir des effets anticoncurrentiels malencontreux. Le droit de la concurrence a aussi un rôle important à jouer dans la réglementation et l'adaptation des secteurs récemment privatisés en réglementant le comportement des entreprises concernées sur le marché.

48. Depuis cinq ans, la plupart des juridictions reconnaissent la nécessité pour les organismes de la concurrence de coopérer avec les organismes de réglementation sectorielle, afin d'affiner encore la ligne de démarcation entre la réglementation sectorielle et la politique de la concurrence et d'établir une répartition équitable des compétences. Certaines juridictions, par exemple au Royaume-Uni, suivent un modèle intégré dans lequel le pouvoir de faire appliquer le droit de la concurrence dans certains secteurs est dévolu aux instances de réglementation, mais la plupart des juridictions suivent une démarche qui dissocie la réglementation sectorielle et le pouvoir de la faire appliquer.

49. Le législateur doit s'efforcer d'assurer une cohérence entre le mandat de l'organisme de la concurrence et celui des instances de réglementation sectorielle. Différents pays ont choisi des modèles différents pour instaurer et maintenir une cohérence entre les activités des organismes concernés¹⁷.

50. Un rôle particulièrement important incombe au ministre responsable de l'application de la loi sur la concurrence ou à l'organisme indépendant lorsqu'il s'agit de respecter les diverses compétences dans l'application de la loi. Dans la plupart des juridictions, c'est le Ministère de l'économie ou le Ministère de la justice qui assume la responsabilité générale ou conjointe de l'autorité de la concurrence. La plupart des juridictions dissocient les responsabilités administratives et la responsabilité directe pour les questions de fond.

51. Le rôle du ministre responsable du droit de la concurrence consiste en grande partie à fixer les objectifs politiques en matière de concurrence, notamment en assurant une révision périodique de ce droit ainsi qu'un certain degré de supervision administrative de l'organisme de la concurrence. Beaucoup de juridictions prévoient aussi l'intervention du ministre dans une série précise d'affaires qui revêtent une dimension politique. Ainsi, le ministre peut avoir le pouvoir spécial d'autoriser, pour des raisons d'intérêt public, une fusion, une coentreprise ou tout autre type de coopération qui ne répondrait pas normalement aux critères prévus ou d'approuver une entente en cas de crise des exportations. Toutefois, il importe de garantir la transparence d'une décision qui annule la décision de l'organisme de la concurrence. L'Allemagne en est un bon exemple.

52. Chose très importante, le pouvoir discrétionnaire du ministre se borne clairement à traiter les affaires touchant des domaines extrêmement sensibles sur le plan intérieur comme la sécurité nationale ou des services publics essentiels. En outre, la marge d'appréciation du ministre doit être limitée par le droit administratif général ou le droit constitutionnel, qui doit donner aux concurrents la possibilité de contester la décision pour des motifs administratifs ou constitutionnels devant les plus hautes instances judiciaires du pays.

¹⁷ Voir TD/B/COM.2/CLP/44.

Indépendance et influence

53. Il est généralement admis que les décisions des autorités de la concurrence devraient être fondées sur des éléments de preuve objectifs, que ces autorités devraient assurer le respect systématique des principes du marché, et que le processus de prise de décisions devrait être neutre et transparent. On considère en effet que les politiques ne peuvent donner des résultats valables que si les décisions de l'autorité de la concurrence ne sont ni politisées, ni discriminatoires, ni mises en œuvre en fonction des objectifs étroits de groupes d'intérêt. Ainsi, le gouvernement doit renoncer au contrôle de la prise de décisions et des fonctions courantes, au profit de l'autorité. Cela a pour conséquence directe que les groupes d'intérêt privés n'ont plus la possibilité de tenter d'influencer les ministres, ni les moyens d'obtenir un traitement de faveur.

54. Les processus de décision neutres et transparents sont tributaires à la fois d'une indépendance suffisante par rapport à l'ingérence de groupes d'intérêt spéciaux, d'un contrôle juridictionnel efficace et de l'existence de droits suffisants pour les accusés d'examiner minutieusement les décisions de l'autorité compétente. Outre qu'il établit la structure de l'autorité, le texte législatif d'habilitation donne aussi généralement un sens juridique à l'indépendance opérationnelle de l'autorité en définissant ses fonctions, ses compétences et les modalités régissant la nomination, le mandat et la destitution des directeurs et du personnel, ainsi que les modalités de financement de l'organisme. De même, la législation doit définir les relations de l'organisme avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

55. Alors que les conditions qui régissent l'indépendance des organismes sont variables d'un État à l'autre, par suite de différences dans leurs systèmes juridiques, politiques et économiques, l'indépendance d'un organisme de la concurrence peut se mesurer en termes qualitatifs.

