



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
17 août 2016
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Quinzième session

Genève, 19-21 octobre 2016

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet de l'examen collégial du droit
et de la politique de la concurrence ; examen de la loi type ; et études
relatives aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence

Note du secrétariat de la CNUCED¹

Résumé analytique

Lorsque les entreprises respectent les lois et réglementations relatives à la concurrence, elles contribuent au bon fonctionnement des marchés, à l'innovation, à la productivité et à un développement global, durable et équitable. Le respect du droit de la concurrence contribue également à la réalisation des objectifs de développement durable. Toutefois, certaines entreprises font montre d'une certaine réticence à se conformer à la loi, même si cela peut entraîner de graves conséquences. Les autorités de réglementation ont donc un rôle prépondérant à jouer pour les encourager et les obliger à le faire. Elles font face à des difficultés de plusieurs ordres pour améliorer le respect des lois et réglementations relatives à la concurrence.

Dans la présente note d'information sont analysés les facteurs qui contribuent au respect ou non du droit de la concurrence, ainsi que les outils couramment utilisés pour encourager ou inciter les organisations à se conformer à la loi. S'appuyant sur cette analyse, le secrétariat examine les différents moyens dont disposent le secteur privé et les autorités de réglementation pour y parvenir.

¹ Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



Mandat

La CNUCED est l'organisme des Nations Unies chargé des activités relatives à la politique de concurrence et à la protection du consommateur. Son mandat a été défini par l'Assemblée générale (résolution 35/63 de 1980) dans l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, couramment appelé l'Ensemble de principes et de règles de l'ONU.

Pour réaliser les objectifs fixés par ce texte, la CNUCED exerce les fonctions essentielles ci-après : a) elle permet à ses États membres de dialoguer et de dégager un consensus intergouvernemental dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence ; b) elle poursuit des travaux de recherche et d'analyse dans ce domaine à l'intention de ses États membres et des réseaux internationaux sur la politique de concurrence, et en collaboration avec les uns et avec les autres ; c) elle contribue à la promotion du droit et de la politique de la concurrence en tant que facteur de compétitivité nationale et internationale². En outre, la CNUCED a pour mandat d'aider les pays en développement à élaborer et à appliquer des lois sur la concurrence, et d'encourager les échanges de données d'expérience et de meilleures pratiques dans les différentes régions³. Ce mandat a été renouvelé en 2012 lors de la treizième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, tenue à Doha⁴.

À sa dernière session, en juillet 2013, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a recommandé à la CNUCED d'entreprendre des recherches sur les moyens d'améliorer le respect du droit de la concurrence. À cet égard, la présente note d'information vise à faciliter les discussions et les échanges de données d'expérience et de meilleures pratiques sur ce sujet.

I. Introduction

1. La concurrence est essentielle au bon fonctionnement des marchés ; elle favorise l'innovation, la productivité et la croissance, qui toutes créent de la richesse et réduisent la pauvreté⁵. Toutefois, la présence sur les marchés de groupes d'intérêts établis, de monopoles constitués, de cartels et d'autres parties prenantes qui cherchent à maintenir leur position dominante, fausse les règles du jeu et nuit à la concurrence. Du fait de ces avantages indus, certains concurrents peuvent se trouver exclus du marché et les consommateurs peuvent être victimes d'abus. C'est pourquoi le droit de la concurrence et les lois connexes visent à préserver et à stimuler la concurrence. Leur application permet de limiter les activités des entreprises qui engendrent une concurrence déloyale⁶, et fournit aux entreprises des indications concernant les comportements à adopter sur les marchés.

2. Une infraction à la loi, qu'elle soit intentionnelle ou non, peut entraîner diverses conséquences pour les parties prenantes, personnes physiques comme personnes morales : pénalités financières, nullité des contrats, coûts administratifs et coûts de conseil,

² Voir l'Accord d'Accra, chap. II, par. 104 (TD/442).

³ Ibid., par. 104 e) et g).

⁴ Voir le Mandat de Doha, par. 56 m), dans TD/500/Add.2.

⁵ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), 2008, *Why is competition important for growth and poverty reduction*, p. 3, documentation du Forum mondial sur l'investissement international, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf> (consulté le 16 août 2016).

⁶ Par exemple, le droit de la concurrence interdit les ententes (fixation des prix, truquage des offres, partage du marché et de la clientèle), l'abus de position dominante (prix abusivement bas et refus de vente) et d'autres accords anticoncurrentiels (restrictions imposées au fournisseur ou au distributeur).

injonctions de justice, actions en dommages et intérêts intentées par des tiers, publicité négative, interdiction d'exercer des dirigeants, voire peines d'emprisonnement⁷. Ces sanctions peuvent engendrer une mauvaise publicité, mettre à mal la réputation de l'entreprise, et faire peser un risque réel sur sa survie. Aussi, pour les entreprises, le fait de se conformer aux lois sur la concurrence ou de se doter d'une politique dans ce domaine peut être un moyen efficace de se protéger contre ces risques ; cependant, toutes n'en ont pas la capacité, en particulier les petites et moyennes entreprises, ce qui leur fait courir le risque d'enfreindre la loi, avec toutes les conséquences que cela comporte.

3. Le présent document examine les possibilités d'améliorer le respect du droit de la concurrence dans le secteur privé⁸. Il est divisé en quatre parties. La première est une brève introduction qui traite du respect des règles de la concurrence. La deuxième examine les facteurs du respect ou non de ces règles, ainsi que les outils couramment utilisés par les autorités de la concurrence et par le secteur privé pour promouvoir le respect du droit de la concurrence. La troisième donne des exemples des stratégies, incitations et services qui contribuent au renforcement des capacités en la matière. La dernière partie examine les perspectives d'amélioration du respect du droit de la concurrence, tant du point de vue des autorités de réglementation que de celui du secteur privé, et propose des questions à débattre.

Droit de la concurrence et respect de la concurrence

4. Il incombe généralement aux autorités nationales de la concurrence, à une autorité publique intégrée (comme dans le cas de la Commission européenne), ou bien aux tribunaux, de promouvoir le respect du droit de la concurrence et de veiller à son application. Les autorités de la concurrence ont la responsabilité d'enquêter sur de possibles violations de la loi, et le pouvoir d'imposer des sanctions ou de mettre un terme aux infractions commises par les entreprises, alors que les tribunaux poursuivent les infractions et imposent des amendes et des peines de prison⁹. Dans la plupart des systèmes juridiques, autorités de la concurrence et tribunaux œuvrent ensemble à l'application du droit de la concurrence, et il devient de plus en plus difficile d'échapper aux conséquences d'une infraction.

5. Plus de 140 pays disposent de lois habituellement désignées sous le nom de lois sur la concurrence, lois antitrust ou encore lois antimonopole ou lois relatives aux pratiques commerciales loyales¹⁰. Ces lois interdisent les ententes, les pratiques et les comportements qui ont des répercussions sur la concurrence au niveau national¹¹. Elles visent à garantir à tous les acteurs du marché l'égalité des conditions de concurrence et évitent aussi aux entreprises de subir les conséquences de comportements anticoncurrentiels quand elles

⁷ Deloitte et Touche, 2007, *The deterrent effect of competition enforcement by the Office of Fair Trading, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, disponible à l'adresse : http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf (consulté le 16 août 2016).

⁸ La présente note d'information s'appuie principalement sur les recherches menées par le Bureau de la concurrence du Royaume-Uni (désormais l'Autorité de la concurrence et des marchés), l'OCDE, le Réseau international de la concurrence et la Chambre de commerce internationale, ainsi que sur les informations fournies par les sites Web des autorités de la concurrence et sur les travaux universitaires relatifs au respect du droit de la concurrence.

⁹ Les infractions commises par les entreprises recouvrent notamment le non-respect des décisions de justice, des accords conclus avec les organismes de la concurrence, des ordonnances d'interdiction et de toutes les autres mesures ordonnées pour résoudre telle ou telle affaire.

¹⁰ The Baker and McKenzie Global Competition Compliance toolkit, 2013.

