

## Actualités



OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES

839

**« Le domaine de la régulation de la concurrence nécessite d'être attentifs aux systèmes existants à l'étranger »**

**3 questions à Jean-Michel Darrois, avocat, président de l'Observatoire international des régulations économiques**

**et Angélique Delorme, maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteure générale de l'Observatoire international des régulations économiques**

L'Observatoire international des régulations économiques est un panel composé de personnalités internationales du monde juridico-économique, créé à l'initiative de la Fondation pour le droit continental. Il s'est penché, pour son premier travail annuel, sur le thème de la régulation de la concurrence. Il a rendu publiques ses premières conclusions le 7 juillet dernier lors d'une conférence de presse au Quai d'Orsay. C'est précisément un an jour pour jour après son inauguration au sein de ce même lieu en 2015. Après une présence à la dernière semaine juridique de la Banque mondiale, l'Observatoire présentera ses conclusions à New York mi-juillet lors de la 49<sup>e</sup> session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

**Pourquoi avoir choisi le thème de la concurrence comme thème inaugural de l'Observatoire international des régulations économiques ?**

La régulation de la concurrence, autrefois l'apanage des États-Unis qui a été précurseur avec le *Sherman Act* de 1890, puis intervenue relativement tardivement dans certains pays industrialisés, a désormais été introduite partout ou presque. En effet, depuis 1990, le nombre de pays dotés d'un droit de la concurrence et d'une autorité de la concurrence a augmenté de manière constante et exponentielle, le premier devançant légèrement le second. L'OCDE estimait en 2014 à environ 120 pays ceux dotés d'une autorité, et 130 ceux dotés d'un cadre juridique de la concurrence. Rappelons qu'en 1990, seulement 23 pays possédaient un droit de la concurrence, et 16 une autorité de la concurrence. Ceci représente une augmentation de plus de 500 % en un quart de siècle. Les économies des pays en développement doivent non seulement se doter d'un droit de la concurrence clair, mais aussi d'outils de régulation, d'institutions, de mécanismes institutionnels, juridiques et juridictionnels, suffisamment solides et crédibles, pour éviter une crise de croissance qui porterait en elle le risque du

règne de la loi du plus fort. Et ce, dans un temps record, dans un rythme de renouvellement et de recombinaison du tissu économique bien plus dynamique que celui qu'ont connu, par le passé, les pays aujourd'hui dits industrialisés.

Par ailleurs, alors que le commerce, ou plus généralement le monde des affaires, est devenu incontestablement mondial, le droit de la concurrence et surtout ses policiers – les autorités, indépendantes ou non, de régulation – sont partout nationaux, au mieux supranationaux à travers des groupements régionaux (Union européenne, Union économique et monétaire Ouest-Africaine), voire l'objet d'accords de coopération entre pays. Le domaine de la régulation de la concurrence nécessite donc d'être attentifs aux systèmes existants à l'étranger. La démarche comparative de l'Observatoire international des régulations économiques prend ici tout son sens. Car c'est probablement le domaine de régulation économique dans lequel il serait absolument suicidaire – ou en tout cas radicalement contre-productif – que de porter des œillères et d'ignorer ce qu'il se passe dans les pays étrangers.

**L'Observatoire a analysé les bonnes pratiques, mais aussi relevé les points noirs de la régulation dans le monde.**

**Que préconisez-vous pour une régulation efficace de la concurrence ?**

L'Observatoire a été particulièrement sensibilisé par la longueur des procédures d'instruction, notamment en matière de contrôle des concentrations : un délai d'examen trop long peut aller jusqu'à compromettre radicalement une opération de fusion envisagée ! Le monde des affaires ne peut pas attendre six mois, les cotations boursières, les mécanismes de marché, les dynamismes des différents secteurs, ont besoin de prévisibilité : ils ne peuvent fonctionner à l'aveugle des mois durant. Il est absolument vital pour le bon fonctionnement des affaires de fixer aux autorités de régulation un objectif de diligence.

Il a par ailleurs semblé à l'Observatoire que les fondements doctrinaux sous-jacents à la régulation concurrentielle n'étaient pas toujours définis de manière suffisamment explicite selon les pays. Or ce n'est que par des règles du jeu suffisamment claires et sans équivoque que les acteurs économiques peuvent accepter la régulation – et que les autorités de régulation peuvent ainsi la faire appliquer. Tout ce qui peut aider le *law enforcement*, tels que le renforcement de l'indépendance et de l'expertise des régulateurs, est vital pour que la

régulation concurrentielle soit efficace.

**Quelles sont les principales recommandations de l'Observatoire ?**

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

Ces 32 recommandations se déclinent en trois axes : celles relatives aux notions économiques doctrinales qui sous-tendent le système de régulation concurrentielle ; celles relatives à l'architecture institutionnelle de la régulation et à son fonctionnement interne et celles relatives aux exigences démocratiques, et en particulier à l'interaction entre les autorités de régulation et les pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel.

