

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE - DES INTENTIONS AUX PRATIQUES

Note de M. Michal S. Gal

1 et 2 décembre 2016

Cette note de M. Michal S. Gal (Professeur et directeur du Forum on Law and Markets de la Faculté de Droit de l'Université de Haïfa, Israël) est soumise en tant que document de référence à la session III du 15e Forum mondial sur la concurrence des 1 et 2 décembre 2016.

Les opinions et les arguments exprimés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur
<http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>*

Veillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson pour toute question relative à ce document [tél. : +33 1 45 24 18 77 ; courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03418186

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

-- Communication de M. Michal s. Gal¹ --

1. L'indépendance des autorités de la concurrence à l'égard du pouvoir politique : pourquoi ?

1. L'indépendance d'une autorité à l'égard du politique est son aptitude à prendre des décisions en l'absence de toute ingérence politique – ou presque. L'indépendance vis-à-vis des pressions politiques émanant du gouvernement est depuis longtemps reconnue comme un élément indispensable à la réalisation des objectifs des autorités réglementaires, y compris des autorités de la concurrence.

2. Les raisons en sont évidentes, et la note de référence de l'OCDE² présente des arguments solides en faveur de leur application :

- **Garantir et renforcer les compétences** : « quand le régulateur a besoin d'une expertise spécialisée, [il] se préserve le mieux au sein d'une unité spécialisée disposant de ressources exclusives. » La raison en est que « l'intervention du politique compromet l'élaboration de politiques de qualité lorsqu'elle amène l'autorité à assouplir l'application du droit de la concurrence pour servir des intérêts particuliers au détriment du bien-être de la société dans son ensemble »³.
- Créer un **engagement crédible** envers la politique gouvernementale qui ne pourrait être aisément modifiée. Comme indiqué dans la note de référence, « l'absence d'engagement de la part des décideurs en matière de droit et de politique de la concurrence peut avoir une incidence significative sur l'ensemble des entreprises et donc sur le fonctionnement de tous les marchés. »
- **Accroître la cohérence et la prévisibilité** : « L'éloignement des influences politiques est propre à engendrer une prise de décision réglementaire plus cohérente et prévisible. » L'indépendance peut également rehausser la **clarté et la visibilité** des paramètres de décision qui sont essentiels à l'établissement de lignes directrices à l'intention des entreprises.
- Préserver la confiance du public dans l'**objectivité et l'impartialité** des décisions.

3. J'ajouterais à tout cela ce qui suit :

¹ Professeur, Faculté de droit de l'Université de Haïfa, Président de l'*International Association of Competition Law Scholars* (ASCOLA). mgalresearch@gmail.com. Je tiens à remercier Tamar Indig et Adi Ayal pour leurs précieuses suggestions et observations.

² Note de référence de l'OCDE pour cette session.

³ William E. Kovacic et Marc Winerman, « The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness », 100 *Iowa L. Rev.* 2085 (2015). Voir également Mark Thatcher, « Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe », 9(6) *Journal of European Public Policy* 954 (2002).

- **Réduire l'utilisation des autorités de la concurrence en tant que pions sur l'échiquier politique** : une autorité qui n'est pas indépendante dans le choix des affaires qu'elle traite peut parfois servir de pion dans un jeu gouvernemental vis-à-vis de l'opinion publique, sous une forme qui n'améliore pas le bien-être social. Deux exemples peuvent illustrer cet argument. Le premier a trait à la façon dont certains États ont traité les réclamations relatives aux prix élevés du pétrole⁴. Pour donner l'impression qu'une réponse y était apportée, les autorités de la concurrence ont été chargées de mener une enquête, nonobstant l'absence d'un outil efficace pour s'attaquer au cœur du problème, à savoir l'entente illégale sur les prix du cartel de l'OPEP. Consacrer les rares ressources allouées aux enquêtes à une entreprise de cette nature peut sembler vain, puisque la fixation des prix par un gouvernement ne relève pas du champ de compétence du droit de la concurrence. Pourtant, les pouvoirs publics se sont servis des autorités de la concurrence pour calmer l'opinion publique en la chargeant de mener une action sur le marché concerné. Un exemple plus récent a trait aux appels politiques à régler les problèmes relatifs à la protection de la vie privée soulevés par des entreprises numériques comme Google dans le cadre du droit de la concurrence.
- M. Josef Stiglitz, lauréat du prix Nobel, professe que « la captation intervient aussi de manière plus subtile : par la promulgation d'idées »⁵. Il exhorte donc les gouvernements à veiller à ce que le point de vue de ceux dont les intérêts risquent d'être lésés par les défaillances de la réglementation soit bien représenté dans les procédures réglementaires. L'indépendance permet parfois de satisfaire à ce besoin en **renforçant le rôle des autorités de la concurrence à l'appui d'un accroissement du bien-être grâce à la concurrence** et leur aptitude à remplir efficacement ce rôle.
- L'indépendance peut **rehausser la réputation** des autorités de la concurrence auprès de la population et du gouvernement, et accroître par là même leur capacité à s'attaquer à des tâches plus difficiles. Ces retombées favorables sur leur image peuvent à leur tour favoriser la concurrence à longue échéance, moyennant une augmentation des ressources dont les autorités responsables disposent ou une plus grande disposition à tenir compte de leurs suggestions.
- L'indépendance peut également **améliorer l'efficacité**, de deux manières au moins : d'une part, elle évite aux autorités de la concurrence de devoir déployer des efforts de persuasion et d'utiliser leur influence à chaque affaire, puisqu'elles peuvent rapidement appliquer le droit de la concurrence. D'autre part, les parties privées seront peut-être plus disposées à dénoncer les comportements inquiétants à des autorités impartiales, ce qui économise les ressources publiques affectées aux enquêtes.

