

**\* CONCLUSIONS PRELIMINAIRES \***

**LA REGULATION DE LA CONCURRENCE  
A TRAVERS LE MONDE :  
BONNES PRATIQUES ET ENSEIGNEMENTS**

**\*\*\***

**Observatoire international  
des régulations économiques**

**L'Observatoire international des régulations économiques (OIRE), lancé à l'initiative de la Fondation de droit continental, a été inauguré le 7 juillet 2015, à l'occasion d'une conférence de presse au Quai d'Orsay sous le haut patronage du ministre des affaires étrangères et du développement international. Ce panel est composé de personnalités éminentes du monde juridico-économique issues du monde entier, pays développés ou dits émergents ou en développement confondus. Il remet par le présent document ses premières conclusions sur le thème de la régulation de la concurrence.**

**Président : Jean-Michel Darrois**

Membres : Gabriel Hawawini ; Hua Li ; Francisco Müssnich ; Robert Safari ; Paul C. Saunders

Consultants spéciaux : Jimmy Kodo ; Nasser Wahbi ; Dominique B. Walter ; Mika Yokoyama

Rapporteure générale : Angélique Delorme

# SOMMAIRE

<b>1. INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
1.1. Raison d'être de l'Observatoire international des régulations économiques (OIRE) ...	6
1.1.1. <i>L'Observatoire international des régulations économiques est né de quatre constats.....</i>	6
1.1.2. <i>L'OIRE souhaite promouvoir une approche originale et spécifique, complémentaire aux institutions existantes.....</i>	7
1.1.3. <i>L'OIRE est un panel international réunissant des personnalités tant de pays dits du « Nord » que du « Sud ».....</i>	7
1.2. Le choix du thème inaugural : la régulation de la concurrence .....	7
1.2.1. <i>La concurrence est la mère des régulations économiques.....</i>	7
<i>L'Observatoire international des régulations économiques, pour son rapport inaugural, a choisi de se pencher sur la mère des régulations : celle de la concurrence. ....</i>	7
1.2.2. <i>Le marché est désormais mondial, et pourtant il existe autant de régulations de la concurrence qu'il y a de pays.....</i>	8
<b>2. LA CONCURRENCE A TOUT PRIX, A QUEL PRIX ? .....</b>	<b>11</b>
2.1. Un objectif commun, le bien-être du consommateur, mais des contours différenciés non superposables .....	11
2.2. Le mythe de la concurrence pure et parfaite est loin d'être partagé .....	12
2.3. La place faite au pragmatisme .....	14
2.4. Les secteurs qui bénéficient d'un régime dérogatoire.....	15
2.5. Les autres outils pour casser les rentes .....	15
2.6. Quid de l'innovation ? .....	16
<b>3. QUELLES INSTITUTIONS POUR REGULER EFFICACEMENT LA CONCURRENCE ?.....</b>	<b>17</b>
3.1. L'architecture institutionnelle : une ou plusieurs institutions dédiées à la régulation de la concurrence, et pour quelle compétence territoriale ? .....	17
3.2. La crédibilité par l'expertise et l'indépendance.....	19
3.2.1. <i>Recrutement et formation.....</i>	19
3.2.2. <i>Indépendance par rapport au pouvoir exécutif : l'importance de la théorie des apparences .....</i>	20
3.3. La crédibilité par la transparence et la prévisibilité.....	22
3.3.1. <i>Une transparence proactive.....</i>	22
3.3.2. <i>Une prévisibilité sans rigidité pour garantir la sécurité juridique .....</i>	23

3.4. La crédibilité par la diligence .....	24
3.5. La crédibilité par la pédagogie et le pragmatisme.....	26
3.6. La crédibilité par les outils .....	26
<b>4. REGULATION ET DEMOCRATIE.....</b>	<b>31</b>
4.1. Les conditions démocratiques de transfert du pouvoir de régulation : quel rôle du juge ? Quelles relations avec l'exécutif? .....	31
4.2. Les voies de recours .....	33
4.3. Un fonctionnement autonome mais une responsabilité élargie .....	34
<b>SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS .....</b>	<b>36</b>

## SYNTHÈSE

L'Observatoire international des régulations économiques s'est penché, pour son premier travail annuel, sur le thème de la régulation de la concurrence.

Au terme d'une démarche comparative, confrontant les systèmes nationaux de régulation concurrentielle tant en Europe qu'en Amérique du Nord et du Sud, en passant par l'Asie, l'Afrique et le Moyen-Orient, décortiquant les bonnes pratiques et soulignant les points d'amélioration, l'Observatoire a dégagé 32 recommandations. Ces recommandations s'adressent principalement aux pays en train de construire leur propre système de régulation concurrentielle, ainsi qu'à ceux qui souhaiteraient réformer leur système existant vers davantage d'efficacité économique et démocratique.

Ces 32 recommandations se déclinent en trois axes :

1. celles relatives aux notions économiques doctrinales qui sous-tendent le système de régulation concurrentielle ;
2. celles relatives à l'architecture institutionnelle de la régulation et à son fonctionnement interne ;
3. celles relatives aux exigences démocratiques, et en particulier à l'interaction entre les autorités de régulation et les pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel.

# 1. Introduction

## 1.1. Raison d'être de l'Observatoire international des régulations économiques (OIRE)

### 1.1.1. L'Observatoire international des régulations économiques est né de quatre constats

L'Observatoire international des régulations économiques est né de quatre constats.

Le premier constat réside dans le fait que la régulation économique, que ce soit en matière d'architecture institutionnelle, de fonctionnement entre acteurs ou encore de cadre juridique et juridictionnel, est conçue de manière essentiellement domestique. Or quel économiste oserait dire aujourd'hui, et même depuis plus de trente ans, que l'économie, que les entreprises, que le commerce, que le jeu de la concurrence, s'inscrivent toujours dans un cadre strictement national ? Le déphasage entre la réalité économique et la conception de la régulation est patent.

Le deuxième constat à l'origine de la création de l'Observatoire, est celui tiré de ce que trente ans après que le terme « régulation » – initialement anglicisme d'ailleurs, qui ne se recoupe que très partiellement avec le terme plus conforme à la langue française « réglementation » – a émergé dans le vocabulaire économique et juridique, le contenu qu'il véhicule s'est radicalement transformé, au terme d'un véritable changement de nature. La régulation, ce n'est plus simplement l'intervention étatique traditionnelle dans les mécanismes économiques. La régulation fait référence aujourd'hui à des outils très modernes, réunis sous la bannière un peu fourre-tout du droit souple ou « *soft law* », qui n'ont plus rien à voir en termes de réactivité, de flexibilité et de réalisme économique avec les outils classiques. Et c'est précisément pour cette raison que le terme régulation est maintenant beaucoup plus éloigné du terme réglementation.

L'économie actuelle, viscéralement imprégnée du numérique – parler d'économie du numérique comme un item qui aurait une existence autonome n'a d'ailleurs plus vraiment de sens, nous sommes bien aujourd'hui dans l'ère du tout-numérique, tous secteurs confondus –, ultra-mouvante, plastique, évanescence, ne peut plus être régulée avec des outils pensés pour l'économie du vingtième siècle. Ce nouveau paradigme économique exige de l'imagination. L'Observatoire s'est donc posé la question de savoir où aller chercher des idées innovantes et pragmatiques en matière de régulation, et pense avoir trouvé une clé dans la confrontation des bonnes pratiques du monde entier.

Troisième constat : la régulation de l'économie a vocation à être l'un des soucis majeurs des pays émergents ou en développement lors des années à venir. Ces pays sont en train de structurer leur économie, qui a dans de nombreux cas été brusquée par une croissance exponentielle et par un rythme de transformation du tissu des entreprises (secteur, taille, modes d'organisation) inédits, jamais connus chez les pays dits « du Nord » développés. Ces pays sont en demande de solutions, de recommandations, et de compréhension de leurs enjeux et difficultés propres. Ce sont précisément à ces besoins d'éclairages que souhaite répondre l'Observatoire par son travail comparatif.

Quatrième et dernier constat, celui tiré de ce que les institutions existantes qui réfléchissent à ce qui consiste en une « bonne régulation » se concentrent essentiellement sur une analyse microéconomique. L'Observatoire international des régulations économiques souhaite promouvoir une autre vision, complémentaire, de la régulation, à travers un prisme macroéconomique mais aussi institutionnel, juridique et juridictionnel. Il a donc établi son propre tableau de bord pour analyser les traits, les forces et les faiblesses des modes de régulation partout dans le monde.

### **1.1.2. L'OIRE souhaite promouvoir une approche originale et spécifique, complémentaire aux institutions existantes**

L'Observatoire a dès lors pour fonctions :

1°) de confronter les différents systèmes juridiques, tant sur le plan des paysages normatif, institutionnel et procédural ;

2°) de dégager de cette confrontation des bonnes pratiques en matière de régulation, combinant efficacité économique, sécurité juridique et exigences démocratiques ;

3°) de formuler, sur la base de ces observations, des indications et recommandations, adressées aux régulateurs économiques, aux Gouvernements, aux entreprises ainsi qu'à l'ensemble de la communauté scientifique, économique et juridique internationale, prioritairement à l'attention des pays en développement.

Afin de mener ce travail d'analyse et d'évaluation, l'Observatoire s'est doté de son propre tableau de bord de critères à examiner (cf. annexe 1). Ce tableau de bord se concentre, à la différence des approches les plus communément répandues, moins sur les aspects microéconomiques de la régulation que sur ses aspects macroéconomiques et institutionnels.

### **1.1.3. L'OIRE est un panel international réunissant des personnalités tant de pays dits du « Nord » que du « Sud »**

L'OIRE est un panel souple, administrativement adossé à la Fondation de droit continental mais évoluant en pleine autonomie. Sa composition a vocation à évoluer et s'enrichir dans le temps. Dans le cadre de la préparation des travaux du présent rapport, ont été mobilisés des personnalités chinoise, américaine, brésilienne, congolaise, syrienne, japonaise et française, afin de disposer d'éclairages sur – presque, hormis l'Océanie qui n'était pas représentée – chaque continent (cf. Annexe 2 : composition de l'Observatoire).

## **1.2. Le choix du thème inaugural : la régulation de la concurrence**

### **1.2.1. La concurrence est la mère des régulations économiques**

L'Observatoire international des régulations économiques, pour son rapport inaugural, a choisi de se pencher sur la mère des régulations : celle de la concurrence.

Avec la libéralisation croissante des investissements directs, la suppression progressive des instruments traditionnels de contrôle des investissements, le gardien du bon fonctionnement de l'économie de marché qui a pris le relais est partout le droit de la concurrence.

La nécessité de réguler la concurrence, en amont du fonctionnement libre du jeu des acteurs économiques, va par ailleurs de pair avec l'évolution de la théorie économique : une économie de marché n'accorde pas aux acteurs une liberté absolue, régulée par une main invisible, mais une liberté ordonnée, qui ne tolère pas les comportements anticoncurrentiels – en quelque sorte, déloyaux par rapport aux règles du jeu –, lesquels, en diminuant le bien-être des consommateurs, peuvent mener à une performance économique sous-optimale.

### **1.2.2. Le marché est désormais mondial, et pourtant il existe autant de réglementations de la concurrence qu'il y a de pays**

La régulation de la concurrence, autrefois l'apanage des Etats-Unis qui a été précurseur avec le *Sherman Act* de 1890, puis intervenue relativement tardivement dans certains pays industrialisés<sup>1</sup>, a désormais été introduite partout ou presque. L'importance de la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel de maintien de la concurrence revêt d'autant plus d'acuité que le processus de dérégulation et de privatisation, initié dans l'Europe dans les années 1980, n'a cessé de se poursuivre par la suite, de la chute de l'empire soviétique qui a entraîné l'entrée dans l'économie de marché des pays d'Europe centrale et orientale dans les années 1990, au mouvement similaire observé dans des pays asiatiques ou sud-américains qui ont choisi de s'affranchir d'une économie jusqu'alors très largement socialisée (voir, par exemple, à des moments et à des rythmes différents, la Chine, le Viêt-Nam, ou plus récemment Cuba). Les pays en développement ont besoin de se doter d'outils pour réguler efficacement le fonctionnement de la concurrence.

En effet, depuis 1990, le nombre de pays dotés d'un droit de la concurrence et d'une autorité de la concurrence a augmenté de manière constante et exponentielle, le premier devançant légèrement le second. L'OCDE estimait en 2014 à environ 120 pays ceux dotés d'une autorité, et 130 ceux dotés d'un cadre juridique de la concurrence. Les pays qui en sont dépourvus sont des pays à faible revenu. Rappelons qu'en 1990, seulement 23 pays possédaient un droit de la concurrence, et 16 une autorité de la concurrence. Ceci représente une augmentation de plus de 500% en un quart de siècle<sup>2</sup>.

Les économies des pays en développement doivent donc non seulement se doter d'un droit de la concurrence clair, mais aussi d'outils de régulation, d'institutions, de mécanismes institutionnels, juridiques et juridictionnels, suffisamment solides et crédibles, pour éviter une crise de croissance qui porterait en elle le risque du règne de la loi du plus fort. Et ce, dans un temps record, dans un rythme de renouvellement et de recomposition du tissu économique bien plus dynamique que celui qu'ont connu, par le passé, les pays aujourd'hui dits industrialisés. Un jeu où interagissent de nombreux acteurs ne pourrait pas, sans règles et sans arbitre, ne pas virer au désordre le plus complet. Les pays en développement doivent donc absolument pleinement avoir la main sur ces règles du jeu et son fonctionnement pour assurer un développement économique harmonieux - sûrement avec des adaptations pour répondre aux besoins spécifiques de ces pays, notamment la question de la protection des industries naissantes<sup>3</sup>. Et la régulation doit y être crédible pour éviter les faiblesses dans son application

---

<sup>1</sup> Rappelons que le droit de la concurrence français n'est véritablement né qu'en 1986-1987.

<sup>2</sup> OCDE, 2014, *Coopération internationale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*

<sup>3</sup> La « doctrine des industries naissantes », formalisée par John Stuart Mill après des ébauches de Alexander Hamilton et Friedrich List, recommande la mise en place de barrières douanières temporaires afin de permettre à ces industries d'avoir le temps de grandir. Il s'agit de mettre en place un protectionnisme transitoire afin de permettre aux entreprises nationales dites « dans l'enfance » de rattraper un retard en matière d'économies d'échelle, de productivité, et donc de compétitivité-prix et hors-prix, par rapport aux entreprises étrangères : c'est la construction d'un avantage comparatif et donc



(« *law enforcement* »), et ainsi toutes stratégies de contournement voire d'opposition frontale de la part des acteurs économiques.