56. Les facteurs décisifs sont les domaines, le degré et la régularité des interventions ministérielles ainsi que les relations hiérarchiques entre les dirigeants et les fonctionnaires de l'organisme, le mandat et la nomination du personnel et des directeurs, l'affectation et l'organisation du budget. En outre, des facteurs immatériels comme la culture administrative, l'opinion politique et les relations personnelles influencent les rapports entre l'administration publique et l'organisme.

57. Comme pour tout élément complexe du droit économique, le défi qui est posé au législateur est de concevoir un système de concurrence qui donne une marge de manœuvre suffisante au gouvernement élu tout en laissant à l'organisme concerné assez d'autonomie pour travailler à l'abri de l'ingérence d'intérêts particuliers.

58. Des tensions peuvent naître occasionnellement entre le ministre responsable de la politique de la concurrence et l'organisme de la concurrence si les fonctions et les responsabilités respectives du ministre et de l'organisme, la façon dont celui-ci doit se conformer aux orientations de politique données et les questions relatives à la rationalisation des dépenses publiques qui relèvent de la responsabilité du ministre ou d'une autre entité gouvernementale ne sont pas clairement définies.

59. En cas de conflit, il importe de respecter la division des pouvoirs entre l'exécutif et ses instances et l'appareil judiciaire. Dans l'administration ordinaire, l'exécutif peut assumer l'entière responsabilité des actes des instances qui lui sont subordonnées, mais en l'occurrence il ne peut pas le faire, à cause du caractère particulier du droit de la concurrence. L'examen effectif des décisions de l'organisme de la concurrence doit donc incomber aux instances judiciaires, qui doivent être habilitées à connaître de ses décisions. Toutefois, l'étendue exacte de l'examen judiciaire doit être adaptée aux besoins et aux compétences de chaque juridiction en matière d'examen des aspects juridiques et factuels d'affaires et d'analyses économiques complexes.

Considérations particulières à chaque pays

60. L'application du droit de la concurrence est fortement influencée par un certain nombre de facteurs internes, dont le degré de développement économique, la structure juridique et institutionnelle et la qualité des services de répression, le système politique et la taille géographique du pays.

Degré de développement

61. Le degré de développement économique et juridique d'un pays influence fortement la forme qu'une législation sur la concurrence doit prendre et il détermine les besoins d'application. Le développement économique influence la qualité de l'application et la présence de personnel qualifié et il se répercute évidemment sur les problèmes de concurrence et sur les forces politiques qui gouvernent l'adoption de la législation.

Facteurs juridiques et politiques

62. Le système juridique du pays concerné ainsi que le niveau général et la qualité des moyens d'application des lois et du contrôle juridictionnel sont des facteurs déterminants pour le succès quotidien d'un régime de concurrence. Par exemple, les juridictions de droit civil qui possèdent un droit administratif ancien peuvent adopter facilement une méthode d'application centrale fondée sur une procédure administrative soumise à examen judiciaire. En revanche, les juridictions de *common law*, qui font appel aux tribunaux, doivent adopter une formule de poursuites dans laquelle l'organisme de la concurrence doit saisir un tribunal et gagner un procès. Dans ce cas, l'examen par la justice est limité à la procédure normale d'appel.

63. L'environnement juridique plus large des dispositions constitutionnelles et des dispositions ordinaires relatives à la liberté économique et à l'équité est important pour déterminer le champ d'application et le fondement juridique de la législation sur la concurrence.

64. Les lois anticorruption en sont l'exemple le plus fondamental dans la *lex generalis*, alors que le droit des titres moderne comprend d'importantes règles de *lex specialis* applicables à la conduite des acteurs sur les marchés financiers. De même, les règles sur les marchés publics et les subventions ou toute autre règle relative au comportement sur les marchés sont importantes pour délimiter l'environnement juridique plus large d'une législation sur la concurrence et la manière dont elle est perçue.

