



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
30 août 2010
Français
Original: anglais

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

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble

Sanctions et mesures correctives appropriées

Résumé analytique

Le droit et la politique de la concurrence ne pourront atteindre leurs objectifs et produire les effets souhaités (notamment améliorer le bien-être du consommateur, stimuler la compétitivité et contribuer au développement économique) que s'ils sont appliqués efficacement. Dans ce contexte, le présent document traite de l'application du droit et de la politique de la concurrence, en particulier des sanctions et mesures correctives appropriées et du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence. Il propose une analyse comparative de la législation et des pratiques répressives en la matière dans les États membres de la CNUCED, et examine plus particulièrement les difficultés rencontrées par les organismes de la concurrence créés depuis peu et par les organismes de la concurrence des pays en développement. Le document suggère quelques stratégies pour surmonter ces difficultés, ainsi qu'un ensemble de questions à débattre lors de la Sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Sanctions et mesures correctives appropriées	4
A. Sanctions	4
B. Mesures correctives	11
C. Points ouverts à discussion	15
II. Contrôle juridictionnel des affaires de concurrence.....	15
A. Différents systèmes de contrôle juridictionnel des affaires de concurrence.	16
B. Difficultés rencontrées lors du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence	19
C. Conclusion et questions/points ouverts à discussion	21

Introduction

1. Aujourd'hui, il est très largement admis que le droit et la politique de la concurrence constituent l'un des piliers centraux d'une économie de marché prospère dans laquelle la pression concurrentielle améliore la productivité et stimule l'innovation des produits et processus qui sont fondamentaux à la concurrence et à la croissance économique dans le monde. En outre, le droit et la politique de la concurrence constituent des instruments permettant de garantir que les consommateurs puissent profiter de la libéralisation du commerce.

2. Le nombre croissant de lois nationales et régionales sur la concurrence démontre la dimension mondiale de cette conviction: lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, en 1980, l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, moins de 20 pays disposaient d'un cadre réglementaire relatif à la concurrence. Aujourd'hui, plus de 100 pays et organisations régionales disposent d'un tel cadre.

3. Toutefois, le droit et la politique de la concurrence ne produisent les effets souhaités que s'ils sont appliqués efficacement. Une loi n'existant que sur le papier n'a pas grande valeur. Une application efficace pose des difficultés importantes aux autorités de concurrence créées depuis peu, en raison de ressources insuffisantes, du niveau d'expertise du personnel restant à améliorer, du manque de soutien politique de la part d'autres organismes publics, et d'une ignorance générale du droit et de la politique de la concurrence dans le milieu des affaires. Dans ce contexte, le présent document est consacré à l'application du droit et de la politique de la concurrence dans le cadre de la promotion du développement économique. Plus spécifiquement, il aborde deux aspects de l'application du droit de la concurrence, à savoir a) les sanctions et mesures correctives appropriées; et b) le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence.

4. Étant donné l'objectif et le caractère obligatoire des lois sur la concurrence, des sanctions et des mesures correctives appropriées sont d'une importance particulière. Afin de préserver la concurrence – objectif premier de la plupart des lois sur la concurrence – les sociétés doivent se conformer aux dispositions impératives de nature procédurale ou touchant au fond. L'expérience démontre toutefois que les entreprises ne respectent les règles impératives que si elles subissent ou risquent de subir des conséquences négatives en cas de non-conformité. En ce sens, la menace de sanctions semble primordiale pour encourager au respect du droit de la concurrence. S'agissant de l'objectif principal de la plupart des lois sur la concurrence, à savoir préserver le jeu de la concurrence, les mesures correctives viennent appuyer les sanctions puisqu'elles visent à sauvegarder ou rétablir la concurrence dès lors que les sociétés l'ont faussée ou sont sur le point de le faire. La question des sanctions et des mesures correctives appropriées sera explorée de manière plus détaillée au chapitre I du présent document.

5. Compte tenu de la restriction des droits et libertés résultant des décisions rendues dans les affaires de concurrence, telles que l'interdiction d'une fusion envisagée ou l'imposition d'une amende, la règle de droit dispose que les entreprises concernées aient accès aux voies de recours juridictionnel. Le contrôle juridictionnel permet de garantir que les autorités de concurrence indépendantes se conforment à la loi et les oblige à assumer la responsabilité de leurs décisions. Il contribue également à éclairer les décisions des autorités de concurrence. Il est attendu de ces dernières qu'elles analysent attentivement les raisons motivant l'annulation de telle ou telle décision par le tribunal afin d'éviter de reproduire la même erreur à l'avenir. La qualité ainsi améliorée aura un impact positif sur la réputation des autorités de concurrence. Le contrôle juridictionnel est abordé au chapitre II du présent document.

I. Sanctions et mesures correctives appropriées

6. Comme précédemment indiqué, les sanctions et les mesures correctives se complètent aux fins de la réalisation de l'objectif principal du droit de la concurrence, à savoir préserver le jeu de la concurrence. Toutefois, leur nature et leur mode de fonctionnement sont fondamentalement différents. Aux termes du chapitre XI de la loi type de la CNUCED, les sanctions ont pour but de décourager tout futur comportement illicite, et de contraindre les contrevenants à restituer les profits réalisés de manière illicite et à dédommager les victimes. Elles servent à punir les comportements illicites passés et présents et à dissuader toute infraction à la loi. Cet effet dissuasif vise à empêcher tout contrevenant de récidiver, et à donner l'exemple aux contrevenants potentiels. Selon plusieurs enquêtes, l'objectif de dissuasion prime sur l'aspect punitif dans le domaine du droit de la concurrence. En revanche, les mesures correctives qui visent à maintenir ou rétablir la concurrence dans le futur ne sont pas de nature répressive. Le principal champ d'application s'étend au contrôle des fusions. Les mesures correctives sont généralement proposées par les parties à une fusion envisagée afin d'éliminer les problèmes de concurrence et d'obtenir une autorisation de la part de l'autorité de concurrence compétente. Contrairement aux sanctions, qui sont unilatéralement imposées à un contrevenant au droit de la concurrence, les mesures correctives sont en principe négociées entre la partie concernée et l'autorité de concurrence.

7. Afin d'explorer la question des sanctions et des mesures correctives appropriées, il n'y a pas seulement lieu d'évaluer ces dernières et leur application dans la pratique. Il est également nécessaire de se pencher sur la signification du terme «approprié» dans ce contexte. Le caractère approprié des sanctions et des mesures correctives suppose une décision qui repose sur l'équilibre. Les objectifs poursuivis par ces mesures doivent être évalués à la lumière des restrictions des droits et des libertés qu'ils entraînent. Le principe de proportionnalité entre en jeu.

A. Sanctions

1. Vue d'ensemble des différents types de sanctions

8. Les sanctions peuvent s'appliquer aux infractions touchant au fond du droit de la concurrence, ainsi qu'au non-respect des règles de procédure. Le présent document met l'accent sur le premier type de sanctions. Les sanctions administratives, en particulier les amendes, sont la forme de sanction la plus courante dans les affaires d'entente. Elles peuvent être imposées à chaque contrevenant au droit de la concurrence en sus de l'entreprise pour le compte de laquelle a agi le contrevenant. C'est par exemple le cas en Allemagne, où la responsabilité d'une entreprise en matière de droit de la concurrence découle de la commission d'une infraction à ce droit par l'un des membres de sa direction ou de ses employés. Dans d'autres pays, la législation sur la concurrence ne prévoit que la possibilité d'infliger une amende aux sociétés concernées. Les amendes collectées par les autorités de concurrence alimentent en principe le budget général d'un État. Elles n'entrent dans la composition du budget de l'autorité de concurrence que dans un petit nombre de pays. Hormis les amendes, les sanctions administratives peuvent également consister en l'interdiction d'occuper le poste de fonctionnaire dans une entreprise publique ou l'inscription sur une liste noire des sociétés impliquées dans la manipulation de soumissions d'offres.