Alors que le commerce, ou plus généralement le monde des affaires, est devenu incontestablement mondial, le droit de la concurrence et surtout ses policiers – les autorités, indépendantes ou non, de régulation – sont partout nationaux, au mieux supranationaux à travers des groupements régionaux (Union européenne, Union économique et monétaire Ouest-Africaine), voire l'objet d'accords de coopération entre pays.

La reconnaissance quasi universelle du principe de l'effet<sup>4</sup> crée inévitablement des frictions entre ces différents systèmes juridiques : un droit national de la concurrence est applicable dès que le comportement en question produit des effets dans le commerce de ce pays. Comme les actes d'une société multinationale peuvent avoir des effets plus ou moins notables simultanément dans de nombreux pays, la théorie de l'effet déclenche l'applicabilité simultanée de différentes législations nationales.

Le domaine de la régulation de la concurrence nécessite donc d'être attentifs aux systèmes existants à l'étranger. La démarche comparative de l'Observatoire international des régulations économiques prend ici tout son sens. Car c'est probablement le domaine de régulation économique dans lequel il serait absolument suicidaire – ou en tout cas radicalement contreproductif – que de porter des œillères et d'ignorer ce qu'il se passe dans les pays étrangers. La pertinence décroissante voire évanouie des frontières nationales comme frontières économiques a, depuis longtemps, fait émerger une prise de conscience particulièrement précoce de la nécessité d'une concertation internationale en la matière. Cela a pu être observé dès les années 1920, dans une ère de « pré-mondialisation »<sup>5</sup>, sans toutefois que cette prise de conscience aboutisse à une quelconque convergence. Après la Seconde Guerre mondiale, la charte de la Havane, qui instituait l'organisation internationale du commerce – mort-née du fait du rejet de la Charte par le Congrès américain –, contenait par ailleurs un chapitre sur les pratiques restrictives de concurrence. Mais ces amorces d'initiatives de grande envergure en faveur d'une convergence si ce n'est d'une harmonisation des règles de concurrence ont avorté.

Les tentatives de coopération en matière de concurrence existent pourtant, en particulier entre pays Nord-Nord<sup>6</sup>. Toutefois, ces accords de courtoisie dans l'application des règles de concurrence ne suffisent pas à éviter les dissensions.

Une initiative est toutefois à saluer avec insistance : depuis 2001, existe l'International Competition Network (ICN), réseau informel des autorités de la concurrence dans le monde, ouvert à la participation d'autres acteurs du domaine. Le lancement de l'ICN résulte d'une idée

---

de la spécialisation qui est en jeu ; il s'agit aussi d'orienter les choix des consommateurs vers les entreprises nationales. Ces théories a pu s'appliquer au XIX<sup>ème</sup> siècle à l'Allemagne, puis entre ce siècle-là et le suivant, à des pays comme la Russie ou le Japon. La question d'une doctrine similaire, moins en matière douanière qu'en matière de concurrence, se pose aujourd'hui pour les pays en développement.

<sup>4</sup> « Principe de l'effet » ou « principe de la territorialité objective », ce principe est inspiré du droit anti-trust américain.

<sup>5</sup> Le juriste français William Oualid avait demandé l'incorporation de règles sur le contrôle du comportement anticoncurrentiel privé dans le système de la Société des Nations (cf. William Oualid, *Les ententes industrielles internationales et leurs conséquences sociales – La défense des travailleurs et des consommateurs*, Genève 1926).

<sup>6</sup> Voir par exemple l'accord entre les communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis concernant l'application de leurs règles de concurrence de 1991/1995, complété par l'accord euro-américain de 1998 sur la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence. Voir également l'accord entre les communautés européennes et le gouvernement japonais signé le 10 juillet 2003.

américaine : l'International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), mis en place par le ministère de la justice américain, avait soumis un rapport en février 2000 sur la politique internationale de la concurrence. Le réseau a tenu son quinzième sommet annuel en avril dernier à Singapour. Le but est d'adopter des recommandations pratiques et de renforcer ainsi la convergence des politiques nationales de concurrence. Les pays en développement qui sont prêts à adopter une législation dans ce domaine y sont également impliqués.

#### **Encadré 1 : Eurotunnel / SeaFrance : friction entre régulateurs britannique et français**

En 2013, la *Competition Commission* du Royaume-Uni a interdit à Eurotunnel d'assurer des services de ferries à Douvres.

Cela a dans les faits bloqué une fusion entre Eurotunnel et SeaFrance, fusion qu'avait pourtant autorisée l'Autorité de la concurrence française, en contrepartie de certains engagements comportementaux (décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012). Par définition, Eurotunnel doit commercialiser ses services sur le marché britannique : c'est la décision de la *Competition Commission* qui a primé dans la pratique.

Notons qu'en appel, le tribunal d'appel de l'autorité de la concurrence britannique a annulé la décision de la *Competition Commission*. Il a ainsi exigé qu'elle réexamine la question de savoir si l'opération constituait ou non une fusion (*Competition Appeals Tribunal [2013] CAR 30, Groupe Eurotunnel S.A. v Competition Commission and SCOP*, 4 décembre 2013).

Cette annulation n'a toutefois pas d'incidence sur le point suivant : si deux pays ne peuvent pas se coordonner, c'est alors la règle la plus sévère, c'est-à-dire la plus interventionniste, qui prime.

#### **Encadré 2 :**

#### **Une coopération internationale en matière de régulation de la concurrence réussie : l'affaire de l'entente des tuyaux marins<sup>7</sup>**

Une affaire d'entente portant sur la fourniture de tuyaux marins à des producteurs de gaz et de pétrole illustre combien la coopération est importante pour le succès des enquêtes.

Cette affaire concerne des faits d'entente sur les prix, de trucage des offres et de partage des marchés qui se sont produits entre 2001 et 2006 et dans lesquels étaient impliqués quatre producteurs de tuyaux marins. L'entente a été démantelée au début de 2007 suite aux enquêtes menées par la Commission européenne, l'Autorité japonaise de la concurrence (*Japanese Fair Trade Commission*), l'*Office of Fair Trading* du Royaume-Uni (OFT) et le ministère de la Justice des États-Unis (DOJ).

L'*Australian Competition and Consumer Commission* (Commission australienne de la concurrence et des consommateurs, ACCC) a allégué que quatre fournisseurs étrangers de câbles marins avaient conclu des accords d'entente mondiale et soumis des offres truquées à des acheteurs de câbles en Australie. Même si l'entente a été mise en place à l'étranger, les compétences de l'Australie dans le domaine du droit de la concurrence s'étendent aux entreprises dont les agissements ont des répercussions en Australie.

Cette affaire n'aurait pas connu d'issue favorable sans l'aide du DOJ et de l'OFT, qui ont fourni à l'ACCC des informations et des documents importants pour son enquête. L'ACCC a obtenu ces informations et des documents en vertu d'un accord statutaire avec le DOJ et, s'agissant de l'OFT, via une demande relevant de l'article qui s'y rapporte de l'*Enterprise Act* de 2002 britannique. L'ACCC a ainsi pu maximiser l'utilisation de ces informations et poursuivre en justice avec succès une entente internationale.

<sup>7</sup> Source : OCDE, 2014, *Coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence*

## 2. La concurrence à tout prix, à quel prix ?

### 2.1. Un objectif commun, le bien-être du consommateur, mais des contours différenciés non superposables

« Les lois antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents ». Cette déclaration de Tom Barnett, l'assistant Attorney General en charge des questions de concurrence au sein du ministère de la justice américain (Department of Justice, DoJ), prononcée à la suite de l'arrêt *Microsoft* du tribunal de première instance de l'Union européenne<sup>8</sup>, si elle avait un objectif clairement provocateur, énonce une règle pourtant communément partagée par tous les pays qui ont bâti un système de régulation de la concurrence. C'est d'ailleurs cet objectif de bien-être du consommateur qui justifie que la théorie partagée aujourd'hui par les autorités de régulation est celle tirée de ce que l'objectif poursuivi doit être celui d'une concurrence non pas maximale, mais optimale.

Ce qui diffère, ce sont les autres objectifs qui peuvent être assignés, selon les territoires, au droit de la concurrence.

En Europe, la politique de la concurrence ne se cantonne pas au contrôle des concentrations et à la répression des pratiques anticoncurrentielles : elle inclut également la réglementation sur l'interdiction des aides d'Etat. La politique de la concurrence y est donc employée comme un outil puissant d'approfondissement du marché intérieur, veillant à ce que les Etats membres de l'Union ne se renferment pas dans des logiques nationales. Un même objectif a été assigné à la politique de la concurrence au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine, sur le modèle européen.

La pertinence de cet objectif assigné à la politique de la concurrence peut être discutée. L'Observatoire tient à souligner qu'aux Etats-Unis, la lutte contre les aides d'Etat injustifiées ne fait pas partie de l'arsenal législatif et réglementaire fédéral en matière de concurrence – alors que l'on peut estimer ce pays comme étant à la pointe de la théorie du droit de la concurrence depuis l'adoption du Sherman Act (1890).

Dans d'autres pays tels que la Chine, la régulation de la concurrence se voit clairement assigner un objectif de développement économique sain<sup>9</sup>. L'Observatoire estime que cet objectif est pertinent puisqu'il n'est autre que le prolongement macroéconomique de l'objectif microéconomique de bien-être du consommateur, et n'y voit donc pas de contradiction.

**Recommandation n°1:** Ne pas se tromper d'objectifs. La politique concurrence doit service avant tout à assurer le bien-être du consommateur d'un point de vue microéconomique, et un développement économique sain et optimal d'un point de vue macroéconomique. Les autres objectifs tels que l'intégration économique régionale doivent au mieux être secondaires, sinon ne pas entrer dans la grille d'analyse de la régulation de la concurrence.

<sup>8</sup> TPICE, 17 septembre 2007, affaire T-201/04, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*. La décision fait plus de 150 pages. Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a quasiment intégralement rejeté le recours qui avait été formé par Microsoft contre la décision de la Commission européenne qui lui avait infligé une amende de près de 500 millions d'euros pour infraction aux règles de concurrence et avait obligé la firme à divulguer à ses concurrents certaines informations techniques relatives à son système d'exploitation Windows.

<sup>9</sup> Sain signifiant principalement résilient face aux chocs.

## 2.2. Le mythe de la concurrence pure et parfaite est loin d'être partagé

Si les mérites de la concurrence pure et parfaite, sans la reconnaissance des défaillances de marché, étaient reconnus, alors le principe-même de régulation de la concurrence n'aurait aucun sens, puisque le marché se régulerait de lui-même. Or c'est précisément le pays considéré, que ce soit de manière réelle ou fantasmée, comme le plus fidèle à la doctrine économique libérale, à savoir les Etats-Unis, qui a signé, avec le *Sherman Act* du 2 juillet 1890<sup>10</sup>, la naissance de la régulation de la concurrence moderne, que ce soit en terme normatif qu'en terme de contrôle, confié au ministère de la justice américain DOJ.

Sur le fond, des subtilités, parfois simplement sémantiques mais révélatrices, entre les législations nationales reflètent en fait, à plusieurs égards, de véritables différences doctrinales. Certaines législations prennent en compte les effets sur l'emploi. D'autres – c'est le cas de l'Union européenne ainsi que celui de la législation française spécifique au commerce de détail – prennent en considération la protection des petites et moyennes entreprises contre la puissance d'achat des grosses entreprises. Par ailleurs, aux Etats-Unis, la principale préoccupation, ce sont les concentrations et la lutte contre les cartels. Cela se traduit dans le fait que les termes « droit de la concurrence » sont souvent traduits, de manière pourtant à l'évidence parcellaire, par l'expression « *antitrust law* » en anglo-américain. D'autre part, alors que, en matière de contrôle des concentrations, l'Union européenne semble plus sévère que les Etats-Unis, ces derniers sont particulièrement stricts quand il s'agit d'effets coordonnés<sup>11</sup>. Certaines pratiques sont considérées illicites dans certains pays alors qu'elles ne sont pas réprimées ailleurs : la France, par exemple, interdit l'abus de dépendance économique<sup>12</sup> et la revente à perte<sup>13</sup>. Le terme américain « *monopolization* » ne recoupe pas exactement ce que les Européens signifient par « abus de position dominante », la nuance étant dans la manière plus ou moins active et volontaire de se conforter dans une telle position.

---

<sup>10</sup> Le Sherman Act est la première législation prohibant les pratiques anticoncurrentielles. Sa Section 1 prohibe les ententes illicites qui retreignent les échanges et le commerce. Sa Section 2 sanctionne les monopoles et les tentatives de monopoliser (« *monopolization* »). En revanche, les concentrations entre entreprises ne relèvent pas du Sherman Act de 1890 mais du Clayton Antitrust Act, qui est venu le compléter en 1914.

<sup>11</sup> Etude « Comparing merger policies in the European Union and the United States », Review of Industrial Organization, vol. 36 n° 4, p. 305-331, M. A. Bergman, M. B. Coate et S.W. Ulrick (2010). Ces auteurs estiment qu'en limitant l'analyse à la position dominante et aux transactions des entreprises occupant une position dominante, on constate que si l'UE devait examiner les fusions réalisées aux États-Unis, le taux d'opérations contestées dépasserait de 12 points approximativement celui enregistré aux Etats-Unis. Ils ajoutent toutefois que l'UE est peut-être plus sévère que les États-Unis à l'égard des abus de position dominante mais que globalement, elle n'est pas davantage portée à contester les opérations de fusion. Enfin, l'examen des décisions en matière de mise en œuvre montre que les États-Unis contestent activement les fusions de nature à créer ou intensifier les oligopoles fondés sur la collusion, alors que l'UE engagé très peu de procédures dans ce domaine.

<sup>12</sup> L'abus de dépendance économique, ou l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, est l'une des deux pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du Code de commerce, l'autre étant l'abus de position dominante. Cette infraction n'a pas d'équivalent en droit communautaire de la concurrence.

<sup>13</sup> La revente à perte est la fixation d'un prix inférieur au prix d'achat effectif, prix unitaire net figurant sur la facture d'achat minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur et majoré des taxes (taxes sur le chiffre d'affaires, taxes spécifiques) et du prix du transport.

