

# ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTCP/W/142

3 août 2000

(00-3182)

**Groupe de travail de l'interaction du commerce  
et de la politique de la concurrence**

Original: anglais

## COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS

La Mission permanente des États-Unis a fait parvenir au Secrétariat la communication ci-après, datée du 8 juin 2000, en lui demandant de la distribuer aux Membres.

---

Créer une culture de la concurrence:  
Problèmes liés à la création d'une agence antitrust efficace

### I. INTRODUCTION

Parmi les trois thèmes de discussion arrêtés par ce Groupe de travail (le Groupe), et confirmés par le Conseil général en décembre 1998, figurent les "approches visant à promouvoir la coopération et la communication entre les Membres, y compris dans le domaine de la coopération technique". Cette note ne concerne ni ne recommande directement une "approche" particulière pour promouvoir la coopération ou la communication, elle vise à faciliter cette coopération et cette communication en présentant ce que nous espérons être quelques observations utiles sur l'élaboration et la mise en œuvre d'une législation antitrust et de politiques de la concurrence, en particulier à l'intention des Membres dont l'expérience en la matière est limitée.

Lors de réunions précédentes, le Groupe a discuté des avantages et des problèmes liés à la mise en œuvre de politiques de la concurrence différentes. Les détails de ces débats se trouvent dans le Document de synthèse du Secrétariat de l'OMC sur le rapport entre le commerce et la politique de la concurrence avec le développement et la croissance économique, qui a été préparé pour le Groupe en 1998.<sup>1</sup> Pour résumer :

Le débat très ouvert sur les questions liées au rapport du commerce et de la politique de la concurrence avec le développement et la croissance économique [au sein du Groupe] montre les progrès sensibles réalisés dans les cadres législatifs et politiques nationaux. Au cours de la dernière décennie, un grand nombre de pays en développement et/ou en transition ont mis en œuvre ou renforcé leur droit de la concurrence et leurs politiques d'application. Cela s'est souvent fait dans le contexte plus large de réformes favorables à l'économie de marché. D'un autre côté, certains pays, notamment en Afrique et en Asie, n'ont pas encore trouvé bon d'adopter un droit

---

<sup>1</sup> WT/WGTCP/W/80 (18 septembre 1998) (document de synthèse du Secrétariat).

complet de la concurrence (bien que, dans certains cas, ils aient adopté certains éléments d'une politique de la concurrence).<sup>2</sup>

Dans la présente communication, les États-Unis explorent certaines des questions qu'un Membre doit examiner lorsqu'il décide d'adopter une loi antitrust et de créer une agence antitrust pour faire appliquer cette loi. Il n'entre pas dans notre propos de juger si tous les Membres *devraient* adopter une loi antitrust. En fait, nous examinerons comment les Membres peuvent commencer à instaurer une "culture de la concurrence" en l'absence d'une législation antitrust. (Ainsi que le souligne le Rapport de synthèse du Secrétariat, la "culture de la concurrence" – concept que nous devons à nos collègues antitrust latino-américains – implique "un processus d'éducation destiné à faciliter l'acceptation, par les milieux politiques et des affaires, des principes de la politique de la concurrence comme éléments centraux de la politique économique du pays".<sup>3</sup>) Mais, à la lumière de l'expérience de nombreux Membres, nous partons du principe qu'il ne sert pas à grand-chose de se contenter d'adopter une législation antitrust, comme une formalité à accomplir. Les structures juridiques ne suffisent pas non plus à créer une culture de la concurrence, même si elles fonctionnent sans heurts. Pour introduire avec succès et maintenir des mesures favorables à la concurrence dans l'ensemble d'une économie, il faut que les valeurs de la concurrence soient bien comprises et acceptées par l'ensemble de la société, et en particulier par la puissance publique, les milieux d'affaires, les consommateurs et les milieux universitaires.

Sur la base des expériences de nombreux Membres et dans l'espoir de concourir à des débats utiles cette année au sein de ce groupe, nous explorons quelques-unes des possibilités qui s'offrent aux Membres qui entreprennent d'instaurer ou de maintenir une culture de la concurrence dans leur économie ainsi que certains des problèmes qui se posent dans ce contexte.

## **1. Quelques problèmes posés par la rédaction d'une législation antitrust**

### **a) Principales dispositions; objectifs; champ d'application et couverture**

Les quelque 85 législations antitrust en vigueur dans la planète fournissent bien des modèles dont les Membres peuvent s'inspirer pour rédiger une nouvelle législation ou amender les textes de loi existants. Presque toutes les lois antitrust incluent, sous une forme ou une autre, quatre éléments de base fondamentaux. Ce sont les dispositions concernant respectivement les ententes entre concurrents et au niveau de la concurrence ("accords horizontaux"), les ententes entre producteurs et distributeurs ("restrictions verticales"), les abus de position dominante/monopoles illicites, et les fusions anticoncurrentielles.<sup>4</sup> Mais ce consensus apparent sur les éléments de base masque des vues assez divergentes d'un pays à l'autre quant aux objectifs d'une législation antitrust.

Il y a plusieurs approches possibles pour la formulation des objectifs d'une législation antitrust. L'organe législatif peut identifier un objectif unique en quelques mots, comme dans la législation antitrust mexicaine: "Elle [la loi] a pour objet de protéger la concurrence et la libre

---

<sup>2</sup> *Id.*, paragraphe 3.

<sup>3</sup> *Id.*, paragraphe 48.

<sup>4</sup> Voir par exemple Le Rapport annuel de 1997 de l'OMC, Dossier spécial sur le commerce et la politique de la concurrence 12-14 (1997) (Dossier spécial du Secrétariat). Il y a d'importantes exceptions à ce menu d'éléments fondamentaux. Par exemple, la législation antitrust du Pérou n'interdit pas les fusions anticoncurrentielles en tant que telles et l'Argentine ne l'interdisait pas non plus jusqu'à ce qu'elle ait amendé sa législation l'an dernier, tandis que la Loi fédérale sur la concurrence du Mexique ne comporte pas de disposition visant spécifiquement l'abus de position dominante ou les monopoles illicites (bien que d'autres dispositions de la loi permettent de lutter contre ce type de pratiques).

participation aux marchés en empêchant les monopoles, les pratiques monopolistiques et les autres restrictions qui nuisent au bon fonctionnement du marché des biens et des services".<sup>5</sup> L'organe législatif peut indiquer un certain nombre d'objectifs, comme dans la législation canadienne.<sup>6</sup> Ou, comme aux États-Unis, l'organe législatif peut ne pas dire grand-chose sur les objectifs visés dans le texte de loi, et développer au contraire les dispositions législatives et réglementaires et les autres éléments d'appréciation à finalité législative qui permettent aux agences antitrust de prendre des mesures pour faire respecter la loi et aux tribunaux d'interpréter les dispositions légales au fil du temps.<sup>7</sup>

Chose plus importante, il y a d'importantes divergences de vues quant à la nature des objectifs antitrust qu'il conviendrait de retenir. Dans une étude de 1997, le Secrétariat de l'OMC souligne: "Au niveau le plus élémentaire, un objectif essentiel de la politique de la concurrence de la plupart de ces pays est de maintenir un degré de rivalité suffisant entre les entreprises sur les marchés de biens et de services".<sup>8</sup> Mais le Secrétariat identifie aussi au moins dix autres "objectifs plus généraux" que l'on retrouve dans certaines législations au moins, et qui vont de la "promotion des échanges et l'intégration dans une union économique ou une zone de libre-échange" à la protection "des possibilités offertes aux petites et moyennes entreprises".<sup>9</sup> Et, à intervalles plus ou moins réguliers,

---

<sup>5</sup> Article 2 de la Loi fédérale du Mexique sur la concurrence économique.

<sup>6</sup> L'article 1.1 de la Loi canadienne sur la concurrence (1986) stipule que la loi a pour objet: "... de maintenir et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits".

