

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit public

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 1er juin 2011

**L'indépendance des autorités de concurrence,
analyse comparative Colombie, France, Etats-
Unis.**



Université Panthéon-Assas

Anibal Rafael ZARATE-PEREZ

Sous la direction de Mme. Martine LOMBARD
Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas

Membres du jury :

M. Jean-Louis AUTIN
Professeur émérite à l'Université de Montpellier I, **rapporteur**,

M. Francisco BARBOSA
Professeur à l'Université Externado de Colombia,

M. Guillaume DRAGO
Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas,

M. Gérard MARCOU
Professeur à l'Université Paris I, Panthéon- Sorbonne, **rapporteur**



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements s'adressent, en priorité, à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Martine Lombard, pour la façon active mais non directive, dont elle a guidé mon travail de formation doctorale, pour son soutien constant et surtout, pour la confiance qu'elle a accepté de me témoigner à travers toutes ces années.

Plus largement, mes remerciements s'adressent aux nombreuses personnes en France, en Colombie et aux Etats-Unis qui, par leurs recommandations, leur soutien ou, tout simplement par leur amitié, ont activement contribué à ce que cette thèse de doctorat puisse voir le jour

Résumé :

Si l'indépendance des autorités de concurrence est souvent justifiée par le besoin d'une expertise objective, ce besoin ne suffit pourtant pas à la légitimer. Créées en contradiction apparente avec le principe de séparation des pouvoirs, les autorités de concurrence « indépendantes » ne peuvent trouver leur légitimité que dans la conjonction de diverses garanties institutionnelles, et de différents mécanismes de contrôle et procédures. S'interroger sur la place de l'indépendance des autorités de concurrence en Colombie suppose alors l'identification de ces garanties et mécanismes.

Leur analyse sera menée à travers une étude comparative de leur statut au regard de celui des autorités de concurrence française et américaine, dont les modèles ont influencé la constitution des autorités colombiennes. Elle permet de constater que les composantes de l'indépendance varient et qu'il n'en existe pas un seul modèle à travers le monde. La présente étude conduit aussi à relever que certaines garanties statutaires de l'indépendance, pourtant accordées aux autorités de concurrence française et américaine et leur permettant disposer d'un grand degré de liberté décisionnelle, ne sont pas octroyées aux autorités colombiennes.

Assurer un degré plus important d'indépendance aux autorités de concurrence en Colombie, par l'attribution de certaines de ces garanties, requiert un renforcement des mécanismes de contrôle, procédures et voies de participation des citoyens dans la prise des décisions. L'étude de la construction de l'indépendance des autorités de concurrence, dans ses dimensions organique et fonctionnelle, doit donc être suivie par celle de ces contrôles. Un équilibre dans les contrôles constitue un facteur non seulement de légitimité, mais aussi un moyen de sauvegarder leur indépendance vis-à-vis des éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte.

Descripteurs : Indépendance - Autorité de concurrence - Régulation économique - Contrôle politique - Contrôle juridictionnel - Autonomie - Responsabilité - Principe démocratique - Participation des citoyens - Autorités de régulation sectorielles - Concurrence déloyale - Contrôle des concentrations - Superintendances.

The Independence of Competition Law Agencies, Comparative Analysis Colombia, France, United States :

Although Competition Agencies' independence is commonly explained through the necessity of objective expert decision-making, such necessity is not sufficient to legitimize their isolation from the government. Absent of democratic foundations and in apparent contradiction with the principle of Separation of Powers, "Independent" Competition Agencies attain their legitimacy from the conjunction of multiple institutional guarantees, control mechanisms and procedures, none of which may overshadow the others. Any effort to determine the role that the idea of independence plays in the institutional design of Colombian competition agencies requires an examination of these guarantees and mechanisms, as well as a comparison of their status to that of French and American agencies; whose institutional arrangement has influenced the constitution of Colombian authorities. Whilst the components of the independence vary in every analyzed jurisdiction (as there is not a unique institutional scheme of "Independent" Agency), this study reveals that certain institutional guarantees recognized to agencies in France and in the United States, which grant them vast discretionary decision-making power, are not present in the specific case of Colombian agencies. Assuring a higher level of independence for Colombian competition authorities, by conferring them some of these guarantees, lean on a simultaneous effort to reinforce control mechanisms, procedures and instruments for citizen participation in the regulatory process. The construction of the independence of Competition Agencies – in both its organizational and functional dimensions – commands the design of institutional constraints. Maintaining a balance over these constraints to agency discretion not only constitutes a source of legitimacy, but equally becomes an effective means to safeguard their independence from external factors.

Keywords : Independance – Competition Agency – Economic regulation – Political oversight – Judicial oversight - Judicial deference - Administrative discretion - Liability - Democracy -Citizen participation – Independent regulatory agencies - Antitrust – Unfair methods of competition - Federal Trade Commission.

Principales abréviations

Abréviations relatives aux publications

Admin. L. Rev. : Administrative Law Review

A.J.D.A. : Actualité juridique, droit administratif.

A. I. J. C.: Anuario iberoamericano de justicia constitucional.

Ala. L. Rev. : Alabama Law Review.

Am. J. Comp. L. : American Journal of Comparative Law.

Am. J. Int. L. : American Journal of International Law.

Am. J. P. S. : American Journal of Political Science.

Am. P. S. Rev. : American Political Science Review.

Am. U. L. Rev. : American University Law Review.

Ann. I.D.I : Annuaire de l'Institut de droit International.

Antitrust L. J. : Antitrust Law Journal.

Ariz. St. L.J. : Arizona State Law Journal.

Bell. J. Econ. & MGMT. Sci. : Bell Journal of Economics and Management Science.

B.U. L. Rev. : Boston University Law Review.

Calif. L. Rev. : California Law Review.

Cardozo L. Rev : Cardozo Law Review.

Ch. Cons. Const. : Cahiers du Conseil Constitutionnel.

Chi.-Kent L. Rev. : Chicago-Kent Law Review

C.M.L.R. : Common market Law Review.

Colum. L. Rev. : Columbia Law Review

Colum. Bus. L. Rev. : Columbia Business Law Review.

Cornell L. Rev. : Cornell Law Review.

Duke L.J. : Duke Law Journal.

Fordham L. Rev. : Fordham Law Review.

Geo. Wash. L. Rev. : George Washington Law Review.

Harv. L. Rev. : Harvard Law Review.

Ind. J. Global Legal Stud. : Indiana Journal of Global Legal Studies.

Int'l. & Comp. L. Quart : International and Comparative Law Quarterly.

Iowa L. Rev : Iowa Law Review.

J.C.P. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique).

J.C.P Conc. Cons. : Jurisclasseur périodique. Concurrence et consommation.

J.C.P. E. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Entreprises et affaires.

J.C.P. G. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Edition générale.

J. Econ. Lit. : Journal of Economic Literature.

J. I.E.L. : Journal of International Economic Law.

J. L.E.O. :Journal of Law, Economics, & Organization.

J. L. & Com. : Journal of Law and Commerce.

J. L. & Econ. : Journal of Law and Economics.

J. Leg. Stud. : Journal of Legal Studies.

Law and Economics : Journal of Law and Economics

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

L.P.A. : Les Petites affiches.

Mich. L. Rev. : Michigan Law Review.

Notre Dame L. Rev. : Notre Dame Law Review.

N.Y.U. L. Rev. : New York University Law Review.

Public Admin. Rev. : Public Administration Review.

Public Choice : Public Choice Journal.

PUF : Presses universitaires de France.

PUG : Presses universitaires de Grenoble.

RAP : Revista de Administración Pública.

R.D.P. : Revue de droit public.

REDA : Revista española de derecho administrativo.

Rev. conc. consom. : Revue concurrence et consommation.

Rev. D. M. : Revista de derecho mercantil

R.F.D.A. : Revue Française de Droit Administratif.

R.I.D.C. : Revue Internationale de droit comparé.

R.L.C. : Revue Lamy de la Concurrence.

R.J.A. : Revista de jurisprudencia administrativa.

Stan. L. Rev. : Stanford Law Review.

Sup. Ct. Rev : Supreme Court Review.

Tex. Intell. Prop. L.J. : Texas Intellectual Property Law Journal.

Texas L. Rev. : Texas Law Review.
Universitas : Revista Jurídica Universitas.
UCLA L. Rev. : University of California, Los Angeles Law Review.
U. Chi. Legal F. : University of Chicago Legal Forum.
U. Chi. L. Rev. : University of Chicago Law Review.
U. Colo. L. Rev. : University of Colorado Law Review.
U. Pa. L. Rev. : University of Pennsylvania Law Review.
Va. L. Rev. : Virginia Law Review.
Vand. L. Rev. : Vanderbilt Law Review.
Wash. U. L.Q. : Washington University Law Quarterly.
Yale L.J. : Yale Law Journal.

Abréviations relatives aux organismes et structures

ABA : American Bar Association.
ADLC : Autorité de la concurrence française.
AELE : Association européenne du libre échange.
Am. Acad. of Pol. & Soc. Sci. : American Academy of Political and Social Science.
A.M.F. : Autorité des marchés financiers.
ANC : Autorité nationale de concurrence
ANE : Agencia nacional del espectro.
ANDEVIP : Asociación nacional de empresas de vigilancia privada.
API : Autorité publique indépendante.
ARI : Autorité de régulation indépendante.
A.R.N. : Autorité de régulation nationale.
A.R.T. : Autorité de régulation des télécommunications.
ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
ARJEL : Autorité de régulation des jeux en ligne.
B.N.A. : Bundesnetzagentur.
BID : Banco interamericano de desarrollo.
CAF : Corporación andina de fomento.
CAN : Comunidad andina de naciones.
CA Paris : Cour d'appel de Paris.

CAT : Competition Appeal Tribunal.

CECEI : Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

C.M.F. : Conseil des marchés financiers.

CMI : Commissions multilatérales d'inter-change.

C.M.T. . : Comisión del mercado des las telecomunicaciones.

CNC : Commission nationale de la concurrence.

C.N.E. : Comisión de regulación de la energía.

CNTV : Comisión nacional de televisión.

COB : Commission des opérations de bourse.

CONPES : Consejo Nacional de Política Económica y Social

CRC : Comisión de regulación de comunicaciones

CRE : Commission de régulation de l'énergie.

CREG : Commission de régulation de l'électricité et du gaz.

CRT : Comisión de regulación de telecomunicaciones.

CSA : Conseil supérieur de l'audiovisuel.

CSJ : Corte suprema de Justicia.

DANE : Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

DNP : Departamento nacional de planeación.

DOJ : Department of Justice.

ECA : European Competition Authorities.

ECN : European Competition Network.

EFTA : European Free Trade Association.

EPA : Environmental Protection Agency.

EUI : European University Institute.

E.R.G. : European Regulatory Group.

FCC : Federal Communications Commission.

FTC : Federal Trade Commission.

ICC : Interstate Commerce Commission.

ICN : International Competition Network.

INCORA : Instituto colombiano de la reforma agraria.

IRA: Independent Regulatory Agencies.

IRG : Independent Regulatory Group.

KRISS : Institut coréen d'investigations en science et technologie.

N.D.P.B. : Non-Departmental Public Bodies.

OCC : Office of the Comptroller of the Currency.

OECD : Organisation for Economic Co-operation and Development.

OMB : Office of Management and Budget.

OIRA : Office of Information and Regulatory Affairs.

ONAC : Órgano Nacional de Acreditación de Colombia.

OTS : Office of the Thrift Supervision.

PYMES : Pequeñas y medianas empresas.

REC : Réseau européen de la concurrence.

RIC : Réseau International de La Concurrence.

SDC : Service de défense de la concurrence espagnole.

SEC : Securities and Exchange Commission.

SEPA : Espace unique de paiements en euros.

SERNAC : Servicio nacional del consumidor de Chile.

SFC : Superintendencia financiera de colombia.

SIC : Superintendencia de industria y comercio.

SRE : Superintendencia de regulación económica.

UNCTAD : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

USAID : United States Agency for International Development.

Divers

A.L.J. : Administrative Law Judges.

A.P.A. : Administrative Procedure Act.

BOCC : Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation

B.O.E : Boletín Oficial del Estado (Espagne).

C.A. : Cour d'appel.

C.C.A : Code du contentieux administratif colombien

CE : Conseil d'Etat.

CE, Ass. : Conseil d'Etat statuant en assemblée.

C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme.

CE, Sect. : Conseil d'Etat statuant en section.

C.J.C.E. : Cour de justice des communautés européennes.
C.Cass. : Cour de cassation.
C.P.C.E. : Code des des Postes et des Communications électroniques.
Chron. : chronique.
Coll. : collection.
Comm. :Commission
Concl. : conclusions.
Cons. : considérant.
Coord. : coordination.
C.P.A.C.A. : Code des procédures administratives et du contentieux administratif.
C.P.C : Code de procédure civile colombien.
Dactyl. : dactylographiée.
Dir.: (sous la) direction.
DNN : Distributeurs non nationalisés.
Doct. : doctrine.
Ed. : édition.
Fasc. : Fascicule.
FTCA : *Federal Tort Claims Act.*
FTC Act : *Federal Trade Commission Act.*
GEL : *Gobierno en línea.*
Ibid. : Ibidem.
Id. : Idem.
Ind. : Industrie.
LME : Loi de modernisation de l'économie.
J.O. col. : Journal officiel de la République de Colombie.
J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes.
J.O.R.F. : Journal officiel de la République française.
J.O.U.E. : Journal officiel de l'Union européenne.
LOLF : Loi organique relative aux lois de finances.
N° : numéro.
NRE : Nouvelles régulations économiques.
p. : page.
PME : Petites et moyennes entreprises.

PNC : Política nacional de competitividad.

pp. : pages.

PPT. : Positive Political Theory.

Préc. : précité(e).

Pts. : points.

Rec. : recueil.

RIA : Regulatory Impact Analysis.

S : suivant(e).

SMMLV : Salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Spéc. : spécial / spécialement.

TDC : Tribunal de defensa de la competencia.

TIC : Tecnologías de Información y Comunicaciones.

TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.

Trad. : traduction.

U.S.C. : United States Code.

U.S.C.A : United States Code Annotated.

Sommaire

Introduction	17
§1. <i>Objet de l'étude</i>	21
A. Les autorités de concurrence	22
1. L'identification des éléments de définition des autorités de concurrence	22
a. Les autorités de concurrence sont des organismes administratifs spécialisés, non toujours dotés de la personnalité morale	22
b. Les autorités de concurrence disposent au moins d'un pouvoir d'édicter des normes « molles »	26
c. Les autorités de concurrence assurent la régulation de la concurrence	28
2. Délimitation du sens de l'expression « autorité de concurrence »	34
B. La notion d'indépendance	37
§2. <i>Méthode de la recherche</i>	45
Partie 1: Les composantes de l'indépendance des autorités administratives de la concurrence	51
Titre I. L'indépendance statutaire	55
Chapitre 1. La construction de l'indépendance statutaire	58
Section 1 – L'identification des organes de concurrence	58
§1. <i>La spécialisation organique des autorités de concurrence</i>	59
A. La construction de la spécialisation organique	61
1. Les fondements de la délégation de la régulation de la concurrence à un organe administratif spécialisé	63
2. La matérialisation de la spécialisation organique	71
B. La portée de la spécialisation organique	76
1. Une spécialisation à « mi-chemin » ?	76
2. La place de la spécialisation dans la construction de l'indépendance des autorités de concurrence	84
§2. <i>L'externalisation des autorités de concurrence</i>	87
A. Les arguments en faveur de l'externalisation des autorités de concurrence	88
B. L'adéquation constitutionnelle de l'externalisation au système colombien	98
Section 2– L'architecture des autorités de concurrence	108
§1. <i>Les ressources des autorités de concurrence</i>	110
A. L'allocation de ressources aux autorités de concurrence	111
1. L'allocation des moyens matériels	111
2. L'allocation des moyens humains	122
B. La gestion des ressources par les autorités de concurrence	123

§2. Une organisation interne liée aux finalités	128
A. L'organisation interne comme garantie d'indépendance	131
1. L'indépendance dans l'organisation interne	131
2. Le pluralisme comme facteur d'indépendance	134
B. L'organisation interne comme facteur de légitimité	137
Chapitre 2. Les garanties de l'indépendance statutaire	140
Section 1 –Les garanties liées au statut de leurs membres	142
§1. La nomination de leurs membres	142
A. L'organe chargé de la nomination	143
B. Les qualités des membres nommés	147
§2. Le mandat de leurs membres	152
A. La durée et le non-renouvellement du mandat	153
B. Le régime des interdictions	158
Section 2– Les garanties lors de l'exercice de leurs fonctions	165
§1. La « disqualification » des membres des autorités de concurrence	166
A. La « disqualification » de l'ensemble des membres des autorités de concurrence	166
B. La « disqualification » des membres individuels des autorités de concurrence	174
§2. L'« inamovibilité » des membres des autorités de concurrence	184
A. La règle de l'« inamovibilité »	184
B. Les tempéraments à la règle	188
Titre II. L'indépendance fonctionnelle	193
Chapitre 1. L'étendue de l'indépendance fonctionnelle	196
Section 1 –La compétence des autorités de concurrence	198
§1. Les missions des autorités de concurrence	198
A. Les missions en matière de concurrence	198
B. Les autres missions	208
§2. Les pouvoirs des autorités de concurrence	214
A. Le champ d'application limité du pouvoir réglementaire	215
B. Le caractère circonscrit du pouvoir de décisions individuelles	223
Section 2– Les rapports fonctionnels des autorités de concurrence	233
§1. Les rapports avec les autorités nationales	234
A. Limites fonctionnelles à la régulation de la concurrence : la régulation économique générale	234
B. Limites fonctionnelles à la régulation de la concurrence : les régimes sectoriels	238
§2. Les rapports avec les autorités supranationales	248
Chapitre 2. La mise en œuvre de l'indépendance fonctionnelle	258
Section 1 –Les procédures devant l'autorité de concurrence	260
§1. La procédure contradictoire ex post	261
A. La procédure juridictionnelle devant la SIC	261

B. Les investigations administratives _____	266
§2. <i>La procédure administrative ex ante</i> _____	275
A. Contrôle <i>ex ante</i> des concentrations _____	275
B. Procédure d'élaboration des normes juridiques à portée générale _____	280
Section 2– Les actes des autorités de concurrence _____	285
§1. <i>Les actes à portée individuelle</i> _____	286
A. Les actes décisifs individuels faisant grief _____	287
B. Les actes à portée individuelle ne faisant pas grief _____	295
§2. <i>Les actes à portée générale</i> _____	299

Partie 2: Les limites à l'indépendance des autorités administratives de la concurrence _____ **306**

Titre I. Le contrôle des autorités administratives de concurrence _____ **310**

Chapitre 1. Le contrôle politique _____ **314**

Section 1 –Les contrôles du pouvoir exécutif _____ **316**

§1. *Les ambiguïtés du contrôle non-financier* _____ **317**

A. Les pouvoirs de contrôle du président _____ **319**

B. Le besoin d'une action gouvernementale cohérente _____ **322**

§2. *Les ambiguïtés du contrôle financier* _____ **327**

A. La dialectique entre autonomie budgétaire et contrôles lors de l'élaboration du budget _____ **327**

B. La dialectique entre indépendance d'exécution et contrôles budgétaires _____ **334**

Section 2– La protection de l'indépendance à travers du contrôle du Parlement _____ **335**

§1. *Le contrôle parlementaire des membres de l'autorité de concurrence* _____ **337**

A. L'absence de contrôle des nominations _____ **337**

B. Les mécanismes de contrôle des membres _____ **338**

§2. *Le contrôle parlementaire de l'activité de l'autorité de concurrence* _____ **343**

A. Le contrôle à travers des explications, rapports d'activité et documents _____ **343**

B. Le contrôle à travers de l'approbation du budget _____ **347**

Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel _____ **350**

Section 1 –Le régime du contrôle des actes des autorités de concurrence _____ **352**

§1. *La détermination des actes soumis au contrôle* _____ **353**

A. Actes sur lesquels on discute le contrôle de la juridiction contentieuse administrative _____ **355**

B. Actes et autres manifestations non sujets au contrôle judiciaire _____ **358**

§2. *Absence de spécificité dans le régime du contrôle* _____ **364**

A. Absence de spécificité dans les fondements du contrôle _____ **364**

B. Absence de spécificité dans les actions contentieuses _____	368
1. Une multiplicité d'actions contentieuses _____	369
a. L'extension du champ du contentieux objectif _____	370
b. La « prolifération » du contentieux subjectif _____	374
2. Action unique, multiplicité des prétentions ? _____	382
Section 2– La pratique du contrôle _____	383
§1. <i>L'étendue du contrôle du juge</i> _____	385
A. Un contrôle juridictionnel des actes assez jeune _____	386
B. Vers l'affirmation d'un pouvoir de substitution du juge dans le contrôle des actes de l'autorité de concurrence ? _____	392
§2. <i>Les procédures de contrôle de leurs actes</i> _____	398
Titre II. La responsabilité des autorités administratives de concurrence _____	411
Chapitre 1. Les fondements de la responsabilité _____	416
Section 1 –Les fondements de la responsabilité tirés de leur statut _____	418
§1. <i>Le régulateur de concurrence : autorité de nature administrative</i> _____	419
§2. <i>La responsabilité : complément des garanties statutaires de l'« indépendance »</i> _____	425
Section 2– Les fondements de la responsabilité tirés de leur activité _____	428
§1. <i>La responsabilité dans le cas du fonctionnement défectueux dans son activité juridictionnelle</i> _____	429
§2. <i>La responsabilité pour fonctionnement défectueux dans son activité d'organisation de la concurrence</i> _____	435
A. Les fondements dérivés de son pouvoir réglementaire _____	436
B. Les fondements dérivés de son activité de police _____	438
Chapitre 2. Les limites à la mise en œuvre de la responsabilité _____	445
Section 1 – Les contraintes juridiques à la mise en œuvre de la responsabilité _____	446
§1. <i>La satisfaction des conditions jurisprudentielles</i> _____	447
§2. <i>L'exception des « fonctions discrétionnaires »</i> _____	455
Section 2– Les moyens des institutions chargées de son maniement _____	459
§1. <i>Les contraintes liées aux moyens du juge</i> _____	459
§2. <i>Les contraintes liées aux moyens de l'autorité de concurrence</i> _____	462
Conclusion _____	466
Bibliographie _____	473
Index _____	519

INTRODUCTION

Par les lois antitrust, « le Congrès traitait de la concurrence, qu'il cherchait à protéger, et du monopole, qu'il cherchait à prévenir »¹. C'est en ces termes que la Cour suprême américaine s'exprime en 1951 à propos des finalités du droit de la concurrence. Bien que rassurants sur le plan rhétorique, ces quelques mots invitent en réalité à s'interroger sur les objectifs de ce « droit économique par excellence »². En effet, dans l'abondante doctrine juridique et économique qui traite de cette question, aucune unanimité ne se dégage dès lors qu'il s'agit d'établir la liste de ces objectifs³. Si la question de la définition des objectifs du droit de la concurrence est apparue dès la fin du XIX^e siècle⁴, elle reste toujours d'une grande actualité⁵. La définition donnée par le pouvoir politique

¹ « Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent », *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231, 249 (1951).

² Claude CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », J.-Cl. Concurrence Consommation, 1991, fasc. 30, spéc. n° 1, pp. 57 et 66, cité par Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Université Paris Dauphine, 2007, Paris : LGDJ, 2008, p. 1.

³ L'ambiguïté des termes « concurrence » et « monopole » dissimule une pluralité d'objectifs possibles. La définition même de la notion de concurrence peut porter en elle des connotations assez différentes, selon la manière dont elle est conçue. Une première manière de voir la concurrence consiste à mesurer la facilité d'entrée et de sortie du marché ; Luigi PAGANETTO, « Per una « accountability » di standard europeo », in *Authorities, Imparzialita e indipendenza*, sous la direction de Luigi PAGANETTO, Roma: Donzelli Editore, 2007, p. 4. Mais la concurrence peut également être perçue comme un droit subjectif. Voir par exemple, A. John SIMMONS, « Liberties and Markets », *Va. L. Rev.*, octobre 2006, vol. 92, p. 1626. Et pourtant, « dans nos Etats à économie de marché, la concurrence n'est plus seulement une liberté protégée, elle est devenue également une politique voulue et décidée par les pouvoirs publics », Yves GAUDEMET, Rapport de synthèse des travaux des journées 2006 de l'Association Henri Capitant sur « la concurrence », Maroc, 16 au 23 Septembre 2006, cité par Laurence IDOT, « Rapport de Synthèse », Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, évolutions et perspectives, *Litec*, sous la direction de Guy CANIVET et Laurence IDOT, p. 164. Suivant une distinction classique – mais pas exhaustive (ou encore exclusive) –, la concurrence économique dans une économie de marché aurait quatre sphères d'application : 1. dans les contrats, 2. entre fournisseurs du travail, 3. entre employeurs du travail, 4. dans la vente aux consommateurs; Harry B. ACTON, *The Morals of Markets and Related Essays*, Indianapolis : Liberty Fund, 1993, p. 71-79.

⁴ Voir de manière générale, George STIGLER, « The Origin of the Sherman Act », *J. Leg. Stud.*, 1985, n° 14, p. 1; Thomas DI LORENZO, « The Origins of Antitrust : An Interest-Group Perspective », *Intl. Rev. L & Econ*, fall 1985, vol. 5, p.73.

⁵ Chaque nouvelle « modernisation » du droit de la concurrence comporterait le réexamen de ses objectifs. Suivant une approche historique de l'évolution du droit de la concurrence, les réformes du système de la concurrence constitueraient un effort d'adaptation de ce système aux nouveaux contenus des objectifs et politiques de la concurrence. Laurence IDOT, « Rapport de synthèse », Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, évolutions et perspectives, *op. cit*, p. 164.

des objectifs du droit de la concurrence oriente non seulement les contours de la régulation de la concurrence⁶, mais également la conception et l'activité des autorités chargées de son organisation⁷. Le défaut d'une formulation précise et acceptable par tous de ces objectifs explique la part d'incertitude qui entoure les critères d'identification des autorités de concurrence⁸.

A l'origine de nos travaux, une interrogation : alors que les autorités de concurrence comptent parmi les sujets les plus abondamment traités par la doctrine

⁶ Le droit de la concurrence peut être en aval considéré comme la fixation de règles de concurrence dans un marché déterminé et, en amont, comme le contrôle des restrictions à cette concurrence, suivant les règles établies. Dans cette perspective, « l'idée d'une régulation de la concurrence se substituerait à une opposition tranchée entre régulation et contrôle du droit de la concurrence », Laurence BOY, *Le droit de la concurrence : régulation et ou contrôle des restrictions à la concurrence*, *EUI Working Paper Law* n°2004/9, p. 22. Une approche historique du droit fédéral américain de la concurrence peut servir à illustrer la manière dont les objectifs du droit de la concurrence peuvent orienter la régulation de la concurrence. Selon le Professeur Eleanor FOX, le droit de la concurrence américain a visé, à l'origine, à limiter le pouvoir des grandes entreprises présentes dans un « marché de petites entreprises ». La régulation de la concurrence à l'époque était destinée notamment à désavantager les grandes entreprises et ses efficacités (*efficiencies*). Suite aux inquiétudes soulevées par l'école de Chicago, comme celle de la nécessité d'inclure une analyse des effets de tel ou tel comportement lors de l'élaboration et de l'application des règles de la concurrence, l'approche origininaire des finalités de la concurrence aurait pu être modifiée. Au contraire, pendant la période comprise entre les années 1960 et 1980, la régulation de la concurrence a continué à s'appesantir sur la question de la détention du pouvoir au sein du marché (et ses manifestations pratiques, comme c'est le cas des entraves à l'accès de tout nouveau concurrent). A partir des réformes entreprises par l'administration Reagan, les préoccupations soulevées par l'école de Chicago ont été entendues, voire privilégiées. Les contours de la régulation de la concurrence auraient considérablement changé depuis cette date. Entretien de Douglas E. ROSENTHAL à Eleanor M. FOX, professeur en *Trade Regulation*, *N.Y.U. Law School*, entretien réalisé en avril 2009 et disponible sur le site de l'*American Bar Association* (A.B.A.), section en droit antitrust: <http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/at-peoh/videos.shtml>. Certains travaux réalisés à partir des enseignements de l'école de Chicago voient la concurrence comme un « processus » et nient l'existence de relations automatiques, du moins significatives, entre concentration économique et pouvoir de marché. De cette approche dérivent des théories comme celles « des marchés contestables », « évolutionnistes » et « comportementalistes », (voir sur ce point, Alain BIENAYME, *Les nouvelles approches de la concurrence*, Paris : Economica, 2002). Les réformes entreprises à partir d'une telle approche ont suscité, comme le suggère le Professeur Eleanor FOX, une redéfinition du contenu et de la portée des règles de la concurrence aux Etats-Unis, ainsi qu'un affaiblissement dans le contrôle des restrictions à la concurrence. Pour Eleanor FOX, « aujourd'hui le droit américain de la concurrence est déchiré, nous sommes allés trop loin dans la direction de la liberté de la firme dominante, au point que nos lois sont en train de protéger la domination ».

⁷ Une partie de la doctrine divise le processus décisionnel des autorités de régulation (*decision-making process*) en deux étapes : l'une de conception institutionnelle (*institutional design stage*) et l'autre de réalisation des politiques ou de prise de décisions au sens strict (*policy-making stage*). Voir par exemple, Matthew C. STEPHENSON, « Optimal Political Control of Bureaucracy », *Mich. L. Rev.*, octobre 2008, vol. 107, p. 66.

⁸ Suivant l'approche retenue par les spécialistes de l'école du *Positive Political Theory* (P.P.T), pour lesquels le choix législatif du dispositif institutionnel pour organiser la régulation est influencé par le degré d'incertitude et les conflits d'intérêts qui entourent les différentes préoccupations économiques et sociales visées par le Congrès. Voir par exemple, Richard MCKELVEY, « General conditions for global intransitivities in formal voting models », *Econometrica*, septembre 1979, n°47, pp. 1085-1111

juridique, notamment en France et aux Etats-Unis, il reste à dégager leurs éléments d'identification. A ce constat s'ajoute le fait que l'organisation de la régulation de la concurrence peut être aujourd'hui répartie dans plusieurs institutions. Le législateur peut en effet décider de l'organiser à travers des actions devant des juridictions civiles ou pénales, ou bien à travers des commissions ou autorités administratives « indépendantes » ou non de l'exécutif⁹. Le législateur, lorsqu'il établit la configuration institutionnelle et fonctionnelle des autorités de concurrence, décide du degré d'indépendance qu'il souhaite leur accorder¹⁰. Pour certains, le schéma institutionnel et fonctionnel des autorités de concurrence devrait garantir leur « isolement » du politique¹¹. Cet « isolement », quels que soient ses autres avantages ou justifications, est censé réduire la perméabilité de l'autorité de concurrence aux préférences des majorités politiques¹². La régulation de la concurrence aurait alors vocation à être assurée par des autorités « indépendantes » du politique¹³. C'est précisément ce postulat qui mérite ici d'être explicité et interrogé. L'étude des spécificités du cas colombien par rapport aux expériences française et américaine, liées notamment à la manière dont l'idée d'indépendance est conçue, nous permettra de déterminer quelle est la place de l'indépendance dans la configuration statutaire et fonctionnelle des autorités de concurrence.

En droit colombien, la réglementation et le contrôle des restrictions à la concurrence ont été confiés principalement aux superintendances¹⁴, à partir

et Kathleen BAWN, « Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures », *Am. P. S. Rev.*, 1995, vol. 89, n°1, pp. 62-73.

⁹ Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *Am. J. P. S.*, 1985, vol. 29, n°4, p. 725.

¹⁰ Voir par exemple, Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, 725 et Peter ARANSON, Ernest GELLHORN et Glen ROBINSON. « A theory of legislative déléation », *Cornell L. Rev.*, novembre 1982, vol. 68, n°1, pp.1-67.

¹¹ Matthew C. STEPHENSON, « Optimal Political Control of Bureaucracy », *op. cit.*, pp. 53 et s.

¹² Matthew C. STEPHENSON, *ibid.*, p. 54. De même, et sous la logique de la doctrine du « long-termisme », il s'agirait de soustraire ces autorités aux contingences politiques pour les confier à un dispositif institutionnel contrôlé par des « sages ». Voir sur cette question, Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in *Régulation économique et démocratie*, sous la direction de Martine LOMBARD, Dalloz, 2006, coll. Thèmes et commentaires, p. 207.

¹³ D'une façon générale, l'indépendance serait « la condition même de la régulation économique moderne » Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po. et Dalloz, 2004, p. 518, cité par Martine LOMBARD, « Introduction générale », in *Régulation économique et démocratie*, *ibid.*, p. 3.

¹⁴ Notamment la Superintendance de l'industrie et du commerce (SIC), autorité transversale de concurrence ; la Superintendance financière, pour les activités bancaires, d'assurance et de bourse ; et

notamment de la réforme générale de l'administration centrale de 1968¹⁵. Ces dernières ont exercé ces attributions de manière quasi exclusive jusqu'à l'apparition, dans les années 1990, des commissions de régulation « indépendantes »¹⁶. Il faut signaler que le débat sur la constitutionnalité des autorités administratives « indépendantes » a été très peu développé par la doctrine lors de l'établissement des premières institutions de ce genre. Ceci ne veut pas dire qu'il n'y ait pas eu d'attention envers les commissions de régulation. Une partie de la doctrine s'est penchée sur telle ou telle commission pour analyser, ensuite, la question de son indépendance¹⁷. Le sujet de l'indépendance des commissions de régulation a fait, en

la Superintendance des services publics de la loi 142 de 1994. L'article 38 de la loi 489 de 1998 définit les superintendances comme des organismes administratifs appartenant à la branche exécutive du pouvoir public. L'article 66 de la même loi définit les superintendances de l'ordre centralisé comme étant des organismes créés par la loi, avec l'autonomie administrative et financière attribuées par celle-ci, sans personnalité morale, et qui exercent les fonctions d'inspection et de vigilance attribuées par la loi ou par délégation du président de la République, sur autorisation légale. La direction de chaque superintendance revient au Superintendant. Ensuite, l'article 82 définit les superintendances de l'ordre décentralisé par services comme des entités décentralisées, avec autonomie administrative et patrimoniale, qui sont soumises au régime juridique contenu dans les lois qui les ont créées et, dans tout ce qui n'est pas prévu par ces dernières, au régime des établissements publics.

¹⁵ Acte législatif n°1 du 11 décembre 1968; JO col., année. cv. n° 32673, 17 décembre 1968, p. 641.

¹⁶ L'organisation de la concurrence a été « déconcentrée » dans les années 1990 à travers la création de Commissions de régulation, ayant un statut et des fonctions assez hétérogènes, telles que la Commission nationale de télévision (CNTV) ou la Commission de régulation des télécommunications (CRT). Ces autorités ont été introduites à partir notamment des programmes d'« ouverture » économique et de modernisation de l'État des années 1990 (pour une description générale de ces programmes, Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *Intervencionismo de estado y economía en Colombia*, Bogota : Universidad Externado de Colombia éd., 1995, pp.198-201). Sur le fondement du droit de la concurrence, le pouvoir politique colombien aurait souhaité imposer le principe de l'impartialité des autorités de régulation qui devrait se traduire par leur indépendance lorsque l'État intervient dans la direction ou la propriété des opérateurs agissant sur le secteur. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°6637 du 14 mars 2002. Il faut signaler que la Constitution de 1991 créa la Cour constitutionnelle et introduit le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, qualifié de « mixte » (système qui est à la fois concentré et diffus, suivant les approches autrichien et américain respectivement). Avant 1991, le seul contrôle des lois était celui *a priori* en tête de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Le schéma tracé par la Constitution de 1991 semble s'éloigner de celui en France. Pour une présentation approfondie et une approche historique du contrôle de constitutionnalité français, v. Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*. 3e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2011.

¹⁷ Il y est fait référence lorsque sont étudiés les « autorités » ou « organes » dits de régulation, expressions généralement insérées dans les développements consacrés aux commissions « indépendantes », voir par exemple, Alberto MONTAÑA PLATA, « Manifestaciones normativas de las Comisiones de servicios públicos », *R.J.A.*, Universidad Externado de Colombia, juillet 2001, n°1, p.32 ; Jaime VIDAL-PERDOMO, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, n° 4, pp. 427- 440. Au regard de la liaison établie entre régulation et indépendance, certains ouvrages relatifs à l'étude des institutions administratives lui accordent logiquement une place importante. Mais l'indépendance n'est que rarement définie en droit colombien.

outre, l'objet d'une abondante jurisprudence constitutionnelle¹⁸. Des références à l'indépendance sont ainsi présentes non seulement dans cette jurisprudence constitutionnelle, mais aussi dans celle du Conseil d'Etat colombien¹⁹. Toutefois, malgré une référence croissante à l'indépendance en droit public colombien, les contours de la notion demeurent imprécis, flous. Cette ambiguïté fait tout l'intérêt d'une recherche sur l'indépendance, dont le contenu reste encore controversé. Ceci commande que l'on précise d'abord l'objet de notre étude (§1), puis la méthode de recherche qui sera adoptée (§2).

§ 1. OBJET DE L'ETUDE

La présente étude porte sur l'indépendance des autorités de concurrence en Colombie, à travers une étude comparative de leur statut au regard de celui des autorités de concurrence aux Etats-Unis et en France. Or, toute étude conduite sur l'indépendance des autorités de concurrence se heurte à un obstacle préalable : l'ampleur du sujet. Si l'étendue du sujet peut constituer sans doute une richesse, une délimitation du champ de l'étude s'avère nécessaire. Comme il a été souligné, la question de la détermination des organismes susceptibles d'être qualifiés d'« autorités de concurrence » reste toujours ouverte. De même, la polysémie du terme indépendance constitue un facteur supplémentaire de confusion en droit public colombien. Pour surmonter ces obstacles, on s'appliquera d'abord à déterminer la signification du terme « autorités de concurrence » (A). Il faudra ensuite s'interroger sur le sens du terme indépendance qui servira à décrire certains aspects du droit régissant l'organisation et l'activité des autorités de concurrence, et par-là même leurs rapports avec les administrés²⁰(B).

¹⁸ Contrairement au cas de la SIC, autorité transversale de la concurrence, tel que nous le préciserons ultérieurement ; v. infra, p. 20 ; Voir par exemple, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003 ; arrêt de constitutionnalité C-560 du 31 mai 2001 ; arrêt de constitutionnalité C- 350 du 29 juillet 1997 ; arrêt de constitutionnalité C- 351 du 20 avril 2004.

¹⁹ Voir par exemple, Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt n°11857 du 25 septembre 1997 ; section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 10 novembre 1997.

²⁰ Selon la définition de droit administratif donnée par René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd. Paris : Montchrestien, t.1, 2001, n°1. Le droit administratif regroupe l'ensemble des règles spécifiques applicables à l'organisation et à l'action de l'administration, ainsi qu'à son contrôle, Martine LOMBARD, *Droit administratif*. 8e éd., Paris : Dalloz, 2009.

A- LES AUTORITES DE CONCURRENCE

Ce que l'on pourrait classer en droit colombien dans le genre « autorité de concurrence » recouvre un grand nombre d'espèces entre lesquelles peuvent être dénombrées des différences telles, qu'elles font douter du caractère approprié de la dénomination du genre en question²¹. Il est dès lors nécessaire de tenter de découvrir l'idée entendue sous ce vocable, le contenu que l'on devine derrière l'étiquette. La signification donnée ici à la locution « autorité de concurrence » va ressortir d'une démarche en deux étapes : la première devra permettre de dégager les critères d'identification de la notion, à partir notamment de l'étude des institutions qui interviennent dans la régulation de la concurrence (1). La seconde consistera en une reconstruction du terme et une délimitation de notre objet de recherche à partir de ces critères (2).

1. Identification des éléments de définition des autorités de concurrence

De la confrontation des caractéristiques des différents organismes intervenant dans l'organisation de la régulation économique en Colombie, il a été constaté que les autorités de concurrence sont des organismes administratifs spécialisés, non toujours dotés de la personnalité morale (a), dotés au moins d'un pouvoir d'édicter des normes molles (b), et dont la finalité consiste à organiser la régulation de la concurrence, indépendamment de leur domaine d'intervention (c).

a. Les autorités de concurrence sont des organismes administratifs spécialisés, non toujours dotés de la personnalité morale

En droit colombien, tant le juge que les autorités administratives peuvent être regardés comme des instruments de régulation économique. Toutefois, lorsque le droit positif colombien fait référence à telle ou telle institution de « régulation », il entend à chaque fois désigner des autorités administratives²². Le qualificatif « administrative » peut

²¹ C'est en ces termes que Domenico SORACE s'exprime à propos de la catégorie d'autorité administrative indépendante. Domenico SORACE, « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue italien », in *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, coll. Thèmes et commentaires, p. 156.

²² Voir par exemple, l'article 69 de la loi 142 de 1994 ; Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-692 du 5 septembre 2007 ; arrêt de constitutionnalité C-351 du 20 avril 2004 ; arrêt de constitutionnalité C-389 du 22 mai 2002. Le mot autorité aurait le sens générique d'organisme public, pas

surtout se rattacher à la nature de la fonction assurée²³. De manière générale, les fonctions de ces autorités sont de nature administrative, liées soit au pouvoir réglementaire présidentiel, soit au pouvoir réglementaire ministériel, dans la mesure où elles poursuivent ou exécutent un plan ou programme déjà adopté par le législateur²⁴. Pourtant, ce qualificatif n'exclut pas un éventuel exercice de fonctions quasi-juridictionnelles et/ou quasi-législatives par ces autorités. Quant aux premières, il est possible pour le législateur de leur attribuer, sous certaines conditions²⁵, quelques compétences revenant traditionnellement aux juridictions au sens strict²⁶. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle précise à cet égard qu'une telle attribution ne constitue pas une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs²⁷. Quant aux deuxièmes, sauf les cas ponctuels où la Constitution attribue directement des compétences quasi-législatives²⁸ à des autorités administratives dites « autonomes »²⁹, l'activité réglementaire des ministères et entités

nécessairement doté de la personnalité morale, Domenico SORACE, *op.cit.*, p. 156. Le mot « autorité » désignerait également la capacité d'adopter des actes administratifs unilatéraux, Martin COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris : LGDJ, 2003, coll. Bibliothèque de droit public, p. 8.

²³ Domenico SORACE, *ibid.*, p. 156.

²⁴ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-561 du 4 août 1999 ; arrêt de constitutionnalité C-1071 du 3 décembre 2002, point 4, à propos de la Superintendance de l'industrie et du commerce (SIC) ; Une telle explication se trouve également en droit américain, voir par exemple, *Morgan v. U.S.*, 304 U.S. 1, 58 S. Ct. 773, 82 L. Ed. 1129 (1938).

²⁵ Pour une présentation des conditions posées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne, v. *infra*, note 272.

²⁶ Les autorités de concurrence ne seraient pourtant pas des juridictions, même si elles s'en approchent en raison de la nature de certaines de leurs compétences. Il en va d'ailleurs de même pour les autorités françaises et américaines. V. par exemple, pour le cas américain, *State ex rel. Stenberg v. Murphy*, 247 Neb. 358, 527 N.W.2d 185 (1995) ; *ASARCO Inc. v. Air Quality Coalition*, 92 Wash. 2d 685, 601 P.2d 501 (1979) ; *People ex rel. Lockyer v. Sun Pacific Farming Co.*, 77 Cal. App. 4th 619, 92 Cal. Rptr. 2d 115 (5th Dist. 2000).

²⁷ L'attribution de ce pouvoir, que nous précisons ultérieurement, ne serait pas contraire au principe de séparation des pouvoirs contenu dans l'article 116 de la Constitution de 1991. L'attribution de fonctions juridictionnelles aux autorités administratives doit néanmoins rester exceptionnelle et dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-1641 du 29 novembre 2000.

²⁸ L'exercice de la fonction législative, confié en premier ressort au Congrès (article 150-7 de la Constitution) et, dans des circonstances exceptionnelles, à l'exécutif (articles 150-10 et 212 de la Constitution), concerne l'adoption de règles obligatoires de caractère général, impersonnel et abstrait. Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-917 du 29 octobre 2002. Par comparaison, la jurisprudence américaine définit l'activité et les procédures quasi-législatives comme celles destinées à promulguer des règles ou standards généraux – « *policy-type rules* » (voir *East St. Louis School Dist. No. 189 Bd. of Educ. v. East St. Louis School Dist. No. 189 Financial Oversight Panel*, 285 Ill. Dec. 205, 811 N.E.2d 692 [App. Ct. 5th Dist. 2004]) – qui affectent les droits des individus ou d'un groupe dans l'abstrait, v. dans ce sens, *Jones v. Colorado Dept. of Corrections*, 53 P.3d 1187 [Colo. Ct. App. 2002] ; et *Verrier v. Colorado Dept. of Corrections*, 77 P.3d 875 [Colo. Ct. App. 2003]).

²⁹ Selon le terme employé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-805 du 1^{er} août 2001.

administratives ne semble possible que sous la subordination aux directives et politiques présidentielles³⁰. De même, l'attribution législative directe aux entités administratives de compétences pour adopter des normes générales et impersonnelles paraît limitée aux régulations de caractère technique propres à leur domaine de compétence³¹.

Le caractère technique de ces organes administratifs est souvent invoqué pour expliquer l'attribution de ces compétences³². Un tel caractère ressort nettement des textes législatifs sur les superintendances et les commissions « indépendantes » et de la jurisprudence constitutionnelle sur les organes « autonomes » de création constitutionnelle³³. Il désigne les connaissances spécialisées de leurs membres. Ces organismes administratifs sont en effet composés d'experts dans des secteurs ou activités considérés comme techniques ou complexes. Cette caractéristique, censée leur permettre d'obtenir et de traiter de manière efficace des informations spécialisées, est considérée par certains comme un élément indispensable à une qualité « optimale » de la régulation³⁴. Selon cette approche, la création législative « des organismes ayant des capacités techniques » semble raisonnable là où le Président ne pourrait pas assurer efficacement les fonctions d'inspection, de vigilance et de contrôle que lui attribue la Constitution³⁵. Il faut

³⁰ Selon la Cour constitutionnelle, il s'agit en effet d'une compétence résiduelle et subordonnée à celle qui appartient au Président (article 189-11 Constitution), Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-917 du 29 octobre 2002.

³¹ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-917 du 29 octobre 2002.

³² A propos de la création de la superintendance financière, autorité chargée de l'organisation de la concurrence dans le domaine bancaire, des assurances et de la bourse, la Cour constitutionnelle a déterminé que les fonctions d'inspection, de vigilance et de contrôle sont l'expression de la compétence étatique de direction de l'économie aux termes de l'article 333 de la Constitution. « La confiance des citoyens dans les institutions qui captent des ressources a un grand impact sur la dynamique économique ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005. Selon la Cour, il serait dès lors nécessaire que les fonctions d'inspection, de vigilance et de contrôle soient assurées de préférence par des organismes techniques spécialisés, sous la direction de l'exécutif. Selon les termes de la Cour, « *esta característica trae una consecuencia importante, también advertida por la doctrina constitucional, relativa a la imprescindible necesidad que las funciones de inspección, vigilancia y control sean ejercidas preferentemente por organismos técnicos especializados que, bajo la dirección del Presidente, ejecuten estas tareas* » (nous soulignons). Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005 ; voir également l'arrêt de constitutionnalité C-233 du 15 mai 1997.

³³ Comme par exemple l'article 69 de la loi 142 de 1994 ; l'article 1^{er} du décret 2153 de 1992 ; l'arrêt de constitutionnalité C-444 du 26 août 1998 et, de manière générale, la jurisprudence constitutionnelle à propos des organes dits « autonomes » de création constitutionnelle, tels que la Banque centrale ou la CNTV.

³⁴ Voir par exemple, Daniel C. ESTY, « Toward Optimal Environmental Governance », *N.Y.U. L. Rev.*, 1999, vol. 74, pp.1495, 1557.

³⁵ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-199 du 21 février 2001, point 5.6, à propos de la création et de l'attribution par le législateur des compétences présidentielles à la Superintendance de sécurité et vigilance privée. S'agissant par exemple de l'activité des entreprises présentes sur le marché national de services de sécurité et de vigilance privés, la Cour souligne

signaler toutefois qu'il ne s'agit que d'une faculté du législateur, autrement dit un mode d'expression du principe de liberté de configuration législative de la structure de l'Etat³⁶. En effet, en vertu de ce principe, consacré à l'article 150-7 de la Constitution, le législateur dispose d'une ample liberté d'appréciation dans le processus de conception et de détermination de la structure de l'administration centrale³⁷.

La décision d'attribuer ou non la personnalité morale à certains organismes de « régulation » économique est aussi une manifestation de ce principe. S'agissant par exemple des superintendances, la loi sur l'organisation et le fonctionnement des entités de niveau national³⁸ distingue précisément entre les superintendances selon qu'elles possèdent ou non la personnalité morale. Tandis que les secondes intègrent l'administration centrale³⁹, les premières font partie de l'administration décentralisée par services⁴⁰. De même, certaines commissions de régulation qui participent à l'organisation de la concurrence, telles que la Commission nationale de télévision (CNTV), sont dotées de la personnalité morale⁴¹, alors que d'autres comme la Commission de régulation des télécommunications (CRT) ne le sont pas⁴². Cette distinction emporte des conséquences en

qu'« il est évident qu'il s'agit d'une activité hautement spécialisée » qui requiert de hauts degrés de capacité et d'entraînement.

³⁶ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-199 du 21 février 2001, point 2.

³⁷ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-784 du 18 août 2004.

³⁸ Loi 489 de 1998, article 38.

³⁹ Il s'agit d'une déconcentration par services. Le phénomène juridique de la déconcentration consiste en un transfert des pouvoirs et compétences pour la prise de décision à des instances ou agences qui se trouvent subordonnées à l'entité centrale, sans qu'elles possèdent ni personnalité morale, ni budget, ni règlement administratif propre. Le but de cette mesure est de décongestionner la grande quantité de tâches qui incombe à l'administration centrale et, dans cet ordre d'idées, « contribuer à un traitement rapide et efficace des questions transférées ». La déconcentration administrative des fonctions est réalisée en droit colombien par le législateur (ou par le gouvernement en vertu d'une autorisation législative), à la différence de la formule de la délégation administrative, qui est réalisée directement par l'autorité administrative titulaire de l'attribution déléguée ; Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-561 du 4 août 1999. Les superintendances sans personnalité morale intègrent la branche exécutive du pouvoir public de niveau national, conformément à la loi 489 de 1998. Ceci emporte des conséquences pratiques telles que la soumission de ces superintendances aux politiques ministérielles et présidentielles du secteur qu'elles régulent. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005.

⁴⁰ La décentralisation par services est définie en droit colombien comme le transfert des matières et compétences qui appartiennent à l'administration centrale à des autorités chargées de la réalisation d'activités spécialisées, de telle sorte que la décision administrative n'est pas prise par l'autorité centrale, mais par l'entité à laquelle est attribué l'exercice de ces fonctions administratives. Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-561 du 4 août 1999.

⁴¹ Article 77 de la Constitution colombienne de 1991.

⁴² Décret 2934 du 3 décembre 2002, par lequel sont approuvés le statut et le règlement de la CRT, article 1.

termes de régime juridique – que nous préciserons ultérieurement – telle que la détermination de leurs ressources propres⁴³.

b. Les autorités de concurrence disposent au moins d'un pouvoir d'édicter des normes « molles »

Certaines des autorités administratives qui interviennent dans la régulation de l'économie colombienne ne disposent pas de compétences leur permettant d'édicter de véritables actes administratifs unilatéraux. C'est le cas de certains organismes ou comités consultatifs créés au sein de l'administration centrale, dont l'activité est circonscrite à l'adoption d'avis, études, notes d'information, projets, tel que le Bureau des études économiques du ministère de commerce⁴⁴ ou le Conseil national de politique économique et sociale (CONPES)⁴⁵. En revanche, les actes des autorités de concurrence se caractérisent par leur vocation à être suivis. Les avis, rapports et études que le Bureau des études économiques adresse au Ministre du commerce en matière de concurrence ont par exemple pour vocation de guider les décisions des autorités appartenant au domaine ministériel de l'industrie et du commerce, y compris celles de la SIC⁴⁶. De même, les recommandations du Conseil assesseur du Superintendant de l'industrie et du commerce en matière de défense et promotion de la concurrence ont vocation à être suivies⁴⁷. Ces divers actes délivrés par les organismes de concurrence peuvent être en effet classifiés selon leur destinataire⁴⁸. Un premier groupe concerne les actes adressés à l'administration, visant à

⁴³ Voir infra, note 1022.

⁴⁴ Article 11, décret n° 2553 du 23 décembre 1999, JO col., année CXXXV. n. 43827, 23 décembre, 1999, p. 37.

⁴⁵ Créé par la loi 19 de 1958, le CONPES est un organisme assesseur du gouvernement colombien dans tous les aspects liés au développement économique et social du pays. Le CONPES agit sous la direction du Président de la République.

⁴⁶ La SIC, en tant qu'organe rattaché au Ministère de l'industrie et du commerce, appartient au domaine ministériel de l'industrie et du commerce. Selon l'article 11 du décret n° 2553, il correspond au Bureau des études économiques : « 1. La formulation, l'application et la révision des indices d'efficacité financière et opérationnelle permettant d'évaluer la gestion des principaux secteurs productifs de l'économie colombienne, et d'effectuer les études économiques sectorielles respectives » ou bien, « 5. Maintenir actualisé l'observatoire économique afin d'assurer l'information indispensable pour la prise de décisions des entités du secteur ». Article 11, décret n° 2553 du 23 décembre 1999, JO col., année CXXXV. n. 43827. 23, décembre, 1999, p. 37.

⁴⁷ Le Superintendant de l'industrie et du commerce doit consulter son conseil assesseur avant de prendre des décisions en matière de concurrence déloyale administrative, pratiques anticoncurrentielles et pour certaines questions en matière de promotion de la concurrence ; v. infra, p. 250.

⁴⁸ Martin COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 20 « Il faut noter que les différentes recommandations adoptées par les autorités administratives spécialisées de l'Etat – même si elles ne disposent pas d'autres compétences – se

éclairer une autorité dotée d'un pouvoir de décision, ou bien à apporter des éléments d'expertise. Un second ensemble est, quant à lui, constitué des actes dirigés vers les personnes privées, souvent sous la forme de recommandations⁴⁹.

Derrière la plupart des actes formellement indicatifs des autorités de concurrence, se cache un pouvoir normatif que l'on qualifiera de « normes molles »⁵⁰. Ces normes se rapprochent de ce que le vocable anglais désigne sous le terme *Soft Law*. Le sujet du « droit mou » a été abondamment discuté par la doctrine étrangère tant en droit international⁵¹, qu'en droit constitutionnel⁵² ou en droit administratif⁵³.

distinguent par leur vocation à être suivies par l'administration, ou bien par les opérateurs économiques présents sur les marchés « régulés » auxquels elles s'adressent ».

⁴⁹ Martin COLLET, *ibid.*, p.21.

⁵⁰ L'expression « normes molles » recouvre certains actes formellement indicatifs qui ont pour objet de régir des comportements, de servir de déterminant de la valeur positive ou négative de comportements, selon que ceux-ci leur seront conformes ou contraires. « Dans ce sens, ces actes portent des normes générales ou individuelles », Martin COLLET, *ibid.*, p. 21.

⁵¹ Voir par exemple, Jack L. GOLDSMITH et Eric A. POSNER, *The Limits of International Law*, New York : Oxford University Press, 2005, p. 81 et s. Malgré son caractère non contraignant, la *soft law* internationale en matière de concurrence (tel que les travaux des années 1990 de l'*International Competition Network* (ICN) sur les ententes injustifiables ou les recommandations de l'OCDE) pourrait avoir un effet réel, peut-être en trouvant une place dans la coutume internationale ou bien en procurant un cadre pour une activité de coopération informelle entre Etats, ainsi que le suggère Daniel E. HO, « Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord », *JIEL*, [en ligne], 2002, vol. 5, n° 3, p. 647. V. sur l'ensemble de la question, Prosper WEIL, « Towards relative normativity in international law? », *Am. J. Int. L.*, 1983, vol. 77, pp. 413-442 ; Christine M. CHINKIN, « The challenge of "soft law" : Development and change in international law », *Int'l. & Comp. L. Quart.*, 1989, vol. 38, pp. 850-866 ; Richard R. BAXTER, « International Law in "Her Infinite Variety" » *Int'l. & Comp. L. Quart.*, 1980, vol. 29, pp. 549-853 ; Georges ABI-SAAB, « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 59-69 ; René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sauvage à la "soft law" », in *L'élaboration du droit international public*, Paris : Pedone, 1975 ; Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », *Ann. I.D.I.*, 1983 (60-I), pp. 166-374.

⁵² Il faut noter à titre d'exemple qu'en droit constitutionnel, la doctrine américaine s'est récemment tournée vers la question de la « *Constitution outside the Constitution* », c'est-à-dire des normes extraconstitutionnelles ou sous-constitutionnelles, en particulier celles développés par des organes non judiciaires tels que le Congrès. Ernest A. YOUNG, « The Constitution Outside the Constitution », *Yale L.J.*, 2007, vol. 117, p. 408 ; William N. ESKRIDGE, Jr. & John FERREJOHN, « Super-Statutes », *Duke L.J.*, 2001, vol. 50, p. 1215, Eric A. POSNER & Adrian VERMEULE, « Constitutional Showdowns », *U. Pa. L. Rev.*, 2008, vol. 156, p. 991 (à propos de la manière selon laquelle les confrontations entre les branches du pouvoir génèrent des développements constitutionnels). Conformément à ces travaux, le « droit mou » créé par des organes législatifs – y compris les autorités administratives ayant des fonctions quasi-législatives – ne serait que celui qui s'éloigne des formalités procédurales leur conférant un statut contraignant, mais qui serait néanmoins susceptible d'influencer le comportement d'autres organes et du public. Jacob E. GERSEN et Eric A. POSNER, « Soft-Law : Lessons from Congressional Practice », *Stan. L. Rev.*, décembre 2008, vol. 61, n° 3, p. 573. Par comparaison en France, depuis 2005 le Conseil constitutionnel sanctionne les lois adoptées par le Parlement lorsqu'elles sont dépourvues de toute portée normative. Conseil

L'existence d'un « droit mou » n'est pas un sujet nouveau en droit de la concurrence. Il s'agit d'un phénomène ancien concomitant à l'apparition du droit de la concurrence⁵⁴. Toutefois, la place qu'il occupe aujourd'hui parmi les sources du droit de la concurrence semble considérable⁵⁵. Comme nous le verrons, la référence à ces actes, guides et recommandations informels pour adopter la politique de la concurrence n'échappe pas aux critiques. Ces critiques se concentrent principalement sur le recours excessif à ces actes pour échapper aux coûts associés aux mécanismes formels – qui exigent entre autres la participation des citoyens –, comme c'est le cas, en droit américain, de la procédure de *notice and comment rulemaking*⁵⁶. Ces critiques s'adressent tant aux autorités ayant des compétences transversales, qu'à celles ayant des compétences sectorielles.

c. Les autorités de concurrence assurent la régulation de la concurrence.

Les autorités de concurrence sont des administrations techniques, disposant au moins d'un pouvoir d'édicter des « normes molles ». Mais ce n'est pas tout : une troisième caractéristique, basée sur leurs missions, permet de distinguer les autorités qui participent à la régulation de la concurrence d'autres organismes techniques de

constitutionnel français, décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, JO fran. 24 avril 2005, p. 7173; voir Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, p. 93 et s.

⁵³ Voir par exemple, David ZARING, « Best Practices », *N.Y.U. L. Rev.*, 2006, vol. 81, p. 294 et 307-313. Ou bien pour le cas français, voir Yves GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *R.I.D.C.*, 1994, vol. 46, n° 2, p.645-654.

⁵⁴ Laurence IDOT, « Rapport de synthèse », Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *op. cit.*, p. 177. Prenons par exemple le cas français avec la circulaire Fontanet du 31 mars 1960 qui interdit les pratiques restreignant la concurrence, et qui a longtemps encadré les relations commerciales, ou bien la technique des communications en droit communautaire de 1962 (voir par exemple, communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, JO U.E. n° 139 du 24 décembre 1962, pp. 2921-2922 ou la première et deuxième communications relatives à l'application de l'article 85 du traité CE à certains accords de licence de brevet, JO U.E. n° 113 du 9 novembre 1962, pp. 2628-2629 et pp. 2629-2629, respectivement).

⁵⁵ Ce phénomène de développement recouvre, d'une part, un élargissement du domaine géographique et, d'autre part, un élargissement du domaine matériel. Quant à l'élargissement géographique, bien que cette pratique apparaisse à l'origine comme privilégiée en droit antitrust américain, elle s'est étendue dans des systèmes divers, y compris le système colombien. Quant au domaine matériel, il apparaît que la *soft law* recouvre aujourd'hui tous les domaines du droit de la concurrence; voir par exemple les textes communautaires sur le traitement des concentrations horizontales et non horizontales de 2004, domaine du droit de la concurrence qui, traditionnellement, échappait à cette pratique.

⁵⁶ Voir de manière générale, Peter L. STRAUSS, « The Rulemaking Continuum », *Duke L.J.*, 1992, vol. 41, pp. 1463 et 1480-1481.

l'Etat. Les autorités de concurrence ont pour mission l'organisation de la régulation de la concurrence.

Il faut commencer par tenter de déterminer le sens de l'expression « régulation de la concurrence » que nous utiliserons dans les pages qui suivent⁵⁷. Le terme « régulation » a été assimilé en droit colombien à celui de réglementation, règle ou norme ; termes qui ont pourtant une connotation particulière en langage juridique. Bien que le mot « régulation » apparaisse dans des textes constitutionnels⁵⁸ et législatifs⁵⁹ antérieurs à la Constitution colombienne de 1991, ce n'est qu'à partir des années 1990 que la « régulation » s'est consolidée comme notion juridique. En application de certaines normes constitutionnelles⁶⁰, le législateur a adopté en 1994 le régime général des services publics domiciliaires⁶¹. Ce statut contient la seule définition légale expresse de la notion de régulation en droit colombien. La régulation a été définie à l'occasion par le législateur comme « la faculté d'édicter des normes de caractère général ou particulier dans les termes de la Constitution ou de la présente loi, pour soumettre le comportement des personnes qui fournissent des services publics domiciliaires aux règles, normes, principes et devoirs établis par la loi et les

⁵⁷ Il est indispensable de préciser, d'un point de vue méthodologique, qu'il ne s'agit pas ici de se livrer à une discussion conceptuelle systématique de cette notion, dont l'emploi contemporain en droit économique est susceptible de recevoir légitimement des définitions différentes, voir par exemple, Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 210. Martine LOMBARD, « Introduction générale », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 2. Le mot « régulation » a même une histoire qui peut être suivie au travers de différentes disciplines scientifiques ; voir sur la dimension extrajuridique du terme, Laurence CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit français*, Thèse, Université de Toulouse I, Paris : LGDJ, 2005, pp. 2-18. Nous nous limiterons à l'examen du développement de la notion, dans sa dimension juridique, en droit colombien, avant d'essayer d'apporter quelques précisions sur la notion que nous utiliserons.

⁵⁸ L'article 76 de la Constitution de 1886 établissait que le Congrès, à travers des lois, « régule » le service public. Il faut tout de même noter que le terme service public employé désignait à l'époque ce qu'aujourd'hui on appelle fonction publique et non pas service public.

⁵⁹ Par exemple, la loi 72 de 1989 et le décret 1900 de 1990 disposent que le Gouvernement national, au travers du Ministère des communications, adoptera la politique générale du secteur des télécommunications et exercera les fonctions de planification, régulation et contrôle de tous les services de télécommunications. Mais le sens donné ici à la régulation ne serait autre que celui de réglementation.

⁶⁰ Notamment les dispositions du titre XII (du régime économique et du trésor public), chapitre 5 (de la finalité sociale de l'Etat et des services publics), articles 365 à 370.

⁶¹ Loi 142 de 1994. Cette catégorie juridique désigne les services publics en réseaux (physiques ou humains) ayant des points de terminaison dans les résidences ou lieux de travail des usagers et dont la finalité principale est celle de satisfaire les besoins de première nécessité de ses usagers ; Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-035 du 30 janvier 2003. Conformément à l'article 1^{er} de loi 142 du 11 juillet 1994 (loi qui détermine leur régime juridique), on peut prendre pour exemples de services publics domiciliaires : les services d'énergie électrique, de distribution de gaz, de téléphonie publique fixe, de téléphonie locale mobile dans les zones rurales, et d'assainissement des eaux.

règlements »⁶². Pour la Cour constitutionnelle, cette définition renvoie plutôt à une fonction présidentielle susceptible de délégation, mais soumise à la loi, aux décrets réglementaires et aux politiques du gouvernement national⁶³. Si le terme régulation a été assimilé à l'origine à celui de réglementation, norme ou règle, ils ne sont pas pourtant équivalents.

Le juge constitutionnel a relevé quelques années plus tard que « toutes les décisions de l'Etat relatives au fonctionnement de l'économie et à l'organisation de la société constituent une forme de régulation économique et sociale »⁶⁴. Il faut observer que le juge colombien utilise indistinctement les termes de décision, d'un côté, et d'acte, de l'autre côté⁶⁵. Il s'agit d'une acception large de la notion de régulation au sujet de laquelle la Cour a ensuite apporté quelques précisions. Elle a d'abord précisé que la régulation est une forme d'intervention publique qui commande le concours d'au moins deux branches des pouvoirs publics : d'une part, le Congrès qui détermine le mode et les paramètres de la régulation et, d'autre part, un organe administratif chargé de son organisation⁶⁶. Puis, pour réaliser le mode de régulation fixé par le législateur, l'autorité chargée de son organisation peut se voir attribuer plusieurs

⁶² Loi 142 de 1994, article 14-8.

⁶³ Il s'agit en effet de la fonction présidentielle de réglementation susceptible d'être déléguée aux commissions de régulation, conformément aux articles 370 de la Constitution et 68 de la loi 142 de 1968. Voir à cet égard, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-1162 du 6 septembre 2000. Par comparaison, l'assimilation faite par le législateur des mots « régulation » et « réglementation » peut trouver ses origines dans les malentendus qui se sont produits dans certains pays de tradition civiliste, et spécialement en France, lors des premiers examens de la théorie anglo-saxonne des régulations. Mais, comme le souligne à juste titre le Professeur Jean-Bernard AUBY, le mot anglais « régulation » ne s'assimile au mot français « réglementation » que dans une de ses acceptions : lorsqu'il désigne les actes normatifs du gouvernement, équivalents aux règlements gouvernementaux. Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *op. cit.*, p. 211.

⁶⁴ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003. Traduction de : « *todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social* ».

⁶⁵ V. pour un autre exemple assez net de cet emploi indistinct des deux termes, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1162 du 6 septembre 2000 ; C-396 de 2006, à propos des Commissions de communications et d'énergie et gaz.

⁶⁶ Le juge constitutionnel souligne qu'il est nécessaire que cette fonction soit réalisée par un organe ayant les caractéristiques institutionnelles adéquates. Mais, faut-il recourir à des autorités « indépendantes » ? Pour la Cour constitutionnelle, le mode de régulation que fixe le législateur à vocation à être organisé de manière ininterrompue par un organe qui jouit d'une « autonomie constitutionnelle spéciale » ou d'« indépendance légale », selon le cas. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003. Cet apport de la décision de la Cour paraît illustrer deux tendances, également présentes en droit français : une première tendance à circonscrire la régulation aux nouvelles formes d'intervention publique dans des marchés ouverts à la concurrence par les déréglementations et privatisations. Une deuxième tendance consiste à confondre précisément ces nouvelles formes d'intervention publique avec l'activité des autorités dites « indépendantes », de telle sorte qu'il serait nécessaire d'y recourir, voir par exemple, Marie-Anne FRISON ROCHE, « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, n 7, p. 610.

facultés, dont celles d'inspection, de contrôle et de vigilance⁶⁷. Il existe une ampleur des choix possibles dans les techniques de régulation⁶⁸. Enfin, l'attribution de pouvoirs à ces autorités, en tant qu'instruments de régulation, poursuit la réalisation d'un équilibre entre l'intérêt privé et l'intérêt collectif⁶⁹. Selon la Cour, la régulation serait précisément nécessaire lorsque le marché est dépourvu des conditions de compétitivité, ou pour protéger un marché concurrentiel de ceux qui adoptent des comportements visant à rompre l'équilibre qui le caractérise⁷⁰.

Nous apporterons deux précisions complémentaires concernant la définition donnée par la Cour. Premièrement, la régulation apparaît comme une forme d'intervention publique visant à corriger ou prévenir certaines défaillances dans le fonctionnement de la société, dans le domaine économique ou dans un autre

⁶⁷ La régulation est assimilée à une forme d'intervention de l'Etat, qui a une portée spécifique, différente de celle d'autres formes d'action publique, telles que la réglementation. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003. Selon la jurisprudence constitutionnelle, l'intervention de l'Etat dans l'économie est réalisée au travers de différentes autorités publiques et de divers instruments. La Constitution politique confère par exemple au gouvernement national l'exercice du pouvoir réglementaire, ainsi que des fonctions spécifiques de police administrative, telles que l'inspection, la vigilance et le contrôle de certaines activités et opérateurs économiques. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-692 du 5 septembre 2007, à propos de la régulation bancaire en Colombie.

⁶⁸ Dans ce sens, les techniques classiques d'intervention publique, « et notamment celle qui consiste à émettre des ordres dans la loi ou le règlement, puis à en vérifier et à en sanctionner le respect », constituent elles aussi une option dans l'éventail des instruments de régulation. Il s'ensuit que la fonction de régulation ne se traduit pas forcément par le recours à de nouvelles formes d'intervention publique dans l'économie, Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *op.cit.*, p. 214 ; Selon la Cour, la régulation peut se manifester de diverses formes : « à une extrémité, on trouve la faculté normative de régulation (...). A l'autre extrémité se trouvent les facultés qui, en principe, ne possèdent pas d'effets juridiques, comme celle de divulguer des informations au secteur afin d'avoir une incidence sur les attentes des opérateurs économiques et consommateurs ou usagers de ce secteur, qui pourrait les conduire à modifier leur comportement. Entre ces extrêmes il est possible d'identifier de multiples degrés dans l'exercice de la régulation ». Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-692 du 5 septembre 2007.

⁶⁹ Avec le modèle actuel d'Etat social de droit, adopté avec la Constitution de 1991, a été configurée une nouvelle conception de l'Etat, disposant d'amples facultés d'intervention dans l'économie. Ces facultés résultent d'un ensemble systématique de dispositions juridiques destinées à la réalisation d'un ordre économique et social dit juste. La clause de l'Etat social (article 1 de la Constitution), met l'accent sur la manière dont la réalité sociale joue un rôle dans la définition de la structure étatique. Cette même clause exige que les activités gouvernementales soient dirigées vers la satisfaction des besoins de la communauté, de telle sorte que toute considération politique, sociale ou économique ne saurait méconnaître cet objectif. De cette façon, l'intérêt privé, reconnu par la Constitution en vertu de la liberté économique, comprenant la liberté d'entreprendre, la libre initiative et la libre concurrence économique (article 333), doit être articulé à d'autres impératifs d'intérêt général. La régulation serait par exemple destinée à assurer l'accès de toutes les personnes – en particulier des personnes à faible niveau de revenu – aux biens et services pour la satisfaction de leurs besoins de première nécessité (article 335). Il en résulte que l'économie colombienne « se régit sous la prémisses d'une économie de marché ; selon laquelle les règles de l'offre et la demande doivent être au service du progrès et du développement économique de la Nation ». Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-865 de 2002.

⁷⁰ Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003.

domaine⁷¹. La régulation est censée à cet égard avoir des effets à l'intérieur des mécanismes économiques et sociaux dans lesquels elle intervient⁷². Deuxièmement, et d'un point de vue comparatif, la notion de régulation contenue dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne se rapproche de celle qui, aujourd'hui, paraît être acceptée par une partie relativement large de la doctrine française. La régulation est conçue comme une fonction tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et poursuite de la rentabilité économique et d'autres impératifs d'intérêt général, ainsi qu'à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul⁷³. Il s'agit là du sens de la notion de régulation que nous retiendrons pour l'examen de l'indépendance des autorités de concurrence auquel nous procéderons. Bien que cette définition ne soit pas la seule possible dans les trois systèmes analysés, elle a le mérite d'être suffisamment large pour englober les fonctions assignées aux différentes autorités de concurrence.

La régulation en matière de concurrence apparaît alors comme une des composantes de la dimension économique de la régulation (à supposer qu'il soit possible de distinguer la dimension économique de la régulation de sa dimension sociale⁷⁴). La libre concurrence est définie en droit colombien comme un droit subjectif (article 333 de la Constitution)⁷⁵. Mais la libre concurrence peut être aussi un instrument du pouvoir politique, dans la mesure où ce sont les consommateurs qui bénéficient d'un marché fonctionnant dans des conditions concurrentielles⁷⁶. La régulation aurait alors pour fonction de réaliser des équilibres là où les présupposés

⁷¹ Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *op. cit.*, p. 212.

⁷² Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *op. cit.*, p.212.

⁷³ Voir à cet égard la définition proposée par Gérard MARCOU, « la régulation est une fonction de puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel », Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 349 ; v. également, Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 531.

⁷⁴ Selon Domenico SORACE, l'adjectif économique ne signifie pas seulement que la régulation se réfère à des domaines économiques ou qu'elle a un impact économique important, mais surtout que les buts visés sont d'ordre économique. « En effet, on peut avoir dans des domaines économiques même une régulation sociale », Domenico SORACE, *op. cit.*, p. 154. La régulation économique aurait pour finalité de corriger certaines défaillances du marché (*market failures*) tels que : les externalités, les asymétries d'information, les coûts de transaction trop importants, le manque de biens publics ou collectifs et les situations de monopoles, Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *op. cit.*, p.218-220.

⁷⁵ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-616 du 13 juin 2001 ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003, point 4.3.2.

⁷⁶ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003, point 4.3.2.

théoriques de la libre concurrence ne se présentent pas, ce qui peut comporter des effets indésirables, souvent contraires au modèle d'Etat social de droit⁷⁷.

Au-delà de la discussion portant sur ce qui doit constituer les objectifs de la concurrence, certains auteurs différencient la régulation (fixation de règles) de la concurrence du contrôle des restrictions à la concurrence⁷⁸. Suivant cette distinction, la première activité serait généralement confiée par le législateur à des autorités dites sectorielles, tandis que la deuxième serait attribuée à l'autorité transversale de la concurrence. Une telle approche semble néanmoins réduire la fonction de régulation de la concurrence à sa seule dimension réglementaire. Conformément à la définition ici retenue de la notion de régulation, définition proposée par Gérard MARCOU⁷⁹, tant les autorités sectorielles que l'autorité transversale sont susceptibles de participer à l'organisation de la régulation de la concurrence, et ceci indépendamment du secteur économique dans lequel elles interviennent⁸⁰.

Encore plus controversée est l'affirmation selon laquelle il serait possible de dissocier la régulation de la concurrence des autres composantes de la régulation économique. Pour certains, la régulation de la concurrence aurait pour seul but de maximiser le bien-être du consommateur, en encourageant les entreprises à se comporter de manière compétitive⁸¹. Une telle approche distingue par exemple entre

⁷⁷ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003, point 4.3.2.

⁷⁸ Laurence BOY, *op. cit.*, p.5. Il faut signaler toutefois que ce même auteur propose dans sa conclusion, en forme de perspective, que la régulation de la concurrence puisse se substituer à une opposition tranchée entre fixation de règles et contrôle de restrictions à la concurrence, *id.*, p. 22.

⁷⁹ Gérard MARCOU, *op.cit.* p. 349 ; Pour le Professeur MARCOU, quelque soit la portée de la notion de régulation, elle inclut l'ouverture à la concurrence et la résolution des antinomies qui résultent de la conservation de certains objectifs et valeurs non-économiques, qui peuvent se trouver en conflit avec la logique du marché. En outre, la régulation ne doit être confondue ni avec un type déterminé d'institutions (dans une dimension organique), ni avec une catégorie particulière d'actes (dans une dimension matérielle) ; v. Gérard MARCOU, « La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado », in *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Gérard MARCOU et Frank MODERNE (dir.), Bogotá: Universidad del Rosario, L'Harmattan, t. I, comparaciones y comentarios, p. 15.

⁸⁰ Il existerait de cette façon une régulation de la concurrence en matière de communications, dans le secteur bancaire ou bien dans d'autres secteurs. Il en résulte que les techniques de régulation peuvent varier d'un secteur à l'autre, en vertu notamment des spécificités propres à chaque secteur. Il serait possible de parler d'une régulation spécifique au secteur des télécommunications, basée par exemple sur les concepts de concurrence « *intermodal* » et « *facilities-based* ». Pour une lecture critique sur une concurrence basée sur ces concepts – ce qui serait d'ailleurs la tendance actuelle aux Etats-Unis – , John BLEVINS, « A Fragile Foundation – The Role of “Intermodal” and “Facilities-Based” Competition in Communications Policy », *Ala. L. Rev.*, mars 2009, vol. 60, n° 2, pp. 241-289.

⁸¹ C'est à dire en leur permettant de profiter de toute économie provenant des efficacités dans la production, ou des innovations résultant de nouveaux processus ou de nouveaux ou de meilleurs produits. Phillip E.

les préoccupations de concurrence et certaines déficiences dans les « *political markets* »⁸². La régulation de la concurrence ne serait pas destinée à corriger – elle pourrait même alourdir – certains maux associés aux situations comme l’inflation⁸³. Cependant, pour d’autres, cette distinction ne serait possible que sur un plan théorique, de telle sorte que les préoccupations de la concurrence s’interpénétreraient toujours en pratique avec celles d’autres composantes de la régulation économique⁸⁴. Il s’agit plutôt ici d’une question d’opportunité de la régulation. Quelles préoccupations économiques justifient une réponse étatique ? Quelle forme de régulation en matière économique semble la plus adaptée ? Quels sont les effets possibles des régulations de la concurrence envisagées ?⁸⁵.

2. Délimitation du sens de l’expression « autorité de concurrence »

A l’aide de ces trois éléments d’identification des autorités de concurrence, nous nous attacherons maintenant à délimiter plus encore l’objet de notre étude. Au regard des

AREEDA et Herbert HOVENKAMP, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3e éd. New York, NY : Aspen Publishers, 2006, vol. I., chapitre 1, p. 4.

⁸² La régulation de la concurrence aurait pour objectif primordial de traiter des préoccupations qui sont « privées » et « commerciales ». Voir par exemple, Phillip E. AREEDA et Herbert HOVENKAMP, *op. cit.*, chapitre 1, point 100, p. 7.

⁸³ Phillip E. AREEDA et Herbert HOVENKAMP, *op. cit.*, chapitre 1, p. 6.

⁸⁴ Voir par exemple les travaux récents d’Adam LEVITIN. Selon l’auteur, l’application des règles de « no-surcharge » pour les cartes de crédit de certains opérateurs comme Visa et Mastercard (qui ont donné lieu à des plaintes *antitrust* de petits commerçants ; *United States v. Visa U.S.A.*, cité par l’auteur), a eu des effets pratiques sociaux et économiques négatifs tels que « *inflation, decreased consumer purchasing power, lower saving rates, more consumer bankruptcies* », entre autres. Voir du même auteur, Adam LEVIN, *Priceless? Costs of Credit Card Merchant Restraints*, Working Paper, November 11, 2006. En outre, il a été dénoncé que certains comportements des banques et *thrifths* considérés comme anticoncurrentiels ont influé sur, voire provoqué, la situation de crise hypothécaire « *subprime* ». Pour Ronald SILVERMAN, certaines institutions bancaires concurrentes auraient partagé des informations sur les termes et conditions des crédits, autres que le prix, ce qui constitue une violation du *Sherman Act*. Ronald H. SILVERMAN, « Toward Curing Predatory Lending », *Banking Law Journal*, juin 2005, vol. 122, pp. 483-669. Ce serait également le cas des intermédiaires du marché financier, chargés du placement des titres dans le public lors d’une émission, ou encore celui des courtiers de bourse, qui transmettent les ordres d’achat ou de vente des investisseurs au marché. La concurrence qui oppose ces intermédiaires est censée les contraindre à limiter le coût de leurs prestations et à en améliorer la qualité. « [La concurrence] joue donc un rôle de premier plan dans l’efficacité d’ensemble du système de financement par le marché ». Martin TOMASI, *La concurrence sur les marchés financiers : aspects juridiques*, Paris : LGDJ, 2002, p. 5.

⁸⁵ Ce qui impliquerait une étude des effets possibles de la régulation de la concurrence au cas par cas. La manière dont celle-ci agirait par exemple sur les déficiences des « marchés politiques » demeure aussi imprécise dans la théorie économique. Des arguments pourraient en effet être avancés en faveur ou à l’encontre de la régulation de la concurrence comme instrument pour traiter, ou au moins prévenir, ces défaillances. Rappelons-nous que l’économie employée par le droit de la concurrence est une économie « appliquée », qui serait moins controversée et spéculative que le reste de la littérature économique.

critères retenus, la notion d'autorité de concurrence englobe tout organisme administratif spécialisé chargé de l'organisation de la régulation transversale ou sectorielle de la concurrence, au niveau national ou supranational, et qui dispose au moins d'un pouvoir d'édicter des « normes molles ». Selon cette définition, plusieurs organismes seraient susceptibles d'être qualifiés d'autorités de concurrence, indépendamment de leur composition, de l'attribution de la personnalité morale ou de leur caractère permanent. Il s'ensuit qu'il est encore nécessaire d'apporter quelques précisions pour circonscrire la notion d'autorité de concurrence que nous utiliserons.

Tout d'abord, même si notre étude porte sur les autorités administratives chargées de l'organisation de la régulation de la concurrence, il ne s'agit pas pour autant d'exclure tout apport ponctuel quant au rôle des juridictions en matière de régulation de la concurrence. Premièrement, quelques autorités administratives de la concurrence exercent aujourd'hui des fonctions qui traditionnellement étaient confiées aux juridictions. Deuxièmement, les actes des autorités de concurrence apparaissent généralement soumis à un contrôle juridictionnel (tant pour leurs actes administratifs à portée individuelle que pour ceux à portée générale). Troisièmement, le *private enforcement* ou application privée des règles de la concurrence se déroule au travers d'actions auprès des juridictions civiles⁸⁶. Quatrièmement, les règles nationales de concurrence contiennent assez souvent un « volet » sur les pratiques commerciales restrictives donnant lieu à des poursuites pénales⁸⁷. Cinquièmement, au moins dans le cas américain, le contrôle des restrictions à la concurrence continue à être organisé autour du juge⁸⁸.

Ensuite, il semble nécessaire d'étudier les autorités de la concurrence sous l'angle de l'autorité transversale. Ce choix résulte d'un constat : l'autorité transversale colombienne a vocation à intervenir dans tous les secteurs économiques⁸⁹. Pour autant, il ne s'agit pas d'exclure toute réflexion autour des

⁸⁶ La volonté de la Commission européenne de favoriser le développement des actions civiles des victimes d'infractions au droit de la concurrence est exprimée dans son livre blanc du 2 avril 2008, proposant un certain nombre de solutions pour permettre d'indemniser intégralement les consommateurs et les entreprises victimes d'ententes ou d'abus de position dominante (articles 81 et 82 du traité CE).

⁸⁷ Voir le titre IV du livre IV du Code de commerce français, ou le *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7

⁸⁸ Laurence IDOT, « A propos du « paquet transaction » présenté par la Commission », *Europe*, janvier 2008, Focus, p. 2.

⁸⁹ Surtout avec la réforme approuvée par le Congrès colombien le 17 juin 2009, qui vise à concentrer dans l'autorité transversale l'ensemble des pouvoirs de contrôle des restrictions à la concurrence (article 6, compétence de la SIC).

autorités sectorielles de la concurrence. D'un côté, l'analyse des autorités sectorielles peut contribuer à une meilleure compréhension de certains aspects de l'autorité transversale colombienne qui, comme nous le verrons, demeurent obscurs. D'un autre côté, l'étude du statut et du fonctionnement des autorités sectorielles peut contribuer à éclairer l'étude des perspectives d'évolution de l'autorité transversale – et vice-versa –. En droit colombien, les différentes formes d'action publique englobant la régulation et le contrôle de la concurrence ne se limitent pas à une seule autorité. La définition législative des compétences entre la SIC, autorité transversale, et certaines autorités sectorielles – telles que la Superintendance financière, l'aéronautique civile et le Ministère de l'agriculture – demeure incertaine ; ceci malgré l'effort récent de « concentration » de l'activité de régulation de la concurrence au profit de la SIC⁹⁰. L'examen des compétences des autorités sectorielles, en tant qu'éléments susceptible de restreindre le domaine d'intervention de la SIC, devra servir à identifier, par une démarche d'exclusion, l'étendue des compétences de l'autorité transversale.

Dans le même ordre d'idées, une précision s'agissant de l'orbite d'intervention des autorités de concurrence doit être ajoutée. Il ne serait plus possible de nos jours de focaliser la réflexion sur les seules autorités nationales de la concurrence, sans considération des autorités supranationales⁹¹. Prenons par exemple le cas de l'autorité transversale française de la concurrence : depuis l'adoption et l'entrée en vigueur du règlement n° 1 de 2003, le travail en réseau entre la Commission européenne et les différentes autorités transversales des Etats membres est désormais la règle. Au demeurant, cela ne veut pas dire que les autorités sectorielles soient exclues de toute participation dans ce même réseau. En outre, d'un point de vue géographique, l'activité en réseau des autorités de concurrence n'est pas limitée à l'Europe, elle se consolide également à l'échelle mondiale, comme semble d'ailleurs l'illustrer l'*International Competition Network* (ICN)⁹². La participation de l'autorité de concurrence colombienne à l'échelle supranationale a commencé tardivement.

⁹⁰ Loi 1340 de 2009 ; tel que nous le précisons ultérieurement (v. infra, p.178 et s.), plusieurs exceptions à cette « concentration » ont été maintenues.

⁹¹ Laurence IDOT, Rapport de synthèse, Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, évolutions et perspectives, *op. cit.*, p. 164.

⁹² Dans une certaine mesure la généralisation des réseaux serait une réponse du droit de la concurrence à la globalisation de l'économie. Laurence IDOT, *ibid.*, p. 164. Un des traits caractéristiques de l'ordre juridique global serait qu'il n'est pas réagi par une autorité supérieure, mais par des formes de coopération et/ou

Pourtant, les rapports fonctionnels qu'elle entretient avec les autorités et organismes supranationaux de concurrence sont loin d'être négligeables. Si la recherche porte principalement sur les autorités nationales de concurrence, ces récents développements aux niveaux communautaire et international présentent des caractères qui impliquent des références ponctuelles et une comparaison avec le statut et le fonctionnement des autorités supranationales de la concurrence.

En admettant que l'« autorité de concurrence » qui nous intéresse ici soit celle dont les caractéristiques viennent d'être esquissées, il faut préciser maintenant le sens de la notion d'« indépendance », celle-ci étant fréquemment présentée comme un critère distinctif des autorités de régulation de la concurrence par rapport aux autres structures administratives⁹³.

B - LA NOTION D'INDEPENDANCE

La signification juridique de la notion d'indépendance demeure indéterminée en droit public colombien. Souvent la jurisprudence et la doctrine y font référence de façon indirecte, à l'occasion de développements relatifs à d'autres notions du droit administratif. Seuls certains aspects de l'indépendance font l'objet d'analyses approfondies. La notion d'indépendance se trouve régulièrement employée comme synonyme des termes autonomie, neutralité et impartialité⁹⁴. En l'absence de

d'intégration entre les sujets qui en font partie. Sabino CASSESE, « L'ordre juridique global », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 8.

⁹³ Pour une affirmation de l'indépendance comme critère de distinction des autorités de régulation économique, Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P., G.*, 1986, I, 3254.

⁹⁴ Voir par exemple, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001. Pour une distinction de ces termes en droit français, voir Stéphane MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, Thèse, Paris II, 1995, pp. 31-34. Conformément à cette définition, la neutralité se distingue de l'indépendance en ce qu'elle n'équivaut pas à une émancipation à l'égard des règles de subordination juridiques. « Alors que la notion d'indépendance en droit administratif est exclusive de toute subordination hiérarchique, la neutralité ne prétend que l'atténuation des possibles excès de cette subordination mais pas à sa suppression ». Tout comme la neutralité, l'impartialité est une obligation qui s'impose à tout agent public, qu'il soit indépendant ou pas. Cependant, l'indépendance constitue un moyen juridique garantissant efficacement une prestation impartiale de service public. La relation entre indépendance et impartialité est tenue s'agissant des fonctions juridictionnelles. Par exemple, la jurisprudence constitutionnelle colombienne emploie souvent les deux notions comme synonymes, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de tutelle T-057 du 2 février 2006.

références précises en droit colombien sur le sens juridique de la notion, nous ne pouvons que nous référer à des sources étrangères.

Pour une partie de la doctrine française l'indépendance, du point de vue de l'autorité administrative « indépendante »⁹⁵, consiste « en une émancipation de certains agents à l'égard des règles de subordination, garantie par un dispositif statutaire »⁹⁶. En ce sens, l'indépendance des autorités administratives viendrait de ce qu'aucun organe n'exerce sur elles de pouvoirs hiérarchique ou de tutelle⁹⁷. Deux critiques ont pourtant été formulées à l'égard de cette définition. Un premier courant d'auteurs questionne l'usage du terme « indépendance ». Selon cette première approche, il s'agit plutôt d'une situation d'autonomie, car l'indépendance implique l'absence non seulement de subordination, mais aussi de tout lien avec les autres⁹⁸. Un deuxième courant s'oppose à une détermination exacte du degré de liberté fonctionnelle et de garanties statutaires accordées à certains organes administratifs. Suivant cette deuxième approche, l'indépendance des autorités de concurrence apparaît comme insaisissable : elle ne pourrait pas se définir de manière précise et incontestable mais uniquement se décrire par rapport aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte⁹⁹.

⁹⁵ Il serait également possible d'aborder la question de l'indépendance des autorités administratives du point de vue du Congrès. Selon cette approche, une autorité administrative serait plus indépendante, dans la mesure où ses décisions seraient moins déterminées par avance par le Congrès : « *an agency is more independent, the less its decisions are determined in advance by Congress* ». Kathleen BAWN, « Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures », *American Political Science Review*, mars 1995, vol. 89, n° 1, p. 62. Cette manière de définir l'indépendance se rapproche de ce que Mathew MCCUBBINS dénommait « *effective discretion* ». Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Procedure », *American Journal of Political Science*, 1985, vol. 29, pp. 721-748. L'indépendance indiquerait ici le potentiel de l'autorité administrative à s'émanciper de toute intention législative formulée ex ante (et non pas de son influence ex post, lors de l'activité de l'autorité administrative). Randall L. CALVERT, Mathew D. MCCUBBINS, and Barry R. WEINGAST, « A Theory of Political Control and Agency Discretion », *Am. J.P.S.*, août 1989, vol. 33, pp. 588-611.

⁹⁶ Stéphane MANSON, La notion d'indépendance en droit administratif français, *op. cit.*, p. 24. Ou bien comme la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté à l'abri de toutes instructions et pressions », Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^e éd. 2007.

⁹⁷ Pierre DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, Paris : Dalloz, 1998, coll. « Précis », n°214.

⁹⁸ Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.* 1990, p. 243 ; Laurence CALANDRI, *op.cit.*, pp. 453-472.

⁹⁹ Selon cette approche, il est possible d'être plus ou moins indépendant, mais pas indépendant dans l'absolu. Jean-Louis AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in Environnements, *Mélanges en honneur du Professeur Jean-Philippe COLSON*, P.U.G., 2004, p. 445.

Au-delà de ce débat théorique de haute teneur, il nous revient d'établir une première esquisse de la nature et de l'étendue de l'indépendance pouvant exister, en pratique, en Colombie. Cette tâche nous conduira à déterminer s'il est ou non possible de dégager, à la lumière de cette analyse, un ou plusieurs sens spécifiques à la notion d'indépendance. Une première observation de la pratique institutionnelle colombienne nous permet à cet égard de constater que l'indépendance des autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence se reflète à travers différents degrés de « décrochage » par rapport aux structures hiérarchiques de l'administration¹⁰⁰, dont il est possible d'identifier quatre types.

Un premier degré d'indépendance comprend les organes administratifs qui ne disposent généralement que d'une simple autonomie fonctionnelle¹⁰¹, tels que certaines structures internes des ministères. Il s'agit notamment des organismes administratifs n'ayant pas acquis une pleine indépendance vis-à-vis du gouvernement, auquel ils demeurent rattachés par des liens de subordination hiérarchique et de tutelle, mais qui disposent d'une certaine liberté de fonction. C'est le cas par exemple du Bureau des études économiques du ministère de commerce colombien¹⁰².

Il est ensuite possible de distinguer, dans un ordre croissant, un deuxième échelon d'indépendance des structures administratives disposant d'un plus grand degré d'autonomie, qui se manifeste généralement dans ses dimensions fonctionnelle et administrative¹⁰³. C'est le cas notamment des superintendances et commissions dépourvues de la personnalité morale. Cette forme d'autonomie fonctionnelle

¹⁰⁰ Conformément à l'expression de René CHAPUS, *Droit administratif général*, op.cit., n° 296.

¹⁰¹ L'autonomie fonctionnelle exprime la capacité d'un organe à exécuter les missions qui lui ont été attribuées, à travers l'exécution d'un programme. L'autonomie fonctionnelle résulte d'une délégation d'autorité et permet une activité libre et « normale », dans les limites des compétences attribuées à l'organe « autonome ». Elle est souvent accompagnée d'autres formes d'autonomie, telles que l'autonomie administrative ou de gestion et patrimoniale. Selon le juge constitutionnel, l'autonomie fonctionnelle vise seulement l'exercice de compétences spécifiques attribuées à un organe par la Constitution et la loi, ayant pour seul but de lui permettre l'accomplissement de ces mêmes fonctions spécialisées. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-341 du 5 août 1996.

¹⁰² Décret n° 2553 du 23 décembre 1999, JO col., année CXXXV, n. 43827, 23 décembre, 1999, p. 37.

¹⁰³ L'autonomie administrative ou de gestion consiste en la liberté de l'organe qui en est titulaire de gérer ses ressources humaines et financières et tout autre moyen, à travers l'exécution des actes juridiques et « matériels » relatifs à la réalisation de ses fonctions. L'autonomie administrative est souvent accordée par le législateur grâce au placement de l'organe en question en dehors de la hiérarchie administrative. S'agissant par exemple de la banque centrale, l'autonomie administrative comprend principalement la forme de son organisation, le fonctionnement de son comité de directeurs

« renforcée » est parfois assimilée en droit colombien à ce que la doctrine française désigne comme l'aspect fonctionnel de l'indépendance¹⁰⁴. Les termes autonomie et indépendance fonctionnelle sont alors employés indistinctement pour décrire la situation des organes appartenant à cette catégorie¹⁰⁵. L'indépendance fonctionnelle des superintendances et commissions sans personnalité morale est garantie par la suppression de tout lien de subordination hiérarchique. Ces organes de l'administration sont en effet placés en dehors d'une structure ministérielle, à laquelle ils demeurent *adscritos* (rattachés) par le maintien du seul lien de tutelle.

Au troisième rang de l'échelle de l'indépendance, se trouvent les superintendances et commissions dotées de la personnalité morale. Ces organes disposent d'une autonomie qui se manifeste dans ses dimensions administrative et fonctionnelle, par la suppression du lien de subordination hiérarchique, mais aussi dans sa dimension patrimoniale¹⁰⁶. L'autonomie patrimoniale qui résulte de l'attribution de la personnalité morale est censée renforcer leur liberté de fonction, ainsi que leur degré d'autonomie de décision. Les organismes appartenant à cette catégorie, autant que ceux appartenant à la catégorie inférieure, c'est-à-dire toutes superintendances et commissions pourvues ou non de la personnalité morale se caractérisent par ce que la jurisprudence constitutionnelle qualifie d' « *independencia*

et de son conseil d'administration et la durée du mandat du gérant. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-341 du 5 août 1996.

¹⁰⁴ Selon Stéphane MANSON, la notion d'indépendance résulte de la conjonction de deux éléments : un aspect fonctionnel et un aspect statutaire. « L'émancipation à l'égard des règles de subordination : organisée et mise en œuvre par l'Etat afin de protéger les droits et libertés des individus en certains domaines, l'indépendance est obtenue fonctionnellement par l'émancipation des agents considérés à l'égard de toute subordination hiérarchique ou de tutelle (...). La garantie statutaire de l'émancipation : destinées à protéger la liberté de fonctions des agents en cause, les mécanismes statutaires d'indépendance sont composés de deux ensembles de garanties juridiques. Les uns s'appliquant à l'occasion de l'investiture de l'agent, les autres produisant leurs effets lors de l'exercice des fonctions. ». Stéphane MANSON, *op.cit.*, p. 58.

¹⁰⁵ Il est important de souligner que, s'agissant par exemple des superintendances dépourvues de la personnalité morale, la jurisprudence colombienne semble accorder une primauté à l'élément fonctionnel de l'indépendance, plus que n'est privilégié son élément statutaire. Comme nous l'avons signalé, seuls certains aspects de l'indépendance paraissent faire l'objet d'analyses approfondies en droit colombien. Dans la jurisprudence constitutionnelle l'aspect privilégié est celui de leur placement en dehors de la hiérarchie ministérielle, c'est-à-dire la suppression de tout lien hiérarchique. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-1071 du 3 décembre 2002.

¹⁰⁶ L'autonomie patrimoniale peut être définie comme la liberté et l'indépendance d'un organe pour administrer et affecter son propre patrimoine, à travers l'exécution des actes juridiques et matériels relatifs à la réalisation de ses fonctions. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-341 du 5 août 1996.

legal »¹⁰⁷. Cette expression jurisprudentielle sert à distinguer ces autorités de celles appartenant au niveau supérieur de l'échelle, c'est-à-dire, les organismes disposant d'une « *autonomía constitucional* »¹⁰⁸. Une observation incontournable s'impose ici : la jurisprudence colombienne utilise les termes d'indépendance, d'un côté, et d'autonomie, de l'autre, pour définir les qualités reconnues à des organismes, qualités désignées de façon inverse, dans l'acception française.

Au sommet de l'échelle de l'indépendance se trouvent en effet les organes dits « autonomes », au sens de la jurisprudence constitutionnelle colombienne, tels que la Commission nationale de télévision (CNTV)¹⁰⁹ ou la Banque centrale¹¹⁰. A ces organismes de consécration constitutionnelle le juge constitutionnel reconnaît une autonomie fonctionnelle, administrative, patrimoniale et technique¹¹¹. A la différence des superintendances et commissions, la liberté fonctionnelle des organes « autonomes » colombiens est obtenue par la suppression de tout lien de subordination hiérarchique, mais aussi de tutelle. Par la suppression de ces liens et par l'attribution de la personnalité morale, la constitution colombienne reconnaît l'existence d'un secteur spécifique de l'intérêt général qui exige une intervention tout aussi spécifique en matière de régulation¹¹². Ces organes « autonomes » apparaissent comme une manifestation du phénomène des autorités administratives indépendantes

¹⁰⁷ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du-25 février 2003.