Et si les différences entre les conceptions nationales des contours de la politique de la concurrence sont immenses parmi les pays industrialisés, ils le sont encore davantage entre les pays industrialisés et les pays en développement ou émergents<sup>14</sup>.

L'Observatoire n'a pas de prescription précise à donner sur les fondements doctrinaux préférables en matière de promotion de la concurrence. Il estime, au contraire, que les pays en développement doivent absolument délimiter eux-mêmes, compte tenu de leur histoire économique et de leur ADN particulier, les contours de leur propre doctrine de la concurrence. L'Observatoire estime que cela doit faire l'objet d'un débat approfondi et de grande ampleur dans chaque pays qui souhaiterait se doter d'un système de régulation concurrentielle, afin de poser des fondements doctrinaux clairs et solides.

**Recommandation n°2 : Définir clairement, de manière adaptée à sa propre histoire, les principes théoriques que chaque pays estime être nécessaires pour remplir les objectifs qui sont assignés à la régulation de la concurrence.**

#### Encadré 3 : Exemple de pays émergent – Le droit de la concurrence au Brésil : un droit récemment refondu

En matière de concurrence, la Constitution fédérale du Brésil affirme que la loi doit interdire l'abus de pouvoir économique lorsqu'il est destiné à dominer les marchés, à éliminer la concurrence ou à augmenter les profits réalisés, de manière abusive.

La *Brazilian Competition Law*, votée en 2011 donne par ailleurs une **liste de dix-neuf pratiques différentes prohibées par le régulateur de la concurrence** (collusion, verrouillage de marché, ententes limitant la R&D, la production ou les investissements, etc.), sans être pour autant exhaustive.

La *Brazilian Competition Law* de 2011 constitue une étape importante dans la modernisation du droit de la concurrence brésilien. Parmi les principaux changements qu'elle a apportés, figure notamment l'introduction d'un **régime suspensif précédant l'opération de concentration**, ou encore la modification des pénalités visant à punir les comportements anticoncurrentiels, ainsi que la **réforme de la structure institutionnelle de la régulation de la concurrence du pays**, autour du Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ou CADE.

#### Encadré 4 : La régulation de la concurrence en Chine : un droit d'il y a vingt ans, récemment complété

Promulguée en 1993, l'*Anti-Unfair Competition Law* (AUCL) n'a subi aucun amendement pendant près de vingt ans, constituant alors l'unique cadre législatif chinois des pratiques concurrentielles. Cependant, pour améliorer l'encadrement des monopoles, le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire a adopté, le 30 août 2007, l'*Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China* (AML), entrée en application le 1er août 2008.

La distinction entre le champ d'application de l'AUCL et de l'AML réside dans la différence entre la concurrence déloyale et le monopole. La concurrence déloyale recouvre des pratiques contraires à la bonne foi, telles que les fraudes, la coercition, ou l'incitation. Le monopole, quant à lui, renvoie à un acte susceptible d'éliminer ou de réduire la concurrence sur un marché pertinent. Il peut passer par des accords horizontaux ou verticaux, des abus

<sup>14</sup> Comme évoqué plus haut, la régulation de la concurrence en Chine est loin de souhaiter promouvoir une concurrence pure et parfaite dans le souci du respect de théories économiques libérales, mais de permettre un développement économique sain.

de position dominante, des ententes anticoncurrentielles.

### 2.3. La place faite au pragmatisme

Le pays qui semble être le plus convaincu par l'utilité d'une concurrence la plus pure possible est également celui qui a toutefois toujours appliqué les principes concurrentiels de manière pragmatique. En effet, aux Etats-Unis, la « *rule of reason* », ou « règle de raison », apparue dès le *Sherman Act*, est une manière d'appliquer de manière souple des principes particulièrement stricts, en distinguant les pratiques raisonnables de celles qui ne le sont pas<sup>15</sup>.

La « règle de raison » consiste donc à analyser au cas par cas les effets économiques des pratiques incriminées pour déterminer leur licéité. Il semble à l'Observatoire que cette approche est à privilégier. L'Observatoire n'entend pas cependant préconiser d'exclure par principe les règles « *per se* », autrement dit celles établissant à l'avance une liste de pratiques en tout état de cause interdites. L'Observatoire préconise de réduire ces interdictions *per se* à un noyau dur. De telles lignes rouges à ne pas franchir ont en effet un mérite clairement identifié : celui d'assurer une certaine sécurité juridique nécessaire à la sérénité du monde des affaires. L'Observatoire considère par exemple qualifiables d'injustifiables les ententes de prix et de répartition de marché (« *hard core cartels* »).

**Recommandation n°3 : Adopter un socle très réduit d'interdictions de pratiques injustifiables *per se*. Laisser le reste à la « règle de raison ».**

Par ailleurs, l'Observatoire ne voit pas d'objections, à partir du moment où ces exceptions d'intérêt public sont exhaustivement énumérées et strictement définies, à autoriser, dans l'application du droit de la concurrence, le maniement de concepts dérogatoires tels que la défense des « champions nationaux » ou encore la nécessaire aide aux entreprises en difficulté. Dans les pays en développement qui peuvent être déstabilisés par une croissance trop rapide, ces dérogations servent par ailleurs, aux yeux de l'Observatoire, à maintenir un certain ordre public économique. Il semble en outre à l'Observatoire que de telles dérogations d'ordre général sont préférables aux dérogations sectorielles (cf. 2.4. infra).

**Recommandation n°4 : Expliciter, en les définissant strictement et rigoureusement, les dérogations raisonnables à l'application du droit de la concurrence.**

<sup>15</sup> La première application de la règle de raison après l'adoption du *Sherman Act* semblerait dater d'une affaire *Addyston Pipe and Steel Co v. United States* datant de 1898. La Cour Suprême des Etats-Unis y reconnaît pour la première fois que les « *agreements to not compete* » peuvent, dans certaines circonstances, être justifiés.

### Encadré 5 : Au Japon, l'intérêt public comme seule boussole

La loi anti-monopole japonaise, qui date d'avril 1947, exige explicitement que le cartel soit contre l'intérêt public pour qu'il soit interdit. Aussi, **une pratique commerciale n'est considérée inéquitable ou injuste / déloyale que lorsqu'elle est contre l'intérêt public**. C'est sur ce point que le système de régulation de la concurrence japonais diffère le plus du système américain, sur lequel il a pourtant été calqué dans l'après-guerre (l'autorité de régulation de la concurrence japonaise se nomme d'ailleurs en anglais Federal Trade Commission, sans qu'il puisse avoir une quelconque ambiguïté sur sa filiation).

Cependant, la doctrine majoritaire affirme que « l'intérêt public » dont il s'agit est en fait précisément l'intérêt public de bénéficier de la liberté concurrentielle. L'intérêt public n'est pas l'intérêt supérieur qui limite la liberté concurrentielle, mais l'intérêt qui soutient le contrôle des opérations anticoncurrentielles.

## 2.4. Les secteurs qui bénéficient d'un régime dérogatoire

Aux Etats-Unis, de nombreux secteurs sont en réalité hors du giron du droit de la concurrence, et par là-même en dehors du contrôle des régulateurs de droit commun de la concurrence. Le Congrès américain a en effet dispensé un certain nombre de secteurs, tels que l'assurance ou le baseball professionnel, de l'application des lois fédérales antitrust. Les fusions dans le secteur des transports aériens ont en outre bénéficié pendant longtemps d'une exemption<sup>16</sup> : elles relevaient jusqu'à il y a une trentaine d'années de la responsabilité du ministère des transports, qui n'appliquait pas les lois antitrust.

Il semble à l'Observatoire que l'existence de ce type d'exemptions sectorielles démultipliées n'est pas souhaitable : aux Etats-Unis, il lui est imputé une complexification regrettable de l'ensemble de la régulation américaine. L'Observatoire préfère préconiser les exemptions fondées sur des principes généraux plutôt que par secteurs, afin que la régulation de la concurrence ne devienne pas une régulation « à la carte ».

**Recommandation n°5 : Eviter les dérogations sectorielles au droit de la concurrence.** A défaut, réduire au minimum les secteurs exemptés, tels que la culture.

## 2.5. Les autres outils pour casser les rentes

L'Observatoire souligne que les objectifs secondaires que poursuit la régulation de la concurrence, tels que la volonté d'éliminer les rentes, peuvent être atteints par d'autres politiques économiques, tels que par l'outil fiscal ou le droit commercial. Il est préférable de ne

<sup>16</sup> L'industrie du transport aérien a été largement déréglementée par l'*Airline Deregulation Act* de 1978. Le *Civil Aeronautics Board* a été abrogé en 1985. Certaines régulations de la concurrence, y compris la régulation de la conduite autrement interdite par la section 5 du *FTC Act*, ont été transférées au ministère des transports. Aujourd'hui, les fusions de compagnies aériennes relèvent généralement du ressort du ministère de la justice, bien que le ministère des transports effectue sa propre analyse de la concurrence et présente ses vues au ministère de la justice en toute confiance (*Statement of the Department of Transportation, Mergers and Acquisitions*, 23 février 2015).

pas assigner des objectifs multiples à la régulation de la concurrence, sous peine de n'atteindre aucun d'entre eux ou de poursuivre des buts contradictoires<sup>17</sup>.

**Recommandation n°6 : Ne pas élaborer un système de régulation de la concurrence sans le penser en liaison avec d'autres politiques économiques. Etablir un *policy mix* concurrentiel, fiscal et commercial, pour répartir les objectifs parfois trop concentrés sur le seul outil de la régulation de la concurrence.**

## 2.6. Quid de l'innovation ?

L'application d'un droit de la concurrence rigoureux peut sembler entrer en contradiction avec l'exigence d'innovation<sup>18</sup>, qui est pourtant tout autant nécessaire au bien-être du consommateur que les bas prix. Le heurt se situe dans le fait que l'innovation, pour être rentable, nécessite une certaine protection qui se traduit par une « rente d'innovation ». Cette rente d'innovation peut parfois, si les règles de concurrence sont trop strictement appliquées – sans faire appel à la « règle de raison » cf. supra –, sembler constituer un abus de position dominante. Casser la perspective de rente d'innovation au nom de la pleine concurrence est désastreux pour le développement économique, décourageant toute prise de risque, dissuadant toute démarche d'innovation dès lors que les entreprises redouteraient de se voir confisquer le résultat de leurs efforts humains et financiers en recherche et développement. Tous les travaux empiriques démontrent en effet une relation entre concurrence et innovation qui a la forme d'une courbe en cloche<sup>19</sup>.

Pour résoudre cette apparente contradiction, l'Observatoire préconise d'intégrer la protection et la promotion de l'innovation comme composante de l'objectif de maximalisation du bien-être du consommateur. Concrètement, de même que le droit de la concurrence doit être appliqué selon la « règle de raison », les autorités de régulation de la concurrence ne doivent pas faire sortir de leur logiciel d'analyse la nécessité de promouvoir l'innovation et, partant, de permettre aux acteurs économiques conserver, pendant une durée déterminée, la rente d'innovation qui l'accompagne. L'Observatoire note que l'exigence d'innovation peut d'ailleurs être le critère qui permet de tracer les frontières entre interdictions *per se* (injustifiables en toutes circonstances) et pratiques qui doivent être analysées au cas par cas selon la règle de raison.

L'Observatoire souligne que cela va d'ailleurs de pair avec le fait que la conception d'une concurrence atomiste et parfaite est révolue (cf. supra). Intégrer l'innovation parmi les composantes du bien-être du consommateur, recherché au titre de la politique de la concurrence, permet de coller à la conception aujourd'hui unanimement partagée d'efficacité économique dynamique et non statique<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> L'Observatoire ne rappelle ici que la règle dite « de Tinbergen ». Cette règle de politique économique, énoncée par l'économiste Jan Tinbergen. Elle énonce que, pour toute politique économique ayant des objectifs fixés, le nombre d'instruments doit être égal au nombre d'objectifs visés. Elle est généralement associée à la règle de Mundell. Les deux forment à la fois la base normative de la politique économique et la justification du « *policy mix* ».

<sup>18</sup> T. Wu, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*, 78 *Antitrust L. J.* 313 (2012).

<sup>19</sup> Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt, 2005.

<sup>20</sup> Voir les préoccupations de A. Singh ainsi que de R. Richter / E. Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 2003.



**Recommandation n°7 : Affirmer que l'innovation est une composante du bien-être du consommateur, et entre dans les objectifs de la politique concurrentielle.**

### **3. Quelles institutions pour réguler efficacement la concurrence ?**

#### **3.1. L'architecture institutionnelle : une ou plusieurs institutions dédiées à la régulation de la concurrence, et pour quelle compétence territoriale ?**

La première question à se poser, en matière d'architecture institutionnelle à bâtir, lorsque l'on est dans la position d'un pays en développement encore vierge de régulation concurrentielle, est le nombre d'autorités nécessaires. L'analyse comparative menée par l'Observatoire l'a conduit à proposer unanimement qu'il est nécessaire de se doter d'une seule autorité de régulation concurrentielle.

La coexistence de deux organes de régulation distincts ne semble par exemple pas justifiée aux Etats-Unis. Elle est simplement le fruit de raisons historiques. En effet, deux organes ont pour responsabilité principale l'application de toutes les lois antitrust : le DoJ (Department of Justice) et la FTC (Federal Trade Commission). Ils décident entre eux lequel assurera l'examen de tel ou tel dossier. Si cette dualité n'a pas particulièrement causé des conflits de compétence entre les deux autorités, elle a pu engendrer un dédoublement des coûts regrettable. Il est vrai que seul le ministère de la justice est habilité à engager des poursuites pénales et cette juridiction doit être préservée. Cependant, dans d'autres domaines d'application des lois antitrust, tels que l'analyse et la régulation des fusions, aucune raison valable ne semble justifier que le ministère de la justice en soit chargé. La FTC possède l'expertise requise et devrait suffire.

Des coûts de doublons et de coordination similaires sont observés en République populaire de Chine, qui possède pas moins de trois autorités différentes de régulation :

- le ministère du Commerce (Ministry of Commerce ou MOFCOM), qui à travers son Bureau anti-monopole est responsable du contrôle des concentrations ;
- la Commission d'Etat à la Réforme et au Développement (National Development and Reform Commission, ou NDRC), compétente pour les pratiques d'ententes illégales relatives aux prix ;
- l'Administration de l'Industrie et du Commerce (State Administration for Industry and Commerce, ou SAIC), qui est en charge des pratiques illégales non relatives à la fixation des prix : il traite de la concurrence déloyale, des ententes anticoncurrentielles, des abus de position dominante et des pratiques anticoncurrentielles menées par les entreprises d'Etat.