¹¹ Chambre de commerce internationale, SME Toolkit, 2013, *Why complying with competition law is good for business*.

procèdent à des fusions-acquisitions, créent des coentreprises ou défendent tout simplement leur position sur le marché, ou leur politique. Afin de réaliser les objectifs assignés à la concurrence, il est essentiel que toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, se conforment strictement à ces lois.

6. Malheureusement, certaines entreprises ont tendance, volontairement ou non, à contrevenir à ces lois. D'autres élaborent des stratégies qui leur permettent de minimiser le risque d'être impliquées dans des infractions à la législation sur la concurrence et de limiter les conséquences d'un comportement anticoncurrentiel¹². Ces stratégies permettent aux entreprises, non seulement de moins s'exposer au risque de violer la loi, mais aussi de mettre en évidence les situations dans lesquelles elles pourraient être victimes de comportements anticoncurrentiels.

7. Pour respecter les lois sur la concurrence, il peut être nécessaire de prendre des décisions complexes d'un point de vue économique et technique. Par exemple, les entreprises qui ont des activités dans différentes juridictions doivent composer avec des législations sur la concurrence dont le contenu et les aspects institutionnels varient, et même avec la diversité des objectifs spécifiquement visés par ces lois¹³. C'est pourquoi une entreprise opérant dans différentes juridictions peut faire l'objet d'enquêtes pour infraction si ses activités dans un pays ont des répercussions sur le marché national. En outre, des activités licites sur tel marché national peuvent ne pas l'être dans tel autre pays du fait des différences de législation. Le nombre d'affaires relatives au respect du droit de la concurrence qui recouvrent plusieurs pays est en augmentation, ce qui s'explique en partie par le développement des activités internationales découlant de la mondialisation. Il en résulte une complexité accrue de la coopération judiciaire dans les affaires relevant de plusieurs juridictions, ce qui peut déboucher parfois sur des décisions incohérentes, et permettre au comportement illicite de perdurer en toute impunité¹⁴.

II. Facteurs de respect

8. Le respect du droit de la concurrence dépend de plusieurs paramètres. C'est pourquoi il est important de bien comprendre les facteurs qui incitent les entreprises à se conformer à la loi afin de mieux appréhender les difficultés qu'elles rencontrent à cet égard¹⁵. Cela permet aussi de repérer les domaines dans lesquels les autorités de la concurrence et le secteur privé peuvent renforcer leurs capacités afin de mieux se conformer à la réglementation et de concevoir des programmes plus efficaces et plus concrets dans ce domaine. Cette partie met en lumière certains facteurs de respect et de non-respect du droit de la concurrence qui ont déjà fait l'objet de recherches approfondies de la part de différents auteurs.

9. Dans le cadre de leur étude des facteurs susmentionnés conduite en 2007 pour le Bureau de la concurrence (OFT) du Royaume-Uni, Deloitte et Touche ont interrogé des juristes de grandes entreprises et d'autres spécialistes du droit de la concurrence travaillant pour des sociétés basées ou opérant au Royaume-Uni. Selon les résultats de cette étude, les amendes, la publicité négative et l'interdiction d'exercer des dirigeants sont les moyens les plus efficaces de dissuader les entreprises d'enfreindre le droit de la concurrence¹⁶.

¹² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html.

¹³ Gal MS, Fox EM, 2014, *Drafting competition law for developing jurisdictions : learning from experience*, Paper 374, New York University Law and Economics Working Papers.

¹⁴ <http://www.oecd.org/daf/competition/challenges-international-coop-competition-2014.htm>.

¹⁵ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf.

¹⁶ Deloitte et Touche, 2007, *The deterrent effect of competition enforcement by the Office of Fair Trading, United Kingdom*, disponible à l'adresse :

Toutefois, lorsqu'ils ont été priés de ranger par ordre d'importance cinq facteurs de respect (à savoir les sanctions pénales, les amendes, l'interdiction d'exercer des dirigeants, la publicité négative et les actions en dommages et intérêts), les juristes comme les sociétés ont placé en tête de liste les sanctions pénales, les actions en dommages et intérêts occupant la dernière place du classement. En revanche, les sociétés ont estimé que l'interdiction d'exercer des dirigeants et la publicité négative étaient des facteurs plus importants que les amendes¹⁷.

10. Selon les résultats d'une autre étude réalisée en 2015 par IFF Research pour l'Autorité des marchés et de la concurrence¹⁸ du Royaume-Uni, les deux tiers des 1 201 entreprises privées interrogées ont indiqué que leur volonté de se conformer au droit de la concurrence tenait à des facteurs d'attraction : se comporter de manière éthique, bénéficier de l'égalité des conditions de concurrence, obtenir un avantage commercial ou améliorer leur réputation, alors que moins d'un tiers des répondants ont cité des facteurs de répulsion : éviter d'enfreindre la loi, de payer des amendes et de subir des poursuites¹⁹. Parmi les facteurs d'attraction, le premier cité était la volonté de se comporter de manière éthique, alors que le premier facteur de répulsion était l'obligation pour les entreprises de se conformer à la loi, suivi par le risque d'amendes²⁰.

11. L'importance des amendes comme facteur de respect dépend de leur sévérité et de leurs incidences sur l'entreprise, comme le montre l'exemple de l'Union européenne, où les amendes peuvent atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial annuel de la société²¹. Ainsi, en 2013, la Commission européenne a infligé à Microsoft une lourde amende, d'un montant de 561 millions d'euros, pour ne pas avoir respecté son engagement de proposer aux utilisateurs un écran multichoix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur Web de leur choix²². Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission a tenu compte de la gravité et de la durée de l'infraction, de la nécessité de conférer un effet dissuasif à l'amende et, en tant que circonstance atténuante, du fait que Microsoft a coopéré avec la Commission et lui a fourni des informations qui l'ont aidée à mener son enquête de manière efficiente²³. Ces dernières années, d'autres types d'infraction à la législation sur la concurrence ont également été sanctionnés par des amendes élevées. Dans l'une de ces affaires, des producteurs de verre automobile ont été condamnés à payer des amendes d'un montant total de plus de 1,3 milliard d'euros pour avoir conclu des accords de partage de marchés²⁴ (voir encadré 1).

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf (consulté le 16 août 2016).

¹⁷ Ibid.

¹⁸ L'Autorité des marchés et de la concurrence, créée en 2013 pour remplacer le Bureau de la concurrence, est devenue opérationnelle en 2014.

¹⁹ *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, 2015, étude réalisée par IFF Research pour l'Autorité des marchés et de la concurrence.

²⁰ Ibid.

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901%2801%29&from=FR>.

²² Communiqué de presse de la Commission européenne, 2013, *Abus de position dominante : la Commission sanctionne Microsoft pour non-respect de ses engagements concernant le choix du navigateur*, disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-196_fr.htm (consulté le 16 août 2016).

²³ Ibid.

²⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1685_fr.htm.

Encadré 1

Ententes : La Commission européenne inflige des amendes d'un montant de plus de 1,3 milliard d'euros à des producteurs de verre automobile pour avoir conclu des accords de partage de marchés

« La Commission européenne a infligé des amendes pour un montant total de 1 354 896 000 euros aux entreprises Asahi, Pilkington, Saint-Gobain et Soliver (des producteurs de verre automobile) pour avoir conclu des accords illicites de partage de marchés et échangé des informations commercialement sensibles concernant des livraisons de verre automobile dans l'Espace économique européen, en violation des dispositions du traité CE [instituant la Communauté européenne] et de l'accord EEE concernant l'interdiction des ententes et des pratiques commerciales restrictives (art. 81 du traité CE et art. 53 de l'accord EEE).