9. Contrairement aux sanctions administratives, qui peuvent être imposées par une autorité de concurrence, les sanctions civiles ou pénales ne peuvent être infligées que par décision d'un tribunal. Bien que les amendes aient un caractère administratif, civil ou pénal, les peines d'emprisonnement sont exclusivement de nature pénale. Dans certains pays ayant opté pour un système de sanctions administratives, il est prévu des sanctions pénales dans des cas de concurrence particuliers, tels que dans celui de la manipulation des soumissions d'offres lors des procédures organisées par des pouvoirs publics.

10. Les sanctions administratives, civiles et pénales forment la catégorie de l'application du droit de la concurrence par les pouvoirs publics. Cela signifie que les pouvoirs publics, tels que les autorités de concurrence ou les tribunaux, font appliquer les dispositions du droit de la concurrence. Plus récemment, l'application privée de ce droit a également commencé à jouer un rôle significatif. L'application dans la sphère privée suppose la possibilité pour les particuliers de déposer auprès d'un tribunal civil une demande de dommages et intérêts fondée sur des violations du droit de la concurrence, en dehors de la procédure d'application par les pouvoirs publics. Dans le cas d'actions initiales, le demandeur doit prouver la violation ainsi que les dommages en résultant, ce qui, concrètement, constitue une difficulté majeure. Les actions qui s'appuient sur la constatation préalable d'une infraction sont une forme d'application privée plus spécifique puisque le demandeur fonde la demande en réparation sur une sanction pécuniaire infligée par une autorité de concurrence et n'a besoin de prouver que les dommages subis. Par ailleurs, dans certains pays, il est possible d'introduire des recours collectifs au titre desquelles un représentant peut demander réparation au nom de tout un groupe d'individus lésés non identifiés. Hormis les dommages et intérêts punitifs octroyés seulement dans un petit nombre de pays, ces formes d'application privée ne constituent pas des sanctions, à proprement parler. Elles sont toutefois citées dans ce contexte car elles complètent le paysage de l'application du droit de la concurrence. Le tableau 1 ci-dessous offre une vision systématique des diverses formes de sanctions prévues dans certaines lois sur la concurrence.

Tableau 1

Aperçu des différents types de sanctions prévues dans certains systèmes de droit de la concurrence

Pays/juridiction	Application par les pouvoirs publics							Application dans la sphère privée
	Civiles		Administratives		Pénales			
	Amendes	Autres	Amendes	Autres	Amendes	Peines d'emprisonnement	Autres	
Australie	X	X			X	X		Recours individuels et collectifs
République de Corée			X	X	X	X		Recours individuels
Japon			X	X	X	X		Recours individuels s'appuyant sur la constatation préalable d'une infraction après décision de la JFTC

Pays/juridiction	Application par les pouvoirs publics							Application dans la sphère privée
	Civiles		Administratives		Pénales			
	Amendes	Autres	Amendes	Autres	Amendes	Peines d'emprisonnement	Autres	
Indonésie			X	X	La loi 5/1999 prévoit plusieurs types de sanctions pénales, qui sont toutefois inapplicables dans la pratique			
Arménie			X	X	Limitées aux comportements gravement anti-concurrentiels			
Fédération de Russie			X	X				
Turquie			X	X				Recours individuels
Afrique du Sud			X	X	X	X		Recours individuels s'appuyant sur la constatation préalable d'une infraction après décision des autorités de concurrence sud-africaines
Kenya				X	X	X		Les recours individuels sont théoriquement possibles, mais inutilisés dans la pratique
Zambie					X	X		
Égypte			X	X	X		X	
Tunisie			X	X	X	X	X	Recours individuels
Union Européenne			Limitées aux entreprises/absence de responsabilité personnelle					L'application privée n'est possible qu'au niveau des États Membres
France			X	X	X	X		Recours individuels
Royaume-Uni			X	X	X	X	X	Recours individuels

Pays/juridiction	Application par les pouvoirs publics							Application dans la sphère privée
	Civiles		Administratives		Pénales			
	Amendes	Autres	Amendes	Autres	Amendes	Peines d'emprisonnement	Autres	
Allemagne			X	X	Limitées à la manipulation de soumissions d'offres			Recours individuels
Pérou			X	X				
Brésil			X	X	X	X		Recours individuels
Costa Rica			X	X				Les recours individuels sont possibles en vertu du droit civil après décision de COPROCOM
Mexique			X	X	Limitées aux comportements gravement anti-concurrentiels			Recours individuels (légalement possibles, mais inutilisés à ce jour)
États-Unis	X	X		X	X	X		Recours individuels et collectifs donnant droit à des dommages et intérêts triples
Canada			X	X	Limitées à la fixation des prix, la répartition des marchés et la restriction de la production			Recours individuels et collectifs limités aux dommages réels (absence de dommages et intérêts punitifs)

2. Comment déterminer la sanction appropriée?

11. Afin de savoir comment déterminer la sanction appropriée, il est nécessaire de distinguer entre le niveau législatif, c'est-à-dire le choix législatif d'adopter un certain système de sanctions (administratives ou pénales, voies d'application privée), et le niveau d'application, c'est-à-dire l'adoption d'une sanction dans une affaire de concurrence concrète.

a) Le choix législatif

12. Bien que la plupart des lois sur la concurrence prévoient des sanctions administratives ou civiles en cas de comportement anticoncurrentiel, elles ont tendance à évoluer vers la criminalisation. Jusqu'à présent, seuls les États-Unis imposent normalement aux individus des sanctions pénales sous forme de peines d'emprisonnement en cas de violations du droit de la concurrence, même si dans plusieurs autres pays, des dispositions similaires existent mais ne sont mises en application. Aujourd'hui, d'autres pays (notamment le Canada, Israël, le Japon et le Royaume-Uni) imposent des sanctions pénales

aux individus afin de lutter contre les ententes caractérisées, ce qui donne lieu à des débats animés. Les partisans de sanctions pénales aux individus soutiennent que celles-ci sont bien plus efficaces, vu le degré de dissuasion suscité par les peines d'emprisonnement. Étant donné que le montant actuel des amendes infligées aux sociétés implantées dans les pays tels que les États-Unis et l'Union européenne (UE) ne pourrait être augmenté davantage sans entraîner des répercussions économiques, et que le poids des amendes se répercuterait au final sur les consommateurs, il y aurait lieu de prévoir des mesures de dissuasion plus rigoureuses. Par conséquent, la responsabilité personnelle des contrevenants aurait à jouer un rôle plus important. Dans ce contexte, il est également avancé que les sanctions pécuniaires infligées aux individus ne susciteraient pas l'effet de dissuasion souhaité, car les sociétés risquent de prendre à leur charge les amendes infligées à leurs employés. Ce risque peut être atténué par l'envoi d'une injonction de ne pas faire à l'adresse de la société concernée¹. Toutefois, un État peut choisir, pour plusieurs raisons, de ne pas imposer des sanctions pénales en cas de violation du droit de la concurrence. Premièrement, il peut s'avérer inopportun de prévoir des sanctions pénales lorsqu'un pays instaure une législation sur la concurrence. Afin de permettre à la communauté des affaires de prendre connaissance des nouvelles obligations légales, il devrait toujours y avoir une certaine période transitoire. Par ailleurs, il se peut que la criminalisation des violations du droit de la concurrence ne soit compatible avec les normes sociales et légales d'un pays donné. En outre, le coût des sanctions pénales, en particulier des peines d'emprisonnement, peut sembler trop élevé par rapport à celui d'autres formes de sanctions. Une autre inquiétude mis en avant à l'encontre des sanctions pénales dans les affaires de concurrence concerne le renforcement des exigences de procédure (un niveau de preuve plus élevé, par exemple) à respecter lors du traitement des affaires pénales. Ces exigences plus strictes peuvent rendre plus difficile la poursuite des violations du droit de la concurrence et réduire le nombre d'affaires traitées avec succès. En résumé, les deux points de vue sont appuyés par des arguments valables.