D'ailleurs, en Chine, la promulgation de la loi anti-monopole en 2008 a créé des chevauchements de compétence avec la loi anti-concurrence déloyale, notamment en matière de fixation de prix abusifs et à la revente à perte. Et dans la pratique, la coordination des trois autorités en charge de la régulation de la concurrence se révèle difficile. La Commission anti-monopole du Conseil des affaires de l'Etat, dont c'est précisément la mission, peine à s'y employer. Son rôle demeure relativement insuffisant. La question de la pertinence de disposer de trois entités différentes se pose donc véritablement.

L'Observatoire préconise donc de manière unanime le modèle de régulateur national unique.

**Recommandation n°8 : Se doter d'un unique régulateur de la concurrence, à la fois en matière de contrôle des concentrations et de répression des pratiques anticoncurrentielles.**

L'Observatoire attire toutefois l'attention sur le fait que la création d'une nouvelle institution indépendante implique des coûts, pour les pays en développement, de construction d'une nouvelle structure administrative. Le manque de ressources financières peut, dans certains cas, rendre l'établissement de nouvelles structures administratives de régulation dans les pays en développement difficilement réalisable.

A cet égard, l'Observatoire formule deux recommandations : une tendant à la sanctification d'un budget ad hoc pour le régulateur ; l'autre tendant à chercher des économies de mutualisation à travers la coopération régionale.

**Recommandation n°9 : Garantir à l'autorité des ressources financières bien établies et intangibles.**

Face à la pénurie de moyens, une concentration des ressources au niveau régional semble par ailleurs une option convaincante, toujours à condition, évidemment, que l'administration supranationale soit suffisamment efficace. Le cas de l'UEMOA est particulièrement significatif et gagne à être essayé.

#### **Encadré 6 :**

#### **L'Union économique et monétaire ouest-africaine : un exemple de mise en commun de la régulation de la concurrence réussi**

L'Union économique et monétaire ouest-africaine réunit le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

La régulation de la concurrence dans l'UEMOA est essentiellement régie par le traité fondateur de l'UEMOA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994, et notamment :

- son article 88, qui interdit les pratiques concertées visant à fausser la concurrence, les abus de position dominante et les aides publiques susceptibles de favoriser certains acteurs ;
- son article 89, qui confère au Conseil de l'UEMOA le pouvoir d'établir les dispositions précises d'application de la régulation de la concurrence (y compris les amendes et les exceptions) ;
- son article 90, qui donne à la Commission de l'UEMOA, sous le contrôle de la Cour de justice, le pouvoir d'appliquer les règles de concurrence prescrites par les articles 88 et 89.

En droit communautaire UEOMOA, le pouvoir de régulation de la concurrence est exclusivement dévolu à l'Union. Les Etats-membres ne sont compétents que pour prendre des dispositions pénales réprimant les pratiques anticoncurrentielles.

Le rôle principal est confié à la Commission, qui est chargée de l'application des règles de concurrence de l'UEMOA. Ses membres sont désignés par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement pour quatre ans. Une fois saisie d'une affaire, elle a le pouvoir d'opérer un classement sans suite ou de procéder à une instruction : ses décisions finales s'expriment alors sous la forme d'autorisations, d'exemptions, d'injonctions, de mesures provisoires, d'amendes ou d'astreintes.

La Cour de justice de l'UEMOA, quant à elle, contrôle l'application des règles de concurrence par la Commission. Elle apprécie la légalité des décisions prises par la Commission, et statue, avec compétence de pleine juridiction, sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte, en ayant la possibilité de modifier ou d'annuler les décisions prises.

En 2002, un règlement a également créé le Comité consultatif de la concurrence. Composé de

fonctionnaires compétents en matière de concurrence, à raison de deux représentants par État membre, il est consulté par la Commission pour avis, préalablement à toute décision en matière d'entente et d'abus de position dominante, et avant certaines décisions en matière d'aides publiques.

L'Observatoire note par ailleurs qu'un tel système de coopération régionale permet de dégager des gains en matière de sécurité juridique des affaires à travers la région, grâce à un droit de la concurrence convergent voire harmonisé. Ainsi, dans l'UEMOA, la consécration d'une compétence exclusive de l'Union pour légiférer en matière de concurrence assure une certaine sécurité juridique aux acteurs économiques. L'obligation de conformité imposée aux législations nationales par les règlements et les directives communautaires permet d'éviter la disparité des normes et de favoriser leur harmonisation.

Par ailleurs, une telle coopération permet de dégager des gains de fonctionnement en réseau. Il existe en effet une étroite coopération entre les différentes autorités nationales de concurrence (ANC) et la Commission de l'UEMOA. Dans le cadre de ses investigations, la Commission les informe systématiquement des procédures concernant des entreprises situées sur leurs territoires. De leur côté, les ANC mènent une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les éventuels dysfonctionnements liés à des pratiques anticoncurrentielles (en produisant notamment un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans leur pays). Elles sont également chargées de suivre l'exécution des décisions de la Commission sur le plan national, et peuvent disposer, selon les cas, d'une compétence sectorielle accordée par la Commission.

**Recommandation n°10: Recourir, en cas d'impossibilité d'allouer des ressources nationales, à la coopération territoriale et la convergence régionale, en suivant l'exemple à succès de l'UEMOA.**

## 3.2. La crédibilité par l'expertise et l'indépendance

### 3.2.1. Recrutement et formation

La question du recrutement en cas de création d'une autorité de régulation de la concurrence est véritablement épineuse : comment faire émerger une catégorie d'agents suffisamment experts en matière de concurrence dans un pays qui était jusqu'alors vierge de cette compétence ? Les experts en la matière ne se décrètent pas. Ils doivent être donc recrutés dans les viviers pertinents et formés de manière suffisamment pointue. Ils doivent également être en nombre suffisants pour permettre un fonctionnement efficace de l'autorité de régulation (notamment en matière de déroulement des enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles) nouvellement créée. Ainsi, il est noté qu'en Chine, le MOFCOM fonctionne en sous-effectif, ce qui rallonge de manière préjudiciable les délais d'examen des dossiers d'opérations de concentration.

Pour ce qui concerne les viviers pertinents, ceux-ci sont plutôt aisément identifiables. En France, certains membres du collège de l'Autorité de la concurrence sont issus de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. De même au Japon, les membres de la FTC sont recrutés parmi des professeurs de droit ou des magistrats.

L'Observatoire recommande également ce type de vivier : les magistrats, en droit public et privé, doivent être particulièrement courtisés, pour leur expertise et leur indépendance.

L'Observatoire recommande également aux pays en pleine construction de leur système de régulation de se tourner vers les agents de leurs ministères de l'économie, mais surtout – pour leur expérience d'indépendance et leurs connaissances techniques des mécanismes économiques - les agents des banques centrales.

**Recommandation n°11: Afin de doter l'autorité de régulation de la concurrence de personnels suffisants et compétents, recruter suffisamment utilement parmi des magistrats, des agents du ministère de l'économie, ou des agents de la Banque centrale du pays intéressé, reconnus pour leur expertise et leur indépendance.**

Des critères clairs d'appréciation des candidatures peuvent également utilement être instaurés. Il peut être en effet regretté, dans l'UEMOA, l'absence de réglementation communautaire clarifiant la base d'appréciation des critères de désignation des membres des structures nationales de concurrence.

**Recommandation n°12: Mettre en place des règles claires de recrutement des personnels des autorités de régulation, en particulier pour les membres du collège (liste d'aptitudes et procédures d'auditions).**

Par ailleurs, pour ce qui concerne la formation des agents recrutés, l'ICN poursuit des activités de promotion de la concurrence (« competition advocacy », c'est-à-dire la mise en valeur de la nécessité de la politique de la concurrence pour une plus grande efficacité économique et un plus grand bien-être des consommateurs) et de renforcement des capacités (« capacity building », à savoir l'instauration et le renforcement des institutions chargées de la concurrence dans les pays en voie de développement). L'Observatoire salue ces initiatives et encourage son intensification, par la mise en place de véritables plans de formation à quatre mains, de manière bilatérale entre l'ICN et les pays intéressés, et d'échanges d'experts.

**Recommandation n°13: Mettre en place des plans de formation par l'intensification de la coopération et des programmes d'échanges d'experts.**

### **3.2.2. Indépendance par rapport au pouvoir exécutif: l'importance de la théorie des apparences**

Au Brésil, le CADE est directement liée au ministère de la justice. Même si ses décisions ne sont généralement pas guidées par des intérêts politiques, un tel lien n'est pas sans risque pour l'indépendance de l'autorité de régulation.

Dans des pays où les régulateurs sont considérés comme pleinement indépendants, des anomalies – en tout cas en vertu de la théorie des apparences – peuvent également demeurer : en France, le budget de l'Autorité de la concurrence est décidé par le ministre des finances.

L'Observatoire préconise une autorité administrative pleinement indépendante, ce qui signifie avant tout l'autonomie financière et l'impossibilité de recevoir des instructions de la part du pouvoir exécutif.

Tout comme en matière juridictionnelle, il est courant de parler d'impartialité subjective et d'impartialité objective (« justice must not only be done, it must be seen to be done »),

l'indépendance objective est, aux yeux de l'Observatoire, une des conditions de la crédibilité de l'autorité de régulation de la concurrence.

A titre d'exemple intéressant dans une zone en développement, plus précisément en Afrique de l'Ouest, l'indépendance de la Commission est clairement affirmée par le traité de l'UEMOA en son article 18 selon lequel « *les membres de la commission exercent leurs fonctions en toute indépendance dans l'intérêt général de l'Union. Ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions de la part d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme. Les Etats membres sont tenus de respecter leur indépendance* ». En outre, seule la Cour de Justice de l'UEMOA dispose de la compétence de modifier ou d'annuler les décisions et sanctions rendues par la Commission.

**Recommandation n°14 : Créer une autorité de régulation indépendante en garantissant son indépendance objective et son autonomie hiérarchique et financière.**

**Encadré 7 : Les autorités de régulation de la concurrence au Moyen-Orient : Des modèles nationaux différenciés ; une pleine indépendance encore inachevée**

Au Moyen-Orient, il existe des organes de régulation de la concurrence qui prennent la forme de structures spécialisées, créées au sein des ministères chargés de l'économie. Le modèle institutionnel retenu par **l'Arabie saoudite, la Jordanie, le Qatar et les Émirats arabes unis** repose sur la création des **commissions « autonomes » présidées par le ministre** concerné pour prendre en charge la mission de régulation de la concurrence. Ces commissions sont dépourvues de la personnalité juridique. Si ce modèle permet au gouvernement d'accompagner en permanence l'évolution de la vie des affaires et d'assurer une intervention rapide sur les marchés, la centralisation de fonction de la régulation au sein des structures ministérielles ne répond guère aux impératifs de l'indépendance des régulateurs de la concurrence.

Ces structures ne disposent pas de véritables gages d'indépendance organique et fonctionnelle. Sur le plan organique, les structures mises en place se composent de personnalités nommées principalement par les pouvoirs publics, tout en assurant une certaine pluridisciplinarité et professionnalisation. Il s'agit pour l'essentiel des commissions présidées par le ministre chargé de l'économie et composées des représentants du secteur public, des représentants des régulateurs sectoriels, des représentants des chambres du commerce et de protection des consommateurs et des experts . Au-delà de cette pluridisciplinarité, on trouve dans le droit saoudien et le droit jordanien un attachement à donner à leurs commissions quelques signes d'indépendance organique. La durée du mandat est limitée (4 ans en Arabie saoudite et 2 ans en Jordanie) et renouvelable une seule fois. D'autres dispositions visent à mettre un **régime de prévention des conflits d'intérêts** en imposant une obligation de secret professionnel et de non délibération dans une affaire dans laquelle l'intéressé a un intérêt .

Sur le plan fonctionnel, ces commissions ne sont pas dotées d'une véritable indépendance. Elles sont dépourvues de personnalité morale leur permettant de disposer d'un budget autonome ou d'un service administratif autonome. Ces commissions restent donc soumises à une grande dépendance aux ministères au sein desquels elles sont créées. Même si elles disposent des pouvoirs décisionnels dans leur champ de compétence, elles dépendent largement des travaux préparés par les services internes au sein de leur ministère de rattachement. Dans la mesure où la mission de régulation de la concurrence est partagée entre ces commissions et les services ministériels, il peut se créer de fait une sorte de relation de subordination hiérarchique. Par ailleurs, ces commissions peuvent être influencées par les orientations du ministre chargée de l'économie qui les préside dans les pays mentionnés. Outre son poids politique, l'intervention du ministre en cause, par le biais de présentation de ses observations ou de ses points de vue, pourrait infléchir le sens des décisions. D'autres pays moyen-orientaux ont choisi de renforcer l'indépendance des régulateurs de la concurrence.

Conscients de la nécessité de la mise en œuvre d'une politique de la concurrence par une structure indépendante, des pays tels que **l'Égypte, le Koweït, la Syrie et l'Iraq disposent désormais de régulateurs indépendants tant au niveau organique que fonctionnel.**

An niveau organique, des manifestations d'indépendance se révèlent à plus d'un titre. Tout d'abord, les régulateurs présentent des signes de pluridisciplinarité, de professionnalisation et de compétence. Il s'agit des commissions collégiales comprenant trois catégories de membres : des personnalités à qualité provenant de la sphère publique, des magistrats, des représentants des chambres du commerce et des associations de protection de la consommation et des personnalités qualifiées ayant compétence et une compétence en la matière. Ensuite, les conditions de l'exercice des mandats des membres des régulateurs constituent des gages d'indépendance. À la différence des fonctionnaires publics, les membres des régulateurs exercent un mandat limité dans le temps et sans la possibilité de renouvellement. Le droit égyptien fixe également les causes de révocation. Un représentant du gouvernement assiste aux réunions de l'autorité de la concurrence syrienne pour défendre l'intérêt général. Par ailleurs, un véritable régime de prévention des conflits d'intérêts a été mis en place dans ces pays. Les membres des régulateurs de la concurrence sont tenus au secret professionnel et à l'abstention de la délibération dans une affaire ils auraient un quelconque intérêt.