Asahi, Pilkington et Saint-Gobain sont les trois principaux opérateurs du secteur en Europe. Entre début 1998 et début 2003, ces entreprises se sont consultées sur les prix cibles, le partage de marchés et la répartition de la clientèle à l'occasion d'une série de réunions et d'autres contacts illicites. L'entreprise belge Soliver a également pris part à certains de ces échanges. Les quatre entreprises en cause contrôlaient, à l'époque, approximativement 90 % des ventes de verre utilisé dans l'EEE pour les véhicules neufs ainsi que pour les pièces de rechange d'origine destinées aux véhicules automobiles, marché qui représentait quelque 2 milliards d'euros la dernière année complète de l'infraction.

La Commission a ouvert l'enquête concernant cette infraction de sa propre initiative à la suite d'une dénonciation anonyme. La Commission a majoré l'amende infligée à Saint-Gobain de 60 % pour cause de récidive. Asahi a fourni des informations complémentaires qui ont permis de révéler l'existence de l'infraction et, à ce titre, a bénéficié d'une réduction de 50 % du montant de l'amende, conformément à la communication sur la clémence. Il s'agit des amendes les plus élevées que la Commission ait jamais infligées dans une affaire d'entente, tant à une seule entreprise (880 000 000 euros pour Saint-Gobain) qu'à l'ensemble des membres d'une entente. ».

Source : Commission européenne, 2008, Ententes : la Commission inflige des amendes d'un montant de plus de 1,3 milliard d'euros à des producteurs de verre automobile pour avoir conclu des accords de partage de marchés, communiqué de presse, disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1685_fr.htm (consulté le 16 août 2016).

12. Les amendes ont souvent des répercussions qui peuvent inciter une société à mieux se conformer au droit de la concurrence ou à la réglementation. Par exemple, la valeur boursière des sociétés sanctionnées par des amendes a tendance à se dégrader, ce qui réduit d'autant le montant des dividendes à verser aux actionnaires. En 2014, un grand gestionnaire de fonds, inquiet des conséquences des amendes infligées à la Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited (HSBC) pour manipulation des taux de change, a revendu les titres qu'il détenait, de crainte qu'une amende élevée n'empêche la banque d'augmenter le montant des dividendes versés à ses actionnaires²⁵. Les actions de la banque ont chuté lorsque le marché a compris que les infractions commises coûteraient à HSBC 9 % de ses bénéfices²⁶. Une entreprise dont les bénéfices diminuent a du mal à garantir à ses actionnaires un retour sur investissement satisfaisant (dividendes élevés, rachats

²⁵ <https://risk.thomsonreuters.com/sites/default/files/GRC01700.pdf>.

²⁶ <http://www.theguardian.com/business/2014/nov/03/hsbc-warns-378m-potential-forex-rigging-fine>.

d'actions etc.) et à réinvestir en capital-risque ou à mettre en réserve ses bénéfices. Elle devrait, par conséquent, être incitée à se conformer à la loi.

13. Le respect du droit de la concurrence est également favorisé lorsque les dirigeants des entreprises s'engagent personnellement, de façon claire et ostensible, à agir de manière éthique²⁷. Wils (2013) soutient que les entreprises sont les mieux placées pour prévenir les manquements aux règles antitrust, puisque ce sont elles qui procèdent aux embauches et qui décident des prérogatives conférées aux employés en ce qui concerne la fixation ou la négociation des prix et la négociation ou la conclusion des contrats. Les entreprises ont également la responsabilité de déterminer les objectifs de bénéfices et de résultats assignés aux employés et de définir les mesures incitatives correspondantes²⁸. Le degré d'adhésion des entreprises au droit de la concurrence dépendrait donc des pratiques des sociétés dans ce domaine.

14. De même, une étude²⁹ de 2014 portant sur la manière dont les entreprises britanniques appréhendent le droit de la concurrence a montré que l'engagement des dirigeants contribue de manière notable au respect du droit par l'organisation dans son ensemble. En outre, l'organisation peut ainsi se positionner comme une entreprise éthique et conquérir de nouveaux marchés³⁰. Selon la Chambre de commerce internationale, le fait que les entreprises aient la possibilité de qualifier leurs activités d'éthiques et d'être considérées comme les défenseurs d'une juste cause les incite fortement à se conformer à la législation antitrust³¹. En outre, l'étude de l'OFT sur les facteurs de respect et de non-respect du droit de la concurrence a montré qu'un engagement fort des cadres dirigeants est un facteur essentiel pour que l'ensemble de l'entreprise se conforme au droit³².

15. Le respect du droit tient également au coût élevé des infractions, tant pour les personnes physiques que pour les entreprises. Le fait que les dirigeants puissent être frappés d'une interdiction d'exercer leurs fonctions contribue considérablement au respect de la réglementation relative aux comportements anticoncurrentiels. Le Bureau de la concurrence du Royaume-Uni a établi des directives concernant les sanctions à appliquer aux personnes impliquées dans une infraction au droit de la concurrence³³. Ces directives prévoient notamment que le tribunal qui sanctionne un dirigeant doit examiner si son comportement dans l'exercice de ses fonctions le rend inapte à participer à la gestion de l'entreprise. Les dirigeants condamnés en justice peuvent se voir interdire, sous peine de sanctions pénales, de diriger une entreprise, d'exercer les fonctions d'administrateur judiciaire d'une société, de prendre part, directement ou indirectement, à la promotion, à la création ou à la gestion d'une entreprise, et d'exercer les fonctions de liquidateur d'une société en faillite, pour une durée maximale de quinze ans³⁴.

16. L'étude menée par IFF Research en 2015 sur la manière dont les entreprises britanniques appréhendent la concurrence a montré que 72 % des répondants se

²⁷ Chambre de commerce internationale, SME toolkit, 2013, *Why complying with competition law is good for business*.

²⁸ Wils WPJ, 2013, *Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement*, *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1, n° 1.

²⁹ IFF Research, 2015, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*.

³⁰ Hodges C., 2015, *Enforcement, compliance and ethics law and corporate behaviour : Integrating theories of regulation*.

³¹ Chambre de commerce internationale, Antitrust Compliance Toolkit, 2013.

³² https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf.

³³ Loi de 1986 relative aux interdictions d'exercer des administrateurs, sect. 9A, en ligne à l'adresse : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>.

³⁴ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf.

conformaient au droit de la concurrence pour éviter des poursuites judiciaires³⁵. La crainte d'une atteinte à la réputation, qui concerne aussi bien les entreprises que les dirigeants, contribue aussi de manière notable au respect du droit de la concurrence, puisque des amendes imposées uniquement aux entreprises pourraient ne pas suffire à dissuader les dirigeants d'enfreindre la loi³⁶. En 2007, le Bureau de la concurrence du Royaume-Uni, la Commission européenne et le Département de la justice des États-Unis d'Amérique ont enquêté sur un cartel mis en cause dans une affaire de truquage d'offres ; des peines d'amende ont été prononcées³⁷ et trois anciens dirigeants d'une des sociétés ont été condamnés à des peines de prison (voir l'encadré 2)³⁸.

Encadré 2

Entente sur les tuyaux marins

« Les tuyaux marins sont utilisés pour charger du pétrole brut non sulfuré ou traité et d'autres produits d'installations offshore (bouées, plateformes flottantes d'extraction, de stockage et de déchargement, par exemple) sur des navires et pour les décharger vers des installations offshore ou côtières (bouées ou jetées, par exemple). »^a

Le 28 janvier 2009, la Commission européenne a adopté une décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, en vertu de laquelle elle inflige des amendes d'un montant total de plus de 131 millions d'euros à six producteurs de tuyaux marins.

Les six producteurs de tuyaux marins ont été reconnus coupables de participation à des accords anticoncurrentiels comprenant les éléments suivants : attribution d'appels d'offres, fixation des prix, fixation de quotas, fixation des conditions de vente, partage de marchés géographiques et échange d'informations sensibles sur les prix, les volumes des ventes et les appels d'offres.

Trois anciens dirigeants de l'une des sociétés membres de l'entente (Dunlop Oil and Marine Limited) ont été condamnés au Royaume-Uni à des peines de prison allant de deux ans et demi à trois ans pour tromperie à l'égard du Ministère de la défense et d'autres parties.