Propos recueillis par  
Constance Hibon

### Les 32 recommandations de l'Observatoire international des régulations économiques

1. Ne pas se tromper d'objectifs. La politique concurrence doit servir avant tout à assurer le bien-être du consommateur d'un point de vue microéconomique, et un développement économique sain et optimal d'un point de vue macroéconomique. Les autres objectifs tels que l'intégration économique régionale doivent au mieux être secondaires, sinon ne pas entrer dans la grille d'analyse de la régulation de la concurrence.
  2. Définir clairement, de manière adaptée à sa propre histoire, les principes théoriques que chaque pays estime être nécessaires pour remplir les objectifs qui sont assignés à la régulation de la concurrence.
  3. Adopter un socle très réduit d'interdictions de pratiques injustifiables per se. Laisser le reste à la « règle de raison ».
  4. Expliciter, en les définissant strictement et rigoureusement, les dérogations raisonnables à l'application du droit de la concurrence.
  5. Éviter les dérogations sectorielles au droit de la concurrence. A défaut, réduire au minimum les secteurs exemptés, tels que la culture.
  6. Ne pas élaborer un système de régulation de la concurrence sans le penser en liaison avec d'autres politiques économiques. Établir un policy mix concurrentiel, fiscal et commercial, pour répartir les objectifs parfois trop concentrés sur le seul outil de la régulation de la concurrence.
  7. Affirmer que l'innovation est une composante du bien-être du consommateur, et entre dans les objectifs de la politique concurrentielle.
  8. Se doter d'un unique régulateur de la concurrence, à la fois en matière de contrôle des concentrations et de répression des pratiques anticoncurrentielles.
  9. Garantir à l'autorité des ressources financières bien établies et intangibles.
  10. Recourir, en cas d'impossibilité d'allouer des ressources nationales, à la coopération territoriale et la convergence régionale, en suivant l'exemple à succès de l'UEMOA.
  11. Afin de doter l'autorité de régulation de la concurrence de personnels suffisants et compétents, recruter suffisamment utilement parmi des magistrats, des agents du ministère de l'économie, ou des agents de la Banque centrale du pays intéressé, reconnus pour leur expertise et leur indépendance.
  12. Mettre en place des règles claires de recrutement des personnels des autorités de régulation, en particulier pour les membres du collège (liste d'aptitudes et procédures d'auditions).
  13. Mettre en place des plans de formation par l'intensification de la coopération et des programmes d'échanges d'experts.
  14. Créer une autorité de régulation indépendante en garantissant son indépendance objective et son autonomie hiérarchique et financière.
  15. Ouvrir l'élaboration de la réglementation en matière de concurrence à la consultation publique avant de l'édicter.
  16. Animer un site internet pour publier de manière régulière les lignes directrices suivies par l'Autorité, ses décisions, voire des commentaires de ses décisions.
  17. Organiser une journée portes ouvertes annuelle et/ou des colloques de rencontre avec les entreprises.
  18. Instaurer et publier une grille objective de montant de sanctions financières – ou de fourchettes de montants – afin que ces dernières puissent être anticipées au mieux par les entreprises en infraction.
  19. Diminuer le degré d'incertitude des décisions de l'autorité de régulation de la concurrence en imposant une justification dûment motivée de tout revirement de doctrine ou de « jurisprudence ».
  20. Instaurer une procédure d'examen simplifiée en matière de contrôle des concentrations et, en cas de nécessité d'examen approfondi, se fixer six mois maximum comme délai raisonnable.
  21. Doter le président de l'autorité de régulation d'un tableau de bord des délais des différents types de procédures. Il s'agit de détecter le plus rapidement possible les enquêtes, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles, dont le calendrier dérape de manière inquiétante.
  22. Créer des simplifications de procédure et les instruments de coopération, afin d'accélérer certaines affaires : clémence, non contestation des griefs, transaction pour les affaires de micro-pratiques anticoncurrentielles.
  23. Motiver de manière complète le choix des délimitations de marché pertinent.
  24. Prescrire des sanctions suffisamment dissuasives.
  25. Accompagner les sanctions dissuasives de programme de clémence.
  26. Inclure dans le calcul des dommages et intérêts les ventes effectuées à l'étranger, si ces ventes sont influencées par un cartel de dimension internationale.
  27. Doter les autorités de pouvoirs d'investigation élargis et détenus en propre.
  28. Appliquer le principe de « déférence » en matière de contrôle juridictionnel sur les décisions de l'autorité de régulation de la concurrence. Limiter le contrôle à la légalité externe, à l'erreur de droit et à l'erreur manifeste d'appréciation.
  29. Encadrer strictement l'interférence entre le pouvoir exécutif et l'autorité régulatrice de concurrence.
  30. Permettre progressivement une procédure de consultation, sans la rendre pour autant obligatoire dans un premier temps.
  31. Instaurer une voie de recours contre les actes dérisoires des autorités et contre les actes de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de personnes auxquelles il s'adresse. N'ouvrir les recours contre les actes de l'instruction qu'en cas de violation de droits et de libertés, et sanctionner de tels recours qui seraient abusifs et obstructifs par des amendes dissuasives.
  32. Instaurer explicitement une voie de recours en matière de refus de protection et de levée de secrets des affaires.
- Le rapport est consultable sur la page de l'Observatoire, sur le site de la Fondation de droit continental.