Au niveau fonctionnel, les régulateurs de la concurrence sont dotés d'un statut indépendant. D'une part, ils sont soumis des à règles plus souples en termes de rattachement et de tutelle par rapport aux structures administratives classiques. Il s'agit des **organismes indépendants rattachés soit au président du conseil des ministres (la Syrie) ou au conseil des ministres (l'Iraq) ou au ministre chargé de l'Économie (l'Égypte et le Koweït). Leurs décisions disposent de force exécutoire et ne peuvent être réformées ou annulées que par une autorité juridictionnelle.** D'autre part, ce sont des régulateurs dotés de la **personnalité morale et d'une autonomie administrative et financière.** Ils disposent donc de budgets et de services propres pour mener à bien leurs missions de régulation de la concurrence.

**Il n'en reste pas moins que l'indépendance de ces autorités de régulation n'est pas encore complète.** Les pouvoirs publics gardent plusieurs moyens de contrôle. D'abord, la nomination des membres des régulateurs est un acte de la puissance publique. En outre, le pouvoir réglementaire des régulateurs est souvent de nature complémentaire au sens où l'exécutif homologue les règlements fixés par ces organismes. Par ailleurs, les régulateurs se voient dans l'obligation de présenter au gouvernement des rapports sur le déroulement de la gestion de leurs missions. **Leur pouvoir décisionnel est même relatif puisque le gouvernement a le dernier mot dans plusieurs domaines tel que l'attribution des exceptions, l'engagement des poursuites pénales ou la conclusion des accords de transaction.** Enfin, **l'autonomie financière des régulateurs n'est pas totale puisque leurs crédits sont souvent inscrits dans le budget des ministères de rattachement.**

En somme, les autorités de la concurrence ne sont pas véritablement indépendantes. Si le droit positif au Moyen-Orient tend progressivement à consacrer les autorités de régulation dans la constitution, les autorités de la concurrence disposent toujours d'une indépendance législative. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il s'agit de simples services ministériels. Dotés de certaines manifestations d'indépendance, les régulateurs de la concurrence présentent une originalité par rapport aux structures classiques. Les pays moyen-orientaux adoptent une position intermédiaire entre l'indépendance absolue des régulateurs et le contrôle public resserré exercé à l'égard des instances administratives traditionnelles. Intervenant dans une nouvelle vague d'autonomisation ou de décentralisation fonctionnelle, les régulateurs de la concurrence font désormais partie d'une nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées, celle des autorités de régulation. Mais le choix retenu ne répond guère aux impératifs de la mise en place de régulateurs véritablement indépendants.

### 3.3. La crédibilité par la transparence et la prévisibilité

#### 3.3.1. Une transparence proactive

De manière unanime, les membres de l'Observatoire érigent la transparence absolue comme exigence que les régulateurs doivent, tant pour s'assurer du bon fonctionnement des affaires que pour assoir sa crédibilité et instaurer un climat de confiance, respecter.

L'exigence de transparence commence au niveau de l'élaboration de la norme.

**Recommandation n°15: Ouvrir l'élaboration de la réglementation en matière de concurrence à la consultation publique avant de l'édicter.**

La transparence est surtout une démarche proactive vis-à-vis du public, qui recouvre en particulier, en matière de régulation de la concurrence, les entreprises.

Le CADE au Brésil s'efforce ainsi d'apporter un maximum de transparence à ses procédures. Il publie en effet toutes ses décisions « divulguables » sur son site internet, ainsi que qu'au Journal officiel brésilien (le *Diário Oficial da União*). Cela constitue une masse d'informations précieuse pour les entreprises.

A l'inverse, il semble que l'accès à l'information sur les sites internet des trois autorités de régulation chinoises en matière de concurrence, malgré leurs efforts, demeure limité, ce qui est regrettable. Il serait utile aux acteurs économiques, afin de s'y référer, de pouvoir disposer des décisions rendues.

De même, le difficile accès à la jurisprudence de la cour de justice de l'UEMOA est également à déplorer.

**Recommandation n°16: Animer un site internet pour publier de manière régulière les lignes directrices suivies par l'Autorité, ses décisions, voire des commentaires de ses décisions.**

Les autorités de régulation peuvent également utilement aller plus loin que la transparence numérique et ouvrir leurs portes aux acteurs économiques, par l'instauration par exemple d'une journée portes ouvertes annuelle. Les autorités de régulation pourraient tenir par exemple une conférence revenant sur les affaires de l'année passée pour expliquer les fondements de ses décisions.

**Recommandation n°17: Organiser une journée portes ouvertes annuelle et/ou des colloques de rencontre avec les entreprises.**

### 3.3.2. Une prévisibilité sans rigidité pour garantir la sécurité juridique

La transparence est une composante de la prévisibilité, puisqu'elle permet, en ouvrant un maximum d'information sur les modes de raisonnement du régulateur, aux acteurs économiques de bonne volonté de les respecter au mieux : la sécurité juridique signifie un droit facilement accessible.

La prévisibilité, toutefois, ne se superpose pas complètement avec la transparence. Il s'agit également d'une règle de comportement : se tenir à des lignes claires, que ce soit en matière de raisonnement économique qu'en matière de type et de proportion des sanctions prononcées. Un droit prévisible est raisonnablement stable dans le temps et « anticipable ».

Sur ce dernier point, le montant des sanctions et leur prévisibilité, au moins au sein d'une fourchette, est essentielle dans le monde des affaires, notamment pour permettre aux entreprises de provisionner sans être pris de court. Les sanctions « records », si elles ont une vocation pédagogique indéniable, peuvent également être vécus comme des coups de massue déstabilisants dans certains secteurs, au-delà de l'entreprise en infraction.

La question du dosage des sanctions fait notamment débat au Brésil. Le sentiment générale est celui d'un manque d'objectivité dans la fixation de leurs montants. Les circonstances qui permettent par ailleurs d'ajouter aux sanctions des pénalités accessoires ne sont pas non plus suffisamment objectivées, ce qui crée non seulement un sentiment d'insécurité juridique mais aussi d'injustice.

En Chine, on peut également regretter que le montant des sanctions financières est fixé selon une logique qui échappe à l'entreprise. Au-delà d'un certain montant d'amende, les procédures pourraient gagner en transparence en accordant à l'entreprise un droit d'être entendue préalablement à ce que la sanction la concernant soit fixée.

**Recommandation n°18: Instaurer et publier une grille objective de montant de sanctions financières - ou de fourchettes de montants - afin que ces dernières puissent être anticipées au mieux par les entreprises en infraction.**

En matière de « stabilité raisonnable » de la régulation de la concurrence, on peut noter qu'au Brésil, l'un des défauts du système est le fait que le CADE n'est pas lié par ses propres décisions, et donc peut opérer des revirements de position sans qu'il lui soit besoin de les justifier. Cela donne certes une certaine flexibilité et un dynamisme aux décisions du CADE, mais la bonne marche des affaires exige davantage de prévisibilité, ou en tout cas une flexibilité maîtrisée.

**Recommandation n°19: Diminuer le degré d'incertitude des décisions de l'autorité de régulation de la concurrence en imposant une justification dûment motivée de tout revirement de doctrine ou de « jurisprudence ».**

### **3.4. La crédibilité par la diligence**

Toute procédure qui s'éternise est préjudiciable au monde des affaires – tant pour les entreprises qui sont inquiétées que pour les entreprises qui ont saisi l'autorité régulatrice d'une plainte pour pratiques anticoncurrentielles. L'Observatoire déplore de manière unanime que la longueur des instructions, notamment en matière de contrôle des opérations de concentration, peut mettre en péril la pertinence voire la viabilité de ces opérations. La parité d'échange des titres peut être considérablement bousculée en quelques mois. A titre d'exemple récent, la fusion entre le cimentier français Lafarge et le groupe suisse Holcim a bien failli échouer après plus d'un an de procédure devant les autorités nationales en charge de la concurrence. Dans cette affaire, l'intervention de plusieurs autorités nationales sans aucune coordination n'a, en tout état de cause, pas facilité les choses.

Au Brésil, l'introduction d'un délai suspensif pendant l'examen d'une opération de concentration (qui ne peut donc pas être conclue pendant cette période) a permis d'apporter de la clarté dans la procédure. Désormais, le CADE a une limite de 240 à 300 jours, quelle que soit la complexité du cas, pour rendre ses conclusions.

Existe par ailleurs une au Brésil une procédure rapide (« fast-track ») permettant aux transactions qui y sont éligibles d'être traitées en moins de 30 jours. Même s'il n'y a aucune obligation légale pour que ces trente jours soient respectés, le CADE a érigé le respect de ce délai maximum comme objectif strict. En pratique, les cas les plus complexes prennent entre 45 et



120 jours pour être traités par le CADE lorsque la concentration en question totalise une part de marché de moins de 35%, et entre 120 et 330 jours pour les cas les plus complexes dans lesquels la nouvelle entité totalise plus de 35% de parts de marché.

En Chine, le MOFCOM, depuis avril 2014, a adopté une nouvelle procédure d'examen simplifiée en matière de concentrations. Moins lourde pour les entreprises, cette procédure doit permettre d'obtenir l'autorisation d'une opération dans les trente jours suivant la validation par le MOFCOM de la réception de tous les documents requis. Si, en pratique, selon la complexité de la fusion à l'étude, l'autorisation du MOFCOM peut dans les faits intervenir entre un et deux mois après que le MOFCOM a reçu tous les documents, cette procédure d'examen simplifiée est une bonne chose.

Le fait de se doter de procédures adaptées en fonction de la complexité ou de l'ampleur de l'opération de concentration envisagée est un outil particulièrement utile afin de diminuer la durée moyenne d'examen des opérations.

**Recommandation n°20: Instaurer une procédure d'examen simplifiée en matière de contrôle des concentrations et, en cas de nécessité d'examen approfondi, se fixer six mois maximum comme délai raisonnable.**

Il est déploré dans plusieurs pays, notamment au Brésil où la moyenne est de sept ans, une durée bien trop longue des enquêtes en matière de pratiques anticoncurrentielles. Si les décisions du CADE sont déferées au contrôle du juge, une procédure en matière de pratiques anticoncurrentielles y dépasse donc largement les dix ans ! Cela n'est satisfaisant pour personne. Et en même temps, les investigations en la matière, souvent délicates, nécessitent des délais incompressibles de recherches d'éléments de preuve et de mise en place de procédures contradictoires.

**Recommandation n°21: Doter le président de l'autorité de régulation d'un tableau de bord des délais des différents types de procédures. Il s'agit de détecter le plus rapidement possible les enquêtes, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles, dont le calendrier dérape de manière inquiétante.**

Par ailleurs, en France, le législateur a introduit des procédures permettant d'accélérer les délais de traitement de certaines affaires : clémence, non contestation des griefs. C'est le code de commerce qui encadre la procédure de non contestation des griefs : les entreprises, si elles ne contestent pas les griefs qui leur sont reprochés, ont la possibilité de voir le montant maximum de la sanction encourue réduit de moitié et le montant réel de la sanction lui-même diminué (article L. 464-2-III). Si elles proposent des engagements, ceux-ci peuvent aussi être pris en compte dans le calcul de la sanction.

Il existe aussi en France des procédures de transaction pour régler les micro-pratiques anticoncurrentielles (article L. 464-9 du même code).

Le système de régulation de la concurrence brésilienne a, par ailleurs, amélioré ses instruments de coopération, ce qui a permis d'améliorer l'efficacité de ses procédures. Ces instruments comprennent notamment une procédure de clémence, garantissant que les documents et l'identité de la partie ayant communiqué des informations au régulateur restent confidentiels. Cela a augmenté le niveau de confiance dans le CADE et, partant, le programme de clémence a permis au régulateur d'économiser du temps et de l'argent dans sa lutte pour le démantèlement de certains cartels.

L'Observatoire recommande l'instauration de ce type de procédures afin d'assurer une efficacité maximum au travail de l'autorité régulatrice.

**Recommandation n°22: Créer des simplifications de procédure et les instruments de coopération, afin d'accélérer certaines affaires : clémence, non contestation des griefs, transaction pour les affaires de micro-pratiques anticoncurrentielles.**

### 3.5. La crédibilité par la pédagogie et le pragmatisme

L'Observatoire insiste sur l'importance de la motivation des décisions des régulateurs.

La pédagogie est particulièrement une exigence en amont de l'analyse économique, en matière de contrôle des concentrations ou de contrôle des abus de position dominante : la définition des contours du marché pertinent.

La notion de marché pertinent<sup>21</sup> sert en effet de cadre à toute analyse économique d'une autorité de concurrence, en servant de base à la modélisation d'effets potentiellement déstabilisateurs de concurrence. L'autorité ne doit pas s'épargner une longue motivation du choix du périmètre, à la fois sectoriel et géographique, retenu. Dans certains cas, la question de la définition du marché pertinent peut-être un point litigieux très aigu entre l'autorité de régulation et l'entreprise intéressée. Cette question a été, par exemple, une source particulière de conflit entre l'Autorité de la concurrence française et l'entreprise casino, quand il s'est s'agi de définir le périmètre de magasins alimentaires de proximité parisiens (question de l'inclusion ou non des petites épiceries).

**Recommandation n°23: Motiver de manière complète le choix des délimitations de marché pertinent.**

### 3.6. La crédibilité par les outils

Le droit américain dispose des plus sévères sanctions, avec la possibilité notamment de demander des dommages et intérêts triples (« *treble-damages* ») en vertu de la Section 4 du Clayton Act).

La sévérité est bien un outil de crédibilité (« *law enforcement* ») et donc une garantie du bon respect du droit de la concurrence dans un pays ou une zone géographique. Toutefois, une certaine médiété demeure importante. Car des sanctions disproportionnées sont souvent accusées comme étant la raison pour laquelle le Congrès américain a dispensé un certain nombre de secteurs, tels que l'assurance ou le baseball professionnel (cf. supra), de l'application des lois fédérales antitrust. Tout est donc une question de dosage, et d'intransigeance sur le paiement effectif de ces sanctions.

---

<sup>21</sup> Le marché pertinent comprend, sur une zone géographique définie, tous les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Il n'est pourtant pas toujours évident de s'accorder sur ces critères.