13. Il est toutefois utile de faire remarquer que toute sanction, quelle que soit sa nature, ne produira l'effet de dissuasion escompté que si la probabilité de déceler le comportement illicite et de traduire son auteur en justice est suffisamment élevée, et que le montant des amendes infligées est important. Le cadre juridique doit prévoir que le montant d'une amende s'élève au minimum au total des gains financiers résultant du comportement anticoncurrentiel. Dans ce contexte, il convient de noter que suite aux examens du droit et de la politique de la concurrence dans les États membres effectués par les pairs de la CNUCED, il a souvent été recommandé d'augmenter le montant des amendes. Dans les pays où la corruption est un problème, il pourrait être avantageux de ne pas conférer à l'autorité de concurrence un trop grand pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le montant des amendes, mais de calculer celles-ci à un pourcentage fixe du volume du marché affecté par le comportement anticoncurrentiel².

14. Outre la tendance à la criminalisation, l'application privée a également commencé à jouer un rôle, depuis peu, dans plusieurs systèmes de droit de la concurrence. Les partisans de l'application privée soutiennent que le principe d'équité impose aux contrevenants aux règles de la concurrence, et non pas aux victimes et entreprises respectueuses de la loi, de supporter le coût de leurs méfaits. On considère également que les mécanismes efficaces

¹ La loi de 2009 modifiant la loi sur la concurrence en Afrique du Sud interdit aux sociétés de payer, directement ou non, toute amende infligée à un dirigeant ou un administrateur accusé d'avoir violé le droit de la concurrence, ou d'indemniser ce dirigeant ou cet administrateur au titre du paiement d'amendes de cette nature.

² Le législateur arménien a opté pour cette méthode (article 36 de la loi de la République d'Arménie sur la protection de la concurrence économique).

d'indemnisation des particuliers augmentent les chances de déceler les comportements anticoncurrentiels et d'en traduire les auteurs en justice. Par conséquent, la justice compensatoire produirait également, par nature, des effets dissuasifs bénéfiques. Toutefois, il y a lieu de signaler que l'application privée du droit de la concurrence ne peut que compléter, et non remplacer, l'application par les pouvoirs publics. La principale question à débattre en ce qui concerne l'interaction entre les applications publique et privée est de savoir si l'application privée a un impact sur l'efficacité des programmes de clémence. Il est à craindre que ces programmes perdent de leur intérêt et donnent donc moins de résultats si les demandeurs de mesures de clémence sont confrontés à une multitude d'actions en dommages et intérêts qui s'appuient sur la constatation préalable d'une infraction, sur la base des demandes qu'ils ont soumises à l'autorité de concurrence et de la décision prise par celle-ci. Ce problème peut être résolu sur le plan législatif si les demandeurs bénéficient non seulement d'une réduction du montant des amendes, mais également d'une protection contre les demandes de réparation formulées par les particuliers. Toutefois, il est également avancé que l'action publique et les demandes d'indemnisation des particuliers poursuivent des objectifs différents, et que la clémence publique ne devrait donc avoir aucune incidence sur les actions civiles. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que, dans les pays disposant d'un système judiciaire défaillant, les juges traitant les demandes d'indemnisation des particuliers doivent posséder un haut niveau d'expertise technique. En particulier, la tâche consistant à apprécier l'ampleur des dommages résultant d'un comportement anticoncurrentiel est très complexe et nécessite de solides connaissances économiques, en sus d'une expertise juridique.

b) Détermination de la sanction appropriée dans un cas donné

15. Les amendes (administratives, civiles ou pénales) étant la forme de sanction la plus courante pour les comportements anticoncurrentiels, la présente partie du document est centrée sur la manière de calculer le montant approprié des amendes à infliger dans un cas donné. Même les autorités de concurrence expérimentées, telles que l'Office fédéral allemand des cartels, considèrent ce calcul comme un exercice difficile. Comme précédemment suggéré, une amende devrait s'élever au minimum au montant des gains financiers résultant du comportement anticoncurrentiel afin de réellement produire son effet dissuasif. Dans la plupart des pays, la loi ne prévoit pas de montant fixe pour les amendes, et ne fait que préciser leur montant maximal³. Ce faisant, elle confère à l'autorité de concurrence un certain pouvoir discrétionnaire quant au calcul du montant approprié de l'amende à infliger selon les circonstances de chaque affaire. Plusieurs autorités de concurrence ont adopté des directives établissant la méthode à suivre pour calculer les amendes. Ces directives contribuent à garantir la transparence et l'égalité de traitement. Elles citent souvent la valeur des ventes de biens ou de services auxquels se rapportent l'infraction (directement ou non) comme point de départ du calcul de l'amende appropriée. Des facteurs aggravants, tels que la continuité ou la répétition de l'infraction ou un élément important de sa commission, peuvent entraîner une augmentation de l'amende. Inversement, des circonstances atténuantes se traduiront par une diminution de celle-ci. Mais le plus important est que, dans le cadre d'un programme de clémence, la coopération du contrevenant au droit de la concurrence justifie une réduction de l'amende qui lui a été infligée. En outre, dans la mesure où les règlements amiables contribuent à écourter le délai de poursuite et à économiser les ressources, les autorités de concurrence peuvent récompenser la volonté de la société de régler une affaire d'entente à l'amiable en réduisant l'amende. D'autres circonstances atténuantes incluent la cessation immédiate d'une

³ Par exemple, selon le droit de la concurrence de l'UE, le montant final d'une amende ne saurait dépasser 10 % du chiffre d'affaires total réalisé lors du précédent exercice par l'entreprise ou le groupe d'entreprises participant à l'infraction.

infraction suite à l'intervention de l'autorité de concurrence, et la violation du droit de la concurrence par négligence, par opposition aux actes délibérés. Exceptionnellement, une autorité de concurrence peut également tenir compte de l'impossibilité de payer d'une entreprise dans un contexte social et économique, et réduire en conséquence le montant de l'amende ou accorder un paiement échelonné. L'imposition d'une amende à une société sur le point de faire faillite, provoquant par la même occasion sa sortie du marché, serait contraire à l'objectif premier des lois sur la concurrence, qui est d'en préserver le jeu.