Sources : Résumé de la décision de la Commission du 28 janvier 2009 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/39.406 – Tuyaux marins), disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:168:0006:0008:FR:PDF> ; et *The Guardian*, 2008, disponible à l'adresse : <http://www.theguardian.com/business/2008/jun/12/corporatefraud.ukcrime>.

^a Journal officiel de l'Union européenne, Résumé de la décision de la Commission du 28 janvier 2009 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/39.406), p. C 186/6.

³⁵ IFF Research, 2015, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, disponible à l'adresse : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/429876/UK_businesses__understanding_of_competition_law_-_report.pdf.

³⁶ Hodges C, 2015, *Enforcement, compliance and ethics law and corporate behaviour : Integrating theories of regulation*, p. 431.

³⁷ http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_12.pdf.

³⁸ <http://www.theguardian.com/business/2008/jun/12/corporatefraud.ukcrime>.

Facteurs de non-respect

17. Les entreprises peuvent enfreindre le droit de la concurrence pour différentes raisons : caractéristiques des modèles réglementaires et législatifs, pertinence des obligations énoncées dans les textes, manque de connaissance du droit, degré d'engagement des cadres dirigeants en faveur du respect du droit de la concurrence et ressources disponibles.

18. Lorsque les lois relatives à la concurrence posent des problèmes de compréhension, les entreprises, quelle que soit leur taille, ont tendance à les enfreindre parce qu'elles ne comprennent pas bien les obligations qui leur incombent. Une étude britannique sur les entreprises et le droit de la concurrence a montré que sur les 1 201 entreprises privées interrogées, seules 23 % connaissent bien le droit de la concurrence. Autrement dit, 77 % des entreprises présentent des lacunes plus ou moins importantes dans ce domaine³⁹. Parmi les entreprises qui connaissent bien le droit de la concurrence, les grandes entreprises sont plus au fait de la législation que les petites : 37 % des moyennes entreprises se disent bien informées, contre 57 % des grandes entreprises⁴⁰.

19. Les autorités de la concurrence introduisent souvent de nouvelles réglementations dont l'application nécessite de disposer de compétences très coûteuses dans ce domaine, de mettre en œuvre des mesures correctives qui prennent du temps et de prévoir un budget opérationnel. Or les budgets opérationnels des entreprises tendent à se réduire et les services ou employés chargés de veiller au respect du droit de la concurrence sont censés faire davantage avec des ressources moindres. Du fait des contraintes de ressources (tant humaines que financières) qui pèsent sur la plupart des autorités de réglementation et des entreprises privées, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement (et qui se traduisent notamment par de graves pénuries de personnel dûment qualifié), un grand nombre d'activités sont délaissées. Les infractions commises s'expliquent en partie par l'incapacité des entreprises à développer une culture du respect de la concurrence dans un environnement économique complexe et mouvant.

20. La London School of Economics a réalisé pour le Bureau de la concurrence une analyse des manquements au droit de la concurrence résultant du régime de concurrence du Royaume-Uni. L'enquête a montré que le principal facteur de non-respect du droit de la concurrence est la méconnaissance de la loi. Sur les 501 grandes entreprises et 308 petites entreprises qui y ont répondu, 85 % des grandes entreprises et 73 % des petites entreprises ont indiqué que ce facteur augmentait certainement ou probablement le risque de non-respect⁴¹. Si certains contrevenants peuvent de bonne foi commettre des infractions par méconnaissance du droit, d'autres enfreignent la loi à cause d'une perte de confiance dans les avis juridiques, à la suite de négligences délibérées ou inconsidérées, par arrogance ou même parce qu'ils sont convaincus qu'ils en tireront un bénéfice.

21. Selon un rapport du Bureau de la concurrence portant sur les facteurs de respect et de non-respect du droit de la concurrence, lorsque les cadres d'une entreprise ne font pas montre de volonté ou que leur attitude à cet égard est ambiguë, il en résulte un risque de non-respect⁴². De plus, lorsque les cadres dirigeants ont l'impression qu'il est possible d'enfreindre le droit de la concurrence sans conséquences pénales, le non-respect est

³⁹ IFF Research, 2015, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, disponible à l'adresse : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/429876/UK_businesses__understanding_of_competition_law_-_report.pdf.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Bureau de la concurrence, 2011, *The impact of competition interventions on compliance and deterrence, Final Report*.

⁴² https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf.

également encouragé⁴³. Un rapport de l'OCDE sur la promotion du respect du droit de la concurrence souligne également qu'en matière de concurrence, le respect du droit n'est pas perçu de la même manière que dans d'autres domaines comme la santé, la sécurité ou la protection de l'environnement, où il occupe une place centrale⁴⁴. Cette indifférence à l'égard du droit dont font preuve certains conseils d'administration conduit souvent à restreindre les ressources affectées à l'élaboration de programmes de respect de la concurrence et affaiblit l'engagement des entreprises dans ce domaine.

22. Certaines spécificités d'un marché peuvent aussi favoriser le non-respect. Par exemple, un marché caractérisé par un nombre restreint d'acteurs, une absence de transparence des prix, une homogénéité des produits, des échanges généralisés d'information entre concurrents ou la diffusion d'informations sur les prévisions de prix et/ou sur les niveaux de production est de nature à faciliter la collusion entre entreprises ou les abus de position dominante⁴⁵. Les entreprises qui occupent une position dominante (part de marché très élevée, ressources financières importantes, capacités excédentaires et faible élasticité-prix de la demande) ont tendance à mener leurs activités sans prendre en compte leurs clients, leurs concurrents et les consommateurs ; ce sont souvent des récidivistes des infractions au droit de la concurrence, alors même qu'elles devraient plutôt montrer l'exemple en évitant les comportements abusifs.

23. Le non-respect du droit de la concurrence tient aussi au comportement des « employés-voyous »⁴⁶. Un « employé-voyou » est une personne qui connaît parfaitement les types d'activités susceptibles de contrevenir au droit, mais qui commet tout de même une infraction de propos délibéré. Il contourne ou outrepassé les contrôles internes censés garantir le respect de la réglementation⁴⁷. Lorsque l'employé-voyou occupe un poste d'encadrement, ses subordonnés peuvent être incités à fermer les yeux sur son comportement, que ce soit par loyauté personnelle, par peur, par simple indifférence ou parce qu'ils sont convaincus que l'infraction profite à l'entreprise⁴⁸. La fréquence des infractions au droit de la concurrence semble indiquer que le comportement des employés-voyous pourrait entraver de manière notable les efforts consentis par les entreprises pour se conformer au droit.

III. Activités/outils couramment utilisés pour promouvoir le respect du droit de la concurrence

24. Les organismes de réglementation et les entreprises utilisent divers outils pour promouvoir et atteindre les objectifs en matière de respect du droit de la concurrence. Il s'agit notamment des activités de promotion, des programmes d'incitation/de clémence, des décisions administratives, des mécanismes facultatifs ou contraignants et des sanctions infligées aux entreprises.

25. **Promotion.** Dans les activités de promotion, les autorités nationales de la concurrence s'attachent essentiellement à sensibiliser le public aux différents aspects des pratiques anticoncurrentielles qui contreviennent au droit sans recourir aux mécanismes de mise en application. Elles organisent notamment des conférences axées sur les avantages

⁴³ Bureau de la concurrence du Royaume-Uni, 2010, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*.

⁴⁴ <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

⁴⁵ OECD, 2011, *Policy roundtables : Promoting compliance with competition law*.

⁴⁶ Bureau de la concurrence du Royaume-Uni, 2010, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*.

⁴⁷ <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

⁴⁸ Ibid.

que retirent les entreprises du respect du droit de la concurrence, ainsi que des séminaires de formation destinés à sensibiliser à ces avantages et à renforcer les pratiques concurrentielles des entreprises.

26. La diffusion de publications, de lettres d'information ou de communiqués de presse sur les mesures visant à prévenir ou à minimiser les risques d'infraction à la législation antitrust, sur le respect de la concurrence et sur la politique de concurrence, de lignes directrices sur l'application du droit, de rapports sur des thèmes précis, ainsi que de rapports annuels expliquant les activités de l'organisme chargé de la concurrence et les principaux thèmes/sujets relatifs à la concurrence.