4. De solides raisons justifient donc l'indépendance des autorités de la concurrence à l'égard du politique. Dans ce contexte, ce bref exposé se concentrera sur deux points essentiels :

- Il examinera la question provocante de savoir si cette indépendance peut être excessive. Je ferai fond pour cela des théories relatives à l'indépendance des autorités de la concurrence qui mettent en lumière des mécanismes de conception optimaux.

⁴ Michal S. Gal, « Reality Bites (or Bits): The Political Economy of Competition Policy in Small Economies » in *International Antitrust Law and Policy* (Barry Hawk, dir. pub., Juris. Publishing, 2002), 605.

⁵ Josef Stiglitz, « Regulation and Failure » in *New Perspectives on Regulation* (D. Moss et J. Cisternino dir. pub., The Tobin Project, 2009) 13, pp.13 et 20. Il note par exemple que « ces dernières années, le secteur financier a activement soutenu l'idée selon laquelle les marchés pouvaient s'autoréglementer ».

- Il analysera certaines des conditions nécessaires à l'indépendance dans différents contextes.

2. L'indépendance peut-elle être excessive ?

5. Il est largement admis que l'indépendance des autorités de la concurrence vis-à-vis d'autres organismes publics est une condition *sine qua non* à l'application efficace du droit de la concurrence. Pour autant, cette indépendance peut-elle être excessive ? Vous serez tous d'accord avec moi pour dire que manger des éclairs est un vrai plaisir. Mais en manger trop pourrait en fait être déplaisant et malsain. En va-t-il de même de l'indépendance des autorités de la concurrence ? La réponse est un « oui » prudent : dans certaines situations, l'indépendance peut être excessive. Pourquoi ce oui est-il prudent ? Parce que la réponse peut varier selon les activités que les autorités de la concurrence accomplissent, et selon l'environnement général, comme le contexte institutionnel, dans lequel elles opèrent.

6. Prenons pour commencer un cas relativement simple : l'indépendance des autorités à se prononcer dans une affaire faisant uniquement intervenir des principes liés au droit de la concurrence, et où l'application de ces principes augmentera le bien-être social. Dans ce cas, une ingérence d'ordre politique suscite tous les dysfonctionnements évoqués plus haut.

7. Néanmoins, dans le monde réel, toutes les affaires ne portent pas sur des problèmes purement liés au droit de la concurrence et relevant tous parfaitement de la compétence des autorités de la concurrence. Deux cas peuvent être évoqués à titre d'illustration :

- **Les efforts de sensibilisation** aux lois, règlements, ou mesures réglementaires qui ne sont pas encore adoptés ou appliqués et portent sur des questions de concurrence qui ne relèvent pas strictement de la compétence des autorités de la concurrence.
- Un problème législatif ou réglementaire qui fait intervenir plusieurs éléments – dont quelques-uns seulement ont trait au droit de la concurrence- et qui appelle un équilibre entre **différentes considérations de principe**. Une autre solution serait l'intervention concertée de plusieurs autorités de réglementation dans un **espace réglementaire commun**.

8. Ces cas, soutient-on, appellent un équilibre plus subtil entre l'indépendance et d'autres objectifs pour garantir un accroissement du bien-être social. En fait, l'indépendance des autorités de la concurrence n'est pas un concept binaire, mais plutôt une question de degré, à ajuster pour réaliser les objectifs énoncés ci-dessus. Nous allons donc examiner plusieurs scénarios dont les éléments doivent être soigneusement mis en équilibre.

2.1 L'indépendance n'implique pas une séparation structurelle complète

9. L'un des moyens proposés pour assurer l'indépendance des autorités réglementaires est leur séparation structurelle des autres organismes publics, par exemple sous forme d'organisme autonome qui ne relève pas des ministères existants et ne fait partie d'un ministère exécutif.

10. La séparation structurelle ne doit cependant pas aller trop loin. Pour les autorités de la concurrence, l'un des principaux moyens d'influer sur l'adoption de mesures propices à la concurrence et d'instaurer une culture de la concurrence consiste à limiter la mise en place par le gouvernement de freins injustifiés à la concurrence. En effet, certaines des entraves les plus puissantes et durables à la concurrence sont instaurées par les pouvoirs publics. Elles mobilisent les pouvoirs publics qui doivent assurer leur application, et sont en outre difficiles à réformer compte tenu de la captation politique et des arguments en faveur de la reconnaissance par l'État des droits protégés. Les autorités de la concurrence, compte tenu de

leurs compétences spécifiques, ont un rôle important à jouer pour veiller à ce que l'intérêt public de la concurrence soit suffisamment pris en compte dans les travaux législatifs et réglementaires.