<sup>7</sup> Comme le stipulent les Directives de 1995 relatives à l'application de la législation antitrust pour les opérations internationales édictées à l'intention des agences antitrust des États-Unis (page 1): "Pendant plus d'un siècle la législation antitrust des États-Unis est demeurée le dernier rempart qui mette à l'abri le jeu de la concurrence au sein d'une économie totalement libérale. Grâce au jeu de la concurrence, qui élargit le choix du consommateur et favorise les prix concurrentiels, la société dans son ensemble bénéficie de la meilleure allocation possible des ressources."

Ou, comme l'expliquait récemment le Chef de la Division antitrust du Département de la justice: "Les principes fondamentaux des politiques antitrust correspondent en fait à ce qu'Adam Smith écrivait à ce propos il y a plus de deux siècles, à savoir que les marchés ouverts et concurrentiels conduisent à un développement économique maximum, à la création de richesse et au bien-être des consommateurs, mais les marchés ne resteront pas toujours ouverts et concurrentiels en l'absence d'une surveillance efficace de l'État. En dernière analyse, la lutte contre les trusts est une question de position de force sur le marché – ce qui est naturellement le but de chaque entreprise – et des limitations apportées aux moyens que les entreprises peuvent employer pour acquérir cette position, la préserver et la renforcer". J. Klein, "Rethinking Antitrust Policies for the New Economy" (9 mai 2000), page 2, *disponible en ligne* à <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4707.htm>.

<sup>8</sup> Dossier spécial du Secrétariat, *supra* n° 1, page 11. Voir la Note d'information du Secrétariat de l'OMC sur les principes fondamentaux de la concurrence, WT/WGTCP/W/127 (7 juin 1999) (Note du Secrétariat sur les principes fondamentaux), paragraphes 15-20.

<sup>9</sup> *Id.* Ignacio de Leon, Directeur de l'agence antitrust du Venezuela, a expliqué: "La notion de la concurrence est loin d'être réglée dans la théorie économique. C'est pourquoi les opinions des théoriciens divergent sur les deux questions théoriques sur lesquelles se fondent les règles de la concurrence et les mesures exécutoires. La première source de désaccord concerne la nature des comportements commerciaux qui devraient être considérés comme entravant le commerce, dans le secteur public ou le secteur privé, ou les deux. La deuxième a trait aux difficultés d'incorporer dans la notion classique de la concurrence certaines pratiques commerciales qui apparemment restreignent la rivalité entre les concurrents à court terme, mais qui favorisent la découverte de nouveaux produits sur le long terme." I. de Leon, "International Competition Policy from the

les organes législatifs peuvent identifier des objectifs supplémentaires. Par exemple, le Préambule de la Loi sud-africaine sur la concurrence (1998) dispose que l'un des objectifs de la loi est "d'assurer à tous les Sud-Africains des chances égales de participer à l'économie nationale". Autrement dit, lorsqu'un Membre se propose d'élaborer une législation antitrust, il doit examiner avec soin les objectifs qu'il désire atteindre.

Il y a un autre choix fondamental à faire dans ce contexte: déterminer la portée et le champ d'application de la nouvelle législation antitrust. Dans ce domaine, rares sont les législations qui couvrent tous les aspects de l'économie nationale. Aux États-Unis, par exemple, la législation antitrust s'applique au comportement des entreprises du secteur privé, mais des dérogations peuvent être expressément accordées pour un secteur économique déterminé ou un certain type de comportement commercial. Mais le Congrès a décidé que, dans certaines situations, la réglementation doit prévaloir sur la législation antitrust et a fourni ainsi une immunité explicite contre la législation. Même s'il n'y a pas d'immunité explicite, il peut y avoir une dérogation implicite, le cas échéant, pour préserver l'intégrité du dispositif réglementaire.<sup>10</sup> De même, les lois antitrust des États-Unis et d'autres pays prévoient des dérogations dans certains cas pour certains types d'interventions de l'État, et les lois antitrust comportent souvent une ou plusieurs dérogations sectorielles lorsque l'application de la législation antitrust est jugée inappropriée. Certaines activités du base-ball professionnel et du secteur de l'assurance sont un exemple souvent cité dans la législation antitrust des États-Unis.<sup>11</sup> Enfin, la législation d'un grand nombre de Membres (mais pas celle des États-Unis) autorise les agences antitrust à accorder des dérogations pour certaines transactions, considérées individuellement ou en bloc. Lors de l'élaboration d'une nouvelle législation antitrust, les Membres doivent donc examiner avec soin s'ils veulent remplacer la discipline de la législation antitrust par quelque chose d'autre, et dans quelle mesure ils veulent le faire. L'on s'accorde en général à reconnaître qu'un pays doit minimiser les dérogations à la législation antitrust s'il veut bénéficier pleinement des avantages d'une économie de marché moderne, mais les points de vue sont parfois bien moins consensuels lorsqu'il s'agit de déterminer la portée et le champ d'application de la législation antitrust dans un contexte national particulier.<sup>12</sup>

Enfin, ces décisions ne sont pas toujours prises une fois pour toutes. Un grand nombre de Membres revoient souvent leur législation pour s'assurer qu'elle préserve efficacement la concurrence dans l'économie mondiale que nous connaissons aujourd'hui.<sup>13</sup> Au cours des dernières années, des douzaines de Membres ont amendé leurs lois antitrust d'une façon ou d'une autre pour tenir compte des avancées de la science économique, combler des lacunes perçues (par exemple pour supprimer des dérogations à la législation dans les secteurs nouvellement déréglementés, comme l'ont fait les

---

Perspective of Developing Countries" 4-5 (1998), *annexé à la transcription des délibérations de novembre 1998 du Comité consultatif de la politique de la concurrence au niveau international (ICPAC)*.

<sup>10</sup> Voir la communication des États-Unis, "Impact sur la concurrence et le commerce international des pratiques réglementaires, des monopoles d'État et des droits exclusifs", WT/WGTCP/W/83 (28 juillet 1998), pages 3-4.

<sup>11</sup> Voir OCDE, POLITIQUE ANTITRUST ET ACCÈS AU MARCHÉ: PORTÉE, CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET IMPLICATIONS POUR LES ÉCHANGES (1996), qui donne une description détaillée de la portée et du champ d'action de la législation antitrust dans les pays de l'OCDE.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, le Dossier spécial du Secrétariat, n° 4 ci-dessus, pages 19-20.

<sup>13</sup> Par exemple, la Commission européenne a proposé l'an dernier d'apporter des modifications importantes dans ses règles organiques et ses règles de procédure relatives à la concurrence. Voir par exemple Commissaire Mario Monti, "Modernisation of EU Competition Rules" (2 mars 2000), *disponible sur le site Internet de DG Competition à l'adresse: <http://europa.eu.int/comm/dg04/index>*.

États-Unis et d'autres pays), régler des problèmes de procédure, améliorer les moyens d'enquête, offrir des moyens de recours plus efficaces contre les comportements anticoncurrentiels, et/ou rapprocher leur législation de celle des pays voisins.<sup>14</sup> Comme le faisait observer un haut responsable du Ministère de la justice lors du symposium OMC/CNUCED/Banque mondiale l'an dernier à propos de l'évolution de la réflexion des États-Unis en matière de législation antitrust:

À mesure que nos tribunaux et nos agences ont mieux cerné les répercussions économiques de telle ou telle interprétation de notre législation, nous avons supprimé des dispositions qui, à la lumière de notre expérience, n'amélioreraient en rien le bien-être du consommateur pour adopter des mesures plus efficaces sur ce plan. Ce processus se poursuivra à mesure que notre économie évoluera et que notre compréhension de l'économie progressera.<sup>15</sup>

De fait, certains Membres (tels que les Pays-Bas, l'Afrique du Sud et le Royaume-Uni) ont récemment profondément remanié leur législation ou l'ont remplacée par une législation entièrement nouvelle pour les raisons que nous venons d'indiquer ou certaines d'entre elles.

b) Dispositions institutionnelles

À moins que l'adoption d'une législation antitrust ne soit une opération purement symbolique, un pays devra créer une agence antitrust pour faire respecter la loi et déterminer de façon plus ou moins précise les procédures de l'agence, son processus de prise de décisions, les recours offerts par la loi, les droits que les particuliers et les entreprises auront au regard de la loi, et les droits de faire appel des décisions de l'agence devant les tribunaux. Tous ces aspects institutionnels soulèvent d'importantes questions auxquelles il convient d'apporter une réponse valable si l'on veut que la législation et l'agence soient efficaces. Et, contrairement aux questions générales de politique économique que nous avons examinées plus haut, ces décisions institutionnelles doivent tenir compte de la culture politique et juridique du pays. Une structure organique efficace dans le contexte d'une culture politique donnée ne le sera pas nécessairement dans le contexte d'une autre culture, de même que les techniques juridiques qui sont efficaces dans un pays peuvent être totalement inefficaces dans un autre pays.