¹⁰⁸ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du-25 février 2003.

¹⁰⁹ L'autonomie consacrée dans les articles 76 et 77 de la Constitution est censée protéger la CNTV de toute ingérence indue d'autres autorités et des groupes socio-économiques de pression, dans les affaires pour lesquelles la Constitution a voulu qu'elle agisse en pleine indépendance et impartialité (la direction et l'exécution de la politique de télévision et l'intervention du spectre électromagnétique affecté à ces finalités). Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-532 du 12 juillet 2006, point 3.3.

¹¹⁰ La *Banco de la República* colombienne fait partie des organes « autonomes » énoncés à l'article 113 de la Constitution colombienne et dont les fonctions, caractéristiques institutionnelles et objectifs sont définis, principalement aux articles 371, 372 et 373. Le juge constitutionnel précise que l'utilisation des instruments de régulation appartenant au Congrès et au gouvernement ne saurait porter atteinte à l'autonomie « administrative, patrimoniale et technique » accordée à la banque centrale pour la réalisation de ses missions constitutionnelles. Corrélativement, cette autonomie doit être orientée selon le cadre fixé dans la loi, et en harmonie avec les fonctions propres au gouvernement, en particulier en matière de « politique économique générale ». Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001, point 3.4.

¹¹¹ Pour la Cour constitutionnelle, l'autonomie technique de la banque centrale désigne sa capacité à analyser librement les phénomènes monétaires et à déterminer, sans ingérence d'autres autorités, les méthodes, procédures, mécanismes et tout autre instrument nécessaire à la réalisation de ses attributions. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-050 du 10 février 1994.

¹¹² Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-351 du 20 avril 2004, à propos de la CNTV.

(dont un nombre croissant dispose aujourd'hui de la personnalité morale)¹¹³ en droit colombien¹¹⁴. Le juge constitutionnel souligne à cet égard que l'autonomie que la Constitution octroie à certains organismes impose une limite à l'action des pouvoirs publics sur ces organes¹¹⁵. Il précise toutefois que cette indépendance s'apprécie uniquement au sein de l'Etat et par rapport au gouvernement ou au président, c'est-à-dire par rapport au titulaire traditionnel du pouvoir exécutif. Les organes « autonomes », au sens du juge constitutionnel colombien, ne sauraient être pleinement autonomes vis-à-vis du pouvoir législatif. Ainsi, lorsque le législateur établit les règles générales et définit les politiques-cadre en matière de télévision, la CNTV doit pleine obéissance et soumission¹¹⁶. Cela vaut, surtout, à l'égard des lois développant certains principes généraux d'ordre constitutionnel dont le respect s'impose aux organes étatiques¹¹⁷.

A l'issue de l'examen de ces quatre degrés de manifestation empirique de l'indépendance des entités qui sont l'objet de notre étude, une première conclusion peut être tirée : le terme « indépendance » semble souvent être confondu avec celui

¹¹³ Assemble nationale, Rapport d'information n 2925 du 28 octobre 2010, sur les autorités administratives indépendantes, annexe n 14, p. 311. « Au succès de la création d'autorités administratives indépendantes (AAI) instituées dans leur principe dans les années 70, a succédé depuis 2003 celui d'une catégorie nouvelle d'organisme public indépendant, qualifiée d'autorités indépendantes (API), dont la particularité au sein des AAI consiste à les doter de la personnalité morale de droit public. Il s'agit là d'une évolution institutionnelle et juridique majeure, si l'on considère que, d'une part, jusqu'alors, la doctrine considérait que l'absence de personnalité morale constituait un élément constitutif de la notion même d'autorité administrative indépendante (...) ».

¹¹⁴ Selon les termes de la Cour, « l'autonomie spéciale que la Constitution attribue à la banque centrale et à son comité directeur en tant qu'autorité monétaire, de crédit et de change reflète dans notre organisation constitutionnelle l'existence d'autorités indépendantes qui, dans la doctrine et dans l'organisation des Etats, sont nées sous l'inspiration d'institutions similaires d'abord aux Etats-Unis, ensuite au Royaume Uni et plus récemment en Europe continentale (France, Espagne, par exemple), et qui sont chargées de la régulation d'activités sociales, avec les particularités propres au modèle de banque centrale, également accueilli dans différents Etats ». Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001, point 3.1.a.

¹¹⁵ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-832 du 8 octobre 2002, point 3.1, à propos de l'autonomie des organes de contrôle fiscal.

¹¹⁶ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-351 du 20 avril 2004, point 4.

¹¹⁷ Comme par exemple le respect des garanties procédurales et des droits de la défense (article 29 de la Constitution). En outre, le juge constitutionnel précise que « *La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es un atributo constitucional que se refleja en la no sujeción de la Comisión a las disposiciones de autoridades estatales diferentes al legislador* » (l'autonomie de la CNTV est un attribut constitutionnel qui se reflète dans la non sujétion de la Commission aux dispositions d'autorités étatiques autres que le législateur). Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-532 du 12 juillet 2006, point 3.3. Dans la réalisation de ses missions, la CNTV doit respecter les linéaments généraux tracés par le législateur, mais sans que cela signifie que ce dernier puisse empiéter sur le domaine de compétences attribué directement par la Constitution à la Commission. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-350 du 29 juillet 1997.

d'« autonomie » en droit colombien. La jurisprudence constitutionnelle examinée suggère que l'indépendance ne se distingue de l'autonomie que par une simple différence d'intensité¹¹⁸. L'examen de l'indépendance des institutions administratives colombiennes conduit à distinguer deux acceptions du terme. Le mot « indépendance » aurait un sens large et un sens strict.

Dans son acception large, l'indépendance constituerait une notion abstraite susceptible de qualifier divers degrés de liberté de fonction et de garanties statutaires accordées aux autorités administratives. En admettant que ces deux éléments soient indissociables, nous pourrions nous attendre à ce qu'un degré supérieur de liberté de fonction soit accompagné de davantage de garanties statutaires. C'est dans ce contexte que l'autonomie est souvent assimilée à l'aspect fonctionnel de l'indépendance en droit colombien, surtout au fur et à mesure que l'on monte dans l'échelle de l'indépendance. Plus l'on grimpe sur cette échelle, plus achevée deviendrait l'autonomie accordée à l'organe administratif considéré, et fortes seraient les garanties statutaires qui l'accompagnent.

Le sens strict du terme « indépendance » désignerait, quant à lui, le stade ultime possible dans l'échelle de l'indépendance. Ce degré ultime d'indépendance résulterait en droit colombien de la conjonction de trois facteurs : d'abord, une émancipation de l'organe considéré à l'égard de tout lien non seulement hiérarchique, mais aussi de tutelle. C'est pourquoi les superintendances et certaines commissions ne peuvent pas être considérées comme « indépendantes » au sens strict du terme. Ensuite, un dispositif statutaire concourant à la garantie de la liberté fonctionnelle de l'organe « indépendant », et qui consisterait en des garanties juridiques conférées lors

¹¹⁸ Il faut noter qu'une distinction des deux termes a été proposée dans la doctrine juridique française : « l'autonomie ne concerne que la vie interne d'une institution, par la mesure de l'emprise dont dispose cette dernière sur sa propre organisation et son propre fonctionnement », tandis que l'indépendance s'attache à la situation externe d'une institution dont les garanties statutaires lui permettent d'assurer une émancipation fonctionnelle à l'égard du principe de subordination. Stéphane MANSON, *op. cit.*, p. 30. Toutefois, pour certains, cette distinction ne résisterait pas à une analyse pratique et comparée. Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*, Thèse Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008, p. 31. L'expérience colombienne suggère que cette vision de l'autonomie comme situation interne peut se rattacher à l'élément fonctionnel de l'indépendance, alors que l'indépendance comme situation externe se rattacherait à son élément organique. La portée de la distinction proposée par Stéphane MANSON apparaît conditionnée dans la pratique colombienne au sens qu'on assigne à la notion d'indépendance.

de la nomination de ses membres et pendant l'exercice de leurs fonctions. Enfin, dans la logique de l'ordre juridique colombien, l'indépendance se refléterait dans l'octroi de la personnalité morale¹¹⁹. Certaines superintendances et commissions qui appartiennent à la catégorie jurisprudentielle d'organes « légalement indépendants » possèdent la personnalité morale. Mais, comme nous l'avons indiqué lors de l'examen de l'échelle de l'indépendance, ces organes continuent à être rattachés à un ministère par un lien de tutelle.

En droit colombien, seuls les organismes « autonomes » de consécration constitutionnelle pourraient être considérés comme des autorités « indépendantes » au sens strict du terme. Dès lors, l'emploi du terme « autonome », au sens français du langage courant, serait mieux adapté pour décrire la situation des autorités « indépendantes » en Colombie. Il s'agirait en effet d'une situation d'autonomie, car les régulateurs indépendants colombiens « restent des institutions administratives et ne peuvent donc pas, juridiquement, être opposés à l'Etat ni même à l'exécutif, dont ils font intrinsèquement partie, tout en bénéficiant d'une autonomie par rapport au gouvernement »¹²⁰. Par conséquent, ce n'est que pour faciliter la comparaison avec d'autres systèmes, que l'on a utilisé et que l'on continuera à utiliser le terme indépendance, dans son acception large de manière générale – sauf précision expresse de l'emploi du sens strict ci-dessus exposé – pour mettre en lumière les autorités administratives, nationales et supranationales, chargées de l'organisation de la régulation transversale et sectorielle de la concurrence.

Pour conclure provisoirement sur ce point, l'on peut relever que les manifestations possibles de l'indépendance sont multiples. L'indépendance « a pris des degrés divers, de telle sorte qu'elle finit par désigner des entités structurellement

¹¹⁹ Comme cela semble être le cas en Espagne, où la qualité d'autorité administrative indépendante serait limitée aux organisations ayant un statut d'indépendance se reflétant dans l'octroi de la personnalité morale. Dans certains cas, cette spécificité serait « véhiculée » par le législateur espagnol grâce à l'octroi de pouvoirs normatifs, exécutifs et de sanction garantissant une indépendance plus large vis-à-vis des pouvoirs publics, Montserrat CUCHILLO, « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in *Régulation et démocratie*, *op. cit.*, p. 101.

¹²⁰ Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 213.

différentes »¹²¹. Par conséquent, une approche scientifique de l'indépendance des autorités de concurrence requiert l'exposé d'une méthode¹²².

§ 2. METHODE DE LA RECHERCHE

Pour rechercher quelle est la place de l'indépendance dans la configuration structurelle et fonctionnelle des autorités de concurrence en Colombie, diverses méthodes d'étude sont susceptibles d'être employées.

Une première démarche pour s'interroger sur les raisons d'être et la légitimité de l'indépendance des autorités de concurrence consisterait à examiner les différentes manières dont elle est susceptible de se manifester. Selon cette perspective, il s'agit d'observer la réalité, ce qui conduit à rechercher dans quelle mesure et comment l'idée de l'indépendance est réalisée en droit colombien. Il s'agit par exemple d'étudier l'ensemble des garanties statutaires des membres des autorités de concurrence, telles que leurs conditions de nomination, les règles d'incompatibilité qui leur sont imposées, le caractère renouvelable ou non de leur mandat, les diverses garanties présentes lors de l'exercice de leurs fonctions, le régime de leur retrait des fonctions (disqualification) et en matière d'avancement et de discipline¹²³. Cette démarche peut comporter en outre un examen de l'architecture interne, ainsi que des ressources humaines et financières des autorités de concurrence. Quant à la dimension fonctionnelle de l'indépendance des autorités de concurrence, il sera nécessaire d'inclure un regard sur leurs domaines d'intervention, leurs compétences, le régime de leurs actes et la procédure qui se déroule devant elles. C'est après un examen des différentes manières dont la notion d'indépendance est susceptible de se manifester, que l'on pourra conclure quel est le degré d'indépendance des autorités de concurrence.

¹²¹ Traduction personnelle de: « ha assunto diverse graduazioni, finendo col connotare entità strutturalmente diverse ». Mario E. SCHINAIA, « Il quadro di riferimento », in *Authorities, op.cit.*, p. 9.

¹²² Voir Enrique P. HABA, « Sciences du droit – quelle « science » ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », in *A.P.D.*, 1991, t. 36, p. 165.

¹²³ Voir pour une présentation doctrinale de ces différentes manifestations, Jean et Olivier. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in *Mélanges Jacques Robert*, Libertés, Montchrestien, 1998, Libertés, p. 323-343.

Cependant, s'interroger sur la légitimité des autorités de concurrence « indépendantes » et essayer de déterminer leur degré d'indépendance respectif ne peut se faire sans des références aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte. Ces éléments extérieurs proviennent d'abord des pouvoirs publics. A ce titre, il faudra examiner les rapports que les autorités nationales de concurrence entretiennent avec les pouvoirs publics ; rapports qui peuvent se manifester par exemple sous la forme d'une supervision (contrôle, rétribution et sanction) ou des procédures administratives¹²⁴. Les limites extérieures à l'indépendance peuvent ensuite provenir des groupes d'intérêt publics ou privés. En admettant que ces groupes se trouvent en concurrence avec le pouvoir politique pour influencer davantage les décisions des autorités de concurrence¹²⁵, des références ponctuelles aux situations de capture, pour utiliser le vocabulaire économique désormais en cours, pourront relativiser l'idée selon laquelle la crédibilité des autorités de concurrence comporterait un « dessaisissement »¹²⁶ du politique. Les limites à l'indépendance peuvent enfin provenir des autres autorités nationales ou supranationales qui participent également à l'organisation de la régulation de la concurrence. Il faudra par exemple inclure la question du partage de compétences et celle des mécanismes de coopération entre ces diverses autorités.

Pour être convaincante, notre analyse impose que l'on tente de prendre en compte tous les éléments qui permettent de déterminer leur degré d'indépendance. D'un point de vue méthodologique, la notion d'indépendance se présente alors comme une notion systématique, permettant de regrouper et de décrire les divers aspects organiques, fonctionnels et du régime de ces autorités.

Une autre manière de montrer quelle est la place de l'indépendance dans la configuration statutaire et fonctionnelle des autorités colombiennes de la concurrence

¹²⁴ Mathew D. MCCUBBINS; Roger G. NOLL; Barry R. WEINGAST, « Administrative Procedures as Instruments of Political Control », *J.L.E.O.*, automne 1987, vol. 3, n° 2., p. 243.

¹²⁵ Il est en effet probable, d'une part, que dans certains cas l'autorité administrative indépendante de concurrence s'éloigne des prescriptions du législateur. D'autre part, il n'est pas possible de négliger l'existence de groupes d'intérêt publics et privés dont les intérêts ne convergent pas nécessairement avec ceux du pouvoir politique. Dans ce contexte, l'activité de ces autorités pourrait être influencée (implicitement ou explicitement) par de tels groupes d'intérêt. Pablo T. SPILLER, « Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or "Let Them Be Bribe" », *Law and Economics*, avril 1990, vol. 33, n° 1, p. 66.

consiste à les comparer avec leurs homologues étrangères. Cette deuxième approche méthodologique n'est pas exclusive de la première. Elle devra contribuer à une meilleure compréhension des éléments révélés par l'examen des manifestations possibles de l'indépendance des autorités de concurrence en droit colombien. La méthode comparative peut être définie comme « la juxtaposition et la mise en relation entre des ordres juridiques, la mise en valeur de ressemblances et de divergences, et l'évaluation des solutions fournies »¹²⁷. La comparaison aurait une vertu heuristique¹²⁸. Souvent l'accent est mis en droit comparé sur sa fonction critique¹²⁹. Souvent également, l'accent est mis sur sa fonction constructive, comme dans une perspective d'harmonisation du droit¹³⁰. La comparaison, qu'il s'agisse d'une comparaison globale (macro-comparaison), ou bien au niveau d'une institution particulière (micro-comparaison), est censée mettre l'accent sur les différences et ressemblances dans une perspective critique, mais également constructive¹³¹. Cependant, l'argument de droit comparé en droit public peut apparaître comme étant parfois utilisé de manière sélective¹³², déformée¹³³, et comme ayant un caractère « rituellement instrumentalisé »¹³⁴.

¹²⁶ Selon l'expression utilisée par Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in *Régulation économique et démocratie, op. cit.*, p. 205.

¹²⁷ Traduction de « The « comparative law method » may be defined as the juxtaposition and relating of legal systems, the delineation of similarities and differences, the evaluation of the solutions provided ». Richard WAINWRIGHT, « Use of the Comparative Legal Method in European Law », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Pesses Universitaires de Namur, 2003, n°25, p. 99.

¹²⁸ Xavier THUNIS, « L'empire de la comparaison », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen, ibid.*, p.10.

¹²⁹ Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, n° 3, p. 503 et ss.

¹³⁰ Xavier THUNIS, *op. cit.*, p. 15.

¹³¹ Xavier THUNIS, *op. cit.*, p. 15.

¹³² En absence d'études sur la situation de l'argument de droit comparé en droit colombien, nous ne pouvons faire référence qu'à certains travaux récents en droit français, voir notamment Jean-Bernard AUBY, « Introduction », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la direction de Fabrice MELLERAY, Bruylant, 2007, p. 5.

¹³³ « Comme l'établit Florence LERIQUE, si la politique de la ville s'inspire de zonings pratiques en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis dans le cadre des politiques équivalentes, elle en laisse de côté certains aspects clefs, en termes de partenariats avec les diverses composantes du système éducatif ou de participation des citoyens », Jean-Bernard AUBY, « Introduction », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français, ibid.*, p. 6 ; Florence LERIQUE, « Le zonage de la politique de la ville », *id.*, p. 95.

¹³⁴ Marie-Ange LE MESTRE constate que, lors de la création des autorités administratives indépendantes, l'étude des exemples étrangers par le législateur français sert à légitimer le modèle en question. Toutefois, elle établit que, dans le champ des AAI, il ne suffit plus d'utiliser le droit comparé pour « sublimer l'exigence d'un organe indépendant du politique », mais également pour s'intéresser et adapter leur régime juridique et leurs modes de fonctionnement. Marie-Ange LE MESTRE « L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français, ibid.*, p. 137-150. A cela s'ajouterait une sensation généralisée de fermeture à l'égard de la démarche comparatiste, que l'on peut constater en droit administratif français. Jean-Bernard AUBY, *ibid.*, p. 4.

Au rebours de cette tendance, il semble exister en droit colombien une longue tradition de réception de l'argument de droit comparé. L'argument de droit comparé a toujours eu une place relativement importante non seulement sur le plan pédagogique, mais également en tant qu'outil de raisonnement pour le politique et le juge. Prenons par exemple les références qui existent notamment aux droits américain, britannique, espagnol et/ou français dans la jurisprudence constitutionnelle déjà évoquée sur les commissions de régulation ou sur les autorités « autonomes »¹³⁵. De même, certaines réformes en droit public ont été faites avec un œil sur des systèmes juridiques étrangers, telles que l'introduction en 1991 du modèle de Banque centrale « autonome »¹³⁶.

Concrètement, notre recherche consiste en une comparaison des autorités de concurrence en Colombie, en France et aux États-Unis, axée sur le cas des autorités colombiennes¹³⁷. Il faut préciser que le choix des cas français et américain pour réaliser la comparaison avec le cas colombien est loin d'être le fruit du hasard. D'un côté, l'influence du modèle français du droit administratif sur le droit public colombien est relativement ancienne, importante et durable¹³⁸. D'un autre côté, le droit public colombien se serait, au cours des dernières années, tourné vers le droit des pays de la *Common Law*, et vers le droit américain en particulier. Toutefois, l'influence du droit américain sur le droit colombien se réalise assez souvent d'une manière indirecte, en passant par un « filtre »¹³⁹ constitué des mutations

¹³⁵ Voir supra, note n° 110.

¹³⁶ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001.

¹³⁷ Toutefois, ceci n'exclut pas toute éventuelle référence ponctuelle à d'autres systèmes, comme l'espagnol ou l'italien. Ces références serviront par exemple à éclaircir certains points, comme celui de l'octroi de la personnalité morale aux autorités administratives indépendantes en Colombie, ainsi que l'examen des perspectives d'évolution des autorités de concurrence colombiennes.

¹³⁸ Influence qui existe malgré le « caractère non exportable du modèle du droit administratif français ». C'est dans ce sens que le Professeur Yves GAUDEMET indique que « l'influence française n'a jamais pris, sauf peut-être pour la Colombie, la forme d'une importation de l'ensemble du régime administratif, dans ses principes essentiels », Yves GAUDEMET, « L'exportation du droit administratif français, brèves remarques en forme de paradoxe », in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, pp. 431-441. Cependant, les exemples de cette influence ne se limitent pas au droit public. Nombreuses sont les institutions de droit privé inspirées du modèle du droit français. Rappelons-nous comment le code civil colombien de 1856, comme ceux de plusieurs pays de l'Amérique latine, s'inspire du code civil français de 1804.

¹³⁹ Malgré des expériences nationales fortes (comme c'est le cas notamment de la France et l'Allemagne, pays fondateurs), le droit communautaire se tournerait vers le droit américain, qui aurait d'abord « débarqué » au Royaume-Uni et dans certains pays formant le « bloc nord » de l'Europe. Sous l'impulsion communautaire, le modèle américain apparaîtrait plus tard dans les pays de la famille romano-germanique comme l'Allemagne, la France, l'Espagne et l'Italie. Paul LANNOYE, « L'approche comparatiste du Parlement européen », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen; op. cit.*, p. 39. La Cour constitutionnelle colombienne indique ce même parcours pour expliquer la manière dont les AAI sont

contemporaines expérimentées tant au niveau communautaire que dans la plupart des Etats européens, dont la France¹⁴⁰. C'est précisément dans l'examen des mutations contemporaines du droit public français, que le droit colombien peut tirer des éléments de réflexion importants sur le sujet de l'indépendance des autorités de concurrence. Si bien qu'une comparaison des autorités colombiennes, française et américaines de concurrence devra servir à l'étude des perspectives d'évolution de ces autorités en Colombie.

En effet, notre recherche se situe à la fois sur le terrain du droit¹⁴¹ et sur le terrain de la dogmatique¹⁴². Par conséquent, on ne s'interdira pas quelques éclairages pour s'interroger sur certains postulats, comme celui selon lequel la régulation de la concurrence a vocation à être assurée par des autorités indépendantes du politique. Nous suivrons une démarche empruntant à la science administrative et aux travaux des principales écoles de pensée sur la bureaucratie politique. Celle-ci éclairera la prise en compte du droit positif, par une analyse comparée et si nécessaire une approche prospective. Il s'agira alors de proposer certaines évolutions lorsqu'elles apparaîtront souhaitables.

Il reste à noter que certaines garanties statutaires accordées aux autorités française et américaine de la concurrence, leur permettant de disposer d'un plus grand degré de liberté décisionnelle, ne sont pas présentes dans le cas spécifique de l'autorité transversale colombienne. Il semble dès lors nécessaire de procéder à des comparaisons ponctuelles portant sur l'indépendance statutaire de certaines autorités sectorielles, ainsi que d'autres autorités intervenant en matière économique, telle que

apparues en droit colombien. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001, point 3.1.a

¹⁴⁰ Pourtant, le droit administratif de chaque Etat membre se trouve aussi en rivalité avec ceux des pays voisins. Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, coll. Thémis-droit, 364 pp. Voir surtout la conclusion finale, dans laquelle l'auteur décrit les rapports de force entre les divers droits administratifs nationaux des Etats membres ; v. pour une approche italienne, v. Roberto GAROFOLI et Giulia FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*. Roma : Neldiritto, 2010.

¹⁴¹ Car il s'agira d'appréhender le discours du droit positif pour montrer quelle est la place de l'indépendance dans la configuration fonctionnelle et statutaire des autorités de concurrence.

¹⁴² Tandis que la science du droit décrit des normes en vigueur, la dogmatique cherche à établir quelles règles devraient être applicables. Ce qui « droit être » le droit. Michel TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, sous la direction de P. AMSELEK, PUF, 1994, p. 319.

la Banque centrale. En outre, et en l'absence d'une jurisprudence et d'une doctrine fournies sur le cas de l'indépendance de la SIC, un examen des références à cet égard, concernant les autres autorités intervenant dans le domaine de la concurrence, pourra apporter quelques éléments de réponse relatifs à la légitimité de l'indépendance de la SIC.

Ce travail de recherche ne se contente donc pas d'une seule méthode. L'étude de l'indépendance des autorités de concurrence, en tant que phénomène juridique largement indéterminé, suppose l'adoption d'une démarche à la fois pratique et théorique, consistant à identifier et à expliquer les diverses formes selon lesquelles la notion d'indépendance est susceptible de se manifester pour en faire une lecture critique. Cette démarche impose alors l'adoption d'une analyse en deux temps distincts mais néanmoins complémentaires : il s'agit d'identifier, dans un premier temps, quelles sont les composantes de l'indépendance des autorités administratives de concurrence et, dans un second temps, les limites à l'indépendance de ces autorités.

PREMIERE PARTIE : LES COMPOSANTES DE L'INDEPENDANCE DES AUTORITES DE CONCURRENCE.

DEUXIEME PARTIE : LES LIMITES A L'INDEPENDANCE DES AUTORITES DE CONCURRENCE.

Première partie

LES COMPOSANTES DE L'INDEPENDANCE DES AUTORITES DE LA CONCURRENCE

L'indépendance des autorités de concurrence, et plus généralement des autorités de régulation, a souvent été justifiée par le besoin d'une expertise objective¹⁴³. Cette indépendance est censée, d'un côté, de les protéger des pouvoirs de l'Etat et des partis politiques¹⁴⁴ et, de l'autre côté, des opérateurs économiques et différents agents et groupes d'intérêts présents dans le marché¹⁴⁵.

¹⁴³ Il s'agit d'assurer ce que le droit américain appelle « *expert decision-making* », v. par exemple, *Humphrey's Ex'r v. United States*, 295 U.S., 602, 625, (1935); (« *Thus, the language of the act, the legislative reports, and the general proposes of the legislation as reflected by the debates, all combine to demonstrate the congressional intent to create a body of experts...* »); Lisa SCHULTZ BRESSMAN et Robert B. THOMPSON, « *The Future of Agency Independence* », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, p. 599; « *Independence was traditionally justified, particularly during the New Deal era, as promoting expertise* ».

¹⁴⁴ Ceci leur permettrait d'échapper aux influences du gouvernement et des partis politiques et d'éviter l'élaboration de la politique de la concurrence à court terme sous l'influence des enjeux électoraux. Il s'agit d'assurer le professionnalisme ou expertise technique des membres des autorités de concurrence. La neutralité, l'impartialité et objectivité des régulateurs « indépendants » sont aussi évoquées pour justifier l'indépendance des autorités chargées de la régulation de la concurrence. Ce mécanisme institutionnel serait particulièrement adapté aux enjeux de la régulation économique dans le contexte de la privatisation des entreprises publiques, dotées ou pas de monopoles, mis en place à la suite des politiques d'ouverture des marchés économiques entreprises par le gouvernement colombien dès années 1990, v. pour le cas colombien, Superintendance de l'industrie et du commerce, *Competition Law and Policy in Colombia, A Peer Review*, *op.cit.*, p. 10.

¹⁴⁵ Ceci permettrait à l'autorité de concurrence de résister aux pressions propres aux marchés régulés. L'indépendance des autorités de concurrence vise à éviter leur « capture » par des groupes d'intérêts publics et privés. Nous entendons par « capture » « *the responsiveness to the desires of the industry or groups being regulated* »; V. par exemple, Roger G. NOLL, *Reforming regulation*, Washington D.C. : Brookings Institution Press, 1971; p. 99 ; Pour M. NOLL, on est en présence d'une situation de « capture », lorsque l'autorité de régulation donne plus de poids aux préoccupations et intérêts de l'industrie régulée ou des groupes d'intérêts publics ou privés qu'aux préoccupations et intérêts du public général ; v. aussi Steven P. CROLEY, « *Theories of Regulation : Incorporating the Administrative Process* », *Colum. L. Rev.*, n. 98, 1998, p. 1 ; Quelques raisons semblent être fondamentales afin de comprendre ce phénomène : a. les industries régulées possèdent des ressources financières et une organisation importante, notamment lorsqu'on les compare avec le public général ou les groupes d'intérêts publics (Nicholas BAGLEY et Richard L. REVESZ, « *Centralized Oversight of the Regulatory State* », *Colum. L. Rev.*, 2006, vol. 106, p. 1260, des réflexions récentes autour du phénomène « *look to how agencies cooperate with interest groups in order to procure needed information, political support and guidance ; the more one-sided that information, support and guidance, the more likely that agencies will act favorably toward the dominant interest group* ») ; b. les industries régulés ont la capacité pour faire des grands contributions aux campagnes politiques et pour faire du lobby (v. Einer R. ELHAUGE, « *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?* », in *Yale L. J.*, 1991, vol. 101, p. 31) ; c. la capture peut opérer à cause du phénomène du « revolving door » : les membres des agences peuvent anticiper retourner ou arriver à un poste à l'intérieur des industries régulées (v. Kay LEHMAN SCHLOZMAN et John T. TIERNEY, *Organized Interests and American Democracy*, New York : Harper and Row, 1986, pp. 342) ; d. un autre facteur qui peut faciliter la capture des autorités de concurrence par les industries régulées consiste dans les avantages pour obtenir des informations qui ont ces

Mais l'indépendance des autorités de concurrence peut également être expliquée à partir d'une interprétation moins rigide du principe de séparation des pouvoirs. La référence aux vertus des « *checks and balances* »¹⁴⁶ semble aujourd'hui la justification la moins contestable qui puisse être donnée à l'externalisation des autorités chargées d'organiser la régulation de la concurrence¹⁴⁷. L'idée des « *checks and balances* » ne suppose pas une division radicale du gouvernement en trois branches, avec des fonctions spécifiques clairement réparties entre elles. Au contraire, l'accent est mis sur les rapports et interconnexions, ainsi que sur le maintien des conditions grâce auxquelles la tension entre ces branches reste maximale. Sous cet angle, la question importante est celle de savoir si les rapports entre chacun des trois pouvoirs constitutionnels, pendant l'exercice de leurs attributions, permettent une indépendance et interdépendance effectives¹⁴⁸. L'indépendance des autorités de concurrence apparaît alors assurée par une série d'instruments et procédures¹⁴⁹, mais qui varient dans chaque système juridique étudié.

Traditionnellement, le droit public s'est concentré sur les instruments permettant d'assurer l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif¹⁵⁰. Cependant, cette

dernières (Mark SEIDENFELD, « Bending the Rules : Flexible Regulation and Constraints on Agency Discretion », in *Admin. L. Rev.*, 1999, vol. 51, p. 429).

¹⁴⁶ Cette approche, comme l'explique le Professeur STRAUSS, a été élaborée à partir des discussions de la Cour suprême américaine dans des affaires tels que *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707, (1974); *Nixon v. Administrator of General Services* 433 U.S. 425, 443, (1977); et *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 127-31 (1976 -per curiam-). Peter STRAUSS, « The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch », *Colum. L. Rev.*, 1984, vol. 84, pp. 578.

¹⁴⁷ Martine LOMBARD, « Introduction générale », in Régulation économique et démocratie, *op.cit.*, p. 5.

¹⁴⁸ Peter STRAUSS, « The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch », *op. cit.*, pp. 578.

¹⁴⁹ Procédures et mécanismes institutionnels qui reflètent non seulement une « tension » entre les différentes branches du pouvoir, mais aussi une « concurrence » entre groupes d'intérêts publics et privés. Comme le souligne Martine LOMBARD, « il est en effet acquis que la démocratie ne se réduit pas au droit de vote et au processus électoral et qu'elle est d'abord liée à l'effectivité du pluralisme : pluralisme des partis, mais aussi pluralisme d'idées, des propositions, des sources d'information », Martine LOMBARD, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁰ Nombreuses études portent par exemple sur la capacité du président pour séparer les membres des autorités de concurrence de leurs fonctions (v. par exemple, Peter M. SHANE, « *Independent Policy Making and Presidential Power : A Constitutional Analysis* », *Geo. Wash. L. Rev.*, 1989, vol. 57, p. 596; - indiquant que le Président ne peut séparer les membres des agences de leurs fonctions que s'ils n'ont pas respecté la loi - ; Pour une vision opposée v. par exemple, Lawrence LESSIG et Cass R. SUNSTEIN, « The President and the Administration », *Colum. L. Rev.*, 1994, vol. 94, p. 1, pour qui la Cour Suprême n'aurait pas défini « *good cause* ». Dès lors, le Président continuerait à avoir un ample pouvoir discrétionnaire pour séparer les membres des agences de leurs fonctions). D'autres examinent la question de l'étendu des moyens présidentiels pour surveiller l'activité des autorités de régulation (*presidential oversight*). Les questions sur le caractère collégial ou non de l'autorité de concurrence « indépendante », en tant que garantie statutaire de son

approche « classique » de l'indépendance – axée plutôt sur les impératifs d'impartialité et d'expertise objective –, semble aujourd'hui insuffisante : premièrement, l'indépendance évoquée dans la présente étude apparaît comme une notion insaisissable. Elle a acquis un sens large qui renvoie à un degré de « décrochage » par rapport aux structures hiérarchiques de l'administration¹⁵¹. Il en résulte que l'indépendance des autorités de concurrence ne peut se définir de manière précise et incontestable mais peut uniquement se décrire par rapport à une série d'éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte. Deuxièmement, ces éléments extérieurs susceptibles de porter atteinte à l'indépendance ne proviennent pas exclusivement du pouvoir exécutif. Les limites à l'indépendance peuvent aussi dériver de l'action des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'action d'autres autorités « indépendantes » et des opérateurs économiques et groupes d'intérêts présents sur le marché. Troisièmement, une approche « classique » de l'indépendance ne semble pas satisfaire les nouvelles exigences du principe démocratique¹⁵².

Dès lors, il est nécessaire d'identifier d'autres composants de l'indépendance. Il est possible de regrouper ces composants sous l'expression « *equalizing factors* »¹⁵³. Ces facteurs d'indépendance comprennent autant des aspects organiques

indépendance vis-à-vis de l'exécutif, apparaît ensuite comme étant l'objet d'amples débats (v. le débat paraît aller jusqu'à essayer de déterminer l'intention des pères fédéralistes (*framers*). Pour certains, les *framers* considèrent que le caractère unitaire de l'administration permet de assurer une majeure coordination, *accountability*, et efficacité dans l'exécution des lois ; v. *The Federalist Papers*, n° 74, par. 447 (Alexander HAMILTON) ; V. aussi David SCHAKADE, « What Happened on Deliberation Day ? », *Calif. L. Rev.*, 2007, vol. 95, p. 915; Cass R. SUNSTEIN, « Deliberative Trouble? Why Groups go to Extremes », *Yale L. J.*, 2000, vol. 110, p. 74).

¹⁵¹ V. supra, p. 27.

¹⁵² Comme le souligne Jean Bernard AUBY pour le cas français, « ce n'est pas un hasard si, dans la théorie démocratique des systèmes semblables au nôtre, on se satisfait de moins en moins de l'idée selon laquelle les décisions sont prises par les élus et d'autres qu'ils contrôlent [...]. Substantiellement, le schéma représentatif fait pâle figure de ce qu'est la complexité actuelle de la loi, comme de cette sorte de concurrence des juges et de la loi que le contrôle de constitutionnalité instaure par essence. La démocratie est aujourd'hui, en tous les cas, est autant, sinon plus, constitutionnelle que législative, et son gardien est tout autant le juge constitutionnel que le législateur [...]. C'est surtout par son formalisme que le schéma [de démocratie représentative] pêche. Comme nous le révèlent toutes sortes de théories contemporaines, c'est du pluralisme aussi que dépend l'espérance démocratique. C'est de la pesée des forces, voire de leur concurrence, que naît ce que peut être notre façon de vivre en commun [...]. Comme nous l'enseigne Habermas, la démocratie est une affaire procédurale » ; Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 17 à 18. Procédures et rapports fonctionnels qui s'inscrit aussi dans cette nouvelle interprétation de la séparation des pouvoirs, sous l'idée des « *checks and balances* ».

¹⁵³ Par opposition aux « *traditional hallmarks of independence* ». L'expression « *equalizing factors* » comprend une série de mécanismes employés dans le design institutionnel des autorités indépendantes. Ces mécanismes incluent autant des aspects fonctionnels (tels que le partage des compétences avec d'autres

que fonctionnels. Les composantes de l'indépendance statutaire des autorités de concurrence apparaissent déterminées par un ensemble de garanties s'appliquant à l'occasion de l'investiture de leurs membres, lors de l'exercice de leurs fonctions et/ou après la terminaison de leur mandat (titre I). Les composantes de l'indépendance fonctionnelle des autorités de concurrence apparaissent déterminées par un ensemble de procédures et mécanismes déterminant l'étendue de leur liberté décisionnelle, au travers d'attributions et compétences (titre II).

autorités « indépendantes » et l'étendu des pouvoirs et attributions) que des garanties statutaires (tels que les ressources financiers et les restrictions aux membres des agences après avoir fini leur mandat). Ces facteurs semblent être plus avantageux par rapport aux mécanismes institutionnels conventionnels de l'indépendance : ils sont censés de permettre un équilibre plus important face au risque de capture du politique et des groupes d'intérêt, même dans des « *asymmetrical political conditions* ». Il s'agit de « *design features that have been largely ignored in the cases and legal literature on independent agencies, but that can be effective tools in the battle against capture and can help even the political playing field* ». Puisque ces mécanismes institutionnels peuvent aider aux autorités de concurrence, autorités chargées de protéger des intérêts généraux (tel que la libre concurrence économique, aux termes de l'article 333 de la Constitution colombienne) et groupes faibles (tels que les consommateurs ou les petites et moyennes entreprises) face aux pressions des « *one-sided interest groups* » ils peuvent être nommée « *equalizing factors* » ; v. Rachel E. BARKOW, « *Insulating Agencies : Avoiding Capture Through Institutional Design* », *Texas L. Rev.*, 2010, vol. 89, p. 15.

Titre I

L'INDEPENDANCE STATUTAIRE

La garantie statutaire de l'indépendance des autorités de concurrence est destinée à protéger la liberté des membres dans l'exercice de leurs fonctions. Comme nous l'avons évoqué, l'indépendance, dans son acception large, constitue une notion abstraite susceptible de qualifier divers degrés de liberté de fonction et de garanties statutaires accordées aux autorités administratives. En admettant que ces deux éléments soient indissociables, nous pourrions nous attendre à ce qu'un degré plus élevé de liberté de fonction soit accompagné de davantage de garanties statutaires. Dans son sens strict, l'indépendance statutaire comporte la suppression de tout lien hiérarchique, mais aussi de tutelle et de contrôle des ministres sur l'organe de régulation de la concurrence. Pour une partie de la doctrine française, l'indépendance, du point de vue de l'autorité administrative « indépendante », consiste précisément « en une émancipation de certains agents à l'égard des règles de subordination, garantie par un dispositif statutaire »¹⁵⁴. Les garanties du dispositif statutaire se reflètent concrètement dans l'architecture des autorités de concurrence dites « indépendantes ». Pourtant, il semble que différents éléments soient susceptibles d'assurer l'effectivité des garanties du dispositif statutaire, et qu'un choix s'impose en conséquence. Dès lors, par quels moyens mettre en place ce dispositif statutaire ?

Du point de vue du design institutionnel (*institutional design*)¹⁵⁵, la structure optimale d'une autorité de concurrence dépend, en large mesure, des missions qu'elle doit réaliser¹⁵⁶. La littérature juridique conventionnelle semble assimiler

¹⁵⁴ Stéphane MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, op. cit., p. 24 ; v. également, Gérard CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, Quadriga, PUF, 8^e éd. 2007.

¹⁵⁵ Une partie de la doctrine divise le processus décisionnel des autorités de régulation (*decision-making process*) en deux étapes : l'une de conception institutionnelle (*institutional design stage*) et l'autre de réalisation des politiques ou de prise de décisions au sens strict (*policy-making stage*). Voir par exemple, Matthew C. STEPHENSON, « Optimal Political Control of Bureaucracy », *Mich. L. Rev.*, octobre 2008, vol. 107, p. 66.

¹⁵⁶ Jacob GERSEN, « the optimal bureaucratic structure depends on the ends to be achieved », v. Jacob GERSEN, « Designing Agencies », in *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Daniel and Joseph O'CONNELL, University of California Berkeley, ed., 2010, pp. 333 à 347. « *The main aim creating*

l'indépendance à une caractéristique propre des autorités dont les membres ne peuvent être démis de leurs fonctions par l'exécutif sans juste cause (*good cause*)¹⁵⁷. Pourtant, d'autres mécanismes et procédures de design institutionnel peuvent aussi être nécessaires – et peut être même plus efficaces – pour la réalisation des missions confiées et pour éviter tout risque de capture par le politique et les groupes d'intérêts. Ceci semble être particulièrement vrai s'agissant des autorités qui, comme la SIC, sont chargées de protéger l'intérêt général et les intérêts des groupes faibles, tels que les consommateurs.

Parmi les mécanismes et procédures statutaires il est possible de citer la définition du statut des membres des autorités de concurrence « indépendantes », la durée et le renouvellement éventuel de leur mandat, une organisation interne adéquate à ses finalités et l'assignation des moyens humains, financiers et budgétaires nécessaires à leur bon fonctionnement. Ces garanties de l'indépendance statutaire sont censées assurer une liberté de fonctionnement, par le biais de l'émancipation efficace des membres de l'autorité de concurrence à l'égard de toute subordination hiérarchique, mais aussi de tutelle. Ces mécanismes institutionnels peuvent varier selon chaque autorité de concurrence puisqu'il n'existe pas en Colombie, comme il n'existe pas non plus en France ou aux Etats-Unis, un modèle de schéma institutionnel d'autorité de concurrence « indépendante ».

Certaines garanties statutaires accordées aux autorités française et américaine de la concurrence, leur permettant de disposer d'un plus grand degré de liberté décisionnelle, elles ne sont pas présentes dans le cas spécifique de l'autorité transversale colombienne. L'autorité de concurrence colombienne demeure « rattachée » au Ministère de l'industrie et du commerce. Il faut dès lors s'interroger

an independent agency is to immunize it, to some extent, from political pressure. But that, in turn, raises the question of why political pressure would be bad. After all, one person's political pressure is another person's democratic accountability».

¹⁵⁷ V. par exemple, Marshal J. BERGER et Gary J. EDLES, « Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies », *Admin. L. Rev.*, 2000, vol. 52, p. 1111 (« *the critical element of independence is the protection – conferred explicitly by statute or reasonably implied – against removal except “for cause”* »); Lisa SCHULTZ BRESSMAN et Robert B. THOMPSON, « The future of Agency Independence », *op.cit.*, p. 603. Mais l'isolement du président ne constitue pas la seule raison par laquelle le législateur vise créer des agences « indépendantes ».

sur la possibilité d'avancer vers son externalisation¹⁵⁸. Cette démarche impose alors l'adoption d'une analyse en deux temps distincts mais néanmoins complémentaires : il s'agit d'identifier, dans un premier temps, s'il est possible de construire l'indépendance statutaire de l'autorité colombienne (chapitre 1) et, dans un second temps, quelles seraient les garanties statutaires lui permettant de réaliser sa mission d'organisation de la régulation de la concurrence (chapitre 2).

¹⁵⁸ Pour Hubert DELZANGES, l'externalisation se distingue de la décentralisation puisqu'elle n'implique pas l'appartenance à la hiérarchie administrative traditionnelle. Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, Thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 40. Dans son sens classique, c'est-à-dire, celui employé dans le jargon des affaires, le mot externalisation désigne une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle activités ordinairement intégrées dans une même entreprise, ce qui permettrait à l'opérateur économique en question de profiter du maximum des ressources extérieures du marché. Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^e éd. 2007, cité par Hubert DELZANGLES, *ibid.*, p. 37 ; v. infra, p. 70 et s.

Chapitre 1

LA CONSTRUCTION DE L'INDEPENDANCE STATUTAIRE

Il s'agit tout d'abord d'appréhender l'état du droit positif pour montrer quelle est la place de l'indépendance dans la configuration statutaire des autorités de concurrence. Une manière d'aborder ce point s'agissant des autorités colombiennes de la concurrence est de les comparer avec leurs homologues étrangères. Une fois déterminé leur degré d'indépendance statutaire, il s'agit ensuite d'essayer de regarder la manière selon laquelle cette indépendance statutaire est mise en place par le Politique colombien. Est-il possible de progresser dans la voie d'une plus grande indépendance statutaire des autorités de concurrence en droit colombien ? Toute démarche visant à déterminer le degré d'indépendance statutaire des autorités de concurrence impose qu'on identifie d'abord le caractère des organes chargés de la régulation de concurrence (section 1), avant de dégager les dispositifs statutaires qui conditionnent leur architecture (section 2).

Section 1

L'IDENTIFICATION DES ORGANES DE CONCURRENCE

Une première caractéristique permettant d'identifier les autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie tient à leur caractère spécialisé. A cet égard, plusieurs dispositions législatives et réglementaires se réfèrent aux commissions et superintendances chargées de la régulation de la concurrence comme des organes techniques ou composés de spécialistes. A titre d'exemple, l'article 1 du décret 1253 de 1992 se réfère à l'autorité transversale de concurrence, la SIC, comme un « organe à caractère technique »¹⁵⁹. En outre, les autorités participant à la régulation de la concurrence en Colombie sont des organes « rattachés » à un ministère et disposent d'un certain degré d'autonomie. Tel est aussi le cas de la SIC, organe « rattaché » au ministère du commerce, de l'industrie et du

¹⁵⁹ Décret 2153 du 30 décembre 1992, article 1.

tourisme, qui dispose d'une autonomie administrative, financière et budgétaire¹⁶⁰. Dans les textes législatifs et réglementaires, ces deux éléments d'identification des autorités de concurrence permettraient d'affirmer qu'il s'agit d'organes spécialisés de l'administration centrale. C'est précisément cette qualification que nous interrogerons ici : s'agit-il vraiment d'organes spécialisés en matière de concurrence ?

De même, si les autorités de concurrence colombiennes sont des structures « rattachées » à un ministère par un lien de tutelle, elles ne jouissent pas, contrairement à leurs homologues français et américains, d'une indépendance statutaire. On constate alors l'absence d'externalisation de la fonction de régulation dans des organes statutairement « indépendants » de l'exécutif. Par comparaison, en France comme aux Etats-Unis, les autorités de concurrence possèdent une indépendance statutaire garantie par la suppression du lien hiérarchique, mais aussi de celui de tutelle et de contrôle de la part des ministres. Il est dès lors permis de se demander quelles sont les raisons présidant au maintien du lien de tutelle pour les autorités de concurrence colombiennes. Si l'on admet que l'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence conditionne le processus de construction de l'indépendance des autorités administratives de concurrence, nous devons ensuite nous demander, d'un point de vue prospectif, comment avancer vers la construction de l'indépendance statutaire des autorités qui y participent, en droit colombien. A partir d'un examen du caractère spécialisé des organes de concurrence (1), nous essaierons d'avancer, grâce à l'aide de l'idée d'externalisation, vers la construction d'une indépendance statutaire effective de ces organes en droit colombien (2).

§ 1. LA SPECIALISATION ORGANIQUE DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Un premier facteur pouvant servir à justifier l'indépendance de l'autorité de concurrence colombienne est le souci de garantir un certain degré de liberté décisionnelle de cet « organe spécialisé ». D'un point de vue législatif, la *Superintendencia de industria y comercio* (SIC), autorité transversale de la

¹⁶⁰ Décret 2153 du 30 décembre 1992, article 1.

concurrence, consiste en un « organisme à caractère technique »¹⁶¹. D'un point de vue prétorien, la SIC consiste en un organisme de nature administrative et spécialisée¹⁶². Le confort procuré par cette qualification juridique n'écarte pas toutefois toute tentation de l'interroger. En effet, la confrontation de l'autorité colombienne avec les autorités française et américaine de la concurrence permet précisément d'engager une réflexion de ce type à l'égard du cas colombien. En quoi consiste le processus de spécialisation organique réalisé en Colombie en matière de concurrence ? S'agit-il vraiment d'une spécialisation organique ? Quel est le degré de spécialisation organique de l'autorité colombienne ? A la suite de ce questionnement vient l'idée selon laquelle la mise en place d'organes composés de spécialistes dans la sphère de la régulation de la concurrence a été réalisée en Colombie pour assurer une intervention « efficace » de l'Etat dans l'économie¹⁶³. Il semble exister une sorte de postulat implicite selon lequel la fonction de régulation de la concurrence aurait vocation à être assurée par des organes administratifs composés de spécialistes. Un tel postulat mérite également d'être explicité et interrogé dans ce paragraphe.

Tout d'abord, la notion de spécialisation organique doit être clarifiée. Par spécialisation organique, on peut entendre tantôt une compétence objective pour connaître de matières qui proviennent d'un même genre ou ordre de choses, tantôt l'action de mettre en place un organe ou corps d'experts pour connaître de matières généralement techniques¹⁶⁴. Ces différentes significations ne sont pourtant pas contradictoires : elles sont en réalité liées et renvoient l'une à l'autre en formant une configuration complexe¹⁶⁵. Nous utiliserons le terme spécialisation organique pour

¹⁶¹ Décret 2153 du 30 décembre 1992, article 1.

¹⁶² Cour constitutionnelle, auto 275 du 4 octobre 2006, point 5. Dans ce sens, et à propos des commissions de régulation, v. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n° 6637 du 14 mars 2002, « *las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa* ».

¹⁶³ Voir par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-692 de 5 septembre 2007. Voir dans ce sens, s'agissant du cas espagnol, l'exposé de motifs de la loi 13/1994 d'autonomie de la Banque d'Espagne, ou de la loi 12/1997 sur la libéralisation des télécommunications.

¹⁶⁴ A cet égard, tout processus de spécialisation organique comporterait « une spécialisation fonctionnelle », dans la mesure où le facteur qui expliquerait sa création serait l'attribution de compétences techniques à l'organe spécialisé (dans des matières relevant d'un même genre ou ordre de choses).

¹⁶⁵ La spécialisation organique comme compétence objective (premier sens du terme) serait l'effet direct de la spécialisation organique comme action de créer un organe spécialisé (deuxième sens du terme). Le rapport causal entre ces deux acceptions trouve ses racines dans la définition en espagnol du terme « spécialisation ». Entendu à la fois comme « *l'action et comme l'effet de limiter à un usage*

désigner l'action de mettre en place un organe ou corps d'experts dans les domaines économique, concurrentiel et juridique, lui conférant une compétence objective pour connaître d'une discipline portant sur les règles et sur le fonctionnement de la concurrence. La création d'un tel organe en Colombie a été menée par le Congrès, autorité compétente en vertu de la Constitution de 1991¹⁶⁶. Après avoir déterminé la manière dont la construction de la spécialisation organique a été réalisée par le législateur colombien (A), on essaiera d'évaluer la portée de la spécialisation organique de l'autorité de concurrence colombienne (B).

A- LA CONSTRUCTION DE LA SPECIALISATION ORGANIQUE

La spécialisation organique opérée en matière de concurrence en Colombie est vue aujourd'hui comme l'aboutissement d'une démarche « politique » visant à rationaliser les mécanismes d'intervention publique dans l'ordre économique¹⁶⁷. Ainsi entendue, la construction de la spécialisation organique paraît obéir au besoin de traiter certaines problématiques et défaillances du marché. Même si les problématiques économiques concrètes visées par les pouvoirs publics colombiens diffèrent de celles expérimentées en France et aux Etats-Unis – car elles se sont matérialisées dans des circonstances et des périodes différentes¹⁶⁸ –, le choix de la spécialisation organique n'est pas propre à l'autorité colombienne.

ou à une fin déterminés », *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 22ème édition, Madrid : Espasa Calpe S. A., 2001.

¹⁶⁶ Constitution colombienne de 1991, alinéa 7, article 150. Conformément à cette disposition, le Congrès est l'organe compétent pour déterminer la structure de l'administration nationale et créer, fusionner ou supprimer ministères, départements administratifs, superintendances, établissements publics et d'autres entités de l'ordre national, ainsi que pour indiquer ses objectifs et sa structure organique. De même, l'article 211 de la Constitution attribue compétence à la loi pour déterminer les fonctions que le président de la République peut déléguer aux ministres, directeurs de départements administratifs, représentants légaux des entités décentralisées, superintendants, gouverneurs, maires et agents de l'Etat, que la même loi détermine. Cette compétence du Congrès peut néanmoins, sous des conditions de temporalité et de précision, être déléguée à l'exécutif ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-199 du 21 février 2001.

¹⁶⁷ Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003.

¹⁶⁸ Tandis qu'aux Etats-Unis le principal problème visé par les pouvoirs publics était celui des effets anticoncurrentiels du mouvement des « consolidations » à travers des fusions d'entreprises, dans le cas français, la logique de la spécialisation organique en matière de concurrence aurait commencé à se construire pour faire face au contexte économique d'après-guerre, mais ne se serait consolidée que lors du mouvement de dérégulation promu au niveau communautaire dans les années quatre-vingt-dix. Voir par exemple pour le cas américain, Phillip E. AREEDA et Herbert HOVENKAMP, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, *op.cit.*, vol. I, chapitre 3, p. 10; Pour

Il ne suffit pourtant pas de constater que le législateur a fait le choix de déléguer le traitement de ces problématiques économiques à des organes composés de spécialistes pour qu'on puisse identifier les autorités de concurrence comme étant des autorités administratives spécialisées. La spécialisation organique n'exprime qu'une des possibilités à la disposition du législateur pour déterminer le cadre institutionnel dans lequel l'activité de régulation en concurrence va prendre place. Les premières questions apparues en matière de concurrence furent précisément traitées par le législateur de chacun de ces trois pays à travers la mise en place d'actions civiles ou pénales et non pas par une délégation à un organe administratif composé d'experts dans ce domaine¹⁶⁹. Ce n'est qu'en raison de l'insuffisance de ces mécanismes d'intervention dits « classiques »¹⁷⁰, qu'il a semblé opportun au législateur de recourir à des dispositifs plus adaptés au traitement de ces questions. Il est dès lors permis de se demander comment le besoin du législateur colombien d'avoir recours à des nouvelles formes d'intervention publique s'est traduit par le choix d'administrer la régulation de la concurrence à travers des organes spécialisés. Avant de tenter d'identifier la manière selon laquelle le choix de la spécialisation organique fut réalisé en Colombie (2), on s'efforcera dans un premier temps de déterminer pourquoi le législateur y a eu recours (1).

le cas français, Jean-Jacques MENEURET, *Le Contentieux du Conseil de la Concurrence*, op. cit., p. 22.

¹⁶⁹ Tel que le *Sherman Act* américain de 1890, dont l'application a été confiée au Département de la justice (DOJ) et aux tribunaux fédéraux (15 USCA §§ 1-7), ou l'article 419 du code pénal français interdisant les ententes entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée visant à ne pas la vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix (Code pénal de 1810, Chapitre premier, Crimes et délits contre les personnes, Section ii – banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraude, §V – *Violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts*. Ce chapitre a été décrété le 17 février 1810, et promulgué le 27 du même mois).

¹⁷⁰ Soit en fonction de la haute technicité et de la difficulté à appréhender les problématiques économiques visées, soit à cause de l'apparition de « nouvelles » problématiques économiques, soit parfois en raison de l'effort de certains opérateurs économiques pour « échapper » aux interdictions contenues dans les premières lois en matière de concurrence. Marc WINERMAN, « *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition* », *A.L.J.*, 2003, vol. 71, p. 6. A titre d'exemple, malgré l'efficacité du *Sherman Act* en matière de cartels, les opérateurs économiques américains qui hésitaient à faire partie d'un cartel ont été conduits à opter pour les fusions comme forme de « consolidation ». D'abord, les Etats fédérés se déclaraient incompétents pour connaître des expansions corporatives multiétatiques. Ensuite, les fusions entre entreprises impliquaient l'exercice du droit de propriété et notamment du droit du propriétaire à disposer librement de ses biens. Enfin, aucun cas de fusion n'était arrivé à la Cour suprême avant 1895, année où la première affaire de ce type lui a été soumise, *E.C. Knight, United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

1. Les fondements de la délégation de la régulation de la concurrence à un organe administratif spécialisé

Pendant la deuxième moitié du XX^e siècle la Colombie a enregistré une croissance économique et industrielle importante qui a motivé des changements dans la régulation et dans la gestion des politiques publiques. Les problématiques économiques et concurrentielles déclenchées par l'accroissement de la taille du marché national et par l'intensification du processus industriel ont suscité l'intervention de l'Etat pour garantir tant les intérêts des consommateurs que ceux des producteurs. La fonction de régulation en matière économique, dont la coordination générale fut confiée à l'exécutif par la Constitution en vigueur à l'époque¹⁷¹, a été initialement répartie dans différents ministères et instituts¹⁷². Cette « atomisation » de la fonction de régulation entraînait parfois des incongruités et dualités, notamment en matière de fixation des prix et des tarifs de services publics¹⁷³. Afin d'échapper à ces déficiences dans la régulation, le gouvernement colombien, en vertu des pouvoirs extraordinaires conférés par la loi 19 du 25 novembre 1958, décida de concentrer cette activité dans un seul organe : la *Superintendencia de regulación económica* (SRE). Cet organisme administratif, composé d'experts dans le domaine économique, a été chargé à l'origine d'étudier et d'approuver les tarifs des services publics, tels que l'électricité et l'assainissement des eaux, ainsi que des spectacles publics, cinémas et hôtels. De même, il devait intervenir dans les analyses des coûts et réguler les prix des biens de première nécessité qui étaient sous le contrôle de l'exécutif. Du point de vue strictement fonctionnel, il s'agissait d'un organe de « support »¹⁷⁴ du

¹⁷¹ Activité de coordination qui devait se faire selon les directives tracées par la loi, Constitution de 1886, article 120.

¹⁷² Tels que les ministères du développement économique, des travaux publics, des mines et de l'énergie et l'institut pour le profit des eaux et le développement énergétique (*Instituto de aprovechamiento de aguas y fomento eléctrico*).

¹⁷³ Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *Intervencionismo de estado y economía en Colombia*, Bogota : éd. Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 117.

¹⁷⁴ Rattachée à l'ancien *Ministerio de fomento*, la SRE était un organisme de « support ». Ses principales attributions consistaient en effet en l'appui technique, au contrôle et à l'exécution des programmes et des politiques publics développés par l'administration générale en matière de régulation économique. Ces politiques et programmes étaient définis par le *Ministerio de fomento*, en vertu des compétences attribuées directement par la loi ou déléguées par le président. D'un point de vue fonctionnel, les organismes de « support » ont comme mission de conseiller, de conduire des recherches sur les nouvelles tendances des secteurs économiques concernés, de déterminer des politiques et plans, de réaliser des études et d'assister l'organe administratif chargé de prendre les décisions. Voir par exemple, loi TIC de 2009, article 26, à propos des fonctions de support de la nouvelle Agence nationale du spectre.

gouvernement dans l'accomplissement de sa fonction de régulation de l'économie nationale.

L'intervention de l'Etat dans la fixation des prix et des tarifs de certains produits et services a été rapidement accompagnée des dispositions légales en matière de concurrence. Ces dispositions comprenaient, d'une part, des interdictions de certains comportements ponctuels des opérateurs économiques, telle que la prohibition d'ententes pour limiter la production des matières premières et, d'autre part, une interdiction générale de « *toute forme de pratiques, procédures ou systèmes tendant à limiter la libre concurrence et à maintenir ou déterminer des prix abusifs* »¹⁷⁵. Mais, contrairement à ce qui était l'habitude du législateur colombien, c'est-à-dire, la mise en place d'actions civiles ou pénales comme seuls moyens de régulation des rapports entre acteurs économiques, l'application de ces dispositions fut attribuée à la *Superintendencia de regulación económica*¹⁷⁶. Un tel changement dans les orientations fondamentales de l'administration de la régulation de la concurrence comporte des motivations et des conséquences qu'il nous revient d'identifier.

La décision du législateur d'administrer la régulation de la concurrence à travers un organe administratif spécialisé s'explique, dans une première approche, par la nature hautement complexe et imprévisible des problématiques concurrentielles. Conformément à cette première approche, les règles et doctrines sur le fonctionnement de l'économie sont les éléments pertinents pour déterminer si certains comportements des opérateurs économiques sont contraires au libre jeu de la concurrence¹⁷⁷. Dans ce cas, c'est l'expertise des membres des organes administratifs

¹⁷⁵ Loi 155 du 24 décembre 1959, article 1.

¹⁷⁶ Cette compétence avait été placée originairement sous la coordination de la direction exécutive de l'ancien *Ministerio de fomento*, auquel la SRE était organiquement rattachée. Le directeur exécutif du ministère exerçait cette fonction en coordination avec les experts du Conseil de politique économique et sociale (CONPES) et, pour certaines entreprises, avec les superintendances bancaire, des coopératives et des sociétés. Par la suite, la loi 21 de 1963 autorisa le gouvernement à regrouper cette compétence dans la SRE.

¹⁷⁷ Lors de la création de la première autorité de concurrence, la *Federal Trade Commission* (FTC) américaine de 1914, les parlementaires de l'époque entendaient résoudre ce qui était vu comme une difficulté à appréhender les problématiques concurrentielles ; American Bar Association, Section of Antitrust Law, *The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: The Role of Section 5 of the FTC Act in Antitrust*, Monographie, vol. 1, Washington D.C., 1981, p. 13 ; Tel que l'examen de l'histoire législative de la FTC le suggère, l'intérêt du législateur fédéral pour trouver un mécanisme permettant d'anticiper certains comportements des opérateurs économiques s'est accentué à partir de la « règle

spécialisés qui est souvent évoquée pour justifier la délégation à ces organes des décisions concernant la réglementation, l'exécution des politiques et la sanction des infractions en matière de concurrence¹⁷⁸. Toutefois, et malgré le rôle que l'on peut accorder aujourd'hui à l'expertise des membres des autorités de concurrence, un tel argument ne suffit pas pour expliquer le choix du législateur colombien d'attribuer l'application des dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives à l'ancienne SRE. Ne serait-il pas concevable que le personnel du Congrès (ou de ses commissions) traite de questions complexes et techniques avec la même efficacité, voire plus efficacement, que des organes administratifs spécialisés indépendants ou non de l'exécutif ?

Le choix du législateur colombien d'administrer la régulation de la concurrence à travers un organe administratif spécialisé exprime précisément, dans une deuxième approche, son intention d'échapper à certains coûts de la régulation¹⁷⁹, y compris des coûts politiques¹⁸⁰. La délégation faite par le législateur de la régulation en matière de concurrence à un organe spécialisé comporterait un « changement dans le modèle de responsabilité »¹⁸¹. Ce changement est censé

de raison » contenue dans l'affaire de la Cour suprême *Standard Oil* de 1911 : « si le *Sherman Act* n'interdit pas toutes les restrictions au commerce, mais seulement celles considérées comme déraisonnables, une solution devait être envisagée afin que les opérateurs puissent les connaître par avance ». *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), points 51 à 52 et 60.

¹⁷⁸ American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monographie, *op. cit.*, p. 13; Voir également, Reuel E. SCHILLER, « The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law », *Mich. L. Rev.*, décembre 2007, vol. 106, p. 409 à 410.

¹⁷⁹ A supposer que les conseillers des parlementaires ou que les membres des commissions du Congrès n'aient pas les informations suffisantes pour administrer l'activité de régulation directement et que l'organe spécialisé ait été doté des moyens d'enquête, d'alerte et d'analyse lui permettant de recueillir ces informations (à un moindre coût).

¹⁸⁰ Ce qui vaudrait surtout pour les parlementaires qui cherchaient le renouvellement de leur mandat. Les interdictions contenues dans la loi 155 de 1959 comportaient une restriction à la liberté d'entreprendre et au droit du propriétaire à disposer librement de ses biens. Il est possible de croire que certains parlementaires de l'époque se soient demandés quel est le coût politique de ces interdictions en matière de concurrence.

¹⁸¹ Selon Morris FIORINA, l'hypothèse du transfert de responsabilité par la délégation suit quatre présupposés : premièrement, que l'effet ultime de la régulation est celui de la répartition des coûts et des bénéfices parmi les différents groupes sociaux ; deuxièmement, que les parlementaires qui cherchent le renouvellement de leur mandat cherchent à maximiser le bénéfice que leur circonscription électorale est susceptible de retirer de la régulation dont ils sont responsables ; troisièmement, que la délégation à un organe administratif ou judiciaire « dilue » les coûts et les bénéfices de la régulation que les électeurs attribuent à l'activité législative ; quatrièmement, que la délégation ne comporte pas un changement dans la politique adoptée, c'est-à-dire, que l'organe spécialisé choisit précisément la politique de régulation que le Congrès vise. Morris P. FIORINA, *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority*, California Institute of Technology,

permettre au législateur, au moins sur un plan intellectuel, de bénéficier de l'activité de l'organe spécialisé, tout en lui transférant les coûts que l'activité de régulation déléguée pourrait entraîner. Pourtant, dans la pratique, lorsque le législateur attribue la fonction de régulation de la concurrence à un organe spécialisé (à supposer qu'il entende échapper aux coûts de cette régulation), il peut se trouver face à un autre problème : l'entité administrative spécialisée pourrait s'écarter de la politique tracée par le législateur. Sur le plan organique, ce schéma s'inscrit dans un rapport « principal-agent », conformément à l'analyse du droit administratif proposée par la théorie économique¹⁸². Mais, même si nous admettons que le législateur colombien ait voulu échapper aux coûts que cette régulation comporte et que l'activité de la SRE (agent) reflète la politique voulue par le Congrès colombien (principal), ce deuxième argument n'explique que partiellement le choix du législateur. Pourquoi le Congrès colombien de l'époque n'a-t-il pas par exemple attribué la fonction de régulation des pratiques commerciales restrictives aux juridictions?

La référence aux complexités liées à l'application des actions civiles ou pénales, notamment par rapport aux délais et au formalisme des procédures judiciaires¹⁸³, dans une troisième approche, sert à justifier le recours à un organe

Pasadena, California: Mimeo, 1982, p. 1 à 29; Morris P. FIORINA, « Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process? », *Public choice*, septembre 1982, vol. 39, p. 33-66.

¹⁸² Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », in *Régulation économique et démocratie, op.cit.*, p. 17 ; Le nouveau problème rencontré par le législateur s'exprime par un conflit entre les objectifs et aspirations des administrateurs experts et les préférences du Congrès. Ce conflit d'intérêts entre le principal (législateur) et son agent (autorité administrative spécialisée) peut résulter soit des asymétries des informations entre le principal et son agent, soit des déficiences dans la conception et le fonctionnement de l'autorité de concurrence, soit des deux. Mathew MCCUBBINS et Thomas SCHWARTZ, « Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms », *Am.J.P.S.*, février 1984, vol. 28, p. 165-179. Même si les administrateurs poursuivent le but du Congrès, les dynamiques du processus décisionnel de l'agent, organe de régulation, peuvent dans la pratique conduire ces administrateurs à choisir des points qui ne sont pas en ligne avec les intérêts du Congrès. Thomas HAMMOND and Gary MILLER, *A Social Choice Perspective on Expertise and Authority in Bureaucracy*. Chicago: Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, 1983, in Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *Am. J. P. S.*, novembre 1985, vol. 29, n° 4, p. 724.

¹⁸³ Cet argument a été souvent évoqué lors des débats parlementaires qui ont précédé la création de l'autorité de concurrence américaine en 1914. Une discussion plus générale sur les insuffisances et inadéquations de la procédure judiciaire pour réguler le comportement des opérateurs économiques, ainsi que les atouts d'une solution administrative, avait été formulée dans un article publié en 1912, Knox SMITH, *Annals of the American Academy of Political and Social Science, Corporate regulation - An Administrative Office*, 1912, 42 *Annals*, *Am. Acad. of Pol. & Soc. Sci.*, p. 284. Selon cet auteur, les tribunaux n'agiraient d'abord que pour résoudre des cas particuliers. Ils ne se livreraient en effet

administratif spécialisé. Cet argument s'exprime souvent sous la forme d'un postulat sur la capacité des procédures administratives à résoudre, d'une manière plus rapide et flexible que les procédures judiciaires, les problématiques économiques et concurrentielles. A l'origine, un tel argument est apparu comme un contrepoids aux préoccupations que l'adoption d'une prohibition générale en matière de concurrence suscitait aux Etats-Unis¹⁸⁴. Lors des débats parlementaires qui ont précédé la création de l'autorité de concurrence américaine, la capacité intrinsèque de la procédure administrative à agir de manière prompte et flexible a été souvent évoquée¹⁸⁵. Le Congrès américain disposait en outre d'un référent organique spécialisé dans l'*Interstate Commerce Commission (ICC)*¹⁸⁶. Malgré cela, il faut noter que l'idée de la supériorité de la procédure administrative ne s'est pas manifestée de manière

qu'à l'adjudication au cas par cas plutôt que de se confronter à une problématique générale. Ensuite, ils seraient l'objet d'une procédure hautement complexe, ce qui retarderait la résolution des affaires. Enfin, l'expertise des juges serait confinée à l'application des principes légaux et non économiques ou financiers. Mais la complexité dans l'application du *Sherman Act* serait en partie due à l'ambiguïté de ses dispositions. Voir à titre d'exemple, *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904). Cette affaire témoigne en effet non seulement de la complexité de l'application judiciaire des règles *antitrust* fédérales, mais aussi des opinions significativement divergentes sur ce qui constitue la portée du *Sherman Act* au sein de la Cour suprême de l'époque. S'agissant du cas français, il a été souligné que, lors de la création de la Commission technique d'ententes, l'application de l'article 419 du code pénal de 1810 demeurait peu efficace dans la mesure, notamment, où les magistrats étaient mal armés pour appréhender des situations de plus en plus complexes et où ils se heurtaient à un mouvement économique favorable aux fusions et aux concentrations. Véronique SELINSKY, *L'entente prohibée, à travers l'avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes* (décret du 9 août 1953, ord. du 28 septembre 1967, loi du 19 juillet 1977), Thèse, Paris : Librairies Techniques, 1979 p. 5.

¹⁸⁴ L'existence d'interdictions ponctuelles dans le *Clayton Act* américain de 1914 interdisant notamment les comportements abusifs des entreprises qui entravent le libre exercice de la concurrence sur un marché, illustre un penchant favorable de la majorité politique de l'époque pour des lois contenant une liste exhaustive et définie des comportements contraires *per se* à la libre concurrence. Toutefois, ce choix ne se traduisait pas dans un rejet de l'alternative consistant en un texte législatif « cadre ». Le fait que les deux mécanismes coexistent aujourd'hui dévoile une sorte de consensus au sein du politique. Le choix d'une disposition « cadre » s'est manifesté sous la forme d'une interdiction générale contenue dans la section 5 du *FTC Act* (15 U.S.C. §§ 41-58, modifié). Pour une partie de la doctrine américaine, le consensus au sein du politique n'aurait été possible que par la détermination du choix d'une structure spécialisée non judiciaire : la FTC. American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monographie, vol. 1, *op. cit.*, p. 20. Les proposants d'une commission fédérale croyaient d'ailleurs en la capacité d'un tel organe à définir le contenu de cette disposition générale et à l'appliquer correctement, Rapport du Sénateur CUMMINS, 51 Cong. Rec. 13849, 1914.

¹⁸⁵ Voir par exemple, 51 Cong. Rec. 1226, 1914.

¹⁸⁶ Commission créée par la loi de commerce interétatique de 1887. Le succès dans la régulation des chemins de fers et l'efficacité des procédures administratives mises en place afin de réguler et encadrer les tarifs du secteur, seraient difficilement passés inaperçus pour le législateur américain lors de la création de l'autorité de la concurrence américaine. Voir sur le sujet de la création de l'ICC, James LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven : Yale University Press, 1938; Gabriel KOLKO, *Railroads and Régulation: 1877-1916*. Princeton : Princeton University Press, 1965 ;

explicite en Colombie¹⁸⁷. Toutefois, cela ne signifie pas que cette conception ait été moins présente dans ce système. Les enseignements de l'histoire législative de la création de la SRE révèlent l'intention du politique de mettre en place des entités administratives spécialisées pour permettre à l'administration centrale de remplir efficacement ses missions de direction et de coordination de la régulation de l'économie nationale¹⁸⁸. Les avantages de rapidité et de flexibilité attribués à la procédure administrative apportent de surcroît une explication de l'absence, dans l'histoire législative de la SRE, d'indications sur un transfert potentiel au juge de l'application des dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives.

Il reste que la question de l'existence d'un référent organique spécialisé en matière de concurrence en Colombie est aussi moins évidente que dans le système américain. Lors de la création de la SRE, il existait déjà quelques superintendances¹⁸⁹. Toutefois, le rôle de ces superintendances dans le processus de création de la SRE n'est pas aisé à déterminer. Afin de connaître l'intention de la majorité politique de

Stephen SKOWRENEK, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge : Cambridge University Press, 1982.

¹⁸⁷ L'application des dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives par un organe administratif n'a pas du se faire une place très tôt en Colombie pour deux raisons possibles. Premièrement, en Colombie la coordination générale de la régulation de l'économie fut attribuée à l'exécutif par la précédente Constitution de 1886. Dans le cas américain, en revanche, le rôle de l'exécutif était moins évident lors de la création de la FTC en 1914. Le législateur américain, par la *Commerce Clause*, était de surcroît appelé à réguler le commerce interétatique (Constitution américaine, article 1, section 8, clause 3). Deuxièmement, l'administration de la régulation de la concurrence a toujours appartenu, aux États-Unis, au juge fédéral (ceci s'expliquerait par la différence entre le rôle du juge des systèmes de la *Common law* et celui du juge des systèmes de tradition civiliste ; mais aujourd'hui cette différence semble moins évidente, voire parfois contestée. Pour une présentation générale de cette question voir, H. ZWIGERT et H. KOTZ, *An introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3^e ed., Oxford: Clarendon Press, 1998 ; Louis VOGEL (dir.) *Droit Global Law. Unifier le droit : Le rêve impossible ?* Paris : éd. Panthéon-Assas, 2001). Aux États-Unis, l'administration de la régulation de la concurrence est aujourd'hui partagée entre les autorités de concurrence (générale et sectorielles) et le juge fédéral. Cependant, cela se fait toujours « *autour du contrôle* » de ce dernier (Laurence IDOT, « A propos du « paquet transaction » présenté par la Commission », *Europe*, Janvier 2008, *Focus*, p. 2.); v. également, Paul NIHOUL, « Concurrence et respect du droit ? Pour une nouvelle articulation entre l'analyse juridique, le calcul rationnel et l'intérêt individuel ». *Ethique publique*, 1999, n°2, pp. 91-105.

¹⁸⁸ Jaime VIDAL-PERDOMO, « Reforma administrativa de 1968, antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias », *Universitas*, décembre 2004, n°. 108, p. 323.

¹⁸⁹ Comme la Superintendance bancaire (créée par la loi 45 de 1923 sur les établissements bancaires, rattachée au Ministère des finances. En 2005 la *Superintendencia bancaria* et la *Superintendencia de valores* ont fusionné sous l'impulsion du gouvernement dans une nouvelle Superintendance financière. Article 1 du décret 4327 du 25 novembre 2005 -adopté en vertu des pouvoirs extraordinaires attribués par la loi 790 de 2002), ou la Superintendance des sociétés (créée par la loi 58 de 1931 sous le nom de « Superintendencia de sociedades anónimas », et rattachée au Ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme).

l'époque, nous devons faire référence au rapport de la mission économique de la Banque mondiale, le rapport *Lauchlin Currie*, publié en 1952. Pour les auteurs du rapport, la qualité de l'intervention présidentielle en matière économique est fortement liée à la qualité des contributions et des conseils donnés par les différents organes qui composent l'exécutif. Le rapport propose d'abord la création du *Departamento de planeación nacional*, ainsi que des réformes ponctuelles visant notamment à améliorer l'efficacité technique des ministères et organismes de l'administration centrale¹⁹⁰. Ces recommandations ont ensuite été développées par la loi 19 de 1958, qui a fixé la portée de cette réforme, introduit des organismes, tels que le *Departamento administrativo del servicio civil*, et aménagé d'autres organismes déjà en place afin qu'ils puissent la préparer. D'après ces documents, l'intention du législateur semblait être autre que celle de voir proliférer des superintendances. Nous avons pourtant deux raisons de penser à une influence, même si elle est relative, des superintendances préexistant à la SRE : premièrement, quant à leur organisation, tant les superintendances déjà en place que la SRE sont composées d'experts dans leurs domaines d'activités respectifs ; deuxièmement, en ce qui concerne leurs missions, ces structures ont été conçues comme ayant une même mission technique de « support » à des organismes de l'exécutif, notamment au ministère auquel elles ont été rattachées. La similitude originare entre la composition et les missions de ces entités et celles des superintendances déjà en place à l'époque, permet de concevoir que le législateur colombien comptait avec des référents organiques spécialisés. Si bien que ce n'est pas le fait du hasard si ces structures ont emprunté la même catégorie juridique.

Il est encore bien d'autres considérations qui justifient le recours à des organes spécialisés en Colombie. La loi 19 de 1958 contient par exemple quatre objectifs généraux qui semblent apporter des explications complémentaires au choix du législateur d'administrer la régulation de la concurrence à travers un organe

¹⁹⁰ Ce rapport est venu compléter les recommandations formulées par le rapport de la première Mission économique de la Banque Mondiale. Le travail de la mission dirigée par *Lauchlin Currie* contient un diagnostic exhaustif de l'économie colombienne et de ses différents secteurs productifs, afin de tracer un programme d'investissements annuels pendant 5 ans, plus ou moins équivalent au PIB colombien de 1950. Quant à son contenu, il se concentre sur l'organisation de l'exécutif et des ministères ayant des implications importantes et plus directes pour l'économie nationale. *Lauchlin CURRIE, Reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia*, Bogotá: Imprenta Nacional, 1952.

administratif composé de spécialistes. Pour certains auteurs, ces objectifs expriment l'intérêt du législateur colombien de rationaliser la performance de l'administration centrale¹⁹¹. Dans ce sens, un premier objectif consiste à assurer la coordination et la continuité d'une action publique conforme aux plans nationaux de développement économique. L'adoption d'un organe spécialisé pourrait ensuite contribuer, aux termes de la loi 19 de 1958, à la réalisation d'un deuxième objectif de « *stabilité et préparation technique des fonctionnaires et employés de l'administration centrale* »¹⁹². La simplification et l'économie des procédures et démarches constitue un troisième objectif de la loi. Pour le législateur de l'époque, il semblait nécessaire tant d'éviter la duplication des travaux et les fonctions parallèles, que de promouvoir un exercice adéquat du contrôle administratif. Ce qui peut expliquer la décision des pouvoirs publics colombiens de regrouper l'activité de régulation de la concurrence dans un seul organe, la SRE. Enfin, la loi 19 de 1958 visait à une organisation rationnelle des services publics.

La *Superintendencia de regulación económica* ne fut qu'une première tentative de spécialisation organique en matière de concurrence en Colombie¹⁹³. Elle a réalisé ses missions en matière de régulation économique jusqu'en 1968, année lors de laquelle ses fonctions ont été réparties entre la *Superintendencia de nacional de precios* et la *Superintendencia de industria y comercio*, cette dernière étant aujourd'hui compétente pour l'administration des réglementations générales en matière de concurrence. C'est précisément dans le cadre de la réforme générale de l'administration centrale de 1968 que nous essaierons de déterminer la manière selon laquelle le choix de la spécialisation organique en matière de concurrence fut réalisé en Colombie.

¹⁹¹ Voir par exemple, Jaime VIDAL-PERDOMO, « Reforma administrativa de 1968, antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias », *op. cit.*, p. 324.

¹⁹² Loi 19 du 25 novembre 1958, article 1.

¹⁹³ Et pourtant, à la différence des exemples de tentative de spécialisation organique dans le domaine de la concurrence en France (tels que la Commission technique d'ententes de 1953) ou aux Etats-Unis (le Bureau des corporations de 1903), la Superintendance de régulation économique colombienne avait été dotée de pouvoirs de décision ; même si ce n'était qu'en matière de pratiques commerciales restrictives.

2. La matérialisation de la spécialisation organique

Vers la fin des années 1960, il existait en Colombie un consensus sur la nécessité de remplacer les dispositifs transitoires relatifs au contrôle des prix et des tarifs relevant de la compétence de la SRE. Ces contrôles, qui étaient devenus définitifs, semblaient nuire à la production et à l'emploi national¹⁹⁴. La réforme constitutionnelle de 1968¹⁹⁵, ainsi que les décrets 1050 et 3130 de 1968¹⁹⁶, ont préparé le terrain pour la suppression de la SRE et pour la création à sa place de la *Superintendencia nacional de precios*¹⁹⁷. Dans cette même année, le gouvernement a restructuré l'ancien ministère de développement (*Ministerio de fomento*), désormais dénommé ministère de développement économique (*Ministerio de desarrollo económico*), et a créé la *Superintendencia de industria y comercio* (SIC)¹⁹⁸.

Lors de la suppression de la SRE, le législateur colombien a dû déterminer le nouveau cadre institutionnel dans lequel la régulation en matière de pratiques commerciales restrictives de la loi 155 de 1959 allait être organisée. Le législateur a décidé de créer un nouvel organe spécialisé et de lui attribuer cette compétence. A ce stade, la question qui restait était celle de savoir comment le législateur allait réaliser la délégation de l'application des dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives à ce nouvel organe. Si nous admettons que le choix du législateur d'organiser la régulation de la concurrence à travers un organe administratif spécialisé exprime son intention d'échapper aux coûts de ces régulations, nous devons admettre ensuite, conformément au schéma décrit du « principal-agent »¹⁹⁹, que la délégation des régulations en matière de concurrence peut comporter aussi des risques. Ces risques sont de deux types: d'une part, un « conflit d'intérêts »²⁰⁰

¹⁹⁴ Luis Fernando LOPEZ GARAVITO, *Pensamiento económico y fiscal colombiano*, Bogota: éd. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 375.

¹⁹⁵ Acte législatif n° 1, du 11 décembre 1968; J.O. col. année. cv. n° 32673., 17 décembre, 1968, p. 641.

¹⁹⁶ Adoptés par le gouvernement de Carlos Lleras en vertu des pouvoirs conférés par la loi d'habilitation du 28 décembre 1967.

¹⁹⁷ Décret 2562 du 7 octobre 1968. Son nom indiquait la restriction de la compétence et des fonctions qui lui ont été assignées, tels que l'application de la politique du gouvernement central en matière de prix et, conformément aux études des coûts de production, la fixation des prix des articles de première nécessité, de consommation populaire, et d'usage domestique, nationaux et importés.

¹⁹⁸ Décret 1918 du 3 décembre 1968, deuxième chapitre, articles 25 à 39.

¹⁹⁹ Voir supra p. 9.

²⁰⁰ Mathew MCCUBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 736.

potentiel entre la politique tracée par le législateur et l'activité de l'organe spécialisé et, d'autre part, un risque de « manipulation »²⁰¹ de l'organe spécialisé détenteur d'informations sur les membres du pouvoir politique (ce qui vaut surtout en cas d'attribution des pouvoirs d'enquête, d'alerte et d'analyse à l'organe spécialisé). Pour réduire ces risques, le législateur colombien a pu adopter une loi spécifique à la matière de la concurrence – souvent la loi instituant l'organe spécialisé dans le système juridique – définissant soit le domaine de compétence de l'organe spécialisé, soit les problématiques économiques et concurrentielles particulières que cet organe doit traiter, soit les deux. En définissant à l'avance les attributions de l'organe spécialisé (ce qui semble avoir limité son autonomie²⁰²), le législateur a renforcé son contrôle sur les décisions de l'autorité de concurrence²⁰³.

Toutefois, le choix du législateur colombien, contrairement à celui qui a présidé s'agissant des autorités française²⁰⁴ et américaine²⁰⁵ de la concurrence, s'est tourné dans la pratique vers la réalisation de la spécialisation organique par voie d'une réforme générale de l'administration centrale. La ressemblance entre les cas français et américain dans la manière de réaliser la spécialisation organique

²⁰¹ Thomas SCHWARTZ, « No minimally reasonable collective-choice process can be strategy-proof », *Mathematical Social Sciences*, vol. 3, n° 1, p. 61.

²⁰² Mathew MCCUBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 740.

²⁰³ Mathew MCCUBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 741.

²⁰⁴ Le Conseil de la concurrence français a été créé sous la forme d'autorité administrative indépendante par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence). Tel que le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport public sur les autorités administratives indépendantes, le Conseil de la concurrence constitue le parachèvement d'une évolution lente, entamée en 1953 avec la mise en place de la Commission technique des ententes, à laquelle a succédé en 1977 la Commission de la concurrence. Conseil d'Etat français, Rapport public de 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, p. 268 ; De même, le Conseil d'Etat signale que le pouvoir politique français entendait mettre en place « une réponse efficace à l'impératif de crédibilité internationale qui s'impose largement aux décisions administratives en matière économique » (Conseil d'Etat français, Rapport public de 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, p. 268).

²⁰⁵ Dans le cas américain, le transfert des pouvoirs et compétences effectué par le législateur fédéral à un organe spécialisé en matière économique s'est réalisé à travers le « paquet », pour utiliser le jargon désormais en cours, *antitrust* de 1914. Ce « paquet » était composé premièrement du *Clayton Act*, loi fédérale modifiant le *Sherman Act* et rendant illégaux les discriminations par les prix, les ventes exclusives et liées, le fait pour toute personne de diriger plusieurs entreprises concurrentes et les concentrations susceptibles de restreindre la concurrence (15 USCA §§ 12-27). Il comprenait deuxièmement le *FTC Act* (15 U.S.C. §§ 41-58, modifié), loi fédérale initialement adoptée pour interdire les « *unfair methods of competition* ». Mais surtout, le *FTC Act* a été conçu pour compléter et renforcer les mécanismes contenus dans les autres lois fédérales dans ce domaine avec la création d'une commission fédérale du commerce, la FTC, capable de contrôler et d'obtenir l'arrêt de pratiques accomplies en violation de ces mêmes lois. Il suffit d'observer l'énumération qui vient d'être faite des pratiques interdites par cette réforme pour constater son caractère de mesure circonscrite au domaine de la concurrence.

s'explique en partie par une influence des expériences étrangères dans le mouvement de création des autorités administratives indépendantes en France²⁰⁶. En revanche, l'influence du « modèle » américain des agences de régulation indépendantes au moment de la création de la SIC semble n'avoir été qu'accidentelle. Il s'agit notamment d'une référence à une construction intellectuelle qui veut que la régulation en matière économique soit confiée à des organes administratifs²⁰⁷. Puis, l'influence des expériences étrangères semble s'être manifestée en Colombie plutôt sous la forme des principes relatifs à la manière dont on doit administrer la fonction de régulation économique que sous la forme des exemples institutionnels concrets²⁰⁸.

En outre, la réalisation de la spécialisation organique en Colombie n'a pas subi, à la différence du cas français, l'influence d'une communauté régionale – Communauté andine des nations (CAN) –. En effet, la réalisation de la spécialisation organique en France par la voie d'une réforme spécifique au domaine de la concurrence découle, selon une perception assez partagée, d'une influence du droit communautaire. La réforme qui créa le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, apparaît comme une des conséquences du mouvement de déréglementation entrepris à partir des années 1980 dans les différents Etats membres de ce qui est aujourd'hui l'Union européenne²⁰⁹. Ceci est pourtant une

²⁰⁶ Tel que le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport public de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes « *il est vain de penser que la formule française serait née d'une table rase, sans référence à des expériences étrangères, qu'il s'agisse de l'exemple américain des agences ou des modèles plus proches géographiquement de l'Allemagne ou de certains pays scandinaves, ou en l'absence de toute référence doctrinale* ». Conseil d'Etat français, Rapport public de 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, p. 271.

²⁰⁷ Ce qui serait conforme avec les écoles de pensée qui ont influencé le contexte antérieur à la réforme de 1968. Les progressistes et ses successeurs « *New Dealers* » favorisaient en effet l'attribution d'un large pouvoir discrétionnaire à une élite composée de fonctionnaires publics (*civil servants*). Pour eux, la bureaucratie serait le seul forum dans lequel les décisions apolitiques, techniques et scientifiques seraient envisageables. Voir à cet égard, James LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven : Yale University Press, 1938. Ces organes administratifs seraient en conséquence mieux équipés non seulement pour traiter un problème économique et social déterminé, mais encore pour mettre en œuvre la solution correspondante de manière efficace. Reuel E. SCHILLER, *op. cit.*, p. 406. Il reste à ajouter que Lauchlin Currie, directeur de la mission économique de la banque mondiale sur la Colombie avait été conseiller économique de l'administration du président Franklin Roosevelt pendant la deuxième guerre mondiale.

²⁰⁸ Sous ce dernier angle, la réforme colombienne de 1968 aurait cherché à réaliser tant l'idée française de direction générale de l'économie par l'Etat, que celle des progressistes et *New Dealers* américains des vertus de la bureaucratie. Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *Pensamiento económico y fiscal colombiano, op. cit.*, p. 381. De même, il est possible de constater une absence de références à des exemples institutionnels étrangers dans l'histoire législative colombienne.

²⁰⁹ Selon les termes du Conseil d'Etat, « *ont également été sources inspiratrices d'autorités administratives indépendantes en France, mais cette fois beaucoup plus directement déterminante, les*

caractéristique française qui n'est partagée qu'avec d'autres Etats membres d'une Communauté régionale de même nature. Elle semble difficilement transposable au cas colombien car le processus complexe d'intégration de la CAN n'a commencé à vrai dire qu'un an après la réforme générale de 1968, avec la conclusion de l'accord de Carthagène du 26 mai 1969. Mais cela vaut surtout en raison de l'absence de mécanismes institutionnels supranationaux capables de concilier les intérêts de la CAN avec ceux des gouvernements nationaux. En Europe, cette évolution s'est faite certes sous l'impulsion de la Commission européenne, fermement soutenue par les juges de la CJCE, mais il ne faut pas oublier que les Etats membres en ont été des acteurs décisifs.

En réalité, le législateur colombien n'a pas seulement décidé de réaliser la spécialisation organique en matière de concurrence par la voie d'une réforme générale, mais il a également choisi de confier au gouvernement de l'époque le soin de définir tant le domaine de compétence que les problématiques économiques et concurrentielles spécifiques que l'organe spécialisé devait traiter²¹⁰. Concrètement, la spécialisation organique en matière de concurrence a été réalisée en Colombie sous la forme d'une déconcentration de l'administration centrale²¹¹. Comme il a déjà été

exigences communautaires d'ouverture à la concurrence des secteurs des services publics en réseaux, notamment des secteurs des télécommunications, de l'énergie ou, maintenant, de la poste». Conseil d'Etat français, Rapport public de 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, p. 271 ; La Commission européenne a joué depuis l'origine un rôle clé dans la construction d'une politique européenne en matière de concurrence. Ainsi, « *bien que le scepticisme européen à l'égard de la politique de concurrence ait nui à l'indépendance organique de la Commission et, en conséquence, à sa capacité à dégager des principes matériels autonomes, la direction donnée par la jurisprudence de la CJCE a comblé le vide laissé par la politisation de cette institution* ». La Commission reprendra son rôle dès les années 1980, en grande partie grâce aux acquis de cette jurisprudence de la CJCE. Alissa A. MEADE, « Modeling A European Competition Authority », *Duke L. J.*, octobre 1996, vol. 46, p. 156.

²¹⁰ Loi d'habilitation n° 65 du 28 décembre 1967. Il reste que plusieurs principes et objectifs généraux de cette réforme avaient été déjà définis par le législateur dans des lois précédentes, telle que la loi 19 de 1958.

²¹¹ Le phénomène juridique de la déconcentration consiste en un transfert des pouvoirs et compétences pour la prise des décisions à des instances ou agences qui se trouvent subordonnées à l'entité centrale, sans qu'elles possèdent de la personnalité morale, ni budget, ni règlement administratif propre. Le but de cette figure est celui de décongestionner la grande quantité de tâches qui incombe à l'administration centrale et, dans cet ordre d'idées, « *contribuer à un traitement rapide et efficace des questions transférées* ». La déconcentration administrative des fonctions est réalisée en droit colombien par le législateur (ou par le gouvernement en vertu d'une autorisation législative), à la différence de la figure de la délégation administrative, qui est réalisée directement par l'autorité administrative titulaire de l'attribution déléguée ; Cour Constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-561 du 4 août 1999.

signalé, la constitution colombienne de 1886 attribuait à l'exécutif la coordination générale, selon les termes contenus dans la loi, de la fonction d'intervention de l'Etat dans l'économie. Lors de la réforme générale de l'administration centrale de 1968, le législateur a habilité le gouvernement colombien à déconcentrer au sein de la SIC l'application des régulations en matière de pratiques commerciales restrictives. Il reste qu'il ne s'agissait pas d'une décentralisation administrative par services car la SIC, à la différence d'autres superintendances²¹², n'a pas été dotée de la personnalité morale²¹³.

Avec la création de la SIC, la majorité politique de l'époque visait à veiller au bon fonctionnement et au développement des secteurs industriel et commercial colombiens, ce dès lors que la SIC a été aussi chargée du contrôle et de la coordination des chambres de commerce²¹⁴. En 1971, lui ont été ajoutées, par exemple, les fonctions de direction, de contrôle et de coordination en matière de propriété industrielle²¹⁵. De nombreuses attributions et compétences supplémentaires lui ont ensuite été accordées soit en vertu d'une réforme portant sur une matière spécifique, soit par une réforme à caractère général. C'est précisément le cas de la réforme générale de l'administration de la justice de 1998, qui lui a formellement conféré des fonctions juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs²¹⁶. Il faut noter que ces réformes continueront et que l'attribution des compétences à la SIC ne cessera de s'accroître. Il est dès lors permis de se demander si un tel transfert ininterrompu de compétences n'affecte pas son caractère d'organe spécialisé en matière de concurrence, ce qui nous conduit à nous interroger sur la portée de la spécialisation organique réalisée en Colombie.

²¹² Comme par exemple la *Superintendencia de sociedades*.

²¹³ Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005. La SIC n'a été dotée de la personnalité morale qu'en 2007, avec le plan de développement mis en place cette année-là.

²¹⁴ Les chambres de commerce sont des organismes privés à but non lucratif et à caractère corporatif composés des commerçants inscrits au *registro mercantil* correspondant, et qui exercent les fonctions publiques et privées définies par la loi. S'agissant des fonctions publiques déléguées par l'Etat, elles administrent notamment le *registro publico mercantil* (dans lequel s'inscrivent les personnes physiques ou morales qui ont une activité qualifiée par la loi de mercantile), le *registro unico de proponentes* (dans lequel s'inscrivent les personnes physiques ou morales qui prétendent contracter avec l'Etat) et le *registro de entidades sin animo de lucro* (dans lequel s'inscrivent les personnes morales de droit privé à but non lucratif).

²¹⁵ Décret 410 de 1971, Code de commerce colombien de 1971.

²¹⁶ Loi 446 de 1998. Certaines de ces fonctions lui avaient déjà été attribuées en pratique.

B- LA PORTEE DE LA SPECIALISATION ORGANIQUE

La spécialisation organique opérée en matière de concurrence en Colombie exprime un choix politique²¹⁷. En tant que choix politique, la spécialisation organique possède des effets, que l'on se propose de tenter de révéler selon deux approches différentes : dans la pratique, à travers le résultat de l'activité de l'organe spécialisé mis en place ; sur le plan théorique, à travers la recherche du degré d'influence que la spécialisation organique, en tant que construction intellectuelle, aurait sur l'indépendance statutaire, autre construction intellectuelle.

Formellement, le décret-loi qui crée la SIC la définit comme un « organe spécialisé ». Cette affirmation n'étant pas à elle seule suffisante pour que la SIC en revêtisse tous les caractères, un examen de la pratique institutionnelle permettra de déterminer son degré de spécialisation en matière de concurrence. Ce n'est qu'après avoir déterminé le degré réel de spécialisation de la SIC (1) que nous pourrons tenter de déterminer la place qu'occupe la spécialisation organique en matière de concurrence dans le processus de construction de l'indépendance statutaire de cette autorité (2).

1. Une spécialisation à « mi-chemin » ?

La SIC possède dès sa création une mission générale en matière de développement industriel et commercial²¹⁸. Pour accomplir cette mission générale, la SIC exerce diverses activités, dont quelques unes n'ont qu'un lien indirect avec le domaine de la concurrence. L'autorité colombienne est par exemple chargée du contrôle des chambres de commerce, de leurs fédérations et confédérations, ainsi que de surveiller et contrôler les activités réalisées par les entités de certification des signatures numériques dans le cadre du commerce électronique²¹⁹. Or l'appréciation du résultat de l'activité d'une autorité de concurrence nécessite de se tourner non seulement vers tous ses actes (individuels ou à portée générale), mais exige aussi d'en

²¹⁷ Elle constitue un choix formel émanant de l'organe constitutionnellement compétent pour déterminer la structure de l'administration et conformément aux formalités exigées pour réaliser un tel choix.

²¹⁸ Décret 1918 du 3 décembre 1968.

²¹⁹ Loi 527 de 1999, article 29.

étudier l'expérience, les connaissances et les informations recueillies, les analyses de marchés et les études élaborées : dès lors, le résultat de l'activité de la SIC n'est pas, en pratique, aisé à déterminer. Etant donné le nombre et la diversité des fonctions que la SIC exerce, son activité en matière de concurrence peut apparaître associée avec le reste de son activité. A titre d'exemple, l'activité de la SIC recouvre l'administration du système national de propriété industrielle. Une infraction pour violation du droit des marques peut éventuellement aboutir à une enquête pour concurrence déloyale. Dans ce cas, la décision de la SIC résulte d'une application combinée des règles en matière de propriété industrielle et de concurrence déloyale.

Pendant une longue période, l'autorité colombienne est intervenue dans un contexte d'économie fermée et protectionniste, où elle devait notamment préserver l'ordre public économique et veiller au développement industriel et commercial du pays²²⁰. La protection de la concurrence était aperçue à l'époque en Colombie seulement comme un moyen parmi d'autres d'atteindre ces finalités. Ce n'est qu'au début des années 1990, avec les programmes d'« ouverture » économique et de modernisation de l'Etat²²¹, qu'une « spécialisation fonctionnelle » a permis la suppression de tâches au profit d'autres entités, particulièrement celles du niveau territorialement décentralisé²²². Organiquement, cette « spécialisation fonctionnelle » de la SIC a entraîné la création de divisions spécialisées dans ses principaux domaines d'activité (concurrence, propriété industrielle et protection des consommateurs). En ce qui concerne le domaine de la concurrence, la création d'un Superintendant délégué *ad-hoc* pour la promotion de la concurrence témoigne d'un

²²⁰ Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *Intervencionismo de estado y economía en Colombia*, *op. cit.*, p. 151. Déjà, lors de la suppression de la *Superintendencia nacional de production et precios* en 1976, de nouvelles fonctions de direction, de contrôle et de coordination en matière de propriété industrielle, ainsi que de nouveaux services administratifs et industriels ont été attribués à la SIC. A l'occasion, ce transfert des compétences a comporté une révision de l'organisation interne de cet organe ; Décret 149 de 1976.