### Encadré 8 :

#### L'intransigeance de la Commission européenne : un milliard d'euros, amende record !

La Commission européenne a reproché à la firme américaine Intel d'avoir profité entre octobre 2002 et décembre 2007 de sa position dominante sur le marché des processeurs pour micro-ordinateurs (x86). L'entreprise pratiquait des remises intégralement ou partiellement occultes sur ses composants à des fabricants d'ordinateurs. Cette pratique lui permettait de conforter sa position de numéro un mondial des microprocesseurs en écartant ses concurrents et notamment l'entreprise Advanced Micro Devices (AMD). La Commission contestait non pas les remises en elles-mêmes, mais les conditions auxquelles Intel les a accordées.

En 2000, AMD avait porté plainte contre Intel auprès de la Commission européenne, l'accusant de payer des fabricants pour retarder la mise sur le marché de PC équipés de puces AMD. La Commission, qui le soupçonnait déjà de pratiques commerciales déloyales afin de maintenir son leadership, a alors mené une enquête approfondie. Elle a lancé des accusations formelles contre Intel en 2007 et 2008, en reprochant sa politique commerciale. Intel accordait des rabais aux distributeurs d'ordinateurs personnels pour vendre prioritairement ses produits. La Commission a ordonné à Intel de mettre immédiatement un terme à ses pratiques illégales.

Avec 1,06 milliard d'euros infligés à titre de sanction, il s'agit de l'amende la plus lourde jamais infligée à une entreprise en Europe, dépassant largement celle fixée l'année précédente à Microsoft, qui était de 899 millions d'euros pour manque de coopération suite à une condamnation pour abus de position dominante. Légalement, la Commission Européenne peut infliger une amende pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires annuel. En 2008, Intel avait dégagé un chiffre d'affaires de 37,6 milliards de dollars, ainsi l'amende pouvait atteindre jusqu'à 3,76 milliards.

#### **Recommandation n°24 : Prescrire des sanctions suffisamment dissuasives.**

Des outils très dissuasifs doivent par ailleurs s'accompagner de programmes de clémence. A titre d'exemple, la Chine s'est dotée d'un programme de clémence octroyant à l'entreprise ayant permis d'établir l'existence d'un cartel une réduction de tout ou partie du montant des pénalités qu'elle aurait dû se voir infliger. Ce programme de clémence a permis d'accélérer la lutte contre les monopoles.

#### **Recommandation n°25 : Accompagner les sanctions dissuasives de programme de clémence.**

En matière de *law enforcement* des sanctions enfin, l'Observatoire recommande par ailleurs de laisser aux pays disposant de la législation la plus stricte et ayant le plus grand potentiel d'exécution la charge de poursuivre les cartels internationaux, même dans la mesure où d'autres pays sont touchés. Cela peut passer par l'inclusion dans le calcul des dommages-intérêts des ventes effectuées à l'étranger, si ces ventes sont influencées par un cartel international. Cela ferait en outre tomber l'exception pour les cartes d'exportation, longtemps contenu dans de nombreuses législations (voir le droit allemand<sup>22</sup>). En dérogeant au principe de l'effet, une autorité nationale devrait procéder contre un comportement issu de son territoire, même si ce comportement n'a aucun effet dans ce pays.

<sup>22</sup> En droit allemand, l'exception pour les cartels d'exportation dans le paragraphe 6 du Code de la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ancienne version), n'a été supprimée qu'en 1999.

**Recommandation n°26: Inclure dans le calcul des dommages et intérêts les ventes effectuées à l'étranger, si ces ventes sont influencées par un cartel de dimension internationale.**

Quant à la pénalisation du droit des affaires et plus précisément du droit de la concurrence, l'Observatoire est partagé. La pénalisation existe par exemple au Japon, aux Etats-Unis, de manière massive au Moyen-Orient, mais pas au niveau de l'Union européenne. En France par ailleurs, un mouvement de dépénalisation a été initié depuis 2008. L'Observatoire préconise en tout état de cause de toujours cumuler d'éventuelles sanctions pénales avec des sanctions administratives, prononçables directement par l'autorité régulatrice.

#### **Encadré 9 :**

##### **La pénalisation massive des infractions à la bonne marche concurrentielle au Moyen-Orient**

La tendance générale consiste au Moyen-Orient à ne pas accorder au régulateur de la concurrence une fonction répressive, les pratiques anticoncurrentielles relevant de la seule compétence des tribunaux pénaux. Ce faisant, la mise en mouvement de l'action publique n'est pas automatique mais nécessite une requête préalable de la part du président de l'autorité de la concurrence, du ministre concerné ou de son délégué, selon le cas. Lorsque les autorités de la concurrence trouvent que l'un des griefs constatés pourrait constituer un des délits pénalement répréhensibles en matière de concurrence, la saisine du parquet pour mettre en mouvement l'action publique est uniquement de l'entière discrétion du président de l'autorité de la concurrence, du ministre concerné ou de la personne à laquelle il délègue cette mission.

Le choix retenu consiste donc à la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles. Deux raisons peuvent être avancées pour justifier cette démarche. D'une part, le pouvoir de sanction de l'autorité de concurrence est remplacé par un pouvoir de transaction qui pourrait constituer, dans les faits, une forme de sanction de nature pécuniaire. D'autre part, il semble que la mise à l'écart de la dévolution d'un pouvoir de sanctions pécuniaires à l'autorité de la concurrence pourrait traduire en creux une volonté de confirmer la nature administrative pure et simple de cet organisme. En cela, la démarche permet, *a priori*, d'éviter toute confusion fonctionnelle entre le régulateur et le juge et donc toute possibilité de cumul des poursuites administratives et pénales.

Néanmoins, si la nature sévère et dissuasive des sanctions pénales encourues est un trait loin d'être négligeable, l'efficacité d'une approche se bornant à une répression pénale reste à démontrer. En effet, la démarche prive le régulateur de la concurrence d'une force de frappe visant à dissuader les acteurs de marché de se livrer à des pratiques illégales. Dénuées d'une compétence répressive, les autorités de la concurrence moyen-orientales ne peuvent pas être qualifiées de « gendarmes de la concurrence ». Avec ce modèle, le régulateur s'apparente à un simple arbitre, privé de tout véritable pouvoir de sanction à l'égard de tout joueur qui pourrait enfreindre les règles du jeu. D'ailleurs, ce modèle rencontre des difficultés sur le plan procédural au Qatar. La Cour de cassation qatarie vient de censurer un arrêt de la Cour d'appel dans lequel celle-ci n'a pas vérifié l'existence d'une délégation écrite par le ministre de l'économie au directeur de service de protection du consommateur lui permettant de requérir la mise en mouvement de l'action publique puisque cette délégation n'est pas supposée et doit être prouvée par écrit.

## Encadré 10 : Les sanctions en matière de concurrence prononcées par la Commission européenne

Les amendes sanctionnant les infractions au droit de la concurrence, infligées par la Commission européenne, correspondent à un pourcentage des ventes annuelles de l'entreprise pour le produit concerné par l'infraction. Ce pourcentage – pouvant atteindre 30% – dépend de la nature de l'infraction (abus de position dominante, fixation de prix ou encore partage du marché), de son étendue géographique, et de son éventuelle mise en œuvre. Dans le cas des ententes, par exemple, le pourcentage appliqué se situe généralement dans une fourchette comprise entre 15% et 20%.

Afin de prendre en compte la durée de l'infraction, ce pourcentage est multiplié par le nombre d'année et de mois pendant lesquels l'infraction a été commise. Ainsi une infraction d'une durée de deux ans est deux fois plus préjudiciable qu'une infraction d'une durée d'un an seulement.

L'amende peut ensuite être majorée ou minorée : en cas de récidive, par exemple, l'amende sera majorée ; si la participation de l'entreprise est limitée, l'amende sera au contraire minorée. Dans le cas des ententes, il existe un « droit d'entrée » représentant 15% à 25% de la valeur des ventes d'une année : cela constitue une majoration dissuasive quelle que soit la taille ou la durée de l'entente.

Au total, l'amende infligée par la Commission européenne ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires annuel global de l'entreprise. Ce plafond mentionné à l'article 23 du règlement européen n°1/2003 qui, sur la base de l'article 103 du TFUE, habilite la Commission à infliger des amendes aux entreprises ayant commis une infraction au droit de la concurrence.

Des procédures spécifiques de réduction des amendes existent :

- dans le cadre de la procédure de clémence, la première entreprise à fournir des preuves de l'existence d'une entente suffisantes pour permettre à la Commission d'instruire l'affaire peut bénéficier d'une immunité totale d'amendes. Les entreprises qui font de même par la suite, peuvent bénéficier de réductions allant jusqu'à 50% du montant de l'amende qui aurait dû leur être infligée ;
- dans le cadre de la procédure de transaction, la Commission peut proposer une réduction de 10% du montant de l'amende ;
- en cas d'absence de capacité contributive, la Commission peut exceptionnellement réduire une amende susceptible de nuire gravement à la viabilité économique d'une entreprise.

En 2014, la Commission a imposé 2,2 milliards d'euros d'amende (1,7 milliard pour des opérations de concentration et 0,5 milliard pour d'autres pratiques anticoncurrentielles).

<b>Montant de base de l'amende</b>	Pourcentage de la valeur des ventes en cause (0-30%) x durée (années ou périodes inférieures à une année) + 15-25% de la valeur des ventes en cause: mesure dissuasive supplémentaire pour les ententes
<b>Augmenté</b>	<b>Pour cause de facteurs aggravants</b> p.ex. Pour les entreprises ayant dirigé l'entente, les entreprises récidivistes et les entreprises ayant entravé l'enquête
<b>Réduit</b>	<b>Pour cause de facteurs atténuants</b> p.ex. Le rôle limité de l'entreprise ou l'adoption de pratiques encouragées par la législation
Soumis à un <b>plafond global</b> de	<b>10% du chiffre d'affaires</b> (par infraction)
<b>Susceptible d'être encore réduit</b>	<b>Au titre de la clémence:</b> 100% pour la 1ère entreprise, jusqu'à 50% pour la suivante, 20 à 30% pour la troisième et jusqu'à 20% pour les autres
	<b>Par voie de transaction:</b> 10%
	<b>Du fait de l'absence de capacité contributive</b>

Source : [http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet\\_fines\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_fr.pdf)

### Encadré 11 : Les sanctions aux Etats-Unis

La violation du Sherman Act est un crime passible d'une amende. Le montant de celle-ci peut atteindre jusqu'à 10 millions de dollars pour les entreprises ; et jusqu'à 350 000 dollars et/ou trois ans d'emprisonnement pour les personnes. Cela est valable si l'infraction a été commise avant le 22 juin 2004.

Pour les infractions commises après le 21 juin 2004, le montant de l'amende peut atteindre jusqu'à 100 millions de dollars pour les entreprises ; et jusqu'à 1 million de dollars et/ou dix ans d'emprisonnement pour les personnes.

Dans certaines circonstances, l'amende maximale peut dépasser les seuils mentionnés dans le *Sherman Act* et s'élever à deux fois les gains des coupables (ou les pertes des victimes) de l'opération mise en cause, s'ils dépassent 100 millions de dollars.

D'autre part, la collusion entre des concurrents peut également entraîner des fraudes postales, des fraudes électroniques, des fausses déclarations, ou d'autres crimes, autant d'actes contre lesquels la Division Antitrust du *Department of Justice* engagera des poursuites.

Dans le cadre de la procédure de clémence, une entreprise ou une personne peut échapper à l'amende pécuniaire et/ou pénale qu'elle se serait vu infliger sans avoir coopéré avec l'administration.

En 2014, la Division Antitrust avait inculpé 44 cadres et 18 entreprises, pour un montant total de 1,3 milliards de dollars d'amendes.

Une des priorités en matière d'outils, hormis les outils en aval qui consistent au pouvoir de sanction, est incontestablement celle de disposer de pouvoirs d'investigation suffisants pour pouvoir mener à bien des enquêtes sur des pratiques anticoncurrentielles parfois très difficile à résoudre. Le fait de disposer soi-même de tels pouvoirs est également, pour une autorité de régulation, une garantie d'indépendance.

L'Observatoire estime que les procédures facilitant la recherche de preuves introduites par le législateur français en faveur de l'Autorité de la concurrence sont particulièrement intéressantes. L'Autorité de la concurrence française dispose de ses propres services d'instruction et de ses propres enquêteurs, dirigés par le rapporteur général (article L. 461-4 du code de commerce). Les services d'enquête sur le terrain du ministre de l'économie demeurent. La coopération de ce double réseau d'enquêteurs est également organisée par le code de commerce. L'Autorité peut ainsi requérir le concours d'enquêteurs locaux placés sous la direction du ministre. Les enquêteurs peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du code de commerce. Les pouvoirs diffèrent selon qu'une enquête simple ou lourde a été engagée, ce qui est un choix discrétionnaire effectué par l'Autorité.

En matière d'enquête simple (engagée sans autorisation judiciaire), les agents ne peuvent globalement jamais saisir les pièces. Ils peuvent exiger la communication de documents professionnels, ont accès aux logiciels et données stockées et peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié. Ils sont habilités à relever l'identité de la personne qu'ils contrôlent et à recourir à une personne qualifiée, qui n'a pas la qualité d'agent-enquêteur, ou à différer le moment où ils déclinent leur qualité et à recourir à une identité pour le contrôle de la vente de biens et de la fourniture de services sur Internet.

En matière d'enquête lourde, c'est-à-dire avec des moyens d'investigation qui portent par leur nature atteinte à la liberté individuelle et nécessite la formulation d'une demande d'autorité judiciaire d'opération de visite et de saisie auprès du juge des libertés et de la détention), les agents peuvent accéder à certains lieux privés, saisir les originaux de tous types de documents, faire copie de l'intégralité du disque dur et de la messagerie et demander la mise à disposition des portables.

Par ailleurs, les sanctions en cas d'entrave à l'exercice des fonctions de ces agents ont été renforcées<sup>23</sup>.

**Recommandation n°27 : Doter les autorités de pouvoirs d'investigation élargis et détenus en propre.**

Enfin, l'Observatoire note que selon les pays, l'autorité en charge de la régulation dispose ou non de l'opportunité des poursuites. En dispose par exemple la Commission européenne ou la FTC japonaise. En France, en revanche, l'Autorité de la concurrence a l'obligation d'enquêter pour toute saisine. L'Observatoire n'a pas de recommandation particulière à formuler en faveur de l'une ou l'autre de ces branches de l'alternative.