Au plan de l'organisation, la plupart des agences antitrust sont des organes administratifs ayant pouvoir de décision; mais certaines d'entre elles (comme le Ministère de la justice des États-Unis) sont des organes de poursuite qui doivent s'adresser à des tribunaux pour leur demander de prendre les mesures qui s'imposent.<sup>16</sup> De même, certaines agences antitrust (telles que la Commission fédérale du commerce (FTC) des États-Unis) sont des organes collégiaux, tandis que d'autres ont à leur tête un responsable unique qui prend seul les décisions. Dans l'un et l'autre cas, les décisions varient en général en fonction de la culture politique et juridique du pays concerné et, une fois prises, elles ne soulèvent en général pas de grandes controverses.

Pour passer à une question plus délicate, on s'accorde généralement à reconnaître que les agences antitrust doivent (comme d'autres agences chargées de faire appliquer la loi) être

---

<sup>14</sup> Voir par exemple, R. Pittman, *Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later*, 43 ANTITRUST BULL. 179 (1998).

<sup>15</sup> D. Melamed, "Coopération internationale en matière de droit et de politique de la concurrence: avancées possibles aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral " (17 avril 1999), page 16.

<sup>16</sup> Dans certains pays où les agences antitrust de type administratif, comme au Canada et au Japon, les infractions pénales à la législation telles que les ententes sur les prix font l'objet de poursuites devant les tribunaux et non pas devant l'agence antitrust.

"indépendantes", autrement dit, que leurs décisions doivent s'appuyer sur les faits et la loi, en dehors de toute considération politique, et qu'elles ne doivent pas favoriser les entreprises locales ou pénaliser les entreprises étrangères.<sup>17</sup> Mais les points de vue sont loin d'être aussi unanimes sur la façon d'y parvenir au plan organisationnel ou sur la question de savoir si une agence totalement isolée, qui n'a aucun lien avec le reste de l'administration publique, pourra disposer de ressources suffisantes, se faire écouter des autres agences publiques pour les questions concernant la concurrence, ou si elle sera suffisamment responsable dans une société démocratique. Donc, si un grand nombre d'agences antitrust – et peut-être la plupart – sont plus ou moins structurellement indépendantes<sup>18</sup>, dans beaucoup d'autres cas, ces entités font partie du pouvoir exécutif.<sup>19</sup> En fait, la multiplicité étonnante (et durable) des formes d'organisation des agences dans un grand nombre de pays<sup>20</sup> montre qu'il y a peu d'indications claires sur la façon dont il conviendrait de les intégrer formellement au reste de l'appareil de l'État.<sup>21</sup>

Un autre problème important pour l'élaboration d'une législation antitrust est de déterminer comment offrir à des personnes privées (qu'il s'agisse de ressortissants nationaux ou d'étrangers) affectées par un comportement anticoncurrentiel des moyens d'obtenir réparation soit auprès de la nouvelle agence antitrust soit auprès des tribunaux. Les méthodes utilisées dans ce domaine varient grandement d'un pays à l'autre et d'un système juridique à l'autre. Aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande par exemple, les personnes qui s'estiment victimes d'un comportement anticoncurrentiel disposent de droits subjectifs élaborés, en dehors de toute mesure prise par les agences antitrust.<sup>22</sup> Ces droits n'existent pas dans d'autres pays ou, s'ils existent, ils sont bien plus limités.<sup>23</sup> Dans ce cas, la législation antitrust instaure des procédures permettant aux personnes

---

<sup>17</sup> Les débats du Groupe jusqu'à présent tendent à indiquer que les agences antitrust appliquent en général des politiques non discriminatoires. Voir OMC, Note du Secrétariat sur les principes fondamentaux, *supra*, paragraphe 39; Communication des États-Unis, Relevance of Fundamental WTO Principles to Competition Policy, WT/WGTCP/W/131 (juin 1999), page 6-11; Communication de l'UE, Pertinence, pour la politique de la concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC que sont le traitement national, la transparence et le traitement de la nation la plus favorisée, WT/WGTCP/W/115 (25 mai 1999).

<sup>18</sup> C'est le cas par exemple de la FTC des États-Unis et des agences antitrust de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de l'Australie, du Canada, du Japon, du Mexique, de la Pologne et du Venezuela.

<sup>19</sup> C'est le cas par exemple du Département de la justice des États-Unis, des trois agences antitrust du Brésil, de la Direction générale de la concurrence de l'UE, de la DGCCRF française et de l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni.

<sup>20</sup> Par exemple, le Brésil, l'Espagne, les États-Unis, la France, le Portugal et le Royaume-Uni.

<sup>21</sup> Voir W. Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 BROOKLYN J. INT'L L. 403, 424 (1997).

<sup>22</sup> Les droits subjectifs pour les questions antitrust aux États-Unis font l'objet d'une étude détaillée dans I American Bar Ass'n, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (FOURTH) 757-926 (1997). Voir R. J. Roberts, "International Comparative Analysis of Private Rights of Access" (18 avril 2000), étude commandée par le Competition Bureau du Canada, *disponible sur le site Internet du Bureau à l'adresse* <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01713e.html> (compare les droits d'ester en justice en Australie, aux États-Unis, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni).

<sup>23</sup> Au Japon, au Pérou et en Thaïlande par exemple, la législation antitrust donne aux personnes privées le droit d'ester en justice dans certaines circonstances. Voir par exemple H. Iyori & A. Uesugi, *THE ANTIMONOPOLY LAWS AND POLICIES OF JAPAN* 238-245 (1994) (Japon); B. Boza, dir. de pub., *DOING BUSINESS IN PERU : THE NEW LEGAL FRAMEWORK* 289 (2d éd. 1994) (Pérou); S. Supanit, *Thailand: Implementation of Competition Law*, 27 INT'L BUS. LAW 497 (1999). En fait, le Japon vient d'amender sa législation antitrust le mois dernier pour permettre aux personnes privées de solliciter une ordonnance de réparation dans certains cas, en plus du droit d'intenter une action en dommages-intérêts, que la loi japonaise leur assure depuis longtemps.

privées de dénoncer un comportement présumé illégal. Il est évident que les décisions concernant ces affaires dépendent en partie du système et de la culture juridiques du pays concerné et, lorsque de nouvelles voies de recours sont proposées, il faut nécessairement tenir compte des caractéristiques générales des actions judiciaires privées dans le pays concerné pour déterminer si le droit subjectif d'ester en justice a des chances d'être efficace.