65. On sous-estime souvent les facteurs politiques en tant que facteur déterminant du succès d'un régime de la concurrence. Or, le soutien politique et l'importance accordée à une économie libre et loyale sont très importants. C'est pourquoi il est préférable que le droit de la concurrence s'insère dans le cadre général d'une vraie politique de la concurrence et dans la volonté d'entretenir une économie de libre marché. Le système politique détermine d'importantes caractéristiques impondérables du régime juridique de la concurrence, notamment la relation avec d'autres grandes orientations et l'influence de la politique officielle ou même de la politique politicienne sur l'organisme de la concurrence.

Contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

66. La garantie d'une procédure régulière et des décisions administratives équitables sont la pierre angulaire d'une bonne gouvernance et elles sont indispensables au succès du régime juridique de la concurrence.

67. Les décisions fautives rendues dans les affaires de concurrence peuvent porter atteinte aux droits des personnes auxquelles elles s'adressent et aux tiers. Plus généralement, elles peuvent aussi avoir une incidence négative sur l'activité économique

d'un pays. Des mécanismes garantissant l'équité et la licéité des décisions prises par les organismes de concurrence sont indispensables pour faire appliquer le droit de la concurrence selon les techniques les plus récentes. Les personnes visées par une décision, et éventuellement les tiers, doivent avoir la possibilité d'interjeter appel de cette décision s'ils estiment que leurs droits ont été violés. Ces mécanismes constituent ce que l'on appelle le contrôle juridictionnel.

68. Le contrôle juridictionnel est une exigence de la procédure régulière et de l'état de droit, qui soumet au contrôle judiciaire les actes de l'exécutif voire, dans une certaine mesure, ceux du pouvoir législatif. Autrement dit, les décisions prises par les services publics, les départements gouvernementaux, les instances de réglementation sectorielle ou les organismes administratifs peuvent être contestées lorsque l'entité publique a agi de manière illicite. Il s'agit là d'une illustration de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire. Dans ce contexte, il faut noter que le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence s'exerce aussi dans les systèmes de *common law*, où la décision initiale est rendue par un tribunal et non par un organisme de concurrence administratif et revêt donc un caractère judiciaire.

69. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel incite vivement les autorités de concurrence à donner des résultats. Le risque de voir une décision contestée, et finalement annulée par un tribunal, devrait encourager ces autorités à exécuter leur mission avec diligence et à fonder leurs décisions sur une évaluation économique et juridique rigoureuse. Dans l'idéal, cela conduira au fil du temps à des décisions plus justes, qui contribueront à leur tour à renforcer la réputation des organismes concernés.

Personnel et ressources financières de l'organisme de concurrence

70. Les possibilités de recruter et de retenir dans la fonction publique du personnel hautement qualifié, en particulier dans des domaines spécialisés comme celui de l'application du droit de la concurrence sont limitées, car les éléments compétents auront tendance à quitter le secteur public dès lors que leur formation et leurs qualifications peuvent intéresser des employeurs du secteur privé.

71. Le risque de corruption et de captation est une difficulté épineuse dans les pays en développement. Les données empiriques sont contradictoires et on ne peut pas prévoir en théorie qu'un accroissement des salaires réduira toujours la corruption. L'application du droit de la concurrence, en particulier dans les juridictions où les membres du conseil des commissaires viennent du secteur privé et siègent à temps partiel, soulève des questions délicates concernant l'impartialité et l'indépendance des membres.

72. On se demande en effet si les membres à temps partiel du conseil qui occupent un poste de direction dans une entreprise privée peuvent respecter longtemps le niveau d'objectivité souhaitable entre l'administration et cette entreprise. Le problème se pose aussi aux pays développés, mais dans les pays plus petits et plus pauvres ces préoccupations revêtent une importance particulière parce qu'ils disposent d'un effectif relativement plus restreint de personnes présentant les hautes qualifications requises.

73. La pénurie générale de compétences affecte non seulement les autorités de la concurrence, mais aussi la communauté des juristes, les entreprises, le corps judiciaire et le pouvoir législatif. Comme l'application du droit de la concurrence ne se fait pas dans l'abstrait, la promotion de la concurrence par les organismes concernés devient un facteur critique pour s'assurer une crédibilité et des soutiens.