## 4. Régulation et démocratie

### 4.1. Les conditions démocratiques de transfert du pouvoir de régulation : quel rôle du juge ? Quelles relations avec l'exécutif ?

Les décisions des autorités de régulation doivent être obligatoirement susceptibles de recours juridictionnel dans un système démocratique (cf. infra 4.2.). Cependant, avant d'aborder les voies de recours, l'Observatoire souhaite faire quelques remarques sur le positionnement des juges vis-à-vis des décisions des autorités de régulation de la concurrence.

L'Observatoire attire en particulier l'attention sur la théorie américaine de la « *deference* ». Cette théorie est née de la décision de la Cour suprême américaine en date du 25 juin 1984 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Par cette décision, la Cour suprême a posé le mode d'emploi d'examen par le juge d'une décision d'une autorité de régulation indépendante. Elle a par cette décision édicté la doctrine de la déférence administrative, parfois appelée « *Chevron deference* ». L'idée consiste à dire que les juges – le plus souvent non spécialisés – doivent rester à leur place et ne pas s'ingérer de manière trop précise dans la décision de l'autorité qui leur est déferée, qui est censée revêtir l'autorité de l'expertise. Il s'agit donc d'une sorte de respect de l'expertise de l'autorité. La légalité externe de la décision est bien sûr examinée, mais l'examen du bien-fondé de la décision au fond est limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Il s'agit de ne pas fragiliser les institutions régulatrices créées en remettant en cause leur expertise et leur crédibilité.

Il semble à l'Observatoire que le principe de « *Chevron deference* » est un modèle sage à répliquer.

Les annulations sur le fond posent parfois des problèmes de débats économiques purs qui peuvent être difficilement tranchés de manière objective, et qui peuvent fragiliser les autorités régulatrices. Par exemple, en 2002, le tribunal de première instance de l'Union européenne a annulé trois décisions de la Commission européenne refusant des concentrations : *AirTour c/ Commission européenne*, le 6 juin, *Schneider Electrics c/ Commission* le 22 octobre et *Tetra Laval c/ Commission* le 25 octobre. Peu importe les affaires d'espèce et la discussion sur le fond, le signal donné quant à la crédibilité du régulateur a été, à l'époque, dévastatrice.

---

<sup>23</sup> Deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

**Recommandation n°28 : Appliquer le principe de « déférence » en matière de contrôle juridictionnel sur les décisions de l'autorité de régulation de la concurrence. Limiter le contrôle à la légalité externe, à l'erreur de droit et à l'erreur manifeste d'appréciation.**

Quant au choix du juge, administratif ou judiciaire<sup>24</sup>, l'Observatoire n'a pas de recommandations précises à formuler et se contente de préconiser le respect des systèmes judiciaires nationaux.

Au-delà de l'interaction avec le pouvoir judiciaire, l'Observatoire s'est posé la question de l'interaction la plus pertinente entre l'autorité de régulation indépendante et le pouvoir exécutif. Il s'agit principalement du point de savoir s'il est pertinent de permettre, dans certaines circonstances, un droit d'évocation, de réformation, ou de dernier mot du ministre de l'économie sur les décisions de l'autorité régulatrice.

Cette possibilité est par exemple ouverte en France. En matière de contrôle des concentrations, l'article L. 430-7-1 du Code de commerce français donne au ministre de l'économie la faculté d'évoquer une affaire lorsque celle-ci a fait l'objet d'une décision de phase 2 (phase approfondie d'analyse des effets de la fusion). Il peut alors passer outre la décision de l'Autorité en adoptant une décision motivée par des raisons d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence : développement industriel, compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale, création ou maintien de l'emploi.

L'Observatoire estime qu'il est heureux d'instaurer ce genre de pouvoir d'évocation, la concurrence ne devant pas surplomber en toutes circonstances d'autres considérations toutes aussi légitimes d'intérêt général. Toutefois, l'existence d'un tel mécanisme pourrait faire encourir le risque de le voir brandi de manière déraisonnable voire abusive. L'Observatoire préconise alors, pour construire une culture d'autorité administrative spécialisée indépendante, de strictement encadrer cette possibilité à des cas exhaustivement énumérés et par une décision dûment justifiée. L'Observatoire recommande également de permettre une contestation juridictionnelle de l'usage de ce pouvoir d'évocation.

**Recommandation n°29 : Encadrer strictement l'interférence entre le pouvoir exécutif et l'autorité régulatrice de concurrence.**

Même si l'Observatoire estime que cette dimension est plus accessoire que les deux précédentes, la question du lien entre l'Autorité et le pouvoir normatif peut également se poser, notamment sur le point de savoir s'il est nécessaire d'instaurer la possibilité voire l'obligation de consulter l'autorité régulatrice pendant l'élaboration de la norme concurrentielle.

En France par exemple, l'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence (article L. 462-1 du code de commerce). Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du gouvernement. Elle est par ailleurs obligatoirement consultée par le gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet soit de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, soit d'établir des droits exclusifs dans certaines zones, soit d'imposer

---

<sup>24</sup> Des systèmes mixtes peuvent également avoir leur pertinence. En France, les décisions d'autorisation de concentration relèvent en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. En revanche, en matière de pratiques anticoncurrentielles, c'est la cour d'appel de Paris qui est compétente en premier ressort, avec un pourvoi en cassation possible auprès de la Cour de cassation. Ce système dual ne semble pas poser de difficultés particulières.



des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Les avis de l'Autorité de la concurrence peuvent être assortis de recommandations visant à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. L'Autorité a enfin la possibilité de s'autosaisir sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations, et dans les faits, l'Autorité de la concurrence française fait un usage fréquent de cette possibilité.

L'Observatoire estime ce modèle particulièrement intéressant mais note qu'il n'a pris place qu'avec le temps, après que l'Autorité de la concurrence française, anciennement Conseil de la concurrence, a pu installer sa crédibilité et sa place dans le paysage institutionnel. L'Observatoire pense ainsi qu'aux premiers stades de la vie d'une autorité en charge de la régulation de la concurrence, il est préférable de ne pas instaurer de telles obligations de consultation, et qu'ouvrir des facultés de consultation suffit.

**Recommandation n°30 : Permettre progressivement une procédure de consultation, sans la rendre pour autant obligatoire dans un premier temps.**

## 4.2. Les voies de recours

Seules les décisions finales des autorités régulatrices, tranchant une question de suspicion de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de position dominante ou de demande de concentration, peuvent ainsi utilement, aux yeux de l'Observatoire, faire l'objet d'un recours de droit commun devant le juge. En tout état de cause, les actes qui relèvent de l'instruction, qui sont des actes préparatoires d'une décision finale, peuvent être contestés dans le cadre de la contestation de la régularité externe de cette dernière, au titre d'un vice de procédure. Afin d'éviter que ne soit obstruée et paralysée l'action des autorités de régulation, l'Observatoire recommande de limiter la possibilité de recours juridictionnels contre des éléments qui relèvent de l'instruction à la stricte mesure où il leur serait reproché la violation de droits ou de libertés, telles que les exigences des droits de la défense. L'Observatoire préconise également d'accompagner l'ouverture de cette possibilité de recours contre des actes de l'instruction par la faculté pour le juge de mettre à la charge du requérant une amende pécuniaire dissuasive en cas de recours abusif.

L'Observatoire note le fait qu'il n'est pas toujours juste de réserver les voies de recours aux actes seulement décisifs « finaux ». Les autorités de régulations sont par essence productrices de « droit souple » (« *soft law* »). Dès lors, l'Observatoire recommande de prendre exemple sur une décision récente du Conseil d'Etat français qui propose de considérer comme susceptibles de recours juridictionnels en annulation des actes (type communiqué de presse, mise en garde, prise de position) de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de personnes auxquelles il s'adresse.

**Recommandation n°31 : Instaurer une voie de recours contre les actes décisifs des autorités et contre les actes de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de personnes auxquelles il s'adresse. N'ouvrir les recours contre les actes de l'instruction qu'en cas de violation de droits et de libertés, et sanctionner de tels recours qui seraient abusifs et obstructifs par des amendes dissuasives.**

L'Observatoire préconise également de prévoir dans le droit écrit une possibilité de contestation des décisions de refus de protection du secret des affaires ou de levée du secret des affaires prononcées par l'autorité régulatrice. L'Observatoire insiste sur la nécessité de prévoir explicitement ce type de recours. La question s'est posée récemment en France, dont le code de commerce ne le prévoyait pas. Ainsi, c'est de manière *sui generis* et jurisprudentielle que le Conseil d'Etat a tranché ce point de droit par une décision du 10 octobre 2014. La Haute juridiction administrative française a jugé que les décisions par lesquelles le rapporteur général refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret sont susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les pièces ou éléments en cause. En l'absence de disposition législative expresse en attribuant la contestation à la juridiction judiciaire, les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret, considérées par le Conseil d'Etat comme détachables de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, relèvent, conformément au droit commun, de la juridiction administrative et de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat.

**Recommandation n°32 : Instaurer explicitement une voie de recours en matière de refus de protection et de levée de secrets des affaires.**

#### **Encadré 12 : L'exemple européen des recours contre les décisions de la Concurrence relatives à la concurrence**

La décision de la Commission autorisant une enquête peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal de l'Union européenne, puis d'un pourvoi devant la Cour de justice de l'Union. Ce recours est indépendant du recours contre une éventuelle décision d'infraction.

S'agissant de la contestation du déroulement de l'enquête, il n'existe pas de recours autonome. Ces contestations se font dans le cadre du recours au fond contre la décision d'infraction de la Commission devant le TUE, puis devant la CJUE le cas échéant.

Tous les actes d'instruction ne sont que des mesures préparatoires ou exécutoires de la décision d'inspection et ne sont pas directement attaques.

En revanche, les actes pris au cours de la procédure préparatoire qui constituent en eux-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale – distincte de la décision finale de la Commission sur le fond – et qui produisent des effets juridiques obligatoires et définitifs de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique sont des actes attaques au titre du recours en annulation. Il s'agit par exemple de la **décision de la Commission rejetant une demande de protection d'un document prétendument confidentiel**, de la **décision de la Commission infligeant des sanctions en cas d'obstruction ou de refus d'obtempérer**, ou encore de la **décision de la Commission contraignant les entreprises à lui communiquer des renseignements nécessaires à l'accomplissement de sa tâche**.

### **4.3. Un fonctionnement autonome mais une responsabilité élargie**

L'Observatoire souhaite terminer ses recommandations par un constat ; le rôle des régulateurs de la concurrence surplombant le reste de l'économie, il existe un réel frottement entre considérations de concurrence

C'est davantage un point de vigilance qu'une véritable recommandation que souhaite édicter l'Observatoire. Les autorités chargées de la régulation concurrentielle devrait accorder davantage de vigilance aux données personnelles et démographiques recueillies par des

entreprises du numérique importantes et à l'intégration de ces entreprises, car la possession de telles données pourrait constituer une barrière importante à l'entrée de concurrents futurs.

## SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

- **Recommandation n°1 : Ne pas se tromper d'objectifs. La politique concurrence doit service avant tout à assurer le bien-être du consommateur d'un point de vue microéconomique, et un développement économique sain et optimal d'un point de vue macroéconomique.** Les autres objectifs tels que l'intégration économique régionale doivent au mieux être secondaires, sinon ne pas entrer dans la grille d'analyse de la régulation de la concurrence.
- **Recommandation n°2 : Définir clairement, de manière adaptée à sa propre histoire, les principes théoriques que chaque pays estime être nécessaires pour remplir les objectifs qui sont assignés à la régulation de la concurrence.**
- **Recommandation n°3 : Adopter un socle très réduit d'interdictions de pratiques injustifiables *per se*. Laisser le reste à la « règle de raison ».**
- **Recommandation n°4 : Expliciter, en les définissant strictement et rigoureusement, les dérogations raisonnables à l'application du droit de la concurrence.**
- **Recommandation n°5 : Eviter les dérogations sectorielles au droit de la concurrence. A défaut, réduire au minimum les secteurs exemptés, tels que la culture.**
- **Recommandation n°6 : Ne pas élaborer un système de régulation de la concurrence sans le penser en liaison avec d'autres politiques économiques. Etablir un *policy mix* concurrentiel, fiscal et commercial, pour répartir les objectifs parfois trop concentrés sur le seul outil de la régulation de la concurrence.**
- **Recommandation n°7 : Affirmer que l'innovation est une composante du bien-être du consommateur, et entre dans les objectifs de la politique concurrentielle.**
- **Recommandation n°8 : Se doter d'un unique régulateur de la concurrence, à la fois en matière de contrôle des concentrations et de répression des pratiques anticoncurrentielles.**
- **Recommandation n°9 : Garantir à l'autorité des ressources financières bien établies et intangibles.**
- **Recommandation n°10 : Recourir, en cas d'impossibilité d'allouer des ressources nationales, à la coopération territoriale et la convergence régionale, en suivant l'exemple à succès de l'UEMOA.**
- **Recommandation n°11 : Afin de doter l'autorité de régulation de la concurrence de personnels suffisants et compétents, recruter suffisamment utilement parmi des magistrats, des agents du ministère de l'économie, ou des agents de la Banque centrale du pays intéressé, reconnus pour leur expertise et leur indépendance.**
- **Recommandation n°12 : Mettre en place des règles claires de recrutement des personnels des autorités de régulation, en particulier pour les membres du collège (liste d'aptitudes et procédures d'auditions).**
- **Recommandation n°13 : Mettre en place des plans de formation par l'intensification de la coopération et des programmes d'échanges d'experts.**
- **Recommandation n°14 : Créer une autorité de régulation indépendante en garantissant son indépendance objective et son autonomie hiérarchique et financière.**
- **Recommandation n°15 : Ouvrir l'élaboration de la réglementation en matière de concurrence à la consultation publique avant de l'édicter.**