Beaucoup d'autres questions institutionnelles doivent être prises en considération dans le cadre de l'élaboration d'une législation antitrust ou de la création d'une agence antitrust. Il faut entre autres déterminer le processus de prise de décisions pour les questions antitrust et mettre en place un processus approprié d'examen judiciaire des mesures prises par l'agence antitrust; s'assurer que l'agence soit dotée des pouvoirs nécessaires pour obtenir les renseignements dont elle a besoin pour faire son travail et veiller à ce qu'elle dispose de moyens efficaces pour prendre des mesures lorsqu'elle constate qu'il y a eu violation de la loi. Toutes ces questions sont complexes et la façon dont elles seront traitées par un Membre dans le cadre de l'élaboration de la législation antitrust dépendra du système et de la culture juridiques dans lesquels l'agence intervient, ainsi que des expériences d'autres systèmes et d'autres juridictions. Nous discuterons une autre fois du détail de ces questions, et nous examinerons maintenant quelques-uns des problèmes pratiques qui se posent à une nouvelle agence antitrust (ou à un État s'il n'y a pas d'agence antitrust) qui entreprend d'instaurer une culture de la concurrence dans une économie en développement ou en transition.

## 2. Création d'une agence antitrust

- a) Ressources et taille de l'agence, recrutement d'agents qualifiés et dispositions à prendre pour les retenir

Lorsqu'un Membre s'est doté d'une législation antitrust et qu'il a mis en place le cadre juridique et réglementaire nécessaire à la création et au fonctionnement d'une agence antitrust, la nouvelle agence, et l'État dans son ensemble vont être confrontés à divers problèmes d'ordre pratique. Nous allons examiner les plus importants d'entre eux.<sup>24</sup>

Créer une agence sur le papier est une chose; la doter de ressources suffisantes pour qu'elle puisse faire son travail en est une autre, en particulier dans un monde où les finances publiques sont souvent limitées. Les problèmes de financement sont évidemment particulièrement aigus dans les économies en développement et en transition, et ces problèmes ont été examinés lors de séances précédentes de ce groupe et dans le cadre de symposiums de l'OMC axés sur ce thème.<sup>25</sup> En outre,

---

<sup>24</sup> Un grand nombre d'ouvrages traitent des problèmes pratiques auxquels se heurtent les nouvelles agences antitrust. Voir par exemple D. Baker, *Building a Competition Law that Works*, GLOBAL COMP. REV. (octobre-novembre 1999) 23 (1999); Kovacic, *Getting Started*, *supra* n° 21; W. Kovacic, *Perilous Beginnings: the Establishment of Antimonopoly and Consumer Protection Programs in the Republic of Georgia*, 43 ANTITRUST BULL. 15 (1998); OCDE, COMPETITION LAW AND POLICY IN THE BALTIC COUNTRIES (1999) (OECD BALTIC STUDY); "Antitrust in Israel," GLOBAL COMP. REV. (février/mars 2000) 8-9, 14-15 (2000); "Competition in Colombia," GLOBAL COMP. REV. (avril/mai 1999) 30-31 (1999).

<sup>25</sup> Voir par exemple l'intervention de Gesner Oliveira, Président du CADE du Brésil au troisième Symposium de l'OMC sur la politique de la concurrence et le système commercial mondial (1999) (les graphiques tendent à montrer que le CADE reçoit, toutes proportions gardées, un sixième seulement des ressources qui sont allouées aux agences antitrust des États-Unis). Comme l'a expliqué le Président Oliveira ailleurs: "les crédits budgétaires alloués aux organes qui s'occupent de questions de concurrence sont en général insuffisants. Aucun groupe d'intérêts n'acceptera de soutenir ... des agences indépendantes au niveau national ... Il y a des groupes d'intérêts qui sont disposés à soutenir des organes de réglementation et de contrôle." Délibérations du Comité consultatif de la politique de la concurrence au niveau international (ICPAC), 2-4 novembre 1998, page 112.

les nouvelles agences antitrust sont par définition "nouvelles". Leur budget doit en général être financé sur les budgets de programmes existants ou au moyen de recettes nouvelles – tâche difficile quel que soit le contexte, et qui tendra à restreindre les crédits qu'une nouvelle agence antitrust peut espérer recevoir. Certains pays cherchent à maximiser les ressources fournies aux agences antitrust en trouvant des sources de financement spéciales. Les "redevances payées par les usagers" ne sont qu'une option parmi d'autres. Pendant quelques années par exemple, les dotations budgétaires des agences antitrust des États-Unis ont été financées par les commissions d'ouverture de dossiers versées aux agences à l'occasion des déclarations de fusion (bien qu'une bonne partie de ces commissions soit utilisée à d'autres fins par l'administration). D'autres pays (comme la Roumanie) prélèvent une commission pour traiter les demandes de dérogation pour certaines transactions. D'autres pays encore attribuent aux agences antitrust une partie des amendes collectées dans le cadre de mesures d'exécution; mais ce mode de financement pose un problème en ce sens qu'il peut inciter l'agence antitrust à prendre des mesures contestables pour améliorer son budget. Que cela soit ou non, dans certains cas, le public et les milieux d'affaires en particulier pourraient être tentés de penser que cela dévoie nombre d'actions de l'agence.<sup>26</sup> En tout état de cause, les problèmes de financement vont influencer sur pratiquement toutes les questions importantes qui se posent à une nouvelle agence.

Une des premières tâches des responsables d'une nouvelle agence antitrust est de déterminer l'importance des effectifs de l'agence et les qualifications qu'elle exigera de ses employés. Là encore, un tour d'horizon des agences de divers pays du monde n'apporte aucune réponse claire à ces deux questions. En ce qui concerne la taille des agences, les différences d'effectifs sont énormes. L'agence de la Fédération de Russie est de loin la plus importante avec quelque 2 000 employés; les deux agences fédérales des États-Unis ont en tout un millier d'employés affectés aux questions antitrust. Parmi d'autres exemples, citons le Japon (c. 530 employés), la Commission européenne (c. 500), la Turquie (c. 300), le Canada (c. 250), le Mexique (c. 150), la Suède (c. 120), la Hongrie (c. 100), la Suisse (c. 40), et le Venezuela (c. 25). Mais il est difficile de déterminer qu'elle est la taille optimum des agences de pays dont la situation économique et les structures juridiques sont fort différentes. En fait, pour les petites économies (et la plupart des Membres qui ne sont pas encore dotés de législation antitrust *sont* de petites économies), on peut se demander comment on pourrait décider s'il suffit de 5, 10 ou 100 employés pour faire fonctionner une agence efficace dans le contexte d'un pays déterminé.

Les agences antitrust ont aussi des points de vue assez différents sur les qualifications de base qu'elles exigent des cadres qu'elles recrutent. Aux États-Unis, la grande majorité des spécialistes des agences antitrust sont, comme on pouvait le prévoir, des avocats. Mais comme la législation antitrust est une discipline basée sur l'économie, le Département de la justice et la FTC comptent également un grand nombre de docteurs en économie, et les enquêtes civiles sont conduites par des équipes d'avocats et d'économistes.<sup>27</sup> La Direction générale de la concurrence de l'UE a une approche différente, et emploie un éventail plus diversifié d'avocats, d'économistes et de généralistes recrutés par la Commission sur la base de concours rigoureux. Les autres agences ont des combinaisons variables d'avocats, d'économistes et de généralistes et – dans de nombreuses économies en transition – des ingénieurs, combinaisons qui reflètent à la fois la culture administrative d'un pays donné, le système juridique dans lequel doit opérer l'agence antitrust et le niveau de rémunération offert pour différentes catégories de spécialistes.<sup>28</sup> Mais ce ne sont pas les seules considérations qui

---

<sup>26</sup> Voir par exemple Kovacic, *Perilous Beginnings*, *supra* n° 25, 43 ANTITRUST BULL. page 19.

<sup>27</sup> En revanche, les enquêtes judiciaires du Département de la justice sur les ententes sur les prix sont généralement conduites par des avocats du Département de la justice et des agents du *Federal Bureau of Investigation*.

<sup>28</sup> Voir par exemple OECD BALTIC STUDY, *supra* n° 25, pages 55-56, 89-90 et 124-125. Dans certaines économies en développement et en transition par exemple, le niveau de rémunération des économistes



peuvent entrer en jeu. Par exemple, lorsque l'agence antitrust du Venezuela a été créée en 1991, la première directrice de l'Agence a décidé que, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle recruterait un effectif assez restreint de jeunes économistes et d'avocats – dont certains tout juste sortis de l'université – qui seraient à la fois satisfaits de la rémunération relativement faible qui leur était offerte et auraient à cœur de diffuser la culture de la concurrence parmi un public habitué depuis longtemps aux interventions constantes de l'État dans l'économie. Le résultat a été une agence caractérisée par une politique très cohérente et un moral d'acier.