Hiérarchisation des priorités et affectation des ressources comme instrument d'efficacité pour les organismes de la concurrence

74. Les organismes de la concurrence doivent s'acquitter de leur mandat avec des ressources humaines et des ressources financières qui peuvent être très différentes. Certains ont un budget de plus de 100 millions de dollars, mais d'autres doivent se contenter de beaucoup moins. De même, l'effectif et la qualité du personnel varient de façon spectaculaire d'un organisme à l'autre. Les ressources en économistes et en avocats spécialisés et expérimentés sont aussi très inégales¹⁸.

75. Les organismes de création récente éprouvent des difficultés à contrôler des marchés où les pratiques anticoncurrentielles et les structures oligopolistiques s'étendent sur plusieurs secteurs et où le respect de la loi est faible. En outre, étant donné la pénurie du secteur privé et de l'appareil judiciaire en avocats spécialisés, les accusés sont parfois peu enclins à respecter le droit de la concurrence et à se conformer à ses dispositions.

76. Les recherches de la CNUCED ont montré que les organismes de création récente doivent suivre une courbe d'apprentissage pour améliorer leurs compétences dans le traitement des affaires et mettre la législation en pratique. La hiérarchisation et l'affectation efficace des ressources financières et des ressources humaines sont donc primordiales pour tous les organismes de concurrence, tout particulièrement dans les petites économies ou les économies émergentes. C'est pourquoi l'organisme doit suivre de près l'évolution réelle de marchés critiques, de son propre chef, éventuellement au moyen d'enquêtes sur les marchés.

Gestion des connaissances et des ressources humaines en vue d'une bonne application du droit de la concurrence

77. La gestion des ressources humaines et des connaissances est un élément décisif du succès à long terme d'un organisme de la concurrence. L'application des lois suppose un ensemble complexe de compétences juridiques et économiques et un perfectionnement professionnel permanent.

78. La construction d'une véritable compétence en droit de la concurrence exige des années d'expérience après des études longues et ardues. De plus, des aptitudes au traitement des dossiers et des connaissances concernant tel ou tel secteur sont indispensables pour s'acquitter efficacement des fonctions d'un organisme de la concurrence.

79. Il importe donc tout particulièrement d'attirer les cerveaux juridiques et économiques les meilleurs et les plus brillants et de leur offrir des perspectives de carrière intéressantes à long terme. En même temps, il importe d'archiver la mémoire institutionnelle et d'exploiter les compétences et l'expérience très spécialisée acquises avec le temps.

80. Pour pouvoir rivaliser avec les perspectives attrayantes proposées par le secteur privé, les organismes de la concurrence doivent donc offrir des possibilités d'emploi avantageuses sur tous les plans afin d'attirer et de conserver leurs employés. La rivalité sur le seul plan de la rémunération est impossible pour la plupart des organismes. D'autres facteurs comme l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, l'étude de dossiers intéressants, l'atmosphère de travail en équipe et la sécurité de l'emploi peuvent compléter un salaire qui devient ainsi suffisamment compétitif.

81. De plus, il est exceptionnellement important d'archiver les connaissances de l'institution afin de permettre aux personnes qui traitent les dossiers de profiter rapidement de l'expérience déjà acquise au sein de l'organisation concernant certains types d'infraction, certains secteurs ou même certaines entreprises.

¹⁸ On trouvera une analyse complète dans *Global Competition Review*, 2014, 17(6):4.

II. Moyens de renforcer la promotion de la concurrence

82. Comme on l'a vu précédemment, la promotion de la concurrence va au-delà d'un simple travail de presse; il s'agit de promouvoir la politique de concurrence dans le cadre d'une série de politiques orientées vers le marché et se renforçant mutuellement, destinées à corriger et réprimer les comportements qui faussent le jeu du marché et à corriger ses faiblesses. En même temps, il s'agit de créer la confiance dans l'organisme de la concurrence et dans l'ensemble du régime d'application du droit de la concurrence.

83. Cette optique élargie implique un groupe plus étendu de parties prenantes et de publics cibles qui va au-delà des milieux concernés¹⁹.

84. Dans beaucoup de pays, les autorités de la concurrence ou les organes consultatifs de haut niveau sont chargés de conseiller le gouvernement quant aux conséquences des nouvelles lois et réglementations proposées dans le domaine de la concurrence. En Inde, par exemple, le Gouvernement à tous les échelons peut solliciter l'avis de la Commission de la concurrence lorsqu'il examine les questions relatives à la politique de la concurrence; en Espagne, le gouvernement de la région autonome d'Andalousie est tenu par la loi de demander un avis, mais le ministre concerné n'est pas tenu de suivre les avis de la Commission. En Tunisie aussi, le ministre peut consulter le Conseil de la concurrence sur toute proposition de loi et toute question concernant la concurrence, mais il est obligé de suivre les avis du conseil.