11. Une autorité trop éloignée du centre du pouvoir risque de ne pas être en mesure de remplir efficacement cette fonction⁶. Comme le souligne Lowe, une autorité de la concurrence ne peut pas se permettre d'être isolée ou mal informée, en particulier si elle est censée participer à la création d'un cadre réglementaire en matière de concurrence. Une séparation structurelle complète n'est donc pas souhaitable. Kovacic et Winerman donnent l'explication suivante :

« Un autre arbitrage existe entre l'indépendance et l'efficacité de l'autorité de la concurrence. Une fonction utile de l'autorité de la concurrence consiste à plaider en faveur de politiques propices à la concurrence auprès des assemblées législatives et autres administrations publiques. Pour remplir cette fonction, elle doit coopérer avec les élus. Une autorité de la concurrence entièrement autonome ne pourra pas nouer les relations politiques nécessaires pour mener une action de sensibilisation utile, ou être consultée en temps opportun pour que ses points de vue soient pris en compte dans la formulation des mesures législatives ou réglementaires. »⁷

12. Ce point peut revêtir une importance particulière dans les économies en transition. La Russie en est un exemple passionnant. Ce pays a adopté une loi antimonopole dans le cadre de réformes d'envergure visant à transformer un État communiste centralisé en une économie faisant une plus grande part au marché. Le ministère Antimonopole russe était dirigé par un ministre qui est un membre actif du gouvernement. Cela s'est avéré bénéfique dans les premiers temps suivant l'adoption de la loi sur la concurrence. Les principes du droit de la concurrence étaient si éloignés des principes bien ancrés que, pour être efficace, le président de l'autorité de la concurrence devait être une figure politique forte participant aux discussions ministérielles sur l'adoption de la politique économique. Même si certaines décisions reposaient sur des considérations politiques, d'autres n'auraient pas pu être prises ou mises en œuvre sans un pouvoir politique fort. Une fois le nouvel ordre économique parvenu à maturité, il sera éventuellement judicieux de changer l'organisation institutionnelle et de créer une autorité plus autonome.

13. Il convient de souligner que la nécessité de veiller à ce que l'autorité de la concurrence ne soit pas isolée des autres branches du gouvernement ne signifie pas que l'indépendance ne présente pas d'intérêt, mais plutôt qu'un équilibre doit être établi, en tenant compte des principes suivants :

- Il existe entre l'indépendance et l'aptitude à influencer d'autres organismes réglementaires un lien important pour l'amélioration du bien-être : l'indépendance de l'autorité dans l'application du droit de la concurrence, qui consolide sa réputation en tant que protectrice de la concurrence,

⁶ Ce point est également relevé dans la note de référence de l'OCDE: « lorsqu'il s'agit des activités de promotion de la concurrence menées par les autorités en la matière, en particulier d'activités s'adressant à d'autres organismes publics chargés de la réglementation, certains observateurs font remarquer qu'une autorité de la concurrence séparée peut pâtir d'un handicap stratégique. »

⁷ Kovacic et Winerman, p. 2091. Les auteurs ajoutent : « il n'est pas toujours souhaitable, pour assurer l'efficacité de l'autorité de la concurrence, de chercher à l'isoler au maximum des forces politiques. Des formes permettant une plus grande séparation du processus politique peuvent priver l'autorité de sa capacité à promouvoir efficacement la concurrence lorsqu'elle utilise d'autres outils que la procédure judiciaire. Des organismes publics autres que l'autorité de la concurrence prennent un certain nombre de décisions qui déterminent la forme et la vigueur de la concurrence. Cela comprend les choix de régulateurs sectoriels concernant l'entrée sur le marché et la tarification, les décisions législatives portant sur des questions comme les subventions et la protection du commerce, et des mesures appliquées par les autorités à l'échelon régional et local en matière de délivrance de permis d'opérer sur le marché. Si une autorité de la concurrence n'a pas de lien avec le processus politique, elle court le risque de ne pas être entendue lorsque [des] décisions sont prises [par des instances politiques]. » (p. 2107).

fait partie des éléments qui lui confèrent le pouvoir et le prestige nécessaires pour mener des activités de sensibilisation.

- Même s'il existe une séparation structurelle, les procédures, règlements et lois peuvent être conçus de manière à ce que l'autorité de la concurrence soit bien informée et exerce une influence dans le cadre des travaux réglementaires et législatifs⁸, ceci afin que son indépendance ne soit pas synonyme d'isolement. Cela implique toutefois que les autres branches de l'administration publique ne doivent pas être pas indépendantes de l'autorité de la concurrence, et non l'inverse.
- L'autorité de la concurrence doit veiller à ce qu'il n'existe pas de séparation compromettant son aptitude à remplir sa fonction.

2.2 *L'indépendance ne suppose pas l'absence de mise en commun des renseignements et des compétences*

14. Dans certains cas, d'autres organismes réglementaires disposent d'informations et de compétences pertinentes. L'indépendance ne doit alors pas empêcher l'autorité de la concurrence de demander et d'utiliser ces avantages comparatifs. Il convient au contraire d'établir des procédures institutionnelles à cette fin. L'inverse se vérifie également, si c'est l'autorité de la concurrence qui possède les compétences en question.