S'il est difficile d'attirer des agents qualifiés dans une nouvelle agence antitrust, il est encore plus difficile de les retenir.<sup>29</sup> Dans la plupart des pays Membres, et aux États-Unis en particulier, les rémunérations des avocats et des économistes qualifiés sont plus élevées dans le secteur privé que dans le secteur public. C'est pourquoi, il arrive souvent que les employés les plus appréciés des agences antitrust quittent leur poste pour aller travailler dans des cabinets d'avocats et des bureaux d'études économiques. Mais si ces départs sont souvent durs à supporter sur le coup pour les agences, le fait est qu'un grand nombre de jeunes qualifiés sont contents de commencer leur carrière dans les agences américaines, car ils pensent qu'il vont recevoir une bonne formation aux questions antitrust et qu'ils utiliseront ensuite leurs compétences dans le secteur privé avec une meilleure rémunération à la clé.<sup>30</sup> Ces facteurs influent aussi sur les possibilités qu'ont les nouvelles agences de recruter des spécialistes et de les retenir, à la grande différence près 1) que les nouvelles agences souffrent particulièrement de la migration de leurs agents qualifiés vers le secteur privé, d'autant que les personnels des agences antitrust qui reçoivent une formation pratique aux questions touchant les problèmes d'une économie de marché peuvent être particulièrement appréciés dans une économie où les spécialistes de ces questions sont relativement peu nombreux; et 2) que, dans une petite agence, un taux de rotation élevé du personnel peut créer d'importants problèmes au plan de la continuité institutionnelle.<sup>31</sup> Une nouvelle agence antitrust ne pourra sans doute pas éviter ce problème, mais il faut au moins qu'elle sache qu'elle risque de le rencontrer, qu'elle s'efforce d'assurer à ses agents un niveau de rémunération comparable à celui des autres organismes publics et – à tout le moins – qu'elle ne considère pas ses employés comme une chose acquise.

Pour terminer, un mot sur les installations. Il faudrait en principe qu'une nouvelle agence dispose de crédits pour financer des installations correctes, des télécommunications et des systèmes informatiques modernes et en particulier l'accès à Internet et une bibliothèque dotée d'ouvrages juridiques et économiques utiles pour ses activités. Parfois, les financements nécessaires sont fournis pour les installations. C'est le cas par exemple de la nouvelle agence sud-africaine. Mais très souvent, une partie plus ou moins importante de ces éléments fera défaut, et la performance de l'agence peut s'en ressentir.

---

est relativement peu élevé tandis que les avocats expérimentés coûtent assez cher, ce qui peut inciter une nouvelle agence à recruter davantage d'économistes et moins d'avocats.

<sup>29</sup> Voir par exemple OECD BALTIC STUDY, *supra* n.25, pages 24-25. Kovacic, *Getting Started*, *supra* n.21, 23 BROOKLYN J. INT'L L. pages 431-34. Dans une enquête récente effectuée par l'American Antitrust Institute (AAI) sur les agences antitrust (incluant un grand nombre d'entités des économies en développement et en transition), 16 sur 22 des agences qui ont répondu ont indiqué qu'elles avaient du mal à retenir les spécialistes, et qualifié ce problème de "sérieux". American Antitrust Institute, Report on the Survey of Competition Policy Agencies Concerning the Establishment of an International Academy of Competition Policy 13-14 (25 avril 2000), *disponible sur* le site Internet de l'AAI à l'adresse: [www.antitrustinstitute.org](http://www.antitrustinstitute.org).

<sup>30</sup> À l'inverse, certains avocats et économistes seniors du secteur privé apprécient la possibilité d'obtenir un poste de direction dans les agences antitrust des États-Unis à un moment opportun de leur carrière.

<sup>31</sup> A. Rodriguez et M. Williams, Recent Decisions by the Venezuelan and Peruvian Agencies: Lessons for the Export of Antitrust, 43 ANTITRUST BULL. 147, 151 n° 7 (1998).

b) Transparence et respect de la légalité

Pour qu'une nouvelle agence soit efficace, s'attire le respect du public et puisse véritablement contribuer à créer une culture de la concurrence au fil du temps, il faut qu'elle veille à ce que ses procédures et ses actions aient la transparence nécessaire, qu'elle garantisse le respect de la légalité aux entreprises et aux particuliers affectés par ses mesures d'exécution, et que ses cadres protègent comme il se doit la confidentialité des informations recueillies dans le cadre de leurs fonctions et que leur conduite soit d'une façon générale gouvernée par une éthique rigoureuse.<sup>32</sup> Dans ce contexte, il y a au moins deux aspects importants à prendre en ligne de compte: premièrement, il doit y avoir des directives, des réglementations ou d'autres instructions publiques écrites faciles à obtenir; et, deuxièmement, l'agence doit veiller à ce que les directives/réglementations soient suivies. Dans de nombreuses économies en développement et en transition, les agences antitrust servent d'exemple à d'autres agences publiques à cet égard. Par exemple, comme le déclarait un haut responsable brésilien d'une agence antitrust: le CADE "a fait tout ce qu'il pouvait pour mettre en place un nouveau type d'institution, fondée sur la transparence, la prévisibilité, la responsabilité et la simplicité. Ces principes sont la clé de voûte de notre agence et c'est sur eux que nous nous reposons pour bâtir notre réputation".<sup>33</sup>

Lors d'une séance précédente, le Groupe a examiné diverses communications sur les principes fondamentaux de la transparence, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée de l'OMC<sup>34</sup>, et il n'entre pas dans notre intention de revenir sur ces observations ici. Nous dirons simplement qu'aux États-Unis et dans beaucoup d'autres pays le public est très informé, et que la masse d'informations qu'il reçoit sur la législation antitrust, les mesures d'exécution, les décisions administratives et judiciaires et d'autres éléments pertinents concernant la législation et la politique antitrust augmente rapidement. Avec Internet, il est désormais incroyablement facile à la fois de diffuser des informations et d'en obtenir sur une grande variété d'agences antitrust; les seuls sites Internet des agences antitrust des États-Unis contiennent des liens hypertextes avec près de 40 autres agences du monde, dont beaucoup d'agences des pays en développement et des pays en transition.<sup>35</sup> Les informations fournies sur les sites Internet des agences peuvent inclure le texte intégral de la loi elle-même (c'est le cas de la Pologne par exemple)<sup>36</sup>, des propositions tendant à amender la loi (Inde et Afrique du Sud)<sup>37</sup>, des indications sur la démarche à suivre pour déposer une plainte auprès de l'agence (Costa Rica et Afrique du Sud)<sup>38</sup>, des communiqués de presse sur les activités de l'agence

---

<sup>32</sup> Voir par exemple la Note du Secrétariat sur les principes fondamentaux, *supra* n° 8, paragraphes 36-39.

<sup>33</sup> Commissaire L. H. Salgado, "Doing Business in Brazil with the New Competition Law Framework" 2 (1999), *disponible sur Internet* à l'adresse: <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>34</sup> Voir documents cités dans la n.16, *supra*.

<sup>35</sup> Certaines agences antitrust (comme le Bureau fédéral allemand des cartels) ont pris des dispositions pour envoyer automatiquement leurs communiqués de presse à quiconque en fait la demande. Voir <http://www.bundeskartellamt.de/contact.html>.

<sup>36</sup> Voir <http://www.uokik.gov.pl>.

<sup>37</sup> Voir <http://www.nic.in/dca/comp> (Inde); <http://www.compcom.co.za> (Afrique du Sud).

<sup>38</sup> Voir <http://www.meic.go.cr> (Costa Rica); <http://www.compcom.co.za> (Afrique du Sud).