27. En outre, les autorités nationales de la concurrence sensibilisent et conseillent les entreprises pour les inciter à respecter la concurrence. Elles les informent de la manière d'aborder les questions relatives au respect de la concurrence ou les faits liés au droit de la concurrence afin de leur permettre de mieux comprendre le droit même lorsqu'il est peu probable qu'une infraction puisse être commise. À cet égard, elles étudient la possibilité de faire des sites Internet un outil éducatif interactif accessible à tous⁴⁹ afin de mieux diffuser leurs conseils. Dans certains cas, par exemple lorsqu'une nouvelle loi sur la concurrence entre en vigueur, les entreprises bénéficient d'avis consultatifs transitoires gratuits sur la question de savoir si leurs opérations contreviennent aux nouvelles dispositions⁵⁰. Ce type de dialogue entre les entreprises et les autorités de la concurrence est essentiel afin de réduire le risque d'infraction.

28. **Programme d'incitation/de clémence.** Les entreprises bénéficient de programmes de clémence des autorités nationales de la concurrence à condition d'adopter un programme interne, dynamique et strict d'autoévaluation et de suivi des activités menées en matière de respect de la concurrence. Les programmes de clémence prévoient parfois des condamnations moins sévères pour les donneurs d'alerte (c'est-à-dire pour les salariés qui signalent à la direction de leur organisation et aux autorités de la concurrence des activités qui contreviennent au droit) ou les entreprises qui admettent participer à des actions répréhensibles). Par exemple, les amendes peuvent être réduites ou supprimées si l'entreprise qui a participé à une entente reconnaît le caractère anticoncurrentiel de ses activités, arrête de participer à l'entente et coopère pleinement avec les autorités qui enquêtent sur les autres membres⁵¹. Une entreprise ne peut en général bénéficier de ce traitement que si elle donne aux autorités du pays en question des informations que celles-ci ne possèdent pas encore et qui contribuent à les aider à mettre fin aux activités d'un cartel. Un programme de clémence bien conçu peut être un moyen essentiel de renforcer la lutte contre les infractions les plus sérieuses, en particulier la fixation secrète de prix et les ententes portant sur le partage de marchés.

29. **Décisions administratives.** Les autorités nationales de la concurrence ont souvent recours à des accords administratifs pour faire respecter la concurrence lorsqu'elles constatent que les entreprises risquent d'enfreindre la loi. Il peut s'agir d'un accord signé entre l'autorité nationale et une entreprise dans lequel sont précisées les clauses et les conditions de la décision. Les décisions administratives consignent en général l'engagement de l'entreprise de mettre un terme à son comportement anticoncurrentiel et d'indemniser les parties lésées et de prendre toutes les mesures nécessaires pour que cela ne se reproduise pas. L'autorité nationale de la concurrence a peu de chances d'accepter une nouvelle décision administrative lorsque la précédente décision administrative n'a pas été respectée⁵².

⁴⁹ OCDE, 2011, *Policy Roundtables – Promoting compliance with competition law*.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ https://www.akzonobel.com/system/images/AkzoNobel_Competition_Law_Compliance_Manual_tcm9-16085.pdf.

⁵² <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/compliance-enforcement-policy>.

30. **Les mécanismes facultatifs/contrainants en matière de respect de la concurrence.** De nombreuses entreprises mettent en place des mécanismes facultatifs d'autoréglementation qui contribuent à minimiser le risque d'infraction au droit de la concurrence. Ces mécanismes peuvent aider à réduire la peine infligée aux entreprises jugées coupables de pratiques anticoncurrentielles. Parfois, les autorités de la concurrence s'en remettent à des dispositifs prévus par la loi pour aider les entreprises à respecter le droit (voir l'encadré 3 sur l'expérience brésilienne)⁵³.

Encadré 3

L'expérience de l'autorité brésilienne chargée de faire respecter la législation antitrust

« Le droit brésilien (ordonnance n° 14/2004) donne des orientations sur la manière de concevoir un programme destiné à faire respecter la réglementation antitrust en définissant les prescriptions et les conditions à satisfaire pour que l'autorité brésilienne compétente délivre un certificat de conformité. Il s'agit en fait d'un "sceau de qualité" qui est apposé lorsque ce programme est en conformité avec les directives légales énoncées dans l'ordonnance. Ce certificat atteste que l'entreprise [en question] a mis en place un programme respectant la réglementation antitrust, et que sa direction a adopté des directives visant à promouvoir une culture antitrust. Pour obtenir un certificat (valable pendant deux ans), une entreprise doit présenter son programme, divulguer les normes et procédures que ses employés doivent suivre, et désigner les cadres chargés de coordonner et de superviser les objectifs proposés du programme. »

Source : Chambre de commerce internationale, Policy and Business Practices – Promoting antitrust compliance. Disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf (consulté le 17 août 2016).

31. **Sanctions infligées aux entreprises.** Les autorités nationales de la concurrence ont eu recours à une large gamme de sanctions susceptibles d'inciter les entreprises à renforcer leurs activités en matière de respect du droit de la concurrence. Par exemple, au Brésil, les entreprises participant à des ententes sont passibles des sanctions suivantes : interdiction de solliciter un financement public et de répondre à un appel d'offres auquel participent des autorités ; impossibilité pour les membres d'une entente de bénéficier d'un échelonnement des arriérés de dette due aux autorités fédérales ; annulation totale ou partielle des mesures d'incitation fiscale ou des subventions publiques ; obligation pour les actionnaires de créer une société distincte, de transférer le contrôle de leur société à des tiers, de vendre des actifs ou de mettre fin partiellement à des activités commerciales en cas de condamnation pour infraction à la réglementation antitrust⁵⁴.

32. Il n'existe pas de stratégie unique pour encourager le respect du droit de la concurrence. Certains organismes, par exemple la Commission zambienne de la concurrence et de la protection du consommateur, font appel à une variété d'outils pour inciter à respecter le droit de la concurrence et le faire appliquer (voir l'encadré 4)⁵⁵.

⁵³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf.

⁵⁴ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>.

⁵⁵ <http://www.ccpc.org.zm/competition-compliance-and-role-of-ccpc/>.

Encadré 4

Respect de la concurrence et rôle de la Commission zambienne de la concurrence et de la protection du consommateur

La Commission de la concurrence et de la protection du consommateur (CCPC) « envisage une panoplie de stratégies afin d'encourager à respecter d'elles-mêmes la concurrence et de faire appliquer toutes les mesures nécessaires dans ce domaine. Cela est sans doute plus efficace et contribue davantage au bien-être du consommateur et de la société. En effet, la dissuasion par le biais d'amendes et de condamnations n'est, en soi, pas forcément suffisante pour garantir le respect de la réglementation, simplement car elle ne répond pas à l'idée que les entreprises ou la société se font de la "moralité" du comportement en question et ne contribue donc pas à une véritable culture éthique dans les entreprises. ».

Afin de s'acquitter de son mandat visant à promouvoir et à renforcer la concurrence et le bien-être du consommateur du point de vue économique dans l'intérêt des citoyens zambiens, la CCPC a élaboré diverses directives. Parmi les plus importantes figurent celles relatives aux fusions, aux amendes et à la procédure de règlement. La réglementation relative aux fusions donne des conseils pratiques aux fins de l'application des procédures et des méthodes d'évaluation pertinentes énoncées dans la loi sur la concurrence et la protection du consommateur (la loi) et dans la réglementation. Les directives relatives à la procédure de règlement aident les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence à proposer des mesures correctives et des sanctions à la CCPC.