²²¹ Pour une description de ces programmes, Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *Intervencionismo de estado y economía en Colombia*, *op. cit.*, p. 198 à 201

²²² Article 20 transitoire de la Constitution politique de 1991 ; décret du 2153 du 30 décembre 1992. L'article premier de la nouvelle Constitution de 1991 définit l'Etat colombien comme étant « une République unitaire, décentralisée et avec autonomie de ses entités territoriales ». Le transfert de fonctions de la SIC (et d'autres entités de l'administration centrale) aux entités décentralisées territorialement constitue une application concrète de ce principe fondamental de la Constitution. En outre, l'intention de la majorité politique de l'époque était celle de réduire les coûts additionnels entraînés par l'existence d'organes composés d'experts pour réaliser des tâches pouvant être accomplies par des généralistes de l'administration centrale ou décentralisée, par d'autres spécialistes dans ces deux niveaux ou bien par des particuliers.

effort de spécialisation organique dans ce domaine. Cependant, au moins dans la pratique, la tendance à une spécialisation dans les domaines de concurrence, propriété industrielle et protection des consommateurs, constatée à partir des réformes des années 1990, semble aujourd'hui avoir perdu son élan. Il est même possible de constater un virage. L'assignation de tâches à la SIC dans des domaines n'ayant qu'un rapport indirect avec le domaine de la concurrence ne s'est pas arrêtée. En sus des attributions conférées par la loi 527 de 1999 en matière de contrôle des entités de certification des signatures numériques dans le cadre du commerce électronique, la SIC a été chargée par exemple de la surveillance et de la réglementation du registre national des géomètres experts²²³ et du contrôle de *veedurías ciudadanas*²²⁴.

Par ailleurs, tandis que la majorité politique de l'époque visait à regrouper dans la SIC l'application des dispositions « générales » en matière de concurrence, elle entendait confier l'application des dispositions concurrentielles spécifiques à un secteur ou à une activité économique à des autorités sectorielles. Il est possible de constater un « éparpillement » de l'application des règles de concurrence entre plusieurs autorités sectorielles. Cette répartition de l'administration des régulations en matière de concurrence, deuxième constat dans la pratique institutionnelle de la SIC, a été réalisée lors du mouvement de dérégulation opéré à partir des années 1990 dans des secteurs tels que celui de services publics domiciliaires²²⁵ ou celui des télécommunications. Les autorités sectorielles créées lors de ce mouvement ont désormais des compétences « techniques » en matière de concurrence propres à leur secteur d'activité. A cet égard, la *Comisión de regulación de telecomunicaciones*

²²³ Lois 546 et 550 de 1999.

²²⁴ Il s'agit d'un mécanisme de représentation démocratique qui permet aux citoyens et aux associations communautaires d'exercer une surveillance sur la gestion publique des autorités administratives, politiques, judiciaires, électorales, législatives et de contrôle, ainsi que sur les entités publiques ou privées et les organisations non-gouvernementales (nationales et internationales) qui exécutent des projets, programmes ou contrats ou qui fournissent un service public dans le territoire national. Les *veedurías ciudadanas* sont réglementées par la loi 850 de 2003 et par l'accord 142 de 2005. Ces mêmes dispositions déterminent la procédure de création d'une *veeduría ciudadana*.

²²⁵ Cette catégorie juridique désigne les services publics en réseaux (physiques ou humains) ayant des points de terminaison dans les résidences ou lieux de travail des usagers et dont la finalité principale est celle de satisfaire des besoins de première nécessité de ces usagers ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-035 du 30 janvier 2003. Conformément à l'article 1^{er} de loi 142 du 11 juillet 1994 (loi qui détermine leur régime juridique), sont un exemple de services publics domiciliaires les services d'énergie électrique, de distribution de gaz, de téléphonie publique fixe, de téléphonie locale mobile dans les zones rurales, et d'assainissement des eaux.

(CRT)²²⁶ a été chargée de fixer les règles d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications²²⁷, tandis que la *Superintendencia de servicios publicos domiciliarios* a été chargée de veiller au respect des règles de concurrence des entreprises fournissant des services publics domiciliaires.

Par comparaison, le degré de spécialisation des autorités américaine²²⁸ et française²²⁹ semble avoir permis dans la pratique le développement d'une doctrine « autonome » en matière de concurrence. Il faut entendre par là un corps de principes matériels spécifiques à un domaine de la concurrence émancipé du droit commercial dans le cas français et du droit classique de la *Common law* dans le cas américain. S'agissant précisément du cas américain, le développement d'une politique et d'une doctrine en matière de concurrence à partir de la section 5 du *FTC Act* et leur mise en œuvre subséquente par la Commission et par les tribunaux fédéraux semblent avoir participé à l'émancipation de la discipline en matière de concurrence fédérale²³⁰. Le

²²⁶ Devenue la *Comisión de Regulación de Comunicaciones* (CRC), loi 1341 de 30 juillet 2009.

²²⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003.

²²⁸ La réforme opérée en 1914 aux Etats-Unis a consenti à la commission fédérale mise en place une autonomie d'appréciation pour contrecarrer les nouvelles tentatives d'évasion aux règles concurrentielles. Le pouvoir politique américain espérait en effet compter avec un organe capable d'identifier de nouvelles pratiques, d'interpréter les lois correspondantes et d'établir de nouveaux remèdes. Il concevait la Commission comme étant une sorte de forum où les opérateurs économiques pouvaient obtenir des opinions et des avis sur les transactions proposées et, volontairement, réviser les pratiques en question sans devoir aller devant les tribunaux; voir à ce titre, S. Rep., n° 95, 62d Cong. 1st Sess. 12 (1911) -*Report of Senate Committee on Interstate Commerce*-; S. Rep., n° 597, 63d Cong. 2d Sess. 8 to 11 (1914); H.R. Rep., n° 1142, 63d Cong 2d Sess. 19 (1914).

²²⁹ Dès l' « achèvement » du processus de spécialisation organique effectué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence français a contribué activement au développement graduel d'une doctrine nationale en matière de concurrence. Cette contribution serait confirmée par l'expertise contenue dans les différents arguments fondant ses actes, ainsi que par une expérience, une connaissance et des informations cumulées depuis le début immédiat de son activité. Une lecture des études thématiques contenues dans ses rapports annuels, ainsi que des publications diverses du Conseil permettrait de convenir d'un rôle, au moins formateur, dans le développement d'une discipline de « autonome » de la concurrence. Le Conseil aurait bien assumé sa mission générale de protection de la concurrence sur les marchés, par une activité à la fois préventive et répressive. Comme dans le cas américain, la mise en œuvre et la divulgation du produit de son activité a participé à l'émancipation d'une discipline « autonome ». Il s'ensuit que ce n'est pas par pure coïncidence que le droit de la concurrence a trouvé sa place au sein des programmes académiques tant en droit privé qu'en droit public, ou encore qu'il existe une spécialisation en droit de la concurrence au sein de cabinets d'avocats français.

²³⁰ Le développement de cette doctrine n'a pas été facile. Déjà, dans le rapport de la minorité au parlement, certains représentants critiquaient le projet de loi Clayton à cause de l'absence de mécanismes donnés à la nouvelle « agence » pour appliquer les règles de la concurrence, (H.R. Rep, n° 533, 63d Cong. 2d Sess. 2 (1914); Voir également, Jhon Wesley HALL, *The History of Section 6 of the FTCA*. New York: 27 Rec. of the Ass'n of the Bar of the City of New York, n° 221, 1972). Ni les premières décisions de la commission, ni les jugements des tribunaux appelés à contrôler ces décisions, n'ont permis de dégager une quelconque définition du dispositif général des *unfair methods of competition* de la section 5 du FTCA. Le recours à la règle générale contenue dans cette section 5

soutien envers un rôle plus indépendant de la FTC dans ce domaine, en partie défini par elle, est venu presque simultanément du fait de cette émancipation²³¹. L'apparition d'une discipline « autonome » en droit de la concurrence a renforcé par exemple l'étendue de la liberté d'appréciation de la FTC²³². Dans les cas américain et français il s'agit d'un rapport d' « interdépendance » entre le résultat de l'activité de l'organe spécialisé et son degré d'autonomie. Ceci semble être dû à la manière dont la spécialisation organique a été matérialisée dans ces deux systèmes, c'est-à-dire, par une réforme spécifique au domaine de la concurrence. Etant donné que la

est devenu encore plus complexe, notamment en raison de la réticence originelle du juge fédéral à céder sa place à la Commission dans la définition du droit applicable. Ce n'est qu'à partir de 1919, avec les affaires *Sears Roebuck & Co. v. FTC* -258 F. 307 (7th Cir. 1919) et *FTC v. Gratz* - 258 F. 314 (2d Cir. 1919), *aff'd*, 253 U.S. 421 (1920) que le juge américain a commencé à recourir à la section 5 du FTC. Ce n'est pas une coïncidence si la doctrine en concurrence a été finalement reconnue par les tribunaux à partir du *New Deal*. Le vrai développement d'une telle doctrine a commencé avec le rejet de l'argument selon lequel le comportement qui viole les autres lois de concurrence ne peut pas constituer également une violation du FTCA. Cet argument a été directement présenté et rejeté dans les affaires *FTC v. Cement Institute - FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948) et *Fashion Originators' Guild v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941), pour le *Sherman Act*, et *Shell Oil Co. v. F.T.C.*, 360, F 2d. 470 (5th Cir. 1966), pour les *Clayton et Robinson-Patman Acts*. Si bien que la Commission a aussitôt développé une activité complémentaire à celle du juge dans la définition de ce qui constitue le droit de la concurrence (la Commission a ainsi pu envisager des valeurs publiques allant même au-delà de celles consacrées dans la lettre ou dans l'« esprit » des lois *antitrust*, *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 223 (1972) ; American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monographie, *Op. cit.*, p. 40 à 56).

²³¹ Cette complémentarité avec l'indépendance exprime d'abord une préférence pour une administration publique compatissante et familiarisée avec la réalité des opérateurs économiques concernés. La capacité de l'organe spécialisé à répondre au besoin d'un schéma d'exécution consistant et rationnel, résultant du nombre limité de décideurs, paraît ensuite essentielle à l'établissement des principes matériels cohérents. Puis, la nécessité d'encourager davantage une politique nouvelle, conforme aux mutations continues des problématiques concurrentielles, légitime une liberté accrue vis-à-vis des influences externes (Voir W. GELLHORN., C. BYSE, *Administrative Law: Cases and Comments*. 6e éd. St. Paul, Minn : West Publishing Co., 1974, p. 2 à 6). Enfin, l'activité de la Commission consistant à remplir un « *skeletal framework of terms of art* » à travers ses décisions, et la nature quasi-législative de ce processus est mieux adaptée s'agissant d'une « agence » spécialisée, plus réceptive aux changements politiques qu'un tribunal (voir Comment, « The New Federal Trade Commission and the Enforcement of the Antitrust Laws », *Yale L. J.*, 1955, vol. 65, p.34, 82).

²³² A titre d'exemple, le législateur américain a augmenté les pouvoirs et responsabilités de la FTC en 1950 de plusieurs manières : premièrement, lors du passage des trois lois sur la laine, la fourrure et les tissus inflammables, le législateur a autorisé la Commission à formuler des règles matérielles sur les pratiques de publicité et l'étiquetage de ses produits ; *Fur Products Labeling Act*, Pub L, n° 110, 65 Stat 175 (1951) ; *Flammable Fabrics Act*, Pub L, n° 88, 67 Stat 111 (1953) ; *Textile Fiber Products Identification Act*, Pub L, n° 85-897, 72 Stat 1717 (1958) ; deuxièmement, à travers l'amendement de la Section 7 du *Clayton Act*, à propos de l'acquisition d'actions et fusions. Le Congrès a explicitement élargi la juridiction de la FTC sur ces questions. *Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950* Ch 1184, 64 Stat 1125 (codifié au 15 U.S.C.A. §8) ; troisièmement, à travers l'adoption d'un amendement sur une loi de 1921 qui excluait certaines entités du champ d'application de la section 5 ; Loi du 2 septembre 1958, Pub L., n° 85-909, 7 Stat 1749, 1750 (qui modifie 7 U.S.C.A. §§ 226, 227) ; quatrièmement, par le passage du *Finality Act* de 1959, qui mit fin aux problèmes d'application des « ordres » pris par la Commission en vertu de la section 11 du *Clayton Act* ; *Finality Act* de 1959, Pub L, n° 86-107, 73 Stat. 243 (codifié aux 15 U.S.C.A. §§ 21 (g) to (l)).

matérialisation de la spécialisation organique a été réalisée en Colombie par une réforme générale de l'administration centrale, nous devons nous demander si l'activité de la SIC participe également au développement d'une doctrine en concurrence « autonome » par rapport au droit commercial.

La multiplicité des fonctions de l'autorité colombienne (notamment dans des domaines autres que celui de la concurrence), ainsi que la répartition de l'administration de la régulation de la concurrence entre diverses autorités (générale et sectorielles), permettent de s'interroger, au moins sur un plan pratique, sur le niveau de spécialisation organique dont doivent disposer ces autorités. S'agissant du cas colombien, la spécialisation de la SIC en matière de concurrence se trouve-t-elle à « mi-chemin » ? Les divisions de la SIC chargées de l'application de la régulation de la concurrence, telles que sa *delegatura* de promotion de la concurrence, ont contribué, dans la mesure des moyens mis à leur disposition, au développement des principes matériels en matière de concurrence en Colombie. Mais le développement de ces principes matériels n'est pas exclusif au domaine de la concurrence. A titre d'exemple, la *delegatura* de promotion de la concurrence, qui est aussi chargée du contrôle des chambres de commerce, a également contribué, au travers de ses décisions, circulaires et réponses aux consultations réalisées par les chambres de commerce, à déterminer certains principes matériels sur le régime applicable au *Registro público mercantil*. Les principes matériels en matière de concurrence coexistent avec d'autres principes dégagés par la SIC dans d'autres disciplines ; l'ensemble faisant alors partie de la matière commerciale. Un tel classement des principes matériels en matière concurrentielle au sein du droit commercial contraste néanmoins avec une tendance pratique, bien qu'assez récente, à une émancipation dans l'enseignement et dans la pratique professionnelle d'une discipline concurrentielle²³³.

²³³ L'article 14 de la loi 1340 de 2009 dispose à cet égard que la SIC doit compiler et actualiser périodiquement les décisions exécutoires qui sont adoptées en matière de protection de la concurrence. Trois décisions exécutoires (*ejecutoriadas*) uniformes sur une même affaire, constituent doctrine probable. Il faut cependant noter que la Cour constitutionnelle a récemment conditionné la constitutionnalité de cet article à ce qu'il s'applique exclusivement aux actes administratifs et non pas juridictionnels de la SIC. « *en el entendido que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre*

Pour avancer vers un degré plus important de spécialisation en matière de concurrence en Colombie, il est envisageable de séparer, dans un premier temps, le contrôle des chambres de commerce de l'administration de la régulation en concurrence. Dans un deuxième temps, les divisions de la SIC chargées de l'administration de la régulation de la concurrence peuvent constituer par exemple un nouvel organe spécialisé exclusivement dans ce domaine. La SIC peut continuer à avoir une mission générale en matière de développement industriel et commercial tandis que la nouvelle entité spécialisée, composée d'experts de ces divisions, n'a qu'une mission en matière de concurrence. Toutefois, une éventuelle « séparation » des divisions chargées de l'administration de la régulation de la concurrence dans un organe différent de la SIC soulève quelques questions, notamment vis-à-vis de la portée de cette « sous-spécialisation organique ». Par exemple, il est légitime de se demander s'il faut transférer la division de protection des consommateurs au nouvel organe ; voire si l'activité de la SIC en matière de propriété industrielle fait partie du domaine de la concurrence. Mais ces questions ne trouveront de réponse que lorsque le législateur aura affirmé sa position sur une définition du domaine concurrentiel ou sur le champ de compétences précis d'une autorité de la concurrence à créer.

En ce qui concerne la répartition de l'organisation de la régulation de la concurrence entre les autorités sectorielles et l'autorité transversale une autre option a été proposée dans un sens inverse, par M. Jaime RUBIO-ESCOBAR. Selon cet ancien Superintendant, il est possible d'envisager une « concentration » de ces activités dans certaines divisions de la SIC²³⁴ (ou dans une nouvelle entité spécialisée en concurrence). Une « concentration » de l'activité de concurrence dans la SIC permettrait d'assurer une meilleure coordination dans l'administration de la régulation de la concurrence. Comme nous le préciserons lors de l'examen du partage des compétences entre les autorités sectorielles et transversale de la concurrence, le législateur colombien a récemment choisi d'entreprendre une « concentration » de

competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-537 du 30 juin 2010.

²³⁴ Tel qu'il a été proposé par l'ex-Superintendant Jaime Rubio Escobar : « *il est important de réaliser des efforts pour concentrer dans une seule entité de l'Etat le respect de des règles en matière de concurrence* ». Superintendencia de industria y comercio, *Compendio de normas de promoción de la competencia*, Bogota, présentation *compendio SIC*, p. 5.

l'application des dispositions en matière de protection de la concurrence au profit de la SIC²³⁵. Cette proposition trouve ses origines dans le constat que les règles sectorielles et les règles *antitrust* sont complémentaires et parfois concurrentes, et elle vise à faire évoluer des domaines anciennement monopolistiques, tel que celui des télécommunications, vers une situation de concurrence efficace. Pourtant, selon nous, une « concentration » comporte aussi des inconvénients. D'abord, le contenu d'une telle « concentration » n'est pas aisé à déterminer : faut-il concentrer dans la SIC l'activité de toutes les autorités sectorielles ? Ou seulement celle des autorités compétentes pour certains secteurs spécifiques ? Selon quels critères l'administration des régulations sectorielles en matière de concurrence doit-elle être attribuée à l'autorité de concurrence à vocation générale ? A cela s'ajoute ensuite l'argument selon lequel les autorités sectorielles ont une meilleure connaissance « technique » de leur secteur, de telle sorte qu'elles seraient mieux équipées que l'autorité générale en matière de concurrence pour traiter les questions spécifiques à leur domaine. Enfin, tout transfert de ces activités à la SIC implique de renforcer ses moyens (à supposer que plus de fonctions nécessite plus de moyens pour les accomplir).

Il reste à noter que l'émancipation d'une discipline en matière de concurrence est censée comporter une négation des décisions « politiques », comme celles destinées à favoriser certains groupes d'intérêts publics ou privés. L'émancipation d'une discipline en matière de concurrence en Colombie peut entraîner une « objectivation » dans ce domaine. Les divergences récurrentes entre le Superintendant et certains membres de l'exécutif, comme celle vécue au moment de la fusion entre les compagnies aériennes *Avianca* et *Aces*²³⁶, témoignent des difficultés que la SIC rencontre constamment pour assurer des décisions « techniques » en matière de concurrence. Un examen attentif des conflits de cette nature permet de s'interroger sur la nécessité ou le bien-fondé du maintien du lien de subordination existant actuellement entre la SIC et l'exécutif, ce qui nous conduit à soupeser la part de la spécialisation organique dans la construction de l'indépendance des autorités de la concurrence.

²³⁵ Loi 1340 du 24 juillet 2009.

²³⁶ Cette question a été largement dénoncée par la presse colombienne, voir à titre d'exemple, « Superintendentes, bajo presión de los poderosos », Article publié dans la revue *Portafolio*, section économique, le 20 août 2007.

2. La place de la spécialisation dans la construction de l'indépendance des autorités de concurrence

A certains égards, l'observation nous conduit à estimer que la spécialisation organique a une certaine influence sur la construction de l'indépendance des autorités de concurrence. Celle-ci se manifeste selon deux formes. Premièrement, suivant l'approche retenue par l'école de Virginie, sous la forme d'une condition *sine qua non* de l'indépendance, car la spécialisation organique peut servir à légitimer toute forme d'indépendance, y compris par le biais d'une simple autonomie fonctionnelle. Deuxièmement, suivant une approche plus souple, sous la forme d'un simple facteur dans le processus de construction de l'indépendance des autorités de concurrence, dans la mesure où la spécialisation organique contribue, notamment avec l'idée d'externalisation, à la réalisation de l'indépendance statutaire de ces autorités.

En ce qui concerne la spécialisation organique comme une condition de l'indépendance, l'expertise des organes spécialisés se présente comme un élément qui permet de leur assurer un degré minimum d'appréciation dans l'exécution de leurs missions²³⁷. Cette liberté d'appréciation (dans le processus décisionnel de l'organe spécialisé) semble varier en fonction du degré d'autonomie qui lui est accordé. Conformément à cette forme d'autonomie fonctionnelle, la SIC (ou ses divisions chargées de l'administration de la régulation en matière de concurrence) est autorisée à utiliser son expérience et ses connaissances en matière économique et concurrentielle dans l'évaluation des affaires portées devant elle. Les décisions de l'autorité colombienne sont présumées bien motivées lorsqu'elles reposent sur un critère scientifique, technique ou économique substantiel. Ce raisonnement d'origine

²³⁷ Les représentants de l'école du *public choice* jettent un doute important sur la capacité de la démocratie politique – et de la bureaucratie qui la sert – à produire des politiques publiques qui puissent garantir la liberté personnelle, la propriété privée et l'efficacité économique. Selon eux, les « *technically trained bureaucrats* » seraient les mieux armés pour « dire le droit », ce qui révèle une sorte de légitimité par les « outputs », James M. BUCHANAN, Robert TOLLISON et Gordon TULLOCK, *Toward a Theory of the RentSeeking Society*. College Station: Texas A & M University, 1980, in Barry WEINGAST (publié sous “McNollgast”) ; « The Political Economy of Law: Decision Making by Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies », in *Handbook of Law and Economics*, Stanford University, 2007, vol. 2, p. 1664 ; Dans ce contexte, un degré minimum d'appréciation de l'organe spécialisé serait nécessaire en vue d'obtenir une « expertise indépendante du politique ».

jurisprudentielle se manifeste sous la forme d'une « déférence »²³⁸ vis-à-vis des actes des autorités de concurrence, y compris ceux de portée générale²³⁹. Dans les trois systèmes analysés, cette « déférence » semble se manifester notamment dans le caractère circonscrit du contrôle juridictionnel, principalement à l'examen du respect des garanties procédurales et du respect des droits de la défense. L'article 29 de la Constitution colombienne de 1991 contient à cet égard une exigence de *debido proceso de las actuaciones administrativas y judiciales*, similaire à celle contenue dans la clause de *due process* américaine, développée à son tour par les dispositions du *Administrative Procedure Act* (APA)²⁴⁰. Cette « déférence » constitue un moyen de garantir le libre exercice de ses missions par l'organe, sans ingérence externe de la part du juge comme des autres pouvoirs publics ou encore de groupes d'intérêt. L'expertise, qui implique la déférence, forme en quelque sorte une « interface » entre la spécialisation organique et l'indépendance des autorités de la concurrence.

S'agissant de la spécialisation organique comme simple facteur du processus de construction de l'indépendance statutaire des autorités de concurrence, le degré minimal d'autonomie fonctionnelle²⁴¹ de l'organe spécialisé, garanti par l'expertise, semble permettre d'avancer vers un degré d'indépendance plus important. Il est possible de concevoir une évolution, à partir d'une forme primaire d'autonomie

²³⁸ Du terme anglais *Defer*, qui dans une deuxième acception signifie: « *to show deference to (another); to yield to the opinion of* », Black's Law Dictionary, 8th Ed. 2004, *Defer*. Le terme « déférence », s'agissant de la spécialisation, comporte d'une part un "respect" vis-à-vis de l'opinion des membres des autorités de concurrence et, d'autre part, une reconnaissance de leur compétence pour traiter des questions spécialisées.

²³⁹ L'autonomie fonctionnelle s'étendrait, sous certaines conditions, aux interprétations faites par les autorités de concurrence, lorsque les problématiques économiques et concurrentielles contenues dans les régulations respectives sont complexes ou lorsqu'elles se trouvent face à des questions qui n'ont pas été envisagées par le législateur (ici la « déférence » est justifiée par leur familiarité avec les circonstances et faits variables autour des matières régulées ; voir par exemple pour le cas américain *Food and Drug Admin. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 120 S. Ct. 1291, 146 L. Ed. 2d. 121 (2000) ; En ce sens, une autorité spécialisée jouirait d'une « déférence » considérable lorsqu'elle exerce sa fonction principale d'appliquer les dispositions générales, propres à son domaine d'activité, contenues dans la loi qui l'a créée ; voir par exemple aux Etats-Unis, *National Federation of Federal Employees, Local 1309 v. Department of Interior*, 526 U.S. 86, 119 S. Ct. 1003, 143, L. Ed. 2d 171, 160 L.R.R.M (BNA) 2577 (1999).

²⁴⁰ Le juge se positionnerait ainsi comme un généraliste face à des experts en matière de concurrence. Hubert LEGAL, « Le juge et les instruments d'analyse économique », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2003, 134, p. 16.

²⁴¹ L'autonomie fonctionnelle exprime la capacité d'un organe à exécuter les missions que lui ont été attribuées, à travers l'exécution d'un programme et la gestion de ressources humaines et financières. L'autonomie fonctionnelle résulte d'une délégation d'autorité et permet une activité libre et normale, dans les limites des compétences attribuées à l'organe « autonome ». Elle est souvent accompagnée d'autres autonomies, qu'elle soient administrative, de gestion ou patrimoniale.

fonctionnelle, vers une plus grande indépendance de la SIC, y compris son externalisation. Il s'agit d'une légitimité par les « outputs », reposant sur l'efficacité des résultats de l'action des autorités de concurrence. Par comparaison, il a été souligné que la détermination du législateur à parvenir à une indépendance institutionnelle de la FTC serait due à la capacité des technocrates qui la composent à agir efficacement²⁴². Conformément à cette approche, si nous admettons que la spécialisation organique en Colombie se trouve à « mi-chemin » et que cette situation aurait un effet sur le degré d'indépendance de la SIC, une solution envisageable, afin de rendre l'autorité colombienne plus indépendante, consiste à renforcer son degré de spécialisation.

Il faut tout de même nuancer ce tableau : bien que l'expertise de l'organe spécialisé puisse constituer un facteur de légitimité des autorités « indépendantes » en matière de concurrence, il est loin d'être l'élément décisif. Plus on avance dans l'échelle vers une indépendance statutaire des autorités de concurrence, plus d'autres « facteurs de légitimité », parfois manifestés sous la forme de contrôles, sont nécessaires. Ces contrôles proviennent idéalement du Congrès ou bien des citoyens, à travers notamment de mécanismes de participation dans les processus décisionnels des autorités de concurrence. Ceci peut encore être expliqué suivant le modèle du « principal-agent » : plus techniques et complexes sont les problématiques

²⁴² A titre d'exemple, Report of the Senate Committee on Interstate Commerce, S. Rep., n° 597, 63d Cong., 2d. Sess. 8-9 (1914), Voir aussi, H.R. Conf. Rep, n° 1142, 63d Cong., 2d Sess. 19 (1914). Toutefois, la portée de cette légitimité par les « outputs » n'est pas exempte de toute critique tant en France qu'aux Etats-Unis. S'agissant du cas américain, les réponses aux critiques de l'école du *public choice* sont nombreuses. Une grande majorité de ces réponses cherchent à « concilier » les avantages d'une expertise technique, avec les exigences de la démocratie politique. Conformément à une première approche, il faudrait assurer une participation plus importante des citoyens dans la définition des politiques publiques (pluralistes). Cette participation, dans une deuxième approche, serait mieux dirigée par la bureaucratie (nouveaux progressistes). Pourtant, les autorités de régulation (à supposer qu'elles soient bien désignées) constitueraient, dans une troisième approche, le scénario optimal pour la démocratie « délibérative » (*civic republicans*). Enfin, un renforcement des contrôles des pouvoirs publics sur les autorités de régulation, dans une approche plus récente, permettrait de satisfaire les exigences de la démocratie politique (*neodemocrats, positive political theory, PPT*). Ces différentes réponses auraient en effet conduit, dans la pratique, à un renforcement des mécanismes de contrôle sur les « agences » américaines : « *d'une part, le Congrès a imposé la démocratie à l'intérieur des agences ; d'autre part, la Cour suprême l'a renforcé à l'extérieur de celles-ci* », Elizabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 761. S'agissant du cas français, il a été précisément dénoncé une « déformation » du modèle américain des « agences » en raison du caractère déficient des mécanismes de contrôle des autorités de régulation indépendantes, qui visent à satisfaire les exigences de la démocratie politique. Pour une présentation particulièrement claire de cette question, voir Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie », *AJDA*, mars 2005, p. 530.

économiques et concurrentielles que le législateur (principal) vise à traiter, plus large est la liberté d'appréciation conférée par le législateur à l'autorité de concurrence (agent)²⁴³. Conformément à ce schéma, on s'attendrait à ce que les parlementaires intensifient, en contrepartie, les contrôles sur le processus décisionnel de l'autorité de concurrence (agent), afin de réduire le risque de « conflit » entre sa propre politique et celle de l'autorité de concurrence. Les exigences procédurales constituent, dans ce sens, un autre moyen de contrôler l'activité des autorités de concurrence²⁴⁴. Par conséquent, il ne suffit pas de renforcer le degré de spécialisation de l'autorité de concurrence colombienne pour avancer dans l'échelle de son indépendance. Si bien que l'externalisation de la SIC doit comporter d'autres garanties et moyens de légitimité.

§ 2. L'EXTERNALISATION DES AUTORITES DE CONCURRENCE

L'externalisation semble constituer un facteur décisif pour avancer dans l'échelle de l'indépendance des autorités de concurrence. Elle permet en effet d'avancer d'une situation d'autonomie fonctionnelle, garantie par la spécialisation organique, vers une situation d'indépendance statutaire, au sens strict du terme. Par externalisation, il faut entendre ici « le fait de confier une fonction à une entité ne faisant pas partie de la hiérarchie administrative traditionnelle »²⁴⁵. L'externalisation s'obtient alors par la suppression de tout lien de subordination hiérarchique, mais aussi de tutelle des autorités administratives qui participent à la régulation de la

²⁴³ Ceci pour deux raisons : premièrement, le législateur aurait moins d'informations pour résoudre ces mêmes problématiques (à supposer que la recherche de ces informations directement par le législateur soit plus coûteuse qu'un éventuel transfert à un organe spécialisé). Deuxièmement, plus les problématiques économiques et concurrentielles en question sont complexes et techniques, plus de points de conflits entre les parlementaires (souvent des divers partis politiques) sur la manière de traiter ces mêmes problématiques apparaissent au cours des débats. Il s'ensuit que le législateur décide de laisser le traitement de ces problématiques à un organe spécialisé.

²⁴⁴ Jean-Bernard AUBY, *Op. cit.*, p. 25.

²⁴⁵ Pour Hubert DELZANGES, l'externalisation se distingue de la décentralisation puisqu'elle n'implique pas l'appartenance à la hiérarchie administrative traditionnelle. Hubert DELZANGES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes, op.cit.*, p. 40. L'externalité d'une autorité de concurrence s'apprécie uniquement dans l'Etat et par rapport au gouvernement et/ou au Président, c'est-à-dire, au titulaire traditionnel du pouvoir exécutif. Dans son sens classique, c'est-à-dire, celui employé dans le jargon des affaires, le mot externalisation désigne une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle activités ordinairement intégrées dans une même entreprise, ce qui permettrait à l'opérateur économique en question de profiter du maximum des ressources extérieures du marché. Cornu G., *Vocabulaire*

concurrence²⁴⁶. Contrairement aux cas français et américain, les autorités administratives chargées de l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie (tant les superintendances que les commissions de régulation, dotées ou non de la personnalité morale), continuent à être rattachées par un lien de tutelle à un ministère. Il est dès lors permis de se demander si l'externalisation constitue un élément d'identification de ces autorités. Si nous admettons que l'externalisation est rendue plus effective au moyen d'un ensemble de garanties d'indépendance statutaire, nous devons ensuite nous interroger quant à savoir si l'indépendance constitue une condition *sine qua non* de la régulation de la concurrence « externalisée ». Faut-il progresser dans la voie de l'externalisation de la régulation de la concurrence au profit d'autorités « indépendantes » de l'exécutif en droit colombien ? Une question d'ordre prospectif s'impose : le législateur colombien peut-il créer des organes placés en dehors de la hiérarchie administrative et soustraits à l'autorité ministérielle ? Un examen des expériences concrètes de mise en œuvre de l'externalisation, au regard notamment des raisons qui d'une façon générale ont justifié l'établissement des autorités de régulation « indépendantes » en France et aux Etats-Unis (A), doit précéder tout examen des difficultés qui concernent l'établissement des autorités de concurrence « indépendantes » dans l'ordre juridique colombien (B).

A- LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'EXTERNALISATION DES AUTORITES DE CONCURRENCE

En l'absence d'externalisation de la régulation de la concurrence en droit colombien²⁴⁷, une démarche comparative doit nous permettre d'identifier les éléments

juridique, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^e éd. 2007, cité par Hubert DELZANGLES, *ibid.*, p. 37.

²⁴⁶ Il faut remonter au premier exemple connu d'autorité de régulation « externalisée ». L'*Interstate Commerce Commission* (ICC) américaine, qui a été placée à l'origine sous l'autorité du secrétaire de l'intérieur lors de sa création en 1887, lequel devait approuver ses nominations, le régime salarial et ses dépenses, a deux ans plus tard été « externalisée » par le biais de la suppression du pouvoir de tutelle du secrétaire de l'intérieur sur les salaires de ses fonctionnaires et ses dépenses ; voir sur les origines de l'ICC, Ari HOOGENBOOM et Olive HOOGENBOOM, *A History of the ICC: From Panacea to Palliative*, New York : Norton, W. W. & Company, 1976, p. 32-38 ; James LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven: Yale University Press, 1938; Gabriel KOLKO, *Railroads and Regulation : 1877-1916*, Princeton : Princeton University Press, 1965 ; Stephen SKOWRENEK, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities: 1877-1920*, Cambridge : Cambridge University Press, 1982.

²⁴⁷ Conformément à la définition ici retenue de l'externalisation, seuls les organes « *autónomos* » de création constitutionnelle peuvent être considérés des autorités administratives « indépendantes » en

justifiant l'attribution de cette fonction à des autorités « indépendantes ». A travers l'examen des motivations ayant présidé à l'externalisation de la régulation de la concurrence en France et aux États-Unis, il est possible de développer des arguments en vue de justifier une éventuelle indépendance statutaire des autorités administratives de concurrence en Colombie.

Malgré l'objectif commun de confier l'organisation de la régulation de la concurrence à un organe « indépendant » du pouvoir exécutif, les modèles²⁴⁸ français et américain d'autorité de concurrence indépendante présentent des différences quant à leurs origines et leurs fondements, différences qu'il nous revient d'identifier.

Comme dans la plupart de pays de l'Europe communautaire²⁴⁹, l'indépendance de l'organe auquel on confie la régulation de la concurrence est souvent considérée en

droit colombien. Nous nous concentrerons sur une présentation générale des raisons qui ont permis l'externalisation de certaines compétences des acteurs intervenant dans le domaine économique : la Banque centrale et la Commission nationale de télévision. Comme en droit espagnol, la neutralité, l'objectivité, l'impartialité et la soustraction à la pression politique – que l'on peut garantir moyennant le recours à des autorités ou organismes indépendants des pouvoirs classiques de l'Etat, que ce soit l'Exécutif ou le Congrès, pour le développement des fonctions de régulation – font partie des raisons justifiant l'établissement de ce genre d'autorités. V. not., l'arrêt de constitutionnalité C-827 de 8 août 2001, l'arrêt de constitutionnalité C-208 du 1er mars 2000 - à propos de la *Banco de la República* - et l'arrêt de constitutionnalité C-532 de 12 juillet 2006 en ce qui concerne l'indépendance de la CNTV. Dans ce dernier arrêt le juge constitutionnel précise par exemple que : « la Constitution a voulu qu'elle [la CNTV] agisse en toute indépendance et impartialité dans la direction et exécution de la politique de télévision et dans l'intervention du spectre électromagnétique destiné à ces finalités ». Le débat sur les raisons justifiant la consécration d'autorités administratives « indépendantes », notamment de la Banque centrale, a été relativement développé par la doctrine (V. par exemple Roberto JUNGUITO BONNET, « La independencia de la Banca central en America Latina », *Borradores Semanales de Economía*, Banco de de la República, 1994, n°2 ; Hernando VARGAS, « Sobre las consecuencias de las a la independencia del Banco central », *Borradores Semanales de Economía*, Banco de de la República, 1994, n°18 ; Adolfo MEISEL, « Autonomía de la Banca central e inflación, la experiencia colombiana, 1923-1995 », *Borradores Semanales de Economía*, Banco de de la República, 1996 n°49 ; Alberto ALESINA, Alberto CARRASQUILLA et Roberto STEINER, « The Central Bank in Colombia », *Working Paper Series – Fedesarrollo*, document de travail 003568, 2000).

²⁴⁸ Par « modèle », il faut entendre une institution qui a d'abord fait preuve d'une continuité suffisante pour éviter d'être qualifiée de simple exemple, et qui a ensuite su résister aux critiques et aux remises en causes pour bénéficier d'un « consensus » général. Franck MODERNE, « Etude comparée, les modèles étrangers », in Gérard TIMSIT, Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes, les voies du droit*, PUF, 1988, p. 186.

²⁴⁹ « En Europe continentale l'impartialité est le facteur qui justifie, d'une part, que le droit communautaire interdise le cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur entre les mêmes mains et, d'autre part, la création de la figure juridique de l'autorité administrative indépendante ». Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 120.

France comme un moyen pour garantir l'impartialité²⁵⁰ de la fonction de régulation. Il serait nécessaire de prévoir l'intervention d'un tiers indépendant²⁵¹ non seulement des opérateurs économiques, mais aussi de l'Etat²⁵². L'externalisation réalisée au profit des autorités « indépendantes » chargées de veiller en aval au respect des règles de concurrence – règles qui, tout au plus, pourraient être imposées en amont par l'Etat –,

²⁵⁰ En Europe continentale, le principe d'impartialité a été imposé par le droit communautaire lors des processus de libéralisation des certains secteurs économiques – tels que celui de l'électricité, du gaz naturel, ou des télécommunications –, entrepris dans les différents Etats membres. Le principe communautaire d'impartialité, dégagé par la jurisprudence de la CJCE, condamne les effets anticoncurrentiels dérivés du cumul des fonctions de régulation et d'exploitation sur un même marché (voir par exemple, C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1985, *République Italienne c. Commission*, aff. 41/83, concl. M. DARMON, du 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873 ; C.J.C.E, arrêt du 19 mars 1991, *République française c. Commission*, aff. C-202/88, *AJDA*, 1991, p.538, note Pierre LEMIRE ; C.J.C.E, arrêt du 17 novembre 1992, *Espagne c. Commission*, aff. C-271/90, C.J.C.E, arrêt du 27 octobre 1993, *Decoster*, aff. C-69/91). Ce cumul des fonctions de régulateur et d'opérateur est susceptible, selon la jurisprudence de la Cour, de rompre l'égalité de chances entre concurrents (voir par exemple, C.J.C.E, arrêt du 19 mars 1991, *République française c. Commission*, précité, pt. 51). Dès lors, toute entreprise qui est à la fois opérateur et qui régule un marché se trouverait dans une situation de conflit d'intérêts. Ce qui conduirait à un abus quasi-automatique de position dominante (voir C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, aff. C-18/88, Concl. M. DARMON, 15 mars 1989, Rec., p. I-5941, pt. 20. La Cour énonce aussi le principe d'impartialité dans l'exposé des faits de la même affaire, pt. 12). De même, la directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électronique précise que « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de services [...] veillent à la séparation totale et effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction des entreprises, d'autre part ». Directive 2002/21/CE, J.O. L 108 du 24 avril.2002, pp. 33-50. Pour une présentation exhaustive de l'impact de l'Europe sur l'organisation administrative française, v. Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*. 5e éd., Paris : Litec , LexisNexis, 2007.

²⁵¹ Il est important de souligner la façon dont certains auteurs assimilent l'exigence communautaire d'impartialité à la soumission exclusive des décisions des autorités de concurrence aux critères techniques et d'expertise requis par la fonction de régulation, selon la pensée économique aujourd'hui dominante. (V. par exemple, Elisenda MALARET, « La Comisión nacional del mercado de valores », *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, 1992, n° 76, p. 573). Dès lors, le professionnalisme – ou l'expertise – des membres des autorités de concurrence « indépendantes » constitue également une des raisons souvent évoquées pour justifier l'idée de l'externalisation de la fonction de régulation en concurrence vers une autorité « indépendante ». Toutefois, tel que nous l'avons signalé lors de l'examen de la spécialisation organique des autorités de concurrence, l'idée d'une légitimité par les « outputs » plutôt que par les « inputs » ne suffit pas à expliquer l'indépendance des autorités de concurrence.

²⁵² Comme le souligne Martine LOMBARD, cette approche part d'une assimilation des libertés économiques aux autres libertés. L'Etat constituerait alors une menace pour ces libertés, de telle sorte qu'il n'aurait non seulement plus de légitimité comme opérateur économique, mais il serait également suspect comme arbitre du jeu économique. Martine LOMBARD, « Introduction générale », in *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 4 (v. sur le sujet des autorités de régulation et les libertés économiques, Guillaume DRAGO et Martine LOMBARD, *Les libertés économiques*. Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2003). De même, « la première justification, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'Etat, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif », in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 275 et 381.

constituerait, en ce sens, une garantie d'impartialité de l'action de l'Etat dans l'économie²⁵³.

Avant que ne soient entamés les processus d'externalisation de la régulation réalisés dans les différents Etats membres²⁵⁴, ces derniers étaient, et restent pour la plupart d'entre eux, impliquées dans la direction et/ou le capital des opérateurs historiques. Il s'agit alors de savoir à partir de quel degré d'intervention l'Etat n'est plus dans une situation de cumul de fonctions d'opérateur et d'arbitre sur le secteur économique régulé. Il n'existe pas, à notre connaissance, une réponse claire à cette question. Toutefois, certains auteurs ont proposé une approche pratique afin de déterminer si l'Etat se trouve ou non dans une situation d'impartialité. Il faut par exemple regarder si l'Etat dispose d'une partie du capital de l'entreprise agissant sur le marché concerné, des sièges dans son conseil d'administration, ou bien de la possibilité de nommer ses dirigeants ou d'influencer sa politique commerciale²⁵⁵. S'il se dégage que dans la pratique l'Etat n'est plus en situation de conflit d'intérêts – et s'il n'est plus tenu par les textes nationaux et communautaires de confier l'organisation de la régulation de la concurrence à des organes indépendants pour satisfaire les nécessités d'impartialité –, il pourra confier l'organisation de la régulation de la concurrence à une autorité appartenant au gouvernement. Quand la situation de conflit d'intérêts (Etat régulateur – Etat opérateur économique) cessera, les conséquences institutionnelles pourront en effet disparaître. En outre, certaines autorités de régulation sectorielles « indépendantes » qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence, pourraient disparaître avant même que l'Etat n'ait plus d'intérêts patrimoniaux dans le secteur économique respectif. Lorsque les marchés ouverts à la concurrence seront suffisamment mûrs, le législateur pourra, par exemple, transférer la mission de police économique à une autorité transversale de concurrence « indépendante ». A l'occasion, il pourra décider soit de supprimer des

²⁵³ C'est le cas par exemple en France du Conseil de la concurrence, créée sous l'impulsion communautaire, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Cette autorité, chargée d'une mission de police spéciale économique, consistant principalement à appliquer et à faire respecter certaines dispositions de ce texte se rapportant au droit des pratiques anticoncurrentielles.

²⁵⁴ Pour une description générale du processus d'externalisation de la fonction de régulation économique à des autorités de régulation dans les différents Etats membres de l'UE, voir Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, pp. 134 et s.

²⁵⁵ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 170.

autorités sectorielles, soit de les « rattacher » à la structure traditionnelle de l'administration.

Des références à l'exigence d'impartialité ont été également évoquées en droit colombien pour élaborer et canaliser l'intervention de l'Etat dans l'économie²⁵⁶ dans un contexte de privatisation des entreprises publiques, dotées ou non de monopoles, et d'ouverture à la concurrence de certains secteurs économiques et services publics²⁵⁷. Mais, contrairement au cas français, l'exigence d'impartialité ne s'est pas traduite, dans la pratique colombienne, par l'externalisation des fonctions des différentes autorités qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence. A titre d'exemple, lors de la restructuration de l'autorité transversale de la concurrence opérée en 1992²⁵⁸, le choix du politique a été celui de renforcer l'autonomie fonctionnelle de la SIC plutôt que d'externaliser son activité dans un organe « indépendant ». Parmi les raisons pouvant expliquer l'absence d'adaptation institutionnelle des autorités de concurrence à cette exigence d'impartialité en Colombie, figure au premier rang l'attribution constitutionnelle expresse au Président des fonctions de vigilance et de contrôle de la prestation des services publics²⁵⁹ et de fixation des politiques générales d'administration et de contrôle de l'efficacité des services publics domiciliaires²⁶⁰. A cela peuvent s'ajouter une forte tradition unitaire

²⁵⁶ V. par exemple, Alberto MONTAÑA PLATA, « Manifestaciones normativas de las Comisiones de servicios públicos », *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁷ L'article 365 de la Constitution colombienne dispose à cet égard que « les services publics sont soumis au régime juridique établi par la loi, et pourront être fournis par l'Etat, directement ou indirectement, par des communautés organisées, ou par des particuliers. Dans tous les cas, l'Etat maintiendra la régulation, le contrôle et la vigilance sur ces services ».

²⁵⁸ Décret 2153 du 30 décembre 1992. La SIC demeure rattachée au Ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme. De même, les commissions de régulation créées par le législateur colombien dans le contexte d'ouverture à la concurrence entrepris à partir des années 1990, ont été placées sous la tutelle d'un ministre, telles que la Commission de régulation de télécommunications (CRT) rattachée au ministère de télécommunications. Cette tendance continue encore aujourd'hui. Récemment, l'Agence nationale du spectre électromagnétique (loi 1341 du 30 juillet 2009) a été également placée sous la tutelle du ministre des télécommunications.

²⁵⁹ L'article 189-22 de la Constitution colombienne attribue au Président la fonction de « *inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos* ».

²⁶⁰ Selon l'article 370 de la Constitution, il appartient au Président de signaler, en conformité à la loi, les politiques générales d'administration et de contrôle de l'efficacité des services publics domiciliaires, et d'exercer au travers de la Superintendance des services publics domiciliaires le contrôle, l'inspection et la vigilance des entités qui les fournissent. Il est possible de considérer qu'une interprétation rigide de ces dispositions aurait empêché l'externalisation de ces fonctions au profit d'une autorité de régulation sectorielle « indépendante » ; même dans un contexte de libéralisation de certains services publics – tels que ceux de l'électricité, des télécommunications, des eaux et du traitement des déchets –. A titre d'exemple, lors de l'adoption de loi 142 de 1994 relative aux services publics domiciliaires, les fonctions de contrôle, d'inspection et de vigilance des

de l'exécutif²⁶¹ – renforcée en grande mesure par la réforme de l'administration centrale de 1968²⁶² –, une interprétation rigide du principe de détermination et de coordination de la politique des secteurs économiques par les ministères²⁶³, ainsi que le peu de critiques formulées quant au caractère adapté au système colombien du modèle des autorités administratives indépendantes, y compris leur adéquation constitutionnelle²⁶⁴.

entreprises prestataires des services publics domiciliaires n'ont pas été « externalisées » dans une autorité de régulation indépendante. En effet, à cette occasion, le pouvoir politique colombien a décidé de placer la Superintendance des services publics domiciliaires mise en fonctionnement par cette loi, de conformité à l'article 370 de la Constitution, sous la tutelle du *Departamento nacional de planeación* (DNP). De plus, une distinction entre les activités de régulation et celles de police des services publics domiciliaires ne semble pas avoir été formulée en droit colombien.

²⁶¹ En droit colombien, le modèle de la décentralisation administrative par services lui-même a toujours eu comme pré-supposé un pouvoir de supervision et d'orientation s'exerçant dans l'appréciation de l'harmonie entre les décisions des organes des entités décentralisées avec les politiques générales adoptées, dans la pratique, par délégation du président, par le ministre du secteur. Pour le juge constitutionnel ce contrôle a d'ailleurs été avalisé par le constituant dès qu'il a décidé d'adopter cette forme d'organisation administrative. V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 727 du 21 juin 2000.

²⁶² Acte législatif n° 1, du 11 décembre 1968; Journal officiel année. cv. n° 32673, 17 décembre, 1968. p. 641. La décentralisation administrative par services en droit colombien comporte, dès 1968, l'idée d'un lien entre l'organe fonctionnellement décentralisé et un ministère ou département administratif conservant un contrôle de tutelle, afin d'obtenir la coordination de la fonction administrative. Pour la Cour constitutionnelle: « *el control de tutela parte de la base de la distinción entre organismos superiores e inferiores dentro de la estructura administrativa* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 727 du 21 juin 2000.

²⁶³ L'harmonisation et la coordination des politiques administratives sont expressément exigés par la Constitution (article 208). Les fonctions de supervision et d'orientation, qu'exerce le ministre sur les organes déconcentrés et décentralisés par services, constituent une manifestation pratique de cette disposition. Le contrôle ministériel, dans le cas des organes décentralisés par services, ne concernerait ni la liberté d'appréciation, ni la prise des décisions, qui relèvent du cadre légal des compétences de l'organe décentralisé. Une interprétation contraire dénaturerait le mécanisme de la décentralisation (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-727 du 21 juin 2000). Ceci a amené certains auteurs à conclure que les superintendances et les commissions de régulation sont des autorités « indépendantes » (v. Jaime VIDAL-PERDOMO, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », *op.cit.*, p.11). Toutefois, dans la pratique, l'absence de garanties d'indépendance, tels que le maintien du pouvoir de nomination et de la séparation du poste des représentants légaux des entités déconcentrées et décentralisées par services, peut poser des obstacles à l'indépendance fonctionnelle de superintendances et commissions aujourd'hui « rattachées » aux ministères. Rappelons-nous par exemple du cas de la SIC, autorité de concurrence transversale, lors de la fusion entre les compagnies aériennes *Avianca* et *Aces*, déjà évoqué dans le paragraphe relatif à la spécialisation organique.

²⁶⁴ Il faut toutefois noter qu'un examen critique du modèle des autorités administratives indépendantes et de leur adéquation constitutionnelle au système colombien, même s'il s'effectue davantage sous forme de bilan, a récemment commencé à attirer l'attention d'une partie de la doctrine. Voir à titre d'exemple, Alberto MONTAÑA PLATA, « Manifestaciones normativas de las Comisiones de servicios públicos », *op.cit.*, p.32; Hugo Alberto MARIN, « Norma regulatoria: ¿mito o realidad? », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, segundo semestre 2009, n° 3; pp. 27-66.

Cependant, d'un point de vue prospectif, l'exigence d'impartialité peut justifier l'externalisation, au moins provisoire, des autorités chargées de l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie. D'abord, les processus d'ouverture au commerce international et de libéralisation des secteurs économiques et services publics constituent un élément central de la politique gouvernementale en matière économique²⁶⁵. Mais si une analyse économique peut conclure que les marchés colombiens n'ont pas encore atteint un niveau suffisant de maturité ou de concurrence effective, il n'en demeure pas moins que le maintien de l'organisation de la régulation de la concurrence au sein une autorité gouvernementale peut apparaître, au moins dans la pratique, comme un obstacle pour le déploiement de la concurrence sur ce marché. Au demeurant, ceci ne vaudrait essentiellement que si l'Etat colombien, à l'instar de plusieurs Etats européens, ne continuait pas à avoir des implications dans le capital et/ou la direction des opérateurs économiques. Or il persiste actuellement en Colombie une situation de cumul des fonctions de régulateur et d'opérateur, qui, sous cet angle, semble contraire à l'exigence d'impartialité.

L'exigence d'impartialité peut justifier l'externalisation provisoire des fonctions qu'exercent aujourd'hui les autorités chargées de la régulation de la concurrence en Colombie. Elle semble cependant ne pas suffire à expliquer l'externalisation de ces mêmes fonctions dans les cas où l'Etat n'a plus aucune implication ni dans la direction, ni dans le capital de l'opérateur économique, ou dans ceux où la concurrence effective est bien instaurée sur des marchés ayant acquis une maturité importante. Si bien qu'une analyse du cas américain doit permettre de dégager d'autres éléments susceptibles de justifier l'externalisation de la régulation de la concurrence dans des autorités « indépendantes ».

Tandis que dans les Etats européens, l'externalisation a été pensée dans l'optique d'introduire une certaine concurrence sur des marchés jadis monopolisés,

²⁶⁵ V. à titre d'exemple, les accords de libre échange commercial récemment souscrits par le gouvernement colombien avec les gouvernements des Etats-Unis, le Salvador - Guatemala -Honduras, le Chili, le Canada et l'ALEC (Association européenne de libre exchange, composée de la Suisse, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein), ou bien ceux en cours de négociation entre l'Union européenne et les pays andins, ou encore les accords de promotion et de protection réciproque d'investissements avec divers Etats, comme le Pérou, l'Espagne, la Belgique ou la Chine. Une description détaillée de ces accords, ainsi que de la politique commerciale étrangère du gouvernement

aux Etats-Unis l'externalisation de la régulation de la concurrence trouve ses origines dans un tout autre contexte. Aux Etats-Unis, l'intervention de l'Etat dans l'économie trouve sa raison d'être dans le maintien d'une concurrence efficace sur des marchés défaillants²⁶⁶. A la différence du cas français, la FTC américaine est née dans l'optique de réguler des secteurs économiques dans lesquels l'Etat n'avait pas d'intérêts financiers. C'est dans ce contexte que s'inscrit la recherche de justifications de l'externalisation de la régulation de la concurrence grâce à des autorités « indépendantes » aux Etats-Unis.

Plusieurs justifications de cette nature se révèlent dans le grand nombre de pages consacrées à l'histoire législative des *Independent Regulatory Agencies* (IRA) américaines²⁶⁷, même si les arguments varient d'une agence à l'autre. Certaines références conditionnent l'externalisation de la régulation en général à une multitude de facteurs comme le souci de rapidité, d'efficacité ou de visibilité dans la gestion qui leur est confiée, facteurs qui, pris isolément, n'emportent pas notre conviction. S'agissant en particulier de l'histoire législative de la FTC²⁶⁸, une première justification « principale »²⁶⁹ de l'externalisation provient de la nature quasi-judiciaire de ses fonctions : « tout comme l'on souhaite des juges indépendants de

colombien est disponible sur le site institutionnel du ministère de commerce : <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/minihome.asp?idcompany=7>.

²⁶⁶ Tel que nous l'avons évoqué lors de l'examen de la spécialisation organique des autorités de concurrence, à l'origine l'autorité de concurrence américaine aurait été conçue comme une réponse institutionnelle à des effets anticoncurrentiels du mouvement des « consolidations » (v. Phillip E. AREEDA et Herbert HOVENKAMP, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, *op.cit.*, p. 10)

²⁶⁷ Pour une présentation générale de l'apparition des IRA aux Etats-Unis voir, Robert L. RABIN, « Federal Regulation in Historical Perspective », *Stan. L. Rev.*, 1986, vol. 38, p. 1189-1326 ; Marc WINERMAN, « The Origins of the FTC », *op. cit.*, p. 1. Il faut noter que le phénomène de l'Etat administratif a suscité aux Etats-Unis une littérature immense. Parmi une bibliographie considérable, Gary LAWSON, « The Rise of the Administrative State », *Harv. L. Rev.*, avril 1994, vol. 107, p.1231.

²⁶⁸ V. pour une présentation générale de l'histoire de la FTC américaine, American Bar Association, Section of Antitrust Law, *The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: The Role of Section 5 of the FTC Act in Antitrust*, *op. cit.*, pp. 2-11; Marc WINERMAN, « The Origins of the FTC », *op. cit.*, pp. 1-79.

²⁶⁹ Elle est principale par opposition aux autres facteurs subsidiaires qui peuvent être évoqués pour justifier, l'apparition d'autorités de régulation « indépendantes ». Comme par exemple les arguments déjà évoqués à propos du caractère technique et complexe des questions à adresser par ces autorités (V. Morris P. FIORINA, *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority, California Institute of Technology*, *op. cit.*, p. 1), ou ceux relatifs à la confiance dans la rapidité des procédures administratives,(V. American Bar Association, Section of Antitrust Law, *The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: The Role of Section 5 of the FTC Act in Antitrust*, *op. cit.*, p. 20) ou

toute influence politique, on souhaite que les agences exerçant des fonctions juridictionnelles soient tout autant indépendantes »²⁷⁰. Ainsi, plus larges seraient les pouvoirs juridictionnels de l'autorité de concurrence, plus grand serait le besoin d'indépendance²⁷¹. Par comparaison, l'autorité transversale de concurrence colombienne exerce également des fonctions juridictionnelles²⁷². Il est alors envisageable pour le législateur colombien de construire l'externalisation de la SIC à partir de la nature de ses attributions. Pourtant, cette approche ne prend en compte qu'un des aspects d'une question plus complexe : celle de la place des autorités de concurrence « indépendantes » par rapport au principe de la séparation des pouvoirs.

La Cour suprême américaine a essayé de répondre à cette question dans l'affaire *Humphrey's Executor v. United States*²⁷³. Par cet arrêt, elle a jugé que la FTC devait être séparée du pouvoir exécutif afin d'obtenir l'indépendance nécessaire

bien celui de la nécessité d'une participation des experts proches des opérateurs économiques dans des secteurs les plus directement affectés par la régulation.

²⁷⁰ Traduction personnelle de « *just as we want our judges to be independent of political influence, so we want agencies that exercise judicial functions to be similarly independent* », Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law and Government*, West Publishing, 2d éd., 1975, p. 17.

²⁷¹ Kenneth CULP DAVIS, *ibid.*, p. 17.

²⁷² La SIC exerce des fonctions juridictionnelles, par exemple, en matière de protection des consommateurs (loi 446 de 1998). L'attribution de fonctions juridictionnelles, que nous précisons ultérieurement, ne serait pas contraire au principe de séparation des pouvoirs contenu dans l'article 116 de la Constitution de 1991. Toutefois, pour le juge constitutionnel, l'attribution de fonctions juridictionnelles à l'endroit d'autorités administratives doit rester exceptionnelle. Une interprétation systématique de cette disposition a mené le juge constitutionnel à conclure que, pour qu'une autorité administrative puisse exercer des fonctions juridictionnelles, elle doit avoir les mêmes attributs que ceux exigés des juges, tels qu'une attribution de compétence expresse par la loi pour les affaires que celle même loi prétend régir, ainsi que des garanties d'indépendance et d'impartialité. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 3 décembre 2002.

²⁷³ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). La question posée à la Cour suprême dans cette affaire était celle de la constitutionnalité de la limitation apportée par le FTC Act (15 U.S.C. §§ 41-58, modifié) au pouvoir présidentiel de démettre les commissaires de la FTC de leurs fonctions dans les seuls cas d'« *inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office* ». La Cour a, de manière unanime, décidé en faveur de la constitutionnalité de ces dispositions, car « l'autorité du Congrès pour créer des agences quasi-législatives et quasi-judiciaires et pour leur demander d'accomplir des fonctions de manière indépendante de l'exécutif, ne peut pas être mise en question ». A l'occasion, la Cour décrit la FTC comme une agence quasi-législative et quasi-juridictionnelle lorsqu'elle administre le FTC Act, dans la mesure où elle vient compléter et appliquer l'expression : « *unfair methods of competition* ». De même, la Cour assimile la FTC à une institution qui « ne peut en aucun sens être caractérisée comme le bras ou l'œil de l'exécutif » « *cannot in any proper sense be characterized as an arm or an eye of the executive* ». Cette décision a eu pour conséquence de placer l'autorité de concurrence en dehors du pouvoir exécutif, voir sur ce point James C. MILLER, « A Reflection on the Independence of Independent Agencies », *Duke L. J.*, avril-juin 1988, p. 297 ; Harold H. BRUFF, « On the Constitutional Status of the Administrative Agencies », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, p. 491 ; Frederick R. ANDERSON, « Revising the Constitutional Status of the Administrative Agencies », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, p. 277.

à accomplir ses missions – notamment celles de nature quasi-juridictionnelle et quasi-législative –. Pendant plusieurs décennies cette jurisprudence a servi à édifier l'indépendance de plusieurs agences fédérales vis-à-vis du contrôle présidentiel²⁷⁴.

Toutefois, pour certains auteurs, la question de l'attribution des pouvoirs aux autorités de concurrence « indépendantes » ou non du pouvoir exécutif a « évolué avec le temps »²⁷⁵. Une nouvelle réponse, suivant une interprétation moins rigide du principe de séparation des pouvoirs, a alors été proposée. La référence aux vertus des « *checks and balances* »²⁷⁶ semble aujourd'hui la justification la moins contestable

²⁷⁴ Daniel J. GIFFORD, « The Separation of Powers Doctrine and the Regulatory Agencies after *Bowsher v. Synar* », *Geo. Wash. L. Rev.*, mars 1987, n° 55, pp. 450-451 (*in the issue of presidential control*). Toutefois, l'affaire *Humphrey's Executor* n'a pas eu le charme suffisant pour échapper aux critiques. Pour certains auteurs, comme Daniel GIFFORD, une lecture de l'affaire *Humphrey's Executor* selon laquelle les agences « indépendantes » doivent être exclues du pouvoir exécutif en raison de leurs fonctions quasi-juridictionnelles et quasi-législatives est trompeuse. Pour cet auteur, un tel argument permettrait alors d'exclure les agences « exécutives », qui disposent également de ces pouvoirs. En outre, à l'époque de la décision *Humphrey's Executor*, la FTC ne se livrait pas à l'activité quasi-législative de *rulemaking*. Daniel J. GIFFORD, *ibidem*, note 122 ; v. notamment l'affaire *Synar v. United States*, 626 F. Supp. 1374, 1397, n. 24, (D.D.C) -, indiquant que la FTC n'as revendiqué sa compétence en matière de *substantive rulemaking* qu'à partir de 1962 (aff'd sub nom. *Bowsher v. Synar*, 106 S. Ct. 3181, [1986]).

²⁷⁵ Conformément à cette évolution, la seule attribution de pouvoirs quasi-juridictionnels et quasi-législatifs ne saurait expliquer de nos jours l'externalisation de l'autorité de concurrence. Une approche différente du principe de la séparation des pouvoirs serait alors nécessaire. Le professeur CULP DAVIS soutient à cet égard qu'une « nouvelle » théorie de la séparation des pouvoirs peut être construite à partir des points suivants : 1. nuancer le postulat selon lequel la séparation de pouvoirs constitue une sauvegarde nécessaire contre la tyrannie ; 2. la concentration des trois pouvoirs primaires (exécutif, législatif et judiciaire) ne doit pas être le fondement d'une décision d'inconstitutionnalité ; 3. il n'y a pas d'objection à conférer les trois types de pouvoirs à une agence ; 4. les agences peuvent recevoir des pouvoirs juridictionnels, mais sous certaines conditions ; 5. l'attribution de pouvoirs non-juridictionnels aux juges doit être examinée à la lumière d'une comparaison des compétences des tribunaux et des institutions alternatives au gouvernement ; 6. les attributions de pouvoirs doivent être résolues par négociation entre les branches du pouvoir public ; 7. les contrôles sur l'exercice des pouvoirs doivent être renforcés ; 8. les pouvoirs « relatifs » de plusieurs branches du pouvoir public peuvent changer avec le temps, sans l'intervention des tribunaux ; 9. une question importante est celle de savoir jusqu'où les juges peuvent légiférer ; et 10. la théorie de la séparation des pouvoirs doit être relativisée et remplacée par des théories sur la façon d'attribuer, de structurer et de contrôler les pouvoirs de liberté d'appréciation et de décision. Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2e éd., St. Paul : West Publishing, 1975, XVIII, pp. 78-82.

²⁷⁶ Cette approche, comme l'explique le Professeur STRAUSS, a été élaborée à partir des discussions de la Cour suprême américaine dans des affaires tels que *United States v. Nixon*, (418 U.S. 683, 707, [1974]); *Nixon v. Administrator of General Services* (433 U.S. 425, 443, [1977]); et *Buckley v. Valeo*, (424 U.S. 1, 127-31, [1976] -*per curiam*-). L'idée des « *checks and balances* » ne suppose pas une division radicale du gouvernement en trois branches, avec des fonctions spécifiques clairement réparties entre elles. Au contraire, l'accent est mis sur les rapports et interconnexions, ainsi que sur le maintien des conditions grâce auxquelles la tension entre ces branches reste maximale. Sous cet angle, la question importante est celle de savoir si les rapports entre chacun des trois pouvoirs constitutionnels, pendant l'exercice de leurs attributions, permettent une indépendance et interdépendance effectives. Peter STRAUSS, « The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch », *Colum. L. Rev.*, 1984, vol. 84, pp. 578.

qui puisse être donnée à l'externalisation des autorités chargées d'organiser la régulation de la concurrence²⁷⁷. Selon cette approche, les autorités de régulation « indépendantes », plus qu'une « quatrième branche du gouvernement sans tête »²⁷⁸, constituent une manifestation institutionnelle des rapports et interconnexions, notamment sous la forme d'un compromis, entre les pouvoirs publics. Cette idée d'un compromis entre les pouvoirs publics peut également servir de fondement, en droit colombien, à une éventuelle soustraction législative de l'organisation de la régulation de la concurrence du pouvoir exécutif au profit des organes « indépendants » de ce dernier²⁷⁹.

L'exigence d'impartialité et le postulat des « *checks and balances* » peuvent alors expliquer une éventuelle externalisation, au moins provisoire, de la régulation de la concurrence en Colombie. Il faut maintenant essayer de déterminer, avec l'aide de ces deux arguments, la manière dont l'externalisation peut opérer suivant la logique du système juridique colombien.

B- L'ADEQUATION CONSTITUTIONNELLE DE L'EXTERNALISATION AU SYSTEME COLOMBIEN

La question de la constitutionnalité d'un organe « indépendant », au sens strict du terme, de création légale ne s'est pas encore posée, à notre connaissance, ni devant

²⁷⁷ Martine LOMBARD, « Introduction générale », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁸ Selon les termes employés par la Commission présidentielle en management administratif (The President's Comm. On Administrative Management), in *Administrative Management in the Government of the United States*, 1937, p. 30. Voir également, l'opinion dissidente du juge Jackson dans l'affaire *FTC v. Ruberoid Co.*, (343 U.S. 470, 487-88, [1952]): « [Les organes administratifs tels que la FTC] sont devenus une véritable quatrième branche du gouvernement [...] Les agences administratives ont été dénommées quasi-législatives, quasi-exécutives ou quasi-juridictionnelles, selon l'occasion, afin de valider leurs fonctions au sein du schéma de la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Le simple emploi de la qualification « quasi » implique une acceptation implicite de ce que toutes les classifications sont aujourd'hui remises en cause, et « quasi » n'est qu'une couverture subtile visant à cacher cette confusion, de la même manière que nous employons un couvre-lit pour couvrir un lit en désordre ». Par comparaison, en l'absence d'une réflexion en profondeur sur la véritable position constitutionnelle et sur le rôle des autorités indépendantes dans le système colombien, l'idée de les assimiler à un hypothétique quatrième pouvoir pour en légitimer l'existence et l'activité, n'a à notre connaissance jamais été véritablement évoquée en Colombie.

²⁷⁹ L'ensemble des garanties d'indépendance accordées à l'autorité de concurrence, ainsi que les mécanismes des contrôles des pouvoirs publics, seraient l'expression d'un tel compromis entre les trois branches du pouvoir public. L'indépendance serait en effet la conséquence de l'alliance réalisée par le pouvoir public entre expertise (réduction de l'incertitude technique de la régulation) et contrôle (réduction de l'incertitude procédurale de la régulation) ; v. Kathleen BAWN, *op.cit.*, p. 62.

le juge, ni dans la doctrine juridique en Colombie. Jusqu'à présent le législateur colombien a choisi de maintenir un lien de tutelle pour chacun des organes qu'il institue. Au préalable, il convient toutefois de faire précéder cet examen de l'adéquation des autorités de concurrence « indépendantes » au système colombien par un bref exposé du cadre constitutionnel en vigueur.

La Constitution colombienne de 1991 établit de façon expresse la forme démocratique de l'Etat colombien en le définissant comme un Etat social démocratique, participatif et pluraliste de droit²⁸⁰, et précise cette conception moyennant la référence explicite ou implicite aux différents pouvoirs de l'Etat et à la légitimation de ces pouvoirs à travers la représentation politique. De même, la Constitution envisage l'existence d'une multiplicité d'organes constitutionnels et d'autres pouvoirs publics en dehors des pouvoirs classiques législatif, exécutif et judiciaire²⁸¹. Toutefois, la Constitution colombienne ne comporte aucune référence à un éventuel *numerus clausus* relatif au nombre et au caractère des institutions de l'Etat. La Constitution consacre en plus la décentralisation territoriale comme un élément de base du modèle d'Etat et elle laisse une large marge d'autonomie aux entités territoriales en ce qui concerne l'organisation de leurs institutions gouvernementales et administratives²⁸².

Dans ce cadre, s'agissant particulièrement de la régulation économique, deux arguments peuvent être évoqués pour soutenir la constitutionnalité et la viabilité du

²⁸⁰ L'article 1 de la Constitution définit la Colombie comme un « Etat social de droit, organisé en forme de République unitaire, décentralisée, dans le respect de l'autonomie des entités territoriales, démocratique, participative et pluraliste, fondée sur le respect de la dignité humaine, dans le travail et la solidarité des personnes qui la composent et dans la primauté de l'intérêt général ». Voir sur la portée de cet article en matière de régulation économique, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-865 de 2002.

²⁸¹ Selon l'article 113 de la Constitution colombienne, premièrement, constituent des branches du pouvoir public la législative, l'exécutive et la judiciaire. Deuxièmement, cette disposition reconnaît de manière expresse l'existence d'autres organes, en dehors des organes formant les trois branches du pouvoir public, autonomes et indépendants, pour l'accomplissement des autres fonctions de l'Etat (tels que la *Contraloría*, autorité chargée du contrôle fiscal des pouvoirs publics ; la *Procuraduría* autorité chargée, entre autres fonctions, de surveiller la conformité à la Constitution et à la loi de l'activité des autorités administratives, ainsi que le respect des droits fondamentaux et des intérêts collectifs ; la Banque centrale et la CNTV). Troisièmement, aux termes de cette disposition, même si les différents organes ont des fonctions séparées, ils doivent collaborer harmonieusement à la réalisation des finalités de l'Etat.

²⁸² Voir le titre XI (de l'organisation territoriale), chapitre I (dispositions générales) et notamment l'article 287 de la Constitution : « *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley* ».

choix du législateur en faveur de l'indépendance statutaire des autorités – au moins de l'autorité transversale – participant à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie. En premier lieu, la Constitution ne contient aucune autre limitation explicite que celle relative au respect de la liberté d'entreprise et des règles du marché, en ce qui concerne l'intervention du législateur colombien dans l'économie²⁸³. En second lieu, la Constitution reconnaît, d'une part, une certaine autonomie au législateur pour la détermination de la structure de l'administration centrale²⁸⁴ et, d'autre part, une certaine autonomie à l'exécutif quant à l'organisation de l'appareil administratif, dans le cadre fixé par la loi²⁸⁵.

Le législateur colombien semble *a priori* habilité pour externaliser l'activité de la *delegatura* de la concurrence de la SIC – ainsi que celle, par exemple, de la *delegatura* de protection des consommateurs – dans un nouvel organe « indépendant » – qui peut être transversal –. La légitimité démocratique initiale de ce nouvel organe peut trouver son expression dans le débat politique au sein du Congrès à l'occasion de l'élaboration et de l'approbation de la loi destinée à en assurer la création²⁸⁶. Cette légitimité peut être ensuite renforcée par des liens entre cet organe de concurrence et les pouvoirs publics classiques – notamment par une série de garanties et de mécanismes de contrôle, de coopération et de coordination –.

²⁸³ Mais, en droit colombien, l'intérêt privé, reconnu par la Constitution en vertu de la liberté économique, comprenant la liberté d'entreprendre, la libre initiative et la libre concurrence économique (article 333), doit être articulé avec d'autres impératifs d'intérêt général. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-865 de 2002. Pour une analyse complète des libertés de concurrence et d'entreprendre en France, v. DRAGO, Guillaume, LOMBARD Martine. *Les libertés économiques*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2003.

²⁸⁴ Le législateur, conformément à l'article 150-7 de la Constitution colombienne de 1991, est l'organe compétent pour déterminer la structure de l'administration centrale. (V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-784 du 18 août 2004). Ceci est aussi le cas au niveau décentralisé pour les législateurs des départements et municipalités, en vertu notamment du principe d'autonomie territoriale. (V. par exemple sur la portée de l'autonomie des entités décentralisées territorialement, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1258 de 29 novembre 2001).

²⁸⁵ Le législateur peut déléguer sa compétence pour déterminer la structure de l'administration centrale à l'exécutif, sous certaines conditions de précision et de durée de l'autorisation (article 150-10 de la Constitution, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-727 du 21 juin 2000). En outre, l'article 189-15 de la Constitution attribue au Président la faculté de supprimer ou de fusionner les entités ou organismes administratifs nationaux, en conformité avec la loi. L'article 189-16, à son tour, l'habilite à modifier la structure des ministères, départements administratifs et autres organismes et entités administratifs nationaux, dans le respect des principes et règles générales définis par la loi.

²⁸⁶ Et notamment lorsque la jurisprudence constitutionnelle colombienne exige la participation active de l'exécutif. v. à titre d'exemple, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-121 de 2004.

Si le législateur a le pouvoir – même pour l’instant seulement théorique – de créer une nouvelle institution « indépendante » en charge de la régulation de la concurrence, il faut alors s’interroger sur la possibilité de lui conférer la personnalité morale. Il paraît s’agir d’une condition de l’« autonomie » d’un organe « indépendant », selon le choix opéré par le constituant colombien²⁸⁷. Par comparaison, pourtant, l’octroi de la personnalité morale ne constitue pas un critère d’indépendance des autorités administratives indépendantes qui participent à l’organisation de la concurrence en droit français²⁸⁸. Or, dans l’hypothèse où la personnalité morale n’est pas attribuée à l’organe par le législateur colombien, on peut se demander s’il peut tout de même instituer un organe placé en dehors de la hiérarchie administrative traditionnelle et soustrait à l’autorité du ministre. Il convient de s’arrêter sur ce point, s’agissant de réaliser par ce biais, au moins d’un point de vue organique, l’externalisation de la régulation de la concurrence – ou bien certaines fonctions de régulation dans ce domaine, tels que le contrôle des concentrations ou la police en matière de pratiques anticoncurrentielles –.

Selon le cadre constitutionnel ici énoncé, le législateur colombien semble habilité à instaurer des autorités de concurrence « indépendantes », mais dépourvues de la personnalité morale. Comme en droit français, une autorité créée sous cette forme est censée intégrer l’Etat²⁸⁹, plutôt que d’être considérée comme un nouveau

²⁸⁷ Rappelons-nous comment, en droit Colombien, l’indépendance des organes « autonomes » de création constitutionnelle, au sens strict du terme, paraît s’obtenir par le cumul de trois facteurs : d’abord, une émancipation de l’organe considéré à l’égard de tout lien non seulement hiérarchique, mais aussi de tutelle. Ensuite, un dispositif statutaire concourant à la garantie de la liberté fonctionnelle de l’organe « indépendant ». Enfin, comme semble être aussi le cas en Espagne, l’indépendance manifeste en outre avec l’octroi de la personnalité morale. Il faut alors s’interroger si ces trois critères s’imposent au législateur pour la création d’un organe « externalisé ».

²⁸⁸ Sur les critères de définition des autorités administratives indépendantes, voir Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t.1, *op.cit.*, n°138 et s. Exceptionnellement, l’Autorité des marchés financiers constitue une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale (article L.621-1 du Code monétaire et financier).

²⁸⁹ Par comparaison, l’autorité administrative indépendante centrale est une autorité de l’Etat. Comme le rappelle Yves GAUDEMET, les autorités administratives indépendantes se caractérisent par le fait qu’elles sont instituées au sein d’une personne publique existante qui, dans le cas des autorités indépendantes centrales correspond à l’Etat. L’absence de personnalité morale des autorités de concurrence entraînerait des conséquences telles que l’impossibilité d’ester en justice –sauf pour les cas où la loi expressément les autorise et dans les limites de celle-ci ou bien la mise en jeu de la responsabilité de l’Etat pour les dommages qui peuvent être causés par les actes ou activités de ces autorités de concurrence. Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, n°143-144. En droit colombien, la distinction entre entités centralisées et décentralisées qui entraîne l’attribution de la personnalité morale aux dernières, a comme seule finalité d’habiliter ces dernières comme sujets de droit. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C- 727 du 21 juin 2000.

« *genus* » exigeant un travail préalable d'aménagement constitutionnel. Il faut cependant noter que ces autorités de régulation « indépendantes » font partie, suivant l'échelle de l'indépendance proposée dans l'introduction²⁹⁰, d'une catégorie intermédiaire entre celle composée des organes administratifs demeurant rattachés à un ministère – mais qui paradoxalement disposent de la personnalité morale – et celle, au sommet de cette même échelle, composée des organes « autonomes » de création constitutionnelle. Cela est dû, il faut le rappeler, au moindre degré d'autonomie dont semblent disposer les autorités de concurrence « indépendantes » – mais dépourvues de la personnalité morale – par rapport aux organes constitutionnels « autonomes », spécialement en matière patrimoniale.

D'un point de vue institutionnel ou organique, le législateur colombien semble habilité à instituer des organes placés en dehors de la structure administrative traditionnelle (dotés ou non de la personnalité morale). Il reste néanmoins à préciser la portée de cette habilitation. Le juge constitutionnel colombien, en vertu de l'article 154 de la Constitution, conditionne l'exercice de la faculté de configuration législative de la structure de l'administration centrale à l'initiative de l'exécutif. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, l'exigence de l'initiative du gouvernement par rapport à la détermination de la structure de l'administration nationale est le reflet du principe de collaboration harmonieuse entre les différentes branches du pouvoir public²⁹¹. Par conséquent, l'externalisation de l'organisation de la régulation de la concurrence par le législateur au sein d'un organe « indépendant » ne semble envisageable qu'après une sorte de compromis entre les pouvoirs publics. Cependant, une interprétation littérale de l'article 154 permettrait d'avancer que le placement de l'organe « indépendant » de concurrence à instaurer en dehors de la structure de l'administration nationale habilite le législateur à réaliser cet aménagement institutionnel sans l'initiative du gouvernement. Suivant cette approche, l'initiative gouvernementale ne serait requise que pour réformer la « structure de

²⁹⁰ Voir supra, p. 23 et s.

²⁹¹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 121 de 2004. « *Es claro que las leyes a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución que sean aprobadas por el Congreso de la República sin haber contado con la iniciativa del Gobierno se encuentran viciadas de inconstitucionalidad y pueden, en consecuencia, ser retiradas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional bien mediante la acción de inexequibilidad ejercida dentro del año siguiente a la publicación del acto -ya que se trata de un vicio de forma-, o bien cuando como en el presente caso*

l'administration », tel que la norme l'indique. Toutefois, dans l'hypothèse d'externalisation de l'organisation de la concurrence dans un organe « indépendant » de création législative, c'est l'externalisation de certaines fonctions d'inspection, surveillance et contrôle qui appartient au Président²⁹². En outre, il faudra aussi déterminer si cette externalisation entraîne une modification ou suppression des organes faisant partie de la « structure de l'administration ». De plus, l'idée d'un compromis entre les pouvoirs publics traduit mieux celle des « *checks and balances* ».

D'un point de vue strictement matériel, l'externalisation législative de la régulation de la concurrence dans un organe « indépendant » de l'exécutif rencontre des limites. L'interdiction constitutionnelle faite au législateur colombien de transférer sa compétence normative constitue une première restriction matérielle à l'externalisation de la régulation de la concurrence²⁹³. Pour le juge constitutionnel, le fait pour le législateur colombien de se déposséder d'une fonction qui lui appartient en propre au profit d'une autre branche du pouvoir public, ou à un de ses organes, constitue une violation de l'article 113 de la Constitution, qui consacre, sans méconnaître la collaboration harmonieuse entre les pouvoirs publics, le principe de la séparation des pouvoirs²⁹⁴.

En outre, en vertu de l'article 150-19 de la Constitution, le législateur ne peut réaliser l'externalisation de la régulation de la concurrence par une loi cadre. Cette disposition ne l'habilite en effet à adopter des lois cadres que dans les domaines qu'elle mentionne expressément²⁹⁵, et dont la régulation de la concurrence ne fait pas

al ejercer el control previo de constitucionalidad por virtud de las objeciones presidenciales se llegue a determinar el incumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 154 Superior ».

²⁹² Article 189, Constitution de 1991.

²⁹³ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-290 de 16 juin 1997.

²⁹⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-136 de 4 mars 1999. Dans le même sens, « une norme qui contrevient à ce principe vide les dispositions légales de leur stabilité et affaiblit leur statut normatif ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-509 de 14 juillet 1999.

²⁹⁵ Le législateur est habilité à édicter des normes générales contenant des objectifs et critères liant le gouvernement pour : a. organiser les emprunts contractés par l'Etat et/ou les collectivités territoriales (*créditos públicos*) ; b. réguler le commerce extérieur et fixer le régime du change international, en accord avec les fonctions que la constitution confère à la *Junta directiva* de la Banque centrale; c. modifier, selon la politique commerciale, les tarifs douaniers (*aranceles*) et autres dispositions déterminant le régime douanier ; d. réguler les activités financières, de bourse, d'assurance et toutes autres activités relatives à la gestion, l'exploitation et l'investissement des ressources perçues du

partie, cette liste étant exhaustive. Le législateur ne peut donc pas, par exemple, déterminer la seule politique générale de la concurrence dans une loi cadre afin de déléguer l'activité normative de ce domaine à l'autorité de concurrence « indépendante » à instituer²⁹⁶. Dès lors, si l'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence semble possible d'un point de vue organique pour le législateur, il s'avère que d'un point de vue matériel, elle ne peut être réalisée d'une façon générale et imprécise, au risque de porter atteinte, là encore, au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs²⁹⁷. En d'autres termes, la compétence normative « principale » pour réguler le domaine de la concurrence doit nécessairement rester entre les mains du législateur, même en cas d'attribution expresse de pouvoirs normatifs à l'organe « indépendant »²⁹⁸. Comme nous le verrons lors de l'examen de la délégation des compétences normatives aux autorités de concurrence²⁹⁹, une telle attribution devra être précise et de caractère « résiduel ».

Mais l'attribution par le législateur d'une compétence normative « résiduelle » aux autorités de concurrence « indépendantes » soulève la question de la place des actes de portée générale adoptés par ces autorités dans le système colombien de hiérarchie des normes. Une deuxième limite matérielle réside précisément dans le principe de coordination administrative posé par l'article 209 de la Constitution colombienne, selon lequel les autorités administratives doivent coordonner leurs actions afin de garantir une réalisation adéquate des finalités de l'Etat³⁰⁰. Hormis

public ; e. fixer le régime salarial et des prestations sociales des employés publics, des membres du Congrès national et de la force publique ; f. réguler le régime de prestations sociales minimales des travailleurs publics. Ces fonctions, en ce qui concerne les prestations sociales, ne peuvent pas être déléguées aux Corporations publiques territoriales et ces dernières ne pourront pas se les octroyer (article 150-19 de la Constitution).

²⁹⁶ En revanche, le législateur peut seulement fixer les fonctions des organes « autonomes » de création constitutionnelle par voie générale et abstraite. S'agissant par exemple de la Banque centrale, le juge constitutionnel a affirmé précisément que « *las facultades del legislador no pueden extenderse hacia la fijación de linderos donde se precise en detalle el ejercicio de sus atribuciones, porque ello significaría, el cercenamiento de su autonomía. En tal virtud, la ley sólo debe fijar "por vía general y abstracta, el ámbito de funciones del Banco* ». Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-208 du 1er mars 2000.

²⁹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-917 de 29 octobre 2002.

²⁹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-917 de 29 octobre 2002.

²⁹⁹ Voir infra, p. 197 et s.

³⁰⁰ On peut entendre par coordination, les actions de concertation des moyens ou efforts pour réaliser, de manière cohérente, une action commune (Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004). Ainsi entendue, la coordination se présente lorsque, en vertu de la Constitution ou de la loi, des compétences sont communes à deux ou plusieurs autorités publiques. Au travers de la

quelques cas ponctuels où la Constitution de 1991 attribue directement des compétences normatives à des autorités administratives dites « autonomes »³⁰¹, l'activité réglementaire des ministères et des entités administratives de niveau national est soumise aux directives et politiques présidentielles³⁰².

En pratique, le principe de coordination administrative revient à conférer aux ministres, par délégation du Président, la charge de la détermination et de la coordination de la politique de chacun des secteurs relevant de leur compétence³⁰³. Cette compétence ministérielle peut apparaître comme une restriction à la capacité du législateur pour externaliser la régulation de la concurrence vers une autorité de concurrence « détachée » de la tutelle du ministre³⁰⁴. La portée de cette restriction

coordination s'expriment les principes d'unité et de participation. La coordination sert aussi de fondement pour réaliser d'autres principes tels que l'efficacité, la rapidité et l'économie, qui sont également propres à la fonction administrative. Comme il s'agit d'un principe de caractère fonctionnel, fondé sur le partage de compétences communes entre autorités publiques, son application n'est pas conditionnée en droit colombien par le profil du serviteur public qui agit à un moment déterminé, mais par l'existence des politiques institutionnelles et des accords concrets de coordination. Dans d'autres termes, compte tenu du fait que les fonctions des entités publiques et les fonctions des emplois publics sont indépendantes de leurs titulaires, le principe de coordination n'est pas subordonné à des considérations conjoncturelles de caractère politique, social ou culturel des employés, mais au façonnement institutionnel de la structure de l'administration et à l'accomplissement des finalités de l'Etat. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

³⁰¹ Pour la Cour constitutionnelle colombienne, il s'agit dans ce cas des « domaines de régulation » qui, par mandat exprès de la Constitution, sont attribués à d'autres organes constitutionnels, en marge du pouvoir réglementaire du président. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-805 du 1^{er} août 2001.

³⁰² Selon la Cour constitutionnelle, il s'agit en effet d'une compétence résiduelle et subordonnée à celle du Président (article 189-11 Constitution). Tandis que le Président met en œuvre les règles législatives, les organismes subordonnés à l'exécutif émettent la réglementation nécessaire pour détailler le processus de mise en œuvre de la loi. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-917 du 29 octobre 2002. En effet, tout pouvoir de régulation visant à édicter des normes pour l'exécution des lois, appartient, en principe, selon la Constitution, à l'exécutif. En vertu de sa faculté de régulation, le Président édicte des normes de caractère général, subordonnées à la loi et destinées à permettre leur application efficace. Ces normes doivent revêtir la signature du Président et celle du ministre ou du directeur du Département administratif du secteur concerné. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-805 de 1^{er} août 2001.

³⁰³ Selon l'article 208 de la Constitution de 1991, il revient aux ministres, sous la direction du Président, de formuler les politiques de leur secteur, de diriger l'activité administrative et d'exécuter la loi. En conformité avec cette disposition, la loi 489 de 1998, régulant certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des entités de niveau national, prévoit que les ministères sont les principaux organes de l'administration (article 39 *ibidem*) et ont pour mission « *la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen* » (art. 58. *ibidem*).

³⁰⁴ L'assignation graduelle de la faculté de réglementation se justifie, pour le juge constitutionnel, dans la mesure où ce sont les organes administratifs qui ont accès à l'information relative au fonctionnement pratique des outils de création législative. La proximité entre ces organes et les questions réelles à mettre en œuvre impose que ces derniers soient chargés de la « micro-

dépendra néanmoins du contenu accordé au principe de coordination administrative. Si l'on considère, par exemple, la coordination administrative comme une sorte de « concertation entre entités ou organismes »³⁰⁵ plutôt que comme une relation hiérarchique ou de subordination entre autorités administratives, l'externalisation de fonctions aujourd'hui attribuées à certains organes « rattachés » aux ministères, tels que la SIC, semble viable. Dans ce contexte, la compétence ministérielle de coordination des politiques générales de la concurrence dans les secteurs de leur compétence peut être partagée avec des autorités de concurrence transversale et sectorielles « indépendantes » à instaurer. Une interprétation plus rigide du principe de coordination administrative mène, en revanche, à une solution inverse. Par conséquent, une approche souple du principe de coordination administrative, en privilégiant des formes de coopération administrative³⁰⁶ permettrait de trouver un point d'équilibre entre le besoin d'indépendance et celui d'unité et de cohérence de l'activité de l'administration centrale.

En outre, l'externalisation par le législateur de la fonction de régulation de la concurrence doit permettre que les actes des autorités « indépendantes » chargées de son organisation échappent à toute subordination hiérarchique aux directives et politiques présidentielles. La recherche de la garantie de leur indépendance effective

régulation » de la loi. « L'imprévisibilité totale de l'exécutif suffirait à justifier la nécessité d'attribuer à un organe technique la production de la réglementation correspondante ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-917 de 29 octobre de 2002. En outre, la Cour constitutionnelle colombienne rappelle que le pouvoir réglementaire n'est pas un pouvoir exclusif du Président. Le système colombien est alors un système « diffus » de production normative à caractère général. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-350 de 1997. Toutefois, dans cette même décision, la Cour reconnaît que les autres sources de réglementation que celles du Président, sont soumises à la réglementation présidentielle. La question qui se pose alors est celle de savoir si cette soumission à la réglementation présidentielle doit être maintenue lorsqu'on externalise une fonction de régulation dans une autorité « indépendante » de l'exécutif. Le juge constitutionnel doit-il privilégier des formes de coopération entre l'autorité externalisée et l'exécutif, plutôt qu'une interprétation rigide de la séparation de pouvoirs et de la coordination administrative ?

³⁰⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

³⁰⁶ La Constitution politique consacre deux modalités de coordination: une première en tant que principe admettant la concertation entre entités ou organismes, dans des situations où il n'existe pas de relations hiérarchiques ou de subordination entre ceux-ci (articles 48, 209, 246, 288, 298 et 329, par exemple); et une seconde, en tant qu'attribution de la compétence de coordination aux responsables d'une fonction administrative spécifique, ce qui reflète un certain degré de hiérarchie fonctionnelle entre l'autorité qui coordonne et celles chargées de l'exécution de la mission (articles 250 et 298, par exemple). Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004. Il faudrait alors privilégier la première modalité s'agissant d'une éventuelle externalisation de la fonction de la régulation de la concurrence dans des organes « indépendants ».

vis-à-vis de l'exécutif se trouve alors confrontée à une alternative. D'un côté, en effet, il est possible d'appréhender les actes à caractère général des autorités de concurrence « indépendantes » comme une catégorie intermédiaire entre la loi et les règlements de l'exécutif. Il reste cependant que la reconnaissance d'une telle catégorie intermédiaire en droit colombien ne paraît pas évidente³⁰⁷, compte tenu notamment de la configuration actuelle du système de sources³⁰⁸. D'un autre côté, il est possible de placer les actes à caractère général des autorités de concurrence « indépendantes » au même niveau hiérarchique que les règlements de l'exécutif. Dans cette configuration, l'attribution par le législateur de pouvoirs normatifs aux autorités de concurrence « indépendantes » conduit à leur reconnaître une compétence pour organiser la régulation de la concurrence³⁰⁹. Par conséquent, l'attribution aux autorités de concurrence, directement par le législateur, de compétences pour adopter des normes générales et impersonnelles ne peut être que limitée à des régulations de caractère technique et opérationnel, propres à leurs domaines de compétence.

L'externalisation de la régulation de la concurrence par le législateur au sein d'un organe « indépendant » ne semble donc envisageable qu'après une sorte de compromis entre les pouvoirs publics³¹⁰. La légitimité démocratique de l'autorité « indépendante » de la concurrence est alors déterminée par un ensemble de rapports

³⁰⁷ Voir infra p. 278 et s. à propos des actes à caractère général des autorités administratives de la concurrence.

³⁰⁸ Ce qui constitue une différence avec le système américain où les *rules* des autorités de régulation indépendantes font partie d'une catégorie intermédiaire reconnue par la jurisprudence entre la loi et le règlement de l'exécutif. Comme le souligne Elizabeth ZOLLER, les *rules* des ARI sont considérées matériellement comme de véritables lois, dans la mesure où elles obligent, par la contrainte, les citoyens dans les domaines les plus divers. Cependant, il s'agit de lois élaborées par des experts « que le sens commun voit plutôt comme des bureaucrates dénués de la moindre onction de suffrage populaire ». Elizabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *op. cit.*, p. 171.

³⁰⁹ Il s'agit d'une situation de partage de compétences entre différentes autorités administratives, plus ou moins indépendantes du pouvoir exécutif, dont le but est d'organiser la régulation de la concurrence. Ceci apparaît comme une manifestation du principe de coordination administrative de l'article 208 de la Constitution colombienne de 1991.

³¹⁰ La faculté reconnue au législateur pour déterminer la structure de l'administration centrale n'est pas absolue en droit colombien. Selon la jurisprudence constitutionnelle, la création, suppression et modification des entités de l'ordre national doit compter avec l'initiative ou l'aval du gouvernement, suprême autorité administrative. V. parmi une immense jurisprudence, Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 570 du 8 juin 2004 ; « *El ordenamiento constitucional colombiano atribuye al Legislador la facultad de regular la organización y el funcionamiento de las entidades [...] Dicha potestad del Legislador no supone un ejercicio totalmente independiente de la misma, requiere de la participación gubernamental para expedirlas o reformarlas* », Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 du 24 avril 1997. Cette exigence apparaît, dans le système colombien,

et interconnexions entre ce nouvel organe et les pouvoirs publics, qui peuvent, par exemple prendre la forme d'une coopération entre l'organe de concurrence « indépendant » et les pouvoirs publics. Une autre voie pour arriver à un équilibre consiste à concevoir l'indépendance de l'organe de concurrence comme une forme de contre-pouvoir ; cette voie est d'autant plus utile qu'il existe des risques de conflits d'intérêts entre État opérateur et État régulateur. Dans un tel contexte, l'autorité de concurrence peut alors devenir un moyen pour assurer « le développement des systèmes d'informations indépendants des pouvoirs institutionnels », nécessaires pour assurer un contrôle efficace des citoyens sur l'activité des élus³¹¹.

Un compromis entre les pouvoirs publics colombiens peut être trouvé par une interprétation moins rigide du principe de la séparation des pouvoirs, en même temps que par la mise en place de formes de coopération et de mécanismes de contrôle des pouvoirs publics sur l'activité de la nouvelle autorité de concurrence « indépendante ». Ce compromis entre les pouvoirs publics a, dans la pratique, des implications non seulement dans le fonctionnement, mais aussi dans l'organisation des autorités de concurrence « indépendantes ». Dès lors, la recherche des moyens par lesquels déterminer les garanties d'indépendance, les mécanismes de coopération et ceux de contrôle par les pouvoirs publics doit se poursuivre en examinant l'architecture des autorités de concurrence.

Section 2

L'ARCHITECTURE DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Parmi les contraintes encadrant les options (*opportunity sets*) disponibles pour le façonnement des autorités administratives de concurrence, se trouvent celles qui sont imposées par les pouvoirs publics. Ces contraintes peuvent être liées à la structure organisationnelle, au personnel et/ou au budget de fonctionnement de ces autorités. A titre d'exemple, le conflit de compétences entre le Congrès et l'exécutif

comme une manifestation concrète des idées de *checks and balances* et de collaboration harmonieuse entre les divers organes de l'Etat.

³¹¹ Jean-Jacques LAFFONT, « Intérêt général et intérêts particuliers », in *L'intérêt général - Rapport public 1999 du Conseil d'Etat, séries études et documents, n° 50*, La documentation française, 1999, p. 427.

pour la détermination des ressources financières des autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence constitue, selon le juge constitutionnel colombien, une manifestation des « balances » entre pouvoirs publics³¹². Tant le législateur que l'exécutif participent à la détermination de l'organisation et des ressources dont disposent les autorités colombiennes transversale et sectorielles de la concurrence. Pour le juge constitutionnel colombien, la création d'une entité ne peut pas être effectuée sans personnel affecté à son service et sans patrimoine. Dès lors, l'acte de création des organes de concurrence doit comprendre des dispositions relatives à leur personnel, à leurs ressources et à leur organisation interne, éléments qui composent l'architecture de ces autorités³¹³.

Le législateur peut décider de déléguer l'organisation de la régulation de la concurrence à des autorités administratives en vue d'échapper à certains coûts liés à la complexité des questions concurrentielles³¹⁴, et en raison de la difficulté de rassembler des informations disparates sur ces questions³¹⁵. En conséquence, le législateur devrait attribuer à ces autorités administratives les ressources et l'organisation interne adéquates pour accomplir cette mission. Suivant certains auteurs, à un plus grand degré de complexité de la régulation correspondrait un plus grand degré d'autonomie fonctionnelle des autorités de concurrence³¹⁶. En ce sens, l'obtention de moyens et d'une structure adéquates constitue une forme de garantie de l'autonomie fonctionnelle de ces autorités. Il est dès lors permis de se demander si les autorités qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie possèdent des ressources et une structure interne qui garantissent leur liberté d'action dans l'accomplissement de leurs missions. Pour qu'une institution soit réputée apte à prendre des décisions en toute indépendance, celle-ci doit avant

³¹² Selon la Cour constitutionnelle, le processus budgétaire « *incorpora el sistema de balances entre los poderes públicos* », Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-856 du 18 octobre 2006.

³¹³ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-856 du 18 octobre 2006. Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle précise que nonobstant la possibilité pour le législateur de déléguer au pouvoir exécutif la création d'un organe, la compétence pour la détermination de sa structure doit aussi faire l'objet d'une délégation expresse. Ceci constituerait d'ailleurs une manifestation du principe de légalité des dépenses publiques, et suppose nécessairement l'inclusion d'une étude fiscale dans le projet de loi créant l'organe de concurrence.

³¹⁴ Morris P. FIORINA, *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority, California Institute of Technology, op. cit.*, p. 17. Il faut pourtant indiquer que, au moins dans la pratique la création d'une autorité s'ajoutant aux administrations existantes peut être elle-même un facteur de coût, y compris ceux politiques.

³¹⁵ Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 737.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 736-737.

tout démontrer, dans sa composition, qu'elle dispose des moyens nécessaires pour ne pas être influencée par des éléments extérieurs. Plus précisément, sa capacité technique doit surpasser la capacité d'influence des entités susceptible de la capturer (§1). De plus, l'organisation interne doit répondre à des règles garantissant l'indépendance des moyens humains, ainsi que la réalisation autonome de leurs missions (§2).