(Argentine)<sup>39</sup>, les textes des décisions et des rapports de l'agence (Slovaquie et Venezuela)<sup>40</sup>, des statistiques sur l'agence (Hongrie)<sup>41</sup> et même l'annuaire téléphonique de l'agence (Slovaquie).

En fait, une nouvelle agence antitrust devrait avoir pour objectif prioritaire d'expliquer – au public dans son ensemble et aux entreprises concernées, sans oublier bien évidemment son propre personnel – quelles sont ses priorités, comment elle mène ses enquêtes et prend ses décisions, et quelle est la logique qui sous-tend ses mesures d'exécution et sa philosophie.<sup>42</sup> Une agence peut communiquer ces informations au moyen de réglementations formelles, de discours, d'interviews dans les médias ou encore en ouvrant un site Internet – le mieux étant d'utiliser tous ces moyens.<sup>43</sup> En même temps, les dispositions que peut prendre une agence au plan de la transparence se heurtent nécessairement au processus d'application de la loi, étant donné que la plupart des éléments d'information recueillis dans le cadre des poursuites judiciaires doivent rester strictement confidentiels (aux termes de la loi dans presque tous les pays). La réputation de probité d'une agence pour ce qui est du traitement des informations confidentielles est d'une importance cruciale, tant pour qu'elle puisse continuer à obtenir les informations confidentielles nécessaires sur les entreprises pour faire appliquer la législation que pour conserver sa réputation de sérieux et de fiabilité dans la poursuite de ses objectifs statutaires.<sup>44</sup>

#### c) Formation

La formation du personnel est importante pour assurer et maintenir l'efficacité de toute agence publique quelle qu'elle soit. Dans les pays industriels, les agences antitrust consacrent des ressources importantes pour assurer la formation continue de leurs employés aux questions juridiques et économiques pertinentes, tant au plan conceptuel qu'au plan pratique. Comme on pouvait le prévoir, les nouvelles agences antitrust des pays en développement et des économies en transition ont parfois des besoins de formation particuliers compte tenu du fait que la culture de la concurrence est une chose totalement nouvelle pour ces pays:

L'agence devra tout de suite s'attacher à renforcer le capital intellectuel de la direction et à former les nouveaux employés aux concepts et aux techniques pratiques du droit de la concurrence. Fondamentalement, elle doit assurer deux types de formation. Le premier concerne la présentation des principes micro-économiques et des concepts juridiques élémentaires qui sous-tendent le fonctionnement d'un système de

---

<sup>39</sup> Voir <http://www.mecon.gov.ar/cndc>.

<sup>40</sup> Voir <http://www.antimon.gov.sk> (Slovaquie); <http://www.procompetencia.gov.ve> (Venezuela).

<sup>41</sup> Voir <http://www.gvh.hu>.

<sup>42</sup> Voir Kovacic, *Getting Started*, *supra* n° 21, 23 BROOKLYN J. INT'L L. pages 421-22, 435-36.

<sup>43</sup> Pour donner une idée des détails dans lesquels peuvent aller les réglementations officielles, au cours des dernières années, le CADE brésilien a adopté ou proposé des réglementations portant entre autres sur: le processus interne utilisé pour statuer sur une affaire, les règles qui régissent ses enquêtes, le recouvrement des amendes, les consultations à des fins d'interprétation avec des parties privées, et un code d'éthique pour les employés. Oliveira, *supra* n° 21 à n° 24. Voir aussi Rodriguez et Williams, *supra* n° 31, 43 ANTITRUST BULL. page 158 (examen des directives du Venezuela sur les fusions).

<sup>44</sup> Voir Kovacic, *Getting Started*, *supra* n° 21, 23 BROOKLYN J. INT'L L. page 435 (une nouvelle agence doit prendre des mesures de sauvegarde pour s'assurer que "les informations confidentielles ne seront pas divulguées. Une erreur dans ce domaine au début de l'existence d'une agence peut susciter des doutes sur sa compétence").

concurrence. Le deuxième prend la forme d'ateliers, où les cadres de l'agence participent à des jeux de rôle et à des exercices de solution de problèmes de concurrence courants dans le [pays en question] ou les économies en transition en général.<sup>45</sup>

Les nouvelles agences antitrust disposent de diverses possibilités de formation en dehors de celles qu'elles fournissent elles-mêmes.<sup>46</sup> Beaucoup de pays industriels Membres – les États-Unis, le Canada, l'UE, la France, l'Allemagne et le Japon pour n'en citer que quelques-uns – organisent des programmes de formation entre agences. Au cours des neuf dernières années, les agences antitrust des États-Unis ont à elles seules organisé à peu près 220 missions dans des douzaines de pays sur cinq continents pour travailler avec les responsables de nouvelles agences antitrust dans des contextes variés, cette assistance incluant à la fois des missions de courte durée sur des thèmes spécifiques et des missions consultatives de longue durée, financées en grande partie par l'Agence des États-Unis pour le développement international. Nous avons aussi accueilli un tas de hauts fonctionnaires de nombreux pays venus effectuer un stage au Département de la justice/FTC.<sup>47</sup>

Bien évidemment, d'autres pays dotés d'agences antitrust expérimentées ainsi que des organisations multilatérales telles que l'OMC, l'OCDE, la Banque mondiale, la CNUCED et la CEAP ont fourni une assistance importante pour aider les pays à élaborer leur nouvelle législation antitrust et la mettre en application.<sup>48</sup> Et il est également important de savoir que l'aide la plus précieuse qu'une nouvelle agence antitrust peut recevoir, ce sont les conseils que peuvent fournir des agences d'autres pays en développement et en transition, qui connaissent bien les problèmes rencontrés par leurs homologues. Mais quoi que nous puissions ajouter à propos de l'assistance technique, nous savons tous que les agences antitrust des Membres continueront d'avoir d'importants besoins de formation - qui ne seront pas nécessairement satisfaits – et que cette formation conservera un haut degré de priorité pour les nouvelles agences, comme d'ailleurs pour les agences solidement établies.<sup>49</sup>

### 3. Déterminer l'ordre des priorités

Une fois qu'une nouvelle agence antitrust a été créée – en fait, lorsqu'elle s'organise –, ses dirigeants devront déterminer les priorités initiales de l'agence. Leur choix sera évidemment en bonne partie fonction de certaines des questions que nous avons examinées plus haut, et entre autres des ressources financières et du personnel disponibles, de l'état et de la structure de l'économie nationale et du système juridique. Là encore, les points de vue diffèrent quant aux priorités qu'une nouvelle agence doit se fixer au moment où elle entreprend d'instaurer une culture de la concurrence dans son pays. Ces priorités incluent en particulier l'éducation du public pour l'informer des avantages de la

---

<sup>45</sup> *Id.* page 432.

<sup>46</sup> Selon une enquête récente, un grand nombre d'agences – en particulier dans les économies en développement et en transition – comptent sur leurs propres employés pour assurer la formation de leur personnel. American Antitrust Institute, Report, *supra* n° 29, pages 14-15. Cette enquête examine les données d'expérience des agences offrant différents types de formation; *Id.* pages 14-17.

<sup>47</sup> L'annexe 6-A du récent Rapport final de l'ICPAC donne un récapitulatif des programmes d'assistance technique du Département de la justice/FTC, *disponible en ligne à l'adresse Internet*: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>.

<sup>48</sup> Cette assistance multilatérale fait souvent intervenir des responsables des agences antitrust des pays Membres ainsi que des agents de divers secrétariats multilatéraux.