En outre, la CCPC organise des entretiens et des formations à l'intention du secteur privé et du secteur public ainsi que des associations professionnelles. Par exemple, l'année dernière, elle s'est entretenue avec des institutions telles que des associations professionnelles et une association de producteurs, et a dispensé une formation à des juges et magistrats. La CCPC organise aussi des entretiens avec des établissements d'enseignement tels que les lycées, les écoles supérieures et les universités afin de mieux faire respecter la concurrence et d'y sensibiliser davantage de personnes. Elle s'efforce aussi de garantir le respect du droit et de mettre en place une culture de la concurrence en diffusant des informations chaque semaine dans les journaux locaux, les bulletins d'information trimestriels ainsi que par divers moyens d'information tels que les sites Web, Facebook et Twitter.

Source : Zambia Competition and Consumer Commission, disponible à l'adresse <http://www.ccpc.org.zm/competition-compliance-and-role-of-ccpc/> (consultée le 17 août 2016).

IV. Que peut-on faire pour renforcer le respect du droit de la concurrence ?

33. Il ressort de l'examen des outils communs utilisés pour promouvoir le respect du droit de la concurrence et des facteurs qui incitent ou n'incitent pas à s'y conformer que le secteur privé a mis en place un processus interne autopiloté reposant sur des principes éthiques et sur les conséquences des infractions à la loi et que les autorités nationales de la concurrence encouragent ou obligent les acteurs du marché à observer la réglementation.

34. Toutefois, les contraintes telles que le manque de ressources rendent certaines de ces approches inefficaces. Le déficit de capacités humaines et technologiques et la faiblesse du budget opérationnel entravent les capacités des autorités de réglementation de suivre,

d'examiner et de vérifier la mise en application de la réglementation, d'agir rapidement et avec diligence dans les enquêtes sur les cas d'infraction, de les traiter et de dissuader l'entreprise fautive de recommencer.

35. Faute de ressources, il est extrêmement difficile pour le secteur privé d'évoluer dans un environnement économique complexe et changeant, dans lequel les autorités de la concurrence adoptent souvent de nouvelles réglementations dont le respect exige de posséder des compétences très coûteuses, d'adopter des mesures correctives qui prennent du temps et de disposer d'un budget opérationnel. Cela vaut particulièrement pour les petites entreprises, qui ont souvent un budget restreint pour engager des experts extérieurs chargés de combler le déficit de connaissances.

36. Compte tenu de ce qui précède, le renforcement des ressources humaines et technologiques, la consolidation des programmes de promotion et l'établissement de normes déontologiques élevées dans les entreprises sont des éléments importants en vue d'accroître les activités liées au respect de la réglementation. La présente section aborde les moyens de renforcer le respect de la concurrence dans le secteur privé et la façon dont les autorités de réglementation peuvent davantage le promouvoir.

Formation

37. Comme il a été indiqué plus haut, la pénurie de personnel qualifié est une raison importante de la survenue d'infractions à la concurrence. Un moyen pratique d'améliorer les compétences du personnel est de proposer une formation aux salariés afin d'améliorer leurs connaissances et de compléter leur formation générale. En formation leurs salariés, les entreprises comprennent mieux comment l'application du droit de la concurrence pourrait influencer sur les obligations et responsabilités du personnel, sur ce qui constitue une obstruction au regard de la loi et sur les moyens de reconnaître des signes potentiels d'une infraction à la loi commise par une autre entreprise ; elle aide aussi les entreprises à appliquer en toute confiance la loi et à rester compétitives.

38. Différentes méthodes de formation du personnel peuvent être utilisées, à savoir : l'organisation d'ateliers où le personnel acquiert des connaissances grâce à des spécialistes ou des experts d'un sujet donné, le financement de cours dans des domaines pertinents, le télé-enseignement, le tutorat, en nouant des relations professionnelles étroites avec des collègues expérimentés, et l'immersion du personnel dans d'autres activités de l'entreprise, afin d'apprendre de nouvelles tâches et de savoir comment cela peut influencer sur la stratégie globale de l'entreprise. Toutefois, toute formation implique des coûts initiaux pour les entreprises participantes, ce qui explique qu'elle n'est pas souvent utilisée. D'après une enquête réalisée en 2014 par l'Autorité britannique de la concurrence et des marchés sur la connaissance que les entreprises britanniques ont du droit de la concurrence, les comportements anticoncurrentiels et les sanctions en cas d'infraction, seuls 6 % de plus de 1 000 cadres supérieurs responsables des ventes dans des entreprises privées du Royaume-Uni ont répondu que les salariés avaient été formés au droit de la concurrence au cours des douze derniers mois ayant suivi le lancement de l'étude. Seulement 41 % des grandes entreprises interrogées avaient dispensé une formation dans ce domaine au cours de la même période⁵⁶.

39. Il n'en reste pas moins que la formation prépare le personnel à atteindre les objectifs en matière de respect de la concurrence plus rapidement et avec de moindres conséquences. L'étude en question estime que pour être efficaces, les programmes de formation doivent satisfaire à certaines conditions, à savoir : a) cibler le bon public ; b) aborder les bonnes questions ; c) divulguer les conséquences de toute infraction au droit de la concurrence ;

⁵⁶ Ginsberg M. R. et LoBue R. P., 2015, Do businesses understand competition law ? Antitrust update.

d) informer les salariés, nouveaux et anciens, de l'évolution de la loi, en mettant l'accent sur le respect systématique du droit ; e) accorder la priorité au respect de la concurrence dans la limite des ressources disponibles⁵⁷. Les bonnes personnes à cibler par les autorités nationales de la concurrence pourraient être les hauts fonctionnaires, les membres de la profession juridique et les représentants du secteur privé, ainsi que les syndicalistes et les membres des chambres de commerce. Toutefois, un inconvénient important de la formation est que les salariés qui ont acquis de nouvelles compétences et qualifications peuvent chercher un meilleur emploi ailleurs s'il n'y a aucune possibilité de promotion au sein de l'entreprise qui a financé leur formation.

Ressources humaines

40. Il est aussi possible de renforcer les capacités de respecter la réglementation en embauchant du personnel qualifié qui connaît bien le droit de la concurrence, les marchés et leur dynamisme, et qui est capable de distinguer les pratiques anticoncurrentielles des pratiques favorisant la concurrence auprès de l'entreprise ou de l'autorité de réglementation, même si ces efforts sont entravés par des ressources financières souvent limitées.

41. Les départements des ressources humaines qui manquent de trésorerie devraient envisager d'offrir un meilleur équilibre vie professionnelle/vie personnelle, une plus grande variété de cas intéressants à traiter et une plus grande sécurité de l'emploi dans le cadre d'une stratégie visant à attirer et à conserver les salariés malgré des rémunérations inférieures⁵⁸. Les autorités nationales de la concurrence devraient aussi collaborer avec les établissements d'enseignement à l'analyse des incidences des comportements anticoncurrentiels et des infractions au droit afin de dégager des recommandations pratiques aboutissant à un plus grand respect de la concurrence.

Programmes de vulgarisation

42. Comme il a été indiqué dans la précédente section, les autorités de réglementation recourent à des programmes de vulgarisation pour promouvoir les activités axées sur l'application de la loi et sur la réforme de la réglementation. Un bon programme de promotion peut contribuer à changer les comportements, les politiques ou les pratiques et dépend d'une variété de facteurs, notamment de la persévérance de l'organisme de réglementation. Il devrait clairement appeler l'attention des entreprises/décideurs sur les mesures proposées, leur raison d'être et leurs incidences sur les pratiques existantes. Il incitera les entreprises à examiner leurs pratiques afin de mieux respecter la loi dans les domaines où l'autorité nationale de la concurrence donne des informations. La communication étant le moyen le plus efficace de diffuser l'information⁵⁹, une bonne stratégie de communication est nécessaire pour assurer une promotion efficace.

43. La promotion peut être utilisée de plusieurs façons pour renforcer le respect de la concurrence et favoriser la réorientation des politiques. L'un des moyens d'y parvenir est de développer des programmes de vulgarisation grâce à des moyens de communication tels que les journaux, la radio et la télévision⁶⁰. Les autorités de la concurrence peuvent ainsi se servir des médias pour replacer les problèmes dans le cadre de la politique publique et exercer une pression stratégique sur les principaux décideurs afin de modifier

⁵⁷ Ibid ; voir http://www.antitrustupdateblog.com/blog/do-businesses-understand-competition-law/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original.