§ 1. LES RESSOURCES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Les ressources des autorités de concurrence peuvent apparaître comme une contrainte à leur activité d'organisation de la régulation de la concurrence. Pour certains, face à la diminution de leurs ressources, les autorités de concurrence opteraient pour l'adoption d'actes de portée générale (activité de *rulemaking*), plutôt que pour la réalisation d'enquêtes administratives et le traitement des cas individuels (*adjudicative proceedings*)³¹⁷. Le pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence pour décider par exemple de poursuivre ou de classer une enquête administrative semble étroitement lié aux ressources dont elles disposent³¹⁸. En droit colombien, ce sont le Congrès et l'exécutif qui concourent à la détermination et à l'allocation de ressources des autorités transversale et sectorielles de concurrence³¹⁹. Une première question est précisément celle de savoir si les autorités de concurrence colombiennes possèdent les ressources adéquates pour garantir une activité « indépendante » des pouvoirs publics. La question subséquente est celle de connaître la capacité des autorités de concurrence à disposer librement et de manière autonome des ressources qui leur sont attribuées, que l'on peut estimer comme une garantie de leur autonomie fonctionnelle.

³¹⁷ Richard A. POSNER, « The Federal Trade Commission », *U. Chi. L. Rev.*, 1969, vol. 37, n°1, p.82, note 152.

³¹⁸ Pour une application pratique de ce postulat en droit américain, voir l'affaire *Heckler v Chaney*. Le fondement de cette décision est celle selon laquelle les agences disposent d'un budget pour un temps limité et doivent, par conséquent, avoir un pouvoir discrétionnaire pour fixer des priorités dans l'allocation de ces ressources. Le juge prend alors acte de ce pouvoir discrétionnaire par "déférence" envers l'agence : « *The agency is far better equipped than the courts to deal with the many variables involved in the proper ordering of its priorities* »; *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985). Pour une approche contraire, selon laquelle la procédure d'adoption des actes de portée générale ne serait pas en moyenne moins coûteuse ou plus rapide que la procédure administrative d'adjudication, voir Jody FREEMAN et Adrian VERMEULE, « Massachusetts v. Epa: From Politics To Expertise », in *Supreme Court Review*, 2007, p. 68.

³¹⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-856 du 18 octobre 2006.

Pour mener à bien l'étude des ressources des autorités de régulation de la concurrence en droit colombien, sous l'angle de la notion d'indépendance, deux étapes sont nécessaires : d'abord tenter de déterminer la manière dont sont allouées ces ressources (A) ; ensuite chercher à déterminer si les autorités de concurrence possèdent une autonomie de gestion sur les ressources qui leur sont attribuées (B).

A- L'ALLOCATION DE RESSOURCES AUX AUTORITES DE CONCURRENCE

Le terme « ressources » peut comprendre un nombre indéterminé des moyens susceptibles d'être employés par les autorités de concurrence pour la réalisation de leurs missions³²⁰. Les ressources des autorités de concurrence que nous examinerons comprennent d'une part, le capital, les équipements, la technologie et les structures employées par ces autorités pour financer et réaliser leurs missions – ressources matérielles – (1) et, d'autre part, le personnel chargé de diriger ces ressources matérielles vers la réalisation efficace de leurs missions – ressources humaines – (2).

1. L'allocation de moyens matériels

L'allocation de ressources matérielles « propres » aux autorités de concurrence est souvent assimilée en droit colombien à une sorte de garantie de leur autonomie fonctionnelle³²¹. C'est par exemple le cas des superintendances ou des commissions

³²⁰ Certains auteurs opèrent une distinction entre ressources tangibles (tels que le personnel ou les structures) et intangibles (tel que les plans et stratégies de management, le temps, et le *know how*). Nous nous concentrerons sur l'examen de l'origine et de la gestion des premiers afin de déterminer le degré d'indépendance des autorités de concurrence en Colombie. Par ailleurs, l'allocation et la distribution de ressources aux autorités de concurrence seraient des activités dynamiques. La théorie macroéconomique traditionnelle estime que les facteurs de production au sein de l'économie sont homogènes et interchangeables. Pourtant, de nouvelles théories du management et de l'organisation stratégique poursuivent une approche différente, selon laquelle les ressources et les capacités dont disposent les organisations seraient distribuées de manière hétérogène par ces dernières. Des notions comme celle de « capacités dynamiques » deviennent fondamentales pour expliquer l'adaptation des ressources et capacités aux contingences volatiles externes. Le facteur principal pour expliquer cette volatilité serait celui de l'incertitude profonde (*deep uncertainty*) que peuvent expérimenter certaines organisations. L'accès aux informations constitue un élément indispensable dans cette analyse. La position d'une organisation face aux informations peut en effet influencer sa capacité à anticiper *shocks* et contingences, ainsi que son accès aux ressources. Si bien que l'information peut constituer en elle même une ressource rare. Jay BARNEY, Rajshree AGARWAL et Nicolai J. FOSS, *Heterogenous Ressources and the Financial Crisis: Implications of Strategic Management Theory* [en ligne], July 28, 2009, *Strategic Organization*, Forthcoming.

³²¹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-832 du 8 octobre 2002, à propos de l'autonomie des *Contralorías*.

de régulation dotées de la personnalité morale, telles que la superintendance financière³²². Une des conséquences de l'octroi de la personnalité morale en droit colombien est précisément la consécration d'un patrimoine distinct de celui de l'Etat³²³. Un avantage certain de la personnalité morale est qu'elle réalise matériellement et symboliquement une indépendance financière vis-à-vis du pouvoir exécutif³²⁴. Le juge constitutionnel ne voit pas les choses autrement lorsqu'il estime que l'un des objectifs du législateur colombien a été celui de renforcer l'autonomie fonctionnelle de ces superintendances et commissions vis-à-vis des ministères auxquels elles sont « rattachées »³²⁵.

La distinction entre les organes de concurrence selon qu'ils sont ou non dotés de la personnalité morale, a pour conséquence théorique que, dans l'affirmative, leurs revenus sont distincts du budget de l'administration centrale, tandis que, dans la négative, ils se fondent avec lui. Cependant, en matière budgétaire, la loi organique du budget (*estatuto orgánico del presupuesto*) prescrit que les personnes morales publiques de l'ordre national dont le patrimoine est, au moins en partie, constitué par des fonds publics³²⁶, suivent le régime des organes centralisés de l'ordre national³²⁷.

³²² L'article 2 du décret 4327 de 2005 définit la superintendance financière comme étant un « organisme technique rattaché au *ministerio de hacienda y crédito público*, dotée de la personnalité juridique, autonomie administrative et financière et patrimoine propre ». Voir également, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005 ; Cour constitutionnelle, auto 338 de 29 novembre 2006, à propos de la nature juridique de la superintendance financière.

³²³ Comme en droit français, la personnalité morale a des conséquences en droit colombien. La première d'entre elles, la plus intéressante ici, est la capacité d'être financé directement par le produit de redevances, ce qui implique de disposer d'un patrimoine propre. Une deuxième conséquence est d'engendrer une responsabilité directe, distincte de celle de l'Etat. Une troisième conséquence, enfin, est de conférer la capacité d'ester en justice.

³²⁴ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 341.

³²⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-805 de 27 septembre 2006. En comparaison avec le droit français, Marie-Anne FRISON-ROCHE souligne que « en donnant aux A.A.I. la personnalité morale, le législateur "fait signe" qu'il veut fortement l'indépendance de celles-ci ». Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », étude établie pour le Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation du sénateur Patrice GELARD, Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, Rapport Assemblée nationale. n° 3166 et Rapport Sénat n° 404, 2006.

³²⁶ Tel est le cas des commissions de régulation et des superintendances dotées de la personnalité morale vu l'insuffisance de leurs propres revenus pour la réalisation de leurs missions (voir par exemple le budget pour l'année 2008 de la Superintendance financière, disponible sur le site institutionnel : <http://www.superfinanciera.gov.co>). Cette disposition exclut toutefois les entreprises industrielles et commerciales de l'Etat et les sociétés d'économie mixte du régime général des organes centralisés de l'ordre national. Hormis le cas de la superintendance des ports, les superintendances dotées de la personnalité morale reçoivent des fonds publics (voir le budget de la superintendance des ports pour l'année 2008, disponible sur le site institutionnel : <http://sahagun.supertransporte.gov.co/nueva/home.php>).

³²⁷ Article 4, décret 111 de 15 janvier 1996 (Loi 179/94, article 63).

Dans la pratique, tant le budget des autorités administratives dépourvues de la personnalité morale, que celui des autorités administratives dotées de la personnalité morale font partie du budget général de la nation³²⁸. Certaines autorités administratives colombiennes sont exclusivement financées sur le budget de l'Etat, d'autres sont financées partiellement sur le budget de l'Etat et partiellement par des recettes extérieures, provenant de prélèvements sur le marché des opérateurs, et enfin, certaines sont exclusivement financées par ce dernier type de recettes³²⁹. Il existe en droit colombien la possibilité d'un financement mixte, au cas où les recettes provenant de taxes ou de redevances des superintendances et commissions ne pourraient satisfaire leurs besoins. Le critère pour déterminer le régime budgétaire des autorités colombiennes semble être, par conséquent, celui du transfert des fonds publics, plutôt que celui de l'octroi de la personnalité morale.

Il faut toutefois préciser que l'attribution des moyens financiers est vue ici non pas comme la procédure aboutissant à l'octroi des moyens dont disposent les autorités de concurrence (procédure budgétaire), mais plutôt selon l'élément sur lequel est greffé le financement de l'autorité de concurrence. Nous préciserons ultérieurement, lors de l'examen des contrôles sur l'activité des autorités de concurrence, la question de la procédure budgétaire et son rapport avec l'indépendance fonctionnelle des autorités de concurrence. Retenons à ce stade que, suivant la législation colombienne en matière fiscale, l'allocation de ressources publiques aux autorités administratives se réalise en quatre étapes. Dans une première étape, les autorités administratives – dotées ou non de la personnalité morale – élaborent leur avant-projet de budget annuel et le communiquent au ministère auquel elles sont « rattachées »³³⁰. Dans une deuxième étape, chaque ministère ressemble et étudie les avant-projets de budget de tous les organes administratifs du secteur qu'il coordonne³³¹. Les ministères élaborent

³²⁸ Article 2, décret 111 de 15 janvier 1996.

³²⁹ Seule la Superintendance des ports colombienne possède, à notre connaissance, des revenus financiers provenant de recettes extérieures à l'Etat qui soient suffisantes pour la réalisation de ses missions.

³³⁰ Ceci serait une manifestation de l'autonomie budgétaire de la SIC. Décret 2153 de 1992, article 1. Il revient au Superintendant de l'industrie et du commerce de diriger l'élaboration du budget de la SIC (article 3-38 décret 3523 du 15 septembre 2009). Il est assisté dans cette fonction par le secrétaire général, ainsi que par le bureau de *planeación*, chargé tant de l'élaboration du projet annuel de budget d'investissement et de fonctionnement que de faire les démarches pour son approbation en coordination avec le secrétaire général (v. les articles 7-2 et 15-18).

³³¹ Ceci en vertu du principe de coordination administrative de l'article 208 de la Constitution colombienne de 1991.

ensuite un seul avant-projet de budget pour tout le secteur qu'ils dirigent et l'envoient à la direction générale du budget du *ministerio de hacienda y crédito público* (équivalent du ministère de finances français)³³². C'est le *ministerio de hacienda* qui détermine, dans une troisième étape, quels fonds publics – et jusqu'à quel montant – vont être attribués aux organes de concurrence transversal et sectoriels³³³. Les fonds publics qui seront attribués par le *ministerio de hacienda* aux autorités transversale et sectorielles sont insérés dans le projet de loi de budget général de la nation (*ley general del presupuesto*) que le gouvernement dépose annuellement devant le Congrès. Tel que nous le verrons lors du contrôle des pouvoirs publics sur l'activité des autorités de concurrence³³⁴, le législateur colombien peut décider, dans une quatrième étape, d'augmenter, de réduire ou de ne pas altérer les ressources financières allouées par l'exécutif aux organes administratifs. Le processus d'attribution de ressources financières aux autorités de concurrence ici énoncé peut alors se présenter d'une part, comme une manifestation de « *checks and balances* » et, d'autre part, comme une sorte de contrôle, au moins indirect, des pouvoirs publics sur l'activité des autorités de concurrence.

La question de l'origine des ressources est un point crucial pour évaluer l'indépendance de l'autorité de concurrence colombienne. Même si la proposition budgétaire doit passer par l'intermédiaire du ministre responsable, en droit colombien les budgets des autorités administratives de régulation sont financés en partie par des taxes et licences sur les opérateurs régulés. S'agissant des autorités de régulation

³³² L'avant-projet de budget de chaque secteur doit comprendre une description détaillée des revenus et dépenses du secteur, ainsi que l'identification des budgets individuels de chaque organe « rattaché » à tel ou tel ministère. Ceci se fait en droit colombien par « sections », de telle sorte qu'au budget de chaque organe du secteur correspond une « section » dans l'avant-projet de budget sectoriel.

³³³ Le *ministerio de hacienda* réalise d'abord une étude technique des avant-projets présentés par les autres ministères et décide ensuite d'accepter les avant-projets examinés ou de les renvoyer aux ministères et/ou aux organes administratifs concernés pour des amendements. Par comparaison, en droit américain, le bureau du management et du budget (*Office of Management and Budget* – OMB) révisé et approuve le budget de la FTC avant qu'il ne soit présenté au Congrès.

³³⁴ Voir infra p. 305 et s. Nous pouvons avancer à ce stade que le processus budgétaire peut refléter le désir du législateur d'une application plus rigoureuse du droit de la concurrence. Les budgets des autorités de concurrence seraient alors alloués en raison du « zèle antitrust » montré par le politique – aussi bien que par ces circonscriptions électorales –. A titre d'exemple, en droit américain, l'adoption du *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976 (15 U.S.C. § 18a. cette disposition complète les lois *antitrust* et introduit l'exigence d'une « *notification and report form* » devant la FTC et la division *antitrust* du département de la justice dans les cas de fusions, appels d'offres et autres acquisitions), a causé une augmentation significative des ressources « antitrust ». Pour une description de cette question voir

économique dotées de la personnalité morale, l'allocation des revenus par l'exécutif ne devrait comporter, au moins en théorie, que les seuls revenus provenant des recettes et fonds publics de l'Etat. Les revenus provenant de sources de financement « propres » des superintendances et commissions dotées de la personnalité morale (comme par exemple ceux provenant de la vente de biens propres, de l'émission de certificats ou de licences) sont censés d'intégrer directement leur patrimoine, ce qui leur laisse une certaine marge de manœuvre³³⁵. Si bien qu'une mutation de ces revenus impose une redéfinition législative des sources de financement « propres »³³⁶. Ce ne serait que dans le cas d'excédents budgétaires des superintendances et commissions dotées de la personnalité morale que l'exécutif pourrait réallouer ces revenus « propres » – et jusqu'au montant maximal des excédents –³³⁷.

La question des revenus « propres » des autorités dépourvues de la personnalité morale semble plus difficile, notamment en raison de l'absence de patrimoine distinct de celui de l'Etat. Si l'autorité perçoit des taxes et redevances au nom de l'Etat, il s'ensuit que, conformément au principe de l'universalité budgétaire, celles-ci sont intégralement versées au budget général de l'Etat. Cependant, l'indépendance financière n'implique pas toujours, en droit colombien, que les autorités administratives disposent de la personnalité morale. Avant que le législateur attribue la personnalité morale à la SIC en 2007³³⁸, en vertu de l'autonomie administrative, financière et budgétaire que le décret 2153 de 1992 attribuait

Malcolm B. COATE; Richard S. HIGGINS; Fred S. McCHESNEY, « Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges », in *J.L. & Econ.*, octobre 1990, vol. 33, n° 2; p. 474.

³³⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 727 du 21 juin 2000 ; Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt n°1587 du 21 juin 2004.

³³⁶ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt n°1587 du 21 juin 2004.

³³⁷ Il faut noter toutefois qu'en cas de conflit entre le principe d'autonomie patrimoniale et budgétaire et le principe d'unité de caisse dans le budget de la nation, la Cour constitutionnelle a reconnu la primauté du deuxième. Pour le juge constitutionnel, la réalisation et l'administration autonome du budget doit se réaliser dans les limites de l'équilibre macroéconomique financier ou du contrôle de l'inflation (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-592 du 7 décembre 1995 ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-192 du 15 avril 1997). Pourtant, la jurisprudence constitutionnelle postérieure précise que le pouvoir dont dispose le gouvernement en matière budgétaire ne s'étend pas aux décisions portant sur des crédits spécifiques, ni à l'administration des ressources, car celles-ci sont des activités relevant de l'autonomie de « dépense » (*gasto*) des autorités dotées de l'autonomie patrimoniale et budgétaire. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C- 560 de 31 mai 2001.

³³⁸ V. plan de développement 2007-2010 intitulé « *Estado comunitario : desarrollo para todos* ».

expressément à la SIC, elle était habilitée, à la gestion directe des recettes provenant de taxes, licences et services rendus aux opérateurs régulés³³⁹.

Il est légitime de se demander, d'un point de vue prospectif, quels revenus (revenus propres, fonds publics, etc.) permettraient de renforcer l'autonomie des autorités de concurrence – comme par exemple en cas d'une autorité de concurrence « indépendante » à instaurer en droit colombien –. Quel critère retenir pour déterminer si le budget de cette autorité « indépendante » intègre ou non le budget général de la nation ? En outre, si l'externalisation de la régulation de la concurrence implique la suppression du lien de tutelle de l'autorité chargée de son organisation, cette dernière pourrait-elle communiquer directement son avant-projet de budget au *ministerio de hacienda* ou même encore au Congrès ? En réalité, ces questions ne trouveront de réponse que lorsque le législateur aura affirmé sa position sur le régime budgétaire et/ou sur la portée de l'autonomie patrimoniale, budgétaire et financière d'une autorité de concurrence « indépendante » à créer – à supposer que cette dernière soit dotée d'une telle autonomie –³⁴⁰. Une manière de garantir l'indépendance financière de l'autorité de concurrence vis-à-vis des pouvoirs publics consiste à ce que, dans la pratique, la fixation législative ou réglementaire du taux de prélèvement implique un montant qui couvre l'intégralité des besoins du régulateur, ce qui le dispenserait d'un financement direct de l'Etat et préserve sur ce point son indépendance³⁴¹. Une autre forme de garantir l'indépendance financière consiste à leur attribuer directement les montants des sanctions édictées à l'encontre des

³³⁹ Comme cela a été le cas en droit français lors de la fusion de la COB et de la CMF au sein de l'AMF, on s'attend à ce que le législateur colombien octroie la personnalité morale à des autorités de concurrence « indépendantes » à créer en cas d'externalisation de la régulation de la concurrence. En droit français, le débat s'est présenté lors de la création de la CRE. A l'occasion, la doctrine s'est demandée si les avantages évoqués par le gouvernement lors de la création de l'AMF ne seraient pas parfaitement transposables aux autres autorités de régulation (v. Fabrice MELLERAY, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », cité par Hubert DELZANGES, *op. cit.*, p. 339, note 443). Mais, comme le souligne à juste titre Martine LOMBARD, en vertu des exigences du principe démocratique, cette possibilité ne pourra se matérialiser sans assurer un contrôle approprié des pouvoirs publics (Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 531). En France, « l'inconvénient majeur de cette attribution est de créer une nouvelle catégorie juridique, les autorités publiques indépendantes, qui n'admet pas de tutelle mais n'est pas, en l'état, contrôlée de manière démocratique à la hauteur de son indépendance », Hubert DELZANGES, *ibid.*, p. 341.

³⁴⁰ Conformément à la Constitution colombienne de 1991 (article 150-7) il correspond au Congrès déterminer la structure de l'administration nationale. Selon le juge constitutionnel, cette compétence inclue, entre autres, la détermination du régime juridique des employées de chacune des entités qui le conforment, ainsi que la régulation des questions d'ordre budgétaire et fiscal de ce mêmes entités. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 1190 de 3 décembre 2008.

opérateurs économiques régulés. Cependant, pour certains auteurs, les moyens dont disposent les autorités de régulation ne doivent pas dépendre du montant des sanctions qu'elles imposent aux régulés³⁴².

D'après un examen des budgets de la SIC et de la superintendance financière³⁴³, les revenus des autorités de régulation en matière de concurrence peuvent avoir diverses sources en droit colombien. Trois sortes de ressources peuvent intégrer le financement des autorités chargées de la régulation de la concurrence. Il s'agit globalement des transferts directs du budget général de l'Etat, du produit des taxes et redevances (tels que les taxes, les contributions des opérateurs économiques³⁴⁴, les licences et les amendes, selon les budgets étudiés), ou des rémunérations pour services rendus (tels que les publications, l'élaboration des certificats et certains services informatiques, selon les budgets examinés).

En droit colombien, le budget des autorités chargées de la régulation de la concurrence doit inclure une description des dépenses de fonctionnement et d'investissement. Les dépenses de fonctionnement la SIC et de la superintendance financière incluent par exemple le paiement de salaires et prestations sociales des employés, l'acquisition des biens et des services nécessaires à l'accomplissement de leurs missions, ainsi que les contributions à des organisations internationales

³⁴¹ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 334.

³⁴² Comme bien le souligne Hubert DELZANGLES, « il ne faudrait pas que pèse sur elles un soupçon de zèle dans la fixation des amendes », Hubert DELZANGLES, *ibid.*, p. 351. Pour une opinion contraire, voir Terrón SANTOS D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 131; cité par Hubert DELZANGLES, *ibid.*, p. 351.

³⁴³ Voir à propos de la SIC le budget pour l'année 2008, disponible sur le site institutionnel de la SIC :

http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=La_Superintendencia/Institucional/Informacion&tam=7000

; voir à propos de la superintendance financière le budget pour l'année 2008, précité, supra note 165.

³⁴⁴ Il faut rappeler toutefois qu'il existe un risque de capture du régulateur lorsque ses revenus financiers proviennent des opérateurs économiques sous sa vigilance et contrôle. A manière d'exemple, l'*Office of the Thrift Supervision* (OTS) américaine a été l'objet des durs critiques lors de la déclaration de faillite de Lehman Brothers et Merrill Lynch, institutions d'épargne (*thrifts*) qui étaient parmi les principales contributrices au budget de l'agence de régulation financière ; v. Cheyenne HOPKINS, « Wamu Vanishes, So May OTS and the Thrift Charter », in *American Banker*, lundi 29 septembre 2008; récemment un projet de loi de réforme du système financier américain vise soustraire certaines fonctions de quelques régulateurs du système financier et à fusionner l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) et l'OTS dans un seul régulateur bancaire (projet de loi du sénateur Chris DOOD, présenté le 10 novembre 2009).

auxquelles ces autorités appartiennent³⁴⁵. Les dépenses d'investissement peuvent inclure, à leur tour, des investissements pour l'amélioration et la maintenance des infrastructures administratives, l'acquisition, la mise en œuvre et la rénovation des technologies, l'adéquation et numérisation des centres de documentation des autorités de concurrence, entre autres formes d'investissements.

Compter avec des équipements, structures et technologies adéquates peut non seulement réduire les délais et coûts de fonctionnement de l'autorité de concurrence colombienne, mais peut également améliorer les mécanismes et les moyens de participation des citoyens dans la prise de décisions au sein de cette autorité. A titre d'exemple, l'investissement en acquisition, mise en œuvre et rénovation des technologies, doit permettre à la SIC de disposer des outils nécessaires pour mettre en œuvre des stratégies comme celle de gouvernement en ligne (GEL)³⁴⁶. Un des

³⁴⁵ S'agissant par exemple de la superintendance financière, autorité chargée de l'organisation de la régulation de la concurrence dans le secteur financier, il a été possible de trouver dans son budget des recettes de contributions à l'organisation internationale des commissions de courtage (article 112 loi 795 de 2003) et à l'association internationale de superviseurs des assurances (article 97 loi 795 de 2003).

³⁴⁶ La loi 962 de 2005 pose les lignes directrices de la politique de rationalisation des démarches et procédures administratives des organismes et entités de l'Etat et des personnes privées qui exercent des fonctions publiques ou qui fournissent services publics, afin de faciliter les rapports entre les personnes privées et l'Administration publique. Par la suite, le décret 1151 du 14 avril 2008, réglementant partiellement la loi 962 de 2005, établit les lignes directrices de la stratégie du gouvernement en ligne. Conformément à ces dispositions, les organes et entités de l'Etat doivent mettre gratuitement à disposition des personnes privées, au travers leur site web, tous les formulaires qui doivent être remplis en vertu de la loi. Mais les nouvelles technologies peuvent également servir aux autorités de régulation colombiennes dans la collecte des informations nécessaires pour la réalisation de leurs missions. Par comparaison, le manuel de fonctionnement (*operating manual*) de la FTC présente les différentes manières pour les particuliers d'obtenir une information volontaire (disponible sur le site institutionnel de la FTC : <http://www.ftc.gov/foia/adminstaffmanuals.htm>). Ces différentes stratégies utilisent souvent des nouvelles technologies pour leur mise en œuvre. Premièrement, le manuel précise que la FTC peut émettre des lettres d'accès aux informations (*access letters*), *ibid.*, section 3.3.6.6.1. Ces lettres demandent la production volontaire des informations ou l'accès aux informations des opérateurs économiques concernés. Deuxièmement, la FTC peut employer des questionnaires (désormais en ligne) pour obtenir l'information volontaire. Ces questionnaires constituent des « *detailed, written inquiries sent to groups of proposed respondents, prospective consumer witnesses, competitors, customers, and others seeking voluntary responses to the questions* », *ibid.*, section 3.3.6.6.2. Il est possible de différencier ces questionnaires des rapports spéciaux que la FTC peut demander en vertu de la section 6(b) du *FTC Act* et qui exigent une réponse sous serment soumise à des sanctions légales. Cependant, il faut noter que, conformément aux dispositions du *Paperwork Reduction Act* (voir de manière générale, 44 U.S.C.A. § 3507, 2006), ces questionnaires de demande d'information volontaire sont sujets à l'autorisation du Bureau de management et budget (*Office of Management and Budget – OMB –*) s'ils sont destinés à au moins 10 personnes privées ; voir *FTC Operating Manual*, section 3.3.6.6.2. Troisièmement, les sondages formels peuvent être utilisés pour réunir informations et preuves qui pourraient éventuellement être produites dans des litiges, pour fonder le développement d'un projet de régulation en matière de la concurrence ou pour d'autres objectifs. Ces sondages font aussi l'objet d'une autorisation de l'OMB s'ils ont au moins 10 destinataires. Quatrièmement, le personnel de la SIC peut réaliser des entretiens

objectifs de cette stratégie gouvernementale consiste précisément à faciliter l'accès des administrés aux informations détenues par les autorités administratives – y compris celle de la concurrence – et de les associer aux processus décisionnels de ces autorités³⁴⁷.

Il reste encore à signaler que la réforme du système de protection de la concurrence de juillet 2009³⁴⁸ a « concentré » au sein de la SIC certaines fonctions en matière d'enquête, de jugement et de sanction administrative, qui étaient auparavant réparties entre plusieurs autorités sectorielles. Afin de permettre à la SIC de réaliser efficacement ces nouvelles missions, le législateur a confié au gouvernement national la tâche d'établir, au profit de l'autorité transversale, les sources de financement nécessaires³⁴⁹. Dans le même ordre d'idées, l'exécutif a été investi des pouvoirs pour adapter le régime budgétaire de la SIC aux nouvelles exigences en matière de contributions et d'amendes³⁵⁰. En revanche, la loi ne comporte aucune mention expresse d'une possible augmentation ou d'un transfert de personnel des autorités de concurrence sectorielles (chargées jusqu'à aujourd'hui de ces missions) à l'autorité de concurrence transversale³⁵¹. Il se peut que l'autorisation faite par le législateur à

(qui peuvent être effectués par voie électronique et à distance, ce qui pourrait éventuellement baisser les coûts des entretiens). Il reste enfin à préciser que la collecte d'informations par ce moyen peut comporter certain risques, tel que le risque d'obtention par les autorités de concurrence d'informations « partialisées ».

³⁴⁷ Par exemple, les objectifs poursuivis par la superintendance financière lors de la mise en œuvre de la stratégie du gouvernement en ligne étaient : premièrement, améliorer la prestation des services à la charge de la superintendance financière ; deuxièmement, renforcer la transparence de l'Etat et la participation des citoyens, par la création de mécanismes permettant au citoyen de jouer un rôle actif dans l'activité de l'Etat ; troisièmement, améliorer l'efficacité de l'Etat à travers la mise en œuvre au sein de la superintendance financière de processus destinés à rassembler des systèmes issus de différents services, partager des ressources et d'améliorer la gestion interne. Article 1, résolution 1927 du 28 novembre 2008 de la Superintendencia financiera.

³⁴⁸ Loi 1340 de juillet 2009. Selon l'article 2 de la loi 1340 de 2009 le régime de la protection de la concurrence comprend les dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives (ententes et abus de position dominante) et le régime des fusions et acquisitions entre entreprises.

³⁴⁹ A cet égard, l'article 29 de la loi 1340 de 2009 dispose que « *con destino a la superintendencia de industria y comercio, se establecerán las fuentes de financiación que requiere la autoridad de competencia para cubrir su operación y desarrollar sus metas misionales. El gobierno nacional reglamentará la materia* ».

³⁵⁰ Article 30 loi 1340 de 2009.

³⁵¹ Par contre, l'article 30 de la loi 1341 de 2009, loi TIC, mentionne expressément le transfert des fonctionnaires du ministère à la nouvelle agence nationale du spectre électromagnétique. Conformément à cette disposition, tout transfert du personnel devra garantir un temps de travail, un régime salarial et des prestations identiques, ainsi que, de manière générale, le respect des droits des employés.

l'exécutif pour adapter la structure de la SIC³⁵² renferme le mandat implicite de transférer une partie du personnel des autorités de concurrence sectorielles vers l'autorité de concurrence transversale. Il semble donc désormais nécessaire d'orienter notre regard vers l'allocation de moyens humains aux autorités participant à la régulation de la concurrence en Colombie.

2. L'allocation de moyens humains

Les compétences du Congrès colombien s'agissant de la fixation du régime des organes administratifs de l'ordre national ne s'étendent pas aux décisions de caractère exclusivement administratif, telles que celles relatives à la détermination de la structure physique interne et du personnel d'une entité de l'Etat. Cette compétence entre, en droit colombien, dans l'orbite de l'exécutif³⁵³. Il revient donc à l'exécutif de créer, de fusionner ou de supprimer, en conformité avec la loi, les emplois requis par l'administration centrale, de déterminer leurs fonctions spéciales et de fixer leurs dotations et émoluments. Toutefois, le gouvernement ne pourra créer, à la charge du Trésor, des obligations excédant le montant global fixé pour chaque service correspondant dans la loi de finances³⁵⁴. En vertu de cette compétence, l'exécutif détermine la dotation en personnel de l'autorité de concurrence³⁵⁵. L'indépendance de cette dernière est en principe circonscrite à l'administration et à la gestion des emplois et fonctions déterminés par l'exécutif dans la dotation en personnel.

En droit colombien, seuls les organes de création constitutionnelle disposent d'une autonomie d'auto-organisation dans ce sens. En vertu de cette autonomie, les organes *autónomos* colombiens peuvent déterminer les emplois qui font partie de leur dotation en personnel³⁵⁶. D'un point de vue prospectif, une manière de renforcer l'indépendance de l'autorité de concurrence vis-à-vis de l'exécutif, en cas par exemple d'externalisation législative de la fonction de régulation de la concurrence, consiste à les doter d'une telle autonomie. Cette faculté de créer, de fusionner ou de supprimer les emplois de sa dotation en personnel apparaît néanmoins circonscrite

³⁵² Article 30 loi 1340 de 2009.

³⁵³ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 de 24 avril 1997.

³⁵⁴ Article 189-14 de la Constitution colombienne de 1991.

³⁵⁵ C'est-à-dire le nombre d'emplois de chaque division et de la dotation en personnel globale.

³⁵⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-401 de 19 avril 2001.

aux missions attribuées à l'autorité de concurrence « indépendante » à instaurer. Ensuite, comme pour les organes *autónomos*, l'autorité de concurrence doit suivre les dispositions légales en matière de fonction publique. Comme nous l'avons évoqué, les contraintes financières et budgétaires constituent également une limite à son autonomie dans la configuration des emplois.

Une contrainte à l'allocation de moyens humains à l'autorité de concurrence colombienne provient du mécanisme de sélection et de recrutement des employés publics mis en place par le Constituant de 1991. Cette fois-ci, les limites ne proviennent pas directement des pouvoirs publics, mais d'un organe « autonome » de création constitutionnelle : la Commission nationale du service civil³⁵⁷. Cette commission est en effet chargée d'administrer et de surveiller le régime des employés de carrière de la plupart de superintendances et commissions qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie. Elle est également chargée d'organiser soit directement, soit au travers d'organismes d'enseignement supérieur, des concours pour accéder aux emplois publics de carrière disponibles au sein de ces autorités³⁵⁸. Bien que l'autorité de concurrence ne puisse pas recruter directement leurs employés publics de carrière, l'octroi de cette compétence à un organe *autónomo*, indépendant des pouvoirs publics, peut apparaître comme une forme de garantie de son indépendance vis-à-vis du pouvoir politique.

L'exécutif colombien a récemment entrepris une restructuration de l'organisation interne³⁵⁹ et du personnel de la SIC³⁶⁰. Pourtant, la question du transfert du personnel des autorités de concurrence sectorielles à l'autorité de concurrence transversale ne paraît pas, *a priori*, avoir été soulevée à cette occasion. L'adéquation

³⁵⁷ Il y a en droit colombien trois régimes de carrière administrative : premièrement, le régime général des employés publics de carrière administrative ; deuxièmement, le régime spécifique de carrière administrative, comportant *grosso modo* des critères et qualifications techniques additionnelles par rapport au premier : c'est le régime de la plupart des fonctionnaires des superintendances et commissions de régulation colombiennes ; troisièmement, les régimes spéciaux, tel que celui du ministère de relations extérieures. La Commission nationale du service civil est chargée de l'administration et de la surveillance des deux premiers régimes de carrière administrative.

³⁵⁸ Voir articles 121 à 130 de la Constitution colombienne de 1991. Voir sur la nature, l'autonomie et les fonctions de la Commission nationale du service civil, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-372 de 1999.

³⁵⁹ Chapitre II, Décret 3523 de 15 septembre 2009.

³⁶⁰ Décret 3524 de 15 septembre 2009 ; Voir également le décret 770 de 2005 – La restructuration du personnel de la SIC, a été réalisée en application du nouveau « système de fonctions et conditions générales pour les emplois publics des organismes de l'ordre national » de 2005.

des ressources humaines affectées à l'autorité de concurrence aux exigences issues de la réforme du système de protection de la concurrence de juillet 2009 est alors mise en question. Par comparaison, l'avis du Conseil de la concurrence sur la réforme du système français de la concurrence³⁶¹ a attiré l'attention sur le besoin d'allouer des moyens humains et financiers suffisants à la nouvelle autorité de concurrence, en vue de satisfaire les nouvelles exigences en termes de missions et organisation. Pour l'ancienne autorité de concurrence française, « il est également crucial qu'elle [la réforme organique en matière de concurrence] soit accompagnée du transfert des moyens budgétaires, humains et techniques nécessaires pour permettre à l'Autorité de remplir sa mission »³⁶². Ces ressources étaient en effet nécessaires pour éviter que « la réforme ne demeure inachevée »³⁶³. Dès lors, « il serait contraire au principe d'indépendance que le ministre puisse interférer dans le choix des personnes appelées à enquêter, à instruire ou à examiner les procédures relatives aux affaires individuelles de concurrence »³⁶⁴.

Conformément aux dispositions en matière de fonction publique³⁶⁵, il existe en droit colombien deux formes de dotation en personnel. D'un côté, les *plantas de estructura*, qui contiennent une description détaillée des emplois et des fonctions de chaque structure interne de l'organe administratif respectif. De l'autre côté, les *plantas globales y flexibles*, qui se limitent à indiquer le nombre d'emplois et le niveau du fonctionnaire. Les dotations en personnel globales et flexibles peuvent être partagées par plusieurs autorités administratives (plusieurs superintendances et commissions, par exemple). Cela peut expliquer l'absence de référence expresse à un éventuel transfert de personnel des autorités de concurrence sectorielles à l'autorité de concurrence transversale dans le cadre de la réforme du système de protection à la

³⁶¹ Avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence.

³⁶² v. points 31 et 37 de l'avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence. Pour le Conseil de la concurrence, l'avant-projet laisse subsister des difficultés à cet égard. Certaines dispositions seraient même susceptibles d'aller à l'encontre de l'objectif de cohérence et d'efficacité assigné à la réforme, et de marquer même, sur un point précis, un recul par rapport à l'ordonnance de 1986. (*ibidem*, p. 2). Une question qui s'est posée à l'occasion de cette réforme est celle du transfert des enquêteurs du ministère à la nouvelle autorité de concurrence. Que les autorités de concurrence puissent disposer de son propre corps d'enquêteurs semble avoir été aisément assimilé, en droit français, à une sorte de garantie à leur indépendance fonctionnelle.

³⁶³ Avis Conseil de la concurrence français, *Ibidem*.

³⁶⁴ Avis Conseil de la concurrence français, *Ibidem.*, p.3.

³⁶⁵ Loi 909 de 2004 et décret réglementaire 1227 de 2005.

concurrence. En ce sens, le Superintendant de l'industrie et du commerce a la faculté d'affecter et de demander des emplois prévus dans la dotation en personnel globale (*planta global*) en fonction de la structure, des plans, des programmes, des projets et des besoins du service³⁶⁶. Ceci nous amène à la deuxième étape de notre analyse : l'examen de l'autonomie des autorités de concurrence dans l'administration et la gestion de leurs ressources matérielles et humaines.

B- LA GESTION DES RESSOURCES PAR LES AUTORITES DE CONCURRENCE

Les prérogatives dont disposent les autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie pour aménager et distribuer, selon les besoins du service, le nombre de postes en fonction de leur dotation en personnel, peuvent constituer une manifestation de l'autonomie administrative et de gestion des autorités de concurrence. En vertu de cette autonomie d'administration et de gestion, une des fonctions du Superintendant de l'industrie et du commerce est celle de « nommer, de licencier et d'administrer le personnel de la Superintendance en accord avec les normes en vigueur »³⁶⁷. Cette activité est réalisée en coordination avec la division administrative et financière du secrétaire général³⁶⁸ et la Commission du personnel, organe de conseil et de coordination de la SIC³⁶⁹.

Toutefois, les modifications de dotation en personnel de la SIC sont soumises aux directives législatives et exécutives dans ce domaine. La configuration de la dotation en personnel de l'autorité de concurrence est une compétence qui appartient *a priori* à l'exécutif. Ce dernier la détermine en fonction du budget, de la structure et

³⁶⁶ Article 6, décret 3524 de 15 septembre 2009.

³⁶⁷ Notre traduction de « *nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo con las normas vigentes* », article 3- 41 du décret 3523 du 15 septembre 2009.

³⁶⁸ Il revient au secrétaire général de la SIC de « conseiller le Superintendant dans la formulation des politiques, règlements et procédures applicables à l'administration des ressources humaines, physiques, financières et à la gestion des documents de l'entité », article 15-1 du décret 3523 du 15 septembre 2009.

³⁶⁹ Voir article 18 du décret 3523 du 15 septembre 2009. En vertu de la loi 443 de 1998, certains organes de l'ordre national, tels que la SIC, doivent compter avec une commission du personnel chargée, entre autres fonctions, de connaître en première instance des réclamations formulées par les fonctionnaires de carrière administrative. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat colombien, les avis des commissions du personnel sont obligatoires. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 1^{er} juin 2006, n° 76001-23-31-000-2001-04797-01(5977-05).

des fonctions de l'autorité de concurrence et selon les lignes directrices tracées par le législateur dans ce domaine. Il faut pourtant préciser que la compétence de configuration de la dotation en personnel peut être attribuée par les pouvoirs publics à l'autorité de concurrence³⁷⁰. Par exemple, lorsqu'une réforme de la dotation en personnel de la SIC implique la suppression d'employés ou de postes, mais n'entraîne pas une modification de ceux qui sont maintenus, l'autorité de concurrence n'a pas à obtenir l'autorisation préalable du gouvernement³⁷¹. Dans cette hypothèse, seule la notification des suppressions des postes à la direction générale du budget du *ministerio de hacienda* et au département administratif de la fonction publique est requise. Dans toutes les autres cas, l'autonomie administrative et de gestion des ressources humaines de la SIC peut rencontrer des limites.

Lorsqu'elle souhaite modifier les emplois de sa dotation en personnel, la SIC doit obtenir l'autorisation préalable de la direction générale du budget du *ministerio de hacienda*³⁷² et du département administratif de la fonction publique³⁷³. Le respect des droits des fonctionnaires de carrière administrative apparaît aussi comme une forme de restriction à l'autonomie administrative et de gestion des autorités de concurrence. Selon cette exigence, la suppression de postes et le retrait d'employés doivent être accompagnés des garanties nécessaires pour que les droits des travailleurs ne soient pas méconnus pendant le processus de réaménagement du personnel de l'autorité de concurrence, et pour éviter que celui-ci ne constitue « un élément générateur d'injustice sociale »³⁷⁴. De même, la jurisprudence du Conseil

³⁷⁰ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 de 24 avril 1997.

³⁷¹ Article 33 du décret 2153 de 30 décembre de 1992.

³⁷² En ce qui concerne la disponibilité budgétaire de l'Etat pour réaliser de telles modifications. La direction générale du budget dispose de 30 jours ouvrables pour décider sur la demande de modification du personnel de la SIC. Au-delà de ces 30 jours, et dans le silence de la direction générale du budget, la demande faite à la SIC est implicitement approuvée. Article 33 du décret 2153 de 30 décembre 1992.

³⁷³ Ce dernier vérifie que les modifications d'emplois envisagées par l'autorité de concurrence sont conformes aux dispositions en vigueur, notamment en matière de classement et de nomenclature des emplois publics. Le délai pour le département administratif de la fonction publique (ancien département administratif du service civil) est de 15 jours ouvrables. Passé ce délai, et dans le silence du département administratif de la fonction publique, la demande formulée auprès de la SIC est implicitement approuvée. Article 33 du décret 2153 de 30 décembre de 1992. Les normes relatives à la nomenclature des emplois publics actuellement en vigueur figurent dans le décret 770 de 2005.

³⁷⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 de 24 avril 1997. Hormis une partie des employés du bureau du Superintendant – y compris ceux des *delegaturas* de la SIC –, qui peuvent librement être détachés de leurs charges, la plupart des fonctionnaires de la SIC relèvent de la carrière administrative. Le réaménagement de la dotation en personnel d'une autorité de concurrence peut comporter le détachement des employés de leurs fonctions dans une perspective de rationalisation des

d'Etat colombien exige l'élaboration d'une étude technique préalable à la restructuration de la dotation en personnel³⁷⁵. Mais, pour le juge administratif, la suppression des emplois peut être justifiée en présence d'un intérêt général, sans que puissent être opposés les droits afférents à la carrière administrative³⁷⁶. Enfin, les employés inscrits au tableau d'avancement ne perdent pas leurs droits quand un poste de carrière est transformé en poste de libre nomination et révocation³⁷⁷. A contrario, par conséquent, la stabilité propre à la carrière administrative peut être également perçue comme une garantie d'indépendance du personnel des autorités de concurrence. Dès lors que la pratique décisionnelle de l'autorité de concurrence se fonde principalement sur le travail préalable des services techniques – secrétaire général, directeurs de services et Superintendants délégués – et, dans certains cas, sur le personnel dans son ensemble, ces autorités devraient disposer des garanties

ressources humaines. Dans ce cas, l'autorité de concurrence devra indemniser ces employés pour la terminaison unilatérale du contrat de travail sans juste cause (Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 de 24 avril 1997). Mais le réaménagement de la dotation en personnel peut comporter la suppression de certains postes et la création de nouveaux postes. Dans cette hypothèse, le fonctionnaire pourra choisir entre l'indemnisation ou son reclassement dans un nouveau poste, selon ses qualifications et les caractéristiques (nomenclature, classement technique, etc.) du nouveau poste. Pourtant, en cas de contentieux, il appartient au fonctionnaire de démontrer là où il peut être reclassé : « *al no demostrarse en cuál podía ser reubicado por parte del afectado con la supresión no procede acceder a ella* » (Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 9 juin 2005, n° radication 73001-23-31-000-1999-1873-01(1921-02)). L'option pour une pension de vieillesse anticipée s'agissant des fonctionnaires proches de l'âge de la retraite constitue également en droit colombien une alternative pour l'autorité de concurrence en cas de réaménagement de sa dotation en personnel (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-644 de 31 mai 2000). Et En outre, conformément à la législation colombienne en la matière, les femmes célibataires chef de famille sont prioritaires pour conserver leur charge. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-644 de 31 mai 2000.

³⁷⁵ Selon le Conseil d'Etat, « *el estudio técnico constituye un requisito para suprimir un cargo de carrera administrativa* ». Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 26 juin 2008, n° radication 54001-23-31-000-2001-00445-01(7793-05). Voir également l'article 41, loi 443 de 1998. Ces études techniques doivent comporter un ou plusieurs des aspects mentionnés dans le décret 2504 de 1998, tels que l'évaluation des services et le profil des employées. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 1^{er} juin 2006, n° 76001-23-31-000-2001-04797-01(5977-05).

³⁷⁶ Pour le Conseil d'Etat, « malgré la stabilité qu'implique la carrière administrative, il existe des situations qui méritent la suppression de la charge ». Dans cette hypothèse, le fonctionnaire de carrière a toutefois droit à la réparation du préjudice subi par la suppression du poste. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 9 juin 2005, n° 73001-23-31-000-1999-1873-01(1921-02). La restructuration de la dotation en personnel peut être justifiée par l'intérêt général, par les besoins du service ou par des raisons de modernisation. Ces objectifs devront, dans tous les cas, être fondés sur des études techniques. Article 41, loi 443 de 1998. Disposition réitérée par l'article 148 du décret 1572 de 1998.

³⁷⁷ Conseil d'Etat, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 14 avril 1971. En droit colombien, les postes de libre nomination et révocation, par opposition à ceux de carrière administrative, sont ceux à la libre disposition de l'organe de nomination qui a tout pouvoir pour

d'indépendance pour éviter toute influence de la part d'entités extérieures. En outre, l'extrême spécialisation des compétences requises conduit à ce que, parfois, les employés soient recrutés à la suite de leur activité au sein d'entreprises régulées, et notamment dans le secteur privé. Or ce phénomène implique un risque de capture de la part des opérateurs économiques régulés³⁷⁸.

L'autorité transversale de la concurrence colombienne a la capacité contractuelle pour les biens et services nécessaires à accomplir ses missions³⁷⁹. A titre d'exemple, il incombe au Superintendant de l'industrie et du commerce de coordonner et de diriger l'exécution du budget de l'entité³⁸⁰, en coordination avec la direction administrative et financière du secrétaire général de la SIC³⁸¹. Cette direction est chargée d'élaborer les minutes des contrats et conventions, les cahiers de charges des contrats, les projets de résolution, de publication, de liquidation des contrats conclus et autres actes administratifs nécessaires en vue de l'exécution des contrats afférents aux missions de la SIC³⁸².

L'autonomie administrative et de gestion, renforcée par l'attribution de la personnalité morale en 2007, peut déterminer la quantité et la qualité des ressources dont dispose la SIC. En ce sens, seule une gestion efficace des ressources lui permet d'assurer le personnel et les moyens financiers suffisants pour réaliser ses missions.

nommer, révoquer ou renouveler l'intéressé dans ses fonctions. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-506 du 14 juillet 1999.

³⁷⁸ L'activité du secrétaire général, du directeur général et des directeurs de services étant journalière, leur position institutionnelle apparaît, dans la pratique, surexposée au phénomène de capture par les groupes d'intérêts publics et privés. Pour Hubert DELZANGLES, la révocation des dirigeants des services devrait être assortie de garanties sérieuses, et toute intervention des pouvoirs publics dans leur nomination ou révocation devrait être exclue. Ces éléments pourraient de même participer à la garantie de l'indépendance dans le processus pré-décisionnel, ce qui aurait des conséquences au sein même du processus décisionnel. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 362.

³⁷⁹ Décret 111 de 15 janvier de 1996. Cette fonction incombe à la direction administrative et financière de la SIC. L'article 3-4 du décret 3523 de 2009 dispose qu'il appartient à cette direction : « *atender las actividades relacionadas con la adquisición, almacenamiento y suministro de bienes y servicios que requieran las diferentes dependencias de la entidad* ». En l'absence de personnalité morale de la SIC, la loi 80 de 1993 (régime général des marchés publics) l'autorise à contracter au nom de la nation.

³⁸⁰ Décret 3523 du 15 septembre 2009, article 3-38. Pour une description plus détaillée de la manière dont la SIC administre ses ressources voir les différents budgets de la SIC, ainsi que ses rapports de gestion, disponibles sur le site institutionnel de la SIC.

³⁸¹ Au travers de sa direction financière et administrative, la SIC réalise son plan annuel d'acquisitions de l'entité. Article 16-5, décret 3523 du 15 septembre 2009.

³⁸² Article 16-8, décret 3523 du 15 septembre 2009.

L'insuffisance des ressources peut constituer, à son tour, une contrainte tangible à la capacité des autorités de concurrence de réaliser des enquêtes, par exemple, en matière de concurrence déloyale³⁸³. Celles-ci, face au manque de personnel pour mener des enquêtes ou réaliser de vérifications sur le terrain, font souvent recours aux services de l'Administration. Cette pratique qui semble fréquente en droit colombien n'est pas sans exclure tout risque de capture du régulateur par l'exécutif.

De manière générale, certains auteurs estiment que l'activité de contrôle de fusions et acquisitions est privilégiée par les autorités de concurrence, notamment en raison des délais stricts dans lesquels elle est enfermée par la loi. Ces auteurs fondent une telle explication du comportement des autorités de concurrence sur un examen de l'expérience américaine. Par exemple, selon Darren BUSH, de tels délais semblent en effet permettre à l'autorité de concurrence de calculer avec davantage de certitude les coûts et le temps à consacrer à une affaire³⁸⁴. Il apparaît également que l'allocation de ressources est intimement liée à la probabilité de succès du résultat : les ressources seraient alors allouées en fonction du caractère et de la structure du secteur économique concerné, des immunités et exceptions de ce secteur par rapport au droit applicable, des preuves initiales réunies du comportement anticoncurrentiel présumé des opérateurs économiques concernés, etc. Plus l'enquête administrative tend vers un résultat positif (*positive outcome*), plus grande semble être la volonté de l'autorité de concurrence d'assigner des ressources à une affaire³⁸⁵. Enfin, dans une perspective

³⁸³ Darren BUSH, « The Incentive and Ability of the FTC to Investigate Real State Markets: An Exercise of Political Economy », in *Real State Law Journal*, n° 35, été 2006, p. 38.

³⁸⁴ Darren BUSH, *ibid.*, p. 38.

³⁸⁵ Nous pouvons citer par exemple le cas américain. Darren BUSH, *ibid.*, p. 38. Une partie de la doctrine en science administrative et économique a tenté de fournir quelques aperçus sur le processus interne d'allocation de ressources des autorités de concurrence. William LONG, Richard SCHRAMM et Robert TOLLISON (V. William LONG, Richard SCHRAMM et Robert TOLLISON, « The Economic Determinants of Antitrust Activity », *J.L. & Econ.*, octobre 1973, pp. 351-364.) ont exploré les déterminants économiques de l'activité de la division *antitrust* du département de la justice américain. Ils ont employé de l'information économique collectée auparavant par Richard POSNER pour réaliser des tests empiriques du modèle de coûts-bénéfices dans l'allocation des ressources rares dans l'application des règles de la concurrence (*antitrust enforcement*). Dans les études de ce type, le modèle conceptuel est généralement celui d'une approche des coûts-bénéfices pour choisir entre les différentes activités possibles. La division *antitrust* est attendue, suivant cette approche, d'allouer davantage de ressources à ces activités où le bénéfice excède les coûts d'une application efficace des règles de la concurrence. Les bénéfices sont divisés en deux catégories : premièrement, les bénéfices d'efficacité économique (*efficiency benefits*), lesquels sont mesurés avec la méthode traditionnelle du triangle « *dead-weight-loss* » qui résulte d'une concurrence imparfaite et (2) les bénéfices d'une redistribution des revenus, mesuré par les excédents des profits. Pour ces auteurs, la pondération adéquate de l'efficacité et de la redistribution des revenus dépend de fonctions abstraites de bien-être social (*social welfare*). Si bien que la pondération adéquate de ces deux objectifs devra être

d'efficacité, les autorités de concurrence semblent davantage enclines à allouer des ressources pour la poursuite d'entreprises ayant un impact significatif sur les marchés, et sur la société en général³⁸⁶.

L'autonomie administrative et de gestion paraît ainsi permettre aux autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence en Colombie de détenir un pouvoir discrétionnaire plus important en vue de déterminer la forme de régulation à choisir³⁸⁷. Il s'ensuit que les décisions de divisions chargées du management des autorités de concurrence apparaissent étroitement liées à celles des divisions chargées de l'application des règles de concurrence et de leur mise en œuvre. Comme dans tout système, l'activité d'organisation de la régulation de la concurrence exige un travail coordonné entre les différents organes composant la structure de l'autorité administrative. Une présentation complète de l'architecture des autorités de concurrence, sous l'angle de la notion d'indépendance, implique par conséquent l'examen des différentes structures qui la composent.

§ 2. UNE ORGANISATION INTERNE LIEE AUX FINALITES

Le terme « autorité administrative de concurrence » peut couvrir une grande variété d'organisations ayant différentes dénominations (par exemple :

déterminée empiriquement par les autorités de concurrence. Li Way LEE, « Some Models of Antitrust Enforcement », *Southern Economic Journal*, 1980, vol. 47, n° 1, p. 153.

³⁸⁶ Suivant cette approche, il a été recommandé aux autorités de concurrence d'employer le critère du *deadweightloss*. Pour être efficaces les autorités de concurrence devraient poursuivre les industries « with large welfare losses ». Michael H. MANN et James W. MEEHAN, Jr., « Policy Planning for Antitrust Activities: Present Status and Future Prospects », in *The Antitrust Dilemma*, Boston: Ed. Heath, 1974.

³⁸⁷ Toutefois, il a été souvent évoqué, d'un point de vue critique sur l'autonomie administrative et de gestion des autorités administratives indépendantes, que les régulateurs manquent d'un critère objectif pour mesurer l'efficacité de la régulation. L'absence dudit critère, à son tour, rendrait difficile le design d'un système de récompenses et sanctions sur l'activité de leur personnel qui pourrait balancer l'intérêt particulier du régulateur (et de ses membres) avec l'intérêt général, expression d'une régulation « effective ». Contrairement aux opérateurs économiques et aux hommes d'affaires dont le résultat de leur activité serait mesurée en termes de rapports de « *profit-and-loss* » et de standards professionnels, le *outcome* de l'activité des régulateurs et de son personnel serait moins aisée à déterminer, de telle sorte qu'il serait plus facile pour ces derniers de détourner leurs devoirs de régulation au profit de leurs intérêts personnels. Richard A. POSNER, « The Federal Trade Commission », *U. Chi. L. Rev.*, automne 1969, vol. 37, n° 1, p. 85.

superintendances, commissions, *agencias*, conseils)³⁸⁸, mais partageant toutes certaines caractéristiques identiques. Il s'agit dans tous les cas d'organismes administratifs spécialisés, dont la finalité consiste à organiser la régulation de la concurrence, indépendamment de leur domaine d'intervention. Deux points doivent alors être examinés successivement dans la perspective d'évaluer l'indépendance de l'autorité transversale de concurrence colombienne vis-à-vis du pouvoir politique. D'une part, il s'agit de déterminer les règles permettant d'assurer cette indépendance, au moins sous la forme d'une simple autonomie de fonctionnement dans l'accomplissement de leurs missions. D'autre part, il est nécessaire d'évaluer la capacité du schéma d'organisation actuel de cette autorité à répondre à cette exigence d'indépendance. Ainsi, par exemple, le caractère collégial des autorités de concurrence, considéré par certains comme une garantie d'indépendance³⁸⁹, apparaît en droit colombien réservé à certaines commissions et *agencias*³⁹⁰. Il n'en reste pas moins qu'un examen de l'ensemble des autorités colombiennes qui participent à l'organisation de la concurrence paraît nécessaire pour apprécier ce critère de la collégialité. Par ailleurs, les modalités d'organisation interne des agences doivent pouvoir être adaptées aux spécificités des secteurs régulés.

En droit colombien, la détermination de la structure interne des autorités administratives est une compétence partagée entre les pouvoirs législatif et exécutif.

³⁸⁸ Cette diversité des formes d'organisation et de noms est présente dans les trois systèmes analysés. A titre d'exemple, aux Etats-Unis, les *agences* qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence peuvent avoir des diverses formes d'organisation et des noms différents, tels que *Boards*, *Administrations*, *Commissions*. Mais, elles partagent toutes certaines caractéristiques. Ce sont des autorités « indépendantes », de création législative et dotées d'une personnalité juridique séparée ; Xénophon YATAGANAS, « Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies » *Jean Monnet Working Paper*, mars 2001, p. 20, disponible sur le site: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010301.html>

³⁸⁹ V. par exemple, Charles B. CRAVER, « The Clinton Board: Continuing a Tradition of Moderation and Excellence », *Labor Law Journal*, 2000, vol. 16, n° 1, p. 126.

³⁹⁰ Telles que la Commission de régulation de communications et l'Agence nationale du spectre électromagnétique. Mais, dans les deux cas, le ministre de télécommunications préside ces organes (v. loi 1341, loi TIC, de 2009 à propos de l'ANE – *Agencia nacional del espectro* -). Il a été relevé par certains auteurs que le ministre de finances possède un pouvoir spécial au sein du comité directeur de la Banque centrale (Alberto ALESINA, Alberto CARRASQUILLA et Roberto STEINER, « The Central Bank in Colombia », *op. cit.*, p. 6). Dans la pratique, la seule influence dont il semble disposer est limité au fait que le comité ne peut pas être convoqué sans sa participation (ou celle de son représentant). Or il se trouve que les textes régissant la matière prévoient qu'en cas de retard supérieur à deux semaines, tous les membres du comité directeur ont le pouvoir de convoquer des réunions extraordinaires à tout moment pour traiter de questions spéciales. Les membres du comité décident ensuite de l'ordre du jour, et le personnel de l'organe *autónomo* et du ministère travaillent en coordination sur les questions techniques à traiter. Plus de détails sur ces procédures peuvent être trouvés dans la Résolution interne 1/2000 de la Banque centrale.

D'une part, le législateur fixe les lignes directrices de leur organisation interne et, d'autre part, l'exécutif a la compétence pour préciser, en conformité avec la loi, la structure interne des organes de l'administration centrale³⁹¹. La fixation par le législateur des lignes directrices de l'organisation interne de l'autorité de concurrence « indépendante » vise à restreindre l'influence de l'exécutif³⁹², et apparaît en quelque sorte comme une garantie de son indépendance vis-à-vis de ce dernier. Mais l'exercice de ce pouvoir par le législateur peut également viser à anticiper tout conflit entre les objectifs et aspirations des administrateurs experts (agent) et les préférences du Congrès (principal)³⁹³. Face à une situation de connaissance incomplète de l'attitude des experts en poste au sein de l'autorité de concurrence « indépendante », le législateur a la possibilité d'établir une série de « procédures » visant à anticiper leurs comportements³⁹⁴. De plus, la mise en place de « procédures » *ex ante*, souvent sous la forme de questions structurelles liées à la prise de décision des autorités de

³⁹¹ En droit colombien, les mécanismes de garantie de l'équilibre des pouvoirs entre les trois branches soit garanti sont établis moyennant trois instruments essentiels : d'abord, l'attribution au législateur de la compétence d'élaboration de la loi et du contrôle politique de son exécution. Ensuite, l'attribution à l'exécutif de la fonction de développement réglementaire et d'application des dispositions normatives, par le biais de l'organisation administrative. Enfin, l'attribution au pouvoir juridictionnel du contrôle de l'interprétation et de l'application des normes juridiques aux cas concrets. Ces instruments sont complétés par les organes constitutionnels *autónomos* contribuant à renforcer l'équilibre des pouvoirs et les mécanismes de contrôle mutuel, tels que la *Contraloría* ou la *Procuraduría*, précédemment évoqués.

³⁹² Voir sur cette question, Peter L. STRAUSS, « *The Place of Agencies in Government Separation of Powers and the Fourth Branch* », *Colum. L. Rev.*, 1984, vol. 84, pp. 573, 589-591. A son tour, l'exécutif vise à étendre son influence et à résister aux efforts du Congrès par le biais d'une série de mécanismes de contrôle (un contrôle budgétaire, par exemple), ainsi que par des plans de restructuration de l'Etat. A titre d'exemple, en droit américain, les commissions de management présidentielles établies pour examiner les organes du pouvoir exécutif ont recommandé d'augmenter le contrôle présidentiel sur les autorités de régulation indépendantes (c'est le cas du conseil pour l'organisation exécutive chargé du « *report on selected independent regulatory agencies* » de 1971). Pour une présentation générale des commissions de management nommées par le président voir, Arnold E. PERI, *Making The Managerial Presidency: Comprehensive Reorganization Planning*, 2e éd., Rév. 1998, pp. 338 – 364.

³⁹³ Voir MCCUBBINS et Thomas SCHWARTZ, « *Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms* », *op.cit.*, pp. 165-179. Comme il a déjà été évoqué, en déléguant l'organisation de la régulation de la concurrence aux autorités administratives « indépendantes », le législateur crée un besoin de contrôle de leur activité, en termes de *Bureaucratic drift* (dérive bureaucratique, c'est-à-dire, la possibilité que les décisions de l'autorité de concurrence s'éloignent des objectifs voulus par le Congrès). Le Congrès peut alors employer une variété de stratégies (« procédures ») pour mitiger tout conflit entre lui-même (principal) et les membres de l'autorité de concurrence (agent), V. Kathleen BAWN, *op.cit.*, p. 62.

³⁹⁴ Le sens du mot « procédures » que nous utilisons ici est un sens large, qui comprend premièrement des procédures *ex ante*, souvent sous la forme de questions structurelles liées à la prise de décision des autorités de concurrence (telles que la manière dont elle est organisée, les qualifications requises de leurs membres et les contraintes procédurales déterminées à l'avance pour la prise de décision) et, deuxièmement, des procédures *ex post*, tels que le contrôle juridictionnel de leurs actes et des procédures qui déterminent comment l'autorité de concurrence se rapporte au reste de l'administration. Kathleen BAWN, *ibid.*, p. 62.

concurrence (telle que la séparation, au sein de leur organisation interne, de la fonction de poursuite, d'instruction et de décision), peut de son côté conduire à renforcer la légitimité de l'autorité de concurrence d'un point de vue procédural. Si bien que l'organisation interne des autorités de concurrence peut apparaître à la fois comme une garantie de leur indépendance (A) et comme un facteur de légitimité de ces autorités (B).

A- L'ORGANISATION INTERNE COMME GARANTIE D'INDEPENDANCE

L'organisation interne des autorités de concurrence peut apparaître comme une garantie de leur indépendance face aux éléments externes susceptibles d'y porter atteinte, principalement de la part des pouvoirs publics (1). Certains éléments liés à la structure interne des autorités de concurrence peuvent aussi constituer une garantie face aux facteurs internes susceptibles d'y porter atteinte. Le pluralisme au sein des autorités de concurrence semble pouvoir constituer un moyen de garantir leur indépendance face aux éléments internes et externes (2).

1. L'indépendance dans l'organisation interne

L'improvisation semble régner en droit colombien lorsqu'il faut tenter de réfléchir à des solutions d'organisation permettant de garantir véritablement l'indépendance de jugement des membres des autorités qui participent à la régulation de la concurrence. Comme il a déjà été souligné, une des raisons de cette improvisation peut provenir du fait que les superintendances et commissions de régulation instituées en droit colombien ont été qualifiées d'administrations publiques, et ont été considérées comme une expression des compétences du législateur et de l'exécutif en ce qui concerne l'adaptation de l'organisation administrative aux nouvelles exigences constitutionnelles en matière économique (telles que l'ouverture à la concurrence des particuliers en matière de services publics³⁹⁵). Cette conception des autorités de concurrence comme des organisations

³⁹⁵ V. article 365 de la Constitution, « *los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares (...)* ».

faisant partie de l'organisation administrative centrale permet de concevoir leurs fonctions comme des fonctions qui appartiennent à l'exécutif et qui relèvent, en quelque sorte, de sa responsabilité. Une des conséquences de cette assimilation consiste en ce que l'organisation interne des organes en question ne se différencie pas de celles des autres autorités administratives. Une telle homogénéité dans l'organisation interne des structures administratives « traditionnelles » et des autorités de régulation en matière de concurrence peut en quelque sorte porter atteinte au jugement technique des membres de ces dernières. De même, les nécessités liées à la spécificité des secteurs dans lesquels interviennent les autorités de concurrence, telles que la commission de régulation de communications, semblent mal s'accommoder d'une structure type³⁹⁶.

Prenons par exemple le cas de l'autorité de concurrence transversale, la SIC. La réforme du système de protection de la concurrence de juillet 2009 dépouille les autorités sectorielles de certaines fonctions en matière d'enquêtes, jugements et sanctions administratives au profit de la SIC³⁹⁷. Cette « concentration » des fonctions au profit de l'autorité transversale a rendu nécessaire une réforme de sa structure interne. Pourtant, la modification de l'organisation interne de la SIC, réalisée par l'exécutif, a globalement conservé la structure type des organismes « rattachés » à l'administration centrale. Tel qu'elle a été réalisée, l'organisation interne de la SIC ne semble pas renforcer le pouvoir discrétionnaire de leurs membres. En outre, l'exécutif conserve le pouvoir de restructurer l'organisation interne de la SIC, ce qui semble susceptible de nuire à l'indépendance de ses moyens humains. De même, les commissions de régulation et la nouvelle agence nationale du spectre semblent avoir également été dotées d'une structure type. Il s'agit pour la plupart de corps collégiaux, présidés par le ministre du secteur auquel ils appartiennent, ce qui peut être perçu comme une sorte de contrainte au pouvoir décisionnel de leurs membres. Au final, le doute est permis quant à savoir si l'organisation interne des autorités colombiennes reflète bien les besoins des divers secteurs régulés. Il en résulte que davantage de facteurs de transparence liés à l'organisation des autorités colombiennes, mais également plus de garanties d'indépendance par rapport au

³⁹⁶ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 826.

³⁹⁷ Loi 1340 de juillet 2009.

politique, peuvent permettre de mieux tirer parti de l'expertise des membres des autorités de concurrence.

L'organisation interne des autorités de concurrence pouvant être liée à leurs finalités, une première voie pour augmenter le degré d'indépendance des autorités de concurrence vis-à-vis du pouvoir exécutif – réduire l'influence de celui-ci dans la configuration de leur structure –, consiste en une définition législative précise des fonctions incombant à ces autorités, en les distinguant clairement des fonctions revenant aux autres organes administratifs. Cela peut amener l'exécutif colombien à considérer, en fonction de ces finalités, un autre type d'organisation interne, au moins partiellement différente de celle des structures types en place au sein de l'administration centrale. En outre, une structure interne liée aux finalités des autorités de concurrence peut modérer la capacité d'influence de l'exécutif sur l'activité et la liberté de décision des membres des autorités de concurrence³⁹⁸. Une deuxième voie, à l'opposé de la réforme du système de protection à la concurrence de 2009, consiste pour le législateur à tracer des directives générales sur l'organisation interne des autorités de concurrence. Dans la pratique, ces mécanismes viennent notamment limiter la capacité de l'exécutif à restructurer l'organisation interne des autorités de concurrence³⁹⁹. Une troisième voie consiste, en cas par exemple d'externalisation par la loi de la fonction de la régulation de la concurrence, à attribuer aux futures autorités de régulation « indépendantes » la faculté de déterminer elles-mêmes leur organisation interne (selon les finalités et directives du législateur et contenues dans la loi les instituant)⁴⁰⁰. Si le régulateur de concurrence peut être placé, au moins par défaut, dans la sphère exécutive⁴⁰¹, l'externalisation implique qu'il ne soit plus soumis au principe hiérarchique, ni à la tutelle, ni au contrôle préalable de ministres. L'octroi d'une autonomie d'organisation semble par conséquent exclure la compétence du pouvoir exécutif contenue à l'article 189-14 de

³⁹⁸ Lisa SCHULTZ BRESSMAN, « Procedures as Politics in Administrative Law », *Colum. L. Rev.*, 2007, vol.107, p. 1749; Matthew C. STEPHENSON, « Optimal Political Control of Bureaucracy », *Mich. L. Rev.*, vol. 107, 2008, p. 59.

³⁹⁹ Cette même capacité de restructuration par l'exécutif qui peut être considérée comme un moyen pratique de pression sur leur autonomie fonctionnelle. Voir sur cette question, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 de 24 avril 1997.

⁴⁰⁰ Comme c'est le cas de la CNTV, de la *Contraloría* ou de la Banque centrale, organes constitutionnels autonomes. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 220 de 1997 ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 775 de 2001 et Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt n°1587 du 21 octobre 2004.

la Constitution pour déterminer de la structure interne des organes de l'administration centrale⁴⁰². Une voie supplémentaire possible consiste à renforcer les garanties internes des autorités de concurrence, et notamment le pluralisme au sein des structures qui les composent.

2. Le pluralisme comme facteur d'indépendance

Lorsqu'on essaie d'aborder le sujet du pluralisme au sein des autorités de concurrence sous l'angle de la notion d'indépendance, une première question est celle du caractère collégial de l'organe de décision de ces autorités. Par comparaison, dans les systèmes français et américain, l'indépendance, traduite dans la composition des autorités de régulation, est matérialisée par un ensemble de dispositions législatives visant à réduire les possibilités d'influence de la part du pouvoir exécutif et du secteur régulé sur les organes de décision. Une des caractéristiques d'organisation destinées à protéger l'autonomie décisionnelle des agences de concurrence américaines indépendantes consiste en leur caractère collégial. Il s'agit d'institutions où règne le principe de la collégialité ainsi que celui du bipartisme, entendus comme garanties dans la mesure où ils rendent plus difficile leur capture par les groupes d'intérêts et le pouvoir politique⁴⁰³. En droit français, le caractère collégial constitue une des caractéristiques communes des autorités de régulation indépendantes intervenant en matière économique⁴⁰⁴. Cependant, ce caractère collégial des autorités de concurrence n'empêche pas, dans certains cas, des influences du pouvoir exécutif,

⁴⁰¹ Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op.cit.*, 226.

⁴⁰² Article 189-14, « *Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales* ».

⁴⁰³ Les autorités indépendantes de régulation américaines sont généralement composées de cinq à sept membres. Cette collégialité permettrait de diluer la responsabilité ainsi que la prise de décision au sein des agences.

⁴⁰⁴ Il y a là une double spécificité en droit français : spécificité du domaine économique et spécificité française qui contraste avec le modèle britannique d'autorités de régulation reposant sur un principe de personnalisation du régulateur, Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op.cit.*, p. 213. Aux observations tirées de la lenteur du système nord-américain, les britanniques ont répondu par une personnification du régulateur. En effet, la structure collégiale des IRA américaines a souvent produit des séquences de décisions lentes à venir et parfois incohérentes. Retenant cette leçon, les britanniques ont confié à un individu, le « régulateur », l'entière responsabilité des décisions préparées par l'Office dont il est le Directeur Général ce qui permet

notamment dans la nomination des membres. S'agissant des commissions de régulation colombiennes, le pouvoir exécutif préside leur collège. Il semble donc nécessaire que cette garantie organisationnelle soit accompagnée d'autres facteurs d'indépendance. L'un d'entre eux est de limiter le rôle des ministres dans le collège des autorités de concurrence – à supposer qu'ils en restent un des membres –. Un autre facteur peut provenir d'une diversité des pouvoirs de nomination des membres du collège⁴⁰⁵, ce qui a en outre l'avantage de répondre au souci d'hétérogénéité dans la composition des organes de régulation.

Pour certains auteurs, la collégialité doit aussi être conjuguée avec l'objectif d'efficacité administrative, qui implique des collèges suffisamment restreints pour rendre des décisions rapidement, en vue de répondre aux critiques de lenteur et d'inefficacité dans la prise de décision des organes collégiaux⁴⁰⁶. Un organe collégial efficace est garanti non seulement du pluralisme des idées, mais rend aussi plus difficile la capture du régulateur colombien par le secteur régulé ou le pouvoir exécutif⁴⁰⁷. En effet, d'une part, la collégialité, conjuguée avec la diversité des pouvoirs susceptibles de nommer les membres des autorités de concurrence, est une garantie d'indépendance dans le sens où elle implique également un certain pluralisme, en intégrant un maximum de courants de pensée. D'autre part, elle est aussi une garantie d'indépendance, au sens pratique du terme, puisqu'il est, dans le pire des cas, beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne⁴⁰⁸.

d'éviter les lenteurs bureaucratiques des décisions collégiales. Voir sur cette question, Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p.102.

⁴⁰⁵ Il serait même possible d'avancer l'hypothèse d'une participation partielle des associations des consommateurs et/ou d'opérateurs. « Si l'on considère la collégialité et les organes en charge de la nomination des membres des ARI, non pas comme des garanties d'indépendance, mais plutôt comme une source de légitimité et de pluralisme de pensée, alors il serait tout à fait possible d'envisager une extension du pouvoir de nommer des membres au secteur régulé, composé des opérateurs, mais aussi aux consommateurs », Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, 282.

⁴⁰⁶ Tels que les critiques apparues au Royaume-Uni sur l'efficacité des organes collégiaux. V. Nicolas CURIEN, « La libéralisation des Télécommunications en Europe », in Claude HENRY et Emile QUINET, *Concurrence et service public*, textes des Conférences Jules DUPUIT présidées par Marcel BOITEUX, Paris : L'Harmattan, Chapitre 16, p. 356.

⁴⁰⁷ V. Harry T. EDWARDS, « Collegiality and Decision Making on the D.C. Circuit », *Va. L. Rev.*, 1998, vol. 84, pp. 1335, 1358-1362.

Une deuxième question concernant le pluralisme au sein des autorités de concurrence a trait à la représentation de plusieurs structures sectorielles au sein d'une seule autorité de concurrence multisectorielle. C'est le cas de la *Bundesnetzagentur* (agence fédérale de réseau) allemande⁴⁰⁹. Le particularisme multisectoriel de l'autorité allemande implique que l'inter-régulation⁴¹⁰ soit assurée en son sein avant le prononcé final d'une décision. L'autonomie de fonctionnement de cette autorité est considérée en outre mieux assurée grâce à une harmonisation entre les différentes chambres de décision, consistant en ce que ces chambres s'accordent entre elles par voie de consultation préalable au prononcé final d'une décision, en vue de se conformer à des perspectives différentes si celles-ci sont convaincantes⁴¹¹. Il s'agit cependant d'une simple faculté⁴¹². Cette capacité d'harmonisation au sein de l'autorité de régulation allemande semble propice à

⁴⁰⁸ Harry T. EDWARDS, « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », *U. Pa. L. Rev.*, 2003, vol. 151, pp. 1643, 1649 et 1652-1653.

⁴⁰⁹ L'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer a été créée par la loi du 7 juillet 2005 (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* »). Un avantage des structures de ce type consiste à mutualiser des moyens humains, mais aussi les compétences au sein d'une même entité. Dès lors, ces structures impliqueraient une réduction des coûts, ainsi qu'une économie dans les délais nécessaires pour produire une décision « inter-régulée ». De plus, la réunion des régulateurs dans un même organe trouve sa justification dans la proximité entre les secteurs, ainsi que dans leur logique commune : réguler des marchés en voie de libéralisation sur lesquels interviennent de considérations de service public.

⁴¹⁰ L'autorité allemande serait une réponse institutionnelle aux exigences de l'inter-régulation. Pour une première appréhension de ce terme, voir Frison-Roche Marie-Anne: « Le droit de la régulation », *Dalloz*, chroniques, 2001, p. 614. Selon Marie-Anne FRISON-ROCHE, « il y a inter-régulation lorsqu'un procédé (technique, procédural, doctrinal) répond à la nécessité de faire entrer en contact des régulations autonomes, de faire qu'elles se prennent en considération les unes les autres, alors que nous ne disposons pas de procédés permettant de faire passer l'une devant l'autre, et qu'il en résulte néanmoins une décision), Marie-Anne, FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'inter-régulation », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, Droit et économie de la régulation, p. 69.

⁴¹¹ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 619.

⁴¹² Rainer ARNOLD, « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 90. Comme au Royaume-Uni, la procédure de coopération ne connaît aucun formalisme et apparaît consensuelle. Un des avantages de la structure allemande consiste à anticiper des évolutions technologiques dans les secteurs régulés. En effet, pour Hubert DELZANGLES, une affaire implique une décision « inter-régulée » entre plusieurs autorités sectorielles ou encore entre celles-ci et l'autorité transversale de la concurrence. Dans le cas allemand, l'autorité de régulation multisectorielle n'a qu'une consultation informelle à réaliser, alors que les autorités de régulation françaises ou italiennes doivent agir en marge des textes qui sont muets sur ce point. Ces dernières autorités devant attendre, théoriquement, une intervention législative pour édicter une décision inter-régulée. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 619. Un tel modèle d'autorité de régulation multisectorielle pourrait donc être considéré par le législateur colombien dans le cas d'une éventuelle externalisation de la fonction de la régulation de la concurrence dans des autorités administratives « indépendantes ». De même, toujours d'un point de

contenir le risque de capture de l'une des chambres par des éléments externes. Elle paraît aussi permettre à ces chambres, lors de la prise de décision, de bénéficier de la diversité de leurs champs d'expertise technique propres, ainsi que d'informations sur la composition et les évolutions des secteurs régulés. En définitive, puisque la décision finale de l'organe multisectoriel est toujours susceptible de bénéficier de l'expertise des chambres concernées, les exigences de l'inter-régulation semblent pouvoir être satisfaites par cette réponse institutionnelle.

B- L'ORGANISATION INTERNE COMME FACTEUR DE LEGITIMITE

L'indépendance des autorités de concurrence, vue comme un choix du Congrès en vue d'encadrer l'accomplissement des missions de l'organe de régulation⁴¹³, dépend des stratégies du Congrès pour anticiper le résultat de l'activité des administrateurs experts qui la composent⁴¹⁴. Les « procédures » déterminées *ex ante* par le législateur peuvent réduire la marge de pouvoir discrétionnaire de l'autorité de concurrence en imposant par exemple des délais stricts dans la prise de décisions⁴¹⁵. Le nombre de stratégies que le législateur pourrait envisager semble illimité, tout comme les formes d'organisation interne possibles pour les autorités de régulation de la concurrence. Quant aux « procédures » liées à la manière dont les autorités de concurrence colombiennes sont structurées, trois points semblent essentiels dans l'analyse de leur organisation interne.

Au delà de la composition interne existante – ou envisageable – des autorités de concurrence, une plus grande « impartialité structurelle » dans la prise de décision de ces autorités semble hautement souhaitable. A titre d'exemple, ni le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de participation au délibéré de la sanction, ni sa manifestation institutionnelle, n'apparaissent clairement à l'intérieur des autorités colombiennes chargées d'organiser la régulation de la concurrence. En

vue prospectif, la concentration de l'organisation de la régulation de la concurrence dans l'autorité de concurrence transversale pourrait s'inspirer également du modèle allemand.

⁴¹³ L'indépendance est entendue ici comme le potentiel de l'autorité de concurrence de s'éloigner des finalités définies par le législateur *ex ante*, et non pas comme l'influence du législateur sur le résultat de l'activité de l'autorité administrative indépendante (contrôle) *ex post*.

⁴¹⁴ Kathleen BAWN, *op.cit.*, p. 63.

droit colombien, une telle séparation semble pourtant requise par l'article 29 de la Constitution, relatif au *debido proceso de las actuaciones administrativas y judiciales*, et similaire à l'article 6 de la CEDH⁴¹⁶. Par comparaison, les autorités de régulation françaises ont assuré la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de participation au délibéré. Dans l'exemple de l'A.R.C.E.P⁴¹⁷, le chef du service juridique, le rapporteur et le collège de l'A.R.C.E.P. assurent, chacun en ce qui le concerne, une des trois fonctions. De plus, le collège délibère hors la présence du rapporteur, du chef du service juridique ou de leurs adjoints⁴¹⁸.

Ensuite, et toujours dans le même ordre d'idées, les autorités qui participent à la régulation de la concurrence en Colombie doivent refléter une séparation structurelle effective entre l'organe de décision et celui chargé du règlement des conflits entre opérateurs économiques. Comme dans le cas des sanctions adoptées par les autorités de concurrence, il s'agit de compétences quasi-juridictionnelles qui doivent être entourées de garanties procédurales⁴¹⁹.

Enfin, l'organisation interne des autorités de la régulation de la concurrence en Colombie peut éventuellement permettre plus de participation des citoyens dans la prise de décisions. Dans ce but, le législateur colombien peut par exemple attribuer à

⁴¹⁵ Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op.cit.*, p. 737.

⁴¹⁶ Article 6 de la CEDH, droit à un procès équitable.

⁴¹⁷ Articles 18 à 22 du règlement intérieur.

⁴¹⁸ Article 22, *ibid.* En outre, diverses dispositions du règlement intérieur visent à assurer, par exemple, le respect du principe du contradictoire ou un délai raisonnable dans la procédure de sanction, mais aussi dans la procédure de règlement des différends, voir par exemple les articles 10 et suivants de la décision n° 99-528, du 18 juin 1999, portant règlement intérieur (J.O.R.F., n° 166, du 21 juillet 1999, p. 10849). Cette évolution n'en est cependant pas restée là. Une deuxième adaptation du règlement intérieur de l'ARCEP a été réalisée le 10 janvier 2006 dans l'optique de respecter la Convention européenne des droits de l'homme (Décision n° 06-0044, du 10 janvier 2006, du 10 janvier 2006 de l'Autorité de régulation des Communications électroniques et des Postes portant règlement intérieur, modifiée par les décisions n° 2007-0556, du 28 juin 2007 et n° 2007-0705, du 26 juillet 2007 portant modification du règlement intérieur ; voir également lettre de l'ARCEP, mars-avril 2006, p. 15). Elle prend en compte notamment les modifications introduites par la loi du 9 juillet 2004 qui donnent compétence au directeur des services de l'autorité pour mettre en demeure la personne en infraction de se conformer aux obligations transgressées.

⁴¹⁹ C'est le cas en France de la CRE. Le législateur français a réformé son fonctionnement en conférant à un organe spécialisé et intégré dans la Commission, le Comité de règlement des différends et des sanctions, les compétences indiquées par sa dénomination. Sa composition traduit la « juridictionnalisation » de l'organe. Il est composé en effet de deux conseillers d'Etat nommés par le vice-président du Conseil d'Etat, et de deux conseillers à la Cour de Cassation désignés par le premier président de la Cour de Cassation ; v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 443.

une structure des autorités de concurrence la charge des rapports avec les opérateurs économiques concernés, ce qui paraît faciliter notamment la collecte des informations et le suivi journalier de l'évolution du marché régulé. Cette structure peut constituer alors une sorte de relais entre l'autorité de concurrence et ces opérateurs économiques, outre qu'elle renforce en elle-même la légitimité de l'autorité de concurrence « indépendante » en droit colombien. Si bien qu'il faudra trouver un équilibre entre le souci d'efficacité administrative et des mécanismes institutionnels légitimant l'activité des autorités de concurrence « indépendantes ».

Pourtant, ces mécanismes statutaires devront être accompagnés d'autres facteurs d'indépendance. Comme nous l'avons étudié, certaines garanties d'indépendance liées à l'organisation interne des autorités de concurrence, tels que le pluralisme à l'intérieur de ces autorités, ne suffiraient pas à renforcer l'indépendance statutaire de ces autorités. Il est par conséquent indispensable de compter avec des mécanismes additionnels d'indépendance, tels que ceux liés au statut de leurs membres.

Chapitre 2

LES GARANTIES DE L'INDEPENDANCE STATUTAIRE

L'indépendance, traduite dans la composition des autorités de concurrence, se manifeste, dans les systèmes qui ont externalisé la fonction de régulation de la concurrence, par un ensemble de dispositions législatives visant à réduire le potentiel d'influence du pouvoir exécutif et des groupes d'intérêts publics et privés sur les organes décisionnels de ces autorités. Les textes sur l'organisation des superintendances et commissions participant à la régulation de la concurrence en Colombie ne semblent toutefois pas comporter de dispositions similaires⁴²⁰ à celles qui existent dans les systèmes français et américain.

Il est vrai que, dans les systèmes où la fonction de régulation de la concurrence est externalisée, le législateur n'a pas choisi d'exclure toute participation du pouvoir exécutif, notamment dans la nomination des membres des autorités de concurrence. Dans chacun des systèmes de concurrence comparés, l'Exécutif participe, par conséquent, à la nomination des membres des autorités chargées de la régulation de la concurrence. Ce qui semble varier d'un système à l'autre est plutôt le degré d'immixtion de l'Exécutif dans le processus de nomination des membres de ces autorités. Quelques différences se dévoilent également lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de participation d'autres pouvoirs publics, des représentants des marchés économiques régulés, des associations des consommateurs et usagers et, en général, des groupes d'intérêt public et privés dans la nomination des membres du collège des autorités de concurrence. En effet, la place parfois trop importante de l'Exécutif dans la nomination des membres des autorités chargées de la régulation de la concurrence peut apparaître contraire à l'idée de pluralisme dans la nomination de leurs membres. Il est alors possible de diminuer la proportion des membres nommés par le pouvoir exécutif, pour faire place à celle du pouvoir législatif et, peut être, à des représentants

⁴²⁰ Hormis quelques cas ponctuels des organes autonomes de création constitutionnelle qui participent à l'organisation de l'activité de régulation économique, tels que la Banque centrale et la CNTV.

des secteurs économiques régulés ou des associations de consommateurs⁴²¹. Un éventuel choix politique dans cette voie devra cependant être accompagné d'autres garanties d'indépendance, qui auraient pour objet de contenir tout risque de capture de l'organe de régulation par des groupes d'intérêts publics ou privés.

En outre, le caractère représentatif – sur le plan politique – des organes en charge de la nomination des membres des autorités de concurrence, conjugué à la question du calendrier électoral, soulève la question de la « politisation » des membres de ces autorités. D'un point de vue prospectif, les expériences française et américaine sur la question du choix des membres des autorités de concurrence peuvent être utiles à l'heure de déterminer, en cas d'instauration d'une autorité transversale de concurrence « indépendante » en droit colombien, s'il faut s'orienter vers une composition « politique », ou plutôt favoriser une composition fondée sur la légitimité technique des membres des autorités de concurrence.

L'indépendance est aussi liée aux caractères du mandat des membres des autorités de concurrence. En effet, la durée, le renouvellement et les incompatibilités imposées à leurs membres sont des facteurs devant être mis en relation avec les risques de capture par le pouvoir exécutif et/ou les groupes d'intérêts publics ou privés⁴²². En droit colombien, les règles relatives aux caractères du mandat des membres des autorités chargées de la régulation de la concurrence semblent jeter le doute, au moins dans les faits, sur l'impartialité, la neutralité et l'objectivité pourtant exigées dans les décisions des organes de régulation. Il convient alors de renforcer l'indépendance des membres des autorités colombiennes par un ensemble de garanties statutaires dans l'exercice de leurs fonctions. Un tel objectif semble se retrouver au sein des règles en matière d'avancement et de discipline. Faut-il inclure des dispositions relatives à la « disqualification » des membres des autorités de concurrence en droit colombien ? Si le législateur colombien se penche sur cette

⁴²¹ Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 280.

⁴²² Pour Hubert DELZANGLES, un mandat assez long aurait d'abord une influence sur la capacité de ceux-ci à se familiariser avec la technicité du secteur et garantirait l'indépendance dans la durée. Ensuite, le non renouvellement implique que les membres soient présumés ne pas agir en fonction d'intérêts personnels, comme la prolongation de leur mandat. Enfin, un système d'incompatibilités, pendant et après l'exercice de leurs fonctions, semble primordial pour éviter tout conflit d'intérêts, ainsi que la reconversion des membres des autorités de concurrence dans le secteur régulé. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, 281.

alternative, ces règles doivent, tout au moins, être assez précises pour minimiser les risques de mise à l'écart par le gouvernement de membres pour des motifs discrétionnaires.

Une démarche comparative entre le cas colombien et l'ensemble des dispositions des systèmes étrangers visant réduire les possibilités d'influence de l'exécutif et des groupes d'intérêt sur l'activité des membres des autorités de concurrence « indépendantes », doit enfin permettre d'identifier différentes voies pour éclairer le législateur colombien. Cette approche présente en effet un intérêt majeur face à l'hypothèse de l'instauration, par ce dernier, d'une autorité de concurrence « indépendante », au sens strict du terme, en droit colombien. Pour bien mener cette comparaison, on s'appliquera d'abord à déterminer les garanties liées au statut de leurs membres (Section 1). Il faudra ensuite s'interroger sur les garanties lors de l'exercice de leurs fonctions (Section 2).

Section 1

LES GARANTIES LIEES AU STATUT DE LEURS MEMBRES

Pour rendre les entités de régulation de la concurrence colombiennes organiquement indépendantes, les règles de nomination de leurs membres doivent elles-mêmes refléter une certaine indépendance. (§ 1). Ces règles de nomination devront être complétées par un ensemble de garanties essentielles d'indépendance, provenant cette fois-ci des caractères du mandat des membres des autorités de concurrence (§ 2).

§ 1. LA NOMINATION DE LEURS MEMBRES

Une démarche comparative de divers mécanismes de désignation des membres des autorités de concurrence, permet de dégager le degré d'indépendance des membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence en Colombie, non seulement au regard de l'organe chargé de les désigner (A), mais également en fonction des qualités requises pour les personnes susceptibles d'être nommées (B).

A- L'ORGANE CHARGE DE LA NOMINATION

Un premier regard aux différents mécanismes de nomination des membres des autorités de régulation en droit colombien impose que l'on distingue d'abord entre les organes autonomes de création constitutionnelle et les organes disposant d'une simple indépendance légale (superintendances et commissions de régulation)⁴²³.

Quant aux organes *autónomos* de création constitutionnelle, la règle générale, en droit colombien, est celle de la nomination de leurs membres par différentes autorités de l'Etat. Bien que le pouvoir exécutif occupe souvent une place importante dans le processus de nomination des membres de plusieurs organes autonomes, la participation des autres autorités de l'Etat a également été envisagée par le Constituant. A titre d'exemple, le Président élabore et présente une liste de trois candidats parmi lesquels la Cour suprême doit ensuite choisir le *Fiscal general*⁴²⁴. De même, le *Contralor general* est élu par le Congrès, à la majorité absolue, à partir d'une liste de trois candidats désignés chacun, après leur succès à un concours de mérite, par la Cour suprême, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle respectivement⁴²⁵. Ces organes sont principalement des institutions administratives « indépendantes » du politique qui interviennent en matière de libertés fondamentales ou qui sont chargées du contrôle de l'activité de l'administration publique. En revanche, la transposition de ces mécanismes de nomination – mécanismes qui entraînent une participation de plusieurs autorités (systèmes de nomination pluralistes) –, a été moins évidente s'agissant des organes autonomes qui interviennent dans la sphère de la régulation économique. Nous pouvons citer, par exemple, le cas de la Banque centrale, organe autonome constitutionnel dont les membres sont nommés directement par le pouvoir exécutif⁴²⁶.

⁴²³ Suivant la distinction réalisée par la jurisprudence colombienne, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003.

⁴²⁴ Constitution colombienne de 1991, article 249.

⁴²⁵ Constitution colombienne de 1991, article 267.

⁴²⁶ La *Junta directiva* de la Banque centrale est composée de sept membres, dont cinq occupent cette fonction à temps complet (*de dedicación exclusiva*), pour un mandat de quatre ans. Cependant, l'indépendance semble renforcée par un renouvellement partiel de leur mandat. En effet, deux membres sur cinq de *dedicación exclusiva* sont remplacés tous les quatre ans.

S'agissant des organes dotés d'une simple indépendance légale en droit colombien, la nomination des membres des superintendances – dotées ou non de la personnalité morale – et des commissions de régulation⁴²⁷ apparaît comme une compétence exclusive de l'exécutif. La nomination des membres des superintendances et commissions est aujourd'hui réalisée sans l'intervention d'une pluralité d'autorités ; et notamment du Congrès. A titre d'exemple, le Superintendant de l'industrie et du commerce est nommé directement par le président colombien⁴²⁸. Comparés avec leurs homologues étrangers, les différents organes colombiens de création légale qui participent à l'organisation de la régulation de la concurrence ne paraissent pas disposer de garanties statutaires d'indépendance importantes vis-à-vis du pouvoir exécutif, qui est l'organe de nomination de leurs membres. Dès lors, notre démarche comparative impose de rechercher, notamment dans les expériences française et américaine, tous les éléments permettant de déterminer le degré d'indépendance des autorités de régulation colombiennes, ce qui nous permettra en outre de dégager la nature de certaines garanties d'indépendance vis-à-vis de l'organe chargé de la nomination des membres des commissions et superintendances.

Un examen des expériences étrangères permet d'identifier trois systèmes de nomination des membres des autorités de concurrence. Un premier système consiste à répartir les pouvoirs de nomination entre les différentes autorités de l'Etat⁴²⁹. Cette méthode est peu développée dans la sphère de la régulation économique en droit colombien et semble réservée à certains organes autonomes de création constitutionnelle intervenant en matière de libertés et/ou de contrôle de l'activité de l'administration. Constituent également des exemples de ce premier système de nomination les cas de la FTC ou de la FCC américaines. En effet, les commissaires de

⁴²⁷ « *Organos independientes de creación legal* », conformément à la qualification opérée par le juge constitutionnel colombien, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-150 du-25 février 2003.

⁴²⁸ V. articles 66 et 82 loi 489 de 1998.

⁴²⁹ C'est le cas par exemple de quelques autorités italiennes de régulation. Il s'agit dans le cas italien d'un système de représentativité pluraliste dominé par le rôle des assemblées parlementaires dans la nomination des membres. En effet, l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* italienne est composée de neuf membres, dont le président seulement est nommé par décret du Président de la République sur proposition du président du Conseil, en accord avec le ministre des communications. Les huit autres membres sont nommés par le Sénat et la chambre des députés moyennant un décret du Président de la République (voir loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997), article 1.3).

ces agences de régulation fédérales sont désignés d'abord par le Président et ensuite confirmés par le Sénat. Un deuxième système consiste à confier le pouvoir de nomination à l'exécutif, tout en le soumettant à une procédure de consultation préalable auprès d'autres autorités de l'Etat. Ceci est le cas de nomination des membres des autorités de régulation où une consultation préalable des chambres législatives est imposée⁴³⁰. Un troisième système consiste à diluer la compétence de nomination entre plusieurs organes de l'Etat et à laisser une certaine part de cette compétence au secteur régulé ou à des groupes ou associations d'intérêt public ou privé. Mais, en droit colombien, la participation de ce genre d'organisations est plutôt inhabituelle, surtout lorsqu'il s'agit des autorités administratives « indépendantes » intervenant en matière de régulation économique. Il n'est possible de citer, à notre connaissance, que le cas plutôt exceptionnel de la CNTV. En effet, la *Junta directiva* de la CNTV est composée de cinq membres dont deux sont désignés par le gouvernement, un troisième parmi les représentants légaux de chaînes régionales de télévision, un quatrième par les associations professionnelles et syndicales du secteur, et un dernier élu démocratiquement parmi les associations des téléspectateurs, des pères de famille et les facultés universitaires d'éducation et communication sociale⁴³¹.

Il s'agit, dans toutes ces hypothèses – et dans les limites que peuvent rencontrer chacun de ces systèmes –, de trouver un équilibre partiel entre, d'une part,

⁴³⁰ Le mode de nomination des membres des autorités de régulation espagnoles témoigne d'un souci de consultation des assemblées. Par exemple, la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* est composée de neuf membres, dont un président, un vice-président et sept conseillers. Ils sont tous nommés par le gouvernement, par *Real Decreto* adopté sur proposition du ministre des sciences, de la technologie et de l'économie. Cependant, le ministre responsable doit, au préalable comparaître devant la commission compétente de la chambre des députés (*Congreso de los diputados*) pour délivrer des informations sur les candidats proposés. (V. Loi 32/2003 du 3 novembre 2003, générale de télécommunications (BOE n° 264 du 4 novembre 2003), article 48) Cette comparution peut être suivie d'un débat, comme c'est le cas de la nomination des membres de la *Comisión Nacional de Energía* (Loi 34/1998 du 7 octobre 1998, du *sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), onzième disposition additionnelle, alinéa 3.).

⁴³¹ Article 1, loi 335 du 20 décembre 1996 (article qui modifie l'article 6 de la loi 182 de 1995). Selon l'ancien membre de la CNTV, Juan Andres CARREÑO, dans la pratique les mécanismes de nomination des membres de la CNTV par des associations et d'autres groupes d'intérêts manquent de transparence et d'efficacité, ce qui semble nuire gravement l'image de la Commission. « Parte de los problemas que han generado la mala imagen de la institución es que los mecanismos de elección de los dos sectores y especialmente el de los gremios, nunca se han podido diseñar adecuadamente y eso le ha producido muchos problemas a la institución desde el punto de vista de su imagen corporativa ». Selon Jorge MARTINEZ, représentant de la chaîne de télévision CARACOL, l'autonomie de la CNTV peut en pratique être illusoire lorsque le gouvernement nomme deux représentants et, d'une façon indirecte, nomme un troisième : celui des chaînes de télévision régionales. Ces différents propos ont été recueillis par Angela RIAÑO de CUELLAR dans un rapport de la CNTV disponible sur son site institutionnel : http://www.cntv.org.co/cntv_bop/.

les membres nommés par le pouvoir exécutif et, d'autre part, les membres nommés par d'autres autorités et/ou groupes d'intérêts publics ou privés. A titre d'exemple, en France, l'article 5 de la loi du 7 décembre 2006⁴³² a modifié la composition de la CRE. Désormais, deux représentants des consommateurs d'électricité et de gaz naturel font dorénavant partie du collège de la CRE⁴³³.

Dans le scénario envisagé ici d'externalisation de la régulation de la concurrence dans une autorité transversale « indépendante » de création législative, une possibilité consiste à confier à plusieurs autorités le pouvoir de nomination des membres de l'autorité de concurrence « indépendante » à instaurer. Il ne s'agit pas d'examiner une méthode de nomination en particulier, mais plutôt d'attirer l'attention sur l'absence de garanties d'indépendance pour la nomination des membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence en Colombie. Il ne faut pas non plus que le processus de nomination des membres de l'autorité de concurrence paralyse l'action de cette autorité. Un juste milieu entre hétérogénéité et participation dans la nomination des membres doit être trouvé. Dès lors, ces différentes formules ne nous semblent pas être exclusives, mais plutôt complémentaires. A cette première faculté de confier à différentes autorités la nomination des membres des autorités chargées de la régulation de la concurrence, on peut ajouter la possibilité de laisser une certaine part du pouvoir de nomination au secteur régulé et/ou aux associations des consommateurs⁴³⁴. Par exemple, l'ensemble des opérateurs économiques peut proposer un ou plusieurs membres. Mais pour que la représentativité soit idéale et qu'un équilibre d'intérêts soit trouvé, ce mécanisme de nomination doit être complété par la participation de l'ensemble des associations de consommateurs. Ces dernières peuvent proposer éventuellement une personnalité compétente en la matière, qui vienne faire contrepoids au membre proposé par les opérateurs économiques. Si l'on considère la collégialité et le pluralisme dans les organes en charge de la nomination

⁴³² Loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, article 5-I (J.O.R.F., du 8 décembre 2006, p. 1). Cette loi transpose les directives concernant l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz, tout en maintenant, cependant, des tarifs réglementés. Elle adapte le secteur de la distribution de l'énergie et elle réforme les pouvoirs et la composition de la Commission de régulation de l'énergie. Elle rend possible la privatisation de Gaz de France mais elle ne touche pas au statut spécifique des distributeurs non nationalisés (DNN) qui doivent rester dans le secteur public.