<sup>49</sup> Voir American Antitrust Institute, Report, *supra* n° 24, pages 17-25.

concurrence en général, défendre de façon plus spécifique le principe de la concurrence, et exposer les mesures prises pour faire appliquer la législation.<sup>50</sup>

a) Familiariser le public avec la concurrence

Quoi que l'agence fasse par ailleurs, elle doit certainement commencer par éduquer le public en général, les milieux d'affaires locaux et les tribunaux pour les familiariser avec la nouvelle législation et la nouvelle agence et, de manière générale, pour leur faire connaître le rôle important que joue la concurrence dans une économie de marché. Lorsque nous avons parlé du problème de la transparence, nous avons déjà mentionné quelques-uns des moyens – réglementations, directives, discours, interviews dans les médias, création de sites Internet – par lesquels une nouvelle agence peut expliquer de manière efficace ce qu'elle fait et pourquoi elle le fait. En particulier, la nouvelle agence souhaitera peut-être organiser des conférences dans certaines villes du pays pour expliquer la législation aux hommes d'affaires et montrer en quoi – même si certains peuvent appréhender la mise en place des nouvelles politiques économiques favorables à la concurrence – les marchés concurrentiels sont une bonne chose pour les entreprises comme pour les consommateurs. Cela demandera beaucoup de temps et de travail aux cadres supérieurs de l'agence, même s'ils seront probablement les alliés naturels des milieux d'affaires, et en particulier des nouveaux entrants dans les secteurs déréglementés, des importateurs et des petites entreprises. En fait, selon ce que fut l'histoire économique et réglementaire récente du pays, la nouvelle agence devra éventuellement commencer par familiariser le public avec les principes de base de l'économie de marché, en montrant en quoi le libre jeu des mécanismes du marché est bénéfique pour la société.<sup>51</sup> Cette campagne d'éducation est importante pour rallier l'adhésion du public à la nouvelle politique de promotion de la concurrence des pouvoirs publics; c'est un des fondements de la culture de la concurrence.

Un aspect particulièrement important de la campagne d'éducation est d'expliquer aux tribunaux locaux qui appliqueront la loi la finalité et le contenu général de la nouvelle législation et les procédures de l'agence. Ce travail est d'une importance évidente dans un pays dont les juges n'ont jamais eu l'occasion de réfléchir aux questions antitrust (ou peut-être même à d'autres questions économiques concernant le marché) et qui se trouvent soudain chargés d'examiner les décisions de l'agence ou des actions judiciaires privées dans le cadre de la nouvelle législation.<sup>52</sup> Les discours prononcés par les responsables des agences devant des organismes judiciaires, l'organisation de conférences antitrust spéciales à l'intention des juges et la fourniture d'explications détaillées par les agences lors des contrôles judiciaires sont des moyens possibles d'entreprendre ce travail d'inculcation d'une culture de la concurrence.

---

<sup>50</sup> Voir en général la communication du Brésil à ce groupe, "Competition Policy in Brazil: Aspects of the Country's Recent Experience", WT/WGTCP/W/93 (24 juillet 1998); voir également le Document de synthèse du Secrétariat de l'OMC, *supra* n° 1, paragraphes 44-48.

<sup>51</sup> Un point particulièrement difficile, mais d'une importance cruciale qu'il faut souligner au public, c'est que, dans une économie qui vient d'être déréglementée, les prix peuvent tout aussi bien augmenter que baisser sur des marchés concurrentiels.

<sup>52</sup> En novembre 1998, par exemple, 70 dossiers du CADE brésilien étaient à l'examen par des tribunaux fédéraux et d'État. Observations du Président Oliveira du CADE, délibérations de novembre 1998 de l'ICPAC, page 14. Ainsi que l'a noté Oliveira: "Ce qu'il faudrait, c'est mettre davantage l'accent sur la diffusion de la culture de la concurrence dans les tribunaux. Il serait difficile de trop insister sur l'importance de cette question." *Id.*; voir Kovacic, *Getting Started*, *supra* n° 21, 23 BROOKLYN J. INT'L L. pages 420-21, 431-32.

## b) Défense du principe de la concurrence

Les précédents débats du Groupe ont souligné à quel point les activités organisées pour défendre le principe de la concurrence étaient importantes pour instaurer une culture de la concurrence.<sup>53</sup> (Comme l'ont montré certaines discussions, un pays n'a en fait pas besoin d'une législation antitrust ou d'une agence antitrust pour mettre en place un programme efficace de défense de la concurrence dès lors qu'une agence ayant la compétence voulue est chargée d'être l'avocat de la concurrence.) Selon le contexte juridique et économique du pays considéré, la défense de la concurrence peut être d'une grande utilité dans plusieurs domaines. Comme l'indique un récent rapport de l'OCDE:

Dans presque tous les pays Membres qui ont engagé un important programme de réforme, les agences chargées de la concurrence participent de façon active au processus de réforme. Cette "défense" de la concurrence peut comporter en particulier des efforts de persuasion dans les coulisses ainsi qu'une action publicitaire en dehors des travaux formels. Certaines agences de la concurrence ont le pouvoir, théoriquement tout au moins, d'attaquer officiellement des actions anticoncurrentielles d'autres agences ou d'entités publiques ou quasi officielles. La participation officielle aux auditions ou délibérations publiques d'une autre agence est plus indirecte, tout en restant visible. La stratégie appropriée dépend du contexte institutionnel considéré.<sup>54</sup>

Dans les pays où les opérations de privatisation des entreprises publiques constituent un des programmes importants de l'État, les nouvelles agences antitrust accordent souvent une priorité élevée à l'examen des opérations envisagées sous l'angle de la concurrence.<sup>55</sup> Ces examens peuvent être effectués au cas par cas et comporter des échanges de vues informels entre l'agence antitrust et d'autres organes publics concernés (comme en Hongrie) ou (comme en Pologne) faire l'objet de rapports formels oraux ou écrits de l'agence antitrust; parfois aussi, l'agence a juridiquement le droit d'examiner les propositions de privatisation. Dans l'un ou l'autre cas, l'opinion des spécialistes d'une nouvelle agence antitrust joue parfois un rôle crucial en permettant d'éviter qu'un monopole public ne cède la place à un monopole privé dans un contexte où une solution fondée sur la concurrence est possible.

Une autre intervention importante en faveur de la concurrence consiste pour une nouvelle agence antitrust (ou toute autre agence) à participer aux débats des organes nationaux chargés de la réglementation afin de faire valoir les solutions favorables à la concurrence dans les marchés réglementés et, le cas échéant, aux débats de l'organe législatif afin de se prononcer en faveur des propositions favorables à la concurrence et contre celles qui sont préjudiciables à la concurrence.<sup>56</sup> Là encore, ces actions ont été examinées lors de séances précédentes du Groupe et nous ne reviendrons pas sur ce qui y fut dit, sauf pour souligner toute l'utilité que peut avoir une campagne efficace de

---

<sup>53</sup> Voir Note de synthèse du Secrétariat, *supra* n° 1, paragraphe 27.

<sup>54</sup> OCDE, 2 OECD RAPPORT SUR LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION 265 (1997).

<sup>55</sup> Voir par exemple G.K. Lipimile, "Addressing Anti-Competitive Practices in a Developing Country Setting: the Case of Zambia" (25 juillet 1998) (Symposium OMC), pages 4-5.