⁵⁸ http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d5_en.pdf.

⁵⁹ http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_AdvocacyGuidelines_en.pdf.

⁶⁰ http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd28_en.pdf.

l'environnement⁶¹. La divulgation dans les médias d'activités anticoncurrentielles a aussi beaucoup de chances d'inciter les entreprises à se conformer au droit de la concurrence (voir l'encadré 5)⁶². Les campagnes de promotion lancées dans les médias devraient être soigneusement planifiées et bien exécutées en tenant compte du public ciblé car elles peuvent attirer de la mauvaise publicité et contribuer à mobiliser les forces d'opposition.

Encadré 5

Bien exploiter les médias aux fins du respect de la concurrence en Afrique du Sud

« Les médias [sud-africains] ont joué un rôle très important en sensibilisant à la loi sur la concurrence, surtout en divulguant les infractions mises au jour par les autorités de la concurrence. Les audiences des tribunaux étant largement couvertes, aucun dirigeant d'entreprise ne devrait pouvoir prétendre ne pas être au courant de la loi sur la concurrence. Les entités du secteur privé – en particulier les cabinets juridiques et les grandes sociétés de consultants – ont progressivement élaboré des programmes de respect de la concurrence par lesquels leurs clients ont été sensibilisés aux conditions énoncées dans la loi et à ce qui distingue un véritable comportement concurrentiel, d'une part, des infractions anticoncurrentielles à la loi, d'autre part. »

Source : Commission sud-africaine de la concurrence, 2002, *Unleashing Rivalry*, p. 73. Disponible à l'adresse : <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/10year.pdf> (consultée le 17 août 2016).

44. D'autres moyens comme les sites régulièrement actualisés des autorités nationales de concurrence ou les médias sociaux peuvent être utilisés pour renforcer la communication. Par exemple, dans le cadre du programme sur la concurrence et la protection des consommateurs en Amérique latine (COMPAL), le site Internet de l'autorité colombienne de la concurrence et de la protection des consommateurs a été reconfiguré, contribuant ainsi à renforcer les activités de cet organisme en matière de promotion de la concurrence. Cette stratégie a été évaluée par des examinateurs extérieurs au programme COMPAL, qui l'ont jugée pertinente et efficace. En El Salvador, une application novatrice et économique a permis à l'autorité de la concurrence d'accroître la transparence et la participation des citoyens dans le domaine de la concurrence. Grâce à cette application qui a remporté un prix, le public a facilement accès aux informations sur les affaires jugées par l'autorité, et il est possible de formuler des observations et de partager des informations connexes⁶³, ce qui a contribué à renforcer le respect de la concurrence et à améliorer les programmes de promotion. À force d'être incités à respecter la concurrence, on constate que le personnel responsable et les entreprises dans leur ensemble changent dans une certaine mesure d'état d'esprit⁶⁴.

Programmes internes de respect de la concurrence

45. De nombreuses entreprises aident leurs salariés à mieux comprendre le droit de la concurrence en diffusant des orientations et des procédures détaillées qui traitent des questions de respect de la concurrence pertinente pour elles et qui se trouvent souvent dans

⁶¹ Ibid.

⁶² <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/10year.pdf>.

⁶³ <http://www.worldbank.org/en/events/2014/11/26/2014-competition-advocacy-contest>.

⁶⁴ D'après le Réseau international de la concurrence, plus de 55 % des autorités de la concurrence jugent que leur rôle en matière de promotion est excellent ou bon. Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>.

des programmes qui permettent aux salariés de suivre les comportements autorisés de façon à ce que le risque d'infraction soit réduit au minimum si l'entreprise en question fait l'objet d'une enquête pour violation du droit de la concurrence. Néanmoins, il peut être problématique de se concentrer sur les règles au lieu d'entretenir une culture du respect de la concurrence car l'accent mis sur les règles peut conduire les salariés à trouver des échappatoires plutôt que les moyens d'avoir un comportement éthique⁶⁵.

46. Dans le cadre de leurs efforts visant à renforcer le respect du droit, il est judicieux que les entreprises commencent par mettre en œuvre un programme interne qui exige la participation de tous les salariés et une bonne compréhension des activités de l'entreprise au regard de la loi, un suivi constant et une mise à jour du programme. L'OCDE formule des recommandations sur les éléments essentiels de ce type de programme qui leur permet de mieux répondre aux attentes des autorités nationales de la concurrence (voir l'encadré 6)⁶⁶. Certaines autorités fournissent aussi des cadres pour aider les entreprises à concevoir leur propre programme en matière de respect du droit de la concurrence (par exemple, en Australie, au Canada, au Japon, aux Pays-Bas, etc.)⁶⁷.

Encadré 6

Éléments essentiels d'un programme efficace en matière de respect de la concurrence

« **Évaluation, hiérarchisation et réduction des risques.** Toute entreprise devrait périodiquement identifier et évaluer les risques d'infraction à la concurrence, particulièrement en les réévaluant lorsqu'elle pénètre de nouveaux marchés ou embauche de nouveaux salariés à des postes clefs. Les risques susceptibles d'apparaître dans chaque unité économique devraient être pris en compte. Le but est d'identifier les groupes qui sont les plus susceptibles d'enfreindre la loi, compte tenu de la nature de leurs activités et/ou de leur personnalité. Dans les ententes, il s'agit généralement des cadres supérieurs, des personnes qui prennent les décisions en matière de prix ou de commercialisation et de celles qui assistent aux réunions des associations professionnelles. Les risques peuvent ensuite être hiérarchisés et des mesures peuvent être prises pour les atténuer en dispensant des formations, en mettant en place un suivi, en demandant l'avis d'experts juridiques et en adoptant des mesures qui visent à récompenser ou à sanctionner le personnel.

Engagement. Pour être efficace, ce type de programme doit être pleinement et publiquement soutenu par le conseil d'administration de l'entreprise et par son président-directeur général, et doit recevoir des ressources suffisantes, notamment (dans les entreprises plus grandes) en désignant une personne responsable et compétente. Il devrait être énoncé clairement qu'aucune infraction, en particulier en matière de fixation des prix, ne serait tolérée, c'est-à-dire que l'entreprise ne défendrait pas ou ne soutiendrait pas leurs auteurs et que ceux-ci perdraient leur emploi.

Contrôle/suivi. Un mécanisme de suivi, d'évaluation et d'information devrait être mis en place.

Documentation. Les efforts déployés pour respecter la concurrence devraient être bien documentés afin non seulement de les attester en cas d'infraction, mais aussi de les étudier en se demandant ce qui n'a pas fonctionné et peut donc être amélioré.

⁶⁵ <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2016/03/15/what-matters-more-following-rules-or-creating-ethical-culture/>.

⁶⁶ <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

⁶⁷ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf.

Amélioration constante – L'entreprise devrait périodiquement actualiser son programme et veiller à ce que celui-ci reste bien adapté aux activités réelles de l'entreprise. »

Source : OCDE, Policy Roundtables, 2012, Promoting Compliance with competition law, p. 42. Disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf> (consultée 17 août 2016).

Culture organisationnelle

47. La sensibilisation au respect de la concurrence ne se traduit pas automatiquement par un changement de comportement dans le monde des entreprises, car il est très souvent difficile de convaincre non seulement les cadres supérieurs, mais aussi les cadres intermédiaires de l'importance de cette question. C'est pourquoi de nombreux engagements et programmes restent symboliques s'il y a peu de chances que les auteurs des infractions soient démasqués par les personnes responsables d'unités économiques et si le gain escompté est supérieur au coût attendu et prime sur un comportement rationnel⁶⁸.