⁴³³ Loi n°2006-1537, art. 5 (art. 28, Loi n°2000-108).

⁴³⁴ Sans aller sur le terrain de l'autorégulation qui est un modèle peu accepté dans les pays de tradition civiliste car suspect de capture du régulateur par le secteur régulé, il ne serait pas impossible

des membres de l'autorité de concurrence non seulement comme des garanties d'indépendance, mais également, et surtout, comme une source de légitimité et de pluralisme de pensée, alors l'extension du pouvoir de nomination aux opérateurs et aux diverses associations concernées semble y répondre⁴³⁵. Tout au moins, les *curriculum vitae* des intéressés, les opinions rendues par les ordres et les associations professionnelles, les *curricula* des entreprises dans lesquelles les personnes proposées ont travaillé, l'avis d'organisations de consommateurs et d'usagers, constituent des repères nécessaires pour assurer une « excellence » dans la sélection des membres de l'autorité de concurrence⁴³⁶. Ces éléments participent du souci d'hétérogénéité dans la composition des autorités chargées de la régulation de la concurrence, gage informel d'indépendance, tout comme la collégialité⁴³⁷. Cette hétérogénéité peut être amplifiée par les qualités exigées chez les membres de l'autorité transversale de concurrence « indépendante » à instaurer en droit colombien.

B- LES QUALITES DES MEMBRES NOMMES

Un lien direct semble exister entre compétence et indépendance des personnes désignées comme membres des autorités de concurrence. En effet, la compétence scientifique ou technique des personnes nommées est censée diminuer le pouvoir d'influence du monde politique et des groupes d'intérêts publics ou privées sur les autorités de concurrence⁴³⁸. Pour certains, le choix de personnes qualifiées au sein des

d'envisager la nomination de certains membres par le secteur régulé (pour une opinion contraire voir José ESTEVE PARDO, *Autoregulación, génesis y efectos*, éd. Aranzadi, 2002, 184 p.).

⁴³⁵ L'impartialité, l'objectivité et la neutralité des autorités de concurrence devraient aussi être le résultat de la participation des usagers et des consommateurs dans les autorités de concurrence, en accord avec les nouveaux modèles de « gouvernance » (v. sur cette question, Martin SHAPIRO « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », *Ind. J. Global Legal Stud.*; 2001, n°8, p. 369 à 377 et Alfred C. AMAN Jr., « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2001, n°8, p.379).

⁴³⁶ V. Montserrat CUCHILLO, « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », *op. cit.*, p. 115.

⁴³⁷ Marie-Anne, FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, chapitre III. « Par tautologie, les Autorités administratives indépendantes doivent être indépendantes, c'est-à-dire bénéficiant d'une indépendance qui se donne à voir. Pour cela, les règles de nominations, de révocation, de renouvellement des mandats, mais aussi des règles dont le lien est moins direct telle que la collégialité ou la motivation, permettent d'asseoir une indépendance effective ».

⁴³⁸ William E. KOVACIC, « The Quality of Appointments and the Capability of the Federal Trade Commission », *Admin. L. Rev.*, 1997, vol. 49, p. 925.

autorités de concurrence « fonde aussi la crédibilité de l’Autorité, c’est-à-dire son indépendance et sa puissance, ces trois qualités étant intimement liées »⁴³⁹. En ce sens, la compétence des membres des autorités de concurrence permet de se prémunir contre le phénomène de capture du régulateur, autant par le secteur régulé que par le gouvernement⁴⁴⁰.

Hormis les cas récents de l’Agence nationale du spectre et de la Commission de régulation des communications⁴⁴¹, il ne semble pas exister, à notre connaissance, de dispositions législatives sur les compétences techniques précises et les qualités exigées des membres des autorités de création légale de régulation en Colombie⁴⁴². S’agissant de l’Agence nationale du spectre, le législateur colombien dispose que son directeur « doit être citoyen colombien, majeur de 30 ans, doté d’un titre universitaire de niveau master ou doctorat dans des domaines des technologies de la communication et de l’information et possédant une expérience professionnelle minimale de huit ans »⁴⁴³. De même, les trois membres de la Commission de régulation de communications nommés par le Président, ne peuvent être qu’avocats, ingénieurs électroniques ou des télécommunications, ou économistes. Dans tous les cas, au moins un de trois commissaires devra être ingénieur⁴⁴⁴. En outre, aucune procédure claire de vérification des compétences des futurs membres des superintendances et commissions de régulation ne semble avoir été mise en place en Colombie. L’étude de la composition actuelle des autorités de régulation colombiennes semble révéler que, dans les faits, les personnalités nommées n’ont pas de compétences techniques certaines dans les domaines régulés⁴⁴⁵. Une explication

⁴³⁹ Marie-Anne, FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, chapitre 3.

⁴⁴⁰ Neal DEVINS et David E. LEWIS, « Not so Independent Agencies, Party Polarization and the Limits of Institutional Design », *B.U. L. Rev.*, 2008, vol. 88, p. 494.

⁴⁴¹ Loi TIC du 30 juillet 2009.

⁴⁴² En général les qualifications exigées se limitent à un certain nombre d’années d’expérience et d’études universitaires, mais sans mentionner un domaine ou des compétences techniques particulières. En ce qui concerne les organes autonomes de création constitutionnelle, le législateur a régulé cette question. Nous pouvons citer le cas de la CNTV (v. loi 182 de 1995). Pourtant, cela ne signifie pas que les superintendances et commissions de régulation ne peuvent pas inclure davantage de précisions. Par exemple, la SIC a adopté diverses résolutions internes contenant de précisions complémentaires sur les qualifications de ses agents (v. par exemple résolution SIC n° 18647 du 9 juin 2008).

⁴⁴³ Loi TIC du 30 juillet 2009, article 28.

⁴⁴⁴ Loi TIC du 30 juillet 2009, article 20.

⁴⁴⁵ Ceci en raison de leur formation professionnelle, de leurs années d’expérience dans les secteurs régulés et/ou de leurs compétences techniques particulières. Il s’agit pour la plupart des postes de

possible à ce phénomène réside dans la politisation du choix, au détriment de la compétence « technique » des membres. Cela vaut surtout dans le cas des superintendances⁴⁴⁶. Puis, comme évoqué précédemment, la règle de l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement et des partis politiques est rompue, en droit colombien, lorsque la loi de création d'une autorité donnée va jusqu'à inclure comme membres de droit quelques membres dépendant de gouvernement⁴⁴⁷. Ces constats nous emmènent à tourner notre regard vers quelques expériences étrangères.

Par comparaison, la qualité des membres nommés est significative de la vision adoptée par quelques pays d'Europe. Le choix opéré dans ces pays a été – au moins

libre nomination et révocation (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 506 du 14 juillet 1999). Dès lors, des règles sur les qualités des membres nommés et l'instauration d'un dispositif de contrôle de ces qualités pourraient être perçus comme étant contraires au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif pour désigner les membres des superintendances et commissions de régulation. Dans la pratique, il existe peu de mécanismes de contrôle en droit colombien. Un de ces mécanismes semble être celui des enquêtes réalisées par la *Procuraduría* de la Nation, en vertu notamment de sa compétence de contrôle sur l'activité de l'Administration publique (article 277-6 de la Constitution de 1991). La nullité de l'acte de nomination d'un membre de la CNTV a été confirmée par le Conseil d'Etat colombien dans une affaire du 3 octobre 2002. Dans l'espèce, un des membres élu démocratiquement par diverses associations et groupes d'intérêts ne remplissait pas les qualifications pour être inscrit comme candidat à membre de la CNTV (Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°6937 du 3 octobre 2002). Par comparaison, William E. KOVACIC dénonce le manque de qualifications des membres de la FTC américaine : « *Relatively few FTC commissioners have been truly expert in antitrust or consumer protection at the time of their appointment. The experience is gloomiest in the more distant past. In the agency's first half-century, Commission appointees typically lacked expertise in subjects related to the FTC's jurisdiction. Many commissioners were transparently mediocre* ». Cette situation aurait cependant améliorée avec le temps. « *The revitalization of the FTC in the late 1960s and early 1970s largely ended the practice of dispensing commissioner positions purely as rewards for faithful political service* ». Bien que la hétérogénéité professionnelle dans les nominations ait augmenté, à partir notamment des années 1980, la désignation d'économistes demeure inhabituelle pour cet auteur ; William E. KOVACIC, *op.cit.*, p. 950.

⁴⁴⁶ Par rapport à la nature de l'exécutif, organe de nomination des membres des superintendances. En droit colombien, les fonctions d'inspection, de contrôle et de vigilance – qu'exercent aujourd'hui les superintendances – sont exercées par le Président dans sa condition d'autorité administrative suprême. Il peut néanmoins déconcentrer cette activité vers d'autres autorités administratives. Constitutionnellement, les fonctions des superintendances peuvent avoir une origine dans la délégation présidentielle (article 211 de la Constitution) ou être attribuées directement par le législateur, dans le cadre de sa compétence organisatrice originaire (article 150-7 de la Constitution) ; v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005, à propos de la nature et l'origine des fonctions des superintendances colombiennes.

⁴⁴⁷ C'est par exemple le cas de la Commission de régulation de communications (v. loi TIC, précitée). Mais c'est également le cas de quelques organes autonomes, tels que la Banque centrale où le ministre est un membre du collège de ces autorités (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003).

dans les textes⁴⁴⁸ – de ne pas transformer les autorités de concurrence en entités « politisées ». Ces systèmes, à des degrés de précision plus ou moins élevés, imposent certaines compétences techniques aux membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence, en fonction des spécificités des marchés régulés. C'était par exemple le cas de l'ancien Tribunal de défense de la concurrence espagnol⁴⁴⁹. Le législateur espagnol imposait aux organes en charge de la nomination des membres du Tribunal le choix de personnes qualifiées. On trouve, parmi les critères à considérer, une exigence de plus de quinze années d'exercice de la profession d'avocat, d'économiste, ou d'autres spécialités en relation avec les fonctions. En ce qui concerne par exemple la nouvelle autorité française de la concurrence, cinq de dix-sept membres qui forment le collège de cette autorité sont choisis en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation. Cinq autres membres sont des personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

Aux Etats-Unis les membres sont choisis par des procédures bipartisanes, associant les deux grands partis⁴⁵⁰. Conformément à la procédure américaine, le

⁴⁴⁸ La composition et le mode d'intervention de la Commission de régulation de l'énergie ont été profondément modifiés par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie. La volonté semble *a priori* celle de rétablir un contrôle parlementaire sur son fonctionnement. Tout en refusant la présence directe de parlementaires en son sein, le texte de la Commission mixte paritaire a visé à « assurer un contrôle politique efficace ». Les membres du collège sont ainsi nommés en raison de leurs qualifications dans les domaines juridique, économique et technique, après avis des commissions du parlement compétentes en matière d'énergie. Malgré le maintien de ces qualifications, certains considèrent que « le mode de nomination des membres du collège traduit une volonté de reprise en main du pouvoir politique sur l'institution » (v. Arnaud LE GALL, « La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : la libéralisation à reculons ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 22 mars 2007, n° 12, étude, p.1393 et ss ; point 49). En outre, les critiques s'étendent aussi aux qualités requises: « On notera que le texte n'apporte aucune précision quant aux critères de désignation qui seront retenus » (*Ibidem.*, point 49).

⁴⁴⁹ La nouvelle loi espagnole de la concurrence (loi 15 du 3 juillet 2007) apporte une réforme institutionnelle des organes chargés de l'application de la réglementation espagnole en matière de concurrence. La Commission nationale de la concurrence (CNC) est désormais la nouvelle autorité administrative responsable de l'application des normes espagnoles et communautaires (articles 81 et 82 du traité CE). La CNC peut aussi intervenir comme *amicus curiae* dans le contexte de l'application judiciaire des textes nationaux et communautaires. La CNC remplace les organes responsables des phases d'instruction (Le Service de défense de la concurrence – SDC –) et de décision (Le Tribunal de défense de la concurrence – TDC –). Nonobstant, le maintien d'une séparation adéquate entre ces deux phases procédurales a été recherché par le législateur espagnol par l'attribution à la CNC d'une structure comportant, d'un côté, une Direction d'investigation et, de l'autre, le Conseil de la CNC qui est l'organe décisionnel de l'autorité de concurrence espagnole.

⁴⁵⁰ Aux compétences techniques s'ajoute le critère de l'affiliation politique des personnalités désignées comme membres des autorités de concurrence. Il suffit de regarder les dispositions dans ce

système de nomination des commissaires de la FTC se fonde sur le principe du bipartisme. Cela cherche à éviter que le Président, autorité en charge de la nomination, en cas de mandats successifs, ne nomme l'intégralité des membres de la commission au sein de son propre parti. Le principe du bipartisme dans le système de nomination des membres des autorités de concurrence implique alors qu'il n'y ait pas plus de trois commissaires de la FTC sur cinq appartenant au même parti politique⁴⁵¹. Mais, comment satisfaire une certaine diversité politique dans l'organisation des autorités de l'autorité de concurrence d'un Etat comportant une pluralité de partis politiques, comme la Colombie ? Si l'exemple américain peut éventuellement orienter le choix du législateur colombien, il faut constater que les Etats européens ont plutôt opté pour une solution « technique » : les membres des autorités de concurrence, comme c'est le cas en Espagne, gagnent leur indépendance, non pas par une représentativité politique égalitaire, mais grâce à des compétences « techniques » qui les placent, au moins sur un plan théorique, au-dessus de tout soupçon⁴⁵².

En cas par exemple d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence par une autorité « indépendante » du politique, le législateur colombien peut orienter le choix de l'ensemble de membres de cette autorité de concurrence « indépendante » vers des professeurs renommés dans les domaines économique et/ou

sens contenues dans les lois qui instaurent la plupart des *Independent Regulatory Agencies* (IRA). Il est par exemple possible de citer le cas de la FTC et de la FCC américaines.

⁴⁵¹ Ce qui est d'ailleurs spécifié dans les statuts de cette autorité. Voir pour une présentation de l'évolution de la composition de la FTC, ABA, *Section of Antitrust Law*, Monographie, *op. cit.*, vol. II., p. 13. Toutefois, cette règle du bipartisme n'exclut pas la nomination de commissaires indépendants. Nous pouvons citer à cet égard le cas de Pamela JONES HARBOUR, commissaire indépendante (*independent*) –affiliée ni au parti républicain, ni au parti démocrate – qui vient de terminer son mandat de sept ans en septembre 2009.

⁴⁵² Montserrat CUCHILLO, *op.cit.*, p. 116. Une pratique informelle de désignation pourrait d'ailleurs s'instaurer en droit colombien. Elle tendrait vers la solution consensuelle d'un équilibre des pouvoirs au sein de chaque autorité qui participe à l'organisation de la régulation de la concurrence. Les parlementaires pourraient ainsi choisir à chaque fois, par exemple, deux membres de la coalition majoritaire et deux membres de l'opposition pour qu'un certain pluralisme soit respecté au sein des autorités de concurrence « indépendantes ». Cette solution aurait, au moins sur un plan théorique, le mérite de couper court à d'hypothétiques soupçons de partialité politique dans la prise de décision des autorités de concurrence « indépendantes » à instaurer. En pratique, néanmoins, elle serait difficile de mettre en place en Colombie. Cependant, le reproche de « partialité » occasionné par l'absence de recours à une procédure bipartisane, pourrait être pallié, dans une certaine mesure, par un renouvellement par moitié ou par tiers de la composition de l'autorité concernée : une telle modalité pourrait permettre de garantir un certain pluralisme au sein des autorités de concurrence « indépendantes » à instaurer, dans l'hypothèse d'une alternance de partis au gouvernement responsable des désignations.

juridique et plus spécifiquement dans celui de la concurrence, ou bien parmi des personnalités ayant occupé de hautes fonctions administratives, ou encore parmi des professionnels ayant une expérience considérable dans ce domaine ou dans des secteurs économiques concernés. Par comparaison, s'agissant des membres du collège des autorités de concurrence américaines et françaises, ceux-ci sont souvent des professionnels reconnus dans le milieu régulé, souvent des juristes, et leurs décisions sont théoriquement collégiales. Toutefois, la pratique institutionnelle de ces autorités semble montrer une influence déterminante du président (*chairman*)⁴⁵³. Quel que soit le choix du législateur colombien, deux exigences devraient être retenues comme garanties d'indépendance dans la nomination des membres des autorités de concurrence : une première exigence impose la spécialisation des membres des autorités de concurrence dans un domaine technique ; une deuxième exigence tend à considérer que le pluralisme dans les qualifications des membres est un atout pour une prise de décision éclairée⁴⁵⁴. Ces deux garanties d'indépendance se trouveraient ensuite renforcées par les caractères du mandat des membres des autorités de concurrence.

§ 2. LE MANDAT DE LEURS MEMBRES

Les membres des autorités participant à l'organisation de la régulation de la concurrence peuvent obtenir des garanties d'indépendance essentielles en fonction des caractères de leur mandat. Deux éléments principaux semblent se compléter :

⁴⁵³ Même si, dans une affaire récente, le président (*chairman*) de la SEC américaine a été jugé ne pas en constituer la « tête » (v. pour une analyse de cette jurisprudence récente, « D.C. Circuit Holds that the SEC Chairman Is Not the "Head" of the SEC ». — *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F.3d 667 (D.C. Cir. 2008), *cert. granted*, 77 U.S.L.W. 3431 (U.S. May 18, 2009) [No. 08-861], in *Harvard Law Review*, 2009, vol.122; n° 8, p. 2267.). En ce qui concerne la FTC américaine, c'est l'exécutif qui a la compétence pour choisir, parmi ses commissaires, celui qui deviendra le *Chairman* de l'organe fédéral de régulation. Par comparaison, dans le cas français, le président de la nouvelle Autorité de concurrence est nommé après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence.

⁴⁵⁴ Tandis que la première exigence de spécialisation dans le domaine économique, juridique et/ou concurrentiel vise à légitimer l'autorité de concurrence d'un point de vue technique et à assurer, par conséquent, un plus grand degré de « déférence » lors de la prise des décisions, la deuxième exigence de pluralisme dans la composition des autorités de concurrence cherche à renforcer sa légitimité du point de vue démocratique. Si bien qu'en cas d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence dans des autorités « indépendantes » de création législative, ces deux éléments, complémentaires nous semble-t-il, non seulement constitueraient une garantie d'indépendance, mais pourrait également promouvoir leur niveau de légitimité.

d'une part, une durée limitée et le non-renouvellement du mandat (A) et, d'autre part, le non-cumul du mandat avec d'autres activités professionnelles (B).

A- LA DUREE ET LE NON-RENOUVELLEMENT DU MANDAT

La garantie tirée du pluralisme dans la nomination des membres des autorités de concurrence peut se trouver renforcée par la règle selon laquelle le mandat des membres des autorités de concurrence est d'une durée limitée et déterminée par avance. D'après un examen général du mandat des membres des autorités de régulation économique en droit colombien, les membres des organes autonomes de création constitutionnelle – organes qui se trouvent au sommet de l'échelle de l'indépendance⁴⁵⁵ – ont des mandats relativement longs, souvent dans l'optique de faciliter une certaine continuité et une cohérence du travail des autorités de régulation⁴⁵⁶. Les membres des superintendances – organes jouissant d'une indépendance légale⁴⁵⁷ – ne disposent pas d'un mandat d'une durée déterminée. Les emplois des superintendants sont des emplois de libre nomination et révocation. Dès lors, ils sont nommés par l'exécutif directement, qui peut les révoquer à son gré de leurs fonctions⁴⁵⁸.

Par comparaison, les membres des autorités françaises qui participent à l'organisation de la concurrence ne sont pas révocables avant terme. Cette garantie a été consacrée en droit français sur le modèle des membres des agences fédérales

⁴⁵⁵ Echelle proposé dans l'introduction, v. supra, p. 23 et s.

⁴⁵⁶ La longueur des termes des mandats des membres des autorités de régulation économique en Colombie peut être également déterminée par le législateur, qui dispose d'une liberté en ce sens. En outre, le terme du mandat des organes de régulation ne doit pas forcément coïncider avec celui de l'organe en charge de la nomination. « *Su periodo es, por lo tanto, personal y no institucional* ». De même, la Constitution n'interdit pas au législateur d'établir – ou d'habiliter l'exécutif à établir – des termes de mandat supérieurs à celui du Président. En outre, le législateur dispose d'une liberté pour déléguer cette faculté à l'exécutif. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-722 du 22 septembre 2009, à propos de la *Comisión nacional de regalías*. Voir cette même jurisprudence sur la nature juridique et les fonctions de cet organe. En outre, La *Junta directiva* de la Banque centrale colombienne est, par exemple, formée de sept membres, dont cinq exercent de fonctions permanentes (*de dedicación exclusiva*). Les deux autres membres sont le Ministre de finances et le Directeur de la Banque centrale. Ce dernier est pourtant désigné par tous les autres membres qui exercent de fonctions permanentes et par le Ministre de finances. Les cinq membres à temps complet et le Directeur de la Banque centrale ont un mandat d'une durée limitée à quatre ans.

⁴⁵⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-150 du 25 février 2003.

⁴⁵⁸ « *Los actos administrativos de desvinculación del cargo de libre nombramiento y remoción no necesita ser motivado* ». Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle, T-1162 du 17 novembre 2005.

américaines⁴⁵⁹. Suivant l'approche américaine, les mandats des membres des autorités de concurrence ont une durée limitée en moyenne à cinq ans. Ainsi, par exemple, le mandat des commissaires de la FTC américaine est d'une durée de sept ans⁴⁶⁰. De même, le Contrôleur directeur (*Comptroller*) de l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) dispose d'un mandat d'une durée de cinq-ans⁴⁶¹. Nous pouvons encore citer le cas des cinq membres de la *Federal Communications Commission* (FCC), dont le mandat est de cinq ans⁴⁶². Comme dans la plupart des agences de régulation américaines, les mandats des membres des autorités qui participent à la régulation de la concurrence en Europe continentale varient de cinq à sept ans. Tel est le cas de la nouvelle autorité de concurrence espagnole – *Comisión nacional de la competencia* (CNC) –, dont les membres ont un mandat de six ans⁴⁶³. Les dix-sept membres qui forment le collège de la nouvelle autorité française de la concurrence ont, quant à eux, un mandat de cinq ans.

Une distinction peut être opérée entre les Superintendances et Commissions de régulation qui participent à l'organisation de la concurrence en Colombie. Tant les superintendances que les commissions de régulation disposent d'une *independencia legal*. Cependant, le législateur colombien a décidé d'assurer un degré d'indépendance plus avancé aux commissions. Ceci peut s'expliquer, suivant la logique du système colombien, par la nature des missions de ces organes : les

⁴⁵⁹ Martine LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in *op. cit.*, p. 213. Il s'agit d'une garantie légale, posée par tous les textes créant des autorités conçues comme « indépendantes » en matière économique et non pas par une loi à portée générale, qui a été confortée par la jurisprudence française. Aux termes du Conseil d'Etat français, la durée du mandat des membres des autorités « indépendantes » ne peut pas être écourtée même par la survenance de la limite d'âge des fonctionnaires nommés membres du collège d'une telle autorité (v. Conseil d'Etat français, ass. 7 juillet 1989, *Ordonneau, Rec.* p. 161, à propos du premier président du Conseil de la concurrence).

⁴⁶⁰ Cornell University Law School, Legal Information Institute (LII), U.S. Code Collection, Title 15, [Chapter 2, Subchapter I](#), § 41 « *The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed* ».

⁴⁶¹ Le Bureau du Contrôleur de la monnaie (*Office of the Comptroller of the Currency* – OCC) autorise, régule et surveille tous les banques nationales américaines. Ce bureau surveille également les branches et les agences des banques étrangères. Cette agence a été instaurée en 1863 comme une dépendance du département du Trésor (*Department of the Treasury*). Elle est dirigée par un Contrôleur qui est désigné par le Président, avec l'avis et le consentement du Sénat pour un terme fixe de 5 ans.

⁴⁶² v. Communications Act of 1934, as amended by Telecom Act of 1996, Sec. 4. [47 U.S.C. 154] Provisions Relating to the Commission.

⁴⁶³ Nouvelle loi espagnole de la concurrence (LDC), loi 15 du 3 juillet 2007.

superintendances sont des autorités de contrôle, vigilance et inspection, tandis que les commissions sont des autorités de « régulation ». Contrairement aux superintendants, les membres des commissions de régulation disposent d'un terme de mandat fixe. Pour le juge constitutionnel colombien, le choix d'un mandat à durée limitée pour les membres des commissions de régulation colombiennes a pour but de préserver leur indépendance⁴⁶⁴. Un mandat à durée limitée est censé réduire le risque de pressions politiques de la part des gouvernements⁴⁶⁵. Malgré la nomination par le Président de plusieurs membres des commissions de régulation colombiennes, ces dernières semblent disposer d'un degré d'indépendance supérieur à celui des superintendants, dans la mesure où ils possèdent des mandats de trois ans. Ils ne peuvent, en tout cas, être révoqués par le Président qu'à la fin de cette période, contrairement aux superintendants.

La durée du mandat ne semble avoir d'intérêt pour notre analyse sur l'indépendance des autorités de concurrence, que si elle est évaluée en fonction de la périodicité de renouvellement du collège de ces autorités, et comparée avec les mandats des personnes en charge des nominations. Peu de précisions existent en droit colombien sur la question de la périodicité du renouvellement des organes décisionnels des autorités de régulation économique en Colombie. Cette question de la périodicité du renouvellement n'a d'intérêt qu'en présence d'organes collégiaux et disposant d'un mandat d'une durée limitée, ce qui exclut de ce point de la comparaison les superintendances. Il est toutefois possible de citer le cas d'autres organes de régulation économique, tels que la Banque centrale colombienne. Deux des cinq membres à temps complet (*dedicación exclusiva*) du collège de la Banque centrale sont renouvelés par le Président tous les quatre ans, et uniquement à mi-mandat de ce dernier – qui en Colombie est de quatre ans –⁴⁶⁶. Il s'agit ici d'un

⁴⁶⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003, point 4.4.1.4.3.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, point 4.4.1.4.3.

⁴⁶⁶ Il faut noter que la réforme constitutionnelle qui a permis la réélection présidentielle (acte [législatif n°. 2 du 27 décembre 2004](#)) aurait en quelque sorte altéré les garanties obtenues par le remplacement partiel des membres des organes autonomes de création constitutionnelle et de quelques commissions de régulation. En effet, tel qu'elle a été rédigée par le Congrès, la réforme de la réélection ne détermine pas la manière de retrouver un équilibre dans le système de « *checks and balances* » que le Constituant de 1991 avait soigneusement édifié. Aucune disposition n'a été envisagée lors des changements dans les mécanismes d'élection du nouveau *Procurador* et *Fiscal*, ni un changement des périodes pour le remplacement partiel des membres de la Banque centrale ou de la CNTV. V. la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a déclaré cette réforme constitutionnelle. Cour constitutionnelle, arrêts de constitutionnalité C-1040 de 2005 et C-174 de 2006.

renouvellement partiel de l'organe décisionnel de la Banque centrale. Cette méthode est opposée à celle qui consiste dans le renouvellement intégral du corps des membres des autorités de régulation, dont le mandat est souvent plus long que celui de l'organe de nomination. Lors du débat législatif de la réforme au système de la concurrence, il a été recommandée la création d'un organe collégial de concurrence⁴⁶⁷. Nous pouvons regretter pourtant l'absence des précisions sur la question de la périodicité du renouvellement de ses membres. Ce dans ce sens que l'exemple de la Banque centrale, organe de régulation économique, peut apporter au débat sur la création d'une autorité collégiale de concurrence.

De notre démarche comparative, deux solutions alternatives peuvent être dégagées jusqu'ici. Ces deux solutions alternatives, dans la logique d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence en droit colombien, peuvent par exemple orienter le choix du Politique dans la détermination du degré d'« indépendance » d'une nouvelle autorité transversale à instaurer. En effet, le degré d'indépendance statutaire d'un organe de concurrence « indépendant », serait lié à l'ensemble des garanties offertes dans le statut des membres de cette autorité. Une première solution pour le législateur colombien consiste à supposer qu'un long mandat des membres du collège de l'autorité de concurrence dont le corps est renouvelable en entier implique une indépendance sur le plan théorique puisqu'elle ne suit pas la logique des clivages politiques dans les faits⁴⁶⁸. Une deuxième solution alternative pour le législateur colombien repose sur l'hétérogénéité politique des composants de l'autorité de concurrence qui, nommés par des législatures et/ou gouvernements différents, traduit, dans les faits, une certaine continuité démocratique.

En outre, la longue durée du mandat, conjuguée avec son non-renouvellement, a l'avantage d'impliquer une certaine légitimité par l'expertise « technique », mais aussi une plus grande « indépendance » dans l'organisation de la régulation de la

⁴⁶⁷ Alfonso MIRANDA, « *Comentarios al proyecto de ley n 165 de 2008, recomendaciones y sugerencias* », présentation au cours des deuxièmes journées de droit économique, Université Javeriana, octobre 2008, p. 12.

⁴⁶⁸ L'accent serait mis ici sur l'indépendance initiale des membres des autorités de concurrence, et la longueur du mandat devrait permettre l'efficacité du groupe qui va travailler entre cinq et sept ans en vertu d'une même organisation (selon l'ensemble d'autorités de concurrence examinées).

concurrence. A cette formule on peut ajouter par exemple des renouvellements partiels dans la composition des collèges de ces autorités (à supposer que les autorités de concurrence « indépendantes » à instaurer en droit colombien soient des organes collégiaux). Ce qui permet d'ajouter une certaine légitimité « démocratique » et, éventuellement, une plus grande hétérogénéité dans la composition de ces organes (selon les clivages politiques). Le non-renouvellement du mandat est également un facteur qui peut éviter facilement toute capture des membres de l'autorité de concurrence soit par les organes en charge du renouvellement, soit par les opérateurs économiques concernés.

Dans ce sens, le non-renouvellement du mandat constitue un facteur d'indépendance des membres des autorités de régulation à considérer par le législateur colombien⁴⁶⁹. Suivant cette approche, l'option du renouvellement des membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence peut être une redoutable arme de pression entre les mains du pouvoir de nomination⁴⁷⁰. Ceci paraît expliquer le choix du législateur espagnol d'interdire cette possibilité⁴⁷¹. A l'opposé du cas espagnol, le mandat des membres à temps complet de la *Junta directiva* de la Banque centrale colombienne est renouvelable deux fois, ce qui rend possible le maintien en fonction jusqu'à un maximum de douze ans. Une situation comportant davantage de risques est celle des membres des commissions de régulation (*comisionados*), qui disposent d'un mandat de trois ans. En effet, au terme de leur mandat, si les *comisionados* ne sont pas remplacés par le Président, ceux-ci sont implicitement renouvelés dans leurs fonctions⁴⁷². Le risque de capture par l'exécutif peut être estimé ici comme étant plus élevé, en raison notamment de la durée

⁴⁶⁹ Pour certains, les membres des autorités de régulation se voient plus libres et indépendants dans leur prise de décision, lorsqu'ils savent à l'avance que leur mandat n'est pas renouvelable. Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁷⁰ En outre, le caractère non renouvelable du mandat « confie aux intéressés une plus grande liberté d'esprit, en excluant tout risque de complaisance par rapport à ceux qui sont investis du pouvoir de nomination », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G., op.cit.*, p. 3254. Dans le même sens, Brian CARSBURG, ancien directeur général d'OFTTEL, estime que « *Dependance on Government for reappointment is the main threat to independance* », in Mémoire du Professeur Brian CARSBURG, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee de la House of Lords* : « The regulatory State: ensuring its accountability », vol. 1, HL Paper 68-I.

⁴⁷¹ « *Los consejeros son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda por un período de seis años sin posibilidad de renovación* », Nouvelle loi espagnole de la défense de la concurrence (LDC), loi 15 du 3 juillet 2007, article 6.

⁴⁷² Article 71.2 de la loi 142 de 1994.

relativement courte des mandats des *comisionados*. Ce qui nous conduit à chercher des garanties supplémentaires d'indépendance dans le régime des incompatibilités et inaptitudes applicable aux membres des autorités de concurrence.

B- LE REGIME DES INTERDICTIONS

Nous entendons par incompatibilités les interdictions d'exercer des activités ou des fonctions de gestion de manière simultanée avec l'exercice d'un emploi public. La violation du régime d'incompatibilités peut par exemple donner lieu à une sanction disciplinaire⁴⁷³. Les inaptitudes, quant à elles, concernent les empêchements d'exercer une fonction déterminée, ou d'élection ou de désignation au sein d'une charge publique. Un tel empêchement peut exister en raison d'intérêts personnels – tel que les intérêts patrimoniaux dans des entreprises de marché régulé – ou en l'absence des qualités requises pour l'exercice du poste public. Les inaptitudes donnent lieu à la nullité de l'élection ou de la nomination⁴⁷⁴. Nous nous concentrerons cependant sur les inaptitudes découlant des intérêts personnels des personnes nommées – la question des garanties d'indépendance liées aux qualités requises des membres des autorités de concurrence ayant déjà été envisagée.

En droit colombien, le principe est celui de la liberté de configuration législative du régime d'incompatibilités et d'inaptitudes dans l'exercice des fonctions publiques⁴⁷⁵. Toutefois, s'agissant des organes autonomes de création constitutionnelle, cette liberté du

⁴⁷³ V. par exemple, Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°1831 du 5 juillet 2007.

⁴⁷⁴ V. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°1097 du 29 avril 1998. Une distinction entre inaptitudes et incompatibilités a également été élaborée par le juge constitutionnel colombien. Les inaptitudes sont, aux termes de la jurisprudence constitutionnelle dans la matière, des circonstances créées par la Constitution ou par la loi qui empêchent qu'une personne soit élue ou désignée pour une charge publique. Elles ont pour but principal de satisfaire aux exigences de moralisation, de justesse, de probité, d'impartialité et d'efficacité de la part des candidats aux emplois publics. Les incompatibilités, quant à elles, consistent dans une interdiction adressée au titulaire d'une fonction publique. Les incompatibilités ont pour finalité de lui interdire d'exercer certaines activités ou de cumuler, de manière simultanée, les compétences propres de la fonction qui remplit et celles correspondantes à d'autres charges ou emplois. Grâce à ces interdictions, le régime des incompatibilités vise à se prémunir contre les dérives provenant d'un cumul incorrect de fonctions ou d'un conflit d'intérêts opposés, qui affecterait l'impartialité et l'indépendance exigées de la part des titulaires de fonctions exercées au nom de l'État. (V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-903 du 17 septembre 2008). L'emploi du terme « interdictions » dans cette étude permet la référence à un régime général englobant tant les inaptitudes que les incompatibilités.

⁴⁷⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1172 de 2005.

législateur de configuration du régime des incompatibilités et d'inaptitudes est circonscrite au cadre fixé par le Constituant. Le degré de liberté du législateur dans ce domaine dépendra alors de la précision avec laquelle la Constitution régule tel ou tel organe autonome⁴⁷⁶.

Le régime des interdictions applicable aux membres des superintendances semble être celui applicable de manière générale aux agents de l'Etat⁴⁷⁷. Contrairement aux organes autonomes de création constitutionnelle, qui disposent d'un régime spécifique en matière d'inaptitudes et d'incompatibilités – tel que celui de la CNTV⁴⁷⁸ –, les interdictions générales applicables aux agents de l'administration centrale semblent devoir s'appliquer aux superintendants. En cas d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence, un plus grand degré d'indépendance de l'autorité transversale de création légale à instaurer pourrait être trouvé par l'inclusion de prohibitions spécifiques, en conformité avec les compétences et les activités dont cette autorité « indépendante » de la concurrence sera chargée. Ceci nous conduit à tourner notre regard vers quelques expériences étrangères.

Plusieurs types d'interdictions ont pu être relevés au sein des différentes législations étudiées. Certaines de ces interdictions ont pour but d'éviter un conflit d'intérêts entre les diverses activités des membres des autorités de concurrence. Ces règles

⁴⁷⁶ De même, le pouvoir du législateur pour fixer le régime d'incompatibilités pour l'exercice de fonctions publiques, trouve des limites concrètes directes dans le texte constitutionnel, ainsi que dans la marge d'action que celui-ci laisse au législateur, dans les principes de rationalité et de proportionnalité. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1172 de 2005. Le législateur colombien est constitutionnellement autorisé à établir des causes d'inaptitudes et d'incompatibilités liées à l'exercice des fonctions publiques. Dans la limite des principes de rationalité et de proportionnalité, le législateur peut établir ces règles, selon les enseignements tirés d'expériences antérieures et selon son jugement de ce qui convient le mieux pour garantir la transparence et la séparation entre l'intérêt public et privé des fonctionnaires de l'Etat. Il n'est pas nécessaire que les situations qu'il décide de consacrer se trouvent déjà contemplées dans le texte de la Constitution. Une telle exigence priverait toute initiative de la loi dans les domaines de sa compétence et viderait de son contenu la fonction législative. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-617 du 17 novembre 1997.

⁴⁷⁷ Le régime d'inaptitudes, incompatibilités et interdictions applicable à tout agent public en général n'est pas comparable à celui applicable à un membre d'une autorité particulière qui dispose d'un régime de prohibitions spécifique. Le juge constitutionnel colombien rappelle à cet égard que l'analyse du régime des prohibitions doit se faire de manière concrète vis-à-vis de l'emploi en question. Il faut alors tenir compte d'une série de caractéristiques liées à la fonction confiée à l'agent public et au caractère de l'organe auquel cet agent appartient. Pour la Cour, « *es claramente impropedente exigir el mismo tratamiento jurídico frente a supuestos de hecho diversos* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1172 du 17 novembre 2005.

⁴⁷⁸ V. loi 182 de 1995.

semblent prévenir tout risque de capture directe des membres des autorités par le Politique, par des groupes d'intérêt public ou privé ou par les opérateurs économiques concernés. Ceci semble le cas des incompatibilités avec d'autres mandats ou avec des fonctions annexes. Par exemple, les textes constitutifs de la CRE, en France, imposent une impossibilité de cumul de l'activité de commissaire avec tout mandat électif. En vertu de ces dispositions, les membres de la CRE française ne peuvent pas se présenter aux élections pour des mandats politiques nationaux ou européens. En revanche, au regard de la rédaction de la loi, les mandats politiques locaux leur semblent ouverts⁴⁷⁹. La garantie d'indépendance fournie par cette incompatibilité montre alors une portée relative⁴⁸⁰. Pour certains, dans le silence des textes, et sous réserve de la déontologie que doit respecter, s'il y a lieu, le membre de l'autorité de concurrence, l'incompatibilité n'empêche donc pas l'engagement politique. Il n'y a qu'à évoquer, à titre d'exemple, les dispositions relatives à l'A.R.C.E.P. française qui n'interdisent pas à ses membres de détenir un mandat électif local ou européen⁴⁸¹. Il est encore possible d'indiquer d'autres interdictions applicables à l'ensemble des membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence ou bien à quelques membres en particulier, tel que le respect du secret professionnel⁴⁸², l'obligation de discrétion⁴⁸³, le devoir de réserve⁴⁸⁴, la prise illégale d'intérêt⁴⁸⁵ et le secret de délibérées.

Quelques inaptitudes cherchent également à éviter des conflits d'intérêts entre les intérêts personnels des membres des autorités de concurrence et les intérêts en jeu lors d'une prise de décision. Il en va ainsi de l'interdiction de détenir des intérêts directs ou indirects dans les opérateurs économiques régulés, en vue de sauvegarder l'impartialité et la neutralité du régulateur de la concurrence. A titre d'exemple, conformément aux dispositions de l'*Administrative Procedure Act* (APA)

⁴⁷⁹ Loi n°2006-1537.

⁴⁸⁰ Voir notamment l'article 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, modifiée.

⁴⁸¹ En effet, seuls les mandats nationaux sont interdits, article L-131, *Code des postes et des communications électroniques* français.

⁴⁸² En application par exemple de l'article 226-13 du Code pénal français. V. également Code de commerce français et notamment par le I de son article L. 462 - 9.

⁴⁸³ Prévus par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 modifiée.

⁴⁸⁴ En droit français, cette obligation résulte de la jurisprudence, qui impose aux agents publics, dans le respect de leur liberté d'expression, de faire preuve de retenue et de discernement dans l'expression de leur opinion, afin d'éviter de nuire au renom de l'administration à laquelle ils appartiennent ou ont appartenu.

⁴⁸⁵ L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 modifiée prévoit également que les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public ne peuvent prendre, « *par eux-mêmes ou par personne interposée, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance* ».

américain⁴⁸⁶, les diverses activités que réalisent les fonctionnaires qui président ou participent aux processus décisionnels au sein des autorités administratives fédérales américaines soumises à cette loi – y compris la FTC –, doivent être conduites de manière impartiale. La loi prévoit aussi la mise en retrait volontaire du fonctionnaire qui préside ou participe à la phase de décision, et lui impose de remplir une déclaration sous serment, opportune et de bonne foi, concernant les intérêts qu'il pourrait détenir sur l'affaire ou de tout autre motif personnel qui l'empêcherait d'y participer⁴⁸⁷. Comme en France, l'autorité administrative concernée devra, à son tour, se prononcer sur la question comme faisant partie de la décision finale⁴⁸⁸. D'autres inaptitudes proscrivent la pratique de ce qui est désigné en droit colombien comme le « népotisme » de la part des agents publics, qui interdit, de manière générale, que ceux-ci nomment dans les emplois publics, directement ou par intermédiaire, leurs parents, ou leurs conjoints ou compagnons, jusqu'au quatrième degré de consanguinité, deuxième degré d'affinité et premier civil⁴⁸⁹.

D'autres dispositions anticipent sur l'avenir du membre de l'autorité de concurrence et s'appliquent au terme de son mandat. Il s'agit ici d'une exigence d'incompatibilité avec des fonctions futures⁴⁹⁰. Ce type d'incompatibilité cherche à éviter des décisions « partialisées » au profit d'une entreprise ou d'un groupe d'intérêts public ou privé ou d'un intérêt de l'administration, qui peuvent être

⁴⁸⁶ 5 U.S.C.A. § 556(b), formerly 5 U.S.C.A. § 1006(a)

⁴⁸⁷ Par comparaison, en France, la détention de valeurs mobilières, préalablement à la prise de fonctions, ne constitue pas en soi une prise d'intérêt de nature à compromettre l'indépendance des membres des autorités de concurrence concernées. Les obligations des membres et des agents en matière de conflit d'intérêts visent à faire obstacle à ce qu'ils connaissent des affaires dans lesquelles ils détiennent déjà des intérêts (v. article 25, loi du 13 juillet 1983 modifiée).

⁴⁸⁸ De la même manière, l'article 462-2 du code du commerce français disposait par rapport aux membres du Conseil de la concurrence que « *aucun membre du conseil ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées* ». Puisque sont assimilées à une accusation en matière pénale les poursuites engagées en vue des sanctions pécuniaires par une autorité administrative comme le Conseil de la concurrence, les dispositions de l'article 6 paragraphes 1 et 2 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) leur sont aussi applicables ; v. CA Paris, 1re Ch. H, 15 juin 1999 ; SA Canal Plus c/SNC Télévision par Satellite (TPS) et a. JCP E 1999, p. 1966.

⁴⁸⁹ Article 126 de la Constitution de 1991 ; v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-903 du 17 septembre 2008.

⁴⁹⁰ Ce type d'incompatibilité concerne, non pas l'activité des membres pendant leur mandat, mais leur activité future. Sans être une clause de non-concurrence, son objectif est d'éviter ce que l'on appelle le phénomène de « *revolving door* » ou « porte à tambour ». v. sur cette question, Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 78.

effectuées en vue d'obtenir un emploi au terme du mandat du membre de l'autorité⁴⁹¹. Souvent il s'agit d'une interdiction aux membres de l'autorité de concurrence de postuler, dans un délai déterminé, à un emploi dans les entreprises concernées, dans l'administration publique ou dans des associations de protection d'intérêts publics ou privés. Ces dernières incompatibilités limitent les débouchés offerts aux membres des autorités de concurrence dans le secteur public ou privé, ainsi que dans des postes où ils sont spécialisés, en vue d'éviter toute capture ou soupçon de capture du régulateur, autorité de concurrence, par les opérateurs des marchés économiques régulés ou par le gouvernement⁴⁹². Pour Hubert DELZANGLES, ces clauses sont très contraignantes pour les anciens membres des organes qui participent à l'organisation de la concurrence, dans la mesure où elles limitent drastiquement les débouchés après leur mandat. Ils devront dès lors, sous le coup de cette interdiction, entamer une reconversion dans une autre activité et/ou secteur économique⁴⁹³. Il est dès lors légitime de s'interroger sur la proportionnalité ou la contrariété au regard du droit du travail des dispositions législatives interdisant des fonctions dans un secteur économique déterminé.

Le juge constitutionnel colombien a eu précisément l'occasion de se prononcer sur cette question. Le législateur colombien a étendu le régime d'incompatibilités des membres de la CNTV à un an après la terminaison de leur mandat ou de leur démission du collège de la Commission⁴⁹⁴. Pendant ce temps, les membres de la CNTV ne peuvent pas donc exercer des fonctions, recevoir des honoraires, avoir des intérêts ou des participations dans une entreprise opératrice, concessionnaire ou réalisatrice d'activités relatives à la radiodiffusion, au cinéma, l'édition, la presse, la publicité ou aux télécommunications. Cette norme a été portée quelques années plus

⁴⁹¹ Pour le juge constitutionnel colombien, l'extension dans le temps des incompatibilités n'est pas interdite par la Constitution de 1991. Au contraire, elle utilise même cette modalité d'interdiction de certains comportements, afin de garantir des intérêts supérieurs (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 617 du 27 novembre 1997). Toutefois, le juge constitutionnel précise que le régime des interdictions applicable aux personnes titulaires d'une charge publique doit être interprété de manière restrictive. « *La índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo* »; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-903 du 17 septembre 2008.

⁴⁹² Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁹³ « Ces dispositions semblent d'autant plus exigeantes pour les membres issus du secteur privé, et peuvent limiter en cela l'hétérogénéité des collèges ». En effet, les fonctionnaires détachés auront beaucoup plus de facilités en réintégrant leur poste d'origine, ou en demandant une nouvelle affectation ; v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 308.

⁴⁹⁴ Article 10, loi 182 de 1995.

tard devant la Cour constitutionnelle colombienne comme étant contraire aux droits fondamentaux du travail et au libre choix de métier ou de profession. Le juge constitutionnel a décidé à cette occasion que cette prohibition législative était conforme à la finalité légitime de préserver la moralité et l'impartialité des membres de la CNTV. En outre, puisqu'elle est limitée dans le temps et permet l'exercice d'autres activités telles que l'enseignement, l'extension par la loi de ces interdictions est apparue comme étant proportionnée et rationnelle. Par conséquent, telle qu'elle a été conçue par le législateur, l'extension dans le temps du régime des interdictions des membres de la CNTV ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux au travail et au libre choix de métier ou de profession⁴⁹⁵.

Par comparaison, le Conseil constitutionnel français ne considère pas que les incompatibilités soient indispensables pour préserver l'indépendance des autorités de concurrence. En effet, telle a été la réponse du juge constitutionnel français à propos de la COB⁴⁹⁶. Dans cette affaire, les auteurs de la saisine prétendaient qu'elle constituait « un collège dépourvu de toute indépendance », puisque la loi n'avait pas fixé les incompatibilités applicables aux membres autres que le président. Le Conseil Constitutionnel a estimé que « l'absence d'un régime d'incompatibilités n'est pas de nature à altérer cette indépendance dès lors que la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent »⁴⁹⁷. Ce raisonnement, considéré atypique lorsqu'il est transposé dans le domaine de la régulation de la concurrence, relègue les incompatibilités au second rang des dispositions garantissant l'indépendance des autorités de concurrence françaises⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1172 du 17 novembre 2005.

⁴⁹⁶ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, point n° 10.

⁴⁹⁸ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 302. Néanmoins, cette décision semble être isolée et limitée au cas d'espèce. Comme le précise Catherine TEITGEN-COLLY, « un régime d'incompatibilités trop strict condamne en effet la diversification dont atteste d'ores et déjà la composition d'instances où voisinent professionnels, fonctionnaires, parlementaires, ministres, juges..., diversification voulue par le législateur parce que de nature à favoriser une régulation à la fois plus efficace et permettant la représentation des intérêts de l'Etat et de la société civile », Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », R.D.P., 1990, p. 241, cité par Hubert DELZANGLES, *ibid.*, p. 302.

En outre, une prohibition sous la forme d'un principe général est-elle suffisante pour garantir leur impartialité ? Quelques interdictions spécifiques, adoptées directement par les autorités de concurrence, peuvent compléter ou éclairer le sens des interdictions générales décidées par le législateur. Ceci paraît être le cas de quelques autorités européennes. A titre d'exemple, l'autorité française de la concurrence a procédé à l'élaboration d'une charte de déontologie s'appliquant à toute personne travaillant au sein de cette autorité de manière permanente ou temporaire. Dans la deuxième partie de son texte, cette charte de déontologie contient des interdictions s'appliquant aux membres qui exercent de fonctions permanentes au sein de cette autorité. Il est dès lors interdit à ces fonctionnaires de réaliser un certain nombre d'activités parallèles à celles d'organisation de la régulation de la concurrence, y compris celles à but non lucratif. Cependant, il est possible pour les membres permanents et les agents de l'Autorité d'exercer, à titre accessoire, une activité lucrative entrant dans le cadre des dérogations prévues par le décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires⁴⁹⁹. Il semble alors possible pour les membres permanents et les agents de l'Autorité d'exercer une activité d'enseignement. Pour cela, ils devront faire une demande écrite, laquelle ne peut être ensuite autorisée par le président de l'Autorité (ou le rapporteur général – en cas des agents des services d'instruction –), qu'à la condition que l'activité d'enseignement envisagée se réalise en dehors des fonctions et des heures du service et qu'elle ne débouche pas sur la prise de positions contraires à celles exprimées par l'Autorité⁵⁰⁰.

Certaines autorités colombiennes qui participent à l'organisation de la concurrence, telles que la Superintendance financière ou la SIC, ont également adopté

⁴⁹⁹ Le cumul d'une activité accessoire avec l'activité principale est donc envisageable dans certains cas, à condition que l'activité accessoire ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

⁵⁰⁰ Il faut noter que, aux termes de la charte de déontologie de la nouvelle autorité de concurrence française, fait exception à l'obligation de non-cumul d'activités par les membres de l'autorité de concurrence, la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques au sens du Code de la propriété intellectuelle, à condition que cette production soit autonome, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas réalisée pour un employeur. En outre, l'exigence constitutionnelle d'un comportement rigoureux de la part des agents publics, a motivé à l'autorité italienne à adopter un code de déontologie (*codice ético*), similaire à celui de l'autorité française. Ce code contient l'interdiction de se prononcer sur une affaire en cas de conflit d'intérêts « *Il dipendente, nell'esercizio delle sue funzioni, evita di assumere decisioni o di svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni, anche solo apparenti, di conflitto di interesse* ». Article 6, code de déontologie de l'autorité italienne de la concurrence.

des codes de déontologie (*códigos de ética*), contenant de règles semblables à celles de leurs homologues européennes. A titre d'exemple, le code de déontologie de la Superintendance financière colombienne (SFC) contient un régime de prévention de conflits d'intérêts⁵⁰¹. A ce régime s'ajoutent une série des principes généraux, tels que celui de la transparence dans la régulation, contenus dans la partie générale du code, et qui sont censées d'éclairer la portée de certaines interdictions spécifiques. Au delà de ces interdictions, le code de la SFC contient également des directrices sur le traitement de certaines données considérées « sensibles », conformément à l'activité régulée.

Les différentes garanties qui résultent des régimes d'inaptitudes et incompatibilités viennent en effet accompagner celles liées au mandat et à la nomination des membres des autorités de concurrence. Mais pour progresser vers un plus grand degré d'indépendance statutaire en droit colombien, il faut ajouter à cet ensemble des garanties liées au statut de leurs membres, celles censées agir lors de l'exercice des fonctions des membres des autorités de concurrence.

Section 2

LES GARANTIES LORS DE L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS

Les garanties d'indépendance liées au statut des membres des autorités de concurrence peuvent être renforcées par un ensemble de garanties statutaires applicables, cette fois-ci, au cours de l'exercice de leurs fonctions. Ce dernier ensemble de garanties statutaires vise en principe à éviter que les membres des autorités de concurrence soient démis de leurs fonctions pour des motifs discrétionnaires. Les garanties statutaires, qui produisent leurs effets pendant l'exercice de leurs fonctions, sont en effet destinées à permettre aux membres des autorités de concurrence d'apprécier des affaires en toute liberté, sans craindre, de la part du politique ou des groupes d'intérêts publics ou privés, d'éventuelles

⁵⁰¹ Le point 7. 1 du code définit « conflit d'intérêt » comme « toute affaire dont les fonctionnaires de la SFC, dans l'exercice de leurs fonctions, ont un intérêt particulier et directe en sa régulation, gestion, contrôle ou décision ». Elle étend ceci aux cas de « népotisme » : « [...] o lo tuviere nuestro cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de nuestros parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o nuestro socio o socios de hecho o de derecho ».

représailles. Pour renforcer l'indépendance statutaire des membres de l'autorité colombienne, il existe deux grands corps de règles d'application non-exclusive qui se dévoilent à la lumière de notre démarche comparative : d'une part, les règles garantissant le maintien en fonction des membres pour connaître des affaires en matière de concurrence – « non-disqualification » – (§1) et, d'autre part, les règles garantissant le maintien des membres avant le terme de leur mandat – « inamovibilité » – (§2).

§ 1. LA « DISQUALIFICATION » DES MEMBRES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

A travers une démarche comparative portant notamment sur les règles jurisprudentielles et les décisions des autorités de concurrence en matière de concurrence et/ou de protection des consommateurs, il est possible d'éclairer la question du degré d'indépendance des membres de l'autorité colombienne dans l'exercice de leurs fonctions. Ces décisions du juge et des autorités de concurrence soulèvent la question de la « disqualification »⁵⁰² de l'ensemble des membres des autorités de concurrence (A), ou bien d'un ou plusieurs membres individuels (B) pour participer aux procédures quasi-juridictionnelles et/ou purement administratives qui leur sont soumises, telles que le contrôle de concentrations⁵⁰³.

A- LA « DISQUALIFICATION » DE L'ENSEMBLE DES MEMBRES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Les exigences d'objectivité, d'impartialité et de neutralité⁵⁰⁴ des membres des autorités qui participent à l'organisation de la concurrence en Colombie, semblent être promues à travers les limitations qui leur sont imposées concernant leur

⁵⁰² Le terme « disqualification » désigne ici le mécanisme visant à restreindre la compétence de l'autorité de concurrence ou à la séparation ou retrait des membres individuels de leurs fonctions. Il s'agit d'une sollicitude formelle, devant l'autorité ou devant le juge, pour dérober de sa connaissance des affaires en concurrence; sur lesquelles existe un doute raisonnable de « partialité » de décision ou jugement.

⁵⁰³ Il faut préciser que les dispositions et les règles jurisprudentielles d'exclusion ici exposées ne s'appliquent guère aux membres en charge des de l'instruction (*hearing examiners*). Elles concernent notamment les membres du collège ou des organes décisionnels et, par extension, certains membres bien précis du personnel.

participation dans certaines affaires. Ces exigences doivent par exemple se traduire, au moins dans les faits, par la possibilité pour les opérateurs économiques de récuser des membres des autorités de concurrence pour connaître d'une affaire⁵⁰⁵. Quant à l'autorité transversale, le juge constitutionnel colombien exige en effet que les diverses activités menées par le superintendant et les agents qui président ou participent aux processus décisionnels au sein de la SIC, doivent être conduits de manière impartiale, notamment s'agissant des fonctions quasi-juridictionnelles⁵⁰⁶. D'après ces exigences d'objectivité, de neutralité et d'impartialité, on aurait pu s'attendre à ce que le juge colombien ait dégagé certaines règles pour circonscrire les cas des retraits de l'ensemble des membres de l'autorité de concurrence. Pourtant, le recours à une motion de « disqualification » de l'ensemble des membres n'apparaît pas une pratique courante des opérateurs économiques en droit colombien. Pour cette raison, il se peut que cette question n'ait pas encore été portée jusqu'au juge colombien afin d'obtenir des précisions de sa part. Ce constat nous amène à tourner notre regard vers quelques expériences étrangères.

⁵⁰⁴ V. sur le contenu et la portée de ces exigences V., Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-873 de 30 septembre 2003.

⁵⁰⁵ Le juge constitutionnel colombien opère une distinction entre les empêchements et les récusations. Selon celui-ci, les premiers ont lieu lorsque le juge décide d'abandonner la direction d'une affaire. Les récusations, quant à elles, interviennent à l'initiative des sujets en conflit. « *El impedimento tiene lugar cuando el juez, ex officio, es quien decide abandonar la dirección del proceso, en tanto que la recusación opera a iniciativa de los sujetos en conflicto, ante la negativa de éste de aceptar su falta de aptitud para presidir y decidir el litigio* » (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-365 du 29 mars 2000). Il faut noter par comparaison que la notion d'empêchement a un sens particulier en droit français, qui concerne la survenance d'un obstacle momentané ou définitif, de fait ou de droit, à l'exercice normal par son titulaire d'une fonction publique.

⁵⁰⁶ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 du 3 décembre 2002. Par comparaison, Conformément aux dispositions de l'*Administrative Procedure Act* (APA) – 5 U.S.C.A. § 556(b), formerly 5 U.S.C.A. § 1006(a) –, les diverses activités que réalisent les fonctionnaires qui président ou participent aux processus décisionnels au sein des autorités administratives fédérales américaines soumises à cette loi, doivent être conduites de manière impartiale. L'APA américain prévoit aussi la mise en retrait volontaire du fonctionnaire qui préside ou participe à la phase de décision, et lui impose de remplir une déclaration sous serment, opportune et de bonne foi, concernant les intérêts qu'il pourrait détenir sur l'affaire ou tout autre motif personnel qui l'empêcherait d'y participer. Comme en France, l'autorité administrative concernée devra, à son tour, se prononcer sur la question comme faisant partie de la décision finale. En outre, l'article 462-2 du code du commerce français (pour l'Autorité de la concurrence, c'est désormais l'article L. 461-2, al. 4 du Code de commerce) disposait que « aucun membre du Conseil ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées ». Puisque sont assimilées à une accusation en matière pénale les poursuites engagées en vue des sanctions pécuniaires par une autorité administrative comme le Conseil de la concurrence, les dispositions de l'article 6 paragraphes 1 et 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) leur sont

Dans les systèmes français et américain, la règle est celle du refus de la « disqualification » des membres des autorités de concurrence pour connaître d'une affaire. En effet, dans les quelques affaires où les tribunaux fédéraux américains ont eu l'occasion de considérer la question du retrait de l'ensemble des membres de l'autorité de concurrence, il a été décidé qu'il n'est pas possible de démettre la totalité des membres de la FTC de l'exercice de son pouvoir juridictionnel (*adjudicative power*), car la « règle de nécessité » empêche une telle exclusion⁵⁰⁷. Pour le juge américain, admettre la disqualification de l'ensemble de membres de la FTC serait méconnaître les objectifs poursuivis par le législateur fédéral lors de l'adoption du *FTC Act*, car si tous les membres de la Commission sont « disqualifiés », aucun plaignant ne pourra désormais porter l'affaire ni devant la FTC, ni devant aucune autre autorité administrative fédérale⁵⁰⁸. En l'espèce, la Cour Suprême a confirmé la décision d'une Cour fédérale⁵⁰⁹, selon laquelle les rapports que l'ensemble des membres de la Commission élaborent pour le Congrès ou pour le Président ne sont pas susceptibles de constituer un motif pour les écarter d'une affaire⁵¹⁰. Il s'agit d'une règle visant à éviter un moyen de pression de la part des opérateurs économiques et des groupes d'intérêts publics ou privés, lors de l'examen des questions concurrentielles ou en matière de protection des consommateurs portées devant elle.

Lorsque la Commission ordonne dans une autre affaire le désistement et la cessation de certains comportements et pratiques déloyales à la compagnie *Allstate Industries of North Carolina*, à ses quatre sociétés filiales et à sa direction générale,

aussi applicables. (v. CA Paris, 1e Ch. H, 15 juin 1999 ; *SA Canal Plus c/SNC Télévision par Satellite (TPS) et a.* JCP E 1999, p. 1966).

⁵⁰⁷ La règle jurisprudentielle du “*rule of necessity*”, empêche l'exclusion de l'ensemble des membres de la FTC à participer à une procédure adjudicative qui est de sa compétence. A cet égard, l'exclusion individuelle des commissaires, ainsi que le cumul des fonctions d'instruction et de décision, interdite par la loi, constituent la règle générale. Même s'il est peu probable que l'ensemble des membres de la commission soit exclu de ses compétences juridictionnelles (*adjudicatory functions*), en raison du critère de la nécessité invoquée dans la plupart d'affaires sur cette question, l'application pratique des règles en la matière rencontre des difficultés particulières. La justification de la règle de nécessité qui s'applique à la FTC, repose, selon le juge américain, en ce que le *FTC Act* ne prévoit pas le transfert de l'affaire à une autre autorité, administrative ou judiciaire.

⁵⁰⁸ *American Cyanamid Co. v Federal Trade Com.* (1966, CA6) 363 F2d 757, § 4.

⁵⁰⁹ *Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com.* (1945, CA7) 147 F2d 589.

⁵¹⁰ *Federal Trade Com. v Cement Institute* (1948) 333 US 683, 92 L Ed 1010, 68 S Ct 793, reh. den 334 US 839, 92 L Ed 1764, 68 S Ct 1492.

les entreprises concernées demandent la mise à l'écart de toute la Commission⁵¹¹. En l'espèce, les requérants ont soulevé le fait que le président de la Commission avait envoyé, avant le début de la procédure, une communication au sous-comité du Sénat pour le commerce, selon laquelle l'ensemble des membres de la FTC condamne l'existence de pratiques semblables à celles pratiquées par *Allstate*. Pour cette société, la communication envoyée constituait un préjugé de leur cas qui obligeait les commissaires à se récuser eux-mêmes. Toutefois, le juge a qualifié cet argument comme étant superficiel, dans la mesure où la FTC ne réalisait qu'une des activités prescrites par les dispositions du *FTC Act*. Constitue en effet l'une des obligations principales de la Commission « *l'investigation et la dénonciation des soupçons et des inquiétudes sur des activités susceptibles d'avoir un effet nuisible sur l'économie nationale* »⁵¹².

Par comparaison, en France, le syndicat des géomètres-experts a demandé la récusation de l'ensemble des membres de l'ancien Conseil de la concurrence, qui avait été saisi d'une plainte sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans les rapports entre géomètres-experts et géomètres-topographes. Le Conseil de la concurrence a émis le 13 juin 2000 un avis portant sur la restriction d'exercice de l'activité professionnelle de géomètres-topographes dans le domaine d'études topographiques et des documents cadastraux. Pour cette raison, les requérants ont considéré que, même s'il statue ultérieurement dans une composition différente, le fait qu'il ait préalablement donné un avis sur ces questions constitue une violation de l'impartialité exigée par l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH, ainsi que des droits de la défense. Tant la Cour d'appel de Paris⁵¹³ que la Cour de cassation⁵¹⁴ ont rejeté les arguments des requérants. En effet, pour le juge de droit commun, le Conseil de la concurrence n'a nullement, à l'occasion de l'avis rendu, examiné et apprécié les pratiques ultérieurement soumises à sa décision. De même, la Cour de cassation réitère, par cette décision, sa jurisprudence sur le cumul des fonctions d'instruction et de délibération au sein de l'autorité de la concurrence. Dès lors, le principe d'impartialité n'est pas méconnu lorsqu'un même agent procède à l'instruction des

⁵¹¹ *Allstate Industries of North Carolina, Inc. v Federal Trade Com.* (1970, CA4) 423 F2d 423.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ CA Paris, arrêt du 24 juin 2003.

⁵¹⁴ Cour de cassation, arrêt du 9 juin 2004.

faits dont le Conseil est saisi et présente un rapport oral devant la formation du Conseil amenée à statuer sur les griefs éventuellement notifiés à la suite de cette instruction, dès lors qu'il n'assiste ni ne participe au délibéré du collège de l'ancien Conseil de la concurrence français.

De même, rien n'empêche une autorité de concurrence de rejeter toute requête, même si elle est soumise à temps, exigeant sa mise à l'écart pour traiter d'un cas. A titre d'exemple, dans une affaire *Sterling Drug, Inc.*⁵¹⁵ la Commission américaine a refusé de se retirer de l'affaire, rejetant l'argument selon lequel l'existence d'une procédure d'injonction préliminaire, en cours devant un Tribunal fédéral de première instance, dévoilerait un préjugé de la part de la Commission sur l'affaire. Pour les requérants, la Commission ne saurait solliciter une procédure au Tribunal qu'après avoir déterminé l'existence d'une violation de la norme en question. Selon la Commission, en revanche, un tel raisonnement ne serait admissible que dans l'hypothèse où elle serait requise de présenter les preuves suffisantes de l'existence d'une telle violation en vue d'obtenir l'injonction. Or, puisqu'il suffit à la Commission de démontrer qu'elle a une croyance légitime de ce que les différentes données retrouvées pourraient conduire à supposer que les requérants s'engagent effectivement dans les pratiques imputées, elle est fondée à refuser la pétition⁵¹⁶.

Une décision par laquelle la FTC refusait de se retirer a été, de surcroît, confirmée par un Tribunal fédéral dans l'affaire *Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com.*⁵¹⁷ Dans cette affaire, la société plaignante était poursuivie pour entente sur un système de prix de point de base avec soixante-quatorze autres sociétés productrices de ciment. Les requérants ont allégué que la FTC n'était pas un tribunal

⁵¹⁵ *Sterling Drug, Inc.* (1963) 62 FTC 1549.

⁵¹⁶ *Ibid.* ; Par comparaison, en droit français, la Cour d'appel de Paris estime que le principe d'impartialité, protégé par l'article 6 de la CEDH, n'est pas violé par la présence commune de membres de l'ancien Conseil de la concurrence dans les deux formations ayant rendu, d'une part, la décision au fond faisant l'objet du recours et, d'autre part, une décision antérieure dans la même affaire, sur l'exécution d'une mesure conservatoire, dès lors que la décision rendue sur l'exécution de la mesure conservatoire ne portait aucune appréciation sur le fond (v. CA Paris Ch. I section H, 4 juillet 2006, *SA France Telecom* ; sur une décision du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2005 n° 05-D-59). Cependant, si le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés au stade des mesures conservatoires, il ne peut, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité (v. Cour de Cassation, Ch. Com. 9 octobre 2001. Bull. civ. IV, n° 16).

⁵¹⁷ *Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com.* (1945, CA7) 147 F2d 589.

libre des « *bias and prejudice* », en raison des communications et rapports sur les systèmes des prix de point de base qui avaient auparavant été adressés par elle au Président et au Congrès. Bien au contraire, le Tribunal fédéral a décidé que, en vertu de la théorie de la discrétion législative (*legislative discretion theory*), appliquée en conjonction avec la « règle de nécessité », la totalité de membres de la FTC ne peut pas être « disqualifiée »⁵¹⁸. De même, dans l'affaire *Loughran v Federal Trade Com.*⁵¹⁹, le Tribunal fédéral avait ordonné aux requérants, fabricants de sucreries, l'accomplissement d'une décision de la FTC de cesser et de s'abstenir de faire la promotion de leur produit par un dispositif de loterie connu aux Etats-Unis sous le nom de « *punch-card* ». Le juge fédéral a rejeté à cette occasion la demande des requérants selon laquelle la Commission leur aurait refusé l'opportunité d'introduire les preuves démontrant un conflit d'intérêt des commissaires. Pour le juge fédéral, en effet, bien que le *FTC Act* établisse la composition de la Commission, celui-ci ne contient pas de provisions pour le dessaisissement et le transfert à une autre juridiction, de telle sorte que la règle de nécessité impose qu'elle soit compétente⁵²⁰.

Bien qu'il n'existe pas de règle spécifique concernant l'opportunité de soumettre une requête en disqualification d'un commissaire ou de l'ensemble de membres de l'autorité de concurrence américaine, la jurisprudence en la matière fournit quelques réponses. Par exemple, dans l'affaire citée concernant les sociétés cimentières⁵²¹, le juge fédéral a rappelé que non seulement les requérants n'avaient soulevé l'argument selon lequel la Commission avait préjugé l'affaire qu'un an après les témoignages, mais en outre ceux-ci n'avaient introduit de requête formelle en vue d'obtenir la disqualification de la Commission seulement cinq mois plus tard lors de la phase des arguments oraux devant un commissaire. Dans le même ordre d'idées, une motion formulée à l'encontre d'un seul membre de la Commission a été déclarée

⁵¹⁸ Le Tribunal a estimé, tout d'abord, que le Congrès a donné aux litigants le droit de contester les qualifications d'un juge, mais qu'un tel droit ne leur a été pas octroyé à propos de la FTC. Ensuite, il souligne qu'admettre la « disqualification » de la FTC conduirait à faire échapper l'affaire à tout contrôle, notamment en raison du fait que le Congrès n'a pas prévu le transfert de celui-ci à une autre autorité. Enfin, le juge fédéral constate que, en l'espèce, les motions et les recours introduits par les requérants n'établissaient pas de quelle façon la partialité et le préjugé invoqués seraient « personnels ». v. *Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com.* (1945, CA7) 147 F2d 589.

⁵¹⁹ *Loughran v Federal Trade Com.* (1944, CA8) 143 F2d 431.

⁵²⁰ En outre, le Tribunal souligne que, conformément au dossier, cette question n'a été énoncée ni par motion, ni par écrit opportun. Si bien que les partis n'ont pas réussi à soumettre des preuves sur la question avant la fermeture de la procédure ; *Ibid.*

⁵²¹ *Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com.*, précitée.

extra tempore, car elle avait été soumise neuf mois après la décision de la Commission. Pour cette raison, les juges du fond ont considéré que les requérants ne pouvaient pas garder le silence dans l'attente de la décision de la Commission fédérale, pour formuler par la suite une demande, en cas de désaccord, de retrait du fonctionnaire quasi-judiciaire ayant participé à la décision contestée⁵²².

Il est toutefois important pour notre analyse sur les garanties d'indépendance statutaire des autorités de concurrence de distinguer la question de l'exclusion pour motifs de conflit d'intérêt ou de préjugé de l'ensemble des membres d'une autorité de concurrence, de celle concernant la compétence de ces autorités pour connaître de telle ou telle question en matière de concurrence et/ou de protection des consommateurs. Dans la première hypothèse, il ne s'agit pas d'une question de compétence mais de la mise à l'écart de l'ensemble de ses membres pour des motifs d'impartialité, objectivité et neutralité. Dans la deuxième hypothèse, en revanche, c'est la compétence de l'autorité de concurrence qui est mise en question et non pas la capacité de l'ensemble de ses membres à participer à une procédure. C'est pourquoi notre comparaison se doit d'exclure un cas récent en droit colombien concernant la compétence de la SIC pour enquêter sur certains opérateurs financiers. Dans cette espèce, la SIC avait initié une enquête préliminaire suscitée par la croyance en l'existence d'une collusion tacite entre certaines banques dans la facturation aux commerçants du taux de commission lors des paiements par carte de crédit. Les opérateurs financiers concernés ont contesté la compétence de la SIC pour se prononcer sur l'affaire et ouvrir une enquête formelle, estimant que l'organe compétent était la SFC, superintendance chargée de la surveillance des opérateurs du secteur financier⁵²³. A cet égard, il faut noter que les conflits de compétence entre l'autorité transversale et les autorités sectorielles participant à l'organisation du système de concurrence en Colombie, apparaît comme le motif le plus courant des recours des opérateurs économiques présents sur le marché national.

⁵²² *Safeway Stores, Inc. v Federal Trade Com.* (1966, CA9) 366 F2d 795, *cert den* 386 US 932, 17 L Ed 2d 805, 87 S Ct 954.

⁵²³ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 5 mars 2008, à propos du conflit de compétence entre la SIC et la SFC.

A l'issue de cette analyse, il s'avère que l'ensemble des règles des systèmes français et américain étudiées peuvent constituer une source d'inspiration pour le législateur colombien. Par exemple, dans le scénario d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence vers des autorités administratives « indépendantes », comme en France et aux États-Unis, le principe pourra être celui de l'impossibilité du retrait de l'ensemble des membres des autorités de concurrence pour connaître des affaires. Une telle solution peut également être fondée par les règles de la « nécessité » et de la discrétion législative dégagées par la jurisprudence étrangère. Le choix n'en reste pas moins, faut-il le rappeler, politique. Cependant, si le législateur colombien décide de se tourner vers une autre voie, c'est-à-dire autre que celle de l'impossibilité du retrait de l'ensemble des membres des autorités de concurrence en tant que règle générale à interprétation restrictive, il conviendra d'assurer le traitement des questions concurrentielles et/ou de protection de consommateurs, le cas échéant, par une formation distincte du collège de l'autorité de concurrence concernée ou par une autorité distincte. Le législateur colombien peut alors, selon cette deuxième voie, prévoir par exemple le transfert des affaires de la compétence de l'autorité transversale de la concurrence à une autorité sectorielle – spécifique pour chacun des secteurs économiques concernés –. Si le principe retenu est en revanche celui de l'impossibilité du retrait de l'ensemble des membres des autorités de concurrence, il est en tout état de cause souhaitable de prévoir une possibilité, encadrée dans le temps⁵²⁴, pour les opérateurs économiques concernés de soulever, devant les juridictions compétentes ou bien directement devant l'autorité de concurrence, leurs doutes sur l'impartialité, l'objectivité et la neutralité des membres en charge de la prise de décision. Ils peuvent éventuellement être autorisés à présenter des motions pour la mise à l'écart d'un ou plusieurs membres de ces autorités. Ce système permet de renforcer la légitimité procédurale de ces institutions⁵²⁵. Mais, pour que soit assurée au mieux l'indépendance des membres des

⁵²⁴ Ce qui, dans le cas contraire, pourrait nuire à l'efficacité de l'activité de l'autorité de concurrence, ainsi qu'à l'autorité de ses décisions.

⁵²⁵ La possibilité de formuler de récusations constitue une garantie procédurale en droit colombien reconnue par la jurisprudence constitutionnelle (v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-365 du 29 mars 2000). « *Estas instituciones, de naturaleza eminentemente procedimental, encuentran fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios*

autorités de concurrence vis-à-vis des opérateurs régulés, les règles applicables à la question du retrait de l'ensemble de membres doivent, nous semble-t-il, être interprétées d'une manière assez stricte. Faut-il adopter une approche similaire s'agissant du retrait des membres individuels des autorités de concurrence ? Cette dernière question nous invite à tourner maintenant notre regard sur l'examen de la mise à l'écart d'un ou plusieurs membres individuels des autorités de concurrence.

B- LA « DISQUALIFICATION » DES MEMBRES INDIVIDUELS DES AUTORITES DE CONCURRENCE

L'improvisation semble régner en droit colombien lorsqu'il s'agit de réfléchir à de véritables garanties d'indépendance statutaire des membres des autorités de concurrence dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, aucun socle commun ne semble exister en matière de « disqualification » de membres individuels des autorités qui participent à l'organisation du système colombien de la concurrence. Les quelques règles qui existent semblent de surcroît varier de l'une à l'autre sans ligne directrice cohérente. En outre, il ne semble pas exister, à notre connaissance, de solutions jurisprudentielles spécifiques à ces autorités⁵²⁶. Si sur un plan théorique le régime des interdictions des membres des autorités de concurrence vise à légitimer ces institutions du point de vue des exigences d'impartialité, de neutralité et d'objectivité⁵²⁷, sur un plan pratique l'application de ce régime d'interdictions ne doit pas apparaître comme un moyen de pression du politique, des opérateurs économiques et de groupes d'intérêt public et privés. Dès lors, le juge constitutionnel colombien semble limiter comme cause légitime de récusation des juges colombiens l'existence d'un intérêt dans la décision. Pour cela, il est nécessaire de vérifier l'existence de deux conditions indispensables : d'une part, l'intérêt dans la décision

anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes ».

⁵²⁶ La plupart de décisions étudiées en droit colombien sur le sujet des récusations concernent les récusations des magistrats et juges et, dans une moindre mesure, quelques organes autonomes de création constitutionnelle qui exercent un contrôle sur l'activité de l'Administration et imposent des sanctions disciplinaires, tels que la *Procuraduría*. (v. par exemple, Cour constitutionnelle, auto 080A du 1^{er} juin 2004; Cour constitutionnelle, arrêt de Constitutionnalité C-1061 du 11 novembre 2003, à propos des récusations en matière disciplinaire comme garantie d'impartialité).

⁵²⁷ Montserrat CUCHILLO, « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », *op. cit.*, p. 115.

doit être direct et, d'autre part, il doit être actuel⁵²⁸. Cette règle de la jurisprudence constitutionnelle semble pouvoir être transposée au Superintendant de l'industrie et du commerce, tête de l'autorité de concurrence transversale ou aux membres des autorités sectorielles qui participent à l'organisation de la concurrence en Colombie, notamment en raison de leurs fonctions quasi-juridictionnelles. Pourtant, il est également permis de se demander si ces règles suffissent à garantir l'indépendance des membres des autorités administratives qui interviennent dans le domaine de la régulation économique. En l'absence d'une jurisprudence colombienne fournie en la matière, il nous revient d'essayer de trouver quelques réponses à la question du retrait des membres individuels des autorités de concurrence dans les expériences française et américaine.

Dans les systèmes français et américain, une série de solutions pratiques émanant du juge ainsi que des autorités de concurrence, semblent fixer une ligne directrice plus ou moins cohérente traduisant davantage de garanties concrètes d'indépendance des membres individuels de ces autorités. A titre d'exemple, en matière d'exclusion des membres individuels à la participation aux procédures d'adjudication devant la FTC américaine, l'un des critères applicables est celui du *disinterested observer*⁵²⁹. Ce critère exige, dans l'examen de la demande d'exclusion pour conflit d'intérêt ou partialité d'un membre individuel de la Commission, de déterminer si un observateur désintéressé de l'affaire serait amené à conclure que ce

⁵²⁸ Il est direct lorsque celui qui juge une affaire obtienne pour lui ou pour le siens, un avantage ou profit patrimonial ou morale. Il est actuel lorsque le vice qui est présent dans la capacité interne de décision du juge se trouve latente ou concomitante au moment de la prise de la décision, de telle sorte que ni les faits passés, ni les faits futurs n'ont un caractère suffisant pour délégitimer la compétence subjective du juge. (v. à cet égard, Cour constitutionnelle, auto 080A de 2004 et 121A de 2008).

⁵²⁹ La pratique aux États-Unis peut être illustrée par l'affaire *American Cyanamid Co. v Federal Trade Com.* (*American Cyanamid Co. v Federal Trade Com.* (1966, CA6) 363 F2d 757.) portant sur la révision par le juge fédéral d'une décision de la FTC condamnant plusieurs compagnies pharmaceutiques pour pratiques déloyales, lors de la production et la commercialisation d'une « wonder drug ». En l'espèce, il a été décidé que le membre de l'autorité de concurrence ne peut être exclu en raison du fait qu'il applique une philosophie de base pour un sujet particulier, ou en raison de ce qu'il possède une forte conviction ou même un point de vue cristallisé sur certaines questions juridiques ou réglementaires. En revanche, l'exclusion du membre est admise lorsqu'il est démontré que ses opinions ne sont que des conclusions sur des faits de même nature que ceux de l'espèce considérée. Dans cette affaire, le Tribunal a décidé que, le refus de la Commission d'écarter un de ses membres doit être regardé comme une « erreur réversible ». Voir aussi, *Columbia Broadcasting System, Inc. v Federal Trade Com.* (1969, CA7) 414 F2d 974, s'agissant, *inter alia*, de la participation d'un commissaire dans une autre affaire dont les faits étaient similaires, qui constitue un motif pour l'écarter du cas présent. Par comparaison, selon le juge constitutionnel colombien, l'incident de récusation ne suspend pas la procédure et ne signifie pas la perte de compétence du juge (Cour constitutionnelle, auto A053 de 2003).

membre, en fonction des intérêts en jeu, aurait un préjugé sur les faits de cette affaire⁵³⁰. Un critère similaire a été retenu dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1999, dans lequel la Cour a estimé que l'impartialité doit s'apprécier à la fois selon une démarche subjective visant à établir ce que le juge pensait en son for intérieur en la circonstance, et à la fois selon une démarche objective amenant à « *assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* »⁵³¹. Même si le raisonnement de la Cour d'appel de Paris ne se réfère pas expressément au critère de l'observateur désintéressé, le juge français regrette l'évocation en public d'une affaire en cours d'instruction par un membre de l'ancien Conseil de la concurrence. Pourtant, dans cette espèce, la Cour en conclut que les propos litigieux, qui ne reflètent pas le sentiment que les pratiques exposées sont irrégulières et ne manifestent ni parti pris, ni préjugés, ne justifient pas un doute légitime sur l'impartialité du fonctionnaire qui les a tenus⁵³².

En ce qui concerne la mise à l'écart des membres individuels pour des actions ou implications en leur qualité de membre de l'autorité de concurrence, le retrait ne semble être admis qu'en cas de participation à une autre procédure sur les mêmes questions⁵³³. A titre d'exemple, le fait qu'un commissaire de la FTC américaine ait

⁵³⁰ Par exemple, en droit américain, la question de savoir si le président de la Commission américaine (*Chairman*) aurait du être écarté en raison des remarques qu'il aurait effectuées antérieurement en tant que conseiller en chef et directeur adjoint du personnel du sous-comité du Sénat fédéral chargé des questions de concurrence et des monopoles (*Safeway Stores, Inc. v Federal Trade Com.* (1966, CA9) 366 F2d 795, cert den 386 US 932, 17 L Ed 2d 805, 87 S Ct 954.) Faisant application du test de l'observateur désintéressé, le juge américain conclut que le retrait ne serait justifié que si un observateur désintéressé aurait des raisons de croire que ses remarques constituent un préjugé sur l'affaire en question (*Safeway Stores, Inc. v Federal Trade Com.* (1966, CA9) 366 F2d 795, cert den 386 US 932, 17 L Ed 2d 805, 87 S Ct 954); V. également dans ce sens, *Texaco, Inc. v Federal Trade Com.* (1964) 118 App DC 366, 336 F2d 754, désavouée pour d'autres motifs in *Atlantic Refining Co. v Federal Trade Com.* 381 US 357, 14 L Ed 443, 85 S Ct 1498, reh den 382 US 873, 15 L Ed 114, 86 S Ct 18 et rejetée pour d'autres motifs in 381 US 739, 14 L Ed 714, 85 S Ct 1798.) Cette solution a été ensuite confirmée par une décision selon laquelle, pour procéder au retrait d'un commissaire de la FTC, il convient d'établir qu'un observateur désintéressé pourrait conclure qu'il a plus ou moins préjugé les faits et le droit applicable à un cas particulier avant de l'avoir entendu (*Cinderella Career & Finishing Schools, Inc. v Federal Trade Com.* (1970) 138 App DC 152, 425 F2d 583.)

⁵³¹ CA Paris, Chambre 1 section H, 15 juin 1999 SA Canal Plus c/ SNC Télévision par Satellite (TPS), précité.

⁵³² CA Paris, Chambre 1 section H, 15 juin 1999 SA Canal Plus c/ SNC Télévision par Satellite (TPS).

⁵³³ Par comparaison une jurisprudence du Conseil d'Etat colombien affirme que constitue un motif de récusation du juge administratif le fait d'avoir participé à une même affaire au cours d'une instance antérieure. Toutefois, pour le Conseil d'Etat, le fait d'avoir pris part à la décision statuant sur l'admissibilité d'un recours n'est pas susceptible d'influer la décision de fond, car n'étaient en jeu que des questions procédurales. « *Estima la Sala que el concepto a que alude la causal " Haber conocido del proceso en instancia anterior " implica pronunciarse sobre el fondo del asunto referido*

reçu la preuve venant au soutien d'une plainte dans un cas particulier, et que celui-ci ait ultérieurement eu à procéder à son examen en tant que membre de la Commission, ne constitue pas une cause suffisante pour le récuser, conformément aux termes du *FTC Act*⁵³⁴. Selon le tribunal fédéral, le *FTC Act* confère le pouvoir à la Commission, par le biais de l'un ou de plusieurs de ses membres ou par les enquêteurs qu'elle désigne, de réaliser toute instruction nécessaire à ses missions sur l'ensemble du territoire américain et, dans cette optique, la Commission peut autoriser un de ses membres à signer des citations à comparaître, à assermenter, à assigner des témoins et à recevoir des preuves⁵³⁵. Par comparaison, en France, la participation des rapporteurs au délibéré de la décision de l'autorité de concurrence a été à plusieurs reprises critiquée comme contraire au principe de l'égalité des armes prévu par la CEDH. En effet, le droit au procès équitable, prévu à l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH ainsi qu'à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, suppose le principe de l'égalité des armes par lequel chaque partie doit avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable, ce qui suppose que la procédure permette un débat effectivement contradictoire (*audiatur et altera pars*). Or, il a été considéré que la présence du rapporteur et du rapporteur général, même sans voix délibérante, au délibéré de la décision, leur aurait permis d'exprimer devant l'ancien Conseil de la concurrence et en l'absence des parties, des positions sur lesquelles celles-ci n'ont pas été placées en mesure de répondre⁵³⁶.

en el proceso o al menos respecto de alguno de los aspectos que comporten relevancia para su resolución, cosa que no sucedió en el presente asunto, puesto que la actuación realizada por el Tribunal mientras conoció del proceso fue sólo de impulso del mismo, ahora bien el haber resuelto un recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda no presenta relevancia sobre el fondo de la asunto, pues porque lo debatido fue los requisitos formales de la misma ».

⁵³⁴ *J. W. Kobi Co. v Federal Trade Com.* (1927, CA2) 23 F2d 41. Dans cette affaire, le juge fédéral avait rejeté le recours contre une décision de la Commission demandant au requérant de cesser et de se désister la mise en œuvre une politique de maintien des prix de revente de ses produits par une méthode de coopération en violation du *Clayton Act*.

⁵³⁵ *J. W. Kobi Co. v Federal Trade Com.* (1927, CA2) 23 F2d 41.

⁵³⁶ Cet arrêt présente un triple intérêt : il fait d'abord application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il condamne ensuite toutes les procédures du Conseil de la concurrence dans lesquelles le délibéré aurait été tenu en présence du rapporteur et du rapporteur général, ce qui a donné lieu à une révision de ses règles de fonctionnement (voir notamment l'avis 00-A-01 du 5 janvier 2000 relative à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986). Il pose enfin la question de l'exercice du droit d'évocation par la Cour après annulation. Jean Claude FOURGOUX, « Est contraire au principe de l'égalité des armes prévu par la Convention EDH la participation des rapporteurs au délibéré de la décision du Conseil de la concurrence », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 7, 16 février

S'agissant par ailleurs de l'hypothèse du conflit éventuel entre la participation d'un membre d'une autorité de concurrence à une procédure contentieuse ainsi qu'à une procédure consultative, le juge américain rejette l'argument du requérant selon lequel, lorsque le personnel de la Commission américaine élabore une telle opinion sur la légalité d'un programme promotionnel prévoyant un fond sonore pour la publicité périodique destinée à la vente au détail dans des supermarchés et épiceries, le maintien des membres de la Commission (de tous ceux qui ont participé à l'élaboration du rapport contenant l'opinion consultative) constitue une violation du droit au procès équitable⁵³⁷. En revanche, lorsque deux des cinq commissaires, participant alternativement à la décision ordonnant à la compagnie *Pillsbury* de céder ses actifs dans d'autres sociétés qu'elle avait acquis antérieurement, furent interrogés par le sous-comité de procédure du Sénat américain, le tribunal fédéral d'instance a jugé que les interrogatoires réalisés par le Sénat constituent une intromission impropre au sein de la procédure d'adjudication devant la Commission américaine⁵³⁸.

2000, II 10254 Commentaires ; Arrêt de la CA de Paris du 15 juin 1999 Ch. 1 section H Canal Plus c/ TPS ; Dans le même sens, « le fait que le rapporteur ait assisté au délibéré de la commission permanente n'affecte pas la validité de la décision dès lors que celle-ci s'est bornée à ouvrir la procédure », CA Paris, 27 novembre 2001. Il faut préciser que cette question de la participation du rapporteur au délibéré n'est pas du tout spécifique à certaines AAI, il y a eu exactement le même débat à une échelle bien plus large encore, s'agissant de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré devant les tribunaux administratifs (voir affaires Chevrol). En outre, on observe le même raisonnement dans une autre affaire à propos de la Commission des opérations de bourse (COB). Dans l'espèce, l'un des membres de la COB, nommé rapporteur, avait été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs, ainsi qu'à toutes investigations utiles. En l'espèce, la Cour de cassation a estimé qu'il ne pouvait participer au délibéré et, pour ce seul motif, a justifié sa décision d'annuler la décision par laquelle la COB avait infligé une amende de 500.000 F à l'encontre du dirigeant d'une société soumise à son contrôle (v. Cass. ass. plénière, 5 février 1999; COB c/ Oury et a.).

⁵³⁷ Dans l'espèce, le requérant fondait son argument sur la qualification de l'opinion consultative en une communication *ex-parte*. Pour le juge, au contraire, cette communication ne possède pas un tel caractère, dans la mesure où la FTC a envoyé au requérant une copie du rapport et lui a donné l'opportunité de se prononcer sur celui-ci. Si bien que le requérant n'a pu démontrer l'existence d'un préjudice occasionné par ladite opinion (v. *Viviano Macaroni Co. v Federal Trade Com.* (1969, CA3) 411 F2d 255).

⁵³⁸ Pour le Tribunal, les rapports critiques de l'activité de la FTC sur l'application du *Celler-Kefauver Antimerger Act*, ainsi que plusieurs références directes à l'affaire *Pillsbury*, qui ont eu lieu au cours des interrogations du sous-comité de procédure du Sénat, exigeaient des membres de la FTC de s'écarter volontairement de l'affaire (*Pillsbury Co. v Federal Trade Commission* (1966, CA5) 354 F2d 952). Puisque seul le président de l'autorité de concurrence avait pris l'initiative de se retirer de l'affaire, le juge en invalide la décision. L'annulation prononcée est toutefois suivie d'un renvoi de l'affaire devant la FTC dans une formation différente, le juge ayant estimé ne plus pouvoir écarter la compétence de la Commission en raison de ce que « *the passage of time, coupled with the subsequent changes in the personnel on the Commission* » ont pour effet de faire prévaloir son impartialité dans sa composition nouvelle (*Ibid*). De même, il a été décidé par un tribunal fédéral d'instance que la Commission a commis une erreur réversible en rejetant la requête d'une compagnie pétrolière suspectée d'utiliser des tactiques coercitives manifestes sur ses distributeurs, grossistes et détaillants,

Quant aux décisions de cessation et d'abstention des autorités de concurrence, une décision de la FTC de cette nature a été renversée dans l'affaire *Cinderella Career & Finishing Schools, Inc. v Federal Trade Commission*, sur les motifs, entre autres, du refus du président de la Commission de se retirer de l'affaire après avoir donné un discours sur les pratiques rapprochées aux opérateurs en question. Pour le juge, en effet, si la FTC, agissant au nom de l'intérêt général, dispose d'une autorité légale (*Law authority*) pour alerter le public des pratiques susceptibles d'être illicites, cette autorité n'autorise pas ses membres individuels de préjuger des cas ou de donner des discours permettant de supposer que l'affaire a été préjugée⁵³⁹.

Sur le thème des conflits d'intérêts personnels des membres, en France, le Conseil d'État a annulé, dans un arrêt du 27 octobre 2006, une décision de sanction prononcée par la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour méconnaissance du principe d'impartialité posé par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. En sanctionnant ainsi la partialité de l'un des membres de la Commission, et donc un manquement à ses obligations déontologiques, cette décision pose la question de l'efficacité des règles destinées à prévenir les conflits

consistant à les obliger à acheter des quantités considérables de pneus, batteries et accessoires sponsorisés (*Texaco Inc. v Federal Trade Commission* (1964) 118 App DC 366, 366 F2d 754-5, 6 [a.]). En l'espèce, l'affaire étant en cours, le président de la Commission avait, au cours d'un discours devant le congrès national des détaillants de pétrole associés, souligné les pratiques illégales envahissant le secteur, telles que des commissions additionnelles sur les pneus, batteries et autres accessoires, et mentionné les compagnies impliquées dans les procédures en cours. Le juge a estimé qu'un observateur désintéressé du discours du président pourrait très difficilement échapper à la conclusion selon laquelle le président avait décidé par avance que Texaco avait enfreint les dispositions du *FTC Act*. En conséquence, sa participation aux audiences constituait, compte tenu des circonstances, une méconnaissance des droits de la défense susceptible d'invalider la décision contestée.

⁵³⁹ *Cinderella Career & Finishing Schools, Inc. v Federal Trade Com.* (1970) 138 App. DC 152, 425 F2d 583, 8 ALR Feo 283. En l'espèce, ce dernier avait donné un discours devant l'atelier sur les relations gouvernementales de l'Association nationale des journaux, au moment où lui était soumis un recours contre la décision d'un enquêteur. Dans ce discours, le président avait affirmé que les organes de contrôle des journaux devraient être plus vigilants sur les annonces publicitaires commandées par certaines institutions éducatives à caractère particulier, et avait mentionné à titre d'exemple la promesse d'obtention d'un diplôme universitaire en cinq semaines ou celle de devenir personnel navigant commercial en s'inscrivant dans une « école charmante ». Dès lors que la Commission avait ordonné aux requérants de cesser et de s'abstenir de participer à ces mêmes pratiques, le juge conclut que le président avait préjugé le cas en question. Pour le juge, en l'espèce, un observateur désintéressé du discours du président de la Commission aurait aisément pu arriver à la conclusion que ce dernier avait déjà, dans une certaine mesure, décidé que les requérants avaient violé le *FTC Act*. Toutefois, comme dans l'un des cas précédemment envisagés, la Cour rejette l'argument de partialité de la Commission soulevé par les requérants, et décide de lui renvoyer l'affaire. Pour la Cour, l'influence de l'opinion de l'un des membres sur les autres n'est pas « quantitativement mesurable ».

d'intérêts et donc à garantir l'impartialité de l'organe répressif de l'AMF. Cette décision, qui est un arrêt de principe, offre aussi un intérêt sur le plan théorique puisque le Conseil d'Etat, non seulement se prononce sur la question de l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 3, de la CEDH aux autorités administratives, mais également précise les conséquences procédurales des annulations prononcées sur ce fondement⁵⁴⁰.

Au demeurant, la participation d'un commissaire américain, en tant que membre de l'équipe des collaborateurs de la FTC, à des affaires similaires à celles en cours, ne constitue pas un motif de retrait. Dans une affaire *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Federal Trade Commission*⁵⁴¹, les requérants estimaient que le commissaire aurait dû se retirer volontairement de l'affaire (concernant des « *record clubs* »), car il avait participé auparavant à une affaire similaire (concernant des « *book clubs* »). Les requérants s'appuyaient sur la loi de procédure administrative⁵⁴², qui interdit à un fonctionnaire ou à un agent d'une autorité administrative fédérale, participant à la phase d'instruction d'une affaire particulière, de participer ou de donner son avis dans la phase décisionnelle du même cas ou d'un cas comparable sur les faits « *factually related* ». Selon la Cour Suprême, le fait que le commissaire ait participé à l'enquête d'un cas concernant des « *book clubs* » lorsqu'il était membre de l'office juridique de la commission, et qu'il doit maintenant se prononcer sur une affaire portant sur les « *record clubs* » ne remplit pas le critère de ressemblance⁵⁴³.

Par comparaison avec le cas colombien, et sans revenir ici sur la notion même d'impartialité et sur la jurisprudence abondante dont elle fait l'objet, on doit rappeler qu'on distingue traditionnellement deux formes de partialité, l'une subjective, l'autre

⁵⁴⁰ En l'espèce, le juge administratif a considéré qu'était constitutif d'une cause d'empêchement à sa participation à la délibération le fait que l'un des membres de la Commission soit également l'employé de l'une des personnes morales en lien avec le requérant. Dès lors, l'efficacité des règles déontologiques imposées aux membres de la Commission des sanctions de l'AMF en vue de prévenir les conflits d'intérêts peut d'autant plus être mise en doute qu'en l'espèce, la relation d'affaires des deux protagonistes semblait a priori aisée à déceler, a fortiori par le membre de la Commission intéressé qui ne pouvait l'ignorer. L'arrêt ainsi rendu par le Conseil d'État devrait certainement conduire à faire évoluer les règles sur ce point, car nul ne doute que de telles décisions sont de nature à porter atteinte au crédit de la Commission des sanctions de l'AMF et à son autorité.

⁵⁴¹ *Columbia Broadcasting System, Inc. v Federal Trade Com.* (1969 CA7) 414 F2d 974, cert den 397US 907 25 L Ed 2d 88, 90 S Ct 903.

⁵⁴² APA, dans son article 554 (d).

⁵⁴³ Ce critère est contenu dans l'article 554 (d) de l'APA.

objective, dont l'identification peut conduire à censurer le manque d'objectivité et le défaut de neutralité qu'elles caractérisent. La partialité est subjective lorsque c'est le comportement et donc la personnalité du juge ou de l'agent qui est en cause, elle est objective lorsque c'est la composition ou la procédure suivie qui fait peser un doute sur la régularité de la décision⁵⁴⁴.

Par ailleurs, en ce qui concerne leur participation à des activités préalablement à leur nomination en tant que membre de l'autorité de concurrence, la jurisprudence semble assez diverse. Dans une première espèce, un tribunal fédéral américain a jugé qu'un commissaire, participant activement en tant que conseiller en chef et directeur adjoint d'une investigation réalisée par le sous-comité du Sénat chargé des questions d'*antitrust* et de monopole, aurait dû se retirer d'une affaire portant sur les mêmes faits, questions et parties objet de cette investigation⁵⁴⁵. Toutefois, dans une deuxième espèce, le juge a estimé que n'était pas constitutif d'un préjugé pour un observateur désintéressé le fait pour un commissaire d'avoir, préalablement à la décision, participé en qualité de directeur adjoint et de conseiller en chef du sous-comité du Sénat à des audiences sur le prix collusoire pratiqué dans l'industrie du pain, et d'avoir à cette occasion demandé à l'une des parties si elle ne voulait pas donner l'impression que les directeurs adjoints de l'usine ont le droit de changer significativement le prix des produits finis sans son approbation.⁵⁴⁶ Dans un troisième cas, un Tribunal fédéral a décidé que l'affiliation antérieure d'un commissaire à une association de consommateurs n'est pas une cause suffisante pour l'empêcher de voter l'adoption d'un règlement sur les pratiques anticoncurrentielles dans la vente de biens et de services funéraires⁵⁴⁷.