<sup>56</sup> Voir par exemple, examen de la défense de la concurrence pour les secteurs réglementés au Venezuela et en Pologne, délibérations de novembre 1998 de l'ICPAC pages 52, 259-60. Voir de manière générale J. Ordoover, R. Pittman et P. Clyde, *Competition Policy for Natural Monopolies in a Developing Market Economy*, 2 ECON. OF TRANSITION 317 (1994).

défense de la concurrence pour les consommateurs et pour l'instauration d'une culture de la concurrence.

c) Faire respecter la nouvelle législation

Les points de vue divergent davantage quant à l'utilité des mesures prises par une nouvelle agence antitrust pour faire appliquer la loi. D'un côté, certains observateurs et certaines agences considèrent que, lorsque l'adoption d'une législation antitrust représente un changement radical par rapport à la politique économique poursuivie auparavant par les pouvoirs publics, il n'est pas indiqué que la nouvelle agence prenne immédiatement des mesures exécutoires à l'encontre des entreprises pour des pratiques qui jusque-là n'étaient pas seulement licites, mais parfois requises par la législation et la politique de l'État. En outre, les enquêtes antitrust sont souvent complexes et exigent d'importantes ressources, en particulier pour les nouvelles agences dont les procédures d'enquête ne sont pas encore rodées et dont les employés ne sont pas familiarisés avec l'application de la législation antitrust. Enfin, l'efficacité du processus d'application de la loi dépend dans une certaine mesure de l'efficacité du système judiciaire. Selon les circonstances, il pourrait donc être prudent de ne pas prendre de mesures exécutoires tant que les procédures internes de l'agence n'auront pas été définies et que ses responsables n'auront pas été formés aux concepts antitrust de base et aux techniques d'enquête ainsi qu'on l'a vu plus haut.<sup>57</sup>

D'un autre côté, il est parfois difficile de justifier la non-application de la nouvelle législation en cas de violation flagrante. Cette inaction risque d'entamer sérieusement la crédibilité de la nouvelle agence et d'éroder la confiance que le public peut avoir non seulement dans l'agence, mais aussi dans la valeur des politiques économiques favorables à la concurrence en général. En revanche, en exerçant de manière judicieuse son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites judiciaires, la nouvelle agence peut choisir de prendre une mesure exécutoire pour une infraction manifeste à la loi (ou un petit nombre d'infractions) ayant une incidence évidente pour les consommateurs, son action ayant dans ce cas une importante valeur d'exemple pour les entreprises et les tribunaux ainsi que pour le public en général. Il est toujours important de bien choisir l'affaire, mais cela l'est tout particulièrement pour les nouvelles agences qui ont à établir leur crédibilité. Parmi les bons exemples de ce genre de mesures exécutoires, citons les poursuites engagées par l'agence antitrust du Pérou contre les mécanismes nationaux et régionaux mis en place par les producteurs, dans le premier cas pour fixer le prix de la farine et dans le deuxième cas pour fixer le prix des poulets à rôtir.<sup>58</sup> Dans ces deux cas, le comportement allégué des entreprises – à savoir l'entente sur les prix – était généralement reconnu comme anticoncurrentiel, la preuve de l'activité illicite était solide, et les effets du comportement allégué sur les consommateurs étaient faciles à comprendre.<sup>59</sup> En tout état de cause, la question dans ce cas n'est pas – ou ne devrait pas être – de savoir *s'il* convient de faire respecter la nouvelle législation antitrust, mais *quand* il faudra commencer à le faire d'une manière systématique et compatible avec l'instauration d'une culture de la concurrence dans un pays donné.

d) Le rôle des milieux universitaires, des groupes de consommateurs et des avocats privés dans l'instauration d'une culture de la concurrence

Les milieux universitaires, les groupes de consommateurs et les avocats privés (ou toute autre association professionnelle privée légale) peuvent également jouer un rôle important dans

---

<sup>57</sup> Voir par exemple Kovacic, *Perilous Beginnings*, *supra* n.21, 43 ANTITRUST BULL. page 26.

<sup>58</sup> Voir Rodriguez et Williams, *supra* n° 31, 43 ANTITRUST BULL. pages 172-77.

<sup>59</sup> Voir B. Boza, "Trade Liberalization and Competition Policy: the Peruvian Experience" (Symposium de l'OMC) (juillet 1998).

l'instauration d'une culture de la concurrence, et la nouvelle agence antitrust doit les encourager à le faire. Comme on l'a noté plus haut, dans de nombreux pays en développement et en transition, une nouvelle agence risque de se heurter au problème que pose le nombre restreint de spécialistes ayant la formation voulue en matière d'économie de marché, même au niveau universitaire, et presque certainement la pénurie de spécialistes justifiant d'une formation à la législation antitrust et à la politique de la concurrence. Les nouvelles agences devraient donc – comme le CADE au Brésil par exemple – prendre des dispositions pour encourager les universités locales à mettre en place des cours et des programmes axés sur le droit et l'économie de la concurrence et aider à la mise au point des programmes d'études.<sup>60</sup> Ces cours et ces programmes n'offrent pas seulement un bon terrain de recrutement pour les agences antitrust, mais le fait de susciter l'intérêt des milieux universitaires pour la concurrence présente des avantages supplémentaires importants. Aux États-Unis et dans d'autres pays par exemple, les universitaires réfléchissent aux aspects juridiques et économiques des questions antitrust et écrivent des ouvrages sur ces questions. Non seulement, ces réflexions et ces travaux améliorent la qualité globale des débats, mais ils apportent aussi un éclairage différent sur des questions qui pourraient autrement être dominées par l'État et les entreprises, et ils permettent en général de maintenir un intérêt sociétal plus large sur la concurrence.

De la même façon ou à peu près, les groupes de consommateurs peuvent apporter une contribution importante en sensibilisant le public aux problèmes de concurrence. Les nouvelles agences doivent s'efforcer d'atteindre ces groupes par des discours, des séminaires et d'autres manifestations du genre, tant pour les informer sur le fonctionnement de la nouvelle législation que pour leur expliquer comment la nouvelle agence prévoit de protéger les intérêts des consommateurs.<sup>61</sup>

Enfin, une nouvelle agence antitrust devrait s'efforcer d'exploiter la contribution importante que les avocats privés peuvent apporter en matière d'instauration d'une culture de la concurrence. Beaucoup d'agences antitrust des pays industriels en ont conscience: "l'Ordre des avocats et d'autres professions libérales remplissent une fonction utile dans le système antitrust en disséminant des informations sur les politiques des pouvoirs publics et en indiquant aux entreprises ce qu'elles doivent faire pour se conformer à la législation".<sup>62</sup> Dans de nombreux pays, les groupes d'avocats organisent des conférences et des séminaires qui permettent de fournir une formation continue à leurs membres; et les avocats privés apportent souvent une contribution en écrivant des articles dans les publications de leur profession, les périodiques juridiques et d'autres publications.<sup>63</sup> En outre, les avocats-conseils privés peuvent fournir des éléments d'information importants sur l'application de la loi aux agences antitrust dans les affaires où leurs clients sont victimes d'une pratique anticoncurrentielle et, dans les pays où le droit d'ester en justice existe, ils peuvent représenter leurs clients dans des poursuites judiciaires antitrust privées. Les responsables des nouvelles agences doivent donc étudier la possibilité de prendre la parole lors des conférences d'avocats et dans d'autres enceintes appropriées afin de familiariser les avocats avec la nouvelle législation et les nouvelles procédures et priorités de l'agence. Les objectifs de la transparence et de la propagation de la culture de la concurrence progressent ainsi de pair.

---

<sup>60</sup> En partie grâce à l'action du CADE, près d'une douzaine d'universités brésiliennes offrent maintenant des cours et des programmes de ce type. Voir également Kovacic, *Getting Started*, *supra* n° 21, 23 BROOKLYN J. INT'L L. pages 419-20, 440-41.

<sup>61</sup> *Id.*, 23 BROOKLYN J. INT'L L. page 440.

<sup>62</sup> *Id.*, 23 BROOKLYN J. INT'L L. page 411.

<sup>63</sup> La section antitrust de l'Ordre des avocats des États-Unis par exemple compte à peu près 3 000 membres. Elle publie une grande variété de monographies sur des sujets antitrust, et ses réunions offrent aux fonctionnaires et aux avocats-conseils privés des occasions formelles et informelles de discuter des questions antitrust.



## II. CONCLUSION

Lorsqu'un Membre décide de promulguer une législation antitrust, il s'engage dans un processus long et complexe visant à résoudre des questions de fond et des questions d'ordre pratique touchant l'élaboration des textes de loi, la création d'institutions et les dispositions à prendre pour donner un sens à la législation par l'action de l'agence. Nous espérons que cette note aidera le Groupe dans l'examen de ces questions, et que les débats du Groupe aideront à leur tour les Membres qui envisagent de se doter d'une législation antitrust à prendre en toute connaissance de cause les décisions appropriées.

---