16. Pour ce qui est des difficultés rencontrées lors du calcul du montant des amendes approprié, les autorités de concurrence créées depuis peu affirment avoir du mal à rassembler les preuves suffisantes à l'appui de tous les aspects pertinents de cette opération (la durée d'un accord de non-concurrence, par exemple). Dans le cas d'un groupe de sociétés, il peut s'avérer compliqué de déterminer l'entité juridique à laquelle incombe la responsabilité ultime du comportement anticoncurrentiel. En Suisse et dans certains autres pays, cela a un impact sur le montant maximal des amendes, qui dépend du chiffre d'affaires mondial réalisé par l'entité responsable de la violation du droit de la concurrence.

3. Comment appliquer les sanctions de manière efficace?

17. Les sanctions ne parviendront aux objectifs fixés que si elles sont appliquées efficacement. Toutefois, les autorités de concurrence créées depuis peu, en particulier dans les pays en développement, rencontrent de grandes difficultés à faire appliquer leurs décisions. Premièrement, lorsque les sanctions imposées ne sont pas respectées, certaines de ces autorités ne disposent pas du pouvoir légal d'y remédier. En Indonésie et à Maurice, par exemple, les autorités de concurrence tablent sur l'intervention des tribunaux lorsqu'une société ne paie pas l'amende qui lui a été infligée. En pareille situation, le fonctionnement du système judiciaire d'un pays influe également sur les objectifs d'application de son autorité de concurrence. En d'autres termes, un mauvais fonctionnement du système judiciaire en général constituerait un obstacle à l'application efficace du droit de la concurrence. Par exemple, le Pérou a indiqué que la durée des procédures judiciaires durant lesquelles le juge peut ordonner la suspension d'une décision pose un sérieux problème pour l'application efficace du droit de la concurrence. Le Kenya a fait savoir que son autorité de concurrence ne dispose même pas du pouvoir de rendre une décision contraignante en cas de violation du droit de la concurrence, et dépend de l'action du ministre à cet égard. Même lorsqu'une autorité de concurrence jouit légalement du pouvoir de faire appliquer ses décisions, le savoir-faire et les autres moyens nécessaires peuvent lui faire défaut. Des difficultés peuvent également naître des incertitudes légales concernant le statut de l'autorité de concurrence. Par exemple, la Commission de la concurrence du Pakistan doit souvent répondre à des appels en contestation de la légitimité constitutionnelle des décisions importantes rendues par elle. Les autorités de concurrence régionales créées depuis peu, telles que la Commission de la concurrence de la communauté caribéenne, peuvent rencontrer des difficultés supplémentaires dues aux incertitudes concernant leurs compétences juridictionnelles et la loi applicable (régionale ou nationale). Par ailleurs, les autorités de concurrence des pays en développement peuvent faire face à une certaine résistance politique lors de l'application des sanctions infligées aux entreprises transnationales ou acteurs nationaux de premier plan. En menaçant de sortir du marché ou en annonçant une réduction de personnel, une grande société peut avoir le poids politique suffisant pour empêcher l'application de sanctions. De là se pose la question de savoir comment surmonter ces difficultés. Les campagnes d'information peuvent être entravées par des obstacles politiques. Il est à espérer qu'une meilleure compréhension des avantages que procure la concurrence contribuera à rendre plus difficile pour les contrevenants au droit de la concurrence de faire pression pour empêcher l'application des sanctions à leur encontre. Il peut également s'avérer primordial d'encourager au respect

volontaire. Les sociétés sont probablement plus enclines à se plier aux sanctions pour comportement anticoncurrentiel dès lors que le défaut de conformité nuira à leur réputation.

B. Mesures correctives

1. Vue d'ensemble des différents types de mesures correctives

18. L'adoption de mesures correctives liées au droit de la concurrence a pour but de maintenir ou rétablir la concurrence sur le marché. Cela comprend a) les objectifs de petite échelle consistant à mettre fin à l'infraction, indemniser les victimes et remédier au problème spécifique posé à la concurrence; mais également b) l'objectif de grande échelle consistant à mettre en place des mesures incitatives afin de minimiser la récurrence du comportement anticoncurrentiel en question.

19. Selon le cadre juridique en place, les autorités de concurrence peuvent imposer des mesures correctives unilatéralement ou les négocier avec les parties concernées sur proposition de celles-ci (ce qu'on appellera des engagements⁴). Il est vrai que les engagements sont souvent perçus comme des sanctions. Toutefois, compte tenu du fait qu'ils visent essentiellement à rétablir la concurrence lorsqu'elle a été faussée par une pratique anticoncurrentielle, les engagements sont considérés comme des mesures correctives pour les besoins du présent document.

20. Les mesures correctives sont par convention de nature structurelle ou comportementale. Les mesures du premier type sont généralement exceptionnelles et visent à rétablir la structure concurrentielle du marché. Les mesures de nature comportementale sont en principe constantes et visent à modifier ou limiter le comportement des entreprises (dans certaines juridictions, les mesures comportementales sont des «injonctions de faire ou de ne pas faire»). Certaines mesures correctives, telles que celles liées à l'accès aux droits de propriété intellectuelle, sont particulièrement difficiles à catégoriser dans ce contexte. Pour être efficace, un ensemble de mesures correctives pourra contenir les deux types de mesures.

2. Mesures correctives structurelles

21. Ces mesures imposent aux entreprises de céder les actifs qu'elles détiennent. À cet égard, les mesures de cession ont pour effet de restructurer l'entité concernée en deux ou plusieurs sociétés, ou de la contraindre à vendre une partie de ses actifs à une autre entreprise. Il s'agit généralement des mesures les plus drastiques, qui ont également le potentiel d'éliminer rapidement le pouvoir de marché tout en créant ou dynamisant des concurrents. En outre, par rapport aux autres mesures correctives, elles requièrent une surveillance moindre de la part des tribunaux et des organismes. Par ailleurs, certaines mesures structurelles peuvent au départ perturber davantage l'activité du défendeur que d'autres, et parfois entraîner des dysfonctionnements immédiats.

22. Pour les besoins du présent document, l'obtention obligatoire de licence est également considérée comme une mesure corrective structurelle, étant donné sa capacité à modifier la structure du marché en permettant l'entrée de nouveaux concurrents. L'obtention obligatoire de licence constitue, à certains égards, un instrument intéressant pour les organismes de concurrence, notamment lorsqu'ils ont affaire à une entreprise de premier plan.

⁴ Par exemple, le droit de la concurrence australien emploie le terme «engagement» à cet égard.

3. Mesures correctives comportementales

23. Ces mesures (également appelées «injonctions de faire ou de ne pas faire») obligent une société à faire ou à ne pas faire quelque chose. Ce type de mesures requiert du contrevenant au droit de la concurrence qu'il cesse de se comporter d'une manière jugée illicite. Elles servent directement à l'objectif d'application du droit de la concurrence, à savoir mettre fin au comportement anticoncurrentiel motivant l'affaire. Elles peuvent parfois suffire à rétablir le niveau de concurrence constaté sur le marché avant la violation, mais pas toujours. Les mesures correctives comportementales qui imposent l'obligation positive de prendre certaines mesures à l'égard du contrevenant au droit de la concurrence pourraient, par exemple, prendre la forme d'une obligation pour celui-ci de vendre ses produits sur une base non discriminatoire. Il est important pour les autorités de concurrence de pouvoir prendre des mesures correctives positives car, dans certains cas, le simple fait de mettre fin au comportement illicite peut ne pas suffire à rétablir la concurrence sur le marché concerné, et une cession d'actifs s'avérer malaisée ou impossible pour telle ou telle raison.