Par comparaison, s'agissant du cas français, le Conseil d'Etat, dans une décision du 16 mars 2001, a décidé que l'acte de nomination d'un membre d'une autorité de régulation ne peut être attaqué sur le fondement du régime des incompatibilités contenu dans la loi qui institue cette même autorité. Dans cette

⁵⁴⁴ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-365 du 29 mars 2000.

⁵⁴⁵ *American Cynamid Co. v Federal Trade Com.* (1966, CA6) 363 F2d 757.

⁵⁴⁶ *Safeway Stores Inc. v. Federal Trade Com.* (1966 CA9) 366 F2d 795, cert den 386 US 932, 17 L Ed 2d 805, 87 S Ct 954.

⁵⁴⁷ *Harry & Bryant Co. v Federal Trade Com.* (1984, CA 4) 726 F2d 993, 1984-1 CCH Trade Cases Par. 65805, cert den, (US) 83L Ed 2d 37, 105 S Ct. 91.

affaire, la société Coopérative *Greenpeace Energy EG* et l'Association de consommateurs Acter ont demandé l'annulation pour excès de pouvoir du décret nommant le président de la CRE, au motif que ce dernier aurait été détenteur d'un mandat d'administrateur et d'actions dans des entreprises du secteur de l'énergie à la date du décret attaqué. Après avoir constaté que le bénéficiaire de la nomination avait démissionné de ses activités dans les entreprises du secteur, le Conseil d'Etat a estimé que, bien que le régime des incompatibilités prévu par l'article 28 de loi du 10 février 2000 instituant la CRE entraîne la mise en œuvre d'une procédure de démission d'office, il est sans influence sur la légalité de la décision de nomination d'un membre de la Commission.

Il reste encore à préciser que, en matière de *rulemaking*, les diverses décisions étudiées imposent la démonstration, de manière claire et convaincante (*clear and convincing*) de ce que le membre de l'autorité de concurrence possède une opinion inaltérable et assez étroite sur des sujets ouverts à la participation des citoyens⁵⁴⁸ Le « *clear and convincing test* » est en effet obligatoire pour réfuter la présomption de régularité administrative (*administrative régularité*). Dès lors, les déclarations faites par un commissaire avant la promulgation d'une règle, suggérant des restrictions en matière de publicité dirigée vers les enfants, constituent une simple discussion de théorie légale et ne démontrent pas l'absence de disposition ou l'incapacité de considérer raisonnablement des arguments contraires à la règle proposé⁵⁴⁹.

D'un point de vue prospectif, et en absence d'une jurisprudence colombienne fournie en matière de « disqualification » des membres individuels des autorités de régulation économique, ces quelques critères dégagés par la jurisprudence française et américaine peuvent constituer un outil tant pour le juge colombien – lorsqu'il sera confronté à cette question –, que pour le législateur, notamment en tant que moyen pour renforcer l'autonomie fonctionnelle de ces autorités. En effet, les différents critères confortés par la jurisprudence française et américaine examinée, aident à encadrer les cas de mise à l'écart des membres de l'autorité colombienne de concurrence. Comme l'impact le plus apparent de la récusation des membres de cette

⁵⁴⁸ Au travers notamment de la procédure de *notice and comment rulemaking*.

⁵⁴⁹ *Association of Nat. Advertisers, Inc. v FTC*, 627 F2d 1151, 5 Media L. Rep. (BNA) 2233, 1980 -1 Trade Cas. (CCH).

autorité se situe au niveau de leur efficacité de fonctionnement⁵⁵⁰, la « disqualification » des membres individuels ne doit, par conséquent, être déclarée qu'en cas de véritable conflit d'intérêts. De plus, le dispositif colombien de récusation des membres de l'autorité de concurrence peut contenir des critères similaires à ceux dégagés par la jurisprudence et les décisions des autorités française et américaine. Ceci peut permettre au législateur d'anticiper les réponses possibles des membres d'une nouvelle autorité de concurrence « indépendante »⁵⁵¹, lorsqu'elles statuent sur les motions de retrait des membres individuels qui lui sont adressées⁵⁵². Un tel choix du législateur colombien peut en outre servir à créer un cadre public pour fonder les décisions de l'autorité de concurrence niant les récusations de ses membres individuels (à supposer que la nouvelle autorité transversale de concurrence colombienne soit un organe collégial). Mais, cette solution ne paraît simple qu'en apparence. Il ne s'agit pas seulement d'adopter une nouvelle loi définissant un nouveau standard pour apprécier les récusations des membres individuels de l'autorité de concurrence « indépendante » à instaurer. Pour que cette alternative soit viable dans les faits, il nous semble que les dispositions en matière de « disqualification » des membres individuels de l'autorité de concurrence devront aussi permettre d'articuler la nature des conflits donnant lieu à une récusation et le risque d'invalidation des décisions de l'autorité par le juge pour des motifs de partialité (ce qui peut de surcroît réduire le risque de capture de l'autorité par ce dernier).

⁵⁵⁰ Puis, dans le cas américain par exemple, FTC Rule 4.14(c) demande « *the affirmative concurrence of a majority of the participating Commissioners to render a Commission ruling enforceable* ». 16 C.F.R. § 4.14(c) (2005).

⁵⁵¹ On fait référence ici à l'hypothèse de la seule création d'une autorité transversale de concurrence « indépendante » du Politique. Or, rien n'empêche que le législateur décide également d'instaurer d'autorités de concurrence sectorielles « indépendantes » de concurrence ou bien de maintenir celles qui aujourd'hui disposent seulement d'une simple indépendance légale.

⁵⁵² Rappelons-nous comment, suivant la théorie du principal-agent, lorsque le législateur décide de déléguer l'organisation de la régulation de la concurrence à une ou plusieurs autorités administratives (indépendantes ou non du politique), il se trouve face au risque de conflit entre les objectifs et aspirations des administrateurs experts et les préférences du Congrès. Ce conflit d'intérêts entre le principal (législateur) et son agent (autorité administrative spécialisée) peut résulter soit des asymétries des informations entre le principal et son agent, soit des déficiences dans la conception et le fonctionnement de l'autorité de concurrence, soit des deux. L'adoption des normes contenant des critères pour orienter les décisions des autorités de concurrence en matière de retrait des membres individuels des autorités de concurrence apparaît, selon cette approche, comme un moyen de réduire un tel conflit. V. Mathew MCCUBBINS et Thomas SCHWARTZ, « Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms », *op. cit.*, p. 165-179.

Face au retrait des membres individuels lors des procédures soumises aux autorités de concurrence dont ils font partie, ou à la « disqualification » impliquant une mise à l'écart, nous sommes en présence de situations limitées dans le temps et aux questions spécifiques pour lesquelles existe un doute de partialité. Tout autre est la situation impliquant la révocation définitive des membres des autorités de concurrence avant le terme de leur mandat.

§ 2. L' « INAMOVIBILITE » DES MEMBRES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Un des principaux éléments statutaires d'indépendance des membres des autorités de concurrence découle de la règle d'« inamovibilité ». Règle de maintien dans la fonction de membre d'autorité de concurrence, l'« inamovibilité » apparaît comme un élément primordial dans l'évaluation de l'indépendance statutaire des agents en charge de l'organisation de la régulation de la concurrence⁵⁵³. Cette garantie d'indépendance statutaire semble en effet leur conférer, lors de l'exercice de leurs fonctions, l'assurance de pouvoir décider en toute liberté des questions concurrentielles et/ou de protection des consommateurs. Elle peut également être renforcée par une série des garanties en matière d'avancement et de discipline, visant à éviter des mesures de rétorsion de la part de l'Exécutif. Il s'agit d'une règle visant à éviter certaines formes de capture de l'autorité par le politique⁵⁵⁴. L'« inamovibilité » apparaît alors comme une notion qui n'existe que dans les rapports entre l'Exécutif et l'autorité de concurrence. La règle de l'« inamovibilité » est en quelque sorte conditionnée par ces rapports (A). Mais ces rapports ne sont pas absolus, ce qui rend nécessaire l'examen de quelques tempéraments à cette règle (B).

A- LA REGLE DE L'« INAMOVIBILITE »

Il faut commencer notre analyse sur la question de la révocation du mandat avant terme en apportant quelques précisions sur les membres et les autorités administratives de régulation colombiennes concernées. Une première distinction

⁵⁵³ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 39.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

peut être effectuée entre les organes dont les membres disposent d'un mandat à une durée déterminée (c'est le cas notamment des organes autonomes de création constitutionnelle, telles que la CNTV et la Banque centrale et de certaines commissions de régulation) et les organes dont les membres sont nommés et révoqués à la discrétion de l'Exécutif (c'est le cas notamment des superintendances, dotées ou non de la personnalité morale). Le maintien en fonction des membres des organes autonomes de création constitutionnelle et commissions de régulation avant le terme de leur mandat, a été reconnu comme une garantie d'indépendance par le juge colombien⁵⁵⁵. En revanche, la jurisprudence colombienne dispose qu'il n'est pas obligatoire pour l'Exécutif de motiver l'acte de révocation des agents de libre nomination et révocation, tel que les superintendants⁵⁵⁶. Si bien que l'examen de la question de l'« inamovibilité » ne semble se poser en droit colombien que par rapport aux organes autonomes de création constitutionnelle et certaines commissions de régulation, tel que la CRC⁵⁵⁷.

Une deuxième distinction existe entre les membres disposant d'un mandat d'une durée fixe, tels que les commissaires de la CRC colombienne, et les membres de carrière administrative, tels que certains membres du personnel des commissions de régulation. L'objectif principal des garanties liées à l'« inamovibilité » des membres pendant la durée de leur mandat est celui de favoriser leur liberté d'appréciation dans la prise de décisions. Elle permet accessoirement au titulaire du mandat de disposer d'une meilleure stabilité et d'acquérir une familiarité avec les problématiques qu'il doit traiter pendant la durée du mandat. Les garanties liées aux agents de carrière administrative⁵⁵⁸ ont deux finalités principales. D'une part, elles assurent la stabilité des employés dans les emplois publics de l'Etat et, d'autre part,

⁵⁵⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003, à propos des commissions de régulation colombiennes.

⁵⁵⁶ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 14 juillet 2005, n°1652. Dans le cas des superintendances, en l'absence d'une loi ou d'un contrat contraignant le Gouvernement colombien à employer une personne pour une période fixe, l'Exécutif peut en révoquer les membres de leurs fonctions lorsque leurs services ne sont plus nécessaires. Par comparaison avec le droit américain, « *The discharge of employees in the executive branch of the federal government is peculiarly within the powers of the executive* », v. *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349, 78 S. Ct. 1275, 2 L. Ed. 2d 1377 (1958); *Martin v. Tobin*, 451 F.2d 1335 (9th Cir. 1971).

⁵⁵⁷ V. loi TIC de 2009.

⁵⁵⁸ Les modalités d'accès aux emplois publics sont organisées par la Commission nationale du service civile. Voir articles 121 à 130 de la Constitution colombienne de 1991. Voir sur la nature, l'autonomie et les fonctions de la Commission nationale du service civil, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-372 de 1999.

elles permettent l'accès des citoyens à l'Administration publique, selon les mérites et capacités des candidats. En effet, les garanties de la carrière administrative sont une manifestation du principe d'égalité, en raison notamment des critères objectifs applicables aux agents de l'Etat pour leur avancement et pour être démis de leur charge⁵⁵⁹.

Toutefois, la reconnaissance de garanties aux membres des autorités administratives, lorsqu'il s'agit d'assurer leur permanence dans leurs fonctions face à des éventuels changements au sein de l'Exécutif, ne semble pas avoir échappé aux questionnements⁵⁶⁰. Une mention du juge colombien de ces garanties d'indépendance des membres des autorités administratives n'apparaît assez nettement qu'à partir de l'instauration des organes de régulation autonomes de création constitutionnelle et des commissions de régulation de création légale. Pour ces deux types d'organes, en effet, le juge constitutionnel a vu dans l'« inamovibilité » de leurs membres une garantie de permanence et d'indépendance dans leurs fonctions⁵⁶¹. La jurisprudence colombienne n'a toutefois pas à notre connaissance eu l'occasion d'appliquer ce raisonnement aux membres des superintendances. Ce constat nous emmène à tourner notre regard vers des expériences étrangères.

La règle en droit américain semble être celle de l'« inamovibilité » des membres des autorités de régulation « indépendantes » du politique⁵⁶². Le pouvoir du Président américain pour révoquer les membres des autorités de régulation disposant de fonctions quasi-législatives ou quasi-judiciaires est en effet limité aux cas spécifiques consacrés par le législateur, le plus souvent dans la loi instituant l'autorité « indépendante »⁵⁶³. Ceci semble être le cas de la FTC américaine dont les membres

⁵⁵⁹ « *Lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica* »; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-387 du 22 août 1996.

⁵⁶⁰ Comme semble être aussi le cas de l'Espagne et de l'Italie ; v. Ramon MARTIN MATEO, « La inamovilidad de los funcionarios públicos », jn *Revista del CEPC*, 1966, p. 16.

⁵⁶¹ A titre d'exemple, le juge constitutionnel affirme que l'« inamovibilité » avant la fin du terme du mandat des membres de commissions de régulation constitue une garantie de permanence et d'indépendance dans leurs fonctions, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003. V. pour la Banque centrale, cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-566 de 2000 ; v. à propos de la CNTV, arrêt de constitutionnalité C-352 de 2003.

⁵⁶² Règle qui a été dégagée par l'arrêt *Humphrey's Executor's* et qui a été ensuite développée par la jurisprudence américaine ; v. supra, p. 78, note 273.

⁵⁶³ *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349, 78 S. Ct. 1275, 2 L. Ed. 2d 1377 (1958); *Humphrey's Ex'r v. U.S.*, 295 U.S. 602, 55 S. Ct. 869, 79 L. Ed. 1611 (1935). Toutefois, il a été jugé à propos des

exercent des fonctions exécutives, mais aussi des fonctions quasi-législatives et quasi-judiciaires. En outre, pour le juge américain, ne constitue pas un empiétement par le Congrès sur les compétences de l'Exécutif le fait de préciser dans une loi que le membre ou le commissaire d'une agence de régulation « indépendante » ne peut être révoqué de son poste que pour des « causes » prévues par celle-ci⁵⁶⁴. Mais le Président peut-il mettre à l'écart les membres des autorités de régulation « indépendantes » pour lesquelles le Congrès n'a pas spécifié de motifs de révocation⁵⁶⁵ ? Dans une telle hypothèse, et lorsque les membres à la tête de ces agences exercent des fonctions non seulement exécutives, mais aussi quasi-législatives et quasi-judiciaires, il a été décidé que le Président n'est pas habilité à les démettre de leurs fonctions⁵⁶⁶. Il est pourtant envisageable d'appliquer par analogie le cas des membres des agences de régulation « indépendantes » pour lesquels le législateur a précisé les motifs de révocation à ceux des agences pour lesquelles il ne l'a pas fait.

Si l'on applique maintenant ces indications au cas colombien, il est possible de s'interroger sur une éventuelle restriction au pouvoir présidentiel de libre nomination et révocation des superintendants qui exercent aujourd'hui des fonctions quasi-législatives et quasi-judiciaires, tels que le Superintendant de l'industrie et du commerce. Le fondement d'une telle restriction peut être trouvé dans les exigences de neutralité, d'impartialité et d'objectivité. Une telle restriction de ce pouvoir, même circonscrit par la loi à des cas précis, peut d'une certaine manière encourir la critique de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, mais non dans son

membres d'un *Board*, remplissant principalement des fonctions administratives, que le pouvoir du Président pour les révoquer n'est pas limité à des causes spécifiques mentionnées dans la loi. *Morgan v. Tennessee Valley Authority*, 115 F.2d 990 (C.C.A. 6th Cir. 1940). Dans l'espèce, l'administrateur d'une entreprise gouvernementale (*Government Corporation*), tel que le *Tennessee Valley Authority*, remplit des fonctions essentiellement exécutives et peut donc être discrétionnairement démis de ses fonctions par le Président, suprême autorité administrative, sans restriction du Congrès.

⁵⁶⁴ *Humphrey's Ex'r v. U.S.* 602, 55 S. Ct. 689, 79 L. Ed. 1611 (1935); « President does not have the legal power to terminate a member of an independent commission due to a policy difference », *Mackie v. Bush*, 809 F. Supp. 144 (D.D.C. 1993), order vacated on other grounds, 10 F. 3d. 13 (D.C. Cir.1993), qui considère mais ne décide pas la question de savoir si le *Postal Service Board of Governors* est une agence indépendante.

⁵⁶⁵ Tels que la *Commodity Futures Trading Commission*, l'*Equal Employment Opportunity Commission*, la FCC, la *Federal Energy Regulatory Commission*, le *Federal Housing Finance Board*, et la *Securities and Exchange Commission* (SEC).

⁵⁶⁶ *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349, 78 S. Ct. 1275, 2 L. Ed. 2d 1377 (1958).

interprétation renouvelée de « *checks and balances* »⁵⁶⁷. Le fait que les membres des superintendants réalisent à la fois des fonctions quasi-législatives, quasi-exécutives et quasi-judiciaires vient au surplus conforter ce raisonnement.

Dans le cas ici envisagé d'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence par des autorités indépendantes du politique, le législateur peut apporter quelques tempéraments à la règle de l'« inamovibilité ». C'est pourquoi il nous revient maintenant d'étudier la question de la cessation des fonctions des membres des autorités de concurrence.

B- LES TEMPERAMENTS A LA REGLE

Les autorités de concurrence étant créées par le législateur, elles peuvent aussi être dissoutes par lui à tout moment, en conséquence du principe de liberté de configuration de l'administration centrale⁵⁶⁸. Par comparaison, en France, la dissolution de ces autorités peut intervenir avant le terme du mandat des membres, ainsi qu'en témoigne un précédent concernant la suppression par le législateur, en 1986, de la Haute autorité de la communication audiovisuelle. A l'occasion, les parlementaires de l'opposition ont déféré la loi devant le Conseil constitutionnel en avançant – sans succès – que l'indépendance d'un tel organisme « implique que le législateur lui-même ne puisse mettre fin de façon anticipée au mandat de ses membres »⁵⁶⁹. La solution retenue par le Conseil constitutionnel français a été également retenue par le juge colombien, dans la mesure où le législateur est habilité, sans méconnaître aucune règle, à décider de mettre fin au mandat aux membres des commissions de régulation. En revanche, il n'a pas pu opter pour la dissolution des organes constitutionnels de création constitutionnelle, tels que la CNTV. Cependant,

⁵⁶⁷ Voir supra, p. 36.

⁵⁶⁸ Article 150-7, Constitution colombienne de 1991. Par comparaison Hubert DELZANGLES fait référence au principe de mutabilité de l'Administration. En France, ce principe assimilé aussi au principe d'adaptabilité signifie que « le régime des services publics doit pouvoir être adapté, chaque fois qu'il le faut, à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général » (v. René CHAPUS., *Droit administratif général*, 15e éd., Montchrestien, 2001, t. 1, n° 776) ; voir : Conseil d'Etat, Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, n° 38661, Rec. p. 60, concl. Kahn, Rec. p. 60 ; Galabert et Gentot, *A.J.D.A.*, 1961, p.75, ouvrages cités par Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, note 317.

⁵⁶⁹ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, considérant n°3, sur la loi relative à la liberté de communication.

le législateur est habilité à préciser les exceptions à la règle de l'« inamovibilité » des membres de cet organe de création constitutionnelle⁵⁷⁰.

Comme pour la plupart des systèmes étudiés, les lois instituant des autorités de régulation en Colombie établissent quelques conditions pour la terminaison des fonctions de leurs membres. Ces conditions tendent à garantir leur indépendance grâce à l'exclusion de la possibilité de révocation pour des raisons autres que celles de la faute personnelle ou même de la commission d'un délit. Les lois colombiennes de création des superintendances et commissions de régulation, ainsi que celles qui sur mandat constitutionnel posent le régime des membres des organes autonomes constitutionnels – tels la CNTV –, prévoient en effet une série de cas de cessation par les membres de leurs activités avant l'expiration de leur mandat. A titre d'exemple, parmi ces cas l'on trouve la cessation de leurs activités par la démission pour raisons personnelles acceptée par le gouvernement⁵⁷¹, l'incapacité permanente pour l'accomplissement de la fonction, la survenue d'une incompatibilité après la désignation, la condamnation pour infraction criminelle, ou le prononcé d'une sanction disciplinaire par la *Procuraduría*⁵⁷².

Pour le juge constitutionnel colombien, le régime disciplinaire est composé de toutes les normes exigeant de la part des agents publics, dans l'exercice de leurs fonctions, une conduite indépendante de l'organe ou du pouvoir dont ils sont originaires⁵⁷³. Ces règles sont de celles qui relèvent des conditions minimales inhérentes au bon fonctionnement de l'appareil étatique, et c'est pourquoi l'adoption et application d'un tel régime constitue non seulement un droit, mais aussi un devoir

⁵⁷⁰ V. l'article 7 de la loi 182 de 1995. Cet article établit que constituent des « fautes absolues » des membres de la *Junta* de la CNTV : la mort, la démission acceptée, la destitution et l'absence injustifiée pour plus de quatre séances successives.

⁵⁷¹ Actuellement l'un des sièges de commissaire de la FTC se trouve vacant suite à la renonciation de l'un des commissaires. Information disponible sur le site institutionnel de la FTC : www.ftc.gov.

⁵⁷² Le système espagnol ajoute la cessation des fonctions des membres des autorités de régulation par l'arrivée d'un certain âge. En France, la question peut se poser si le membre est par ailleurs fonctionnaire, car la loi interdit la prolongation de leur activité au-delà de 65 ans. En droit colombien le Conseil d'Etat a expressément rejeté la révocation d'un membre d'une commission de régulation pour arrive de l'âge de retraite. Selon lui, le *comisionado* ne peut être démis de ses fonctions avant l'expiration de son mandat que pour faute grave, en raison de sa démission acceptée par le gouvernement ou encore de sa condamnation disciplinaire ou pénale ; Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 21 février 1996, n°774.

⁵⁷³ V. par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-181 du 12 mars 2002.

de l'Etat⁵⁷⁴. Ce régime est toutefois tempéré en droit colombien par le principe de bonne foi des agents publics⁵⁷⁵ et par un ensemble de garanties procédurales qui s'appliquent lors des procédures de sanctions disciplinaires.

Quelques lois prévoient également une possibilité de révocation en cas d'inexécution grave des fonctions confiées⁵⁷⁶. Par comparaison, en droit espagnol, les lois admettant cette possibilité de révocation sont assorties de mesures de garantie d'indépendance, comme par exemple, l'exigence que la révocation soit proposée par les trois quarts des membres de l'autorité concernée⁵⁷⁷.

En droit américain la jurisprudence fédérale a reconnu la possibilité de suspension de certains agents au cours de leur mandat⁵⁷⁸. Mais en l'absence d'une disposition législative ou d'un contrat obligeant le gouvernement à employer la personne pour une période déterminée, celle-ci peut être révoquée de son poste ou suspendue à la discrétion du gouvernement⁵⁷⁹. Pour le juge américain, l'autorité qui a le pouvoir de révocation est seule juge pour choisir entre la suspension ou la révocation de l'agent concerné⁵⁸⁰. Ceci ne semble pas concerner les membres de la FTC, dans la mesure où la loi précise les seules situations en vertu desquelles les Commissaires peuvent être révoqués avant l'expiration de leur mandat⁵⁸¹. Par comparaison, la loi espagnole prévoit aussi la possibilité de suspension des membres des autorités de concurrence au cours de leur mandat, mais les causes prévues se limitent pourtant aux cas d'emprisonnement ou d'engagement d'une procédure de

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ V. sur la portée de ce principe, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1194 du 3 décembre 2008.

⁵⁷⁶ V. par exemple la loi 734 de 2002, régime disciplinaire des fonctionnaires publics.

⁵⁷⁷ Montserrat CUCHILLO, « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », *op. cit.*, p. 119.

⁵⁷⁸ V. par exemple, *U. S. v. Professional Air Traffic Controllers Organization (PATCO)*, 438 F.2d 79, 75 L.R.R.M. (BNA) 2834, 64 Lab. Cas. (CCH) ¶11342 (2d Cir. 1970). « *The power to suspend an officer without compensation is incidental to the power to appoint and discharge* ».

⁵⁷⁹ *Cafeteria and Restaurant Workers Union, Local 473, AFL-CIO v. McElroy*, 367 U.S. 886, 81 S. Ct. 1743, 6 L. Ed. 2d 1230 (1961) (overruling on other grounds recognized by, *Lowy v. Carter*, 1993 WL 525121 [S.D.N.Y. 1993]).

⁵⁸⁰ *Hopper v. U. S.*, 176 Ct. Cl. 172, 1966 WL 8877 (1966).

⁵⁸¹ Le Congrès a limité les causes de révocation des membres des autorités de régulation indépendantes (IRA) aux cas de « neglect of duty or malfeasance in office » (v. par exemple, 15 U.S.C.A § 2053 (a) *Consumer Products Safety Commission*, 29 U.S.C.A § 153 (a) *National Labor Relations Board*) et « inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office ». (v. par exemple, 15 U.S.C.A. § 41, *Federal Trade Commission*, 29 U.S.C.A. § 661 (b) *Occupational Safety and Health Review Commission*)

poursuites pénales et avant le prononcé d'une condamnation, les cas où est engagée une procédure disciplinaire ou une procédure de déclaration d'incapacité temporaire, et le cas de condamnation par une sentence ferme qui impose l'incapacité pour l'exercice du poste comme peine accessoire.

L'ensemble des provisions sur la cessation des fonctions des membres des autorités de régulation – y compris celle de la concurrence –, qui tendent à assurer la stabilité de leur position peuvent orienter le choix de législateur colombien en cas par exemple de renforcement de l'autonomie fonctionnelle de l'autorité de concurrence transversale. A l'exemple de l'Espagne, l'effort législatif dans l'adoption de règles de révocation avant terme des membres des autorités de régulation semble pourtant en décalage par rapport à l'absence de précisions sur la question de la « disqualification » pour connaître des affaires en matière de concurrence et/ou de protection des consommateurs. Cet effort du législateur colombien contraste également avec la faiblesse des efforts qu'il a pu réaliser pour assurer que les personnes désignées soient vraiment les plus pertinentes pour l'exercice des fonctions en cause (en ce qui concerne leur parcours professionnel, leur neutralité politique et leur indépendance de jugement). Ces observations sont également valables pour le cas des autorités de régulation colombiennes⁵⁸².

Conclure sur l'indépendance statutaire de l'autorité de concurrence colombienne reste un exercice difficile. Aussi, la tentation est-elle grande d'emprunter aux expériences française et américaine, systèmes ayant « externalisé » la régulation de la concurrence, l'ensemble des garanties statutaires introduites pour assurer une activité libre de toute ingérence gouvernementale. Les finalités et les conditions du recours à des autorités indépendantes ont été soigneusement pensées dans ces systèmes. Les préoccupations sur l'apport et les risques de ces institutions pour la démocratie sont nombreuses aux Etats-Unis, comme le montre l'importance de la bibliographie en la matière. Des travaux plus récents par les juristes français témoignent également du souci né de la multiplication des autorités indépendantes, notamment lorsqu'il s'agit de les transposer en matière de régulation économique. Au delà de ces préoccupations, les spécificités propres au système constitutionnel

colombien entravent la simple transposition législative de ces mécanismes institutionnels français et américains à la sphère de la régulation de la concurrence. Si des réformes peuvent être pourtant envisagées, en vertu notamment d'un « compromis » entre les pouvoirs publics, il convient de s'interroger sur l'insertion de ces autorités dans l'environnement juridique colombien. Force est de constater que l'apparition de certains organes appartenant à l'Etat mais non subordonnés au gouvernement engendre rarement des débats sur leur compatibilité avec le dispositif institutionnel colombien. En outre, il apparaît que, malgré une reconnaissance expresse d'un certain degré d'autonomie fonctionnelle à l'autorité de concurrence, l'absence d'interrogations sur la compatibilité de certaines garanties institutionnelles peut, dans la pratique, restreindre la portée de sa liberté décisionnelle.

⁵⁸² V. pour le cas espagnol, Montserrat CUCHILLO, « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », *op. cit.*, p. 119.

Titre II

L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE

En introduisant cette étude, nous avons relevé que l'indépendance, du point de vue de l'autorité administrative « indépendante », consiste en une « émancipation de certains agents à l'égard des règles de subordination, garantie par un dispositif statutaire »⁵⁸³. Conformément à cette définition, le dispositif statutaire est censé mettre l'autorité administrative à l'abri des différentes instructions qu'adressent les supérieurs hiérarchiques à leurs subordonnés, afin d'augmenter la marge d'appréciation et la liberté de choix dont disposent ces dernières face à une situation donnée⁵⁸⁴. La liberté de choix ou pouvoir discrétionnaire offert à l'autorité administrative pour l'application d'une règle de droit est, *a contrario*, préservée par la non-soumission à l'égard d'un organe administratif tiers ou d'une quelconque hiérarchie administrative. S'il est possible de situer la notion d'indépendance organique (comme synonyme des garanties statutaires) et la notion d'indépendance fonctionnelle (comme synonyme de pouvoir discrétionnaire) sur deux terrains intellectuels différents, ces deux composants de l'indépendance se rejoignent pourtant dans la pratique. Mais, que le législateur mette l'autorité de concurrence « indépendante » à l'abri d'une mise en cause de leur pouvoir discrétionnaire par le gouvernement implique-t-il pour autant que celle-ci doit systématiquement disposer d'une marge d'appréciation étendue, dans l'ensemble des situations auxquelles elle est confrontée ?

Comme pour l'indépendance organique, il ne semble pas exister dans les textes une obligation expresse d'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation colombiennes, y compris celles qui ont vocation à participer à l'organisation de la concurrence⁵⁸⁵. Par comparaison, il existe dans les systèmes ayant externalisé la

⁵⁸³ Stéphane MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, *op.cit.*, p. 24

⁵⁸⁴ Sur les directives (au sens plus spécifique de la jurisprudence Crédit foncier de France de 1970) comme limitation du pouvoir discrétionnaire, v. : P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, LGDJ, 1978, p. 3.

⁵⁸⁵ Un certain degré d'autonomie fonctionnelle est néanmoins reconnu à certains organes techniques. S'agissant par exemple de l'autorité transversale de la concurrence (la SIC), les seules références se

régulation de la concurrence, des références expresses à l'indépendance organique des autorités administratives chargées de son organisation⁵⁸⁶. Il est autrement pour ce qui concerne la référence expresse à l'indépendance fonctionnelle de ces mêmes autorités⁵⁸⁷. L'absence d'une référence législative expresse à l'indépendance fonctionnelle peut s'expliquer par la croyance en ce que l'indépendance organique est la meilleure garantie pour assurer l'indépendance fonctionnelle. Pourtant, « il serait tout à fait concevable que le régulateur ne soit pas organiquement indépendant, si son indépendance fonctionnelle était respectée »⁵⁸⁸. Il est possible de croire que ceci constitue le cas de l'autorité colombienne transversale de la concurrence⁵⁸⁹. L'étude de l'indépendance de l'autorité transversale colombienne démontre pourtant que cette entité subit, dans certains cas, un encadrement de la part du gouvernement. Nous avons déjà évoqué des cas dans lesquels des instructions ou des orientations de l'exécutif ont influencé les décisions individuelles de cette autorité (le cas de l'intégration d'*Avianca/Aces*, par exemple). Il est dès lors permis de se demander s'il faut réorganiser l'indépendance fonctionnelle de l'autorité transversale colombienne,

trouvent dans l'article 1er du décret 2153 de 1992. Selon cet article, la SIC est un organe « rattaché » au Ministère du commerce et de l'industrie, qui dispose d'une autonomie de fonctionnement budgétaire et administrative. Par comparaison, les directives européennes de libéralisation de certains secteurs économiques imposent en droit européen l'indépendance organique des autorités de régulation nationales. Rien n'est dit en revanche à propos de l'indépendance fonctionnelle. Pour certains auteurs, cette dernière peut néanmoins être déduite des textes communautaires.

⁵⁸⁶ V. par exemple l'article 95 de la LME (art. L.461-1-I du Code de commerce) signale que l'autorité de concurrence est une autorité administrative indépendante. Elle agit au nom de l'Etat sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs.

⁵⁸⁷ Les autorités étrangères analysées sur ce point sont notamment la FTC américaine et l'autorité française de la concurrence. En outre, pour Hubert DELZANGLES, « L'« indépendance fonctionnelle », est une expression tirée des directives communautaires. Cependant, elle correspond à une indépendance dans le fonctionnement des régulateurs (indépendance liée au budget des régulateurs, à leur financement, à l'absence de mouvement de leurs fonctionnaires), et non à l'indépendance des fonctions des régulateurs. Elle relève donc plus d'une indépendance de fonctionnement que d'une indépendance fonctionnelle. En ce sens, cette « indépendance fonctionnelle » participe de ce qu'est qualifié ci-dessous d'« indépendance organique » ». v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 276, note 207.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 363. Pour DELZANGLES, il s'agit d'un examen des rapports entre indépendance organique (indépendance affichée) et indépendance fonctionnelle (indépendance effective), c'est-à-dire à la différence entre théorie et pratique. En effet, quelle serait l'utilité de l'indépendance organique si le pouvoir exécutif pouvait influencer, par un rapport hiérarchique, l'activité des ARI ? Pour lui, au regard du principe d'indépendance, le fait que l'Etat n'intervienne pas dans les affaires du régulateur (indépendance fonctionnelle) est aussi, peut-être même plus important que l'apparence d'indépendance (indépendance organique) dont le régulateur est doté.

⁵⁸⁹ C'est ce qui semble être vrai lorsqu'elle exerce des fonctions juridictionnelles. Lorsque la SIC exerce des fonctions de cette nature, ses décisions ne sont soumises, a priori, qu'au seul contrôle du juge. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002.

au delà de tout effort visant à accorder un plus grand degré d'indépendance statutaire ; comme par exemple par la suppression du lien de tutelle du ministre.

Cependant, la question se pose de savoir vis-à-vis de qui l'indépendance fonctionnelle doit être organisée. Une vision absolue de l'indépendance fonctionnelle de l'organe de concurrence impliquerait qu'elle soit organisée face aux trois pouvoirs de l'Etat. Cette acception n'est pas envisageable, sauf à considérer la naissance d'une quatrième branche du pouvoir⁵⁹⁰. En ce sens, l'indépendance fonctionnelle est équivoque puisqu'elle doit être organisée sans pour autant être absolue face à l'ensemble des pouvoirs publics colombiens. Une solution médiane, entre l'indépendance absolue et l'absence d'indépendance, doit être envisagée. Elle tend à empêcher toute intervention du gouvernement colombien dans l'activité de l'autorité de concurrence tout en organisant l'exercice d'un encadrement efficace par le Parlement et le juge. La réorganisation de l'indépendance fonctionnelle doit alors comporter une définition législative de l'étendue des pouvoirs et domaines de compétences de l'autorité transversale colombienne – et par cela des autorités sectorielles – (chapitre 1). Néanmoins, l'indépendance fonctionnelle dépend dans une très large mesure de l'encadrement procédural exercé par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Si celui-ci se limite à des contrôles d'efficacité *ex post*, une indépendance fonctionnelle peut être avancée. En revanche, si l'opportunité des mesures adoptées par l'autorité de concurrence colombienne fait l'objet d'une appréciation politique et autorise l'introduction de modifications, ou plus radicalement permet une opposition de la part de l'exécutif ou du législatif, l'indépendance fonctionnelle ne peut être affirmée (chapitre 2).

⁵⁹⁰ Voir supra, p.80, note 278.

Chapitre 1

L'ETENDUE DE L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE

Alors que les textes ne sont pas explicites sur l'indépendance fonctionnelle, la pratique des institutions colombiennes démontre, en revanche, qu'elle est nécessaire pour assurer l'obligation générale d'indépendance⁵⁹¹. En ce sens, l'indépendance de l'autorité de concurrence peut être conçue « comme ayant prioritairement pour fonction de garantir l'impartialité du processus de décision lorsque l'administration est dans une situation de conflit d'intérêt »⁵⁹². Elle ne peut avoir toutefois que cette fonction, sauf à limiter singulièrement son domaine, et encore moins être conçue comme une condition toujours nécessaire de l'impartialité, alors que tout organe administratif se doit d'être impartial⁵⁹³. L'indépendance fonctionnelle renvoie à l'idée de la capacité d'un organe à accomplir les missions qui lui ont été attribuées, à travers l'exécution d'un programme⁵⁹⁴. Il s'agit en effet d'une délégation d'autorité qui permet une activité libre et « normale », dans les limites des compétences attribuées à l'organe « indépendant ». Pour le juge constitutionnel colombien, le pouvoir discrétionnaire vise seulement l'exercice des compétences spécifiques attribuées à un organe administratif par la Constitution et par la loi, ayant pour seul but de lui permettre l'accomplissement de ces mêmes fonctions spécialisées⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Il existe en droit colombien une obligation commune à plusieurs autorités de régulation économique d'être « totalement indépendantes et impartiales ». Suivant l'approche retenue par la Cour constitutionnelle colombienne, il serait nécessaire d'étendre le devoir d'indépendance et d'impartialité exigé aux juges à toutes les autorités administratives qui exercent des fonctions quasi-juridictionnelles. (Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002, précité. Il est nécessaire de particulariser l'indépendance du juge de celle de l'organe administratif : les autorités administratives de concurrence ne sont pas – ou ne sont que marginalement – des juges et, par conséquent, leur indépendance ne peut pas tirer argument de la séparation des pouvoirs dans sa forme classique. Toutefois, « elles n'en ont pas moins des vertus de « *checks and balances* » et de suppression de certaines chaînes de conflits d'intérêt qui font que leur autonomie a un prix qui n'est pas éloigné de celui qui se rattache à l'indépendance du juge » (v. Jean Bernard AUBY, *Droit administratif et démocratie*, *op.cit.*, p.20).

⁵⁹² Martine LOMBARD, *Régulateurs indépendants, mode d'emploi*, *op.cit.*, p. 210.

⁵⁹³ *Ibid.*, Pour une distinction entre les notions d'indépendance et d'impartialité v. Stéphane MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, *op.cit.*, p.31.

⁵⁹⁴ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-341 du 5 août 1996.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

L'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de concurrence colombienne apparaît déterminée par les compétences qui lui ont été attribuées au cours du processus de consolidation de la politique nationale de concurrence. Dans un premier temps, l'autorité de concurrence colombienne a été chargée d'enquêter et de prendre des décisions sur certaines pratiques en matière d'abus de position dominante et accords, ainsi que du contrôle préalable des concentrations économiques. Dans un deuxième temps, le recours à l'argument technocratique et le contexte économique de libéralisation des années 1990, ont permis un accroissement de ses compétences et pouvoirs. Des moyens importants pour accomplir sa mission de régulation de la concurrence ont été attribués, dans un troisième temps, par la loi 1340 de 2009⁵⁹⁶. Par cette réforme, la SIC devienne en outre l'autorité unique pour l'application des normes de concurrence dans tous les secteurs économiques.

Mais l'étendue de l'indépendance fonctionnelle des autorités de concurrence nationales apparaît aussi déterminée par la multiplication des niveaux et des sphères de production des politiques publiques dans la globalisation⁵⁹⁷. Dans la « *multi-level governance* » d'aujourd'hui, les décisions des autorités de concurrence nationales peuvent être entre les mains d'organes communautaires ou internationaux qui ne sont pas placés sous un contrôle hiérarchique du gouvernement colombien⁵⁹⁸.

En l'état actuel de l'organisation de l'autorité de concurrence, il existe une sorte de paradoxe qu'il convient d'éclaircir. D'une part, l'indépendance fonctionnelle de la SIC est très relative. D'autre part, la SIC ne dispose d'une véritable indépendance organique, même si cette indépendance est perfectible. Le paradoxe réside dans le fait que la faible autonomie statutaire de la SIC a provoqué, dans l'esprit du législateur, des réticences au moment de leur confier certains pouvoirs (section 1). De même, l'absence d'une véritable organisation législative de la récente « concentration » de l'application des règles concurrentielles au profit de la SIC, complique notre démarche – sans pour autant la condamner – qui vise à déterminer

⁵⁹⁶ Par la réforme contenue dans la loi 1340 de 2009, le gouvernement colombien a cherché à actualiser le régime de la concurrence « pour le rendre conforme aux conditions actuelles des marchés, faciliter une plus grande participation des usagers et optimiser les outils dont disposent les autorités nationales pour assurer le respect de la libre concurrence économique » Projet de loi 333/08/C (Chambre) et 195/07/S (Sénat)

⁵⁹⁷ Jean-Bernard AUBY, *Droit administratif et démocratie*, op.cit., p.21.

l'étendue de l'indépendance fonctionnelle de l'autorité transversale nationale par un examen des rapports qu'elle entretient avec d'autres autorités (section 2).

Section 1

LA COMPETENCE DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Les compétences de l'autorité transversale de la concurrence colombienne sont déterminées par les missions dont elle est chargée (§1), ainsi que par les pouvoirs dont elle dispose (§2).

§ 1. LES MISSIONS DES AUTORITES DE CONCURRENCE

La SIC est chargée de veiller à une application efficace du régime de défense et de promotion de la concurrence (A), mais elle n'est pas une entité, contrairement aux autorités française et américaine⁵⁹⁹, consacrée exclusivement à l'application du système de la libre concurrence (B).

A- LES MISSIONS EN MATIERE DE CONCURRENCE

L'autorité transversale colombienne de la concurrence est d'abord chargée de l'application de la législation en matière de concurrence déloyale. Cette faculté est partagée avec les tribunaux ordinaires. Le régime de la concurrence déloyale se trouve régulé par la loi 256 de 1996, qui contient une interdiction générale de comportement, les éléments de définition d'une pratique déloyale et une liste illustrative de certaines pratiques considérées contraires à cette définition. Conformément à la loi 256 de 1996, l'autorité de l'application réside dans les tribunaux spécialisés en droit commercial ou, à défaut de ces derniers, dans les tribunaux civils du circuit. Toutefois, la SIC a des facultés juridictionnelles et administratives en matière de concurrence déloyale. A titre d'exemple, la loi 446 de

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Ceci est vrai dans le cas où on assimile la mission de protection des consommateurs comme faisant partie de la mission de défense de la libre concurrence ou, tout au moins, comme ayant un lien direct avec cette mission.

1998 (loi de décongestion de la justice) lui a attribué des fonctions juridictionnelles extraordinaires dans ce domaine, afin de faciliter la décongestion des tribunaux et assurer un meilleur accès à la justice⁶⁰⁰. Elle peut dès lors déclarer l'existence de comportements déloyaux, ordonner la modification ou la cessation des comportements et, le cas échéant, ordonner la réparation des dommages. Pour certains, cette mission de la SIC ne fait pas partie de sa mission générale de défense de la concurrence. Tandis que les fonctions juridictionnelles de la SIC en matière de concurrence déloyale visent à protéger des intérêts particuliers, la mission générale de défense de la concurrence vise à protéger l'intérêt général⁶⁰¹. C'est pourquoi il faut maintenant concentrer notre regard sur les missions de la SIC en matière de défense de la concurrence.

Une première mission spécifique de la SIC en matière de défense de la concurrence consiste en l'application *ex post* des normes en matière d'accords horizontaux et verticaux. Une des particularités de la législation colombienne anti-monopole consiste en ce qu'elle ne différencie pas les accords horizontaux des accords verticaux, raison pour laquelle dans cette étude nous traitons en même temps de ces deux types d'accords. La norme de base contenant une prohibition de célébration d'accords anticoncurrentiels est l'article 1 de la loi 155 de 1959. Il faut préciser que, conformément à la formule originale contenue dans cet article, les comportements devaient être pénalisés en raison de leur intention anticoncurrentielle, sans considération pour les effets réels que l'accord pouvait avoir sur le marché. Cette formule a été ultérieurement amplifiée par le décret 2153 de 1992, de telle sorte qu'aujourd'hui, les accords peuvent être contraires à la libre concurrence, tant par leur objet que par leur effets⁶⁰². Ce décret introduit en outre une définition non

⁶⁰⁰ Pour le juge constitutionnel, la SIC agit en matière de concurrence déloyale comme un juge et ses actes doivent alors échapper au contrôle de tutelle du ministre. Si bien que le contrôle des actes pris par la SIC en matière de concurrence déloyale appartient exclusivement au juge de droit privé ; v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002.

⁶⁰¹ V. Juan David GUTIERREZ RODRIGUEZ, *El derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe*, Thèse, Alfonso MIRANDA (dir.), Bogotá: Université Javeriana, 2006.

⁶⁰² La seule possible défense pour les entreprises concernées serait de démontrer qu'elles n'ont pas participé ou suivi le comportement imputé (Alfonso MIRANDA LONDONO, *El régimen general de la libre competencia*, Centre d'études en droit de la concurrence, Université Javeriana, Bogotá, 1999 ; Carlos Andrés URIBE PIEDRAHITA, «¿Los acuerdos horizontales de precios se resuelven en Colombia por la regla *per se*? El caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado.», *Universitas*, juillet-décembre 2006, n° 112.). Toutefois, la SIC a admis, de manière exceptionnelle, la possibilité pour les parties qui ont participé au comportement reproché de présenter des exceptions d'efficacité, au terme de l'article 29 du décret 2153 de 1992.

taxative, selon laquelle une entente ou accord est défini comme « tout contrat, convention, concertation, pratique coordonnée ou consciemment parallèle entre au moins deux entreprises »⁶⁰³. Il a également renforcé la prohibition générale établissant que les comportements qui affectent la libre concurrence sont des comportements à objet illicite conformément à la définition contenue dans le code civil colombien⁶⁰⁴ et a inclut une liste non exhaustive des exemples d'accords contraires à la libre concurrence, tels que la fixation directe ou indirecte des prix, la détermination des conditions de vente ou de commercialisation discriminatoires envers des tiers, la répartition des parts de marché entre producteurs ou entre distributeurs, l'assignation des quotas de production, la limitation à l'adoption ou au développement des nouvelles techniques et technologies⁶⁰⁵.

Cette fonction de la SIC mérite trois commentaires ponctuels : premièrement, la SIC a en principe une liberté d'appréciation des ententes et des preuves que les entreprises concernées peuvent présenter. Cependant, il semble exister en droit colombien un débat à propos des critères d'évaluation des cartels et sur le type de preuve que les opérateurs économiques infracteurs doivent apporter en leur défense face aux comportements reprochés par la SIC. Cette question a été partiellement tranchée par le Conseil d'Etat colombien, après que la SIC ait fait appel de la décision du Tribunal administratif de Cundinamarca qui annulait sa résolution 29302/00, qui déclarait un groupe d'entreprises de sécurité privée participantes à un cartel de prix⁶⁰⁶. Deuxièmement, la liberté d'appréciation de la SIC pour décider

⁶⁰³ Article 45, décret 2153 de 1992.

⁶⁰⁴ Article 1519 du Code civil colombien.

⁶⁰⁵ Article 47-10 du décret 2153 de 1992 et l'article 16 de la loi 590 de 2000, loi sur la promotion des petites et moyennes entreprises (PYMES).

⁶⁰⁶ Une des questions polémiques en droit colombien est précisément celle de savoir s'il existe une présomption d'illégalité de droit (illégalité *per se*) des accords. Au travers de la résolution 29302/00 le Superintendant de l'industrie et du commerce a imposé une sanction à l'Association nationale des entités de sécurité privé (ANDEVIP) entre autres, pour la violation de l'article 47 du décret 2153 de 1992. Après avoir recouru aux voies administratives (recours de *reposición en vía gubernativa*), les entreprises et leurs représentants légaux ont fait appel devant le Tribunal administratif de Cundinamarca, qui a annulé la décision (arrêt du 27 novembre 2003). La SIC a ensuite fait appel contre cette décision devant le Conseil d'Etat. Dans une décision récente de janvier 2010, le Conseil d'Etat colombien affirme que les accords sont illégaux *per se*. Pour le juge administratif, il n'est pas nécessaire de prouver l'effet de l'accord. En effet, les accords sont contraires à la concurrence directement par leur objet, sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de concurrence de prouver l'intention des opérateurs économiques concernés. Ce qui a révoqué la décision du Tribunal administratif de Cundinamarca ; Conseil d'état Colombien, arrêt du 28 janvier 2010. Le débat demeure toutefois ouvert, notamment par rapport aux accords verticaux. Par comparaison, dans plusieurs systèmes étrangers il ne semble pas raisonnable d'appliquer prohibitions *per se* à ce dernier

quels accords méritent d'être soumis à enquête semble être assez large. La législation colombienne ne contient pas de seuils de parts de marchés ou d'autre type pour l'application des règles en matière d'accords. La SIC peut alors s'abstenir d'initier une enquête pour les cas qu'elle considère peu significatifs. Cette faculté reconnue à la SIC peut opérer comme un critère *de minimis* qui évite d'étendre la présomption d'illégalité des accords dans les cas où il n'existe pas un impact significatif à la concurrence, en raison, par exemple, d'une participation trop faible des parts de marché. Troisièmement, ce domaine n'a pas échappé aux controverses, en particulier, celles autour des positions doctrinaires de la SIC, par lesquelles elle a essayé de réguler certains aspects notamment en matière de procédure. C'est surtout la capacité de la SIC pour terminer de manière anticipée une enquête si l'infracteur et l'autorité se mettent d'accord sur des actions concrètes visant à remédier aux effets anticoncurrentiels et/ou s'ils dénoncent d'autres possibles infracteurs, qui paraît mise en question. Certaines réglementations de la SIC dans ce domaine étant même déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle. Il faut néanmoins préciser que ces réglementations ont été déclarées contraires à la Constitution pour un défaut de forme (dans la procédure d'élaboration), sans que le juge se soit prononcé sur les questions de fond⁶⁰⁷. Il reste à indiquer concernant l'application *ex post* par la SIC des normes en matière d'accords horizontaux et verticaux que la nouvelle loi 1340 de 2009 autorise la SIC à créer un programme de clémence⁶⁰⁸. Cependant, un programme de clémence ne pourra être entièrement efficace en droit colombien que si la SIC devienne ferme dans la sanction des cartels (par l'imposition des amendes élevées

type d'accords, car certains d'entre eux peuvent être pro-concurrentiels, comme c'est le cas des restrictions accordées par différents acteurs de la chaîne de production pour réduire les inventaires tout au long de celle-ci. Suivant cette approche, le traitement juridique qui utilise la règle de la raison (par cette règle l'autorité doit prouver que ses accords sont contraires au bien-être), certains auteurs recommandent d'ajouter à la législation nationale une clarification de ce que, hormis quelques exceptions (fixation des prix minimales, par exemple), les accords de type verticaux doivent se soumettre au principe juridique de la raison ; V. en ce sens, Luis Felipe ZULETA, Rapport de la *Corporacion Adnina de Fomento CAF*, Compétitivité et institutions en Colombie, 2010, p. 92.

⁶⁰⁷ Alfonso MIRANDA LONDONO, « El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia », in *Revista de derecho de la competencia*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 245 à 268.

⁶⁰⁸ V. article 14 loi 1340 de 2009. Il est désormais possible pour la SIC d'offrir clémence et de recevoir des informations et des preuves même après le début de l'enquête. Parmi ces bénéficiaires nous pouvons citer l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires (par rapport à la qualité et à l'utilité de l'information apportée, l'efficacité de la collaboration prêtée et la phase dans laquelle la procédure se trouve).

aux entreprises en faisant partie, par exemple)⁶⁰⁹. Dès lors, cette même loi amplifie sa capacité d'imposition des sanctions, qui a élevé le montant maximum des amendes que la SIC peut infliger⁶¹⁰.

Une deuxième mission spécifique de la SIC en matière de défense de la concurrence consiste en l'application *ex post* des règles en matière d'abus de position dominante. En droit colombien, le régime de la concurrence n'interdit pas l'existence des monopoles. Toutefois, conformément à l'article 333 de la Constitution, l'Etat a l'obligation de contrôler tout abus de position dominante sur le marché national⁶¹¹. La position n'est pas alors interdite, mais l'abus qui est fait de cette position. La législation colombienne en la matière contient une liste de pratiques qui constituent un abus de position dominante (tels que des prix prédateurs, l'application de conditions discriminatoires pour des opérations et des transactions commerciales équivalentes, la vente à un acheteur dans des conditions différentes de celles qui sont offertes à un autre acheteur)⁶¹². Le régime en matière d'abus de position dominante confère à la SIC la compétence pour veiller et appliquer ces règles et pour imposer des sanctions en cas de violation. Ces compétences sont attribuées à la SIC pour tous les secteurs économiques dans lesquels ces mêmes compétences n'ont pas été attribuées à une autre autorité.

Il est nécessaire que l'autorité colombienne démontre l'existence d'une position dominante, raison pour laquelle la législation n'établit pas *ex ante* un seuil de quotas pour le marché, ni d'aucun autre type pour la définition de position dominante.

⁶⁰⁹ Voir dans ce sens, la première intervention publique du nouveau commissaire européen chargé de la concurrence, Joaquin ALMUNIA, dans laquelle il affirme que si la première priorité est celle de surmonter la crise financière et économique à court terme, il faut également mettre en place une véritable « culture de la concurrence » au sein des entreprises européennes. De même, « la crise économique ne justifie pas une révision des critères établis il y a quatre ans en matière d'amendes. Dans chaque cas, les amendes doivent être fondées sur un principe d'efficacité dans la dissuasion des comportements illicites et sur le principe de proportionnalité ». Disponible sur le site institutionnel www.europa.eu.

⁶¹⁰ Le montant des amendes est alors passé à un maximum de 24.600.000 dollars américains ; v. article 25 loi 1340 de 2009.

⁶¹¹ Même s'il s'agit de monopoles désignés ou autorisés par la loi, la Constitution les limite (article 333) en établissant que « l'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans les limites du bien commun. Pour son exercice, nul ne pourra exiger de permis préalables, ni conditions, sans autorisation légale [...]. L'Etat, par mandat légal, empêchera que la liberté économique soit restreinte ou bloquée et évitera ou contrôlera les abus que des personnes ou entreprises feront de leur position dominante dans le marché national ».

⁶¹² Décret 2153 de 1992, article 50.

La détermination de la position dominante se réalise en effet au cas par cas et l'autorité de concurrence semble disposer d'un grand pouvoir discrétionnaire pour sa détermination, en fonction notamment des particularités de l'entreprise et du marché en question. Toutefois, si l'autorité constate l'existence d'une position dominante et d'un abus correspondant à la domination, la sanction s'applique d'une façon quasi automatique, sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de concurrence d'effectuer une analyse économique approfondie pour déterminer s'il existe un effet économique négatif sur l'efficacité économique ou le bien-être des consommateurs. En conséquence, une fois prouvée l'existence de position dominante, les pratiques interdites par le législateur *ex ante*, se présumeront illégales. La SIC dispose également d'une liberté d'appréciation pour accorder au cas par cas aux infracteurs présumés la clôture anticipée de l'enquête, si l'opérateur ou les opérateurs économiques concernés cessent ou modifient le comportement ou les comportements objets de l'enquête et offrent des garanties suffisantes⁶¹³.

Une troisième mission spécifique de la SIC en matière de défense de la concurrence consiste en l'application *ex post* des règles sur les actes contraires à la concurrence. Comme en droit américain⁶¹⁴, il existe une prohibition générale des pratiques susceptibles de restreindre la concurrence⁶¹⁵. A cette prohibition générale s'ajoute une liste non exhaustive d'actes qui seraient contraires à la libre concurrence, tels que l'infraction des normes sur la publicité contenues dans le statut de protection des consommateurs ; influencer une entreprise pour augmenter le prix de ses produits et services ou pour qu'elle désiste de son intention de baisser les prix ; se nier à vendre ou fournir des services à une entreprise ou discriminer cette dernière comme conséquence de sa politique des prix⁶¹⁶. La SIC semble disposer d'une marge de manœuvre assez large pour enquêter et examiner ce type de pratiques, ainsi que pour appliquer la prohibition générale contenue dans la loi.

⁶¹³ Article 16, loi 1340 de 2009.

⁶¹⁴ *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. §§ 41-58, as amended).

⁶¹⁵ Article 1 loi 155 de 1959. L'article 46, décret 2153 de 1992, contient une liste des accords susceptibles de restreindre la concurrence.

⁶¹⁶ Une question qui semble rester ouverte en droit colombien est précisément celle de savoir si un comportement contraire à une prohibition spéciale implique la réalisation de la prohibition générale.

Une quatrième mission spécifique de la SIC en matière de défense de la concurrence consiste en un contrôle *ex ante* des « intégrations économiques »⁶¹⁷. La Colombie dispose d'un système de contrôle préalable des concentrations, auquel peut recourir tout type de personne physique ou morale, de tous les secteurs économiques, indépendamment de sa forme juridique de consolidation, tant que cela dérive sur la prise de contrôle d'une entreprise indépendante sur une autre (c'est-à-dire, qu'il ne s'agisse pas d'entreprises d'un même groupe économique)⁶¹⁸. Il faut également notifier les opérations réalisées à l'étranger lorsque les produits des entreprises concernées se vendent sur le marché colombien et lorsque les entreprises ont une présence en Colombie (entreprises subsidiaires ou contrôlées)⁶¹⁹. L'absence de notification des fusions conduit à des mesures correctives et à des sanctions, qui incluent des amendes aux entreprises et à leurs dirigeants.

Le contrôle préalable des concentrations existe en droit colombien depuis 1959. Cependant, ce régime n'a commencé à être appliqué efficacement que vers la fin des années 1990. En effet, entre 1959 et 1998 aucune opération d'intégration n'a été l'objet ni d'objections, ni de conditionnements par la SIC. En revanche, entre 1998 et 2007, sept opérations ont été questionnées et vingt-neuf sanctions ont été imposées⁶²⁰. Aujourd'hui, les opérations de concentration entre entreprises qui ont conjointement des chiffres d'affaires opérationnels annuels (*ingresos operacionales*) ou actifs totaux supérieurs à 100.000 salaires minimums mensuels (environ 20 millions de dollars), doivent être notifiées. Le cas échéant, les entreprises doivent

⁶¹⁷ Les principales normes qui régulent le contrôle préalable des concentrations sont l'article 4 de la loi 155 de 1959, les articles 6,7 et 8 du décret 2153 de 1992 et le titre VII de la circulaire unique de la SIC de 2001, modifié en 2006 par la résolution 22195/06 et, à partir de juillet 2009, par la loi 1340 de 2009.

⁶¹⁸ V. Concept de la SIC n° 10-30888-2-0 du 25 mai 2010. Pour une présentation générale du contrôle de concentrations français, v. Michel GLAIS, *Concentration des entreprises & droit de la concurrence*. Paris : Economica, 2010.

⁶¹⁹ Au travers de ses résolutions et avis (*conceptos*), la SIC a permis d'étendre la portée des définitions légales sur les opérations soumises à un contrôle de l'autorité de concurrence. Les *integraciones económicas* sont définies en droit colombien comme "*todo acto en virtud del cual se concentran, fusionan o se consolidan dos o más agentes económicos que se dedican a la misma actividad productora, distribuidora abastecedora o consumidora*"; SIC, décision 2005-00351 du 12 juillet 2008). Selon cette définition il semble que la loi s'applique seulement aux opérations horizontales, mais la SIC a réussi à amplifier la portée de cette définition aux concentrations verticales. En outre, une résolution de la SIC recommande aux entreprises d'informer de leur projet d'opération de concentration au cas où « ses respectives activités soient les mêmes ou très semblables » (SIC, résolution 8307/2003 de 2003).

présenter une documentation détaillée pour que la SIC décide ensuite si elle s'oppose ou autorise l'opération. La SIC semble disposer d'une liberté d'appréciation assez large pour réaliser une analyse économique avant de prendre une décision. Comme pour les autorités française et américaine⁶²¹, l'analyse de la SIC prend en compte : i) l'application des limites quant à la taille des entreprises qui doivent solliciter l'autorisation de l'opération, ii) la définition du marché pertinent, iii) la participation au marché des entreprises concernées, iv) un calcul des indices de concentration, v) l'évaluation de la position dominante, vi) l'identification et l'étude des barrières d'entrée, vii) l'analyse d'efficacités générées par l'opération, si nécessaire, viii) l'hypothèse – aussi en cas de besoin – de l'entreprise en crise (*failing firm*) et ix) les possibles remèdes (structurels et de comportement) qui pourraient mitiger les éventuels effets nocifs de l'opération sur la concurrence.

Il existe des exemptions à l'application de ce régime de la défense de la concurrence par la SIC. A titre d'exemple, le décret 2153 de 1992 contient une exception générale, applicable à tous les secteurs économiques. En raison de cette exception, ne sont pas considérés comme des restrictions à la libre concurrence, la coopération pour la recherche et le développement de nouvelles technologies, les accords sur la conformité aux règles, normes et mesures optionnelles qui ne limitent pas l'entrée des concurrents sur le marché et des accords sur les procédures, méthodes, systèmes et formes d'utilisation d'installations communes. Pourtant, la SIC a une liberté d'appréciation pour décider de la convenance de ces exemptions. Dans la pratique, la SIC a accordé une de ces exemptions dans un seul cas. Il s'agissait d'une

⁶²⁰ V. Alfonso MIRANDA LONDOÑO et Juan David GUTIERREZ RODRIGUEZ, « El control de las concentraciones empresariales en Colombia », *Revista de derecho de la competencia*, 2007, vol. 3, n° 3, p.45.

⁶²¹ Il suffit de regarder les décisions des autorités française et américaine en matière de concentrations économiques. De même, nous pouvons citer les guides en matière de concentrations horizontales de la FTC et le DOJ, division *antitrust*, de 1992 et celles adoptées récemment par la nouvelle autorité de la concurrence française (lignes directrices du 16 décembre 2009). Par comparaison, il faut noter que la SIC a émis précédemment des circulaires (mais matériellement ne sont que des lignes directrices) sur la méthodologie d'analyse des projets d'intégration économique qui sont soumis à sa considération. Il a été considéré que ces circulaires se concentraient dans des aspects économiques et peu dans les aspects normatifs et de procédure (v. par exemple, Luis Felipe ZULETA, précité, p. 99). Puisque la nouvelle loi 1340 spécifie aussi les procédures, les nouveaux guides de la SIC devraient, selon cette approche, englober davantage de précisions sur ces aspects normatifs et de procédure.

recherche menée par plusieurs compagnies aériennes nationales et internationales⁶²² qui participaient à un accord suspecté de fixer des prix. La SIC a déterminé en l'espèce que la pratique n'était pas illégale car elle impliquait « des procédures, méthodes, systèmes et formes d'utilisation d'installations communes »⁶²³. Une autre exception au régime de la défense de la concurrence est celle contenue dans la loi 81 de 1988. Cette loi habilite le gouvernement pour contrôler les prix de certains produits, tels que l'essence, certains médicaments, le gaz (naturel et liquéfié), eau potable, électricité. La liberté d'appréciation de la SIC dans ce domaine apparaît en revanche assez limitée, dans la mesure où son rôle consiste en l'application des dispositions sur le contrôle des prix établies par le Ministère de l'industrie et du commerce.

Contrairement aux missions de la SIC en matière de défense de la concurrence, les missions de la SIC en matière de promotion et d'*abogacía* de la concurrence n'ont pas été développées en détail par la loi⁶²⁴. En vertu de ces deux missions, la SIC semble avoir la faculté de participer aux processus législatifs et administratifs de formulation des normes, comme autorité affectée à l'exécutif (Ministère de l'industrie et du commerce) et en vertu du principe de coopération. Elle peut également être consultée (même si son avis n'est pas obligatoire) lors des processus de privatisation, comme c'est le cas dans le secteur des télécommunications, grâce à un accord de coopération avec la CRC. On peut regretter toutefois que l'activité de promotion et d'*abogacía* de la concurrence de la SIC demeure assez limitée. Par exemple, l'intervention de l'autorité transversale en matière de promotion de la concurrence s'est bornée à la réalisation d'ateliers et de séminaires au niveau local et régional⁶²⁵.

⁶²² Alaico, Aerolíneas Argentinas S.A., AVIANCA S.A., Iberia, British Airways, Air France, American Airlines, LanChile, Lufthansa, Challenge Air Cargo, Tampa y Aerolíneas centrales de Colombia, ACES.

⁶²³ Résolution 25559 du 14 août 2002.

⁶²⁴ Cette faculté lui a été expressément reconnue par la loi 1340 de 2009. Il existe en ce moment un projet de circulaire unique de cette fonction, visant à établir les critères et procédures pour mettre en place cette nouvelle mission, qui est en train d'être élaboré par la SIC.

⁶²⁵ Pour Luis Felipe ZULETA, la capacité de l'autorité de concurrence pour promouvoir l'efficacité des marchés dépend d'une série de facteurs qui pourraient être classés dans les catégories suivantes : a. le degré de pouvoir et d'indépendance octroyé par les dispositions légales à l'autorité de concurrence ; b. le niveau et la complexité de la répartition des compétences avec d'autres autorités ; c. la qualité et l'intensité dans ses rapports et communications avec les différents acteurs qui intègrent l'opinion publique dans une société et d. les processus effectifs de reddition des comptes. Luis Felipe ZULETA, Rapport de la *Corporación Adnina de Fomento CAF*, précité, p.104.

De manière générale, le rôle des autorités de concurrence comme promotrices de la politique de concurrence consiste à attirer l'attention sur les possibles effets négatifs et les coûts que les interventions gouvernementales pourraient entraîner. Ces coûts sont souvent liés à une perte de bien-être qui résulte d'une réduction du niveau de concurrence sur un ou plusieurs marchés, de telle sorte que ces coûts doivent être appréciés en fonction des possibles avantages que les politiques économiques envisagées par le gouvernement pourraient entraîner sur ces mêmes marchés⁶²⁶.

Cependant, malgré la liberté d'appréciation dont semble disposer la SIC pour réaliser ces missions de défense et de promotion de la concurrence, il a été possible de constater, dans la pratique, un encadrement fonctionnel du Ministre⁶²⁷. Cette subordination fonctionnelle s'expliquerait d'abord du fait que la SIC demeure « rattachée » au Ministère de l'industrie et du commerce, qui exerce un contrôle sur l'efficacité de son activité. Le maintien du contrôle de tutelle du ministre paraît en outre entraîner une relativité de la non subordination et de l'affirmation de l'indépendance fonctionnelle de la SIC⁶²⁸. L'autorité de concurrence peut alors subir une influence directive du gouvernement, dans le but d'orienter son action. Un encadrement directif, peut trouver son origine dans la pratique institutionnelle, mais

⁶²⁶ Selon les expériences internationales examinées dans l'étude réalisée par Luis Felipe ZULETA (Chili, Mexique, Les Etats-Unis et l'Union européenne), les principaux éléments d'une politique de promotion de la concurrence comprennent d'abord l'approfondissement des rapports avec les fonctionnaires publics de haut niveau qui formulent et organisent des politiques qui peuvent affecter les conditions de l'offre et de la demande sur les différents marchés. Ensuite, l'autorité de concurrence doit prendre en compte les compétences et l'expertise dans les domaines où elle cherche à intervenir. Puis, l'établissement de bons rapports avec les médias pour expliquer le rôle de la politique de la concurrence et les avantages pour le bien-être des citoyens. A ceci peut s'ajouter l'envoi de bulletins des principales décisions de l'autorité de concurrence aux opérateurs et tiers intéressés, ainsi que des résumés et communiqués de presses aux médias ou sur son site Internet. La publication de guides, de directives sur les principaux sujets en matière de politique de la concurrence. Enfin, disposer d'un site Internet qui puisse attirer l'attention et l'utilisation de l'information contenue sur ce site par les agents économiques. Luis Felipe ZULETA, étude contenue dans le rapport de la CAF, précité, pp.69 à 86.

⁶²⁷ Pourtant, ce type d'encadrement fonctionnel qui se matérialise par une subordination du régulateur, dit indépendant, ne doit pas être confondu avec l'audition du point de vue du gouvernement et la reddition des comptes. Le principe de non subordination devrait empêcher l'autorité de concurrence, surtout en cas d'externalisation, de recevoir des instructions ou des ordres de la part du gouvernement. Par contre, rien n'empêche l'autorité de concurrence « indépendante » de consulter publiquement le gouvernement et de tenir compte de la position de celui-ci et de combiner politique publique et régulation indépendante. Thierry TOUT, « perspectives d'évolution » in *Régulation économique et démocratie*, op.cit., p. 221.

⁶²⁸ Par comparaison, en droit français la CRE constitue un exemple de l'affirmation du principe du non subordination. L'article 35 de la loi du 10 février 2000 dispose en effet que « les membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité,

aussi dans les textes constitutifs (comme c'est le cas en matière de dispositions de contrôle des prix⁶²⁹). Mais elle peut subir également une influence corrective. Un encadrement correctif de la part du Ministre (et de l'exécutif plus largement) peut être présumé de certaines décisions de la SIC, comme celle déjà évoquée autorisant la concentration entre *Avianca* et *Aces*⁶³⁰. Il se peut ensuite que l'encadrement de la SIC par le Ministre de l'industrie et du commerce résulte de déficiences dans la répartition des compétences de régulation *ex ante* et *ex post* entre l'autorité transversale et le ministre. De plus, contrairement à l'expérience européenne, il n'existe pas de condamnation expresse de cet encadrement fonctionnel de l'autorité de concurrence par l'Exécutif en droit colombien⁶³¹. Enfin, le Superintendant peut être nommé et révoqué de son poste par le Président en toute liberté. A ce constat d'encadrement fonctionnel s'ajoute un deuxième constat: le fait que la SIC ne soit pas une entité consacrée uniquement à l'application de la loi de la concurrence.

B- LES AUTRES MISSIONS

La SIC n'est pas une entité consacrée exclusivement à l'application du système de la libre concurrence. Elle est également l'autorité qui applique quatre politiques économiques clés du régime économique colombien : premièrement, le

sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme ».

⁶²⁹ La SIC doit suivre les directives du Ministre dans ce domaine. Son rôle étant plutôt celui de la police du respect des prix fixés par le gouvernement. Autant la SIC que les maires disposent d'un pouvoir pour mener des enquêtes et sanctionner le non- respect des règles de contrôle de prix (loi 81 de 1988).

⁶³⁰ En l'espèce, rappelons que la SIC s'était considérée compétente pour connaître de l'opération de concentration entre ces deux compagnies aériennes. Après d'avoir objecté l'opération de concentration, le Superintendant est récusé par AVIANCA. Le ministre de l'industrie et du commerce nomme comme Superintendant *ad hoc* le superintendant des sociétés qui trouve que l'autorité compétente est l'Aéronautique civile et renvoie à cette dernière l'affaire. L'Aéronautique s'est prononcé sur les questions techniques sans faire une analyse des questions de concurrence.

⁶³¹ L'encadrement fonctionnel de certaines autorités de régulation sectorielles par des gouvernements nationaux semble en effet alimenter les inquiétudes de la Commission européenne ; v. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final). La Commission désigne certains Etats membres en évoquant « une possible limitation des compétences de l'ARN en Irlande, à Malte et aux Pays-Bas en raison d'instructions publiées par le ministère responsable ». L'accent est mis sur le fait que le même ministre peut être responsable des participations de l'Etat dans l'opérateur historique et des fonctions de réglementation ; voir également le sixième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications (COM (2000) 814 final), du 7 décembre 2000.

régime de protection des consommateurs ; deuxièmement, l'organisation du sous-système national de qualité (métrologie); troisièmement, la supervision des registres publics délégués aux chambres de commerce ; et quatrièmement, la législation sur la propriété industrielle⁶³².

S'agissant premièrement de la mission de protection des consommateurs, un premier effort de régulation a été fait en 1982 à travers un décret qui a été ensuite développé dans une circulaire unique (*circular única*) de l'autorité de concurrence⁶³³. Par la suite, la Constitution colombienne consacre de manière expresse les droits des consommateurs et dispose que « la loi régulera le contrôle de la qualité des biens et des services offerts et fournis à la communauté, ainsi que l'information qui doit être présentée au public pour sa commercialisation »⁶³⁴. En outre, la loi 446 de 1998, de manière similaire à ce qui s'est passé avec le régime de la concurrence déloyale, a attribué à la SIC une faculté juridictionnelle extraordinaire au sujet de la protection des consommateurs. En vertu de cette loi, la SIC est habilitée pour réaliser les fonctions suivantes : d'abord, elle peut ordonner la cessation et la diffusion correctrice, aux frais de l'annonceur, et dans les mêmes conditions, lorsqu'un message publicitaire contient des informations trompeuses ou lorsque ce message n'est pas conforme aux règles de protection des consommateurs. La SIC peut également ordonner rendre effective les garanties des biens et des services. Ensuite, elle est habilitée à émettre des ordres de retrait de circulation et de vente des biens et des services (pour une période de trente jours, renouvelable pour trente jours additionnels), lorsqu'elle réalise des enquêtes sur des biens et services soupçonnés de mettre en danger la vie ou la sécurité des consommateurs. Enfin, l'autorité de concurrence transversale doit veiller au correct fonctionnement des associations de consommateurs et imposer les sanctions correspondantes⁶³⁵.

⁶³² Puis, conformément à l'article 2 du décret 2153 de 1992, la SIC a la fonction de « conseiller le Gouvernement national et de participer à la formulation des politiques publiques dans toutes les matières qui ont un rapport avec la protection des consommateurs, la promotion de la concurrence [...] ». Il ne s'agit pas ici d'une obligation de la part des entités gouvernementales de consulter la SIC sur les projets de formulation des politiques économiques susceptibles d'affecter la concurrence. De même, dans le cas où la SIC est consultée, ses avis n'ont pas un caractère obligatoire.

⁶³³ Décret 3466 de 1982.

⁶³⁴ Constitution colombienne de 1991, article 78.

⁶³⁵ Loi 446 de 1998, article 145.

A la lumière d'une décision récente de la Cour suprême de justice⁶³⁶, la SIC a désormais le devoir d'octroyer des moyens aux consommateurs pour que ces derniers puissent connaître leurs droits et les actions correspondantes pour assurer l'effectivité de leurs droits, de telle sorte qu'ils puissent compenser le déséquilibre « créé par les nouveaux rapports et conditions du commerce »⁶³⁷. Pour le juge colombien, l'Etat joue un rôle fondamental dans la compensation des asymétries de l'information et doit agir en défense des consommateurs au moyen non seulement d'enquêtes et de sanctions aux infracteurs du régime de la protection des consommateurs, mais également en lui procurant des outils et moyens de participation. Ce qui d'ailleurs ne peut que contribuer à une plus grande légitimité, du point de vue du principe démocratique, de l'autorité transversale de la concurrence colombienne. En conséquence, en cas d'une éventuelle externalisation du régime de protection des consommateurs dans une autorité « indépendante », il est souhaitable de renforcer ces voies de participation et ces moyens d'information aux consommateurs⁶³⁸.

Plusieurs systèmes ont décidé d'attribuer la protection des consommateurs à l'autorité transversale de la concurrence, parfois en suivant l'approche selon laquelle les consommateurs constituent le bénéficiaire final du droit de la concurrence. C'est le cas par exemple de la FTC américaine. Suivant cette approche, il semble que la politique de la concurrence et la protection des consommateurs se complètent. Les deux régimes semblent avoir un lien direct et complémentaire, dans la mesure où ils ont la même finalité : la protection de l'intérêt général, représenté par le marché et les consommateurs⁶³⁹. La loi 1340 de 2009 affirme à cet égard qu'une des fonctions de la SIC, comme autorité chargée de l'application de la politique de la concurrence,

⁶³⁶ Cour Suprême de Justice (CSJ) colombienne, chambre de cassation civile, arrêt du 30 avril 2009.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Et à supposer que le législateur décide de maintenir la concentration actuelle du régime de la défense de la concurrence et de la protection des consommateurs dans une autorité de concurrence « indépendante » à instaurer.

⁶³⁹ Suivant l'approche retenue par l'UNCTAD, l'objectif de la plupart des normes sur la concurrence serait d'augmenter la productivité des entreprises *en pro* des consommateurs. « Bien que les législations nationales aient recueilli de diverses manières les objectifs de la loi [loi de défense de la concurrence préparée par l'UNCTAD], le dénominateur commun toujours présente dans les législations nationales est la protection de la défense économique en pro des consommateurs, la situation des petits producteurs et le développement économique, en général, afin de maintenir la libre interférence des marchés ? et d'assurer de cette manière la transparence » ; UNCTAD, *Manuel pour la formulation et l'application des lois de concurrence*, édition en espagnol, 2004 ; v. aussi Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*. Paris : Dalloz, 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

consiste précisément « à veiller au respect des dispositions en matière de protection de la concurrence [...] pour assurer de manière efficace la libre participation des entreprises dans un marché, le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique »⁶⁴⁰.

Il se peut que la deuxième mission de la SIC, celle de l'organisation du sous-système national de qualité et d'accréditation (métrologie), lui ait été confiée afin de lui permettre de mieux assurer la protection des consommateurs et, en particulier, de contrôler la qualité des biens et des services offerts et fournis à la communauté. Le lien entre cette mission et sa mission de défense de la concurrence semble pourtant moins direct. En effet, il n'existe que dans la mesure où celui-ci permet d'assurer une qualité optimale (un standard minimum acceptable) des biens et services offerts aux consommateurs. Il faut noter toutefois qu'il a été récemment créé une nouvelle autorité nationale chargée de l'organisation du système d'accréditation national⁶⁴¹. De même, un document récent du CONPES recommande la création d'une autorité pour administrer le système national de métrologie⁶⁴².

L'absence d'un lien direct semble être également le cas de l'activité de contrôle des registres publics qui gèrent les chambres de commerce. Ces dernières sont des organismes privés à but non lucratif et à caractère corporatif composés des commerçants inscrits au *registro mercantil* correspondant, et qui exercent les fonctions publiques et privées définies par la loi. S'agissant des fonctions publiques déléguées par l'Etat, elles administrent notamment le *registro publico mercantil* (auquel s'inscrivent les personnes physiques ou morales qui ont une activité qualifiée par la loi de mercantile), le *registro único de proponentes* (auquel s'inscrivent les personnes physiques ou morales qui prétendent signer un contrat avec l'Etat) et le *registro de entidades sin animo de lucro* (auquel s'inscrivent les personnes morales

⁶⁴⁰ Article 3, loi 1340 de 2009, propos des actuaciones administrativas en matière de défense de la concurrence.

⁶⁴¹ Il s'agit de l'Organisme national d'accréditation de Colombie (ONAC), créé le 20 novembre 2007. L'ONAC est une corporation de droit privé, de nature et participation mixte et sans but lucratif qui a pour objectif l'accréditation des organismes d'évaluation.

⁶⁴² Le document CONPES recommande en effet la création d'un Institut national de métrologie. Département National de Planification (DNP), *Consejo Nacional de Política Económica y Social*, (CONPES), document n° 3446, "Lineamientos para una política nacional de calidad", du 30 octobre 2006. Dans ce document l'accréditation est définie comme le processus à travers lequel est certifiée la

de droit privé à but non lucratif). Il correspond alors à la SIC, en vertu de sa troisième mission, de contrôler et de coordonner l'activité des chambres de commerce relative à ces trois registres. Certains auteurs proposent de diviser la SIC en deux entités : une première entité chargée de la défense et la promotion de la concurrence et de la protection des consommateurs et une deuxième entité chargée du contrôle des registres des chambres de commerce, du contrôle en matière de métrologie et de l'administration de la propriété industrielle⁶⁴³.

Une quatrième mission de la SIC consiste en l'application de la législation en matière de propriété industrielle. La SIC doit en fait veiller et administrer le système national de propriété industrielle. On peut se poser la question de l'existence d'un lien direct entre cette mission de la SIC et celle, principale, de défense de la concurrence⁶⁴⁴. Faut-il « réorganiser » les missions de la SIC, de telle sorte qu'elle devienne, comme semble être le cas de ses homologues française et américaine, encore plus spécialisée en matière de concurrence ? Une « réorganisation » visant à accroître son niveau de spécialisation fonctionnelle⁶⁴⁵ peut par exemple lui permettre de concentrer ses ressources sur ses missions en matière de défense et de promotion de la concurrence. Ce qui pourrait se traduire par davantage de résultats dans ces

compétence technique d'un organisme pour évaluer un bien, services, processus, systèmes de gestion, personnes ou installation ; *Ibid.*, p.1.

⁶⁴³ V. en ce sens, Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p. 109.

⁶⁴⁴ Prenons par exemple l'importance des changements techniques, l'innovation. Celle-ci, pour expliquer la croissance économique, a conduit à revoir l'analyse de certaines industries (v. études en nouvelle économie), suivant l'approche de l'« efficacité dynamique ». Sous le nom d'efficacité dynamique on identifie un ensemble d'industries qui montrent deux caractéristiques de base : d'une part, elles offrent des taux d'innovations très élevées. D'autre part, ces industries sont basées sur les droits de propriété industrielle, car elles impliquent en amont des investissements importants (coûts fixes élevés de recherche et développement par rapport aux coûts marginaux de production), « économies d'échelle » dans la production, et « économies de réseau » dans la consommation. Dans ces industries le lien entre les règles de propriété industrielle et les règles de concurrence est alors plus significatif. En effet, ces entreprises ne rentrent pas en concurrence sur les prix, mais sur des innovations. De même, leur objectif n'est pas celui d'être en concurrence *pour* le marché, mais *dans* le marché. Parmi les industries avec ces caractéristiques nous pouvons citer celles dont l'objet est l'élaboration des programmes de *software*, les entreprises conçues autour de l'Internet (fournisseurs d'accès, des services, de contenu), services et équipements de communications, entreprises de biotechnologie, entreprises pharmaceutiques ; v. pour le cas français, Camille MARECHAL et Georges BONET, *Concurrence et propriété intellectuelle*. Paris : Litec, 2009.

⁶⁴⁵ Par un transfert par exemple de ces missions en matière de métrologie, contrôle des chambres de commerce et propriété industrielle à une autre autorité existante ou à instaurer. Ou bien par l'« externalisation » des missions en matière de défense et de promotion de la concurrence dans une autorité « indépendante » à créer (ce qui éventuellement pourrait comporter une assignation de sa mission en matière de protection aux consommateurs, le choix demeurant toujours politique).

domaines. Mais où faut-il tracer la limite entre ce qui a ou ce qui n'a pas de lien direct avec le domaine de la concurrence ? S'agissant par exemple de l'activité de la SIC en matière de propriété industrielle, une infraction pour violation du droit des marques peut toujours aboutir à une enquête pour concurrence déloyale. Dans ce cas, la décision de la SIC résulte d'une application combinée des règles en matière de propriété industrielle et de concurrence déloyale. Il ne semble pas exister de consensus sur ce qui constitue le « domaine de la concurrence » en droit colombien. En l'absence d'une délimitation univoque du contenu des règles de la concurrence, il apparaît dans l'ensemble des systèmes analysés qu'il s'agirait plutôt d'un choix politique. Il reste néanmoins à noter qu'un document récent du CONPES recommande la création d'une autorité consacrée exclusivement à l'organisation du système national de la propriété industrielle⁶⁴⁶.

D'autres activités telles que les achats publics, les concessions, les licences ou les permis pour professions ou activités commerciales ont traditionnellement échappé à l'intervention de la SIC, malgré leur probable impact sur les conditions de concurrence effective sur les marchés⁶⁴⁷. Par comparaison avec le cas français, l'autorité de la concurrence joue un rôle plus actif pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles des appels d'offre s'adressent⁶⁴⁸. La SIC assiste également aux comités des affaires douanières et de

⁶⁴⁶ Département national de planification, *Consejo Nacional de Política Económica y Social* (CONPES), document 3533 « *Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad industrial a la competitividad y productividad nacional 2008-2010* » du 14 juillet 2008.

⁶⁴⁷ Par exemple, la seule référence qu'on trouve en matière de collusion dans un appel d'offres est la résolution de la SIC n° 21822 du 1^{er} septembre 2004. Un défi pour l'autorité de concurrence consiste à promouvoir une véritable « culture de la concurrence » parmi les fonctionnaires des entités publiques chargés de mettre en œuvre des procédures d'appel d'offres. Les lois de la concurrence auraient également des rapports étroits avec les politiques gouvernementales en matière industrielle, de défense des PME, de contrôle de l'inflation, de soutien au développement régional, d'intégration économique, et de propriété intellectuelle, Luis Felipe ZULETA, étude contenue dans le rapport de la CAF, *op.cit.*, p. 73.

⁶⁴⁸ Il est possible de citer à cet égard plusieurs cas. A titre d'exemple, par un arrêt rendu le 9 mars 2010 la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours déposé par la SNCM contre la décision n°09-D-10 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. En l'espèce, le Conseil de la concurrence avait prononcé des mesures d'urgence enjoignant la SNCM à rendre son offre globale visible ?, de façon que la collectivité puisse comparer les offres ligne par ligne et soit aussi en mesure d'envisager un panachage entre plusieurs offres concurrentes. Puis, se prononçant sur le fond de l'affaire, le Conseil de la concurrence confirme le comportement anticoncurrentiel de la SNCM et la sanctionne à hauteur de 300.000 d'euros. Dans son recours la SNCM conteste la compétence du Conseil pour connaître la conformité de son offre au droit de la concurrence, laquelle relevait, selon elle, de la compétence du juge administratif. La Cour d'appel de Paris relevant que si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, et donc pour apprécier la régularité de la procédure

pratiques restrictives du Ministère du commerce extérieur. L'objectif principal de ces deux comités est celui de défendre la production nationale de pratiques considérées comme anticoncurrentielles de la part d'entreprises étrangères. Quant aux traités internationaux, la SIC a une participation plus ou moins active dans les processus de négociation des accords et conventions internationales. La SIC doit suivre les propositions du Ministre lors de ces négociations. La fonction de la SIC dans ce contexte doit être de défendre la concurrence dans les marchés, en soutenant ou non, les propositions du Ministre du commerce pour éviter un renforcement de la position de domination des entreprises (de propriété nationale ou étrangère) dans le marché national.

Dans le cas colombien, il a été considéré que l'une des plus grandes faiblesses de l'autorité de concurrence transversale est qu'elle ne soit pas exclusivement consacrée à l'application de la loi de concurrence. Tant le Superintendant (qui concentre les facultés décisionnelles), que le Superintendant délégué (qui concentre ou partage avec le Superintendant les facultés d'investigation), ont d'autres missions, qui peuvent être considérées plus ou moins en relation avec le domaine concurrentiel. Il a été recommandé récemment une évaluation des options dans lesquelles l'autorité de concurrence peut se focaliser dans sa mission de défense de protection de la concurrence⁶⁴⁹. Dans ce même document de la SIC il est également recommandé d'étudier diverses options pour renforcer les pouvoirs décisionnels et d'investigation de la SIC.

§ 2. LES POUVOIRS DES AUTORITES DE CONCURRENCE

L'autorité transversale de la concurrence colombienne est dotée de pouvoirs administratifs classiques, selon diverses modalités. Mis à part les pouvoirs décisionnels relevant des compétences juridictionnelles en matière de concurrence

d'appel d'offres dans le cadre d'une délégation de service public et en prononcer le cas échéant l'annulation, l'autorité de la concurrence est compétente pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles l'appel d'offres s'adresse, qu'elles prennent ou non le parti d'y répondre, et pour prononcer le cas échéant des sanctions à l'encontre des entreprises dont le comportement serait constitutif d'une des pratiques prohibées par les articles L420-1 et L420-2 du code de commerce.

déloyale et protection des consommateurs, la SIC dispose de compétences assez dispersées dont l'énumération n'est pas l'objet du présent paragraphe. La SIC peut par exemple participer au travail gouvernemental par le biais de la consultation⁶⁵⁰. En outre, dans la limite des dispositions constitutionnelles, elle est dotée d'un pouvoir réglementaire et peut prendre des décisions individuelles sur des thèmes déterminés par le législateur. Comme nous l'avons évoqué lors de l'examen de l'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence⁶⁵¹, il semble que la possibilité pour le législateur de confier trop de pouvoirs pour édicter des normes générales et impersonnelles demeure limitée à certains domaines (A). De même, le pouvoir de décisions individuelles apparaît à son tour circonscrit aux questions autorisées par la loi (B).

A- LE CHAMP D'APPLICATION LIMITE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Le pouvoir réglementaire de la SIC apparaît limité aux domaines techniques de sa compétence⁶⁵². Le législateur colombien confère à cette autorité la faculté d'établir, par exemple, le montant des revenus opérationnels et les actifs qui sont pris en compte pour réaliser le contrôle de concentrations des entreprises⁶⁵³. Il n'existe pas en droit colombien une énumération législative expresse des cas dans lesquels la SIC dispose de la capacité d'émettre des normes générales et impersonnelles⁶⁵⁴. Dans la

⁶⁴⁹ Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p.105.

⁶⁵⁰ La loi 1340 établit que la SIC pourra émettre un avis préalable sur les projets de régulation des autorités de l'Etat qui puissent avoir une incidence sur la concurrence dans les marchés. Cet avis n'est pas obligatoire, mais les autorités de régulation devront expliquer pourquoi elles s'éloignent des recommandations de la SIC. Article 7, loi 1340 de 2009.

⁶⁵¹ Voir *supra*, p.70 et s.

⁶⁵² Qui est d'ailleurs partagée avec d'autres superintendances et avec les commissions de régulation, Cour constitutionnelle, arrêts de constitutionnalité C-917 de 2002 et C-1265 de 2000.

⁶⁵³ Article 9, loi 1340 de 2009. De même, l'article 11 de cette loi confère à la SIC la faculté pour identifier les cas où, malgré avoir constaté l'existence d'une concentration tendant à restreindre la concurrence, il existerait, à son avis, des éléments pour considérer que, sous certaines conditions, la concurrence effective sur le marché pourrait être assurée.

⁶⁵⁴ *Ibid.* Par comparaison, le droit français aurait choisi d'énumérer dans un article déterminé les domaines dans lesquels certaines autorités de régulation sectorielles disposent de la capacité d'émettre des actes de portée générale. Par exemple, l'A.R.C.E.P. dispose, au sens de l'article L.36-6 du code des postes et communications électroniques, de la possibilité de « préciser » les règles concernant certaines prescriptions techniques. Il s'agit de règles d'utilisation des fréquences, des conditions d'établissement et d'exploitations des réseaux, de la détermination des points de terminaison des réseaux, ainsi que des droits et obligations afférents à l'exploitation des catégories de

pratique, et en l'absence d'une telle énumération législative, on peut se demander si le pouvoir réglementaire de la SIC comprend tous les domaines de sa compétence. L'autorité colombienne de la concurrence semble pouvoir émettre des normes générales et impersonnelles en matière de défense et de promotion de la concurrence, de protection des consommateurs, de contrôle des chambres de commerce, de direction et surveillance de laboratoires de métrologie et du registre de la propriété industrielle. Cependant, son pouvoir réglementaire apparaît circonscrit aux missions que seule l'autorité de concurrence, du fait de sa spécialisation et des contacts que l'institution, par le biais des consultations publiques, peut avoir avec les opérateurs régulés, est en mesure de réaliser⁶⁵⁵. A titre d'exemple, la SIC peut émettre des circulaires et directives (*directivas*) adressées aux chambres de commerce pour les orienter sur l'organisation et la gestion des registres publics à leur charge.

En droit colombien, les principes de légalité et de réserve de loi⁶⁵⁶, font partie des piliers de l'Etat constitutionnel et démocratique. L'argument principal qui appuie

réseaux et de services. Pour Hubert DELZANGLES, l'A.R.C.E.P. est pourtant tenue, dans son activité normative, de respecter les dispositions du Code des postes et communications électroniques. Suivant son approche, le législateur français aurait même pris soin de souligner que la compétence de l'A.R.C.E.P. possède un caractère subsidiaire. Si bien que tout exercice d'une compétence normative à caractère général serait soumis à homologation ministérielle. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 411.

⁶⁵⁵ Une marge de manœuvre relative de la SIC pour édicter des actes normatifs dans ses domaines de compétences peut s'expliquer par la structure et la rapidité des marchés qui font que seul l'autorité de concurrence dispose de l'expertise technique, grâce au suivi journalier de l'évolution de ces marchés, pour être capable de manière efficace, d'édicter des normes générales et impersonnelles. Même si le législateur conserve la possibilité de prévoir certains éléments généraux. Mais une autre restriction au pouvoir réglementaire de la SIC proviendrait de la participation éventuelle de l'exécutif dans le processus réglementaire. C'est le cas notamment en matière de fixation de certains prix par le Ministère de l'industrie et du commerce.

⁶⁵⁶ La jurisprudence constitutionnelle colombienne a réalisé une distinction conceptuelle de ces deux notions. Le juge constitutionnel distingue entre le principe de légalité, par lequel les organes de représentation démocratique, tels que le Congrès, possèdent une clause général de compétence législative qui leur permet d'adopter des normes juridiques à caractère contraignant, et le principe de réserve de loi, par lequel le législateur est le seul habilité pour réguler certains domaines, tels que le domaine pénale. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-690 de 2003. Dans cette même jurisprudence la Cour reconnaît toutefois que le principe de réserve de loi n'a pas un caractère absolu. La distinction entre principe de légalité et principe de réserve de loi a, suivant l'approche retenue par la jurisprudence constitutionnelle, des conséquences importantes sur l'articulation des sources du droit colombien. Le principe de légalité implique par exemple que le règlement, de manière autonome, ne peut pas servir d'origine pour la consécration de limitations, impositions et obligations. Pourtant, « *si es posible, en términos amplios, una concreción administrativa de los elementos centrales que hayan sido previamente definidos en la ley* », Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-690 de 2003. En revanche, quand il existe une disposition constitutionnelle expresse qui prévoit la réserve de loi, la compétence du règlement est considérablement limitée. Cour constitutionnelle, arrêts de constitutionnalité C-570 de 1997 et C-1191 de 2001, point 39. Cela ne signifie pas pour autant de vider la compétence du règlement pour développer des aspects ponctuels

cette affirmation consiste à considérer que les règles du droit ne sont légitimes que si elles trouvent leur origine dans la volonté des organes représentatifs⁶⁵⁷. Toutefois, la complexité des sociétés contemporaines rend impossible que le Congrès, par des procédures et conditions délibératives qui sont moins rapides et flexibles, régulent en détail toutes les matières et problématiques⁶⁵⁸. Il a été alors admis que le règlement prévoit les règles spécifiques, à condition que cette mission soit circonscrite aux directives prévues par le législateur, et ne constitue pas une source autonome d'obligations⁶⁵⁹. Il est dès lors permis de se demander jusqu'où une matière est réservée à la loi et jusqu'où elle peut être réglementée par les organes de l'exécutif ? Si la Constitution colombienne ne contient pas une règle générale pour résoudre ces questions, la solution alors dépendra du caractère des intérêts en conflit, pour exiger un plus grand degré d'intervention de la loi et non du règlement et vice-versa⁶⁶⁰. Suivant cette approche, la Cour constitutionnelle a identifié différentes modalités

des matières déterminées par le législateur. Cour constitutionnel, arrêt de constitutionnalité C-474 de 2003 et C-690 de 2003.

⁶⁵⁷ En ce sens, l'efficacité du principe démocratique, en ce qui concerne la production des normes, repose sur deux principes : d'une part, celui de la souveraineté populaire (qui implique que la légitimité du droit dépende de ce que ses contenus proviennent de la volonté des organes d'origine démocratique directs) et, d'autre part, celui du pluralisme (qui exige que les décisions qu'adoptent ces organes d'origine démocratique soient précédées d'une participation réelle des différents courants politiques et idéologiques qui intègrent la nation). Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-710 du 5 juillet 2001.

⁶⁵⁸ En outre, il faut rappeler comment en droit colombien la Constitution de 1991 confère de forme expresse la capacité de production normative à d'autres instances, mais en leur imposant de suivre le cadre de référence obligatoire prévu par le législateur. La Cour constitutionnelle opère en fait une distinction entre la réserve de loi ordinaire (c'est-à-dire, lorsque la Constitution, de manière expresse, signale que certaines matières spécifiques doivent être régulées directement par le législateur) et la réserve de loi statutaire (ici la Constitution non seulement attribue une compétence exclusive au législateur, mais oblige également à ce que la norme soit soumise à une procédure particulière. C'est le cas de l'exigence d'une majorité qualifiée pour l'approbation d'un projet de loi). Sous cette approche, la jurisprudence colombienne reconnaît, à supposer qu'il s'agit de matières complexes, l'impossibilité pour le Congrès d'expédier une normativité intégrale. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1041 de 2007. V. également Morris P. FIORINA, précité.

⁶⁵⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1041 de 2007.

⁶⁶⁰ Il est par exemple possible d'affirmer que le principe de réserve de la loi en matière de libertés publiques (tels que les libertés économiques) exige une loi comme élément à partir duquel sera possible l'exercice de la compétence réglementaire. En ce sens, le principe de réserve légale limite l'activité réglementaire, de telle sorte que l'espace que la Constitution a réservé à la loi ne puisse pas être occupé par des normes de hiérarchie inférieure. Cependant, cela ne veut pas dire que la compétence réglementaire ne soit pas importante. La différence se trouve plutôt dans leur portée : tandis que la loi a un pouvoir créateur et innovateur (dans la limite du respect des droits et garanties constitutionnels), le règlement a une orientation essentiellement technique et un propos d'« application » ou d'exécution des décisions politiques qui émanent de la volonté générale. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-805 de 2001.

d'articulation entre l'exercice de la compétence législative dans des matières réservées et le pouvoir réglementaire des autorités administratives.

Une première modalité d'articulation consiste en la possibilité que les normes qui développent des questions en matière de réserve de loi emploient des *concepts juridiques indéterminés*. Dans ces cas, le juge constitutionnel a déclaré constitutionnelles des normes qui prévoient des dispositifs ouverts, compatibles avec le principe de légalité, qui sont ensuite précisés par l'autorité administrative, au travers de l'emploi d'une certaine marge de liberté d'appréciation⁶⁶¹. Une deuxième modalité d'articulation consiste au renvoi express au règlement, qui a du sens pour ces domaines techniques et dynamiques qui ne peuvent pas faire l'objet d'une détermination exhaustive de la part du législateur. Il est possible de citer à titre d'exemple, la faculté, approuvée par la jurisprudence constitutionnelle, que la loi contienne de « types pénales en blanc », par le renvoi à un critère technique objet de définition concrète de la part de l'autorité administrative. C'est le cas du délit d'usure, dans lequel un des éléments qui compose la conduite à reprocher, dépend de la certification que sur les taux d'intérêts fasse la Superintendance financière⁶⁶². Une troisième modalité d'articulation consiste en la définition, par le législateur, des normes ouvertes vis-à-vis des instances propres de l'Etat régulateur. Dans ce cas, il a été considéré par le juge constitutionnel que la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur prévoit des formules amples qui permettent d'exercer des compétences normatives à l'autorité administrative chargée de l'organisation de la régulation respective⁶⁶³. Cette possibilité est néanmoins conditionnée par le fait que la normativité en question offre des critères et orientations clairs, qui empêchent que l'autorité administrative exerce ses compétences de manière arbitraire⁶⁶⁴. Au delà de

⁶⁶¹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-690 de 2003.