2.3 *L'indépendance dans un espace réglementaire commun*

15. La gouvernance moderne se caractérise souvent par la délégation fragmentée et imbriquée de compétences à différentes autorités, chacune étant responsable d'un segment d'un ensemble plus vaste⁹. Lorsque plusieurs autorités interviennent dans un espace réglementaire commun, la coordination offre une solution prometteuse aux difficultés rencontrées¹⁰.

16. Cela s'applique également aux affaires relevant du droit de la concurrence. La faillite d'une entreprise, par exemple, soulève des questions relatives au degré de concurrence, mais aussi des problèmes macroéconomiques plus larges, comme l'emploi et la sociodémographie. Les marchés numériques ont soulevé des problèmes interdépendants de concurrence, d'innovation et de protection de la vie privée. Il en va de même de nombreuses autres questions. Pour établir une réglementation efficace dans ces contextes, il faut concilier des intérêts plus nombreux, qui dépassent les seules questions de concurrence. L'autorité de la concurrence, néanmoins, n'a qu'une corde à son arc – corde dont elle sait toutefois bien se servir – et ne s'intéresse qu'aux questions relevant du droit de la concurrence. De ce fait, l'habiliter à prendre des décisions indépendantes, uniquement fondées sur les principes du droit de la concurrence, peut poser problème si un poids décisif est conféré à ces décisions. La situation la plus complexe est celle où un **pouvoir de veto**, *de jure* or *de facto*, lui est accordé. Dans ce cas, son point de vue étroit par nature peut aboutir à un résultat sous-optimal. La solution passe plutôt par la coopération et la coordination. Un autre cas où la coordination s'impose est celui où la coopération entre les différentes autorités de réglementation est indispensable pour assurer l'efficacité et l'efficacité de la mesure corrective ou de la sanction.

⁸ Voir par exemple Michal Gal et Inbal Faibish, « Six Principles for Limiting Government-Facilitated Restraints on Competition », 44 *Common Market Law Review* 69 (2007).

⁹ J. Freeman et J. Rossi, « Agency Coordination in Shared Regulatory Space » 125 *Harv. L. Rev.* 1133 (2012), p. 1134.

¹⁰ Id.

17. L'indépendance de l'autorité de la concurrence est-t-elle forcément incompatible avec la coopération ? La réponse est négative. Une analyse minutieuse de l'interaction entre ces deux principes s'impose toutefois. On trouvera ci-après quelques suggestions et observations qui pourront servir de guide lorsqu'une affaire s'inscrit dans l'espace réglementaire commun.

18. *Primo*, comme indiqué plus haut, lorsque des considérations non fondées sur le droit de la concurrence jouent un rôle de premier plan dans la formulation d'une décision qui renforce le bien-être global, il ne faut pas conférer à la décision de l'autorité de la concurrence un poids décisif. On notera que ce poids peut lui être conféré directement ou indirectement – si, selon les procédures en place, le renversement de sa décision serait trop coûteux ou fastidieux pour être réalisable.

19. *Secundo*, même dans un espace réglementaire commun, l'indépendance peut présenter un intérêt. Si l'autorité de la concurrence privilégie un seul élément, et soumet ses conclusions à une instance dotée d'une fonction de décision tenant compte de l'intérêt de tous, les effets sur la concurrence seront clairement énoncés et observés. Cela peut également signifier qu'il serait plus difficile pour l'instance responsable de la décision finale de faire abstraction de ces considérations¹¹.

20. *Tertio*, même si l'autorité de la concurrence est habilitée à publier un avis séparé ou à prendre une décision déterminante – en tout ou en partie – dans une affaire où des considérations non liées à la concurrence entrent également en ligne de compte (par exemple, si elle est habilitée à réaliser une vaste étude de marché qui n'est pas limitée à des questions de concurrence et à faire respecter ses conclusions), elle ne doit pas ignorer les retombées de ses décisions et actions sur d'autres régulateurs¹².

- La décision peut influencer sur la réputation d'autres autorités réglementaires : une décision prise dans un espace réglementaire commun est comparable au lancer d'un caillou dans une rivière, dont l'impact produit des cercles qui vont s'élargissant. Les observations ou décisions de l'autorité de la concurrence peuvent avoir des répercussions sur le ministère compétent, voire sur l'ensemble de l'administration publique. Une action qui met en évidence les défauts de la réglementation ou des décisions qui ont créé (ou échoué à diminuer) les obstacles à la concurrence sur le marché risquent fort de ternir l'image du gouvernement aux yeux du public. Cet effet sera d'autant plus prononcé si la décision de l'autorité de la concurrence dévoile le coût pour le public d'une réglementation par ailleurs inefficace.
- Cette situation peut créer des externalités positives sur d'autres autorités de réglementation ou organismes publics dans la mesure où elle redéfinit et renforce les incitations des autres autorités de réglementation à intervenir davantage en amont pour trouver des solutions aux dysfonctionnements du marché de manière à restreindre l'examen (ou l'intervention) de l'autorité de la concurrence¹³.
- Elle pourrait cependant aussi amener ces instances de réglementation à faire pression sur le gouvernement pour limiter les pouvoirs de l'autorité de la concurrence ou pour prendre des mesures volontaristes, quoique dissimulées, pour réduire le budget de l'autorité de la concurrence ou ternir sa réputation, de manière à ce que le gouvernement ou le public ne donne guère d'importance à ses interventions. En effet, plus l'autorité jouit d'un degré d'indépendance élevé, plus les responsables politiques aspirent à atténuer ses pouvoirs. En particulier, « si d'autres

¹¹ Tamar Indig et Michal S. Gal, « New Powers – New vulnerability? A critical analysis of market inquiries », in *Competition Law as Regulation* 89 (DiPorto et Drexler dir. pub., Edward Elgar, 2015).