24. Par ailleurs, les injonctions de faire ou de ne pas faire présentent un avantage en ce sens qu'elles peuvent être adaptées à chaque entreprise ou situation de marché afin de faciliter l'obtention des résultats escomptés. C'est en cela qu'elles se distinguent des cessions d'actifs, qui souvent ne peuvent être mises en œuvre avec la même souplesse d'adaptation à chaque situation et, par conséquent, tendent plutôt à avoir un effet diffus sur les entreprises et marchés.

4. Comment mettre au point la mesure corrective appropriée?

25. Afin de pouvoir élaborer des mesures correctives optimales, il est nécessaire d'identifier clairement les problèmes posés au droit de la concurrence que ces mesures tentent de résoudre. Un certain nombre de suggestions peuvent aider les organismes à mettre au point et mettre en œuvre des mesures efficaces. Premièrement, il est utile de prendre le temps, dès le début du processus d'enquête, de définir les objectifs de redressement et élaborer un plan d'exécution pour les atteindre. Autrement, les organismes peuvent finir par déployer les ressources nécessaires pour remporter l'affaire, tout cela pour s'apercevoir qu'ils n'ont pas suffisamment étudié les aspects essentiels d'une mesure corrective efficace et la manière de l'appliquer. Deuxièmement, il est également opportun de bien connaître le secteur concerné et son évolution probable dans différents cas de figure. Il est suggéré, entre autres, d'opérer des ajustements dans le cas des contrevenants au droit de la concurrence qui n'en sont pas à leur premier acte illicite, d'anticiper leur réponse stratégique à une mesure corrective, d'identifier et de tenter de minimiser les effets secondaires, et de créer un cadre d'application concrète. Enfin, les autorités et organismes de concurrence devraient garder à l'esprit que les mesures correctives ne sont pas des instruments de planification industrielle et que, d'une manière générale, elles ne se prêtent pas à la poursuite d'objectifs plus larges que celui de réparer les dommages causés en matière de concurrence.

a) Mesures correctives en cas de fusion

26. En évaluant les mesures correctives liées aux affaires de fusion, les autorités de concurrence s'efforcent de rétablir ou de maintenir la concurrence tout en permettant la concrétisation des résultats et des autres avantages de la fusion en question. Afin d'atteindre cet objectif, il convient d'évaluer les mesures correctives potentielles par rapport à leur efficacité, par exemple en interrogeant les acteurs du marché concerné. Dans de nombreuses juridictions, on préfère appliquer des mesures correctives structurelles dans une affaire de fusion donnée plutôt que des mesures comportementales, car il est alors inutile d'en assurer la surveillance constante. Sachant que les parties à une fusion envisagée sont

les premières responsables du type de transaction conclue, il est recommandé aux autorités de concurrence de s'en remettre aux parties pour élaborer en concertation avec celles-ci une mesure corrective appropriée.

27. Au Japon par exemple, il est fréquent que les parties organisent volontairement des consultations avec la Commission japonaise pour le commerce équitable (JFTC) avant toutes notifications préalables. La JFTC procède à des contrôles à ce stade de consultation préalable, et informe les parties concernées si elle conclut que la transaction est problématique d'un point de vue concurrentiel. Les parties prennent alors l'initiative de proposer une mesure corrective, dont l'efficacité est évaluée par la JFTC. Grâce à cette procédure, il est rare que la JFTC impose des mesures correctives formelles en cas de fusion-acquisition (injonction de ne pas faire).

28. En choisissant la mesure corrective à appliquer dans un cas de fusion, la Commission de la concurrence de Maurice (CCM) tient compte de l'efficacité, de l'actualité et de la proportionnalité des coûts d'application de cette mesure par rapport aux avantages qu'elle est censée procurer. Les mesures correctives doivent donc être spécifiques au problème de concurrence causé par la fusion envisagée. La CCM ne peut accepter en tant que mesure corrective l'offre d'une entreprise d'agir sur le marché concerné (au profit des consommateurs) afin de compenser une perte concurrentielle occasionnée sur un autre marché. Il est fort possible que la CCM trouve opportun d'appliquer une mesure provisoire visant à atténuer l'effet des fusions qui ébranlent la concurrence, si elle prévoit un développement futur de celle-ci (sur la base de tendances préexistantes et d'évolutions anticipées ou d'autres mesures faisant partie d'un ensemble). Suite à une fusion verticale par exemple, les ventes liées et groupées pourraient être interdites tant qu'il ne règne pas une concurrence suffisante sur le marché où l'entreprise détient un pouvoir de marché.

29. En outre, il ne serait pas raisonnable d'imposer des mesures correctives si le coût de celles-ci s'avère démesuré par rapport aux avantages qui pourraient en résulter. La CCM analysera donc la proportionnalité du coût des mesures qu'elle impose au regard des avantages qu'elle souhaite voir découler de leur mise en œuvre.

b) Mesures correctives contre les comportements anticoncurrentiels

30. Contrairement aux mesures correctives applicables en cas de fusion, on a tendance à préférer les mesures comportementales aux mesures structurelles lorsqu'il s'agit de remédier à un abus de position dominante ou aux effets d'accords de non-concurrence. Premièrement, les injonctions de ne pas faire pourraient servir à mettre fin au comportement anticoncurrentiel. Par exemple, il pourrait être ordonné aux membres d'ententes de résilier leurs accords de fixation de prix ou à une entreprise dominante de cesser la vente groupée de certains produits. Toutefois, dans certaines situations, le comportement en question pouvant avoir déjà causé des dommages anticoncurrentiels, des mesures correctives supplémentaires s'avèrent nécessaires afin de rétablir la concurrence, par exemple la modification des structures de prix, les systèmes de rabais, le changement des conditions de transaction, l'accès à l'infrastructure ou à la propriété intellectuelle, etc.

31. Dans certaines juridictions, les mesures correctives structurelles sont appliquées en dernier recours pour sanctionner les entreprises dominantes qui abusent trop largement de leur pouvoir de marché. Aux États-Unis par exemple, dans l'affaire Microsoft⁵, le tribunal de district de Columbia ordonne la scission de la société en plusieurs entités distinctes. Toutefois, cette mesure a été rejetée lors de la procédure d'appel qui a suivi.

5. Difficultés rencontrées lors de l'élaboration et de l'application des mesures correctives

32. Il n'est pas aisé pour une autorité de concurrence de mettre au point et mettre en œuvre une mesure corrective efficace. L'autorité peut rencontrer des difficultés liées à plusieurs facteurs, notamment le cadre juridique dans lequel elle opère, les capacités d'évaluation juridique et économique dont elle dispose, et la réalité du marché sur lequel la mesure doit produire ses effets.

33. En ce qui concerne les difficultés découlant du cadre juridique applicable, l'autorité de concurrence zambienne affirme que la loi sur la concurrence en vigueur dans le pays ne précise pas clairement quelles sont les mesures correctives pouvant être imposées en cas de violation de la loi en question. On peut par conséquent en déduire que l'autorité de concurrence a le pouvoir d'émettre des ordonnances ou des directives et d'imposer des obligations en guise de mesures correctives dans les cas où la loi ne prévoit aucune sanction pénale pour une violation spécifique. L'autorité s'est donc fondée sur l'article de la loi concerné pour imposer des mesures correctives sous forme d'injonctions de ne pas faire, de rembourser et de remplacer les produits défectueux vendus, ou pour énoncer des conditions pour certaines fusions autorisées.