⁶⁶² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-333 de 2001.

⁶⁶³ Ceci malgré le fait que la Constitution établisse des fonctions d'inspection, surveillance et contrôle aux autorités administratives dans ces domaines qui sont soumis à une réserve de loi.

⁶⁶⁴ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-265 de 2002. « *Que la rama legislativa con la utilización de un lenguaje amplio reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley con el propósito de concretar la aplicación de ciertos preceptos legales a circunstancias diversas y cambiantes. Eso es propio de un Estado regulador. Sin embargo, en esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un Estado social y democrático de derecho* ».

ces règles communes aux autorités administratives, la jurisprudence constitutionnelle a aussi fixé quelques règles en matière de réserve de loi pour les comportements surveillés et sanctionnés par les superintendances⁶⁶⁵. En vertu de ces règles, les superintendances peuvent développer des aspects ponctuels définis préalablement par le législateur pour l'exercice de leur activité d'intervention dans le marché. La définition par exemple des comportements à sanctionner ou des critères pour l'imposition des sanctions, ne peut pas cependant devenir une source autonome d'obligations pour les opérateurs économiques surveillés⁶⁶⁶.

En outre, l'intervention de l'Etat dans l'économie pour assurer, entre autres objectifs, la concurrence effective des agents du marché, est une affaire qui, par mandat de la Constitution, rentre dans le champ d'application du principe de réserve de loi⁶⁶⁷. Toutefois, la compétence exclusive du législateur semble être en relation avec la définition des aspects essentiels et des matières économiques. Le régulateur, autorité administrative, joue à son tour un rôle qui est limité à la détermination d'aspects ponctuels et techniques. C'est sur ces arguments que le paragraphe 2 de l'article 9 de la loi 1340 de 2009 a été récemment jugé constitutionnel. Cet article habilite la SIC pour établir les revenus opérationnels et les actifs qui devront être considérés pour déterminer si s'applique le contrôle de concentrations des entreprises.

⁶⁶⁵ Ces règles sont contenues dans une jurisprudence C-860 de 2006 (magistrat rapporteur, Humberto SIERRA-PORTO). Dans cette décision, la Cour a analysé, entre autres, la constitutionnalité de certaines dispositions du statut organique du système financier, qui attribuent une compétence à la Superintendance financière pour imposer des sanctions aux entités surveillées. A cette occasion, le fondement de la demande de constitutionnalité a été de considérer que le statut du système financier était contraire au principe de réserve de loi, car les comportements objets des sanctions devaient être expressément définis par le législateur. Pour le juge constitutionnel, le principe de réserve de loi contenu dans la constitution acquiert des nuances en fonction des sanctions. Bien que la consécration légale fasse partie des garanties procédurales, on ne peut pas exiger dans le domaine technique et dynamique de la régulation bancaire le même degré de rigueur qu'en matière pénale car la nature des comportements, les biens juridiques concernés, et la finalité des facultés de sanction rendent possible une flexibilisation raisonnable de la description des comportements répréhensibles. Une telle flexibilité en matière du principe de légalité a été justifiée par la variabilité et le caractère technique des comportements à sanctionner, qui rendent difficile la rédaction d'une liste minutieuse de la part du législateur. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-860 de 2006.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ L'article 333 de la Constitution affirme « l'Etat, par mandat de la loi, empêchera les obstructions ou les restrictions à la liberté économique et évitera ou contrôlera tout abus que des personnes ou entreprises feraient de leur position dominante sur le marché national ». C'est aussi le cas de l'article 334 de la Constitution, lequel dispose que la direction générale de l'Etat dans l'économie est réalisée par des moyens d'intervention prévus par la Constitution et développés par la loi. Rappelons toutefois que la Cour constitutionnelle par son arrêt C-150 de 2003 affirme que la sujétion de l'intervention de l'Etat dans l'économie n'implique pas une compétence exclusive du législateur dans ce domaine. Au

Pour le juge constitutionnel, la délégation législative pour la définition des critères et revenus à l'autorité administrative ne résulte pas contraire à la réserve de loi. Cette conclusion du juge se fonde sur la nature principalement technique, flexible et changeante de la matière à définir par la SIC⁶⁶⁸. Une définition législative des actifs et des revenus opérationnels, qui permettent l'intégration des entreprises dans le champ d'application de la norme sur le contrôle des concentrations, peut en outre présenter quelques difficultés. Le juge constitutionnel estime à cet égard que les marchés n'ont pas la même composition, ni la même valeur ou dimension, raison pour laquelle les actifs et les revenus opérationnels devraient être fixés à partir des échelles différentielles applicables à des marchés déterminés, activité qui résulte incompatible avec la nature abstraite et générique de la loi⁶⁶⁹.

Cet arrêt semble valider la reconnaissance législative d'un domaine réglementaire spécifique en matière de concurrence au profit de la SIC, différent du domaine réglementaire général en matière de régulation économique qui appartient à l'exécutif. Ceci constitue une garantie d'indépendance fonctionnelle, dans la mesure où cet arrêt paraît modifier une jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle, selon laquelle l'activité réglementaire des autorités administratives de l'ordre national doit être subordonnée aux directives et politiques présidentielles⁶⁷⁰. Il faut toutefois nuancer ce tableau. En effet, la portée de cette nouvelle jurisprudence de la Cour

contraire, la Constitution dispose qu'autres organes pourront, conformément aux paramètres fixés par la loi, intervenir dans la régulation économique.

⁶⁶⁸ En effet, le législateur a établi les aspects essentiels du contrôle des intégrations des entreprises, tels que les conditions économiques que, par rapport au marché, doivent avoir toutes les entreprises qui visent à s'intégrer ; ainsi que le plafond du pourcentage de parts de marché au-delà duquel le projet de concentration est susceptible de contrôle. Il s'agirait alors d'une question qui a été détaillée par le Congrès colombien. Dès lors, la délégation législative au profit de la SIC apparaît circonscrite à la définition d'un aspect technique. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-228 du 24 mars 2010.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, point 24. Si le législateur peut éventuellement fixer ces échelles différentielles, il ne semble pas exister de dispositifs permettant d'actualiser ces valeurs en fonction des nouvelles dynamiques du marché. De même, pour le juge constitutionnel, une valeur fixe peut résulter potentiellement contraire à la libre concurrence, dans la mesure où, indépendamment de la taille des marchés, le critère qui peut être pertinent pour un marché peut résulter manifestement un inconvénient pour un autre. Une valeur fixe ne tiendrait pas compte de la composition des marchés individualisés. Il reste à indiquer que le juge colombien n'as pas manqué à cette occasion d'insister sur ce que le contrôle *ex ante* des concentrations constitue un outil constitutionnellement légitime d'intervention de l'Etat dans l'économie, visant à prévenir que certaines activités des agents économiques entraînent des restrictions à une concurrence effective.

⁶⁷⁰ Selon la Cour constitutionnelle, il s'agit en effet d'une compétence résiduelle et subordonnée à celle qui appartient au Président (article 189-11 Constitution), Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-917 du 29 octobre 2002.

constitutionnelle n'étant que relative. Le pouvoir réglementaire de la SIC n'apparaît comme « autonome » des directives et politiques présidentielles que dans ces questions techniques et concurrentielles que le législateur lui attribue expressément. Son domaine de compétences demeure alors résiduel, vis-à-vis de celui du gouvernement, là où il n'y a pas d'attribution directe de compétences normatives par le législateur⁶⁷¹.

Dans l'hypothèse d'externalisation de la fonction de régulation, rappelons que pour le juge constitutionnel colombien, le fait que le législateur se dépossède intégralement d'une fonction qui lui appartient en propre au profit d'une autre branche du pouvoir public, ou à un de ses organes, constitue une violation de l'article 113 de la Constitution, qui consacre, sans méconnaître la collaboration harmonieuse entre les pouvoirs publics, le principe de la séparation des pouvoirs⁶⁷². En outre, en vertu de l'article 150-19 de la Constitution, le législateur ne peut réaliser l'externalisation de la régulation de la concurrence par une loi cadre. Cette disposition ne l'habilite pas en effet à adopter des lois cadres, si ce n'est dans les domaines qu'elle mentionne expressément, et dont la régulation de la concurrence ne fait pas partie. Conformément à cette réflexion en termes constitutionnels de compétence normative, une attribution normative à une autorité de concurrence « indépendante » à créer devra être précise et de caractère « résiduel ». Pourtant, une interprétation assez large, en considération de la nécessité d'une évolution de

⁶⁷¹ S'agissant notamment de la politique économique générale. Par comparaison, certaines autorités de concurrence des systèmes ayant « externalisé » la fonction de régulation de la concurrence semblent disposer de pouvoirs importants de « prescription » ou de « régulation ». Toutefois, ces pouvoirs refléteraient une sorte de pragmatisme dans leur utilisation, dans la mesure où certaines de ces autorités, comme c'est le cas de l'autorité américaine, préféreraient parfois l'incitation comportementale à la contrainte réglementaire. Il faut rappeler que les « *rules* » des autorités de régulation américaines sont, en fait, des lois (*laws*) dans la mesure où elles obligent, par la contrainte, les citoyens dans les domaines les plus divers ; v. Elizabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *op.cit.*, p. 171. Dans le cas américain, le pouvoir normatif des autorités de régulation exige une « délégation » du législateur dans ce sens ; Voir pour le cas américain, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694, 21 Env't. Rep. Cas. (BNA) 1049, 14 Env'tl. L. Rep. 20507 (1984); Patrick M. GARRY, « Accommodating the Administrative State : The Interrelationship between the Chevron and Non-delegation doctrines », *Ariz. St. L.J.*, 2006, vol. 38, p. 921; Lisa SCHULTZ BRESSMAN, « Schechter Poultry at the Millennium : A Delegation Doctrine for the Administrative State », *Yale L.J., Essay*, 2000, vol.109, p. 1399.

⁶⁷² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-136 de 4 mars 1999. Dans le même sens, « une norme qui contrevient à ce principe vide les dispositions légales de leur stabilité et affaiblit leur statut normatif ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-509 de 14 juillet 1999.

l'intervention de la puissance publique sur les marchés, pourrait éventuellement se faire au profit de l'autorité colombienne de la concurrence.

Il se peut en fait que l'attribution d'un pouvoir réglementaire étendu aux autorités de concurrence soit déterminé par le degré d'ouverture et de concurrence effective dans les marchés. Suivant cette approche, à un moindre degré d'ouverture et de concurrence effective, correspond un besoin plus élevé d'édicter des règles générales et impersonnelles dans ces marchés. Cependant, lorsque les marchés sont suffisamment mûrs un contrôle *ex post* peut être privilégié par rapport à la régulation *ex ante*. Il se peut également que le degré d'intervention du ministre dans le processus réglementaire soit lié à l'importance des intérêts spécifiques en matière de concurrence, au regard de l'intérêt général, dans les marchés en question⁶⁷³. Ces éléments vont, comme pour le pouvoir de décisions individuelles, dans le sens d'une certaine indépendance fonctionnelle de l'autorité de concurrence colombienne, non pas dans le domaine régulé, mais dans le champ que le législateur lui a attribué.

B- LE CARACTERE CIRCONSCRIT DU POUVOIR DE DECISIONS INDIVIDUELLES

L'autorité de concurrence colombienne détient un pouvoir de décisions individuelles plus ou moins étendu en fonction des situations dans lesquelles elle est appelée à intervenir. Ce pouvoir a un caractère technique. Il est d'abord possible d'observer comment la SIC colombienne est sollicitée pour émettre des avis ou des propositions, en même temps qu'elle dispose de ce pouvoir pour adopter des

⁶⁷³ Cette dernière approche nous conduit à nous questionner sur la place des actes de portée générale adoptés par une autorité de concurrence « indépendante » à instaurer dans le système colombien de hiérarchie des normes, et notamment vis-à-vis des actes du président. Tel qu'indiqué lors de l'examen de la question de l'adaptation de l'« externalisation » de la fonction de régulation au cas colombien, la place des actes d'une nouvelle autorité de concurrence « indépendante » dépendra du contenu accordé au principe de coordination administrative. Suivant une approche souple du principe de coordination administrative, il serait possible de placer les actes à caractère général des autorités de concurrence « indépendantes » au même niveau hiérarchique que les règlements de l'exécutif. Dans cette configuration, l'attribution par le législateur de pouvoirs normatifs aux autorités de concurrence « indépendantes » conduit à leur reconnaître une compétence pour organiser la régulation de la concurrence. Par conséquent, l'attribution aux autorités de concurrence, directement par le législateur, de compétences pour adopter des normes générales et impersonnelles ne pourrait être que limitée à des régulations de caractère technique et opérationnel, propres à leurs domaines de compétence ; voir supra p.85 et s.

décisions individuelles⁶⁷⁴. La teneur du pouvoir de décision des autorités de concurrence dépend du degré d'ouverture et de concurrence effective dans les marchés dans lesquels ces autorités de concurrence ont vocation à intervenir. Suivant cette approche, une régulation efficace dans un marché concurrentiel suppose l'allègement de la régulation *ex ante* et une régulation *ex post* dotée des moyens nécessaires à la surveillance des opérateurs économiques présents sur ce marché⁶⁷⁵.

L'autorité colombienne de la concurrence, tout comme toute autre autorité de concurrence dotée de pouvoirs équivalents, possède une nature ambiguë⁶⁷⁶. D'un côté, elle dispose de pouvoirs attribués traditionnellement aux juridictions, comme ceux attribués en matière de concurrence déloyale. En effet, la SIC doit « trancher sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée toute question relevant de sa compétence »⁶⁷⁷ ou encore infliger des sanctions. Par comparaison, l'attribution de ces pouvoirs soumet *de facto* les autorités de concurrence européennes au respect des prescriptions de l'article 6§1 de la C.E.D.H. D'autre part, elle conserve des pouvoirs qui ne seraient pas attribués à des juridictions, comme le pouvoir réglementaire. Le juge constitutionnel colombien lui refuse par conséquent la qualité

⁶⁷⁴ Pour certains, la dialectique entre le pouvoir d'émettre des avis ou des propositions et le pouvoir décisionnel témoigne du rapport des forces que le législateur a entendu instaurer entre les ministres et les autorités de régulation « indépendantes ». Ce serait bien grâce au pouvoir décisionnel de l'autorité de régulation que celle-ci obtiendrait son indépendance fonctionnelle ainsi que sa légitimité face aux ministres et aux secteurs régulés. V. dans ce sens, Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 417.

⁶⁷⁵ V. Martine LOMBARD, « régulateurs indépendants : mode d'emploi », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 206. A titre d'exemple, la teneur du pouvoir décisionnel des autorités de régulation sectorielles des Etats membres européens dépendrait du degré d'ouverture que le législateur entend donner, dans le cadre autorisé par le droit communautaire, au secteur régulé. Cependant, il ne semble pas exister un rapport direct entre ouverture de marché et accroissement des pouvoirs décisionnels des autorités de régulation. De même, il semble exister une absence d'homogénéité dans la répartition des compétences entre autorités de régulation et ministres. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 417.

⁶⁷⁶ Paule QUILICHINI explique très clairement en quoi les autorités de régulation se rapprochent des juridictions sans être des juridictions, in Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1060. Rappelons que lorsqu'un même organe cumule fonctions normatives, administratives et juridictionnelles, et certaines de ces fonctions sont exercées dans une même affaire, comme par exemple, celles administratives et juridictionnelles des superintendances en matière de concurrence déloyale, le juge constitutionnel colombien a conditionné la constitutionnalité de ce dispositif à ce que ne coïncident pas dans un même fonctionnaire ou organe ces deux fonctions et à ce qu'au sein de la structure de l'entité concernée soit assurée l'indépendance de celui qui juge. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 de 2003.

⁶⁷⁷ § 64 de la C.E.D.H., 29 avril 1998, *Belilos c/ Suisse*, série A, n°132 ; Gérard COHEN-JONATHAN, R.G.D.I.P., 1989, p. 273 et § 39 de la C.E.D.H., 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A, n°210.

de juridiction⁶⁷⁸. Ses pouvoirs sont donc qualifiés de « quasi-juridictionnels » puisque la jurisprudence et la législation colombiennes contraignent la SIC à respecter des règles procédurales semblables à celles entourant l'activité juridictionnelle, sans pour autant qu'elle soit reconnue comme telle⁶⁷⁹. Suivant une approche développée par la doctrine française, les pouvoirs d'investigation, de conciliation et de règlement de différends et le pouvoir de sanction des autorités dites « indépendantes » sont « quasi-juridictionnels » dans la mesure où ils empruntent aux autorités juridictionnelles, sans les dessaisir, certaines prérogatives ainsi que les garanties procédurales afférentes⁶⁸⁰. Nous utiliserons ce « classement » pour guider notre présentation du pouvoir de décisions individuelles de la SIC. S'agissant de l'autorité colombienne, ces pouvoirs sont relativement importants, même s'ils connaissent certaines limites dues principalement à leur champ d'application.

Quant aux pouvoirs d'investigation des autorités de concurrence, il faut commencer par indiquer que la bonne application des règles de la concurrence dépend de ce que les entreprises transmettent toutes les informations requises dans le champ de compétences de ces autorités. En effet, ces informations, requises d'office ou dans une décision motivée, devraient être fournies rapidement et sur demande, tout en respectant le niveau de détail exigé par les autorités de concurrence. Il semble alors convenable de faciliter la transmission d'informations entre le secteur régulé et les autorités de concurrence, notamment pour lutter contre l'asymétrie d'information, première facteur de capture par les groupes d'intérêts publics et privés et obstacle pour une organisation efficace de la régulation de la concurrence⁶⁸¹. Afin d'atteindre ces objectifs, la SIC colombienne dispose de pouvoirs de collecte d'information et d'enquête. Elle peut alors recueillir, sur la base d'une décision motivée et respectant

⁶⁷⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002. Par comparaison, le Conseil constitutionnel français refuse aussi la qualité de juridiction des AAI. Voir par exemple, à propos du CSA, « (...) ces exigences (...) s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur laisse le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire », Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, considérant n°36.

⁶⁷⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002. V. également la loi 446 de 1998, loi de décongestion de la justice.

⁶⁸⁰ V. dans ce sens Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 420, à propos notamment des autorités de régulation sectorielles.

⁶⁸¹ D'une part, il doit être possible pour les opérateurs économiques de communiquer spontanément certaines informations (comme c'est le cas en Espagne pour la CMT), telles que certaines conditions techniques et tarifaires. D'autre part, les autorités de concurrence devraient disposer de pouvoirs de collecte d'information et d'enquête.

le principe de proportionnalité, toutes les informations ou documents nécessaires auprès des opérateurs du marché concerné⁶⁸². De plus, la SIC peut procéder auprès des opérateurs économiques concernés à des enquêtes⁶⁸³. Celles-ci sont menés par le personnel de l'autorité, sans que soit nécessaire une habilitation à cet effet par le Ministre de l'industrie et du commerce⁶⁸⁴. Ce personnel peut accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés par les opérateurs concernés, demander la communication de tous documents professionnels nécessaires et en prendre copie, enfin, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires. S'il est prévu une procédure de collecte d'informations ainsi qu'une procédure d'enquête, celles-ci n'apparaissent pas détaillées par la loi⁶⁸⁵. Par comparaison, en France, les enquêtes réalisées par l'autorité de concurrence sont entourées de garanties procédurales assez strictes, notamment en vue de respecter les droits de la défense des opérateurs concernés⁶⁸⁶. Les pouvoirs d'investigation de la

⁶⁸² La SIC peut également réaliser des demandes d'information aux agents économiques parties d'une procédure. Mais elle peut aussi demander des informations aux tiers, entités de l'Etat, tels que d'autres autorités de régulation ou le bureau de statistique national (DANE).

⁶⁸³ La SIC peut réaliser des saisies. Les saisies sont présentées comme un outil indispensable, notamment pour la lutte contre les cartels intrinsèquement nocifs. Il faut préciser d'abord que, conformément à la loi colombienne, une fois commencée l'investigation formelle, la SIC perd sa capacité de réaliser des saisies, c'est-à-dire, le droit de rentrer dans les établissements sans demander la permission de l'entreprise. Il faut ensuite indiquer que la compétence pour réaliser des visites surprises pour obtenir des informations (sans une autorisation judiciaire préalable, qui n'est requise pas en droit colombien), appartient au Superintendent délégué en matière de protection de la concurrence. C'est précisément le Superintendent délégué qui est compétent pour initier une enquête préliminaire d'office ou à la pétition d'un tiers. Il faut noter enfin que le Superintendent délégué peut également requérir la comparution de personnes physiques pour déclarer ou témoigner.

⁶⁸⁴ Par comparaison, avec la LME l'autorité française de la concurrence a récupéré, pour l'essentiel, les prérogatives du ministre en matière de contrôle des concentrations et s'est vue reconnaître le pouvoir effectif de réaliser des enquêtes relatives à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Le ministre, de son côté, a conservé un pouvoir d'enquête, certes plus encadré que par la passé dans la mesure où le rapporteur général dispose d'un pouvoir d'évocation des enquêtes au stade de leur déclenchement puis au stade du rapport d'enquête.

⁶⁸⁵ Par conséquent, il faudra recourir au droit commun si jamais la procédure spécifique (celle décrite dans le décret 2153 de 1992) ne permet pas d'obtenir les informations escomptées. Les procédures du code contentieux administratif et du code de procédure civile (ce dernier notamment en matière de preuves), s'appliquent le cas échéant. Il faut noter que le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires et la possibilité de réaliser des visites surprises pendant l'étape d'enquête préliminaire ne sont pas aujourd'hui soumis au contrôle judiciaire. La nouvelle loi de juillet 2009 ne résout pas ce problème. Pour autant, davantage de garanties pourraient renforcer la légitimité procédurale de l'autorité colombienne.

⁶⁸⁶ En effet, elles donnent d'abord lieu à un procès verbal dont la copie est transmise dans les cinq jours aux personnes intéressées. Dans certains cas, les personnes ayant commis des manquements aux obligations légales ou réglementaires sont invitées à présenter leurs observations écrites ou orales, dans un délai de quinze jours à compter de la notification du procès verbal. De plus, l'accès aux locaux n'est autorisé qu'entre huit heures et vingt heures ou pendant les heures d'ouverture au public. L'autorité de concurrence doit veiller dans toute hypothèse à ce que ne soient pas divulguées les informations recueillies lorsqu'elles sont protégées par le secret professionnel. Les preuves matérielles saisies doivent toujours être immédiatement inventoriées. Cet inventaire doit être annexé

SIC semblent être exercés, dans la pratique, de manière indépendante. Ils sont exercés *grosso modo* sans intervention du pouvoir exécutif. L'investigation est aussi un outil nécessaire non seulement pour sanctionner les infractions aux règles de la concurrence, mais encore pour faciliter la mise en œuvre du pouvoir de conciliation et le règlement des différends⁶⁸⁷ entre les acteurs des marchés concernés.

Avant la loi 1340 de 2009, il ne semble pas exister une référence expresse à la faculté de la SIC de conclure des accords avec les entreprises. Ils n'existaient pas, par exemple, de références à la capacité de la SIC de conclure des accords avec les opérateurs économiques qui dénoncent des cartels, dans le cadre du programme de clémence⁶⁸⁸. Il faut différencier cette capacité d'accorder des bénéfices dans le cadre d'un programme de clémence de cas de conciliation qui ont lieu devant l'autorité de concurrence, dans le cadre d'une procédure de concurrence déloyale ou de pratiques commerciales restrictives. L'article 33 de la loi 640 de 2001 impose en effet la réalisation d'une audience de conciliation des intérêts particuliers en question. Tel que nous le préciserons lors de l'examen des procédures qui se déroulent devant les autorités de concurrence, cette mesure a été critiquée par la doctrine colombienne⁶⁸⁹.

au procès verbal. Par comparaison, en droit colombien, la nouvelle loi 1340 de 2009 introduit davantage des garanties pour la collecte et pour le traitement des informations, garanties que nous préciserons lors de l'examen des procédures administratives devant l'autorité colombienne de la concurrence (v. article 15, loi 1340 de 2009).

⁶⁸⁷ La différence entre les deux modalités de médiation, que sont la conciliation et le règlement des différends, réside d'abord dans leur champ d'application, ensuite dans la procédure applicable à l'instance et enfin dans les modalités de saisine. En effet, si la procédure de conciliation suppose un accord entre les parties, le règlement des différends s'initie d'office, ou à la demande de l'une ou de l'autre des parties qui choisit cette option plutôt que le recours juridictionnel.

⁶⁸⁸ La nouvelle loi de juillet 2009 introduit les critères généraux pour la concession de bénéfices pour coopération avec l'autorité (article 14), à partir duquel la SIC pourra développer son programme de clémence. L'autorité de concurrence colombienne estime que cette nouvelle disposition lui autorise à réduire le montant des amendes, dans le cas où une telle réduction procède. Il faut noter qu'une réglementation du programme de clémence est en cours de préparation. Le pouvoir de l'autorité colombienne pour négocier et réaliser des accords avec des entreprises semble toujours limité par comparaison avec celui des autorités française et américaine. La nouvelle réforme de 2009, habilite également à la SIC pour négocier et accepter les engagements présentés par les entreprises lors d'une investigation à leur encontre ou bien dans le cadre du contrôle des concentrations (v. article 16, loi 1340 de 2009). Le défi pour l'autorité reste néanmoins celui d'établir de critères claires et objectifs en matière de garanties, afin rendre ce dispositif attirant pour les opérateurs économiques. En ce sens, le régime des programmes de clémence français (communiqué de procédure du 2 mars 2009) et communautaire (le programme de clémence de 2006) peut constituer des références utiles pour l'autorité colombienne ; v. pour une présentation des programmes de clémence en droit français et communautaire, François MELIN, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence : droit français et droit communautaire*. Paris : Joly éd., 2010, notamment pp. 75 et ss. et 137 et ss.

⁶⁸⁹ Voir infra, p. 244 et s.

Retenons à ce stade que la conciliation de ces intérêts particuliers devant l'autorité de concurrence ne comporte pas la clôture de l'investigation administrative que la SIC peut éventuellement réaliser afin de sauvegarder des intérêts collectifs aussi en jeu. De plus, quelque soit la modalité de résolution des conflits entre opérateurs (que le législateur colombien opte ou non pour une séparation de l'organe décisionnel et de celui chargé du règlement des différends au sein de la structure de l'autorité de concurrence), l'autorité de concurrence doit être en mesure de prendre une décision contraignante afin de résoudre les litiges entre les entreprises concernées.

Pour certains auteurs, le pouvoir de prendre des mesures contraignantes présente des avantages déterminants en termes de simplicité, d'efficacité, de rapidité, d'acceptabilité et de prévention⁶⁹⁰. Suivant cette approche, les autorités de concurrence doivent disposer d'une large palette de pouvoirs dans laquelle s'inscrit la répression des comportements contraires aux règles du marché concerné⁶⁹¹. La sanction semble témoigner d'une forme de régulation qui se rapproche en quelque sorte plus du dirigisme économique que de la modification des comportements des

⁶⁹⁰ En ce sens, Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes ? », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2001, numéro spécial, p.137.

⁶⁹¹ Cependant, octroyer un pouvoir de sanction à une autorité de régulation indépendante a suscité certaines controverses en France et aux Etats-Unis, notamment eu égard au principe de séparation des pouvoirs (suivant cette approche, il est étonnant qu'une même entité puisse cumuler un pouvoir normatif – pouvoir réglementaire et décisionnel –, et un pouvoir répressif. Par exemple, une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'énoncé à l'article 16 de la Déclaration de 1789, interdirait ce cumul de fonctions entre les mains d'une même autorité). Le Conseil constitutionnel français par ses décisions, a néanmoins accepté la nécessité de confier une telle prérogative aux autorités administratives indépendantes à la fin des années quatre-vingts, en l'encadrant très fortement. Le Conseil constitutionnel a tout d'abord coupé court à l'argument de la violation du principe de la séparation des pouvoirs (décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, considérant numéro 27, au delà du rejet de l'atteinte à ce principe, le Conseil constitutionnel ne voit pas non plus d'objection à ce que ce soit une autorité administrative qui l'exerce). Comme le juge colombien, le Conseil prend néanmoins le soin d'indiquer que les AAI sont de nature administrative et non juridictionnelle, même si elles exercent des fonctions « quasi-juridictionnelles ». Il faut ensuite noter que le Conseil constitutionnel français, ce qui a également été le cas du juge constitutionnel colombien, s'est employé à limiter le champ d'application des fonctions « quasi-juridictionnelles » des AAI. Ainsi par exemple, dans la décision relative au C.S.A., le Conseil a précisé que les pouvoirs de sanction s'exerçaient « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (n°88-248 DC du 17 janvier 1989, considérant numéro 27). Il a aussi implicitement précisé que l'exercice de ce pouvoir doit être assorti « par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droit et libertés constitutionnellement garantis ». En effet, dans ces décisions relatives à la CSA, COB et l'ART, par exemple, le juge français établit que la procédure doit être contradictoire et permettre l'existence d'un recours devant une juridiction. Enfin, il faut noter que, quant à la sanction elle-même, le Conseil relève, outre le principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de motivation, le principe de sa proportionnalité et sa prescription dans le temps.

opérateurs par la concertation⁶⁹². L'attribution d'un pouvoir de sanction plus ou moins indépendant, dans la limite du champ d'application prévu par le législateur et sous réserve d'un recours de pleine juridiction, apparaît comme une alternative commune des législateurs des systèmes ici étudiés.

Les sanctions pour violation en matière de concurrence ont été introduites depuis la loi 155 de 1959, même si, dans la pratique, l'imposition efficace de sanctions a été limitée. Il aura fallu attendre jusqu'aux années 1990 pour que le décret 2153 de 1992 octroie à la SIC de nouveaux pouvoirs décisionnels, tels que l'adoption d'ordres d'abstention et de cessation de comportements ou la fixation des amendes pour infraction au droit de la concurrence⁶⁹³. De même, et en cas d'urgence, l'autorité colombienne peut ordonner des mesures conservatoires. Le régime actuel de sanctions est commun aux différentes violations des normes de concurrence, tant pour les personnes morales que pour les personnes naturelles⁶⁹⁴. Les sanctions à la violation du régime de défense de la concurrence ont une prescription de cinq ans après la réalisation du comportement contraire à la concurrence.

Le sujet de la proportionnalité et du montant des amendes acquiert une importance majeure en droit colombien s'agissant de certaines atteintes au droit de la

⁶⁹² Voir dans ce sens, Ivan LUBEN « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation de télécommunications », *A.J.D.A.*, 2001, n°1, p. 128.

⁶⁹³ V. apparts 11, 13, 15.1 de l'article 4 du décret 2153 de 1992. Le décret 2153 de 1992 a attribué à la SIC, la fonction d'infliger des sanctions pour violation des règles sur des pratiques commerciales restrictives (comme c'est les cas des accords collusifs), pour violation aux normes sur la protection des consommateurs, ou pour ne pas attendre les instructions de l'entité.

⁶⁹⁴ Les amendes pour violation aux dispositions en matière de défense de la concurrence (y compris les omissions de répondre aux sollicitudes d'information, aux ordres et instructions de la SIC, l'obstruction des investigations, le manquement de l'obligation d'informer une opération de concentration) peuvent aller jusqu'à 100.000 salaires minimaux mensuels ou, si le montant est plus élevé, jusqu'à 150% de l'utilité dérivée de l'infraction. Le montant spécifique des amendes dépendra, parmi d'autres aspects, de l'impact du comportement de l'infacteur sur le marché et la taille de ce dernier, des utilités obtenues par les opérateurs infracteurs et leur degré de participation dans le comportement jugé contraire à la concurrence, du comportement des opérateurs objets de l'enquête, le patrimoine de l'entreprise concernée et le quota de participation qu'elle détient dans le marché. Quant aux personnes physiques, aux personnes qui facilitent, coopèrent, autorisent, exécutent ou tolèrent des comportements contraires aux dispositions de concurrence, la SIC peut leur imposer des amendes de jusqu'à 2000 salaires minimaux mensuels. Le montant de l'amende dépendra de quelques éléments similaires à ceux des personnes juridiques ; v. article 25 loi 1340 de 2009. De même, sont considérés comme circonstances aggravantes la persistance du comportement, l'existence d'antécédents par rapport aux infractions ou le manquement aux obligations acquises par les opérateurs économiques ou le degré de participation (leader ou promoteur du comportement, par exemple) à l'infraction. En revanche, la coopération avec l'autorité de concurrence sera considérée comme une circonstance atténuante de la sanction.

concurrence considérées comme particulièrement graves⁶⁹⁵. C'est le cas par exemple des ententes. Le débat n'est pas exclusif au cas colombien et se centre principalement sur deux arguments : d'un côté, il est légitime de considérer que l'imposition de sanctions économiques élevées peuvent nuire à la capacité des opérateurs économiques de réaliser des investissements (ou bien nuire à la capacité financière des PME)⁶⁹⁶ et, d'autre part, il est également légitime de croire que l'imposition de sanctions économiques trop faibles puisse nuire au pouvoir de dissuasion de l'autorité de concurrence (le degré d'efficacité des actions de l'autorité de concurrence pourrait se réduire)⁶⁹⁷. En outre, dans l'hypothèse de sanctions considérablement élevées, les sanctions financières peuvent directement se répercuter sur le consommateur dans la mesure où les opérateurs, proposant un tarif devant couvrir leurs frais, intègrent *a priori* ou *a posteriori* le montant des sanctions qu'ils sont susceptibles de subir ou qu'ils ont effectivement liquidé⁶⁹⁸. Faut-il commencer à réfléchir sérieusement à des sanctions alternatives ne portant pas préjudice directement au consommateur ?⁶⁹⁹. La

⁶⁹⁵ Il est possible de citer plusieurs sources dans ce sens. Prenons à titre d'exemple une résolution récente du Parlement européen du 9 mars 2010, sur le rapport de la Commission sur la politique de concurrence de 2008, adopté, entre autre sujets, à propos de la politique de sanction des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'UE. A cet occasion, le Parlement affirme que les ententes portent atteinte à l'économie et font partie des violations les plus graves du droit de la concurrence. La résolution du Parlement souligne que les ententes constituent une des plus graves violations du droit de la concurrence, car elles perturbent la chaîne de valeur, nuisent aux consommateurs et ont des effets très négatifs sur l'économie. Voir aussi la première intervention publique du nouveau commissaire européen chargé de la concurrence, Joaquin ALMUNIA, le 9 février 2010.

⁶⁹⁶ En ce sens, dans sa résolution du 9 mars 2010, le Parlement se déclare préoccupé par le fait que l'application d'amendes très élevées en guise d'instrument unique pourrait manquer de nuances. Il demande alors qu'un éventail d'instruments plus sophistiqués soit élaboré par la Commission, couvrant notamment la responsabilité individuelle, la transparence et la responsabilité des entreprises, préconisant une approche du bâton et de la carotte, qui prévoit des sanctions réellement dissuasives, en particulier pour les récidivistes, et encourageant le respect des règles. De nouvelles alternatives devraient également être mises en place, pour prendre en compte les situations des PME. Le Parlement européen invite la Commission à instaurer par exemple le principe de la responsabilité individuelle. S'agit-il de la responsabilité pénale de personnes physiques ? Une telle alternative pourrait s'avérer un instrument efficace dans la mesure où il ne semble pas être soumis aux aléas inhérents aux périodes de crise économique. En effet, l'expérience américaine semble montrer que ce type de sanctions n'affecte pas en principe les capacités d'investissement (voire de créer des emplois) des entreprises concernées.

⁶⁹⁷ Les sanctions (amendes) qui aujourd'hui existent pour les entreprises qui conforment des cartels sont considérées comme peu élevées, tout au moins en-dessous du niveau nécessaire pour qu'elles deviennent un facteur de dissuasion et inférieurs au montant des dommages causés à la société ; v. en ce sens le deuxième rapport du Comité de la concurrence de l'OECD de 2002. « *The Second Report also compared estimates of unlawful gains from cartels in a number of cases with the financial sanctions imposed in the same cases, and found that in virtually all of the examined cases the fines imposed were below the level of fines that would be considered an optimal deterrent, and in most cases were substantially below that level* », v. Commentaires sur le deuxième rapport réalisés par le Comité de concurrence de l'OECD de 2005 (2005b), p. 2.

⁶⁹⁸ En ce sens, Thiery TUOT, *op.cit.*, p. 136.

⁶⁹⁹ V. Résolution du Parlement Européen du 9 mars 2010, précitée.

SIC semble avoir dans ce domaine une liberté d'appréciation assez étendue⁷⁰⁰. Comme noté précédemment, le législateur colombien a récemment décidé d'augmenter le montant maximum des sanctions que la SIC peut imposer⁷⁰¹. Cela ne doit pas pour autant se traduire par une volonté absolue de favoriser une approche de sanctions économiques élevées, même s'il est nécessaire de renforcer le pouvoir de dissuasion de la SIC. Une possible restriction à la liberté que les autorités de concurrence semblent avoir pour déterminer le montant des sanctions économiques à infliger, se trouve dans le souci de prévisibilité de la sanction⁷⁰². Une première observation concerne l'intensité que l'on souhaite donner à cette prévisibilité. Une totale lisibilité pour les entreprises peut s'avérer particulièrement dangereuse et contreproductive si l'objectif demeure bien la dissuasion⁷⁰³. Une deuxième observation concerne l'impartialité de la procédure. C'est pourquoi il a été recommandé de renforcer l'impartialité de la procédure de prise de décision, ce qui augmenterait la prévisibilité (voire acceptabilité) des sanctions⁷⁰⁴.

La question de la constitutionnalité de l'attribution à la SIC par le législateur de la faculté d'imposer des sanctions pour manquement aux instructions ou pour omission du devoir d'information ou de notification des projets de concentration

⁷⁰⁰ Il faut toutefois nuancer la capacité de la SIC dans la pratique pour imposer des sanctions économiques. Ceci semble d'ailleurs le cas de plusieurs autorités de concurrence. Prenons par exemple le cas de l'autorité de concurrence française. Une affaire récente peut illustrer ceci (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010, qui réforme la décision 08-D-32 de l'ancien Conseil de la concurrence). Cette affaire n'a pas échappé aux critiques. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris réduit de façon drastique le montant des amendes infligées par le Conseil de la concurrence. Alors que ce dernier avait prononcé des amendes d'un montant total d'un peu de plus de 575 millions d'euros, la réduction des amendes entreprise par la Cour d'appel de Paris s'élève à 500 millions d'euros, de telle sorte que le montant des amendes infligées à l'issue de l'appel n'est plus que de 75 millions d'euros. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris ne craint pas d'affirmer qu'un cartel peut être d'une gravité modérée. En outre, s'agissant de l'importance du dommage à l'économie, si la Cour de Paris valide globalement l'approche du Conseil, elle parvient néanmoins à la conclusion que le dommage causé à l'économie n'a pas eu l'importance considérable que dénonce la décision et que les sanctions devaient par conséquent être à ce titre atténuées.

⁷⁰¹ Le montant maximal des amendes qui peuvent être infligées aux personnes morales a été augmenté par la nouvelle loi 1340 de 2009 de 2000 à 100.000 salaires minimaux mensuels, c'est-à-dire, multiplié par cinquante (50). Le montant maximal des amendes qui peuvent être infligées aux personnes physiques a été à son tour accru de 300 à 2000 salaires minimaux mensuels, c'est-à-dire, une augmentation 6,7 fois supérieure.

⁷⁰² Il s'agit ici de rendre la sanction prévisible par les entreprises susceptibles de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles.

⁷⁰³ V. groupe de travail de l'*European Competition Authorities* (ECA) forum informel qui réunit les autorités de concurrence européennes (Union européenne et AELE), réalisé en 2008 sur les sanctions pécuniaires aux entreprises en droit de la concurrence. Dans ses travaux, l'ECA s'interroge sur le fait de savoir si, afin d'accroître son efficacité, la politique de sanction menée par les autorités de concurrence devrait être lisible et présenter un certain degré de prévisibilité.

entre entreprises a été portée récemment devant le juge constitutionnel⁷⁰⁵. Pour ce dernier, une des caractéristiques des sanctions administratives consiste en la possibilité d'établir des comportements à partir de propositions normatives amples et générales, susceptibles d'être concrétisées ensuite par l'autorité qui exerce l'activité de contrôle. Suivant cette approche, il suffit en droit colombien que le législateur détermine un comportement général contraire aux règles en matière de concurrence, pour qu'une délégation à l'autorité de concurrence, entité qui exerce les fonctions d'inspection, surveillance et contrôle, l'habilite à définir le contenu concret du type de sanction, dans le cadre prévu par le législateur⁷⁰⁶. « C'est bien ce dernier qui définit les aspects essentiels des comportements reprochables, la nature de la sanction et les paramètres pour déterminer le *quantum* de celle-ci »⁷⁰⁷. De plus, les dispositions légales qui régulent le contrôle des intégrations des entreprises et, de manière plus générale, la libre concurrence économique, devront également servir de critère à l'autorité de concurrence pour définir, de manière concrète, les comportements reprochables. Si bien que cette attribution législative de la SIC a été déclarée conforme à la Constitution⁷⁰⁸.

Quant à l'acceptation des sanctions pénales, il ne semble pas exister en droit colombien un climat sociopolitique favorable à l'imposition de sanctions criminelles pour violation aux règles de la concurrence. Ceci pourrait être un sujet à traiter dans l'avenir. Le sujet porte un intérêt particulier s'agissant de certaines violations au droit de la concurrence, considérées comme particulièrement graves, telles que les cartels. Certains auteurs suggèrent à cet égard la réalisation d'une étude juridique visant à

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Avec le motif que seul le législateur est habilité pour déterminer les sanctions de manière détaillée, de telle sorte qu'il ne peut pas déléguer une telle attribution à une autorité administrative, car il s'agit d'un domaine réservé à la loi. Cour constitutionnelle, arrêt C-228 de 2010, précité.

⁷⁰⁶ En l'espèce, le législateur a habilité la SIC pour imposer les amendes contenues dans la loi 1340 de 2009 aux personnes morales dans deux cas : lorsqu'il y a un manquement aux ordres ou aux instructions de la SIC ou lorsque les entreprises omettent le devoir d'informer ou de notifier une opération de concentration. En outre, l'article 25 de la loi contient diverses règles qui définissent le contenu de la sanction : 1. la règle selon laquelle la sanction doit être une amende en faveur de la SIC ; 2. le montant maximum de 100.000 salaires minimaux mensuels ou, si le montant est majeur, jusqu'à 150% du profit résultant du comportement ; 3. les critères pour graduer la sanction économique (amende) en fonction de l'impact du comportement sur le marché, la dimension du marché affecté, le profit obtenu par l'infacteur, le degré de participation de l'opérateur concerné, entre autres, et 4. les circonstances aggravantes pour déterminer le montant de la sanction.

⁷⁰⁷ *Ibid.*; point 26.

comprendre ce refus à l'imposition des sanctions criminelles et pourquoi, dans la pratique, le nombre de demandes privées contre les cartels demeure relativement bas en Colombie⁷⁰⁹. Pour ces auteurs, il paraît exister une manque de conscience sur les possibles avantages de la concurrence sur les marchés⁷¹⁰.

D'un point de vue procédural, les modalités de saisine sont un élément traduisant la plus ou moins grande indépendance dans le processus de sanction. L'autorité colombienne à cet égard peut non seulement se saisir d'office d'un comportement répréhensible, mais également elle peut recevoir des plaintes de la part des opérateurs économiques intéressés. Ce dernier élément étant considéré comme un complément efficace dans la recherche d'infractions⁷¹¹. Dès lors, en l'absence d'une saisine élargie, seule l'autorité de concurrence qui a les moyens humains et des capacités d'investigations suffisants pour se rendre compte de la commission d'infractions, peut être efficace dans leur recherche.

L'étendue des compétences de l'autorité de concurrence colombienne apparaît également déterminée par les rapports fonctionnels que celle-ci maintient avec d'autres autorités nationales et supranationales susceptibles de participer à la formulation générale des politiques économiques et avec celles qui ont vocation à intervenir *ex ante* dans le domaine de la régulation économique, et plus concrètement, dans le domaine concurrentiel.

Section 2

LES RAPPORTS FONCTIONNELS DES AUTORITES DE CONCURRENCE

La nouvelle loi de la concurrence étend les compétences de la SIC. Désormais, l'autorité transversale colombienne est la seule compétente pour réaliser le contrôle de concentrations et des enquêtes en matière de pratiques anticoncurrentielles. La SIC est devenue l'autorité unique de la concurrence en Colombie. Ceci modifie les

⁷⁰⁸ *Ibid.*; point 26.

⁷⁰⁹ V. par exemple, Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p. 91.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p. 89

rappports entre la SIC et d'autres autorités nationales, telles que les autorités de régulation sectorielles⁷¹² En outre, la nouvelle mission de défense de la concurrence (*abogacía*) exige la participation de la SIC dans les processus d'élaboration des normes à caractère général qui peuvent être contraires à la concurrence.

Les dispositions contenues dans la réforme de 2009 cherchent à produire des décisions cohérentes et adaptées tant aux impératifs de la libre concurrence qu'aux nécessités de la libéralisation de certains secteurs économiques spécifiques. Il s'agit ici des rapports entre autorités « indépendantes »⁷¹³. Les rapports fonctionnels que les autorités de concurrence entretiennent avec d'autres autorités de régulation peuvent comporter certaines limites à leur liberté décisionnelle. La manière dont l'interdépendance, du moins sous la forme d'une coopération ponctuelle entre régulateurs, peut limiter l'indépendance fonctionnelle des autorités de concurrence, impose d'évoquer, en premier lieu, les rapports qu'entretiennent ces autorités avec d'autres autorités nationales (§1), puis, en second lieu, la coopération à l'échelle supranationale (§2).

§ 1. LES RAPPORTS AVEC LES AUTORITES NATIONALES

Le législateur colombien a pris le parti de confier à l'autorité de concurrence la sanction des comportements anticoncurrentiels, tout en confiant à d'autres autorités nationales la conception de la régulation générale (A) et sectorielle – ou multisectorielle –(B) de l'économie nationale.

A- LIMITES FONCTIONNELLES A LA REGULATION DE LA CONCURRENCE : LA REGULATION ECONOMIQUE GENERALE

⁷¹² La réforme de 2009 paraît privilégier les mécanismes d'interdépendance fonctionnelle. Pour Hubert DELZANGLES, le terme inter-indépendance est le produit de la fusion de deux autres termes, l'indépendance et l'interdépendance. Il est employé pour décrire une nouvelle problématique qui émerge de la nécessaire interdépendance entre autorités indépendantes dans un contexte globalisé. Il regroupe les situations dans lesquelles plusieurs autorités indépendantes doivent travailler en commun pour produire des décisions efficaces. Il comporte en lui-même la question du devenir de l'indépendance dans une situation d'interdépendance entre autorités de régulation ; v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 545.

La SIC participe à la formulation de la politique économique générale. D'une façon générale, l'article 2 du décret 2153 de 1992 attribue à la SIC la fonction de « conseiller le gouvernement national et de participer à la formulation des politiques publiques dans toutes ces matières en relation avec la protection des consommateurs, la promotion de la concurrence [...] ». Dans les cas prévus par cet article, il n'existe pas d'obligation pour les entités du gouvernement de consulter la SIC sur les projets de formulation des politiques économiques qui peuvent restreindre la concurrence. De plus, dans le cas où l'autorité transversale est consultée, son avis sur les politiques économiques élaborées par d'autres autorités n'est pas obligatoire.

D'autres activités ou processus nettement étatiques, tels que les achats publics, les concessions et les licences ou permis pour les professionnels ou commerciaux, ont échappé traditionnellement à l'intervention de la SIC, malgré l'impact que ces activités peuvent avoir sur les conditions concurrentielles des marchés. Par comparaison, dans une affaire récente relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur maritime entre la Corse et le continent, la Cour d'appel de Paris a précisé que si le juge administratif est bien seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, et, comme en l'espèce, de la procédure d'appel d'offres dans le cadre d'une délégation de service public et en prononcer le cas échéant l'annulation, l'Autorité de concurrence est compétente à son tour pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles cet appel d'offres s'adresse. Cette dernière peut également prendre des sanctions à l'encontre des entreprises dont le comportement serait constitutif d'une des pratiques prohibées par les articles L.420-1 et L.420-2 du code du commerce. L'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre d'un appel d'offres ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner les pratiques jugées anticoncurrentielles⁷¹⁴.

⁷¹³ Disposant du moins d'une simple autonomie fonctionnelle.

⁷¹⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 9 mars 2010, par cet arrêt la Cour rejette le recours formé par la SNCM, principalement fondé sur un moyen d'incompétence du Conseil à connaître la conformité de son offre au droit de la concurrence, laquelle relevait, selon elle, de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

En matière de commerce extérieur, l'article 32 de la loi 1340 de 2009, a habilité d'autres autorités pour défendre la production nationale « lorsqu'il existe des situations externes aux producteurs nationaux, qui affectent ou créent des distorsions dans les conditions de concurrence dans les marchés de produits nationaux ». La SIC peut assister au comité d'affaires douanières (*Comité de asuntos arancelarios*) et au comité des pratiques restrictives du Ministère de l'industrie et du commerce. L'objectif principal de ces comités est celui de défendre la production nationale face à des pratiques considérées comme anticoncurrentielles pratiquées par des entreprises étrangères. Quant aux traités internationaux, la SIC participe activement aux processus de négociation des accords et conventions internationaux. Une question qui reste ouverte en droit colombien est celle de savoir si la SIC peut s'éloigner de la politique économique tracée par le ministre de l'industrie et du commerce; la SIC appartenant au secteur ministériel qui préside le Ministre.

Le ministère de l'industrie et du commerce est l'autorité chargée de diriger la régulation économique générale applicable dans les marchés nationaux⁷¹⁵, la politique de la concurrence étant une des matières spécifiques comprises dans cette régulation économique générale. De même, la SIC appartient à ce secteur en tant qu'organe « rattaché » au ministère. Il est dès lors permis de se demander si l'activité de la SIC est encadrée par cette politique économique générale. Rappelons que la SIC peut subir un encadrement fonctionnel correctif et directif du ministre⁷¹⁶. Pour garantir une indépendance fonctionnelle réelle, une interprétation souple du principe de coordination administrative, sous la forme d'une coopération administrative, s'impose⁷¹⁷. Une telle vision est de surcroît nécessaire pour entreprendre une éventuelle externalisation de la régulation de la concurrence dans une autorité « indépendante » de l'exécutif⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Selon l'article 208 de la Constitution colombienne, le Ministre est le responsable de formuler la politique du secteur qu'il préside.

⁷¹⁶ Voir supra, p. 176. Ceci, il faut le rappeler, malgré l'autonomie fonctionnelle, administrative, budgétaire et technique qui lui est reconnue par les textes. Notamment l'article 1, décret 2153 de 1992.

⁷¹⁷ Une telle approche est possible à partir de la distinction réalisée par la Cour constitutionnelle colombienne entre ces deux principes. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-822 de 2004, précité.

⁷¹⁸ Voir supra, p.70 et s.

Il faut distinguer la situation de la SIC de celle des autorités française et américaine. Il ne s'agit pas en droit colombien d'une situation de partage des compétences entre l'autorité de concurrence et une autre autorité nationale à compétence transversale. Certes, l'autorité de la concurrence est la seule compétente pour organiser la régulation de la concurrence, mais, pour l'instant, elle demeure « rattachée » au ministère. Il est dès lors permis de se demander si elle peut organiser la régulation de la concurrence en s'éloignant des directives tracées par le ministre. Dans l'hypothèse où le législateur colombien décide d'« externaliser » la fonction de la régulation de la concurrence dans une autorité « indépendante » de l'exécutif, il semble possible instaurer un système d'organisation partagée entre deux autorités, ou bien opter pour l'application des règles de concurrence par une seule autorité.

La première option est celle retenue en droit américain. L'organisation de la régulation fédérale de la concurrence se trouve en fait partagée entre la division *antitrust* du département de la justice (DOJ) et la FTC⁷¹⁹. Un partage de compétences opère également en droit français. Sous le schéma antérieur à la réforme contenue dans la LME, le Conseil de la concurrence était l'autorité compétente pour organiser la régulation en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques commerciales restrictives du livre IV du code du commerce, tandis que la DGCCRF du ministère de l'économie et des finances était l'autorité compétente pour le contrôle *ex ante* des concentrations. Le ministère devait informer le Conseil de l'opération de concentration notifiée, qui à son tour devait se prononcer au moyen d'un avis simple. La LME transfère à la nouvelle Autorité le pouvoir de décision concernant la concentration économique des entreprises. Dans la nouvelle configuration, le ministre a conservé un pouvoir résiduel tenant à l'appréciation de l'opération en considération de motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence⁷²⁰.

⁷¹⁹ V. pour le cas américain, R. Hewitt PATE, « Antitrust Enforcement at the U.S. DOJ: Issues in Merger Investigations and Litigation », *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, p. 411; Howard W. COX, « Agency Investigations of Anticompetitive Conduct: Techniques and Focus », *Antitrust L. J.*, 1988, vol. 57, p. 579. Pour une analyse des rapports entre la Division Antitrust du Département de la Justice et la FCC, v. Rachel E. BARKOW et Peter W. HUBER, « A Tale of Two Agencies : A Comparative Analysis of FCC and DOJ Review of Telecommunication Mergers », *U. Chi. Legal F.*, 2000, Antitrust in the Information Age, p. 29.

⁷²⁰ Le texte prévoit que le ministre pourra, au terme de la phase II, évoquer l'affaire « pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, mais compensant l'atteinte portée le cas échéant à cette dernière par l'opération ». Par ailleurs, le texte précise, outre les motifs d'intérêt général pouvant conduire le ministre à évoquer l'affaire, que ce dernier devra motiver sa décision. Ces deux éléments – évocation de l'affaire pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de

Par comparaison, la nouvelle loi de concurrence colombienne dispose que l'exercice des mécanismes d'intervention de l'Etat dans l'économie, suivant le mandat prévu dans les articles 333 et 334 de la Constitution, constitue une restriction au droit de la concurrence, dans les termes de cette intervention. Parmi les mécanismes d'intervention de l'Etat énumérés par cette loi on trouve les fonds de stabilisation des prix, les fonds parafiscaux pour le développement du secteur agricole, l'établissement de prix minimum de garantie, la régulation des marchés internes des produits agricoles prévue dans le décret 2478 de 1999, les accords en chaîne dans le secteur agricole, le régime de sauvegarde, et les autres mécanismes prévus dans les loi 101 de 1993 et 81 de 1998.

La régulation économique générale peut alors constituer une limite à la liberté d'organisation de la régulation de la concurrence de la SIC. Toutefois, les limites fonctionnelles à l'activité de la SIC ne proviennent pas seulement de la régulation économique générale. De telle sorte que quelques restrictions peuvent avoir également leur origine dans les régimes sectoriels.

B- LIMITES FONCTIONNELLES A LA REGULATION DE LA CONCURRENCE : LES REGIMES SECTORIELS

Pour faire évoluer un marché qui, d'une part, doit intégrer des obligations spécifiques liées à la réalisation d'objectifs d'intérêt général et, d'autre part, connaît une concurrence imparfaite, vers une concurrence effective, règles sectorielles et règles de concurrence devraient intervenir de concert⁷²¹. Inspiré peut être par cette vision de complémentarité entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence,

la concurrence et motivation de la décision – devraient être suffisants pour éviter toute dérive du ministre concernant l'appréciation concurrentielle de l'opération. Reste à déterminer la nature des opérations qu'il est susceptible de mettre en œuvre.

⁷²¹ Bien que le droit des pratiques et le droit de la régulation n'aient pas les mêmes objectifs, ils servent tout les deux, par des moyens différents, à amener progressivement un marché vers une

le législateur colombien a introduit diverses normes de concurrence dans des secteurs économiques déterminés et a instauré des autorités spécialisées compétentes. Ces autorités ont été chargées d'organiser la régulation de la concurrence pour ces secteurs. La politique transversale⁷²² de défense et promotion de la concurrence a opéré, par conséquent, de manière « résiduelle » là où ces autorités spécialisées devaient intervenir. Conformément au choix législatif, les autorités sectorielles devaient introduire, de manière volontariste, la concurrence sur ces secteurs économiques, tandis que l'autorité de concurrence devait la maintenir en l'état, en sanctionnant des possibles atteintes⁷²³.

Conformément à un tel modèle, les commissions de régulation, la superintendance des services publics et la SIC veillaient ensemble au respect des règles en matière de pratiques restrictives, abus de position dominante et contrôle des fusions et acquisitions. Prise en l'état, cette vision impliquait qu'aucun problème de concurrence entre règles sectorielles et règles transversales ne puisse se poser⁷²⁴. Toutefois, au moins dans la pratique, l'affirmation législative de la complémentarité des deux formes de régulation n'a pas résolu la question d'une possible application cumulée – et éventuellement conflictuelle –, de la régulation sectorielle *ex ante* ou *ex*

situation de maturité et concurrence efficace (libéralisation complète). Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 555.

⁷²² Les autorités de régulation sectorielles sont communément décrites comme des autorités exerçant une régulation verticale. En revanche, les autorités nationales de concurrence peuvent agir quelque soit le secteur, c'est-à-dire, de manière transversale. D'où le fait que la coopération entre les deux soit qualifiée d'inter-régulation croisée. (v. Loïc GRARD, « L'inter-régulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in GRARD, Loïc (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », Journée d'études Jean Monnet, 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n°2, supplément à la semaine juridique n°19 du 6 mai 2004, p.12.

⁷²³ Comme note précédemment, la libéralisation des services publics au début des années 1990 a introduit des réformes qui ont affecté la politique de la concurrence. Ces normes ont créé trois commissions de régulation (CRT, CREG et CRA) avec des facultés générales en matière de concurrence et de prévention des pratiques monopolistiques et des facultés de régulation « classiques », tels que la fixation des tarifs, conditions de licitation, régulations techniques et commerciales, par exemple. En outre, ces normes ont créé une Superintendance des services publics afin de protéger les consommateurs, de surveiller les comportements des anciens monopoles publics et d'imposer des sanctions une fois constatées des pratiques restrictives. Ces réformes ont créé un modèle institutionnel de régulation « décentralisé » de défense et de promotion de la concurrence.

⁷²⁴ Marie-Anne FRISON-ROCHE évoque cette hypothèse mais uniquement en l'abordant sous l'angle de sa solution dans la mesure où elle précise l'existence d'une « double compétence des autorités de concurrence et régulation, rendant impérative la bonne intelligence entre les deux branches du droit » ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), « Droit de la régulation, questions d'actualité », Rencontres Petites affiches du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 6.

post et de la sanction *ex post* des comportements anticoncurrentiels des opérateurs. Comme le suggère l'expérience européenne, l'indétermination des frontières entre droit de la régulation et droit de la concurrence sur des marchés à concurrence imparfaite⁷²⁵, comme c'est le cas des marchés en cours de libéralisation, rend difficile une spécialisation institutionnelle dans son application⁷²⁶.

L'introduction des mécanismes de coopération est alors apparue nécessaire en droit colombien⁷²⁷. D'un côté, les règles sectorielles et les règles de la concurrence semblent être applicables de manière cumulée, voire concurrente, ce qui comporterait une nécessaire coopération entre les autorités chargées de les mettre en œuvre. De l'autre côté, le droit de la concurrence appliqué à des marchés en cours de libéralisation a vocation à participer à leur ouverture. Le droit de la régulation appellerait de surcroît une intervention des considérations inhérentes au droit de la concurrence pour faciliter la libéralisation des secteurs⁷²⁸. Toutefois, avant de réorganiser les outils de coopération, il aurait fallu réorganiser les compétences entre

⁷²⁵ En ce sens, « les questions et les doutes concernant les frontières de la régulation tiennent certainement à la complexification de la matière, à la difficulté objective d'établir des frontières entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence et à l'impossibilité de trouver des critères incontestés pour tracer des frontières » ; Laurence BOY, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *European University Institute Florence, Working Paper Law*, n°2004/9, p. 9.

⁷²⁶ Il semble exister une place pour la régulation dans le droit de la concurrence. De même, la régulation sectorielle ne conduirait pas à écarter, dans les secteurs qui y sont soumis, l'application du droit général de la concurrence. Jean-Yves CHEROT, « rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », *op.cit.*, p.6.

⁷²⁷ Rapport O.E.C.D. de 2004. Par comparaison, la Commission européenne considère, d'une part, que « les règles de la concurrence et la réglementation sectorielle forment un ensemble cohérent de mesures propres à assurer un environnement de marché libéralisé et concurrentiel dans le secteur des télécommunications de l'Union européenne » (Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E, n°C265 du 22 août 1998, p.2). Elle envisage, d'autre part, la possibilité qu'un même comportement puisse être appréhendé par les deux types de règles, sectorielles et transversales : « Outre les règles *ex ante* que celles-ci contiennent [la directive « pleine concurrence » et la directive « pleine connexion »] les dispositions du traité en matière de concurrence sont également applicables » (Communication de la Commission relative à la tarification de l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, J.O.C.E, n° C 84 du 19 mars 1998, p. 3). Le fait qu'un comportement puisse être à la fois saisi par la régulation sectorielle en amont, puis par les règles de concurrence en aval, aurait conduit le droit communautaire à exiger une coopération minimale. Le droit communautaire impose, dans certaines directives de libéralisation des marchés, la coopération entre autorités de régulation et autorités de concurrence nationales sur des sujets déterminés. V. par exemple, dans le secteur des communications électroniques, le trente cinquième considérant de la directive cadre (directive 2002/21/CE) dispose que « les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence devraient se communiquer les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières, afin de pouvoir coopérer pleinement ».

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 6.

les autorités sectorielles et l'autorité transversale. Le choix opéré par le législateur colombien a été celui d'organiser la régulation de la concurrence autour d'une seule autorité : la SIC. Par cette « concentration » de l'application des règles de concurrence dans l'autorité transversale, le législateur colombien a peut être cherché à axer la coopération institutionnelle sur cette autorité. Il a en tout cas attribué à la SIC la nouvelle mission de défense (*abogacía*) de la concurrence, de telle sorte qu'elle est désormais habilitée à participer dans les processus de formulation des régulations sectorielles⁷²⁹.

La nouvelle loi de la concurrence⁷³⁰ étend la juridiction de la SIC afin d'inclure toutes les facultés d'investigation de comportements anticoncurrentiels, abus de position dominante et fusions et acquisitions des entreprises, dans tous les secteurs économiques⁷³¹. La SIC devient alors l'autorité « unique » pour la sanction *ex post* des comportements anticoncurrentiels⁷³². A titre d'exemple, en matière de services publics domiciliaires, la loi 142 de 1994⁷³³ avait fixé les normes et principes sur la concurrence économique applicables à l'activité de prestation de ces services. Cette loi a habilité les trois commissions de régulation et la superintendance des services publics pour veiller au respect et pour sanctionner toute infraction des règles de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, énergie électrique et gaz et télécommunications. Avec la réforme contenue dans la nouvelle loi 1340 de 2009, la SIC a désormais la compétence exclusive en matière de défense et promotion de la concurrence dans le secteur des services publics domiciliaires. En outre, la loi 143 de 1994 avait établi le régime de la concurrence applicable aux activités de génération, interconnexion, transmission, distribution et

⁷²⁹ Article 7, loi 1340 de 2009. La SIC pourra rendre un avis préalable sur les projets de régulation qui peuvent avoir une incidence sur la libre concurrence des marchés. Les autorités de régulation sont tenues par cette norme d'informer la SIC des actes administratifs qu'elles envisagent d'adopter. On entend que cette obligation ne concerne que les actes administratifs qui ont une portée générale.

⁷³⁰ Loi 1340 du 24 juillet 2009.

⁷³¹ Article 6, loi 1340 de 2009. Cette loi contient toutefois trois exceptions : les concentrations d'entreprises surveillées par la Superintendance financière, certaines concentrations en matière de transport aérien et les accords et conventions entre entreprises du secteur agricole qui ont pour objet de stabiliser ce secteur de l'économie.

⁷³² L'objet de la loi 1340 de 2009 est d'actualiser la normativité en matière de défense de la concurrence pour la rendre conforme aux conditions actuelles des marchés, de faciliter aux usagers un suivi approprié et d'optimiser les outils dont disposent les autorités nationales pour réaliser leur mission constitutionnelle de protection de la concurrence économique sur le territoire national ; Article 1, loi 1340 de 2009.

⁷³³ Modifié par la loi 689 de 2001.

commercialisation d'électricité et avait attribué à la Commission de l'énergie et du gaz combustible (CREG) des facultés pour appliquer ces règles⁷³⁴. A partir de la nouvelle loi 1340 de 2009, la SIC est aussi devenue la seule autorité compétente pour la défense et promotion de la concurrence dans le secteur de l'énergie à des fins non domiciliaires. La réforme de 2009 a également « concentré » l'application des règles de la concurrence du secteur des télécoms au profit de la SIC. Elle déroge sur ce point le décret 1900 de 1990, qui fixait les dispositions sur la concurrence dans le domaine des télécommunications⁷³⁵ et le décret 2122 de 1992 qui a créé la Commission des télécommunications – aujourd'hui la CRC –, autorité sectorielle chargée de la promotion de la concurrence du secteur. De même, ont été transférées les compétences du Ministre des communications pour sanctionner les infractions des normes de la concurrence applicables au secteur. La SIC est alors devenue la seule autorité compétente en matière de défense et promotion de la concurrence dans le secteur des télécommunications. S'agissant ensuite du secteur de la télévision (ouverte comme par souscription), la loi 182 de 1995 habilitait la CNTV à appliquer les normes de la concurrence du secteur. Avec la nouvelle loi 1340 de 2009, la SIC est la seule autorité compétente en matière de défense et promotion de la concurrence dans ce secteur. Nous pouvons enfin citer le cas du transport aérien. Hormis les contrats expressément indiqués dans la loi, la SIC sera désormais la seule autorité compétente pour l'application des règles de concurrence du secteur⁷³⁶.

⁷³⁴ Ils existent en Colombie environ quarante entreprises d'électricité, et les entreprises privées génèrent presque soixante pour cent de l'électricité nationale. Ils existent également environ soixante entreprises pour la commercialisation, dix pour la transmission et trente pour la distribution.

⁷³⁵ L'entreprise nationale des télécommunications (TELECOM) se trouvait dans une situation de monopole dans ce secteur jusqu'en 1998. C'est bien en 1998 que la libéralisation du secteur a commencé effectivement. Actuellement, la participation de *Colombia telecomunicaciones* (achetée par *Telefónica* d'Espagne) est de l'ordre de 50-60% du trafic de longue distance national et du 45% du trafic de longue distance international. Le nombre d'opérateurs de téléphonie locale est important, mais la concurrence entre eux ne s'est développée que dans les grands marchés, tels que Bogota, Cali et Barranquilla.

⁷³⁶ V. paragraphe article 8, loi 1340 de 2009. L'Aéronautique civile considère qu'elle est l'autorité compétente pour connaître des concentrations entre entreprises du secteur et non seulement des contrats énumérés dans la loi. Suivant l'approche retenue par l'autorité du secteur du transport aérien, la liste des contrats contenus dans la loi ne sont que des exemples de possibles intégrations sur lesquelles elle serait appelée à exercer un contrôle. Pour la SIC, en revanche, l'Aéronautique ne serait compétente que pour ces contrats énumérés de façon taxative dans la loi. En outre, si les contrats énumérés dans la loi constituent une opération de concentration, l'autorité transversale se déclare la seule compétente. Pour cette dernière, une approche différente serait contraire à l'intention du législateur de « concentrer » l'application des règles de la concurrence au profit de la SIC.

Dans le cas de certains secteurs économiques spécifiques la SIC continue à avoir un rôle limité. La réforme contenue dans la loi 1340 de 2009 contient quelques exceptions. Autre que celle consacrée pour le transport aérien, l'autorité compétente pour contrôler *ex ante* les intégrations des entreprises du secteur bancaire reste la Superintendance financière. Le secteur financier colombien est régulé par le décret 663 de 1993 qui donne à la Superintendance bancaire la compétence pour surveiller, contrôler et sanctionner le manquement aux obligations contenues dans ces dispositions, tels que la sanction des comportements anticoncurrentiels et le contrôle des concentrations des entités qu'elle surveille. Ce décret a été récemment modifié par la loi 1328 du 15 juillet 2009. Cette nouvelle loi « centralise » au profit de la SIC – ce qui a été repris également par la loi 1440 de 2009 –, l'application des règles de concurrence aux entreprises du secteur, mais seulement en matière de pratiques commerciales restrictives et de concurrence déloyale. La superintendance financière demeurant alors compétente pour réaliser le contrôle des opérations de concentrations des entreprises du secteur financier⁷³⁷. Dans ce dernier cas, la Superintendance financière doit demander l'avis technique (l'analyse économique de l'opération) de la SIC avant de se prononcer sur l'opération de concentration sous contrôle.

En ce qui concerne le secteur agricole, la SIC est habilitée pour connaître de tous les accords et conventions qui n'ont pas pour objet de « stabiliser ce secteur de l'économie ». Cela sera probablement le ministère de l'agriculture l'autorité compétente pour déterminer si l'accord est ou non « stabilisateur ». La SIC doit du moins être en mesure de demander au Ministère de démontrer que, dans les cas des dénommés « secteurs basiques », il n'existe pas d'autre instrument moins nuisible à la concurrence pour arriver à cette « stabilisation » du secteur⁷³⁸. En outre, le ministère de l'agriculture semble disposer d'une ample marge d'intervention dans la formulation des politiques publiques capables de porter atteinte à la concurrence des

⁷³⁷ L'article 9 de la loi 1340 de 2009 attribue à la SIC l'évaluation des possibles pratiques restrictives de la concurrence (accords et abus de position dominante) réalisées par les entités financières et laisse entre les mains de la Superintendance financière le contrôle des intégrations. L'autorité transversale a cependant la possibilité de rendre des avis déterminants.

⁷³⁸ En ce sens, Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p. 90.

marchés, comme par exemple la fixation des prix minimaux et la réalisation d'accords verticaux⁷³⁹.

Les commissions de régulation et les autres superintendances continueront à adopter les régulations *ex ante* dans les secteurs de leur compétence⁷⁴⁰. Selon une étude réalisée par l'UNCTAD, elles sont appelées à déterminer ce qui constitue l'« intérêt public » au travers d'une évaluation technique des conditions du marché⁷⁴¹. Pourtant, cette même étude indique que les restrictions à la concurrence au moyen des régulations *ex ante* peuvent être assimilées à des « *market failures* », dans le sens qu'elles sont capables d'inhiber les mécanismes de sélection du marché. « Les restrictions de la régulation peuvent aller jusqu'à promouvoir entre les opérateurs présents dans un marché un comportement visant à des finalités contraires à celles

⁷³⁹ Dans une affaire récente, les entreprises productrices de sucre (*ingenios*) sanctionnées pour avoir accordé le prix de la canne à sucre ont présenté un recours de révision (*reposición*) devant la SIC. Ils estiment que le Ministre d'agriculture est le compétent pour réguler les marchés internes des produits agricoles. Ils estiment en outre que la SIC a du « suivre » l'avis contenu dans une lettre du ministère, selon lequel les prix de la canne à sucre ont été « historiquement pactés ». La SIC est en train de décider ce recours. Mais, en l'espèce, ces arguments, croit-on, ne doivent pas être retenus. En effet, il n'y a pas de réglementation du ministère sur le prix de la canne à sucre qui exclut ou limite (conformément à l'article 31 de la loi 1340 de 2009) l'application des règles de concurrence. Si nous admettons que la SIC n'est pas compétente, nous laisserons à la volonté des *ingenios* (économiquement plus puissants que les producteurs de canne), et non aux règles du marché, la détermination du prix de ce produit. En outre, conformément à l'article 8 de la loi 1340 de 2009, l'avis des autorités sectorielles n'est pas obligatoire pour l'autorité de concurrence. Dans la résolution attaqué, la SIC avait conclu que l'accord sur le prix de la canne nuit gravement sa production, ce qui peut avoir un fort impact négatif sur l'économie nationale. Pour la SIC, le fait qu'une pratique puisse être considéré « historique », ne suffit pas pour la « légitimer » à la lumière des dispositions en matière d'accords (loi 155 de 1959 et décret 2153 de 1992). Si bien que la « coutume n'est pas reconnue en droit colombien lorsqu'elle est *contra legem* ». Puis, d'un point de vue organique, la SIC est « rattachée » au ministère de l'industrie et du commerce et non pas au ministère de l'agriculture.

⁷⁴⁰ En droit colombien, le législateur a choisi de confier à l'autorité de concurrence la sanction des comportements anticoncurrentiels et d'une conception sectorielle de la régulation à l'autorité sectorielle. Dès lors, sur un même domaine, interviennent à la fois les règles du droit de la régulation et celles du droit des pratiques anticoncurrentielles. Quelle que soit la répartition des tâches entre autorités de concurrence et autorités de régulation choisies actuellement par le législateur national pour éviter une incohérence dans la mise en œuvre de ces deux types de règles, une collaboration entre autorités semble inévitable.

⁷⁴¹ Pour l'UNCTAD, les autorités de régulation devraient tenir compte de ces trois principes essentiels lors de l'examen et de l'adoption des règles des marchés qu'elles régulent : premièrement, ces autorités de régulation ne devraient pas imposer de restrictions à la concurrence, sauf dans le cas où un impératif d'intérêt général – qui peut être démontré objectivement – justifie une restriction. Deuxièmement, les propositions de nouvelles régulations qui limitent la concurrence devraient être limitées dans le temps (avoir par exemple une durée maximum de cinq ans). Troisièmement, les révisions aux régulations qui limitent la concurrence devraient être régulières, réalisées par une entité indépendante, et assurant un degré minimum de participation des citoyens. UNCTAD, *Manuel pour la formulation et application des lois de concurrence*, éd. 2004 en espagnol, précité, p. 127. Le problème se présente surtout dans la détermination des instances et les cas où la nécessité de réguler doit limiter la libre concurrence en fonction de l'intérêt public. Cependant, qui définit et de quelle façon ce qui constitue l'intérêt général ?

d'efficacité et d'innovation »⁷⁴². Ce souci d'articuler la régulation sectorielle avec les règles de concurrence, peut aider à comprendre pourquoi la réforme opérée en 2009 impose au gouvernement et aux autorités de régulation sectorielles de consulter la SIC, dans les projets visant à modifier la régulation en cours et qui peuvent avoir des effets sur la libre concurrence⁷⁴³. L'incorporation des impératifs de concurrence dans la définition des politiques publiques peut par ailleurs constituer une alternative pour créer une « culture de la concurrence » en droit colombien. La création de mécanismes de contrôle par la société là où la formulation des politiques économiques pourrait entrer en conflit avec ces impératifs de concurrence peut de surcroît représenter un pas intéressant pour essayer d'atténuer les possibles effets de dénaturalisation des impératifs de concurrence⁷⁴⁴. Par la réforme de 2009, la SIC est donc habilitée pour émettre un avis préalable sur les projets de régulation étatique des autorités de régulation qui peuvent avoir des effets sur la concurrence des marchés. Cet avis n'est pas obligatoire pour les autorités sectorielles. Cependant, ces dernières devront expliquer les raisons pour lesquelles elles s'éloignent des recommandations de l'autorité transversale.

⁷⁴² Les résultats peuvent même être similaires à ceux que l'on trouve dans les scénarios de monopole : prix élevés, une qualité moyenne des biens et des services, et un comportement visant à obtenir des bénéfices par la manipulation de la régulation, et non pas par le comportement le plus compétitif dans le marché, ce qui aurait comme effet un préjudice pour le consommateur. Une énumération des restrictions à la concurrence par la régulation *ex ante* inclut: 1. restrictions de la régulation à l'entrée au marché, tels que l'attribution des licences et franchises ; 2. les monopoles gouvernementaux, y compris les monopoles en matière de services publics ; 3. les contrôles à la commercialisation des produits agricoles. 4. les restrictions permises aux collègues professionnels pour cartelliser la provision des services professionnels.

⁷⁴³ Article 7, loi 1340 de 2009.

⁷⁴⁴ Il existerait quatre domaines où l'intervention des critères de concurrence résulte fondamentale afin de déboucher sur un contrôle efficace des politiques publiques gouvernementales (dans ces domaines la dichotomie entre régulation et politiques de concurrence est présente) : la régulation des monopoles naturels ; l'accès aux infrastructures essentielles, les aides et subventions aux entreprises de l'État et la restructuration des marchés monopolistiques. En matière de monopoles naturels, l'existence de barrières d'entrée élevées peut empêcher que ces marchés adoptent une structure distincte à celle d'un monopole. Dans ce cas, les prix du marché devraient refléter les coûts actuels et ne pas inclure de premium qui les place dans un niveau supra-concurrentiel. Face aux situations de monopoles naturels, il semble y avoir peu d'options pour les régulateurs. Une alternative consiste dans le contrôle direct des prix (fixation d'un prix maximum, par exemple). S'agissant de l'accès aux infrastructures essentielles, le régulateur doit assurer l'accès aux services offerts au travers de l'infrastructure en question. La régulation devrait ensuite éviter l'attribution des aides et subventions qui discriminent les entreprises. La suppression des restrictions à la concurrence ne saurait constituer une condition suffisante pour assurer des niveaux de concurrence adéquats dans une économie. Le régulateur devrait alors tenir compte de certaines stratégies structurelles pour compenser l'existence des marchés monopolistiques. Le régulateur pourrait par exemple assurer une séparation des responsabilités commerciales et de régulation ; assurer la séparation des composants de monopoles

Dans le sens inverse, la SIC devra communiquer aux autorités de régulation sectorielles et aux autres superintendances compétentes, les concentrations des entreprises et les investigations des pratiques restrictives à la libre concurrence en cours. Ces autorités peuvent émettre un avis technique, lequel n'est pas obligatoire pour la SIC. L'autorité transversale devra toutefois expliquer les motifs pour lesquels elle ne suit pas l'avis technique de l'autorité sectorielle. Désormais, les autorités sectorielles devront apporter, pour le moins, une assistance technique à l'autorité de concurrence en cas de besoin. Si bien qu'il a été recommandé à la SIC de renforcer les liens de coopération et d'appui technique formels et informels qu'elle entretient avec les autorités sectorielles⁷⁴⁵.

Si la réforme de 2009 impose la coopération institutionnelle aux autorités susceptibles de participer à la régulation de la concurrence en droit colombien, nous devons regretter toutefois l'absence d'indications sur les outils (autres que le recours à des avis) et procédures de coopération interinstitutionnelle. Malgré une référence expresse, ces outils et procédures de coopération pourraient trouver un fondement dans la nécessité de garantir l'effet utile des règles de concurrence⁷⁴⁶. En Europe, divers choix ont été opérés par les Etats membres afin d'encadrer les rapports fonctionnels des autorités susceptibles de participer à l'organisation de la régulation

naturels des composants potentiellement compétitifs ; assurer la séparation des activités potentiellement compétitives dans des unités d'affaire plus réduites. UNCTAD, *op.cit.*, p. 129.

⁷⁴⁵ Selon les articles 8 et 10 de la loi de 2009, tous les comportements des opérateurs économiques régulés qui peuvent porter atteinte à la concurrence dans ces marchés sectoriels rentrent dans le champ de compétence de la SIC. Cette dernière doit informer les autorités sectorielles des investigations ou activités de contrôle des concentrations de ces entreprises. Contrairement à l'avis technique, lequel est facultatif, la loi semble imposer à ces autorités sectorielles l'obligation de porter assistance technique à la SIC, au moyen de rapports informels entre ces autorités. Dans son rapport présenté à la CAF, Luis Felipe ZULETA recommande à la SIC de créer des liens informels et de renforcer ceux formels avec les régulateurs sectoriels, afin de maximiser la coopération et l'appui technique institutionnel. Luis Felipe ZULETA, *op.cit.*, p. 89.

⁷⁴⁶ En ce sens, la jurisprudence de la CJCE a posé comme principe que le droit de la concurrence continue à s'appliquer lorsque la régulation sectorielle n'empêche pas les opérateurs de se livrer à un comportement autonome pouvant empêcher, restreindre ou fausser la concurrence. Notamment, pt. 34, arrêt C.J.C.E. du 11 novembre 1997, *Commission et France c/Ladbroke Racing*, aff. C-359/95 ; Laurence IDOT, *Europe*, janvier 1998, p.18. Dans le sens contraire, l'affaire *Trinko* de la Cour suprême américaine peut être interprétée comme excluant l'application des règles de concurrence aux opérateurs d'un secteur qui ont fait l'objet de la mise en œuvre de mesures spécifiques de régulation sectorielle (*Verizon Communications Inc. v. La Offices of Curtis Trinko*, 13 janvier 2004, 540 US., (2004), n°02-862). Même si le débat semble rester ouvert, ce qui pourrait du moins être conclu pour l'instant est que le droit de la concurrence inclut une part de régulation et la régulation fait appel à des considérations issues des règles de la concurrence.

de la concurrence. Un premier modèle consiste en charger l'autorité de la concurrence avec la régulation d'un ou plusieurs secteurs spécifiques. C'est notamment le cas allemand. Entre 1998 et 2005, le législateur allemand a chargé l'autorité transversale de la concurrence (« *Bundeskartellamt* ») de la régulation du domaine énergétique⁷⁴⁷. Un deuxième modèle, consiste en la spécialisation des compétences. C'est souvent l'approche retenue dans les pays de tradition romano-germanique⁷⁴⁸. Parmi les outils d'inter-régulation croisée employés par ce deuxième modèle se trouve d'abord le recours aux avis simples. Cet outil aurait l'avantage de renforcer l'influence de l'expertise émise⁷⁴⁹. Cependant, il n'empêche pas les divergences de positions, ce qui pourrait créer une insécurité pour les opérateurs⁷⁵⁰. Face à cet inconvénient, certains auteurs proposent d'introduire le mécanisme de l'« avis déterminant »⁷⁵¹. Il faut noter à cet égard que l'autorité transversale colombienne prépare en ce moment un projet de lignes directrices sur les formes de coordination avec les autorités de régulation sectorielles. Cette alternative ne semble pas pourtant avoir le charme suffisant pour échapper aux critiques. Les objectifs de la sécurité juridique semblent parfois difficilement conciliables avec la rapidité et l'évolution du système de régulation. Si bien que l'outil de l'« avis déterminant » peut ne pas aller dans le sens d'une régulation efficace⁷⁵². Un troisième modèle peut alors être exploré. Suivant

⁷⁴⁷ Pour une présentation de cette mesure et des raisons de son abandon en 2005, v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, pp. 568 à 569.

⁷⁴⁸ C'est en fait le cas pour la Colombie. Pour Hubert DELZANGLES, l'étude des décisions des ARI françaises démontre un strict respect du partage de compétences entre l'autorité sectorielle et l'autorité transversale. A ce titre, l'auteur explique comment l'A.R.T., saisie dans le cadre d'un règlement de différent entre ICS France et France Telecom, s'est déclarée incompétente en estimant qu'« il n'appartient pas à l'autorité, sur le fondement de l'article L.36-8 du code des postes et télécommunications, de se prononcer sur l'abus allégué de position dominante de France Telecom » (Décision n°00-703 de la A.R.T. du 7 juillet 2000, cité par Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 570.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 592.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 592.

⁷⁵¹ En ce sens, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », p. 616 ; cité par Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 594. Ce type d'avis devrait être suivi par l'autorité réceptrice, pour autant que celle-ci ne peut « avancer précisément une raison qui lui soit propre, justifiant que l'avis ne soit pas repris ». L'autorité destinataire devrait alors motiver explicitement les raisons de la divergence de vues avant de prendre une décision non conforme à l'avis. C'est le cas en droit colombien, rappelons-nous de l'avis de la SIC sur les projets de régulation des autorités sectorielles. La réforme opérée en 2009 impose à ces dernières l'obligation d'expliquer les motifs pour lesquels elles ne suivent pas l'avis de la SIC (article 7, loi 1340 de 2009).

⁷⁵² L'absence actuelle de procédure institutionnelle empêchant une divergence d'interprétation entre autorités sectorielles et autorités de concurrence pousserait les opérateurs à jouer sur plusieurs tableaux. Si la qualification juridique est ambiguë, l'opérateur pourrait choisir de saisir l'autorité de concurrence ou l'autorité sectorielle en fonction de l'orientation des décisions de l'une et de l'autre. Ce qui a été qualifié d'« *authority shopping* ». Cette expression est inspirée du rapport de l'Independent Regulatory Group (I.R.G.) position paper du 25 novembre 2002 ; Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 597.

l'approche retenue en droit britannique du regroupement formel ou informel des autorités susceptibles de participer à l'organisation de la régulation de la concurrence⁷⁵³, il semble possible aider à assurer la cohérence de la régulation et du droit de la concurrence par une solution institutionnelle permettant de mettre en place une véritable coordination de leurs activités. Il est envisageable alors la solution de l'association aux travaux des régulateurs sectoriels d'un membre de l'autorité de concurrence et inversement⁷⁵⁴. Une autre alternative, toujours sous cette dernière approche, consiste en la solution anglo-saxonne et espagnole des réunions informelles des représentants des régulateurs sectoriels et de l'autorité de concurrence. Ceci peut devenir un espace pour mettre en commun un ensemble d'affaires, de points de vues et de méthodes, visant à assurer une certaine cohérence entre les mesures de régulation *ex ante* et *ex post*. Mais le regroupement des autorités de régulation de la concurrence ne se ferait pas seulement à l'échelle nationale. Si bien que nous devons maintenant porter notre regard sur les rapports que l'autorité transversale de concurrence entretient avec d'autres autorités en dehors des frontières nationales.

§ 2. LES RAPPORTS AVEC LES AUTORITES SUPRANATIONALES

Dans une économie mondiale de plus en plus globalisée⁷⁵⁵, la politique de la concurrence doit également adopter une perspective mondiale. Pour les autorités nationales de la concurrence, une manière de répondre à ce défi consiste à renforcer et à étendre ses relations avec leurs partenaires dans le monde entier au sein de forums à la fois bilatéraux et multilatéraux.

⁷⁵³ V. pour une présentation de ce modèle, Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 587.

⁷⁵⁴ Solution qui aurait été déjà adoptée en France, dans la mesure où le Président de l'A.M.F. siège au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et le Président de la Commission bancaire est membre du collège de l'A.M.F., in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice GELARD, du 15 juin 2006, tome I, p. 76. Pourtant, si cette mesure paraît concevable en l'état, elle semble se heurter à deux considérations. D'une part, il apparaît que la confrontation entre une optique purement concurrentielle et une optique de régulation est salutaire. Dès lors, l'échange de personnel, par effet d'assimilation, pourrait rompre avec cette confrontation. D'autre part, cette alternative ne prendrait pas en considération la porosité des secteurs. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 599.

⁷⁵⁵ Sur la globalisation juridique, v. Sabino CASSESE: « L'ordre juridique global », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 7 ; Jean-Bernard AUBY., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris : Montchrestien, 2003.

L'activité de l'autorité colombienne de la SIC a commencé tardivement. Le décret 2153 de 1992 a introduit le principe selon lequel, les pratiques contraires à la concurrence qui sont réalisées en dehors du territoire national mais qui ont des effets sur le marché colombien, peuvent faire l'objet d'une enquête administrative de la part de la SIC⁷⁵⁶. Dans ce cadre, l'autorité unique de la concurrence a initié des enquêtes et a sanctionné pour pratiques anticoncurrentielles des entreprises étrangères qui opèrent sur le marché national, même dans l'hypothèse où les comportements reprochés ont été commandés par la société mère depuis l'étranger⁷⁵⁷. Ici, l'intervention de la SIC paraît orientée par le principe de traitement réciproque et égalitaire des entreprises nationales et entreprises étrangères (principe de non discrimination, contenu dans le GATT et dans la décision 608/05 de la Communauté Andine). Cependant, pour la réalisation des enquêtes et de ses études économiques la SIC tient compte de l'entourage international (concurrence des produits importés, l'entrée, actuelle ou potentielle, des concurrents étrangers, par exemple) dans la mesure où il est possible pour l'autorité colombienne de disposer des informations et conformément aux directives utilisées au niveau international pour la délimitation des marchés en question. Il n'y a pas de mention expresse dans les textes aux mécanismes spécifiques de collecte d'informations s'agissant d'entreprises ou de produits étrangers. La SIC peut essayer toutefois d'obtenir des informations au travers de la coopération internationale formelle et informelle avec ses homologues étrangères. Elle essaie en outre d'étendre les formes de coopération bilatérale au moyen des chapitres sur la concurrence contenus dans les accords de libre échange que le gouvernement négocie depuis quelques années.

Pour faciliter l'application des règles de concurrence aux entreprises étrangères, les accords commerciaux de libre échange négociés par exemple avec les Etats-Unis, le Canada et l'Association européenne du libre commerce (EFTA), contiennent des chapitres en matière de concurrence⁷⁵⁸. De même, le gouvernement colombien négocie en ce moment un chapitre en matière de concurrence dans le traité de libre échange avec l'UE. A l'intérieur de ces chapitres ont été établies des

⁷⁵⁶ « Principe des effets », Décret 2153 de 1992.

⁷⁵⁷ V. par exemple la résolution SIC n 51694 de 2008, dont l'autorité colombienne sanctionne des entreprises cimentières nationales et étrangères pour un accord de fixation du prix du ciment.

⁷⁵⁸ A ce jour, aucun de ces instruments n'est encore entré en vigueur.

obligations réciproques pour faciliter l'échange d'informations. En outre, ces compromis constituent un socle commun, à partir duquel les parties pourront souscrire ultérieurement des accords concrets de coopération sur des questions ponctuelles en matière de concurrence.

En matière de coopération bilatérale la SIC participe aux opérations de coopération technique avec ses homologues étrangères. D'une part, l'autorité colombienne a souscrit des projets bilatéraux de coopération technique et, d'autre part, elle a signée des « mémorandums d'entendement » avec plusieurs autorités étrangères. Il faut noter que ces projets de coopération ne concernent pas exclusivement le domaine de la concurrence. Un grand nombre de projets de coopération technique de la SIC ont été souscrits avec ses homologues étrangères en matière de propriété industrielle et de protection des consommateurs⁷⁵⁹. En outre, la SIC a également des projets et accords avec des autorités supranationales, tels que l'UNCTAD ou l'OCED.

La SIC peut être réceptrice d'assistance et de coopération technique. Un premier exemple de coopération et d'assistance technique est celle procurée par l'agence américaine pour le développement international (USAID)⁷⁶⁰. Un deuxième exemple est constitué par le projet d'assistance technique au commerce de l'Union européenne⁷⁶¹, auquel la SIC participe. Dans d'autres cas, la SIC développe des projets d'assistance et de coopération technique destinés aux autorités de concurrence

⁷⁵⁹ Nous pouvons mentionner les projets de coopération avec les autorités des pays tels que le Chili (avec le Service national du consommateur (SERNAC). L'objectif est celui de renforcer les mécanismes de protection des consommateurs de deux pays. Ce programme est financé par l'agence de coopération allemande GTZ), le Mexique (projet de capacitation technique en matière de métrologie entre la SIC et le Centre national de métrologie mexicain), la Corée du Sud (un projet en matière de métrologie avec l'Institut coréen d'investigations en science et technologie, KRISS), ou les Etats-Unis (un *mémorandum d'entendement* avec la Commission pour la sécurité des produits de consommation, pour des activités en matière de protection des consommateurs).

⁷⁶⁰ Le projet d'assistance technique avec USAID a pour objectifs principaux l'organisation des séminaires avec les PYMES, l'évaluation des procédures en matière de signes distinctifs, une étude sur l'état actuel du système de métrologie en Colombie, l'implémentation des lignes directrices en matière de concurrence.

⁷⁶¹ Le programme d'assistance technique avec l'Union européenne cherche à identifier et à appliquer des solutions pour réduire des obstacles au commerce. Au delà des objectifs en matière de protection des consommateurs, propriété industrielle et métrologie, la coopération avec l'UE vise fortifier le système de protection de la libre concurrence.

des pays voisins, tel que celui en vigueur avec le ministère équatorien de productivité et des industries⁷⁶².

Cette activité d'assistance institutionnelle peut comporter quelques restrictions à la liberté fonctionnelle des autorités de concurrence. Si l'autorité colombienne est par exemple destinataire de l'assistance technique en vertu d'un projet de coopération bilatérale souscrit avec une autorité étrangère, il se peut que, dans la pratique, cette assistance entraîne une forme de coordination technique, plutôt que de coopération technique. Dans cette hypothèse, il est possible envisager un encadrement fonctionnel sur l'autorité destinataire de l'assistance, tout au moins dans les domaines couverts par le projet bilatéral d'assistance. Il est légitime de se demander si, du moins dans le cadre de cette assistance technique, la liberté décisionnelle de la SIC peut être limitée par l'encadrement fonctionnel, sous la forme d'une coordination technique, qu'elle peut éventuellement subir de la part des autorités étrangères et supranationales chargées d'assurer cette assistance.

Dans le domaine de la coopération multilatérale, la SIC a participé aux activités organisées par le Réseau international de la concurrence (RIC), dont elle est une autorité membre. Elle contribue aussi aux groupes de travail organisés par le réseau. Le RIC paraît offrir aux autorités membres un forum spécialisé et informel pour le maintien des contacts et pour traiter diverses problématiques sur la politique de la concurrence⁷⁶³. L'objectif semble être celui d'établir un dialogue ouvert entre diverses autorités de concurrence nationales et supranationales, ainsi qu'à identifier des principes communs pour l'application des règles de concurrence. Ce qui peut probablement assurer une plus grande concurrence à l'échelle mondiale.

La coopération institutionnelle entre autorités de concurrence peut également contribuer à l'application harmonieuse et efficace des règles de concurrence au sein de la Communauté Andine des nations (CAN). Ceci peut constituer un outil efficace pour avancer dans l'approfondissement d'un marché commun. La décision 608/05 de

⁷⁶² Il s'agit d'un *mémoire d'entendement* pour développer *best practices* en matière de défense de la concurrence et protection des consommateurs avec le MIP équatorien. Un des objectifs consiste à structurer un schéma de coopération entre les deux autorités. Dans le cadre de cette coopération, la SIC assiste à l'autorité équatorienne.

⁷⁶³ V. le site institutionnel du réseau, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

la Communauté Andine sur la protection et la promotion de la libre concurrence, norme qui interdit les pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante et ententes)⁷⁶⁴ constitue un pas dans cette voie. Cette décision appelle en fait au travail harmonieux entre les différentes autorités nationales des Etats membres. Il faut alors développer tant des mécanismes de coopération bilatéraux que des mécanismes multilatéraux, tels que le travail en réseau semblable à celui qui existe au sein de l'Union européenne.

En droit européen, le travail en réseau s'étend à tous les domaines du droit de la concurrence. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le travail en réseau a un système de mise en œuvre qui se caractérise par un partage des compétences entre les autorités nationales et la CE. En revanche, dans le contrôle des concentrations et des aides d'Etat, le partage de compétences est exclusif. La mise en œuvre du travail en réseau résulte, par conséquent, plus complexe, par des procédures comme celle de renvoi en matière de concentrations. En matière d'aides d'Etat, il résulte difficile d'associer les autorités de concurrence nationales pour une surveillance en amont.

Le réseau européen de la concurrence est conformé par les autorités nationales de concurrence des Etats membres et la Commission européenne (DG concurrence). Le réseau opère sur la base de la réglementation 1/2003, laquelle a créé des mécanismes de coopération entre les ANC et la CE dans l'application des règles de concurrence⁷⁶⁵. Le REC a été formalisé par la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence de 2004. Il est accompagné par la mise en place d'un comité consultatif en matière d'ententes et de position dominante, prévu à l'article 14 du règlement 1/2003. En dehors de l'effet de mode, car parler de « réseau » semble être à la mode, le réseau se montre comme une manifestation du principe de coopération entre les autorités communautaires et les autorités des Etats membres. Il faut noter que ce phénomène dépasse le droit de la concurrence, car on met en place le travail en réseau aussi à un niveau qui comprend la réalisation d'un marché intérieur dans certains secteurs (comme par exemple ceux

⁷⁶⁴ La libre concurrence dans la sous-région est régulée par la décision 608 de 2005. Le texte de cette décision est disponible sur le site institutionnel de la CAN : <http://www.comunidadandina.org/competencia.htm>.

⁷⁶⁵ Réseau européen de la concurrence (REC) *Brief*, n 2, p. 1. Disponible sur le site Internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html

de l'électricité, gaz, télécoms). Pour les autorités sectorielles on a mis également en place un réseau⁷⁶⁶.

S'agissant de la France, il existe un problème spécifique lié au fait de l'existence pendant quelques années de deux autorités de concurrence. Toute la question est à présent de savoir en quelle qualité la DGCCRF prendra place au sein des comités consultatifs consacrés à l'examen de questions transversales ou sectorielles participant à la définition de la politique de la concurrence, ainsi qu'à des réunions informelles organisées au sein du REC. Le ministère sera alors le « représentant supplémentaire de l'Etat membre, compétent en matière de concurrence » visé à l'article 14, 2, alinéa 2, du règlement 1/2003. Ici l'enjeu n'est pas symbolique dans la mesure où il porte sur l'accès à l'information en temps réel. Les autorités de concurrence nationales se trouvant destinataires très en amont de l'ensemble des documents relatifs aux questions traitées lors de ces réunions. La loi de modernisation de l'économie de 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant sur la modernisation de la régulation de la concurrence ont modifié le cadre institutionnel du contrôle des concentrations. En effet, depuis 1986, le ministre ne statue plus sur les affaires *antitrust*, de sorte que, si le ministre a été jusqu'à présent considéré comme ANC au sens de l'article 35 du règlement 1/2003, c'est uniquement parce qu'il participe à l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au titre de son pouvoir d'enquête⁷⁶⁷. S'il ne statue pas, il contribue à leur application en apportant à l'autorité de concurrence qui statue sur les cas des indices de la violation des règles *antitrust* communautaires. En outre, en 2008, l'autorité de la concurrence (ADLC) a récupéré les prérogatives du ministre en matière de contrôle des concentrations et s'est vue reconnaître le pouvoir effectif de réaliser des enquêtes relatives à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Le ministre, de son côté, a conservé le pouvoir d'enquête, certes plus encadré que par le passé dans la mesure où le rapporteur général dispose d'un

⁷⁶⁶ Pour une présentation du réseau des autorités de régulation sectorielles, v. Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, pp.629 à 684. Le modèle le plus achevé semble être pourtant celui mis en place par le règlement 1/2003.

⁷⁶⁷ J.O.C.E, C115/47, du 9 mai 2008 ; v. Également les ouvrages de Vito MANGUINI et Gustavo OLIVIERI, *Diritto antitrust*. 3e éd. Torino : G. Giappichelli, 2009 ; Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*. 4e éd. Paris : Sirey , Dalloz, 2008; et Daniel MAINGUY et Jean-Louis RESPAUD, *Droit de la concurrence*. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2010.

pouvoir d'évocation des enquêtes au stade de leur déclenchement puis au stade du rapport d'enquête.