85. La promotion de la concurrence permet d'encourager le respect volontaire des règles et de mieux coordonner les politiques. Cette activité est essentielle, surtout pour les jeunes autorités chargées des questions de concurrence, lorsque les parties intéressées doivent être informées de l'existence et des objectifs d'une nouvelle loi, et il s'agit de sensibiliser les responsables de la politique générale aux éventuelles synergies et/ou divergences qui pourraient résulter de certaines mesures, notamment mais non exclusivement la création et/ou la protection des champions nationaux.

86. De ce fait, une stratégie de communication globale et bien conçue constitue l'un des outils les plus performants dont disposent les organismes responsables pour établir, maintenir et promouvoir une culture de la concurrence. L'expérience de ces organismes, qu'ils soient récents ou plus anciens, montre qu'une stratégie de communication utilisée à bon escient permet d'instruire et de mobiliser le grand public, d'accroître le respect du droit de la concurrence, de peser sur les débats de politique générale et de donner des moyens d'action aux autorités compétentes.

A. Stratégies de promotion dans les médias en fonction du public cible

87. Dans ce processus, des stratégies de communication ciblées sont indispensables pour faire connaître le travail de l'organisme à différents groupes de population. Selon le public cible, l'organisme doit mettre en lumière tel ou tel aspect de son travail en employant des outils et un style de communication appropriés. Ainsi, lorsqu'on s'adresse aux politiciens et aux hauts fonctionnaires qui sont chargés d'assurer la cohérence générale de l'action des pouvoirs publics, il convient de faire ressortir le rôle de la politique de la concurrence dans la politique économique en général, alors que si l'on s'adresse aux milieux universitaires ou aux juristes on peut aborder des détails plus techniques. En revanche, la communication avec les médias doit répondre à une difficulté qui consiste à traduire des notions juridiques et économiques complexes en principes simples pouvant faire l'objet d'articles dans la presse quotidienne.

¹⁹ L'aptitude d'un organisme de la concurrence à commenter librement et à recommander des améliorations de la politique publique, de la réglementation et de la législation est un autre attribut qui permet d'évaluer son indépendance opérationnelle. Voir TD/B/COM.2/CLP/67.

Institutions de l'administration centrale

88. Les organismes de la concurrence dépendent du gouvernement central, au-delà du ministre directement concerné. Des principes directeurs généraux concernant l'action à mener ont un impact notable sur la culture de la concurrence en général. C'est pourquoi la promotion de la concurrence auprès du gouvernement doit présenter clairement et mettre en valeur les avantages de réformes orientées vers le marché et du droit de la concurrence en tant que pierre angulaire de la politique économique d'ensemble.

Instances de réglementation sectorielle

89. Dans plusieurs secteurs névralgiques présentant une importance particulière pour la population comme l'eau, l'électricité, le gaz ou les soins de santé, les responsables de la réglementation sectorielle jouent un grand rôle dans le jeu de la concurrence. Ce rôle est puissant puisqu'ils influencent à la fois les prix payés par le consommateur, la marge bénéficiaire des entreprises ou le nombre de concurrents actifs dans un secteur donné.

90. Conformément à la structure politique et réglementaire générale, la promotion de la concurrence doit donc convaincre les responsables de la réglementation sectorielle des avantages de la concurrence, même si cela implique parfois une perte de pouvoir initial. Une bonne manière de mobiliser cette catégorie pourrait être d'engager en commun des initiatives ou des études sur la situation de la concurrence en vue d'améliorer l'efficacité générale du secteur.

Magistrats

91. Les tribunaux comblent les lacunes de dispositions juridiques qui sont au départ assez générales, en interprétant la loi en liaison avec d'autres dispositions du droit interne, et de ce fait, ils l'incorporent dans la législation nationale. De plus, l'aval des tribunaux les plus élevés donne à la nouvelle législation sur la concurrence une grande crédibilité constitutionnelle. Néanmoins, le droit de la concurrence est complexe par nature et il exige une connaissance approfondie. Il est donc absolument indispensable de donner aux magistrats une formation relative aux dispositions de fond du droit de la concurrence et à ses relations avec la Constitution et avec l'ensemble de la législation.