¹² Id.

¹³ Voir, par exemple, D.E.M. Sappington and D.L. Weisman, « Regulating Regulators in Transitionally Competitive Markets » 41 *J. Reg. Econ.* 19 (2012), p. 32.

autorités publiques estiment que l'autorité de la concurrence ne fait pas cas de leurs inquiétudes, elles trouveront sans doute les moyens, directs et indirects, d'amenuiser son importance dans le processus décisionnel. Une autonomie de courte durée, exercée avec mordant, peut donner lieu à des réformes législatives qui compromettent cette autonomie même »¹⁴.

- Cette situation pourrait également influencer sur la disposition d'autres autorités de réglementation à coopérer et, partant, limiter l'efficacité des mesures réglementaires compte tenu du risque que d'importantes réformes ne soient pas appliquées suite à leur rejet, à leur contournement ou à leur abandon par d'autres organismes publics, et du risque corollaire que l'influence relative de l'autorité de la concurrence diminue. C'est tout particulièrement le cas des décisions dont les conclusions doivent être expliquées et « vendues » et dont il faut convaincre d'autres institutions publiques d'y donner suite (comme les études de marché).
- Par ailleurs, des autorités de la concurrence qui anticiperaient de telles réactions seraient peut-être moins motivées à investir dans certaines interventions. Dans d'autres cas, elles pourraient adapter les mesures correctives de manière à éviter ces réactions, même si cela suppose d'opter pour des solutions de compromis.

21. Au vu de l'analyse qui précède, la coopération et la coordination offrent des perspectives intéressantes en ce qu'elles devraient favoriser une internalisation véritable et durable des avantages de la concurrence, et un respect de ses règles fondé sur leur acceptation, par opposition à une évaluation des risques et des sanctions. Comme déjà signalé, cette coopération n'est pas incompatible avec l'indépendance. Au contraire, l'indépendance peut rehausser la capacité à obtenir un résultat, compte tenu du pouvoir qu'elle donne à l'autorité de la concurrence. En parallèle, il serait raisonnable, lors du recrutement de son personnel et de ses dirigeants, de prendre également en considération les compétences personnelles qui favorisent la coopération entre individus.

22. Les avantages de la coordination sont à l'évidence fonction de la forme qu'elle revêt et des raisons qui ont à l'origine amené les législateurs à définir un espace réglementaire commun particulier¹⁵. Par exemple, s'agissant de la première phase d'une intervention dans le cadre du droit de la concurrence – l'analyse de marché – les autorités de la concurrence peuvent incontestablement tirer profit de la coordination, qui peut économiser des frais de collecte d'informations et produire une analyse plus précise compte tenu de l'apport des autorités généralement chargées de réglementer le marché concerné. Les activités redondantes et les discordances en seront également diminuées¹⁶. La coordination facilite ces progrès tout en préservant l'indépendance de chaque autorité, ce qui favorise une concurrence productive entre autorités et le fonctionnement permanent de laboratoires d'idées distincts.

23. Dans les cas où la coopération est bénéfique, quel sont les outils les plus performants ? Freeman et Rossi recensent trois catégories d'instruments de coordination : la concertation, les accords, et la formulation commune de politiques. Chacun deux peut être recommandé dans différents contextes, selon l'équilibre à établir.

2.4 Une indépendance totale à l'égard de considérations générales est impossible

24. Une indépendance complète à l'égard des considérations politiques, au sens large, n'est pas toujours possible ou garantie, car certaines des décisions vont à l'encontre de ces considérations. En effet, comme l'a relevé l'OCDE, « les questions de redistribution sont par nature plus politiques qu'il ne

¹⁴ Kovacic et Winerman, supra, p. 2107.

¹⁵ Freeman et Rossi, supra, p. 1137 et p. 1144.

¹⁶ Ibid., 1182.

convient à un organisme qui doit être considéré comme exerçant une surveillance impartiale et comme soucieux de promouvoir le bien-être général »¹⁷. À titre d'exemple, la décision d'appliquer les principes de protection du consommateur plutôt que de promouvoir le bien-être global a des effets redistributifs substantiels qui appellent une décision politique.

25. La question se pose alors de définir comment cette caractéristique intrinsèque doit – ou non – influencer sur l'indépendance de l'autorité de la concurrence. Une façon de résoudre ce problème consiste à intégrer des principes (plus) clairs dans le droit de la concurrence de manière à guider l'autorité dans ses choix. Cette méthode n'affaiblit pas les arguments en faveur de l'indépendance. De la même façon, les grands choix stratégiques ne doivent pas relever uniquement de l'autorité¹⁸.