48. À ce propos, il est important de mettre au point une culture organisationnelle en matière de comportement éthique qui jette les bases du respect de la concurrence auprès de l'ensemble des salariés et fixe des objectifs clairs en ce qui concerne le rôle que chacun doit jouer en vue de garantir l'adhésion de l'entreprise à son code de conduite⁶⁹. Cette culture donnera à chaque salarié le sens de ce qu'il faut faire dans l'entreprise et le mettra sur la bonne voie pour mieux respecter la concurrence. Une fois bien en place, elle devrait être diffusée de manière judicieuse auprès de l'ensemble du personnel et un système d'évaluation et de communication des activités menées par rapport aux objectifs prévus devrait être instauré afin qu'il soit immédiatement remédié aux activités anticoncurrentielles. Il ressort d'une enquête de 2005 menée par l'Institute of Business que les salariés sont moitié moins susceptibles d'avoir commis une infraction lorsque leur entreprise prend des dispositions en matière d'éthique et que la direction de l'entreprise s'investit beaucoup dans ce domaine⁷⁰. Une culture éthique bien enracinée contribue grandement à favoriser et à renforcer le respect du droit de la concurrence car elle guide les décisions des salariés et les aide à faire le bon choix.

Coopération et partenariat

49. Les associations professionnelles peuvent participer au renforcement de la culture du respect de la concurrence car elles représentent leurs membres (petites et moyennes entreprises et grandes entreprises confondues) devant les autorités et défendent leurs intérêts. Elles mettent leurs compétences au service d'activités qui visent notamment à soutenir les petites et moyennes entreprises, à les aider à informer et à tenir au courant leurs membres des règles et réglementations applicables, et à accroître la protection des consommateurs en élaborant des clauses et conditions types, des prescriptions relatives à l'innocuité des produits et des normes techniques⁷¹. La contribution des associations professionnelles à un plus grand respect de la concurrence est reconnue par l'OFT, qui juge que celles-ci sont des partenaires qui diffusent bien leurs directives. Toutefois, ces associations peuvent aussi être la source d'activités potentiellement anticoncurrentielles car elles permettent aux entreprises de se rencontrer et de coopérer, d'où la nécessité de faire très attention aux partenariats noués.

⁶⁸ OFT, 2009, *An assessment of discretionary penalties regimes*.

⁶⁹ <http://rlianceassist.com/3-elements-effective-compliance-culture/>.

⁷⁰ http://www.ibe.org.uk/userfiles/briefing_1.pdf.

⁷¹ Kellezi P., Kilpatrick B. and Kobel P., 2014, *Antitrust for small and middle size undertakings and image protection from non-competitors*.

50. L'apparition de fonds éthiques a aussi donné la possibilité aux autorités nationales de la concurrence d'associer ces fonds à leurs efforts visant à favoriser un plus grand respect du droit de la concurrence. Il était possible de convaincre un fonds éthique de ne pas investir dans des entreprises dont les pratiques anticoncurrentielles comme la participation à une entente étaient avérées⁷². Les entreprises ayant besoin d'investissements, elles pourraient être incitées à renforcer leurs activités en matière de respect de la concurrence.

V. Perspectives

51. Le respect du droit de la concurrence posera toujours des problèmes pour diverses raisons, à savoir : la complexité du droit ; la difficulté de réduire au minimum le transfert d'informations entre les concurrents ; l'objectif de veiller à ce que les activités recouvrant différents pays restent dans le cadre de la loi. Toutefois, les efforts concertés de l'ensemble des parties prenantes, notamment de la communauté internationale, contribueraient grandement à renforcer les capacités de respecter le droit de la concurrence. Afin d'atteindre ces objectifs, les principales recommandations ci-après sont formulées à l'intention des différentes parties prenantes :

- a) Recommandations à l'intention des autorités de réglementation ;
 - i) Accroître les campagnes de sensibilisation et l'échange d'informations sur le respect de la concurrence et les initiatives y relatives par des moyens appropriés (par exemple, sites Internet, bulletins d'informations, médias, etc.) ;
 - ii) Rationaliser les enquêtes en utilisant des technologies et des logiciels pour analyser et évaluer les types d'infraction ;
 - iii) Collaborer avec les établissements d'enseignement à l'analyse des infractions afin de formuler des recommandations pratiques qui conduisent à un renforcement du respect de la concurrence ;
 - iv) Encourager l'adoption de mesures volontaires qui contribuent à un plus grand respect de la concurrence en donnant des orientations et en apportant une assistance concernant les aspects pertinents du droit et l'élaboration de programmes dans ce domaine ;
- b) Recommandations à l'intention du secteur privé :
 - i) Évaluer soigneusement les risques juridiques que peuvent présenter les lois en vigueur sur le marché où l'entreprise est présente ; et qui peuvent s'étendre à d'autres marchés dans d'autres pays ;
 - ii) Concevoir une stratégie visant à atténuer les risques juridiques constatés⁷³, par exemple, en évaluant périodiquement les risques et en actualisant les orientations, procédures et programmes en cours en matière de respect de la concurrence, en sollicitant l'avis d'experts juridiques et en mettant en place un système visant à récompenser et à sanctionner le personnel ;
 - iii) Cultiver une culture de la déontologie assortie d'un sens fort de la responsabilité ;

⁷² OCDE, 2011, *Policy Roundtables – Promoting compliance with competition law*.

⁷³ Parmi les risques juridiques figurent la fixation de prix, par exemple le truquage des offres, le partage de la clientèle, la pratique des prix abusivement bas et le refus de vente, les restrictions imposées au fournisseur/distributeur et les accords collectifs visant à boycotter d'autres acteurs du marché.

- iv) Comprendre le risque d'infraction à la concurrence que tous les salariés courent et dispenser une formation régulière afin que ceux-ci acquièrent les compétences dont ils ont besoin pour prendre la mesure de règles de concurrence complexes ;
- v) Donner constamment des informations en retour aux membres de l'équipe afin que les procédures puissent être revues si nécessaire ;
- vi) Faire appel aux compétences d'experts juridiques connaissant le droit de la concurrence, lorsque cela est nécessaire, afin d'aider le personnel à respecter le droit ou à évaluer les échanges d'informations anticoncurrentielles avec les concurrents ;
- vii) Dialoguer avec les autorités de réglementation afin de comprendre leurs intentions ;
- c) Recommandations à l'intention des pouvoirs publics. Clarifier les lois sur la concurrence afin de pouvoir les appliquer de manière transparente et non discriminatoire ;
- d) Recommandations à l'intention de la communauté internationale :
 - i) Collaborer avec les autorités nationales de la concurrence à la conception et à l'élaboration de règles qui sont claires et qui contribuent au maximum à renforcer le respect de la concurrence en tenant compte des contraintes en matière de ressources ;
 - ii) Collaborer avec les organismes internationaux chargés de la concurrence afin de favoriser l'échange d'expérience et de meilleures pratiques, ainsi que l'application conjointe des lois.

52. Les stratégies de respect de la concurrence mises en avant dans la présente note portent sur les processus internes, la communication, le suivi et l'application, sans pour autant être exhaustives. Il faut examiner plus avant les conséquences que peuvent avoir d'éventuelles activités anticoncurrentielles (par exemple, les stratégies de commercialisation et les informations relatives à la production), les abus de position dominante ou les irrégularités liées à la chaîne d'approvisionnement, conséquences qui pourraient nécessiter la poursuite d'autres stratégies, aussi bien par les autorités réglementaires que par le secteur privé.

Questions à débattre

53. Il est proposé d'examiner les questions ci-après :
- a) Quelles stratégies pourraient être recommandées à côté de celles exposées dans la présente note pour renforcer le respect du droit de la concurrence ?
 - b) Quelles devraient être les priorités des autorités de la concurrence en matière de respect du droit, compte tenu des ressources limitées dont celles-ci disposent et du coût des activités exécutées dans ce domaine, ressources humaines et financières confondues ?
 - c) Compte tenu de la grave pénurie de personnel suffisamment qualifié dans le secteur public et le secteur privé, laquelle entrave les activités en matière de respect de la concurrence, quelles sont les mesures pratiques qui peuvent être adoptées pour renforcer les capacités des entreprises et des pays dotés de ressources limitées ?