34. Concernant les difficultés liées aux conditions de marché dans lesquelles la mesure corrective doit produire les effets souhaités, il y a d'abord lieu de noter que la taille du marché concerné et le nombre d'acteurs sur celui-ci sont quelque peu limités dans plusieurs pays. Aussi pourrait-il s'avérer difficile de trouver un acquéreur approprié si les mesures structurelles consistent en une cession d'actifs. Dans ce contexte, l'autorité de concurrence kenyane signale que l'absence éventuelle d'acheteurs appropriés pour les actifs à céder peut entraîner une diminution de leur prix et donc une perte économique pour les parties à la fusion. Par ailleurs, l'autorité de concurrence kenyane est d'avis que les mesures drastiques peuvent également avoir un impact négatif sur le climat des investissements étrangers. Dans les pays dont le système de droit de la concurrence est de création récente, une autre difficulté tient au fait que la communauté des affaires ignore souvent les obligations prévues par la nouvelle législation en vigueur sur la concurrence. En l'absence d'une culture de la concurrence généralisée, les sociétés sont moins enclines à respecter les mesures correctives formulées par l'autorité de concurrence. Il est suggéré de résoudre cette question par des campagnes d'information.

35. Toutefois, les difficultés rencontrées dans l'élaboration et l'application de mesures correctives efficaces peuvent également être liées à des facteurs internes à l'autorité de concurrence. Cela n'est pas seulement dû au fait que les autorités de concurrence peuvent manquer des ressources et de l'expérience requises pour mettre au point une mesure corrective efficace (tel qu'au Burkina Faso), mais également au fait qu'il est fort complexe d'élaborer et d'appliquer cette mesure, vu qu'elle se fonde sur une prévision du développement futur de la structure concurrentielle du marché concerné. D'après l'expérience de l'Office fédéral allemand des cartels, la formulation des injonctions de ne pas faire s'avère particulièrement difficile lorsqu'il est nécessaire de les combiner à l'obligation de donner accès à un concurrent – dans les cas d'installations essentielles, par exemple. Dans les procédures de fusion, l'énoncé de conditions et/ou d'obligations

⁵ *États-Unis c. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

appropriées peut poser des difficultés particulières. Par exemple, les conditions d'autorisation d'une fusion peuvent généralement être formulées sous forme de conditions suspensives ou résolutoires. Les deux cas de figure peuvent exiger des jugements détaillés en ce qui a trait, par exemple, aux dispositions concernant la gestion séparée des activités, à la nomination des administrateurs, etc. Dans le cas où une fusion est autorisée sous réserve d'une condition résolutoire, des problèmes particuliers peuvent surgir dès lors que les conditions applicables ne sont pas remplies du fait que l'entreprise concernée aurait alors à céder certains des actifs qu'elle a acquis au cours de la transaction.

C. Points ouverts à discussion

36. Face à la grande diversité des aspects du thème «sanctions et mesures correctives appropriées», les délégués peuvent souhaiter axer leurs délibérations sur les questions suivantes:

- a) Comment fixer le montant approprié des amendes?
- b) Les sanctions pénales sont-elles un instrument approprié pour faire appliquer le droit de la concurrence dans les systèmes de droit de la concurrence créés depuis peu et les pays en développement?
- c) Comment garantir le respect des sanctions et mesures correctives dans les affaires de concurrence?

II. Contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

37. Les décisions fautives rendues dans les affaires de concurrence peuvent porter atteinte aux droits des personnes auxquelles elles s'adressent et aux tiers. Plus généralement, elles peuvent également avoir une incidence négative sur l'activité économique d'un pays donné. Des mécanismes garantissant l'équité et le caractère licite des décisions prises par les organismes de concurrence sont indispensables pour faire appliquer le droit de la concurrence selon les techniques les plus récentes. Les personnes visées par une décision de concurrence, et éventuellement les tiers, doivent avoir la possibilité d'interjeter appel de cette décision s'ils estiment que leurs droits ont été violés. Ces mécanismes constituent ce que l'on appelle le contrôle juridictionnel.

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

39. Le contrôle juridictionnel est lui-même soumis aux exigences de la procédure régulière, ce qui implique que toutes les décisions administratives et judiciaires doivent être prises de manière équitable, en respectant les droits procéduraux des parties concernées. En d'autres termes, le tribunal qui réexamine la décision contestée doit entendre les deux parties à l'appel. De plus, l'arrêt rendu doit être dressé par écrit et exposer le raisonnement ayant conduit à un tel jugement afin de permettre aux parties de comprendre la réflexion du tribunal.

40. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel incite vivement les autorités de concurrence à donner des résultats. Le risque de voir une décision contestée, et finalement annulée par un tribunal, devrait encourager l'autorité de régulation à exécuter sa mission avec diligence et fonder ses décisions sur des évaluations économiques et juridiques rigoureuses. Dans l'idéal, cela conduira au fil du temps à des décisions de concurrence plus justes, qui contribueront à leur tour à renforcer la fiabilité du travail de l'autorité.

41. La présente partie du document propose d'abord une vue d'ensemble des divers systèmes de contrôle juridictionnel dans les affaires de concurrence. Puis elle examine plusieurs difficultés rencontrées en particulier par les autorités de concurrence créées depuis peu et les organismes des pays en développement. Le document n'évoque pas les cas où les tribunaux interviennent dans le contexte plus large des affaires de concurrence mais qui ne peuvent être considérés comme relevant du contrôle juridictionnel. Par exemple, ni le rôle des tribunaux dans les actions civiles en réparation fondées sur des dommages résultant d'un comportement anticoncurrentiel, ni les possibilités d'introduire une action en dommages et intérêts fondée sur une violation de la loi commise par des autorités de concurrence ne sont abordés dans le présent document.

A. Différents systèmes de contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

42. Les caractéristiques des systèmes de contrôle juridictionnel diffèrent largement d'un pays à l'autre, tout comme les organes chargés de procéder aux enquêtes et de prendre les décisions initiales dans les affaires de concurrence⁶. Les différences tiennent essentiellement au tribunal en charge du contrôle juridictionnel et du niveau de contrôle exercé par cet organe.

1. Différents types de tribunaux chargés du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

43. Si la personne concernée par une décision de concurrence estime que celle-ci a enfreint ses droits, elle peut interjeter appel de cette décision dans le délai prévu à cet effet par loi. Selon le système judiciaire en place, l'appel d'une décision rendue dans une affaire de concurrence peut être interjeté devant un tribunal administratif, ou directement devant la Cour suprême d'un pays. Des tribunaux administratifs spécialisés peuvent également être créés. Le tableau 2 ci-dessous illustre les différentes voies possibles.

⁶ Très souvent, c'est une autorité de concurrence indépendante qui est le principal organe chargé de faire appliquer les dispositions du droit de la concurrence. Toutefois, dans certains pays, cette tâche est accomplie par des départements ministériels spécialisés, tandis que dans plusieurs pays de *common law*, des tribunaux spécialisés ou ordinaires sont chargés de prendre les décisions initiales dans les affaires de concurrence.