- **Recommandation n°16 : Animer un site internet pour publier de manière régulière les lignes directrices suivies par l'Autorité, ses décisions, voire des commentaires de ses décisions.**
- **Recommandation n°17 : Organiser une journée portes ouvertes annuelle et/ou des colloques de rencontre avec les entreprises.**
- **Recommandation n°18 : Instaurer et publier une grille objective de montant de sanctions financières – ou de fourchettes de montants – afin que ces dernières puissent être anticipées au mieux par les entreprises en infraction.**
- **Recommandation n°19 : Diminuer le degré d'incertitude des décisions de l'autorité de régulation de la concurrence en imposant une justification dûment motivée de tout revirement de doctrine ou de « jurisprudence ».**
- **Recommandation n°20 : Instaurer une procédure d'examen simplifiée en matière de contrôle des concentrations et, en cas de nécessité d'examen approfondi, se fixer six mois maximum comme délai raisonnable.**
- **Recommandation n°21 : Doter le président de l'autorité de régulation d'un tableau de bord des délais des différents types de procédures. Il s'agit de détecter le plus rapidement possible les enquêtes, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles, dont le calendrier dérape de manière inquiétante.**
- **Recommandation n°22 : Créer des simplifications de procédure et les instruments de coopération, afin d'accélérer certaines affaires : clémence, non contestation des griefs, transaction pour les affaires de micro-pratiques anticoncurrentielles.**
- **Recommandation n°23 : Motiver de manière complète le choix des délimitations de marché pertinent.**
- **Recommandation n°24 : Prescrire des sanctions suffisamment dissuasives.**
- **Recommandation n°25 : Accompagner les sanctions dissuasives de programme de clémence.**
- **Recommandation n°26 : Inclure dans le calcul des dommages et intérêts les ventes effectuées à l'étranger, si ces ventes sont influencées par un cartel de dimension internationale.**
- **Recommandation n°27 : Doter les autorités de pouvoirs d'investigation élargis et détenus en propre.**
- **Recommandation n°28 : Appliquer le principe de « déférence » en matière de contrôle juridictionnel sur les décisions de l'autorité de régulation de la concurrence. Limiter le contrôle à la légalité externe, à l'erreur de droit et à l'erreur manifeste d'appréciation.**
- **Recommandation n°29 : Encadrer strictement l'interférence entre le pouvoir exécutif et l'autorité régulatrice de concurrence.**
- **Recommandation n°30 : Permettre progressivement une procédure de consultation, sans la rendre pour autant obligatoire dans un premier temps.**
- **Recommandation n°31 : Instaurer une voie de recours contre les actes décisifs des autorités et contre les actes de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de personnes auxquelles il s'adresse. N'ouvrir les recours contre les actes de l'instruction qu'en cas de violation de droits et de libertés, et sanctionner de tels recours qui seraient abusifs et obstructifs par des amendes dissuasives.**
- **Recommandation n°32 : Instaurer explicitement une voie de recours en matière de refus de protection et de levée de secrets des affaires.**

## Annexe 1 :

### Le tableau de bord de l'Observatoire international des régulations économiques

#### TABLEAU DE BORD

#### 0. Questions préliminaires

→ **Pourquoi réguler ? Quelles sont les raisons d'être de la régulation dans votre pays ? Quels sont les fondements théoriques sous-jacents ?** (ex : croyance néoclassique au caractère optimal de la concurrence pure et parfaite)

#### I. Qui régule ?

##### 1.1. Sur la détention du pouvoir de régulation de l'économie

→ **Existe-t-il des organes de régulation à part entière** ou la régulation de l'économie est-elle seule confiée au législateur et/ou au gouvernement ?

S'il existe des organes de régulation :

##### 1.2. Sur l'indépendance des autorités de régulation

→ Quel est le **statut juridique** des organes de régulation ?

→ Quel est leur **degré d'indépendance** vis-à-vis du pouvoir exécutif ?

→ Comment se déroule la **procédure de nomination** des membres des collèges décisionnels des autorités ?

→ Quelle est la **durée des mandats** ?

→ L'exécutif peut-il **réformer** une décision prise par une autorité de régulation (« dernier mot ») ?

→ Existe-t-il des **liens organiques** entre les autorités de régulation et les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ?

##### 1.3. Sur le choix du niveau de pertinence géographique

→ La régulation se fait-elle au niveau **national ? local ? supranational ? transfrontalier** ? Est-ce que le niveau de pertinence géographique dépend des secteurs ?

→ Comment s'articulent ces différents niveaux géographiques ? Existe-t-il un principe de « **subsidiarité** » (cf. règles de répartition géographique selon un critère de pertinence) et si oui comment est-il appliqué ? Existe-t-il un **pouvoir d'évocation** ?

##### 1.4. Sur le degré de transparence du fonctionnement des autorités de

## **régulation**

→ Les **procédures** existantes dans ces autorités assurent-elles une transparence suffisante ?

→ Comment se déroule **l'instruction** des dossiers ?

→ Est-il possible de dénoncer des pratiques d'une entreprise de manière **anonyme** ?

→ Les **principes** qui régissent la procédure juridictionnelle démocratique sont-ils aussi appliqués aux procédures devant les agences (**publicité** des débats, **droits de la défense**, **droit à ne pas s'auto-incriminer**, **exigence du contradictoire**) ?

### **1.5. Sur l'expertise et la crédibilité des autorités de régulation**

→ Où se situe le curseur entre **l'expertise et le politique** dans les autorités de régulation ?

→ Les membres sont-ils **recrutés** sur des critères d'expertise objectifs ?

## **II. Qu'est-ce qui est régulé ?**

### **2.1. Sur l'articulation entre régulation transversale et sectorielle**

→ Des organes de régulation transversaux **coexistent-ils** avec des organes de régulation sectoriels ?

→ Si oui, **quelle articulation** entre eux (dialogue formel tels que l'obligation de demande d'avis ainsi que le dialogue informel, prééminence de l'un sur l'autre, interférences, pouvoir d'évocation) ?

→ Comment sont fixées les **délimitations entre secteurs** ? Par exemple, existe-t-il un grand régulateur des industries de réseaux ? L'énergie a-t-elle été divisée en plusieurs secteurs régulés indépendamment ?

### **2.2. Sur le degré de libéralisme de l'économie**

→ Jusqu'à quel **niveau de détail** sont régulés les secteurs ? Cela dépend-t-il des secteurs ?

→ Comment sont identifiées les **défaillances de marché** ?

→ Les **prix** sont-ils régulés, plafonnés ? Qu'est-ce qui entre dans le champ des **pratiques anticoncurrentielles** ?

→ Comment fonctionne la **législation anti-trust** ? Le contrôle des concentrations, s'il existe, s'effectue-t-il *a priori* ou *a posteriori* ?

### **2.3. Sur la régulation de l'économie et l'intérêt général**

→ Comment le **mandat** d'une autorité de régulation est-il défini ? Est-ce inscrit dans une norme législative ?

→ Est-ce que le mandat d'une autorité de régulation **intègre la prise en compte d'intérêts**

**supérieurs** ? De l'intérêt général ? De la sécurité juridique (cf. stabilité des normes, stabilité de la jurisprudence, capacité d'anticipation des acteurs économiques) ? Des interactions avec d'autres secteurs ?

→ Existe-t-il un **dialogue entre autorités de régulation et autorités non économiques** ? (tels que les autorités type CNIL française)

### **III. Qui se charge de veiller à l'application de la régulation ?**

#### **3.1. Sur la production de normes et de réglementation**

→ Qui est **producteur de normes** en matière de régulation ? Des agences partagent-elles le pouvoir avec la représentation démocratique ?

→ Comment ce pouvoir est-il réparti ?

#### **3.2. Sur les outils à la disposition des autorités de régulation**

→ Les décisions des autorités de régulation sont-elles **exécutoires** ?

→ Les autorités de régulation ont-elles un **pouvoir normatif** ? un **pouvoir réglementaire** ?

→ Les autorités de régulation ont-elles un **pouvoir de sanction** ?

→ Quels sont leurs pouvoirs en **matière d'enquête** ? **d'instruction** ?

→ Ont-elles un **pouvoir d'injonction** ? **d'interdiction** ? **d'astreinte** ?

→ Peuvent-elles **imposer des engagements**, structurels et/ou comportementaux ? Dans quelle immédiate ?

→ Ont-elles un **pouvoir transactionnel** ?

→ Ont-elles un **pouvoir d'autosaisine** ?

### **IV. La régulation s'inscrit-elle dans un cadre démocratique ? Est-elle protectrice des entreprises ?**

#### **4.1. Sur les voies de recours**

→ Existence des possibilités de **recours gracieux ou hiérarchique** ? Faut-il s'adresser à l'autorité de régulation ou à l'exécutif ?

→ Y a-t-il une possibilité de contester la décision d'une autorité de régulation **devant le juge** ? Existence des restrictions à cette possibilité de recours ?

→ **Quels types de décision** d'une autorité de régulation sont-ils contestables devant le juge ? Seulement les décisions finales de sanction ? Certains **actes détachables** tels que des décisions de levée du secret des affaires ?



#### 4.2. Sur l'effectivité des recours

→ **Quel degré de contrôle** exerce le juge sur les décisions des autorités de régulation ? Se limite-t-il au contrôle de légalité externe ? Va-t-il jusqu'au contrôle de la légalité interne et si oui, dans quelle proportion (contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou contrôle normal) ?

→ Quel est le pourcentage de règlement des litiges par l'**arbitrage** ou la **transaction** ?

→ Quel est le coût des procédures administratives, de la *compliance* ?

→ Existe-t-il des **mesures conservatoires, d'urgence** ?

→ Quel est le **coût et la durée**, en moyenne et en écarts-types, des **procédures juridictionnelles** ?

#### 4.3. Sur la protection des intérêts des entreprises et la « sécurité juridique »

→ **La loi** sur la régulation d'un secteur est-elle **stable** ?

→ **Le droit souple** (i.e. recommandations, lignes directrices, codes de conduite...) a-t-elle une grande place dans la régulation du secteur ? Est-il stable ? Les autorités de régulation doivent-elles motiver, par exemple, un « revirement » de leur droit souple ?

→ Comment fonctionne la question de la **protection et de la levée du secret des affaires** dans les procédures administratives et juridictionnelles ?

→ La **jurisprudence** en matière de régulation est-elle **lisible** ? commentée ?

→ La **jurisprudence** en matière de régulation est-elle stable ? Comment fonctionnent les revirements de jurisprudence ? Y a-t-il la possibilité d'aménager leurs effets dans le temps ou sont-ils rétroactifs ? Les revirements de jurisprudence doivent-ils être motivés ?

→ Dans son contrôle, le juge **intègre-t-il la notion d'intérêt général** ?

### V. Qui évalue la qualité de la régulation ?

→ Existe-t-il un **contrôle démocratique** de la qualité de la régulation ? S'exerce-t-il à un niveau **national ou supranational** ?

→ Ce contrôle est-il **périodique** ?

→ La régulation et son fonctionnement ont-ils connus des **réformes** importantes ces dernières années ? Quel est le bilan de ces réformes ?

### VI. Éléments préliminaires d'analyse

→ **Quels sont, selon vous, les véritables particularités du système de régulation dans votre pays** ?

→ **Quels sont, à vos yeux, les avantages et les inconvénients de votre système de régulation ? Les points forts et à l'inverse les points à améliorer** ?

→ **Dans ce questionnaire, y a-t-il des concepts qui ne trouvent pas d'équivalent dans votre propre système juridico-économique ?** Certaines questions vous ont-elles posé des problèmes à cet égard ? Si oui, lesquelles ? Au contraire, des concepts qui existent dans votre pays et qui n'apparaissent pas dans ce questionnaire ?

## Annexe 2 :

### La composition de l'Observatoire international des régulations économiques

#### 1. Le panel

##### **Jean-Michel Darrois, Président**

Nationalité : française

Diplômé de Sciences Po Paris et de l'université Paris II Panthéon-Assas, Jean-Michel Darrois est avocat d'affaires. Ancien membre de la commission Attali pour la libération de la croissance française, il dirige actuellement le cabinet Darrois Villey Maillot Brochier qu'il a lui-même fondé en 1987.



##### **Francisco Müssnich**

Nationalité : brésilienne

Diplômé de la Harvard Law School et de l'université catholique de Rio de Janeiro, Francisco Müssnich est avocat d'affaires. Il est fondateur et associé senior du cabinet Barbosa Müssnich & Aragão. Ses activités l'ont conduit à travailler aussi bien au Brésil qu'à l'international.



##### **Paul C. Saunders**

Nationalité : américaine

Diplômé de Georgetown, Paul C. Saunders a travaillé au sein du cabinet Cravath en tant qu'associé jusqu'en 2010. De 2010 à 2014, il a été avocat conseil au département contentieux du cabinet. Il est actuellement Président de l'Institut national de la magistrature de New York sur le professionnalisme dans la loi et membre de plusieurs groupes de travail et commissions tout en enseignant à Georgetown.



## **Robert Safari Zihahirwa**

Nationalité : congolaise (RDC) / responsable zone Afrique de l'Ouest

Diplômé de la faculté de droit de l'université de Kinshasa, Robert Safari Zihahirwa est magistrat de profession. Il a été successivement Officier du Ministère public, Juge du Tribunal de grande instance, Juge du tribunal de commerce, Président des tribunaux de commerce de Kinshasa et Conseiller à la Cour d'appel. Elu Juge à la Cour commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) par la 38ème session du conseil des ministres de cette organisation, il exerce actuellement un mandat de sept ans non renouvelable au sein de cette Cour dont le siège est établi à Abidjan en République de Côte d'Ivoire.



## **Gabriel Hawawini**

Nationalité : française / responsable gains et coûts économiques de la régulation

Diplômé de l'université de New York en économie, Gabriel Hawawini est professeur de finances à l'INSEAD. Il a notamment enseigné à l'université de New York, à Columbia, ou encore à Wharton. En parallèle, il est membre du Conseil d'administration de plusieurs compagnies et conseille des entreprises en management.



## **Hua Li**

Nationalité : chinoise

Hua Li est Associée au cabinet Squire Patton Boggs. Elle a auparavant travaillé au ministère du commerce extérieur et de la coopération économique avant de devenir vice-directrice du commerce extérieur de la commission d'Etat pour l'économie et le commerce.



## **2. Les conseillers spéciaux**

**Jimmy Kodo**, OHADA/Banque mondiale

**Nasser Wahbi**, chercheur syrien spécialiste des questions de régulation, responsable de la zone Proche et Moyen Orient

**Dominique B. Walter**, avocate, responsable Amérique latine

**Mika Yokoyama**, professeur de droit japonaise

## **3. La rapporteure générale** : Angélique Delorme, maître des requêtes au Conseil d'Etat

L'Observatoire bénéficie également de l'appui de la Fondation de droit continental, en particulier de son président, M. Jean-François Dubos.

Un grand remerciement aux équipes nationales et aux étudiants de Sciences Po Paris qui ont travaillé sur ce rapport.