92. La CNUCED a élaboré une stratégie destinée aux juges au moyen du partage entre collègues, par des programmes d'échanges avec d'autres tribunaux, par exemple grâce à son programme concernant la concurrence et la protection des consommateurs en Amérique latine appelé COMPAL. Une formation spécialisée dispensée par des experts internationaux et, dans l'idéal, par d'autres juges versés dans l'application du droit de la concurrence, est donc indispensable pour faciliter le contrôle juridictionnel en tant qu'élément important de l'application du droit de la concurrence.

Entreprises

93. La politique de la concurrence vise à améliorer les atouts des entreprises en assurant l'égalité des chances dans une concurrence libre et loyale. À cet égard, le droit de la concurrence est un instrument juridique important pour permettre aux entreprises de combattre les comportements déloyaux ou hostiles de leurs concurrents.

94. Toute stratégie de communication destinée aux entreprises doit expliquer très clairement que la politique de la concurrence vise en définitive à réduire la réglementation générale et les règles sectorielles au profit d'une réglementation axée sur le marché et équitable limitée aux domaines touchés par une véritable carence du marché. Parallèlement, la stratégie de promotion doit souligner les limites que la politique de la concurrence met à certains types de comportement commercial. La mise en lumière des succès remportés par la répression, particulièrement dans le combat contre les restrictions injustifiables

et les comportements les plus nuisibles, est donc un élément vital de toute stratégie de communication.

95. Finalement, l'action auprès des entreprises doit viser à mettre en valeur le respect général du droit de la concurrence et leur donner les moyens d'utiliser ce droit lorsqu'elles sont victimes d'activités anticoncurrentielles, et les encourager à le faire, en faisant appel à la force publique grâce au mécanisme de dépôt de plainte ou en invoquant ses dispositions dans une procédure privée, pour obtenir la résiliation de contrats de fourniture préjudiciables ou pour intenter un procès en dommages-intérêts.

Consommateurs

96. Il est indispensable de promouvoir la concurrence auprès des consommateurs pour faire ressortir les aspects bénéfiques de la législation. Il faut aussi leur faire connaître les mécanismes de plainte et de réparation dont ils disposent sous la juridiction de l'autorité compétente.

97. À cette fin, les organismes de concurrence doivent avoir un site Web bien conçu et facile à comprendre qui explique leur mission au grand public en termes simples. De même, il faut songer à nouer une coopération ciblée avec les organes de radio et de télévision pour présenter des affaires dans lesquelles la loi a été appliquée avec succès.

B. Utilité d'études ou d'enquêtes sectorielles pour la promotion et les futures activités d'application du droit de la concurrence

98. Les enquêtes sectorielles portent sur l'état de la concurrence dans un secteur donné afin de déceler les sources d'éventuels obstacles à la concurrence et elles donnent une image du secteur concerné pour l'organisme de tutelle.

99. Sous l'angle de la promotion, les enquêtes sectorielles répondent à un objectif important: elles mettent en lumière le travail de l'organisme de la concurrence et elles donnent au public un aperçu direct et facile à communiquer de ce travail. En particulier, elles peuvent créer un lien entre le consommateur et l'organisme.

100. Il en existe un bon exemple dans les activités de la Fiscalía Nacional Económica du Chili, qui mène tous les ans de nombreuses études sectorielles sur une série de thèmes allant du marché complexe des télécommunications aux marchés non réglementés. Ces études servent d'outils de promotion pour communiquer avec les consommateurs en général et pour informer les principales parties prenantes de l'état de la concurrence sur le marché.

101. Autre exemple, celui de l'Office fédéral allemand des ententes sur le prix des combustibles, où une «équipe de transparence» (*Markttransparenzstelle*) spécialisée surveille le marché épineux des combustibles. L'Office traite directement avec le grand public en introduisant dans une application pour téléphone mobile des données en temps réel communiquées par les fournisseurs de combustibles en vertu de l'article 47 k en liaison avec une ordonnance administrative du Ministère fédéral de l'économie et de l'énergie. La création du pôle de transparence a suscité beaucoup d'articles dans les médias, permettant de faire ressortir le lien entre la protection des consommateurs et la politique de la concurrence, suscitant la confiance des consommateurs dans ce secteur névralgique et améliorant sensiblement la confiance institutionnelle dans l'Office.