Tableau 2

Aperçu des différents types d'entités chargées du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence (premier recours)

<i>Tribunaux administratifs</i>	<i>Cours de justice</i>	<i>Tribunaux/cours spécialisés en matière de concurrence</i>	<i>Cour/tribunal de dernière instance</i>
Colombie	Algérie	Australie ^c	Bulgarie
Croatie	Australie ^a	Autriche	Chypre
Estonie	Belgique	Canada	France ^d
Grèce	Brésil	République tchèque	Turquie
Italie	France ^b	Danemark	
Lettonie	Allemagne	El Salvador	
Slovénie	Côte d'Ivoire	Inde	
Suisse	Malte	Finlande	
Tunisie	Panama	Kenya	
Venezuela	Roumanie	Pérou	
(République bolivarienne du)	Slovaquie	Pologne	
	Pays-Bas	Portugal	
		Royaume-Uni	

Sources: CNUCED, loi type sur la concurrence (2007); Encyclopédie de droit de la concurrence, http://www.concurrences.com/nr_adv_search.php3?lang=fr, réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED.

^a Pour les appels interjetés contre les décisions concernant les comportements anticoncurrentiels.

^b En France, le contrôle juridictionnel des affaires d'entente et d'abus de position dominante relève de la compétence de la Cour d'Appel de Paris.

^c Pour les appels interjetés contre les décisions rendues dans les affaires de fusion.

^d En France, le contrôle juridictionnel des affaires de fusion relève de la compétence du Conseil d'État – voir le lien http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296.

44. Dans la plupart des juridictions, la partie sortant perdante de la procédure d'appel a la possibilité d'interjeter appel contre la décision rendue. En d'autres termes, le contrôle juridictionnel ne s'arrête pas au niveau de l'appel, mais peut inclure une instance supérieure qui contrôle le travail du tribunal chargé de l'appel, en principe la Cour suprême ou la juridiction administrative la plus élevée d'un pays.

2. Niveau de contrôle

45. Le degré d'examen exercé durant la procédure d'appel est appelé «norme de contrôle» et varie fortement d'un système de droit de la concurrence à l'autre. Il va du test de contrôle marginal se limitant aux aspects procéduraux et erreurs de droit manifestes constatées dans une décision de concurrence au contrôle approfondi du bien-fondé de l'affaire.

46. On peut distinguer quatre niveaux d'intensité de contrôle: selon la norme de contrôle la moins stricte, le tribunal s'en tient à l'évaluation des erreurs manifestes relevées dans l'application du droit et à l'annulation des décisions clairement abusives (équivalent en France du recours pour excès de pouvoir). Selon ce niveau de contrôle, le tribunal vérifie, par exemple, si l'autorité a agi dans le cadre de sa compétence et respecté les principes de base de l'équité procédurale, notamment si elle a donné aux personnes concernées l'occasion d'être entendues avant de rendre une quelconque décision en leur défaveur. Le second niveau de contrôle consiste en l'évaluation de la légalité de la décision en question, notamment le respect des exigences de procédure. À ce niveau de contrôle, le tribunal doit

déterminer si l'autorité de concurrence a correctement interprété le droit. Au troisième niveau, le tribunal peut examiner le bien-fondé de l'affaire en évaluant tous les faits pertinents, en sus de l'application correcte du droit aux faits. Il ne s'agit pas seulement d'un contrôle de la légalité puisque le tribunal doit évaluer les preuves de fait motivant la décision de concurrence. Enfin, selon la norme de contrôle la plus stricte, le tribunal examine l'affaire sous tous les aspects et substitue sa propre analyse à l'évaluation faite par l'autorité de concurrence. Cette opération est également appelée «analyse de novo».

47. Chypre est un exemple de pays disposant d'un système de droit de la concurrence à norme de contrôle limitée. La Cour suprême chypriote, qui est chargée des appels interjetés dans les affaires de concurrence, s'en tient au contrôle de la légalité de l'acte et ne peut examiner le bien-fondé de la décision de l'autorité de concurrence afin de la substituer éventuellement par sa propre décision.

48. La norme de contrôle appliquée par les tribunaux européens dans les affaires de concurrence s'est affinée, au fil du temps, grâce à la jurisprudence. L'article 263 du TFUE (ex-article 230 du traité CE) dispose que la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes de la Commission européenne. On prétend que chaque type d'action s'inspire à l'origine du recours pour excès de pouvoir introduit devant le Conseil d'État, ce qui impliquerait une norme de contrôle marginale. Toutefois, selon la jurisprudence européenne, le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence consiste d'abord à déterminer si les preuves sur lesquelles se fonde la Commission européenne sont exactes, fiables et cohérentes sur les faits. Puis les tribunaux doivent évaluer une situation complexe et, enfin, déterminer s'ils sont en mesure de justifier les conclusions tirées de cette évaluation. Par ailleurs, les tribunaux européens respectent le fait que la Commission européenne jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire dans le domaine du droit de la concurrence, plus particulièrement en ce qui a trait aux évaluations de nature économique⁷. Cette approche, qui distingue entre l'établissement de la base factuelle et l'évaluation discrétionnaire de celle-ci, notamment l'évaluation des données économiques, est reflétée à plusieurs reprises dans la jurisprudence européenne⁸. Dans ce contexte, il y a lieu de noter que la norme de contrôle appliquée pour le montant des amendes est plus stricte. Conformément à la disposition applicable, les tribunaux européens ont la compétence illimitée de contrôler les décisions dans lesquelles la Commission a imposé une amende ou une astreinte. Ils peuvent annuler, réduire ou augmenter le montant de l'amende ou de l'astreinte imposée⁹.

49. La Belgique et les Pays-Bas sont des exemples de pays disposant d'un système de droit de la concurrence où la norme de contrôle applicable implique un contrôle du bien-fondé de la décision contestée. En Belgique, la Cour d'appel de Bruxelles, qui a compétence exclusive de connaître des appels interjetés dans les affaires de concurrence, contrôle autant les faits que le droit. Aux Pays-Bas, le Tribunal de district de Rotterdam, qui est chargé de contrôler les décisions rendues par la NMa (l'autorité de concurrence néerlandaise), procède à un examen approfondi des décisions fondées sur l'application des articles 101 et 102 du TFUE (ex-articles 81 et 82 du traité CE). Par ailleurs, le tribunal peut substituer son propre jugement à la décision de la NMa. En Tunisie, le Tribunal administratif, qui procède au contrôle juridictionnel des affaires de concurrence, dispose de pouvoirs encore plus étendus. Outre le pouvoir de réformer la décision initiale pour des motifs de fait et de droit, le Tribunal administratif peut entendre de nouveaux témoins et est

⁷ Cour de justice européenne, affaire C-12/03 P, *La Commission c. Tetra Laval*, Rec. I-987.

⁸ Cour de justice européenne, affaire 42/84, *Remia* [1985], Rec. 2545; Tribunal de première instance, affaire T-210/01, *General Electric Company c. La Commission* [2005], Rec. II-5575.

⁹ Règlement du Conseil (CE) 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, article 31.

même habilité à déterminer de nouvelles infractions au droit de la concurrence pouvant être prouvées par les résultats de l'enquête qu'il aura menée sur l'affaire.

50. L'un des aspects particuliers de la norme de contrôle tient à la recevabilité des nouvelles preuves durant la procédure d'appel. La question se pose lorsque l'organe chargé du contrôle est habilité à évaluer la base factuelle de la décision de concurrence attaquée, en sus de ses aspects juridiques. D'après les réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED, il semble que plusieurs pays acceptent la production de nouvelles preuves durant la procédure d'appel contre les décisions de concurrence, parfois sous certaines conditions. En Croatie, le Tribunal administratif accepte toute nouvelle preuve liée aux faits présentés durant la procédure initiale. Ce n'est toutefois pas le cas pour les preuves se rapportant à des faits nouveaux. En Allemagne et en Suisse, les nouvelles preuves sont recevables au stade de l'appel sans restriction aucune.