26. Une autre méthode consiste à établir un mécanisme auquel le gouvernement peut faire appel pour garantir la réalisation des objectifs plus larges de l'action publique (souvent dénommés « objectifs d'intérêt public »). Là encore, j'avancerais que l'indépendance de l'autorité dans la formulation d'une décision fondée sur le droit de la concurrence ne doit pas être compromise, en ce sens qu'il convient que les considérations liées à la concurrence soient clairement analysées et énoncées par l'autorité de la concurrence, même si l'instance responsable de la décision finale ne leur donne pas ultérieurement un poids décisif.

2.5 Examen des interventions de l'autorité de la concurrence

27. Nous avons jusqu'ici supposé que l'autorité de la concurrence est toujours compétente et sérieuse. Si nous assouplissons cette hypothèse (situation qui peut se produire même si la désignation des dirigeants est apolitique), le risque surgit que l'autorité n'agisse pas dans le souci du bien-être général. Il convient en outre de veiller à ce que son indépendance n'aille pas de pair avec une déresponsabilisation. Casazza avance un argument solide : « [l'indépendance] a pour vertu apparente de mettre les actions de l'autorité à l'abri d'influences politiques fâcheuses, mais [elle] la dispense aussi de toute responsabilité politique... »¹⁹.

28. Cela appelle un mécanisme de contrôle entre autorités de réglementation qui ne s'accommoderait pas d'une indépendance complète de l'autorité de la concurrence. En fait, la plupart des décisions des

¹⁷ Comité de la concurrence de la Direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE, Les tables rondes sur la politique de la concurrence : Études de marché (Droit et politique de la concurrence, OCDE, 2008), disponible à l'adresse suivante <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41721965.pdf> (consulté le 2 avril 2014), pp. 8, 218 et 234.

¹⁸ Kovacic et Winerman, supra : « Une définition plus adéquate de l'indépendance consiste à la circonscrire à l'exercice par l'autorité de son pouvoir d'engager des poursuites ou de promulguer des dispositions réglementaires, par exemple des règles qui fixent des normes de conduite contraignantes. Des garde-fous doivent décourager l'intervention des pouvoirs politiques en vue de guider ou d'imposer les décisions relatives aux enquêtes, aux affaires, ou à la réglementation et également, si possible, à l'engagement de procédures. Ces garde-fous ne doivent cependant pas empêcher les institutions politiques de formuler des conseils ou des recommandations portant sur des questions plus larges... Il conviendrait que les autorités politiques énoncent plus généralement leur point de vue – dans le cadre d'une audience parlementaire par exemple – pour estimer si l'approche de l'autorité de la concurrence à l'examen des fusions est trop tolérante ou trop stricte. » p. 2098.

¹⁹ David Casazza, « Liberty Requires Accountability: Checking Delegations to Independent Agencies » 38 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 729 (2015), pp. 730-731. Voir également Kovacic et Winerman, supra : « Des garanties intégrales de l'indépendance de l'autorité diminueraient sensiblement – à vrai dire, inacceptablement – sa responsabilité...l'isolement de toute influence extérieure ...serait jugée illégitime et indéfendable dans la plupart des systèmes ».

autorités de la concurrence sont subordonnées à l'examen d'un organisme de contrôle (en principe un tribunal). Néanmoins, pour que l'autorité puisse généralement réaliser ses objectifs, quelques restrictions s'imposent. Par exemple, les charges de la preuve et les raisons motivant une intervention doivent être définies de manière à limiter les ingérences dans toute la mesure du possible. Il est également essentiel que l'organisme de contrôle soit lui-même impartial et compétent, et qu'il soit tenu de motiver précisément sa décision²⁰.

29. En conclusion de cette partie, je dirai que pour améliorer le bien-être social, l'indépendance des autorités de la concurrence, quoiqu'importante, ne doit pas toujours être complète. Des mécanismes de contrôle doivent être établis, selon les activités confiées à l'autorité, les objectifs à réaliser, et les conditions en vigueur dans chaque juridiction.

3. Conditions nécessaires à l'indépendance

30. Dans les limites exposées dans la deuxième partie, l'indépendance doit être encouragée car elle sert des objectifs de premier plan, définis en première partie. Cette troisième partie se penche donc sur certaines des conditions qui renforcent l'indépendance.

31. Le remède miracle qui éliminera toutes les influences politiques indésirables sur le droit de la concurrence n'a pas encore été découvert. L'autorité de la concurrence est, par nature, exposée à des pressions politiques internes au sein de notre système de gouvernement. Des institutions et une planification sociale soigneusement conçues peuvent cependant considérablement atténuer l'influence des intérêts politiques. Il s'agit de trouver les moyens d'exploiter et de guider les motivations politiques qui posent problème au profit des objectifs à long terme de l'autorité de la concurrence. Les outils adéquats varieront peut-être d'une juridiction à l'autre, selon le contexte idéologique et socioéconomique, mais plusieurs conviendront à bon nombre d'entre elles.