102. Dans certaines juridictions, les enquêtes sectorielles ont été déterminantes pour mieux détecter les pratiques collusoires. C'est le cas du marché de la collecte des ordures ménagères en Colombie, où la Direction de l'industrie et du commerce a demandé à la CNUCED de faire une étude dans le cadre du programme COMPAL. À partir des résultats de l'étude, la Direction a ouvert officiellement une enquête sur le marché de Bogota.

III. Enseignements à tirer pour l'avenir: Comment améliorer la promotion et les moyens de faire respecter les lois sur la concurrence?

103. Depuis la sixième Conférence d'examen en 2010, de nombreux régimes de la concurrence récents ont traversé la phase de démarrage de leur développement institutionnel et établi un cadre de travail. Pour leur part, les organismes plus anciens se trouvent enlisés dans un réseau grandissant d'accords bilatéraux et multilatéraux et se trouvent confrontés à la nécessité de coopérer avec un nombre croissant de pays émergents qui se sont dotés depuis peu d'une législation sur la concurrence et qui sont aujourd'hui en train d'en renforcer l'application.

104. Les organismes de la concurrence ont besoin d'adapter et de renforcer leurs pratiques d'application et de promotion afin de s'acquitter convenablement de leur mandat et d'encourager toujours plus une culture de la concurrence.

105. Lorsqu'ils veulent améliorer et renforcer encore les moyens de faire respecter leur législation sur la concurrence, les organismes de création récente doivent s'attacher en priorité:

- a) À définir une série rationnelle d'éléments de fond et de procédure de la législation qui puissent servir de fondement au fonctionnement d'un organisme de la concurrence;
- b) À faire en sorte que la conception d'un organisme de la concurrence prévoie une grande marge d'indépendance et de responsabilité par comparaison avec l'administration centrale et les autres institutions;
- c) À nouer une relation de travail et de respect mutuel avec l'appareil judiciaire;
- d) À pratiquer la coopération internationale dans l'application du droit de la concurrence afin de lutter contre les ententes collusoires secrètes conclues sur le plan multinational²⁰.

106. En ce qui concerne la promotion, les organismes de création récente devraient pouvoir:

- a) Élaborer des stratégies de promotion auprès des médias;
- b) Fixer des critères pour établir un ordre de priorité par secteur dans l'affectation des ressources;
- c) Être conscients des leçons que les nouveaux venus dans la législation sur la concurrence peuvent tirer de l'expérience de pays possédant une culture de la concurrence bien établie. Il convient d'envisager un processus d'adaptation;
- d) Demander à la CNUCED de dispenser aux parties prenantes une assistance pour le renforcement des capacités en vue d'une promotion efficace auprès des médias;

²⁰ Les organisations internationales, notamment la CNUCED et l'OCDE, s'emploient activement et depuis longtemps à étudier les ententes injustifiables et à faire des rapports à leur sujet. En outre, depuis sept ans, les représentants d'organismes de concurrence se réunissent tous les ans pour examiner les techniques de répression anticartels. L'International Competition Network s'est engagé dans un programme visant à traiter les obstacles opposés par les ententes internationales ou nationales à la répression. Pour leur part, les pays en développement n'ont guère les moyens, ne serait-ce que pour des motifs de ressources, de participer à ces rencontres internationales. Toutefois, l'essentiel des résultats de ces rencontres sont mis à la disposition du public, habituellement dans l'Internet. Ils constituent une riche source d'information pour les organismes de la concurrence peu expérimentés.

e) Savoir comment manier la promotion de la concurrence lorsque la liberté de la presse et les libertés politiques sont en cause;

f) Appliquer les meilleures méthodes de coopération internationale pour la promotion en général et la promotion auprès des médias en particulier.

107. Les recommandations qui précèdent peuvent uniquement donner une idée des tendances et des besoins qui doivent être traduits en solutions intérieures sur la base des besoins particuliers, et seul un examen indépendant global du droit et de la politique de la concurrence pourrait permettre de mieux évaluer les différents domaines appelant des améliorations. À cet égard, l'examen collégial volontaire de la CNUCED sur la politique de la concurrence est un bon point de départ fondé sur une évaluation approfondie destinée à définir les besoins propres à chaque pays. Il implique l'examen minutieux de la politique de la concurrence telle qu'elle est définie dans la loi et constitue une réflexion sur l'efficacité des institutions et des mécanismes institutionnels.