3. Effet suspensif

51. Durant le contrôle juridictionnel, on se demande si l'application de la décision attaquée est ou non suspendue jusqu'à la fin du réexamen de la décision. Différentes pratiques peuvent être identifiées. En Suisse, l'application de la décision est suspendue au niveau du Tribunal administratif fédéral (instance d'appel); toutefois, des mesures provisoires peuvent être ordonnées. Il est possible de faire appel des décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de concurrence devant le Tribunal fédéral (Cour suprême de la Suisse). Les appels introduits devant le Tribunal fédéral n'ont pas d'effet suspensif.

52. Aux Pays-Bas, l'application d'une décision de la NMa relative à des amendes sera suspendue durant la procédure d'appel. (Toutefois, le paiement doit être effectué dans un délai de treize semaines suivant la publication de la décision infligeant l'amende. Durant la phase d'appel, la NMa n'exige pas le paiement de l'amende mais peut obtenir les intérêts courus si le paiement intervient après 13 semaines – interprétation de la Cour suprême.)

53. Dans l'Union européenne, l'effet suspensif ne s'applique pas, sauf si le paiement de l'amende infligée peut être suspendu au titre de l'apport d'une garantie bancaire s'élevant au total du montant intégral et des intérêts. Au Brésil, pour que le paiement d'une amende soit suspendu durant la procédure de contrôle, il est nécessaire que la société sanctionnée bloque l'intégralité du montant de l'amende sur un compte bancaire spécifique.

4. Différents types de décisions

54. Une fois l'appel examiné, le tribunal rend en principe l'une des décisions suivantes: confirmation de la décision, annulation (totale ou partielle), adoption d'une nouvelle décision, ou renvoi de la décision à l'autorité de concurrence pour réexamen.

B. Difficultés rencontrées lors du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

55. Le contrôle juridictionnel est un élément essentiel permettant de garantir la pertinence des décisions rendues par les autorités de concurrence et la confiance dans le système. Toutefois, les pays en développement rencontrent souvent des difficultés dans la mise en place d'un système efficace pour le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence.

56. Certaines de ces difficultés découlent de l'état général du système judiciaire. Si les affaires de concurrence relèvent de la compétence des tribunaux ordinaires, alors tout problème affectant le système judiciaire en général, tel qu'un nombre de juges insuffisant

pour les affaires inscrites au rôle, aura également des répercussions sur les appels interjetés contre les décisions rendues dans les affaires de concurrence.

57. D'autres difficultés tenant à la nature spécifique de l'affaire de concurrence sont souvent très complexes et requièrent de solides connaissances juridiques ainsi qu'une parfaite compréhension de l'économie. Il n'est donc pas surprenant qu'un nombre insuffisant de juges qualifiés figure parmi les difficultés signalées par plusieurs États membres. En outre, dans de nombreux pays en développement, les affaires de concurrence sont traitées par les tribunaux ordinaires dont les juges n'ont pas l'expérience requise en la matière. Ce manque de qualification compromet la fiabilité du contrôle juridictionnel. Cela peut également inciter les autorités des pays en développement à ne pas imposer des sanctions ou à fausser leur imposition de sanctions afin de réduire le risque d'appels à effet débilant.

58. Afin de résoudre les problèmes précités, on peut notamment établir des entités spécialisées chargées d'examiner les appels interjetés dans les affaires de concurrence, par exemple en dédiant au sein du tribunal une chambre spéciale chargée de traiter ces recours ou en créant des tribunaux spécialisés pour le jugement des affaires de concurrence. Par ailleurs, il semble indispensable de renforcer les capacités des juges qui examinent les appels interjetés contre les décisions de concurrence. Pour ce faire, l'autorité de concurrence et les juges chargés de sa surveillance judiciaire pourraient, par exemple, créer des ateliers communs. De plus, l'adoption de lois et règlements plus faciles à appliquer et l'adoption de directives sur le prononcé des peines contribuera certainement à améliorer le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence.

59. La durée des procédures d'appel constitue une autre difficulté importante signalée par plusieurs pays dans les questionnaires. Le Pérou, par exemple, déclare que les procédures d'appel contre les décisions de concurrence peuvent durer jusqu'à cinq ans. Si la procédure s'éternise, il se peut que la décision de réexamen ne soit plus pertinente ou que d'énormes problèmes aient surgi quant à son application. Dans les cas de fusions, le temps est un facteur particulièrement crucial. Par conséquent, un pays peut souhaiter instaurer des procédures accélérées pour les appels interjetés contre les décisions interdisant une fusion. La Commission européenne fait savoir que «la procédure judiciaire prend normalement 2 à 3 ans. [...] Par conséquent, le Tribunal a adopté une procédure accélérée, par écrit et avec audition complète, qui lui permet de traiter complètement une affaire dans les 8 à 12 mois suivant la décision de la Commission. Il existe donc désormais une possibilité réaliste de contrôle judiciaire sur des affaires où le temps est important, telles les concentrations». Une telle procédure accélérée n'existe pas dans la plupart des pays en développement.

60. Bien qu'il ait été établi pour protéger les personnes physiques et morales contre les décisions abusives rendues par les établissements publics et pour instaurer la confiance dans le système, le contrôle juridictionnel peut produire l'effet contraire en portant atteinte à la réputation d'une autorité de concurrence. Ce risque se manifeste lorsqu'un grand nombre de décisions de l'autorité sont annulées ou substantiellement modifiées à la suite du contrôle. Afin de prévenir toute atteinte à leur réputation, il est donc recommandé aux autorités de concurrence créées depuis peu d'examiner attentivement les éléments et le contexte juridique de chaque jugement en appel en leur défaveur dans le but de se conformer à l'avenir aux exigences juridiques énoncées par le tribunal.

61. D'autres difficultés ont été recensées dans les questionnaires, en particulier en ce qui concerne l'absence de règlements relatifs au contrôle juridictionnel et à la décision de compétence entre les tribunaux administratifs et civils qui diminuent l'efficacité du contrôle juridictionnel. Enfin, la Croatie a fait observer qu'elle peine à prêter une attention suffisante aux changements constants de la législation non contraignante de l'UE qui, selon elle, constitue un instrument d'orientation pour sa propre interprétation du droit de la concurrence.

C. Conclusion et questions/points ouverts à discussion

62. Bien qu'il soit très largement reconnu que le contrôle juridictionnel des décisions rendues dans les affaires de concurrence découle nécessairement de la règle de droit et qu'il constitue l'un des éléments indispensables d'un système de droit de la concurrence bien conçu, les caractéristiques des systèmes de contrôle juridictionnel varient d'un pays à l'autre. Malgré ces grandes différences, on peut conclure que les autorités et organismes de concurrence rencontrent des difficultés similaires en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence. Dans ce contexte, il est suggéré aux délégués de soulever la question suivante durant les débats:

- a) Comment résoudre au mieux les difficultés résultant d'un nombre insuffisant de juges qualifiés pour traiter les affaires de concurrence?
 - b) Comment s'assurer que la durée de la procédure d'appel n'invalide pas la décision initiale rendue dans une affaire de concurrence?
-