32. **Dans quels cas l'indépendance de l'autorité de la concurrence peut-elle être plus nécessaire ?** Cela dépend en grande partie des mécanismes de contrôle déjà en place au sein de l'administration publique. Les petits pays exercent généralement davantage de pressions politiques sur les autorités de la concurrence que les grands, toutes choses étant égales par ailleurs. Cela tient à ce que le pouvoir économique y est généralement concentré dans les mains de quelques-uns, plutôt que réparti entre de nombreux petits groupes. Les petits pays sont généralement dominés par plusieurs grands conglomérats qui disposent de plus amples moyens pour surmonter les obstacles élevés à l'entrée qui existent dans bon nombre des secteurs. Qui plus est, les élites économiques et politiques sont souvent imbriquées. Cette réalité rend plus probables les activités de lobbying, les comportements de recherche de rentes et l'exercice d'influences politiques aux fins d'objectifs privés²¹. Cela peut aussi se vérifier dans d'autres juridictions, indépendamment de leur taille, lorsque d'autres conditions augmentent le risque de captation, par exemple lorsque le degré de concentration globale est élevé²².

²⁰ Kovacic et Winerman, *supra*, notent que « les relations de l'autorité avec les tribunaux, dans le cadre d'un examen juridictionnel des décisions finales de l'autorité en rapport avec une procédure judiciaire par exemple, garantissent qu'elle opère dans les limites fixées par les actes constitutifs et les statuts ». Les auteurs soulignent toutefois que le contrôle juridictionnel ne garantit pas pleinement la responsabilité de l'autorité.

²¹ Michal S. Gal, *Competition Policy in Small Market Economies* (Harvard University Press, 2003).

²² Voir par exemple Michal S. Gal et Thomas Cheng, « Aggregate Concentration Concerns: Competition Law Solutions? » *Journal of Antitrust Enforcement* (2016)(à paraître).

33. **Comment renforcer l'indépendance ?** La note de référence de l'OCDE portait essentiellement sur les questions relatives au recrutement et aux conditions d'emploi des hauts dirigeants, au statut de l'autorité, à ses ressources, à la définition de ses priorités et à sa supervision, aux objectifs du droit de la concurrence et aux organismes de contrôle compétents. Je souhaiterais en examiner quelques autres, que je séparerais en deux groupes : les instruments qui limitent dès le départ les pressions politiques extérieures, et ceux qui rehaussent la capacité et la motivation de l'autorité de la concurrence à leur faire face, tout en reconnaissant qu'il existe une corrélation entre les deux.

34. Un point général est établi : l'environnement dans lequel les autorités de la concurrence opèrent est dynamique. En conséquence, elles doivent toujours être à l'affût des évolutions institutionnelles, économiques et idéologiques susceptibles d'appeler une refonte de leurs instruments. Par exemple, si la population et l'administration publique prennent davantage conscience de l'importance du droit de la concurrence, ils accepteront mieux les instruments qui favorisent l'indépendance de l'autorité.

3.1 *Instruments qui limitent dès le début les pressions politiques*

35. **Transparence :** l'indépendance sans la transparence ne vaut pas grand-chose. Cela recouvre la transparence des procédures et règlements administratifs, le droit de comparaître devant les organismes d'application sauf motif sérieux s'y opposant, la publication de décisions entièrement motivées et, si possible, la gestion d'un site web où l'autorité publie ses décisions, directives, discours et autres déclarations publiques. Cette transparence atténue les pressions politiques car elle pourrait révéler des tentatives d'influer abusivement sur les décisions.

36. **Sanctions pour ingérence dans une enquête :** les sanctions pour ingérence dans une enquête en cours, et tout particulièrement l'attribution de la qualification pénale à une procédure en application du droit de la concurrence, peuvent contribuer à limiter les pressions politiques sur les autorités de la concurrence. Là où l'ingérence dans une enquête pénale en cours est un délit, les responsables politiques réfléchiront à deux fois avant d'intervenir, à moins qu'ils ne bénéficient de l'immunité judiciaire.

37. **Sensibilisation des pouvoirs publics :** l'autorité de la concurrence joue un rôle central en aidant les organismes publics et les autres autorités réglementaires à prendre conscience des retombées de leurs décisions sur la concurrence et à les analyser. En modifiant les perceptions et l'appréciation des instances de décision, elle peut modifier la gamme des solutions qu'elles jugent rationnelles et acceptables, et prévenir ainsi des pressions politiques qui auraient autrement pu s'exercer. L'idéal serait de bâtir une argumentation convaincante en faveur de la concurrence dans laquelle l'autorité mettrait en avant les pratiques et les exemples de réussites tirés de l'expérience antérieure de sa propre juridiction, et de celles d'autres juridictions présentant des caractéristiques relativement similaires²³.

38. **Sensibilisation du public :** elle peut influencer indirectement sur les pouvoirs publics, sous deux formes. D'abord, elle permet de mieux faire accepter les politiques favorables aux marchés et, partant, d'accroître la disposition des pouvoirs publics à les adopter tout de suite. Ensuite, une sensibilisation du public aux avantages dérivant de l'application du droit de la concurrence peut amener la population à exercer des pressions sur le gouvernement pour qu'il réforme ses politiques. Les stratégies visant à mobiliser l'appui de la population à l'application du droit de la concurrence revêtent donc une grande importance. L'autorité de la concurrence doit toutefois faire preuve de prudence dans cette démarche car

²³ Michal S. Gal, « The Ecology of Antitrust: Preconditions for antitrust Enforcement in Developing Countries » in *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries* (Brusick, Alvarez, Cernat et Holmes dir. pub., ONU, 2004), 22.

elle fait partie intégrante de l'administration publique et ne doit pas prendre de mesures allant trop à l'encontre des objectifs déclarés du gouvernement²⁴.

39. **Exercer des pressions en faveur de la concurrence au sein de l'administration publique :** Cette démarche requiert un point d'ancrage ou un parrain politique pour le droit de la concurrence ; il peut s'agir d'un organisme puissant sur le plan politique, comme le Cabinet du Premier ministre, ou d'un responsable politique moins influencé par les groupes de pression et des considérations étroites, soit parce qu'il n'a pas besoin de l'appui des groupes d'intérêt pour assurer sa survie politique, soit parce que sa détermination à adopter une loi sur la concurrence est plus forte que sa disposition à céder aux groupes de pression. Les dirigeants politiques sont souvent les mieux placés pour engager une réflexion stratégique sur la façon de gérer l'opposition, mettre à profit les moments opportuns et former des coalitions en faveur d'une réforme. Ils ont souvent une connaissance approfondie des relations de pouvoir susceptibles de faire obstacle à la réforme, et sont en mesure de définir minutieusement le contenu, le calendrier et l'ordonnancement des réformes pour mobiliser les appuis et maîtriser l'opposition.

40. **Alliés internationaux :** les sources extérieures, comme les institutions internationales (OCDE, Banque mondiale, CNUCED, ou OMC par exemple) ou les partenaires commerciaux, permettent parfois de régler des problèmes d'économie politique interne. Ces pressions extérieures ne se justifient toutefois que lorsqu'elles rejoignent la politique socioéconomique souhaitée par le pays sur lequel elles sont exercées.

3.2 *Instruments qui rehaussent la capacité et la motivation de l'autorité de la concurrence à faire face aux pressions*

41. L'indépendance n'est pas une situation figée. Elle est plutôt exceptionnelle dans un cadre gouvernemental et des pressions s'exerceront toujours, de l'intérieur de l'administration publique comme de l'extérieur, pour tenter de limiter celle de l'autorité de la concurrence. Les groupes de pression tenteront parfois de nuire à la réputation de l'autorité ou d'user de leur influence pour la priver de ses moyens d'action. L'autorité de la concurrence consciente de cette situation doit définir plusieurs mesures visant les pouvoirs publics, le milieu des affaires et les tiers, pour parer à la possibilité que son indépendance soit compromise.

42. **Mobiliser un large soutien.** Une méthode consiste à mobiliser le soutien massif d'une opinion publique bien informée au droit de la concurrence. Celle-ci pourra réorienter les intérêts politiques des responsables sur des objectifs généraux et de long terme, et les amener à exploiter leurs ambitions personnelles de manière plus constructive et surtout efficiente. Même si les hommes politiques ne voient pas plus loin que les prochaines élections, il se peut que les intérêts de leurs électeurs s'inscrivent dans la durée et ne portent pas sur un secteur particulier. La sensibilisation de l'opinion publique a donc pour effets de repousser l'horizon temporel des responsables politiques et de réduire les atteintes à l'indépendance de l'autorité de la concurrence.

43. **Faire connaître les économies réalisées.** Un autre moyen, que certaines autorités de la concurrence utilisent déjà, consiste à publier les économies réalisées grâce à l'application du droit de la concurrence en comparaison au budget de l'autorité. Pour des raisons similaires à celles analysées au paragraphe précédent, cette méthode diminue la probabilité que le budget de l'autorité soit réduit pour des motifs politiques.

44. **Mettre en évidence la différence entre un rendement immédiat et des effets à long terme.** On peut étayer la recommandation précédente en soulignant la différence entre rendement immédiat et effets à

²⁴

Id.

long terme. Cela renforcera la prise de conscience du public, en la recentrant sur les effets à long terme plutôt qu'à court terme.

45. **Outils d'enquête.** De vastes pouvoirs d'enquête peuvent renforcer l'indépendance des autorités de la concurrence. Pour être efficaces, celles-ci doivent être en mesure de surveiller les marchés et d'obtenir des informations sur la conduite des participants. À ces fins, elles doivent être dotées d'outils d'investigation qui leur permettent d'obtenir les renseignements nécessaires. Des sanctions élevées pour non-coopération à l'enquête doivent également être en place. En l'absence de ces pouvoirs, l'autorité de la concurrence sera tributaire d'autres organismes réglementaires pour remplir sa mission, situation que d'autres pourront exploiter abusivement pour entraver son action, et limiter ainsi son indépendance.

46. **Application de sanctions et de mesures correctives :** Pour des raisons analogues, une autorité de la concurrence qui est investie du pouvoir d'appliquer des sanctions et des mesures correctives en cas de violation du droit de la concurrence voit son indépendance renforcée.

47. En conclusion, de nombreux instruments peuvent accroître, à certains égards, l'indépendance de l'autorité de la concurrence. Dans la pratique, leur adoption et leur application sont fonction de l'environnement idéologique, juridique et socioéconomique de chaque juridiction.