La participation de l'autorité de concurrence et de la DGCCRF aux travaux des comités consultatifs prévus par les règlements communautaires relatifs aux pratiques anticoncurrentielles, au contrôle des concentrations et aux activités des groupes de travail du REC (réunions plénières, réunions des groupes horizontaux et sectoriels) s'exerce à présent selon les modalités suivantes : premièrement, s'agissant des comités consultatifs, l'ADLC assure seule la représentation de la France dans les comités consultatifs consacrés à l'examen de cas individuels en matière d'entente et d'abus de position dominante. Elle y exerce le droit de vote. Cependant, les positions françaises sur les questions soumises au vote peuvent être préparées lors d'une concertation préalable entre l'autorité de concurrence et la DGCCRF, opérée à l'initiative de l'une ou l'autre des deux institutions. Dans ce but, la DGCCRF est informée des réunions programmées par la Commission européenne et se trouve destinataire de l'ensemble des documents relatifs à ces contentieux. Deuxièmement, en ce qui concerne les réunions du REC, la nouvelle organisation vaut également pour les réunions entre les autorités nationales de concurrence et la Commission, organisées dans le cadre du REC à côté ou en amont des comités consultatifs expressément prévus par le règlement 1/2003. En effet, le réseau va au-delà de la mise en œuvre des strictes compétences d'application des articles 81 et 82 prévues par le Règlement 1/2003 et, comme l'indique la Communication sur la coopération entre autorités de concurrence, il est aussi «un forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de la concurrence et son contrôle (...) et constitue le socle sur lequel s'appuient la création et la préservation d'une culture de la concurrence en Europe». La DGCCRF y participe dans la mesure où les discussions à l'intérieur des forums et groupes de travail ne portent pas sur des cas individuels. Troisièmement, quant aux comités compétents en matière de concentrations, l'ADLC participe à tous les comités organisés en application de l'article 19 du règlement n° 139/2004 du Conseil de l'UE pour statuer sur un projet de concentration (article 19 §3) ou sur un projet de disposition d'application du règlement précité, et y exerce le droit de vote. La DGCCRF participe à ces comités au nom du gouvernement. Les positions françaises sur les questions soumises au vote sont préalablement concertées entre l'autorité de concurrence et la DGCCRF dans les

conditions prévues pour les comités consultatifs en matière de concurrence. Ces nouvelles dispositions traduisent clairement l'intérêt que le ministre porte à l'élaboration de la politique communautaire de la concurrence ainsi que son souhait de ne pas interférer dans l'application contentieuse de ces règles. Elles ne modifient pas la représentation française au sein des instances internationales traitant de concurrence (O.C.D.E., ICN, par exemple).

Un aspect clé pour comprendre la pratique du REC est la répartition des cas. En droit européen, la répartition des cas présente un aspect substantiel (critères de répartition des cas relevant des articles 81 et 82) et un aspect procédural (mécanismes de répartition mis en place). Il est important d'indiquer que le règlement 1/2003 ne prévoit pas lui-même des critères de répartition. C'est finalement la Commission qui a développé les critères de répartition dans deux communications du paquet de modernisation. D'une part, la Communication sur le réseau et, d'autre part, la communication sur le traitement des plaintes⁷⁶⁸. La Commission explique qu'il peut y avoir trois situations : d'abord, une seule autorité est la mieux placée (elle a en conséquence une compétence exclusive). Ensuite, il se peut que deux autorités interviennent (car si plus de trois doivent intervenir, il serait préférable, dans ce cas là, que la Commission intervienne). Enfin, la CE est l'autorité compétente.

Il reste encore à préciser la question des renvois d'affaires au sein du REC en matière de contrôle de concentrations. Les renvois d'affaires de dimension communautaire vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission⁷⁶⁹. En vertu de l'article L. 430-3 du

⁷⁶⁸ V. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, J.O.C.E., C 101 du 27 avril.2004 et la Communication sur le traitement des plaintes déposés au titre des articles 81 et 82 CE, J.O.C.E, C-101/05, du 27 avril 2004.

⁷⁶⁹ Les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du règlement. Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (dénommé « Formulaire RS ») « que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai

code du commerce, le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire fait l'objet d'un communiqué publié par l'autorité de la concurrence. Ces opérations sont publiées sur le site internet de l'autorité, dans les opérations en cours d'examen, comme les opérations notifiées directement à l'autorité.

Le renvoi peut aussi opérer dans le sens inverse. Les concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement, ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22 du règlement. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension communautaire mais doit être notifiée dans trois États membres ou plus, le règlement (CE) n° 139/2004, dans le souci de « garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée soient évitées dans toute la mesure du possible », permet aux parties de la concentration de demander un renvoi à la Commission européenne⁷⁷⁰.

En outre, l'article 22 du règlement n° 139/2004 CE prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui « affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande ». La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées.

de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers les autorités françaises, le droit national des concentrations s'applique. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité de la concurrence. Le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut de surcroît être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 lorsque « la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct » (article 9.2.a), ou qu'« une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun » (article 9.2.b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale.

⁷⁷⁰ Cf. règlement n° 139/2004 CE, considérant n°14. Cette demande doit être faite avant toute notification aux autorités nationales compétentes. Les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres; aucune autre justification n'est nécessaire.

Par ailleurs, rappelons-nous que, selon le règlement (CE) n° 139/2004⁷⁷¹, la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.

Toutefois, pour les concentrations communautaires, les États membres « peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes »⁷⁷².

Le REC apparaît comme une plateforme où les autorités de la concurrence de l'UE peuvent coordonner leur action d'application du droit de manière constructive, assurer la cohérence et discuter de questions stratégiques d'intérêt commun. Le REC peut constituer un modèle pour avancer vers l'implémentation d'un réseau de travail des autorités de concurrence des États membres de la CAN. En 2008, le REC s'est réuni en différentes formations, allant de la réunion annuelle des directeurs de toutes les autorités de la concurrence aux sous-groupes sectoriels, sans oublier les sessions plénières et les groupes de travail. Les principaux thèmes discutés en 2008 concernaient: 1) les récentes évolutions de la politique de concurrence, 2) l'expérience des autorités nationales de la concurrence pour ce qui est des instruments d'application du droit prévus par le règlement n° 1/2003, 3) la révision de la politique de la Commission concernant les accords horizontaux et les restrictions verticales et 4) des sujets sectoriels tels que la rigidité des prix de détail, les dossiers liés aux commissions multilatérales d'inter-change (CMI) et à l'espace unique de paiements en euros (SEPA), ainsi que l'enquête relative au secteur pharmaceutique⁷⁷³.

⁷⁷¹ Paragraphe 3 de l'article 21.

⁷⁷² Sont considérés comme intérêts légitimes (...) la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. ». Rapport public annuel CE, 2008.

⁷⁷³ L'année 2008 a également vu la poursuite du processus de «convergence» observé dans le cadre du règlement n° 1/2003. Le programme modèle du REC en matière de clémence serait emblématique de cette tendance. Vers la fin 2008, 25 États membres disposaient de programmes de clémence, les deux derniers (Malte et la Slovaquie) devant en principe les introduire dans un avenir proche. De plus, de nombreux membres du REC ont aligné leurs programmes sur le programme modèle du REC ou sont en train de le faire. V. Rapport public annuel CE, 2008.

L'étendue de l'indépendance fonctionnelle dépend dans une large mesure de l'encadrement procédural exercé par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif dans sa mise en œuvre. Si celui-ci se limite à des contrôles d'efficacité *ex post*, une indépendance fonctionnelle peut être avancée. Au contraire, si l'opportunité des mesures adoptées par l'autorité de concurrence colombienne fait l'objet d'une appréciation politique et autorise l'introduction de modifications, l'indépendance fonctionnelle ne peut être aisément affirmée.

Chapitre 2

LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE

Le législateur colombien a opté pour un système public d'application du droit de la concurrence. Dans ce modèle, les autorités administratives sont appelées en principe à appliquer de manière directe les règles de concurrence, à constater leur infraction et, le cas échéant, à adopter les mesures nécessaires pour rétablir le correct fonctionnement du marché et imposer les sanctions correspondantes⁷⁷⁴. Il faut toutefois nuancer ce tableau. Cette application publique des normes de concurrence admet dans certains cas une application judiciaire ou privée⁷⁷⁵. C'est le cas en matière de concurrence déloyale⁷⁷⁶. En effet, une action privée en concurrence déloyale peut être intentée devant la SIC ou devant le juge civil. Dans ce cas, la victime peut alléguer la réalisation d'un comportement contraire au régime de la concurrence⁷⁷⁷ et solliciter subsidiairement l'indemnisation des dommages⁷⁷⁸. De même, les juges appliquent les normes de concurrence lorsqu'ils décident des actions populaires ou

⁷⁷⁴ Seulement après avoir été constaté l'infraction, le particulier lésé par la pratique anticoncurrentielle peut s'adresser au juge pour lui demander de déclarer la responsabilité civile de l'infacteur. La victime est soumise à deux procédures, une d'ordre administratif et une d'ordre juridictionnelle. L'acte administratif en ferme ou l'arrêt de contentieux administratif définitif, apparaît alors comme condition pour l'exercice des actions civiles. La victime semble manquer d'un moyen de défense en cas de caducité de la faculté de sanction de l'autorité administrative concurrence.

⁷⁷⁵ Il faut noter que la doctrine colombienne sur le sujet est inclinée à admettre l'application judiciaire directe des règles de concurrence. Par exemple, Alfonso MIRANDA semble admettre une telle application directe. Cet auteur distingue deux hypothèses : une première hypothèse est celle dans laquelle il existe déjà une procédure administrative en cours devant la SIC ou un procès contentieux administratif sur la nullité des actes de la SIC. Dans cette situation, le procès devant le juge civil est suspendu pendant que l'autorité de concurrence et/ou le juge administratif adoptent une décision. Une fois que la SIC et/ou le juge administratif se prononcent, le procès civil peut suivre son cours afin de déterminer l'existence de dommages. Il ne correspond pas, dans ce premier cas, au juge civil de décider du caractère anticoncurrentiel des pratiques. Une deuxième hypothèse est celle dans laquelle il n'existe pas de procédure ni devant la SIC, ni devant le juge administratif. Dans ce cas, il n'opère pas la *prejudicialidad*, de telle sorte que le juge civil pourra appliquer de manière directe les normes de la concurrence. V. Alfonso MIRANDA LONDOÑO, « El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas », *Revista CEDEC-Centre d'études en droit de la concurrence*, Bogotá: éd. Université Javeriana, 2002, n 3, p. 145.

⁷⁷⁶ V. lois 256 de 1996 et 446 de 1998.

⁷⁷⁷ Article 18 loi 256 de 1996.

⁷⁷⁸ Article 20 loi 256 de 1996. Dans ce cas, la victime obtient non seulement l'ordre du juge de cessation du comportement, mais également la réparation des dommages causés.

des actions de groupe dans les termes prévues dans la loi⁷⁷⁹. La jurisprudence arbitrale a admis également l'application par le juge des règles *antitrust*⁷⁸⁰.

Le droit colombien dispose que, contre les actes de concurrence déloyale, il est possible d'opposer d'une part, une action déclarative et de condamnation qui vise à obtenir une déclaration judiciaire de l'illégalité des actes commis⁷⁸¹ et, d'autre part, une action préventive ou de prohibition par laquelle la personne qui considère qu'elle peut résulter affectée par un comportement déloyal peut demander au juge ou à l'autorité de concurrence de prévenir le comportement qui est en train de se réaliser, même si ce comportement n'as pas encore causé de dommages⁷⁸². La loi 446 de 1998 a attribué à la SIC des compétences pour connaître des actions préventives et déclaratives contre les actes en concurrence déloyale⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Article 34, loi 472 de 1998. Le juge peut appliquer les normes de concurrence afin de constater s'il existe un péril ou dommage contingent à un droit collectif (action populaire) ou pour déterminer si l'infraction d'une règle de concurrence a produit un dommage à un groupe de personnes qui doit être réparé (action de groupe). Il faut rappeler qu'en droit colombien la libre concurrence économique est un droit et un intérêt collectifs (articles 338 et 88 de la Constitution de 1991). Par comparaison, l'ancien commissaire à la concurrence, Mario MONTI a présenté le 10 mai 2010 les résultats de la réflexion que José BARROSO lui avait demandé de mener en octobre 2009 dans la perspective de l'élaboration d'une stratégie visant à relancer, avant 2012, le marché intérieur, 20 ans après la naissance de l'UE, établie en 1992 par le traité de Maastricht. M. MONTI plaide pour un renforcement des mécanismes d'exécution des règles et des décisions en appelant de ses vœux une initiative législative sur l'action de groupe: « L'Europe devrait donc progresser sur la voie de la création de son propre modèle de mécanisme de recours collectif tout en évitant le modèle de la class action de type américain. Les mesures prises au niveau de l'UE pour encourager le règlement des litiges collectifs dans et en dehors des tribunaux renforceraient la confiance des consommateurs dans le marché unique, augmenteraient les transactions transfrontières et stimuleraient la concurrence entre les entreprises » (voir p. 47). Pour l'ancien commissaire, cette mesure devrait être introduite en priorité pour le commerce électronique. En outre, si le droit d'obtenir une indemnisation pour des dommages consécutifs à une infraction au droit de l'UE est le même pour tous les citoyens de l'UE, le document présenté par M. MONTI dénonce que l'accès à ce droit est variable. « Les voies de recours et les procédures diffèrent d'un État membre à l'autre, puisqu'elles sont inscrites dans le système juridique national. Il en résulte une forte inégalité entre États membres sur le plan de la protection du droit à l'indemnisation. Des experts ont calculé que le montant des indemnités non recouvrées dans l'UE pouvait atteindre plus de 20 milliards par an ». Des garanties minimales qui permettent aux victimes d'infractions au droit de la concurrence de faire valoir effectivement leur droit à une indemnisation devant les tribunaux nationaux devraient être favorisées. Le rapport du professeur MONTI est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf.

⁷⁸⁰ Cette jurisprudence paraît indiquer que la compétence de la SIC n'est pas exclusive. D'une part, il ne semble pas exister une règle qui dispose que la SIC est la seule autorité compétente. D'autre part, aucune disposition ne semble exiger une décision administrative préalable pour pouvoir avoir accès à une procédure judiciaire. Sentence arbitrale du 18 mars 2002, Tribunal d'arbitrage qui a résolu le conflit entre *Cellular Trading de Colombia Ltda.*, *Cell point* et *Communication Celular S.A.*, *Comcel*.

⁷⁸¹ Cette déclaration peut avoir des conséquences telle que celle d'ordonner à l'infacteur de cesser le comportement, prendre les mesures nécessaires afin de rétablir la concurrence et indemniser, le cas échéant, les dommages causés, article 20 de la loi 256 de 1996.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ Loi 446 de 1998.

A côté de sa mission en matière de concurrence déloyale juridictionnelle, la SIC a des missions en matière de défense et de promotion de la concurrence, tels que le contrôle des concentrations et l'enquête et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, de l'abus de position dominante et de la concurrence déloyale administrative. Pour accomplir ces missions, la SIC a par exemple des pouvoirs d'enquête, d'alerte et de collecte des informations, ainsi qu'un pouvoir de sanction des comportements contraires à la concurrence. De même, la SIC a un pouvoir d'édicter des actes de portée générale. Ces compétences semblent déterminer l'étendue de son degré d'indépendance fonctionnelle. Afin d'encadrer la liberté décisionnelle de l'autorité de concurrence, le législateur colombien a instauré des procédures qui doivent être suivies devant l'autorité de concurrence⁷⁸⁴ (section 1). Ces différentes procédures déterminent le régime applicable aux actes de l'autorité de concurrence (section 2).

Section 1

LES PROCEDURES DEVANT L'AUTORITE DE CONCURRENCE

Pour assurer des compétences si diversifiées, l'autorité colombienne dispose de deux types de procédures. Ces procédures semblent déterminées par les modalités d'intervention de l'autorité de concurrence. D'une part, l'autorité colombienne intervient *ex post*, comme c'est le cas en matière de détection et de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. D'autre part, l'autorité colombienne intervient *ex ante*, tel qu'en matière de contrôle des concentrations. Pour la première modalité d'intervention, la procédure devant la SIC est une procédure contradictoire (§ 1). Pour la seconde modalité d'intervention, la procédure est fondée sur la

⁷⁸⁴ Comme la théorie du *principal-agent* le suggère (voir par exemple, Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 17 ; Thomas SCHWARTZ, « Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms », *op.cit.*, pp. 165 à 179), en externalisant la fonction de régulation de la concurrence dans des autorités administratives (agent), le législateur (principal) peut se trouver face à un risque de conflit entre les objectifs et aspirations des administrateurs experts et les préférences du Congrès. Ce risque augmenterait en cas de plus d'autonomie fonctionnelle. Ce conflit d'intérêts s'explique par des asymétries des informations entre le principal et son agent ou par les déficiences dans la conception et le fonctionnement de l'autorité de concurrence, ou encore par les deux. Ces risques peuvent être réduits par la détermination *ex ante* des procédures, qui facilitent au législateur la possibilité d'identifier des questions techniques, telle que une méthode d'analyse économique employée par l'autorité de concurrence, ou bien de prévoir le résultat possible des investigations qui se déroulent devant elle (voir de manière générale, Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 724).

« coopération » avec les particuliers et d'autres autorités administratives. Il s'agit d'une procédure administrative dans laquelle différents acteurs « coopèrent » de manière volontaire ou par mandat légal avec l'autorité de concurrence, afin d'élaborer les règles de portée générale ou pour éviter les effets anticoncurrentiels de certaines opérations (§ 2).

§ 1. LA PROCEDURE CONTRADICTOIRE *EX POST*

Il est possible d'identifier en droit colombien deux types de procédures *ex post*. D'une part, une procédure juridictionnelle en matière de concurrence déloyale qui oppose les intérêts particuliers des entreprises ou des groupes d'intérêts devant l'autorité de concurrence, qui participe comme arbitre du libre jeu de la concurrence. Il s'agit de l'action privée en concurrence déloyale, dont la procédure est celle du procès verbal du Code de procédure civile (A). D'autre part, une procédure administrative contentieuse en matière de concurrence déloyale administrative et de pratiques anticoncurrentielles qui oppose l'intérêt public aux intérêts des opérateurs économiques concernés. Il s'agit d'une application publique des règles de la concurrence, dont la procédure est essentiellement celle du régime de défense de la concurrence⁷⁸⁵ (B).

A- LA PROCEDURE JURIDICTIONNELLE DEVANT LA SIC

Malgré la nature administrative de la Superintendance de l'industrie et du commerce, la loi 446 de 1998 lui attribue des fonctions juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs⁷⁸⁶. Ceci apparaît comme

⁷⁸⁵ Décret 2153 de 1992. Les dispositions du Code contentieux administratif et du Code de procédure civile (notamment en ce qui concerne les preuves) s'appliquent également aux enquêtes en matière de concurrence qui se déroulent devant la SIC, de manière à ce qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions du décret de 1993.

⁷⁸⁶ Articles 143, 144, 145, 147 et 148 de la loi 446 de 1998. L'article 147 dispose que la Superintendance et les juges sont compétents à prévention – ce qui exclue la compétence d'autres autorités – pour connaître des « affaires en matière de concurrence déloyale ». Pour le juge constitutionnel, s'il existe une compétence en matière de prévention il est clair qu'il s'agit d'une fonction juridictionnelle, comme celle qu'exercent les juges de la République en vertu de la loi 256 de 1996. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-649 du 20 juin 2001. Nous nous concentrerons sur l'examen de la procédure juridictionnelle en matière de concurrence déloyale, l'examen des spécificités propres à la procédure en matière de protection des consommateurs ne faisant pas partie du présent paragraphe. Ce choix s'explique par le fait que, malgré les missions de l'autorité de concurrence en matière de protection des consommateurs, de contrôle des chambres de

une particularité de l'autorité colombienne. Pour le juge constitutionnel colombien, lorsqu'on transfère une compétence judiciaire à une autorité administrative, il faut assurer l'efficacité des principes qui orientent l'administration de la justice, tels que les principes d'indépendance, d'impartialité, de liberté institutionnelle et d'autonomie. Dès lors, « celui qui agit comme juge devra être étranger aux parties du litige (impartial), sujet uniquement au droit et non aux instructions de ses supérieurs (indépendance), et disposer d'une stabilité suffisante pour exercer son indépendance et son autonomie (inamovibilité) »⁷⁸⁷. En l'absence d'un mandat assurant une stabilité suffisante du Superintendant de l'industrie et du commerce, le droit colombien contemple la mise en œuvre d'une procédure proche de celle qui se déroule devant les tribunaux de commerce et, à défaut de ces derniers, devant les tribunaux civils du circuit⁷⁸⁸.

commerce, de propriété industrielle et de métrologie, la présente étude porte sur l'indépendance de la SIC, en tant qu'autorité dans le domaine de concurrence.

⁷⁸⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle, T-200/04 du 4 mars 2004 ; v. article 116 de la Constitution de 1991, « *la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas* ».

⁷⁸⁸ Avant la réforme opérée en 2010, les procédures juridictionnelles devant la SIC se déroulaient conformément aux dispositions du procès sommaire (*abreviado*) prévues au chapitre I, titre XXII, livre III, du Code de procédure civile. Article 49 de la loi 962 de 2005 ; v. également les décrets 1400 et 2019 de 1970 (Code de procédure civile colombien). Entre 1998 et 2005, la procédure devant la SIC en matière de concurrence déloyale était celle prévue dans le Code contentieux administratif. Il faut noter qu'en droit colombien, le procès *abreviado* est un procès déclaratif, pris de la loi de jugement (*enjuiciamiento*) espagnole, et introduit en droit colombien en 1970, de manière transitoire. Au moment de l'adoption du Code de procédure civile de 1970, le principe d'oralité était pensé comme une solution efficace pour combattre le manque de rapidité dans les tribunaux. Cependant, l'efficacité du système n'a pas échappé au débat, de sorte que, pour certains auteurs, son succès n'a pas été le même partout (v. Ramiro BEJARANO, *Los procesos declarativos*, 4e éd., Bogotá : éd. Temis, p. 197). Au sein de la Commission chargée d'élaborer le projet du Code de procédure civile de 1970 il a été envisagé de rendre la plupart des procès oraux. Cependant, cette mesure ne semble pas avoir été bien accueillie par les avocats et juges, dû en partie à l'attachement du droit colombien au procès écrit. La Commission a opté alors pour un procès déclaratif « intermédiaire » entre celui ordinaire (écrit) et celui verbal. Ce procès « intermédiaire » est l'*abreviado* de la législation espagnole. Il faut noter que la Commission avait laissée également au gouvernement la possibilité de changer graduellement les procès écrits par des procès oraux (article 450 du CPC). Toutefois, la Cour suprême de justice (juge constitutionnel avant la création de la Cour constitutionnelle en 1991) avait déclarée inconstitutionnelle cette disposition (arrêt du 3 septembre 1971). Puis, en 1989, une nouvelle Commission chargée de réformer le CPC a adopté un premier brouillon qui supprimait le procès *abreviado*, en laissant seulement l'ordinaire (avec des termes réduits) et le verbal. Cependant, le Conseil d'Etat a estimé que les facultés conférées au gouvernement de l'époque étaient circonscrites à la simplification des procédures et démarches judiciaires et ne s'étendaient pas à la suppression d'un type de procès. Par la réforme opérée en 2010, le procès *abreviado* a été supprimé et la procédure qui se déroule devant la SIC est désormais celle du procès verbal. La *delegatura* pour des affaires juridictionnelles est en cours d'implémentation de cette réforme. Il reste à préciser que le Ministère de l'intérieur a élaboré un projet de loi portant sur un nouveau code de procédure civile. Ce projet, élaboré en mars 2011, ne semble pas revenir sur le caractère verbal du procès. Pourtant, on attend à ce

Quant à la légitimité active de l'action privée en concurrence déloyale, conformément à l'article 10 de la Convention de Paris⁷⁸⁹ toute personne qui participe ou démontre son intention de participer dans un marché, et dont les intérêts économiques résultent menacés ou lésés par les actes de concurrence déloyale, est légitimée pour l'exercice de l'action privé en concurrence déloyale⁷⁹⁰. Ces actions peuvent également être exercées par les associations ou syndicats professionnelles ou corporatifs, lorsque résultent lésés les intérêts de leurs membres⁷⁹¹. Les associations de consommateurs ont aussi qualité pour agir, mais dans la mesure où elles arrivent à démontrer que le comportement déloyal affecte de manière grave et directe les intérêts des consommateurs. Enfin, la *Procuraduría* est appelée à demander au juge de déclarer contraires à la concurrence certains actes des entreprises lorsqu'elle estime que ceux-ci affectent gravement l'intérêt public ou la conservation d'un ordre économique concurrentiel⁷⁹².

Quant à la légitimité passive de l'action privée en concurrence déloyale, celle-ci procède contre toute personne ou entreprise dont le comportement a contribué à la réalisation de l'acte de concurrence déloyale. En effet, la législation colombienne indique que cette action peut aller à l'encontre des personnes naturelles qui, en qualité d'opérateurs, réalisent leur activité économique dans un marché déterminé⁷⁹³. En outre, si les employés ou autres collaborateurs d'une entreprise participent ou réalisent l'acte déloyal, l'action en matière de concurrence déloyale peut aussi être intentée contre l'employeur⁷⁹⁴.

que ce nouveau projet apporte plus de précisions en matière d'audiences, de preuves et de mesures conservatoires.

⁷⁸⁹ Approuvé par la loi 178 de 1994.

⁷⁹⁰ Les victimes des comportements en matière de concurrence déloyale sont généralement des entreprises, sans qu'importe leur forme juridique (Fernando DE LA VEGA GARCIA, « Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícito concurrenciales », *Rev. D.M.*, n° 246, 2002, pp. 1-38, « *Estas responsabilidades son imputables a la empresa independientemente de su configuración jurídica, es decir, pertenecen al estatuto jurídico general del empresario* »).

⁷⁹¹ Article 21, loi 256 de 1996.

⁷⁹² La légitimation de la *Procuraduría* est présumée lorsque l'acte de concurrence déloyale affecte un secteur économique dans son intégralité ou une partie substantielle de ce dernier. Article 21, loi 256 de 1996.

⁷⁹³ Article 22, loi 256 de 1996.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

S'agissant de la procédure qui se déroule devant la SIC, la demande à l'encontre des opérateurs économiques participant au comportement déloyal peut être rejetée ou admise par l'autorité de concurrence, suivant les règles prévues pour le procès ordinaire dans la partie générale du Code de procédure civile⁷⁹⁵. Si la demande est admise, l'acte d'admission de la demande est notifié personnellement au défendeur. Le terme pour que le défendeur présente ses exceptions est de dix jours. Si le défendeur conteste la demande et formule des exceptions, ces exceptions sont transmises au demandeur pour que ce dernier puisse solliciter des preuves additionnelles. Se réalise ensuite devant l'autorité de concurrence l'audience de conciliation des intérêts particuliers de l'article 101 du Code de procédure civile⁷⁹⁶. Il faut noter que la conciliation des intérêts particuliers devant l'autorité de concurrence n'empêche pas l'initiation d'une investigation administrative par la SIC afin de sauvegarder les intérêts collectifs⁷⁹⁷. En l'absence de conciliation des intérêts en jeu, l'autorité de concurrence décrète une période de preuves de vingt jours⁷⁹⁸. Après la période d'administration des preuves, une deuxième audience se déroule devant la SIC, audience pendant laquelle l'autorité de concurrence entend les témoignages des experts. Les parties peuvent aussi remettre en cause des preuves et interroger des témoins. Lors de cette deuxième audience, le superintendant délégué pour les affaires juridictionnelles prend la décision finale. S'il a été demandé à l'autorité de concurrence l'indemnisation des dommages, celle-ci doit être décidée en même temps dans le procès⁷⁹⁹. Les décisions de la SIC en matière de concurrence déloyale n'exigent pas l'intervention préalable de l'exécutif, ni du pouvoir judiciaire. Ces décisions ne peuvent être appelées que devant les tribunaux.

⁷⁹⁵ La demande doit être présentée devant le groupe de travail de la *delegatura* de la promotion de la concurrence. La SIC a mis à la disposition du public un document explicatif sur les formalités que la demande en concurrence déloyale doit remplir. Cette communication est disponible sur le site institutionnel de la SIC : <http://sic.gov.co/promocion/promocion.php>.

⁷⁹⁶ L'article 33 de la loi 640 de 2001 impose la réalisation d'une audience de conciliation des intérêts particuliers en question.

⁷⁹⁷ En outre, si les parties ont choisi de réaliser une audience de conciliation avant de saisir l'autorité de concurrence (audience extrajudiciaire), cette dernière peut se passer de réaliser l'audience de conciliation au cours du procès. Article 35, 2 de la loi 640 de 2001, v. également loi 1395 de 2010. Il faut noter que la réforme opérée en 2010 ne précise pas le délai pour réaliser les audiences.

⁷⁹⁸ Lequel peut se prolonger dans les cas et circonstances contenus dans l'article 184 du Code de procédure civile.

⁷⁹⁹ Article 44, loi 446 de 1996, modifié par l'article 49 de la loi 962 de 2005 et par la loi 1395 de 2010. Il faut toutefois rappeler qu'en droit colombien les aspects substantiels et procéduraux des actions individuelles, collectives ou des groupes en dommages et intérêts sont régulées par les règles générales de la responsabilité civile extracontractuelle des articles 2341 et suivantes du Code civil et de l'article 396 et suivantes du Code de procédure civile.

Le procès juridictionnel en concurrence déloyale tenu devant la SIC peut porter sur des comportements sur lesquels l'autorité de concurrence a déjà réalisé une enquête administrative. Dans cette hypothèse, l'impartialité de la SIC peut être engagée *ab initio*. Cette circonstance semble nuisible aux garanties d'impartialité et d'indépendance propres à l'administration de la justice, éléments essentiels du procès équitable⁸⁰⁰. Pour le juge constitutionnel colombien, le même fonctionnaire ne doit pas exercer les missions juridictionnelles en concurrence déloyale pour les cas qu'il aurait déjà connus lors de l'exercice de ses fonctions administratives d'inspection, vigilance et contrôle. Ces fonctions doivent être, par conséquent, assurées par d'autres fonctionnaires⁸⁰¹.

La mise en œuvre d'une procédure analogue à celle qui se déroule devant les tribunaux spécialisés en droit commercial ou, à défaut, civils du circuit, apparaît comme une garantie de l'indépendance et de l'impartialité exigées par la jurisprudence constitutionnelle⁸⁰². Pourtant, nous devons regretter l'absence d'aménagement institutionnel lors du transfert des compétences juridictionnelles à la SIC en 1998 et lors de la réforme opérée en 2005⁸⁰³. Jusqu'à très récemment, c'était le Superintendant délégué pour la promotion de la concurrence qui était chargé de diriger le procès juridictionnel en matière de concurrence déloyale. Il n'était pas clair dans la législation colombienne si les fonctionnaires étaient habilités à intervenir en cas de conflits d'intérêts, comme par exemple lorsque le Superintendant délégué (ou des membres de son équipe) avait déjà connu ces mêmes pratiques au cours d'une investigation administrative. Le décret 3523 de septembre 2009 aménage la structure interne de la SIC pour la rendre conforme aux nouvelles dispositions contenues dans la loi 1340 de 2009⁸⁰⁴. Ce décret paraît contribuer à un plus grand degré d'indépendance et d'impartialité de la SIC par la création d'une *delegatura* des affaires juridictionnelles (*delegatura de asuntos jurisdiccionales*). Cette nouvelle division a une compétence exclusive pour décider des actions privées en concurrence

⁸⁰⁰ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-649 du 20 juin 2001.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 1071 de 2002, précité.

⁸⁰³ Loi 962 de 2005, loi pour la simplification et rapidité de démarches administratives.

⁸⁰⁴ Décret 3523 de 15 septembre 2009, modifié récemment par le décret 1687 de 14 mai 2010.

déloyale⁸⁰⁵. Il s'agit d'une structure que l'on peut qualifier d'« organiquement détachée » à l'intérieur de la SIC. Elle est pour le moins « détachée » du Ministère de l'industrie et du commerce. L'indépendance de cette division semble être assurée par l'exclusion de tout encadrement ministériel directif ou correctif direct⁸⁰⁶. En outre, les décisions de la division des affaires juridictionnelles ne peuvent être appelées que devant les juges civils ou de commerce, selon le cas. Il semble en être autrement s'agissant de la division (*delegatura*) de promotion de la concurrence chargée de conduire les investigations administratives qui se réalisent devant la SIC.

B- LES INVESTIGATIONS ADMINISTRATIVES

Les procédures que la SIC doit suivre à l'heure d'enquêter sur des pratiques contraires à la libre concurrence sont contenues dans le décret 2153 de 1992, régime de défense et de promotion de la concurrence⁸⁰⁷. La loi 1340 de 2009 a récemment modifié ces dispositions. Si la nouvelle loi maintient les fonctions prévues au décret 2153, c'est-à-dire, détecter et punir les pratiques anticoncurrentielles, elle étend les pouvoirs d'enquête de l'autorité colombienne et comble certains vides normatifs en matière de procédure, tels que le traitement des informations et l'intervention des tiers concernés.

Conformément à la procédure du décret de 1992, la SIC peut initier une enquête préliminaire à la suite d'une plainte présentée devant la division (*delegatura*) de promotion de la concurrence⁸⁰⁸ ou en se saisissant d'office. A la différence de

⁸⁰⁵ Il correspond à la Delegatura des affaires juridictionnelles : (i) les procédures en matière de concurrence déloyale, et (ii) les procédures en matière de protection des consommateurs. Article 14, décret 3523 de 2009, précité.

⁸⁰⁶ Il faut noter toutefois qu'un éventuel encadrement directif ou correctif du Ministre sur la *Delegatura* peut se faire de manière indirecte dans la pratique, par le biais des ordres du Superintendant de l'industrie et du commerce, autorité qui est compétente pour nommer et révoquer discrétionnairement le Superintendant délégué pour les affaires juridictionnelles.

⁸⁰⁷ V. article 52, décret 2153 de 1993. Les dispositions du Code de contentieux administratif et du Code de procédure civile (notamment en ce qui concerne les preuves) s'appliquent également aux enquêtes en matière de concurrence qui se déroulent devant la SIC, en ce qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du décret de 1993.

⁸⁰⁸ L'autorité colombienne de la concurrence peut être saisie des faits susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle par les entreprises, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées. Le droit français ajoute à cette liste les chambres de métiers ou les chambres de commerce et d'industrie pour toute affaire concernant les intérêts dont ces organismes ont la charge. A la réception d'une plainte, le Superintendant délégué peut décider d'initier une enquête préliminaire ou de rejeter cette plainte. Pendant la réalisation de l'enquête

l'action privée en concurrence déloyale, la saisine de l'autorité de la concurrence ne peut pas être assimilée à une action en justice mais constitue un acte de la vie civile. De même, le désistement ultérieur de la partie saisissante n'interrompt pas l'action devant l'autorité⁸⁰⁹. En l'absence de précisions détaillées sur l'objet de la saisine en droit colombien, nous ne pouvons que faire référence au droit comparé. Nous pouvons citer par exemple les dispositions du règlement intérieur de l'autorité française. Selon l'article 10 du règlement intérieur, l'objet de la saisine comprend au minimum l'indication des dispositions du droit français de la concurrence et, s'il y a lieu, du droit communautaire de la concurrence dont le saisissant allègue la violation. Ensuite, elle doit faire état de l'exposé des faits caractérisant cette violation et des autres circonstances utiles à son appréciation, en rapport notamment avec le secteur et le territoire concernés, les produits et les services affectés, les entreprises concernées ou encore les contextes juridique et économique pertinents. Enfin, elle mentionne l'identité et l'adresse des entreprises ou des associations auxquelles le saisissant impute cette violation, dans la mesure où il peut les identifier⁸¹⁰. En revenant sur l'expérience colombienne, la SIC peut déclarer par décision motivée, la saisine irrecevable, lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas de sa compétence ou

préliminaire, la division de promotion de la concurrence réalise une série de procédures afin de déterminer s'il existe des preuves suffisantes pour ouvrir une investigation formelle. L'enquête préliminaire est réalisée de manière confidentielle par l'équipe de la division de la concurrence. Dans la collecte des informations, l'autorité de concurrence peut réaliser des visites surprises aux locaux des entreprises soupçonnées d'avoir désobéi aux règles de la concurrence.

⁸⁰⁹ Comme en droit français, en pareil cas, la SIC peut poursuivre l'affaire, qui est alors traitée comme une saisine d'office ; v. Code de commerce français, article L.462-8, al. 6, modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

⁸¹⁰ Article 10, règlement intérieur de l'autorité de la concurrence française. Il ne semble pas y avoir de précisions en droit colombien à propos des exigences formelles pour la saisine d'office. Par comparaison avec le cas français, l'ouverture d'office d'une « affaire », c'est-à-dire l'inscription d'un cas de contentieux au rôle du collège de l'Autorité est proposée à celui-ci par le rapporteur général qui dispose de toute liberté à cette fin. (v. Code du commerce français, article L.462-5). Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, l'intervention du rapporteur général dans le déclenchement des saisines d'office est la conséquence du renforcement des pouvoirs d'enquête des services d'instruction. Ceux-ci ayant désormais, comme les services ministériels, la possibilité d'effectuer toute enquête nécessaire à la mise en œuvre du droit de la concurrence, en amont de la procédure d'instruction contradictoire. Un mécanisme permettant de relier cette activité de surveillance générale du marché avec le travail d'instruction est nécessaire en droit colombien. En France, cette passerelle est assurée par la possibilité donnée au rapporteur général de demander l'ouverture d'une saisine d'office, dans l'hypothèse où cela lui paraît indiqué ; v. pour le cas français, Bruno LASSERRE, Interview, *Concurrences*, n°1, 2009, p. 6. Il reste à préciser que lorsque la saisine est accompagnée des pièces annexes, visant notamment à établir les faits et les autres éléments utiles à leur appréciation, celles-ci doivent être précédées d'un bordereau indiquant le numéro de chaque pièce, son intitulé ou sa nature et le nombre de pages qu'elle comporte. Ces pièces annexes doivent

que les faits sont prescrits ou par défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de la saisine. Comme en droit français, l'instruction et la procédure devant l'autorité de concurrence colombienne sont contradictoires. Dès lors, les avis émis par l'autorité administrative sur la recevabilité d'une saisine doivent être communiqués aux parties⁸¹¹.

Dans une première étape les services d'instruction de la division de promotion de la concurrence procèdent à réaliser l'instruction de l'affaire. Une équipe composée à la fois de juristes et d'économistes de la SIC participe à la collecte des informations et à des auditions devant l'autorité de concurrence. Ensuite, dans une deuxième étape, le Superintendant délégué notifie les griefs par courrier recommandé à l'auteur de la saisine⁸¹², et aux parties intéressées⁸¹³. Les parties notifiées peuvent consulter le dossier, présenter leurs observations et solliciter des preuves. A la suite de la période de preuves, le Superintendant délégué pour la promotion de la concurrence présente au Superintendant de l'industrie et du commerce un rapport motivé (*informe motivado*). Ce rapport n'est pas déterminant pour le Superintendant, qui peut en effet s'éloigner des conclusions du Superintendant délégué. Ce rapport motivé est remis aux entreprises concernées afin qu'elles puissent présenter leurs observations. Le rapport du Superintendant contient une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés. La division de concurrence notifie sa décision aux entreprises concernées⁸¹⁴, lesquelles pourront solliciter ou apporter directement des preuves en leur défense. La

faire l'objet d'une numérotation continue. Le bordereau et les pièces annexes doivent être produits en quatre exemplaires (v. article 11 du règlement intérieur de l'autorité de concurrence).

⁸¹¹ Comme c'est aussi le cas en droit français, v. Cour d'appel de Paris, arrêt du 10 mars 1998, BOCC du 19 mars 1988, p. 75 ; v. également, Cour d'appel de Paris, arrêt du 30 juin 1988, BOCC du 9 juillet 1988, p. 188 ; v. Marie-Anne, FRISON-ROCHE. *Droit de la concurrence*. Paris : Dalloz, 2006.

⁸¹² La loi française de modernisation de l'économie (LME) de 2008 créa la figure du Commissaire de gouvernement. Le rapporteur général de l'autorité française ou le rapporteur adjoint désigné par lui doivent notifier les griefs au Commissaire de gouvernement.

⁸¹³ Il n'existe pas en droit colombien une obligation pour la SIC de notifier le « Ministre intéressé ». Une seule obligation de solliciter un avis technique aux « ministres intéressés » a été récemment introduite par la loi 1340 de 2009. Toutefois, le droit colombien ne précise pas ce qu'on doit entendre par « Ministre intéressé ». La notion de « ministre intéressé » est interprétée en droit français de manière stricte. Elle s'entend comme le département ministériel chargé d'appliquer un texte dont dépend la solution du litige (V. Cour d'appel de Paris, arrêt du 3 mai 1990, au cas d'espèce, il a été jugé que la notification du rapport au ministre de la santé dans une affaire d'entente entre chirurgiens dentistes n'était pas nécessaire car aucune disposition relative à la déontologie ou à la sécurité sociale n'était en cause. V. aussi dans le même sens, Cassation commerciale, arrêt du 5 novembre 1991 et arrêt du 30 mai 1995, *RJDA*, 12/95 n°1386).

SIC peut aussi décréter des preuves d'office. Comme pour l'expérience française, aucune disposition ne prévoit en droit colombien que la notification du rapport doit être faite au siège d'une société. Par la suite, le rapport s'entend comme valablement notifié à l'adresse des locaux commerciaux d'une société⁸¹⁵. Le rapport est accompagné par les documents sur lesquels se fonde le Superintendant et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. Par son rapport, le Superintendant délégué peut ouvrir une investigation formelle ou archiver l'affaire.

Il existe en droit français une procédure dite simplifiée qui n'existe pas en droit colombien. En vertu de cette procédure, le rapporteur général de l'autorité de concurrence peut, lors de la notification des griefs, décider que l'affaire sera examinée par l'autorité sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties⁸¹⁶. En France, cette procédure semble s'appliquer notamment pour les pratiques présentant un caractère géographiquement limité ou dont l'illicéité a été dénoncée à plusieurs reprises⁸¹⁷.

Une fois que le délai pour que les entreprises exercent leur droit de défense est écoulé, le dossier passe pour délibération au Superintendant. Les séances de délibération ne sont pas publiques. Par comparaison, en droit français, l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle ne peut valablement pas demander l'annulation de la décision de l'autorité de la concurrence le condamnant, sous prétexte que l'absence de publicité des débats est contraire à la CEDH dès lors que les décisions prises par l'autorité subissent a posteriori le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de cette convention⁸¹⁸. Seules les parties peuvent y assister en droit français. Les parties peuvent demander à être entendues

⁸¹⁴ Les formes de notification qui précèdent sont celles prévues dans le Code de contentieux administratif ou celles du Code de procédure civile.

⁸¹⁵ Notamment lorsque la notification des griefs y a été faite auparavant sans que la société commerciale en question ait manifesté ultérieurement à l'autorité de concurrence que le rapport soit adressé à son siège social, V. notamment Cassation commerciale, 27 janvier 1998, *RJDA*, 6/ 98, n°800.

⁸¹⁶ V. Code de commerce français, article. L. 463-3, modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2010.

⁸¹⁷ V. Code de commerce français, article R.463-12 ; v. également, DECOCQ André, DECOCQ Georges. *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*. 4e éd, Paris : LGDJ, Lextenso, 2010.

⁸¹⁸ Cour de Cassation, Chambre commerciale, arrêt du 28 juin 2005 ; Cour de Cassation, Chambre commerciale, arrêt du 29 juin 2007, n°0710.303 *RJDA*, novembre 2007, n°1153.

par l'autorité et se faire représenter ou assister. En droit colombien il n'existe pas de prohibition expresse pour le Superintendant délégué d'assister aux délibérations⁸¹⁹.

La SIC peut décider d'ordonner le paiement de sanctions pécuniaires aux personnes et/ou aux entreprises concernées, la cessation ou la modification des comportements ou, alternativement, constater l'inexistence de l'infraction et le classement des affaires. Avant de prendre sa décision le Superintendant de l'industrie et du commerce doit convoquer et consulter le Conseil assesseur⁸²⁰. Contre la décision de l'autorité de concurrence procède le recours de révision (*reposición*)⁸²¹.

En cas d'urgence, l'autorité de concurrence peut obliger les entreprises à mettre fin à une infraction⁸²². Elle peut ordonner des mesures préventives ou provisionnelles (*medidas cautelares*) tout au long de la procédure administrative⁸²³. Si la demande ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine de fond de la SIC, elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée⁸²⁴.

Quant à la place de l'analyse économique au sein des investigations en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'équipe d'économistes de la SIC procède tout d'abord à réaliser une analyse de l'information historique du marché, au moyen d'outils statistiques. Cette évaluation considère tant l'état actuel du marché, que les

⁸¹⁹ Par opposition au droit français où le Code de commerce, article L. 463-7, dernier alinéa, interdit la présence du rapporteur général ou des rapporteurs adjoints. Ces derniers ne peuvent que présenter des observations (article L.463-7, al. 3). En outre, le rapporteur qui a instruit l'affaire peut présenter des observations orales lors de la séance au cours de laquelle le rapport est examiné.

⁸²⁰ V. décret 2153 de 1992.

⁸²¹ En droit colombien, ce recours s'adresse à l'autorité qui a pris la décision afin qu'elle la reconsidère. Dans le cas qui nous occupe, le recours est adressé au Superintendant de l'industrie et du commerce.

⁸²² Article 4, alinéa 11 du décret 2153 de 1992.

⁸²³ Les mesures conservatoires peuvent être demandées par ceux qui ont qualité à agir. Il s'agit des entreprises, mais aussi du ministre intéressé, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées et de la *Procuraduría*.

⁸²⁴ Lorsque l'autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, elle examine la recevabilité de la demande en vérifiant d'abord si la pratique dénoncée dans la demande de fond qui accompagne nécessairement la demande des mesures conservatoires, ou à laquelle elle se réfère, est susceptible d'entrer dans son champ de compétence. Elle vérifie ensuite si les éléments dont elle dispose lui permettent de présumer que la pratique a effectivement été mise en œuvre. Elle vérifie également si les faits dénoncés apparaissent susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée. Elle examine enfin si la pratique dénoncée comporte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

conditions historiques qui permettent d'expliquer ses caractéristiques actuelles⁸²⁵. Une fois achevée cette phase de diagnostic du marché, l'autorité de concurrence, à la lumière de la littérature en organisation industrielle et des expériences nationales et étrangères, évalue quels sont les modèles théoriques qui permettent d'identifier une situation de concurrence sur le marché⁸²⁶. Ensuite, l'autorité compare ces modèles théoriques avec l'information disponible, afin de déterminer quels seraient les comportements compétitifs ou anti-compétitifs sur ce marché. Ceci doit permettre à l'équipe économique de constater si la pratique observée en l'espèce répond ou pas au comportement concurrentiel⁸²⁷.

Il faut noter qu'un des objectifs de la loi 1340 de 2009 consiste à assurer une plus grande sécurité juridique par une réforme des règles en matière de publicité des actes et décisions⁸²⁸. En outre, l'article 17 de la loi 1340 de 2009 demande à l'autorité colombienne de rendre publiques ses décisions dans les journaux de circulation régionale ou nationale qu'elle désigne⁸²⁹. Cette disposition a ouvert le débat autour de la nature de la publication de la décision de l'autorité de concurrence. S'agit-il d'un acte de procédure ? En droit français l'autorité de concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci sur le support de son choix⁸³⁰. Pour la jurisprudence française, la publication constitue une sanction accessoire mais autonome dont l'autorité de la concurrence décide librement en fonction des éléments de la cause, sans être tenue, lorsqu'elle la prononce, de faire

⁸²⁵ Gustavo VALBUENA QUIÑONES, Superintendant de l'industrie et du commerce, « El papel del análisis económico en la aplicación de las reglas de competencia », in *Ámbito jurídico*, mai 2010, p.2.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁸²⁷ Pour l'autorité de concurrence colombienne l'explication économique qu'offrent et accréditent les entreprises sous enquête comme fondement de leur décisions en matière de prix de ses produits ou services ou le niveau de production est essentiel pour l'analyse économique des comportements reprochés. *Ibid.*, p. 2

⁸²⁸ V. article 17, loi 1340 de 2009. Par comparaison, en droit français, les décisions de l'autorité de concurrence sont notifiées aux personnes destinataires de la notification des griefs ou du rapport et publiées sur le site Internet de l'autorité de concurrence. Cette publication peut être toutefois limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

⁸²⁹ L'autorité de concurrence doit publier l'acte qui ouvre la procédure d'autorisation d'une opération de concentration, l'imposition d'un engagement en matière de concentrations, l'acte d'ouverture d'une investigation pour des pratiques anticoncurrentielles, la décision de sanctionner ces pratiques anticoncurrentielles, les garanties acceptées par les entreprises en question, v. article 17, loi 1340 de 2009.

⁸³⁰ Code de commerce français, article L.464-2, alinéa 5.

une répartition mathématique des frais entre tous les contrevenants⁸³¹. En revanche, l'autorité de concurrence ne peut pas se dispenser de préciser par qui sa décision doit être publiée⁸³². Elle est par ailleurs tenue de motiver sa décision de publication, à défaut, cette mesure peut être annulée⁸³³. Cette jurisprudence française peut orienter la réponse en droit colombien à la question de savoir quelle est la nature de l'acte qui ordonne la publication de la décision de l'autorité de concurrence. Une telle réponse peut avoir des effets utiles pour l'autorité colombienne, car si cette publication constitue une sanction, elle ne pourrait que publier les décisions sur des pratiques réalisées après la date d'entrée en vigueur de la loi 1340 de 2009, en vertu du principe de légalité. En tout cas, l'autorité de concurrence ne peut ordonner la publication de l'acte qu'en raison des conditions particulières du marché concerné et de l'intérêt des consommateurs.

La loi 1340 de 2009 renforce l'obligation de confidentialité de l'autorité de concurrence sur la documentation apportée par les parties⁸³⁴. En conformité avec la nouvelle régulation, les entreprises qui font l'objet d'une enquête pourront demander la réserve des documents ou des informations qui, conformément à la législation colombienne, sont réservés⁸³⁵. Les normes imposent toutefois à chaque entreprise qui réalise la demande de présenter un résumé sommaire du document dont elle demande la réserve⁸³⁶. Une autre innovation de la loi 1340 consiste en la possibilité pour le

⁸³¹ V. Cour d'appel de Pairs, arrêt du 6 décembre 1990, BOCC du 29 décembre 1990, p. 445. En l'espèce, la Cour a estimé que le Conseil de la concurrence avait pu valablement faire supporter la charge des frais de publication à un syndicat professionnel qui avait organisé un système de concertation des prix au profit de ses adhérents.

⁸³² Cour d'appel de Paris, arrêt du 29 mars de 1996, BOCC du 24 mai 1996, p. 247.

⁸³³ Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 mai 1997, BOCC du 11 juin 1997, p. 404.

⁸³⁴ Le paragraphe 1 de l'article 15 de la loi 1340 de 2009 dispose que la divulgation des dossiers réservés ou d'une partie de ceux-ci constitue une faute gravissime pour le fonctionnaire responsable, sans préjudice des autres sanctions établies dans la loi.

⁸³⁵ La révélation des documents confidentiels comporte une faute disciplinaire gravissime (*falta disciplinaria gravissima*) pour le fonctionnaire responsable. Article 15, loi 1340 de 2009.

⁸³⁶ Par comparaison, en France, il incombe à la personne qui entend se prévaloir de la protection du secret des affaires de formuler une demande en ce sens auprès du rapporteur général de l'autorité. L'identification des informations susceptibles de mettre en jeu le secret d'affaires. Si la personne qui demande la protection des secrets d'affaires communique les documents ou les informations à l'autorité de concurrence, il revient à cette personne de demander la protection pour chaque information, document ou partie de document en cause. La personne intéressée doit présenter une version non confidentielle et un résumé de chacun de ces éléments. La demande doit être faite par lettre recommandée AR. Si les informations n'ont pas été communiquées par la personne qui réalise la demande, il appartient au rapporteur générale d'inviter cette personne à présenter, s'elle le souhaite, une demande dans les conditions de forme et de délai mentionnées à l'article R.463-13 du Code du commerce pour bénéficier de la protection.

dénonçant des pratiques restrictives de demander la réserve de son identité⁸³⁷. Lors d'une telle demande, il correspond à l'autorité de concurrence de déterminer s'il existe des risques de représailles à l'encontre de l'entreprise dénonciatrice. La décision de traitement confidentiel des pièces et de modulation de l'accès des parties au dossier appartient au Superintendant délégué. Dès lors que le Superintendant délégué de l'autorité de concurrence accorde la protection au titre du secret des affaires, il doit refuser à toutes les parties la communication ou la consultation des pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes⁸³⁸.

En vertu du caractère de droit collectif reconnu dans la Constitution de 1991 à la libre concurrence, la loi 1340 de 2009 a introduit des dispositions qui facilitent la participation des tiers dans les actes et décisions de la SIC. Conformément à l'article 19 de la loi 1340 de 2009, les concurrents, les consommateurs ou, en général, celui qui démontre un intérêt direct et individuel dans les investigations pour pratiques anticoncurrentielles, auront le caractère de tiers intéressés. En vertu de cette qualité, ils pourront intervenir et présenter leurs considérations et preuves. Les associations de consommateurs agréées sont toujours considérées comme tiers intéressés.

Un des outils introduits par la loi 1340 de 2009 consiste à encourager la collaboration des participants aux pratiques anticoncurrentielles avec l'autorité de concurrence, afin de faciliter leur détection et répression⁸³⁹. Les bénéfiques par collaboration, connus comme programmes de clémence ou délation (*leniency programs*), consistent en l'exonération ou la réduction des sanctions pécuniaires des participants aux pratiques anticoncurrentielles qui apportent opportunément des

⁸³⁷ Article 15, loi 1340 de 2009.

⁸³⁸ Nous entendons par informations relevant du secret d'affaires celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peuvent gravement léser les intérêts des entreprises qu'elles concernent. Il s'agit par exemple d'informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication, à ses sources d'approvisionnement, à son organisation interne, à ses parts de marché ou à toute donnée sensible d'ordre commercial, v. Rapport Conseil de la Concurrence pour 2001, p. 150.

⁸³⁹ L'article 14 de la loi 1340 de 2009 dispose que la SIC pourra concéder des bénéfiques aux personnes naturelles ou juridiques qui ont participé dans une pratique qui viole les règles de protection de la concurrence, si elles informent l'autorité de concurrence sur l'existence de cette même pratique et/ou collaborent par la présentation des informations ou des preuves, tels que l'identification des autres participants. La qualité, l'opportunité, la pertinence et l'efficacité des informations déterminent s'il y a lieu à l'obtention des bénéfiques pour collaboration et quels bénéfiques seront accordés à ceux qui fournissent les informations et preuves.

informations ou des preuves efficaces à l'autorité de concurrence⁸⁴⁰. La réduction ou l'exonération des amendes a pour objectif que les entreprises, administrateurs et employés qui ont participé par exemple à un accord restrictif, aident à l'identification des autres participants, de l'objet de l'accord, du marché là où l'accord restrictif a ses effets, des pratiques commerciales adoptées par les participants en vertu de l'accord et du degré de participation des responsables⁸⁴¹. Un des principaux défis pour l'autorité colombienne de la concurrence consiste en la mise en place d'un système de clémence pour délation⁸⁴². Une des principales questions que devra résoudre l'autorité consiste à déterminer jusqu'à quelle étape de la procédure les participants à une pratique anticoncurrentielle peuvent bénéficier du programme de clémence de la SIC et jusqu'à quel moment ils pourront communiquer des informations et des preuves⁸⁴³.

Il est en outre possible pour l'autorité de concurrence colombienne de terminer de manière anticipée une investigation lorsque les entreprises objets de l'enquête offrent des garanties suffisantes. L'entreprise doit présenter son offre avant l'expiration du terme donné par la SIC pour apporter ou présenter des preuves. Si les garanties sont acceptées par la SIC, dans le même acte administratif qui ordonne la clôture de l'investigation l'autorité colombienne doit signaler les conditions de réalisation et de vérification des obligations acquises par les entreprises concernées. Le manquement à ces obligations constitue une infraction des normes de protection de la concurrence et donne lieu aux sanctions prévues dans la loi. Ces sanctions ne peuvent être infligées par l'autorité de la concurrence qu'après avoir entendu les explications des entreprises⁸⁴⁴. Les activités de vérification et suivi que réalise l'autorité de concurrence donne lieu à une contribution annuelle de suivi à la charge

⁸⁴⁰ Ce mécanisme contribue à l'un des principaux problèmes que rencontrent les autorités de concurrence dans le monde entier au cours des investigations pour pratiques anticoncurrentielles afin d'obtenir des preuves. Cette difficulté consiste en l'absence de preuves directes, car ces pratiques se réalisent souvent de manière secrète. O.C.D.E., « Fighting Hard Core Cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs », 2002.

⁸⁴¹ L'article 14 de la loi 1340 de 2009 exclut des destinataires des bénéfiques du programme de clémence à l'instigateur ou promoteur de la pratique anticoncurrentielle.

⁸⁴² La SIC a apporté son soutien au Ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme dans la préparation d'un projet de décret réglementaire en matière de clémence qui se trouve à l'étape des commentaires publics.

⁸⁴³ L'article 14 de la loi 1340 de 2009 dispose que les participants à une pratique anticoncurrentielle pourront communiquer des informations même si la SIC est déjà en train de réaliser une investigation sur cette même pratique. La loi n'indique pas cependant jusqu'à quelle étape de la procédure les participants peuvent communiquer ces informations et preuves.

des entreprises⁸⁴⁵. Il correspond à l'autorité de concurrence de déterminer annuellement par résolution les tarifs de ces contributions⁸⁴⁶.

Ces différentes réformes imposent en outre un défi à l'autorité de concurrence, dans la mesure où une adéquate diffusion de la manière dont la SIC exerce ses différentes missions se montre nécessaire pour assurer une application et coopération effective des entreprises et groupes d'intérêt publics et privés, non seulement lors de l'application *ex post* de la régulation de la concurrence, mais également au cours de la procédure administrative *ex ante*.

§ 2. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE EX ANTE

Il est possible d'identifier en droit colombien deux types de procédures *ex ante*. D'une part, une procédure administrative de contrôle des concentrations qui n'a pas pour but d'interdire ou de décourager, par principe, les opérations de concentration qui servent au renforcement des structures industrielles, mais de faire obstacle à celles dont les inconvénients sur le plan de la concurrence excéderaient les avantages économiques et sociaux⁸⁴⁷(A). D'autre part, lorsqu'une nouvelle régulation est envisagée, l'autorité de concurrence colombienne est habilitée pour mettre en place une procédure de consultation publique pour inviter et recueillir les commentaires des personnes et groupes d'intérêt publics et privés intéressés (B).

A- CONTROLE EX ANTE DES CONCENTRATIONS

Le contrôle des projets de concentration des entreprises est un instrument d'intervention *ex ante* qui permet à l'autorité de concurrence d'identifier les effets

⁸⁴⁴ L'article 16 de la loi 1340 de 2009 impose à l'autorité de concurrence l'élaboration des guides avec les critères pour analyser la suffisance des obligations et garanties offertes par les entreprises.

⁸⁴⁵ Cette contribution a été récemment déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle.

⁸⁴⁶ L'article 22 de la loi 1340 de 2009 contient les critères pour la détermination des tarifs annuels des contributions. Les tarifs sont déterminés par la SIC par une pondération de la somme des actifs courants des entreprises concernées pendant l'année fiscale antérieure et les dépenses de fonctionnement de l'entité assignées à cette mission de suivi et ne pourront être supérieurs à un dixième de pourcent des actifs courants de l'entreprise en question.

⁸⁴⁷ ZULUAGA, Rapport, précité, sur la question de la reconnaissance des efficiences (*efficiencias*).

négatifs sur le plan de la concurrence. La procédure pour réaliser l'examen des concentrations en droit colombien est prévue dans plusieurs dispositions⁸⁴⁸.

Avant la réforme de 2009, la procédure consistait en les étapes suivantes : d'abord, la présentation de la notification par les entreprises participant à l'opération. Ensuite, l'étude d'admissibilité et des conditions formelles de recevabilité. Enfin, une étude de la notification, ce qui inclut des demandes d'informations aux différents agents présents sur le marché relevant (concurrents, associations professionnels, autorités de régulation, associations des consommateurs, par exemple). La demande des informations complémentaires aux entreprises intervenant dans l'opération ne pouvait se faire qu'une seule fois. Puis, l'équipe des concentrations de la SIC, qui est intégrée par des juristes et des économistes, réalise un rapport (*informe motivado*) à propos de l'autorisation, objection ou conditionnement de l'opération au Superintendant. Ce dernier, en se basant sur le rapport de l'équipe des concentrations, adopte une résolution, qui est notifiée aux entreprises intéressées selon les modalités prévues à l'article 85 du Code de contentieux administratif. Ces entreprises pourront demander au Superintendant de réviser sa décision (*recurso de reposición*), avant qu'elles puissent la contester devant le Tribunal administratif.

La nouvelle loi 1340 de 2009 a modifié cette procédure. Désormais, le devoir d'informer suppose que les entreprises participant à l'opération de concentration réalisent la même activité économique, pour les opérations de type horizontal, ou qu'elles participent de la même chaîne de valeur, pour les opérations de type vertical⁸⁴⁹. Comme en droit français, le droit colombien dispense de l'obligation d'information des opérations de concentration dont les entreprises intervenantes accréditent l'unité de contrôle⁸⁵⁰ et pour celles qui se trouvent en situation de groupe

⁸⁴⁸ La loi 155 de 1959, les décrets 1302 et 2153 de 1992, la circulaire unique (modifiée par la résolution 22195/06), le Code de contentieux administratif et depuis juillet 2009, par la loi 1340.

⁸⁴⁹ Ce qui suggère une extension du champ d'application de la régulation en matière de contrôle de concentrations économiques. Cependant, il faut indiquer que, avant la loi 1340 de 2009, les intégrations verticales étaient prises en compte, tel que le rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt *Agriavícola*.

⁸⁵⁰ Selon la définition d'unité de contrôle contenue dans l'article 45 du décret 2153 de 1992. Comme en droit français, une opération de concentration est réalisée en droit colombien : a. lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes se fusionnent. Cette fusion peut être de droit mais aussi de fait (v. Décision du Ministre de l'économie C 2003-155 du 17 octobre 2003) ; b. lorsque soit une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'au moins une entreprise, soit une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital

d'entreprises aux termes de l'article 28 de la loi 222 de 1995 (loi des sociétés commerciales).

En outre, la SIC a défini le seuil économique qui détermine qu'une intégration est dispensée de l'obligation d'information préalable⁸⁵¹. Comme en droit français, le fait qu'une opération soit réalisée en dehors du territoire national ou que les entreprises ne possèdent aucun actif en Colombie est sans incidence sur l'applicabilité du contrôle. Il suffit que les entreprises réalisent un chiffre d'affaires sur le marché national, même en l'absence de toute structure, et dépassent le seuil établi par la SIC⁸⁵². Conformément à la réforme de 2009, les entreprises qui vont s'intégrer doivent réaliser les études nécessaires pour déterminer leur participation

ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises. Il faut noter qu'en droit français, comme en matière communautaire, l'acquisition d'un contrôle peut porter uniquement sur certains éléments d'actifs incorporels tels que des marques ou brevets, dès lors que ces éléments constituent une activité à laquelle on peut rapporter un chiffre d'affaires déterminé (v. *Projet des lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle*, disponible sur le site de la DGCCRF, 2003). La notion d'influence déterminante n'est pas définie par la loi. Il paraît possible, compte tenu de l'uniformisation des définitions européenne et française, de se référer à l'interprétation de la Commission européenne selon laquelle une telle influence réside dans le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise sans que l'exercice effectif de ce pouvoir ne soit toutefois requis pour caractériser le contrôle. La possibilité d'exercer cette influence doit cependant être réelle (v. TPICE, arrêt du 23 février 2006, affaire 282/2002, *Cementbouw c/Commission*, in *Communication juridictionnelle consolidée* du 10 juillet 2007) ; c. Lorsqu'il y a une création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. En revanche, les opérations de regroupement interne à un groupe ne sont pas soumises au contrôle (v. Lettre du ministre de l'économie du 9 août 2002, affaire « Groupe Rieter », BOCC du 21 octobre 2002, p. 933).

⁸⁵¹ Ce seuil a été fixé à 150.000 salaires minimaux mensuels légaux (SMMLV), par résolution 69901 de la SIC du 27 décembre 2009. Les entreprises qui ont eu des actifs ou des chiffres d'affaires pour l'année fiscale immédiatement antérieure (prise de manière individuelle ou conjointe) supérieurs rentrent dans le champ d'application du contrôle (article 9, loi 1340 de 2009). Cependant, s'agissant des entreprises filiales des entreprises multinationales qui participent à des intégrations économiques sur le marché national, la question se pose de savoir s'il faut prendre en compte seulement le chiffre d'affaires de la filiale ou bien s'il faut prendre le chiffre d'affaires de la société mère étrangère. Le droit colombien ne dit rien pour l'instant à ce sujet. La question a été toutefois récemment posée devant la SIC, de telle sorte qu'il est fort probable qu'une réponse soit donnée dans les guides de contrôle de concentrations en cours d'élaboration par l'autorité colombienne. Par comparaison, en droit français, le contrôle est en principe applicable si les deux seuils suivants sont atteints : d'une part, si le chiffre d'affaires total hors taxes des parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros. D'autre part, si le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des parties à la concentration est supérieur à 50 millions d'euros. Par exception, les seuils d'application du contrôle sont plus bas pour les opérations relevant du secteur du commerce de détail (v. Code de commerce français, article L.430-2, II issu de la LME du 4 août 2008), ainsi que pour les opérations dans les départements d'outre-mer et collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy (v. Code de commerce, article L.430-2, III issu de la LME du 4 août 2008).

conjointe dans le marché. Si les entreprises qui participent à l'opération dépassent les seuils de chiffres d'affaires et/ou d'actifs, mais leur participation conjointe dans le marché est inférieure à 20%, elles doivent seulement notifier la SIC de l'opération de concentration. Ceci, sans préjudice que l'autorité de concurrence réalise une vérification postérieure de leur participation de marché de manière facultative⁸⁵³. La responsabilité pour les entreprises de déterminer leur participation dans le marché peut créer quelques difficultés pratiques. Certains opérateurs peuvent tenter de montrer que le marché relevant est significativement plus large, de façon à ce que leur participation dans ce même marché soit inférieure. D'autres opérateurs peuvent, dans un sens opposé, prétendre échapper à d'éventuelles sanctions et décider, en conséquence, d'informer l'autorité de concurrence, même si elles ont une participation conjointe au marché très faible.

La procédure définie dans la loi 1340 se réalise en deux phases : une première phase est initiée par la présentation des entreprises concernées d'une demande de pré-évaluation, laquelle doit être accompagnée d'un rapport succinct des conditions de bases de l'opération et d'une manifestation de l'intérêt de s'intégrer⁸⁵⁴. Ensuite, pendant les trois jours qui suivent la présentation de la demande de pré-évaluation, la SIC doit ordonner la publication d'une annonce dans un journal de circulation nationale, pour que les intéressés puissent apporter des informations sur le marché en question. La loi prévoit cependant deux exceptions à la publication de l'annonce : d'une part, lorsque l'autorité de concurrence considère qu'il n'existe pas d'obligation d'informer l'opération de concentration et, d'autre part, lorsque les parties présentent une demande motivée de réserve de la procédure pour des raisons d'ordre public et que la SIC l'accepte. Après que les intéressés présentent les informations, l'autorité de concurrence dispose de trente jours ouvrables pour décider de terminer la procédure et autoriser l'opération de concentration, si elle estime que celle-ci ne

⁸⁵² V. article 9, loi 1340 de 2009. Pour le cas français, voir les lignes directrices de la DGCCRF, précité.

⁸⁵³ Dans cette dernière hypothèse, la SIC peut éventuellement ordonner d'inverser (annulation avec des effets rétroactifs) l'opération, conformément à l'article 12 de la loi 1340 de 2009. Cependant, il faut signaler que si cette même disposition habilite la SIC à annuler des opérations dont elle n'a pas été informée (même si elles ont été notifiées), cette faculté doit constituer le dernier recours et doit être limitée aux restrictions graves à la concurrence. La SIC a d'autres alternatives, telle que l'imposition d'amendes aux entreprises qui manquent à l'obligation d'information respectives.

comporte pas de restriction à la libre concurrence, ou bien pour décider de continuer avec la deuxième phase de la procédure.

Dans une deuxième phase l'autorité de concurrence commence à analyser le fond des conditions de l'opération et ses possibles conséquences dans le ou les marchés affectés. Cette phase commence par la communication de la procédure aux autorités de régulation des secteurs économiques concernés, ainsi qu'à toute personne intéressée. Les entreprises participant à l'opération, les autorités de régulation sectorielles et les intéressés peuvent présenter la totalité de l'information requise pour que l'autorité de concurrence puisse réaliser une analyse concurrentielle de l'opération⁸⁵⁵. L'autorité peut toutefois demander à tout moment aux intervenants de compléter ou d'expliquer certaines informations. Il faut noter que la nouvelle procédure prévoit que les entreprises participant à l'opération proposent des actions ou des comportements à suivre pour neutraliser les effets anticoncurrentiels dans le marché, résultants de l'opération informée⁸⁵⁶. La SIC a trois mois pour décider si elle autorise, s'oppose ou autorise sous certaines conditions l'opération de concentration en examen. Si l'autorité ne se prononce pas pendant ces trois mois, opère le silence administratif positif, c'est-à-dire que l'opération est considérée comme ayant été autorisée.

Une importante modification introduite par la loi 1340 de 2009 est la possibilité pour la SIC de faire payer une contribution annuelle de suivi en cas d'acceptation des engagements, lorsqu'elle décide d'autoriser sous conditions une opération de concentration – mais également lorsqu'elle accepte des garanties pour mettre fin à une enquête pour pratiques anticoncurrentielles –. Cette contribution, qui a été récemment déclarée constitutionnelle par la Cour constitutionnelle colombienne dans un arrêt C-228 de 2010⁸⁵⁷, doit permettre à la SIC de financer au moins une partie de ses opérations de suivi des engagements. En outre, il ne faut pas oublier que les procès de suivi des remèdes structurels ou comportementaux peuvent être

⁸⁵⁴ Alinéa 1, article 10, loi 1340 de 2009.

⁸⁵⁵ Les informations que doivent présenter les parties, les autorités de régulation et les intéressés sont déterminées par la SIC dans les guides des concentrations économiques en cours de préparation.

⁸⁵⁶ Article 10, loi 1340 de 2009.

⁸⁵⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-228 de 2010.

complexes dans la pratique et générer des coûts additionnels pour l'autorité de concurrence⁸⁵⁸.

Une innovation de la nouvelle loi de la concurrence consiste au développement des exceptions d'efficience. Il est dès lors possible pour la SIC d'autoriser une concentration, malgré ses possibles impacts négatifs sur la concurrence, si les opérateurs économiques intervenants dans l'opération démontrent : que l'opération d'intégration comportera des effets bénéfiques pour les consommateurs (qui doivent excéder son possible impact négatif sur la concurrence) et que ces effets bénéfiques ne peuvent pas s'obtenir par d'autres moyens. Dans ce cas, les entreprises doivent prendre l'engagement que ces effets bénéfiques seront effectivement reportés sur les consommateurs. La SIC peut également exiger la présentation de garanties pour soutenir des engagements acquis. Dès lors, la SIC peut décider de ne pas s'opposer à une concentration lorsque, indépendamment du quota de participation dans le marché national de l'entreprise intégrée, les conditions du marché externe garantissent la libre concurrence dans le territoire national.

B- PROCEDURE D'ELABORATION DES NORMES JURIDIQUES DE PORTEE GENERALE

La procédure prévue dans le code de contentieux administratif colombien paraît avoir été élaborée principalement pour la formation et l'élaboration d'actes administratifs de contenu individuel⁸⁵⁹. En effet, il ne semble pas exister en ce moment une procédure commune à l'ensemble de l'administration nationale pour l'adoption d'actes de contenu général. Certaines dispositions ponctuelles, mais dispersées dans différents textes normatifs, ont vocation à être suivies pendant l'adoption de ces actes⁸⁶⁰. A titre d'exemple, l'élaboration d'un décret réglementaire

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ « *por lo menos en tratándose del derecho de petición en interés individual, de la iniciación oficiosa o del cumplimiento de una obligación o deber legal esta es la tendencia, en cuanto que, por regla general, estas actuaciones terminan con una decisión de esta naturaleza* », Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, précité, p. 188. En outre, les pétitions en intérêt général finissent ordinairement en droit colombien par une réponse générique qui ne crée pas de situations juridiques. Dès lors, il est possible d'affirmer que la procédure du Code de contentieux administratif constitue un instrument propice à la création d'actes de contenu individuel.

⁸⁶⁰ Comme par exemple, le régime général en matière de publicité des actes administratifs du Code de contentieux administratif.

de la loi par l'autorité administrative compétente n'as pas de procédure spécifique à suivre en droit colombien. Quelques autorités administratives font appel aux dispositions prévues dans les lois qui les instaurent dans l'ordonnement juridique pour adopter des actes de contenu général. C'est le cas par exemple des Commissions de régulation qui trouvent dans la loi de services publics domiciliaires de 1994 un fondement pour adopter des régulations générales en matière de services publics⁸⁶¹. En outre, la compétence de la SIC pour adopter des actes de contenu général trouve son fondement dans différents textes normatifs, tel que le paragraphe 2 de l'article 9 de la loi 1340 de 2009 qui habilite la SIC pour établir les revenus opérationnels et les actifs qui devront être considérés pour déterminer si s'applique le contrôle de concentrations des entreprises. Pour le juge constitutionnel colombien, la délégation législative pour la définition des critères et revenus à l'autorité administrative ne résulte pas contraire à la réserve de loi. Cette conclusion du juge se fonde sur la nature principalement technique, flexible et changeante de la matière à définir par la SIC⁸⁶².

L'élaboration des actes de portée générale s'appuie ou cherche à s'appuyer sur une légitimité par l'expertise scientifique. A cela s'ajoute une évolution en matière de régulation économique (mais non pas pour autant absente dans d'autres sphères de la régulation) de renforcer cette légitimité technique par la participation des personnes intéressées dans la procédure d'adoption des actes de contenu général⁸⁶³. La participation des personnes intéressées entraîne à son tour une nécessité de transparence (le public au sens large doit pouvoir être informé ou avoir facilement accès à ce qui peut le concerner). S'agissant par exemple de l'expérience européenne, on sait que la Commission a peu à peu mis en place des procédures de consultation préalable à l'adoption des mesures de régulation⁸⁶⁴. Le domaine de la régulation de la

⁸⁶¹ Loi 142 de 1994.

⁸⁶² Cour constitutionnel, arrêt de constitutionnalité C-228 de 2010.

⁸⁶³ V. Philippe AUBERGER, « La démocratie déléguée », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 237 ; Philip J. HARTER, « Negotiating government policy : better decisions through democratic synergy », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁶⁴ Il est possible de citer des exemples en droit communautaire, tel que le paquet de modernisation du 27 avril 2004, le paquet *Altmark* en matière d'aides d'Etat, et procédure de consultation sur la transaction en octobre 2007 (v. pour une présentation générale, v. également, François BRUNET et Guy CANIVET. *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*. Paris : LGDJ, 2008). En droit français des pratiques anticoncurrentielles, il a fallu attendre jusqu'au 2006 pour que le Conseil de la concurrence franchise le pas (Consultation communiqué de procédure de 11 mars 2006 sur le

concurrence constitue un des premiers domaines sous l'influence des procédures qui existaient aux Etats-Unis⁸⁶⁵. D'autres domaines ont par la suite été concernés⁸⁶⁶.

L'extension des consultations avec les parties intéressées à toutes les activités régulatrices de la Commission a signifié que les standards adoptés en matière d'élaboration des actes à portée générale ne sont pas assez précis et que leur mise en

programme de clémence). Et le 31 janvier 2008, le Conseil de la concurrence a publié un deuxième communiqué de procédure sur les engagements, soumis aux consultations publiques.

⁸⁶⁵ Peter STRAUSS, « Rulemaking in the Ages of Globalization and Information: What America Can Learn from Europe, and Vice Versa », *Columbia Public Law Research Paper* n°06-104, disponible sur le site: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=879770.

⁸⁶⁶ A la suite des préoccupations diverses mais convergentes, les « consultations avec les parties intéressées », ont été étendues à toutes les activités régulatrices de la Commission. Parmi ces préoccupations citons celles relatives à la gouvernance européenne matérialisée par le livre blanc sur la gouvernance, celle relative à la transparence ou celle relative à l'amélioration de la législation (la *Better Regulation Policy* et l'Accord Inter-Institutionnel « Mieux Légiférer » du 16 décembre 2003). Le 11 novembre 2002 la Commission a publié un livre vert relatif aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission et les parties intéressées (COM (2002) 704 final. Des pages Web de la DG Concurrence sont désormais dédiées à cela : <http://ec.europa.eu/comm/competition/consultations/open.html>. La participation des personnes intéressées aux décisions à portée générale des autorités de régulation européennes est imposée par la plupart des règlements –statuts relatifs aux agences disposant d'un pouvoir de décision (direct ou indirect), chaque agence élaborant ensuite ses propres « normes » en la matière sous le contrôle plus ou moins étroit de la Commission. Il faut indiquer que la procédure d'adoption de « normes » de l'agence pour la sécurité aérienne apparaît comme l'une des plus complètes. Il s'agit d'un document intitulé *Decision of the management board concerning the procedure to be applied by the agency for issuing of options, certification, specification and guidance material (rulemaking procedure)*, v. EASA MB/7/03 Final 27, juin 2003. Cette procédure, qui mérite d'être présentée dans ses grandes lignes, est articulée en six phases : a. l'approbation du programme annuel de travail. Ce programme précise tous les textes dont l'autorité doit tenir compte. Il prévoit que toute personne peut proposer l'inscription d'une règle au programme de travail. Ce programme doit en outre être accompagné par un *preliminary regulatory impact assessment* de chacune des règles inscrites. Le programme adopté est publié au bulletin officiel de l'agence ; b. la deuxième phase est celle du lancement du travail d'élaboration d'une règle donnée. Celui-ci prend la forme des *terms of reference* qui contiennent une définition claire de la tâche à exécuter, un calendrier de réalisation ainsi que les caractéristiques du texte final (*format of the deliverable*). Cette phase est aussi l'opportunité pour le directeur de déterminer si cette règle peut être élaborée par l'agence elle-même (qui dispose d'un *rulemaking directorate*) ou s'il faut réunir un comité *ad hoc* (*drafting group*) ; c. la troisième phase est celle de la rédaction. Dans cette étape, le directeur doit veiller que le projet de règle est bien conforme aux termes de référence et aux textes dont la rédaction doit tenir compte, tels que le droit communautaire en vigueur ou les objectifs d'harmonisation avec les autres autorités et organisations internationales du secteur ; d. la quatrième étape est celle de consultation qui dure trois mois (ce délai peut être allongé à l'initiative du directeur en raison de complexités particulières ou de manière exceptionnelle à la demande de toute personne intéressée) ; e. lorsque le délai de consultation est clos commence la phase de révision des commentaires, qui dure trois mois également. Elle a un double but. Le directeur doit faire évaluer les commentaires par des experts qualifiés n'ayant pas pris part à l'élaboration de la règle en question jusqu'à ce moment. Il peut faire appel à des consultants. Puis, le directeur réexamine les commentaires et les évaluations. Il publie ensuite un document présentant la liste des personnes ayant commenté le projet de règle, un résumé des commentaires reçus et la réponse faite à chacun ; f. la décision relative à la règle doit être prise dans un délai d'au moins deux mois afin de laisser le temps aux commentateurs de prendre position sur les réponses du directeur à leurs

œuvre concrète se montre comme déterminée par chaque Direction générale de la Commission. En droit communautaire, les principes généraux sont ceux de la participation, de l'ouverture, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence. Les normes minimales de procédure concernent la clarté de l'objet de la consultation, les groupes cibles de consultations, la publication, le délai de participation, l'accusé de réception et le retour d'information⁸⁶⁷. Les résultats de la consultation publique ouverte doivent être diffusés sur internet⁸⁶⁸. En revanche, dans les domaines où la procédure de consultation est bien établie, la Commission est soumise à cette procédure. S'agissant par exemple des propositions de règlements communautaires relatifs à tel ou tel aspect de la politique de la concurrence, ces règlements doivent être soumis à la *notice and comment*. Et il en va de même pour les textes qui n'auront pas de portée normative – au sens classique du terme –, comme les directives, qui sont *a priori* de « simples » normes d'orientation, par lesquelles la Commission entend interpréter un règlement dans l'utilisation du pouvoir décisionnel qui en découle⁸⁶⁹. Il n'est pas difficile de constater que dans le *rulemaking*⁸⁷⁰ des instances

commentaires. Dans cette dernière phase, le directeur est assisté d'un comité consultatif des standards de sécurité et d'un comité des autorités nationales.

⁸⁶⁷ D'abord, la Commission doit assurer une publicité adéquate à dessin de sensibilisation et adapter ses moyens de communication aux besoins du public cible. Sans pour autant exclure les autres moyens de communication. Les consultations publiques ouvertes devraient être accessible sur Internet et annoncées sur la page du « point d'accès unique ». Ensuite, la Commission doit prévoir un délai suffisant pour l'organisation et la réception des réponses aux invitations et des contributions écrites. Elle doit s'efforcer de prévoir un délai d'au moins huit semaines pour la réception de réponses aux consultations publiques écrites, ainsi qu'un préavis de 20 jours ouvrables pour les réunions.

⁸⁶⁸ Le livre vert étant lui même soumis à consultation, il apparaît deux ans plus tard que si la majorité des commentateurs ont apprécié les standards de consultation mis en place, une faiblesse a été dénoncée de manière récurrente : les explications relatives aux raisons pour lesquelles la Commission prend ou non en compte les commentaires. Les transformations technologiques ont une incidence directe sur l'application des règles de procédure administrative. Par comparaison, en droit colombien, dès 1995 avec l'expédition du décret 2150, le législateur a disposé que les autorités devaient utiliser les systèmes électroniques pour gérer les informations et le classement de la documentation (régime qui définit et régule l'accès et usage des messages de données, commerce électronique et signature digitale). Ensuite, avec la loi 527 de 1999, la situation a acquis un caractère obligatoire pour l'administration publique dans tous ses actes (le champ d'application de la loi comprend les activités que développent traditionnellement les entités publiques dans la réalisation de procédures administratives devant elles). En outre, l'article 5 de la loi oblige à la reconnaissance et valeur juridique de toute information provenant ou qui repose sur des moyens électroniques. L'article 19, à son tour, dispose que les messages de données sont admissibles comme moyens de preuve et leur force probatoire est celle octroyée par les dispositions du Code de procédure civile dans tout acte administratif ou judiciaire. Puis, avec le décret 2170 de 2002, les moyens électroniques deviennent un outil pour réaliser les principes de publicité, transparence et sélection objective en matière de marchés publics.

⁸⁶⁹ V. section 553, de la loi de 1946 sur la procédure administrative (5 U.S.C.A.). Voir sur cette évolution historique, MCNOLLGAST, « The Political Origins of the Administrative Procedure Act », *J.L.E.O.*, avril 1999, vol. 15, p.180. Pour une critique de l'état des règles de procédure de l'APA, v.

européennes on retrouve bien des traits de *l'Administrative Procedure Act* (APA), texte qui a été voté par le Congrès des Etats-Unis dans le but de concilier l'existence des agences fédérales américaines avec le respect des principes démocratiques⁸⁷¹.

Il faut noter que le droit de la concurrence est un droit mou dès ses origines. Toutefois, une diversification récente des fonctions et des instruments de la *Soft law*, aurait entraîné des changements dans leur processus d'adoption. Une évolution consiste en l'institutionnalisation des consultations publiques⁸⁷². Quant à la procédure, le projet de règle est publié sur le site internet de l'autorité de concurrence (avant, cela se faisait dans le Journal Officiel), afin de consulter des tiers avant d'adopter la version définitive. Sont invités à participer les cabinets d'avocats, les opérateurs économiques, les syndicats et associations de professionnels, les associations des consommateurs, parmi d'autres groupes d'intérêt publics ou privés. Par comparaison, en droit colombien cette procédure pour l'adoption de circulaires n'est pas encore répandue. La pratique des consultations n'a été réalisée que jusqu'à récemment s'agissant par exemple des directives en cours d'adoption par la SIC en

Edward RUBIN, « Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative », *Cornell L. Rev.*, 2003, articles, p. 95 ; David FONTANA, « Reforming the Administrative Procedure Act: Democracy Index Rulemaking », *Fordham L. Rev., Essay*, octobre 2005, p. 81.

⁸⁷⁰ Le pouvoir de *rulemaking* peut être défini comme l'autorité d'adopter des règles et règlements. v. 5 U.S.C.A., 551 (5): « *rule making means agency process for formulating, amending, or repealing a rule* ». Conformément à l'APA, une règle est « *the whole or a part of and agency statement of general or particular applicability and future effect* » ; v. 5 U.S.C.A. 551 (4). 5 U.S.C.A. 551 (6): « *any other agency action is an 'order'* ».

⁸⁷¹ Elisabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », in Régulation économique et démocratie, *op.cit.*, p. 171. « L'un des objectifs de l'APA était d'obliger les agences à fonctionner de manière démocratique dans l'élaboration des règlements qu'elles prennent et l'application qu'elles en font ». Le sujet du *rulemaking* a été largement traité par la doctrine américaine. V. par exemple, Cary COGLIANESE, « Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future », *Duke L. J.*, 2006, vol. 55, p. 943; Kristin E. HICKMAN, « Coloring Outside the Lines: Examining Treasury's (Lack of) Compliance with Administrative Procedure Act Rulemaking Requirements », *Notre Dame L. Rev.*, 2007, vol. 82, p.1727; Richard K. BERG, « Reexamining Policy Procedures: The Choice Between Rulemaking and Adjudication », *Admin. L. Rev.*, 2006, vol. 38, p. 149; Dominique CUSTOS, « The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies », *Am. J. Comp. L.*, 2006, vol. 54, p. 615. La procédure d'élaboration des règlements des agences obéit à deux exigences. Elle doit permettre d'abord une participation des personnes intéressées aussi large que possible. Elle doit ensuite, au terme de l'interprétation que les juridictions font aujourd'hui de l'APA, de prouver que la réglementation envisagée est rationnelle. En 1970, une loi sur l'environnement a ajouté aux obligations pesant sur les agences de régulation celle de prendre en compte systématiquement les effets des règlements sur l'environnement. En 1980, le législateur a invité les agences à adapter la procédure d'élaboration des règlements aux contraintes des petites entreprises en réduisant la documentation exigée.

matière de contrôle de concentrations⁸⁷³. Il faut toutefois regretter les délais trop réduits laissés aux groupes d'intérêts et aux opérateurs concernés pour commenter ce projet⁸⁷⁴. L'étendue du pouvoir d'édicter des actes administratifs « décisifs » et les procédures mises en œuvre par le législateur colombien semblent déterminer le régime des actes de la SIC.

Section 2

LES ACTES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Le juge colombien applique aux actes de la Superintendance de l'industrie et du commerce les méthodes de qualification qu'il emploie dans le contentieux des actes administratifs, et soumet ses actes au régime général des actes administratifs⁸⁷⁵. Nous entendons pour « actes » l'ensemble des manifestations de volonté par lesquelles l'autorité de concurrence entend remplir les compétences dont elle est investie⁸⁷⁶. Selon une conception développée notamment par la doctrine française, la distinction matérielle des fonctions de l'Etat repose sur la classification classique des actes juridiques de l'administration en actes à portée individuelle et actes à portée

⁸⁷² Il est possible de mentionner à manière d'exemple le paquet de modernisation du 27 avril 2004, le paquet *Altmark* en matière d'aides d'Etat, et la procédure de consultation sur la transaction en octobre 2007.

⁸⁷³ C'est le cas par exemple de projet de résolution contenant des lignes directrices en matière de contrôle de concentrations.

⁸⁷⁴ Un délai de 5 jours, par comparaison au délai d'au moins quatre semaines laissé en droit européen. Comme en Espagne, la procédure d'élaboration d'actes à portée générale est établie de façon générale par le législateur. Ce dernier ne prévoit pas de procédure négociée, et bien qu'elle vise l'obligation d'informer les particuliers intéressés et les associations et groupes d'intérêt le plus immédiatement affectés par la réglementation envisagée. Le législateur « n'introduit aucune prévision en ce qui concerne l'exigence de véritable considération des commentaires formulés, ni de fourniture des raisons qui peuvent amener à refuser leur incorporation, totale ou partielle, à la norme en question », v. Montserrat CUCHILLO, *op.cit.*, p. 126.

⁸⁷⁵ Pour la SIC, un acte administratif « constitue le mode d'acte juridique ordinaire de l'administration, et se manifeste au travers de déclarations unilatérales, créatrices de situations juridiques générales, objectives et abstraites, ou subjectives, particulières et concrètes qui reconnaissent des droits ou imposent des obligations aux administrés ». v. concept de la SIC n° 10-26703-0-0 de 2010, p. 2. En outre, « *así las cosas las autoridades administrativas de control como es el caso de las Superintendencias, tienen reservada la facultad de expedir los mencionados actos unilaterales, por medio de los cuales crea derechos e impone obligaciones* ».

⁸⁷⁶ Martin COLLET, *op.cit.*, p. 27 : « Toutes les formes prises par ces manifestations pourront nous retenir, qu'elles soient énoncées sur le modèle de la prescription ou de la recommandation, qu'elles se révèlent clairement normatives – en proposant un modèle de comportement – ou qu'elles se limitent à porter des appréciations sur une situation factuelle, qu'elles soient formulées en termes généraux et impersonnels ou qu'elles visent une situation individualisée, qu'elles adoptent une forme écrite ou orale, etc. »

générale⁸⁷⁷. Cette analyse développée par la doctrine française est largement retenue dans le système colombien. Tandis que les actes administratifs individuels de l'autorité de concurrence caractérisent la situation de droit d'un opérateur économique (administré) notamment désignée dans les actes (§1), les actes à portée générale de l'autorité de concurrence régissent des situations considérées en termes généraux, telles que la résolution qui fixe le seuil à partir duquel les entreprises intervenantes doivent notifier une opération de concentration (§2)⁸⁷⁸.

§ 1. LES ACTES A PORTEE INDIVIDUELLE

Ce sont les juridictions administratives, le Conseil d'Etat colombien en particulier, qui, de fait, nous fournit l'essentiel du régime des actes de la SIC. Pour exclure un acte administratif individuel du champ de son contrôle, le juge colombien emploie diverses expressions⁸⁷⁹. Il est dès lors possible de distinguer entre des décisions qui font grief ou qui sont, tout au moins, susceptibles de faire grief (A) et les actes de la SIC ne liant pas le contentieux (B).

⁸⁷⁷ Yves GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, t. 1, précité.

⁸⁷⁸ Si nous retenons cette distinction classique du droit administratif pour présenter les actes de l'autorité de concurrence colombienne, il faut préciser que cette distinction ne repose pas sur la pluralité ou l'unicité des destinataires de l'acte. Ainsi, un acte réglementaire peut ne concerner qu'un administré, alors que certaines actes qui affectent la situation de nombreux administrés apparaissent comme une collection d'actes individuels ou « acte collectif » (comme par exemple l'acte de la SIC qui sanctionne plusieurs entreprises participant à une entente). Observons encore qu'un même acte administratif peut regrouper des dispositions non-réglementaires et des dispositions réglementaires. C'est le cas par exemple de certaines circulaires adressées aux chambres de commerce. En outre, la distinction entre actes administratif à portée individuelle et à portée générale ne semble pas avoir le charme suffisante pour échapper aux critiques. Une de ces critiques, il faut le rappeler, provienne de l'école formaliste française, selon laquelle on ne peut pas distinguer les fonctions de l'Etat qu'après les organes qui les exercent. Dès lors, seuls sont des actes administratifs ceux qui émanent d'organes administratifs. Le principal argument des partisans de la thèse formaliste est que le droit positif français ne tient compte que de la nature formelle des actes étatiques. En réalité, comme bien le souligne le professeur GAUDEMET, s'il est bien exact que le point de vue formel joue un rôle prédominant, le point de vue matériel n'est pas pratiquement sans intérêt. V. Yves GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, t. 1, précité.. Pour la SIC, « *La administración en cumplimiento de su función administrativa, se pronuncia mediante actuaciones, bien sea de carácter general o particular que constituyen instrumentos para lograr la realización y satisfacción concreta de los intereses públicos y sociales* », V. concept de la SIC n° 10-26703-0-0 de 2010, p. 2.

⁸⁷⁹ Pour Martin COLLET, l'acte peut être en fait considéré comme ne faisant pas grief, ou bien lui est nié le caractère de « décision faisant grief » ou « susceptible de faire grief ». Comme en droit français, parfois le juge colombien constate l'absence de caractère exécutoire attaché à l'acte contesté ou bien considère que l'acte « ne lie pas le contentieux ». Par souci de simplicité, nous les considérerons comme synonymes et les emploierons indistinctement pour signifier l'exclusion du champ du contentieux. Martin COLLET, *op.cit.*, p.40. En droit colombien, v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, précité.

A- LES ACTES DECISOIRES INDIVIDUELS FAISANT GRIEF

Une spécificité de l'autorité colombienne par rapport à ses homologues française et américaine réside dans le caractère des actes qui décident des différentes procédures qui se déroulent devant la SIC. A côté des décisions de caractère administratif (décisions qui mettent fin à la procédure *ex ante* de contrôle de concentrations et aux investigations *ex post* en matière de pratiques anticoncurrentielles⁸⁸⁰), se trouvent des décisions juridictionnelles⁸⁸¹ (décisions qui mettent fin à la procédure juridictionnelle en concurrence déloyale et celles adoptés en exercice des compétences juridictionnelles en matière de protection des consommateurs). Cela dit, notre étude sur l'indépendance fonctionnelle des autorités de concurrence se limitera pour l'essentiel à l'étude du régime des actes décisifs de nature administrative de l'autorité colombienne.

Nous commencerons notre examen par les actes décisifs de la SIC en matière de contrôle des concentrations. Telle qu'elle existait déjà dans le décret 2153 de 1992, et telle qu'elle est plus clairement encore présentée dans les nouvelles

⁸⁸⁰ Si l'acte administratif est défini formellement comme tout acte accompli par un organe administratif de l'Etat ou une autre personne publique (v. Yves GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, t. 1, précité), il s'agit ici des actes administratifs émanant de la SIC, autorité administrative de concurrence, dans l'exercice de ses missions administratives et issus d'une procédure administrative qui se déroule devant elle.

⁸⁸¹ Les décisions de la SIC dans ce dernier domaine sont de véritables actes juridictionnels contre lesquels procède seulement le recours devant le juge de droit commun. En tant qu'autorité administrative, les décisions de la SIC sont susceptibles de subir un éventuel encadrement directif ou correctif de l'exécutif.

Comme le rappelle le professeur Yves GAUDEMET, pour préciser les champs d'application respectifs des régimes juridiques de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel, régimes eux-mêmes profondément différents, il ne suffit pas de s'en tenir au point de vue organique ou formel car les organes juridictionnels exercent parfois une fonction purement administrative qui échappe au régime de l'acte juridictionnel. Et, dans le cas colombien, quelques autorités administratives, comme la SIC, exercent parfois des missions juridictionnelles. Suivant le professeur GAUDEMET, l'acte juridictionnel peut être défini d'un point de vue matériel comme « un acte de *structure complexe* qui fait apparaître successivement une prétention émise devant un juge (et généralement née d'un litige ou contestation), une *constatation* faite par le juge et portant sur la conformité des situations en cause avec la règle de droit (*juris-dictio*), enfin une décision prise par le juge en conséquence de la constatation faite par lui (*imperium*). C'est dans la liaison de ces éléments entre eux qu'il faut voir la caractéristique de l'acte juridictionnel, le juge intervenant pour résoudre une situation contentieuse en vertu de la règle de droit dont il constate d'abord l'application en l'espèce et qu'il réalise ensuite au moyen de sa décision ». Yves GAUDEMET, *Ibidem*. Il faut pourtant rappeler que cette définition matérielle de l'acte juridictionnel n'a pas échappé à des controverses ; v. par exemple, Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Carrée de Malberg*, p.3). Par comparaison, le juge considère que plus qu'aux éléments de forme et procédure, il faut se référer aux critères de fond, tels que l'existence d'un litige à trancher (v. Conseil d'Etat

dispositions introduites par la loi 1340 de 2009, la palette de décisions administratives de la SIC en matière de contrôle des concentrations est extrêmement large. L'autorité colombienne, par résolution motivée, peut d'abord interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, les parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante (décision d'interdiction). Elle peut ensuite autoriser l'opération en enjoignant les parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence (décision d'observer des prescriptions en matière de prescription économique et sociale). Elle peut enfin autoriser l'opération, par une décision motivée (décision d'autorisation pure et simple). Cette autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification (décision d'autorisation avec engagement). En outre, l'article 13 de la loi 1340 de 2009 permet à la SIC de retirer une éventuelle décision d'autorisation en allant jusqu'à exiger le retour « à l'état antérieur à la concentration », à titre de sanction dans trois hypothèses : (i) non-notification ou omission ou déclaration inexacte dans la notification, (ii) inexécution des injonctions, prescriptions ou engagements, enfin (iii) abus de domination postérieur à la concentration (décision de désinvestir complètement une opération réalisée)⁸⁸².

L'autorisation est l'issue la plus fréquente qui a amené à la décision de l'autorité de concurrence colombienne⁸⁸³. Bien qu'il s'agisse de la solution la plus

colombien, salle de consultation et service civil, concept n° 11001-03-06-000-2007-00089-00(1861) de 12 décembre 2007).

⁸⁸² Article 13, loi 1340 de 2009 ; v. pour une présentation des cas français et communautaire, Gerasimos Alex SOFIANATOS, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence, étude de droit communautaire, français, grec*. Thèse, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Jacques GHESTIN (dir.), Paris : LGDJ, 2009, coll. bibliothèque de droit privé, tome 506.

⁸⁸³ Les statistiques révèlent certes qu'une majorité des opérations sont autorisées sans condition, mais aussi que l'autorisation pure et simple est restée jusqu'ici l'issue la plus fréquente. Il faut également noter que entre 1959 et 1998 aucune opération de concentration a été objectée par la SIC. En revanche, entre 1998 et 2007, ils ont été objectées 7 opérations de concentration et 29 conditionnements ont été imposés. v. O.C.D.E. et BID, examen inter-pares, *Derecho y política de la competencia en Colombia*, 2009, p. 28. Parmi les cas objectés par la SIC on peut citer, Procter & Gamble Colombie Ltda. et Colgate Palmolive Co. (en l'espèce, l'opération affectait le marché des détergents. Avec l'opération, l'entreprise intégrée aurait une part de marché de 71%. L'indice HHI aurait augmenté de 2430 points. v. Résolution 28037 de 2004) ; Mexichem Colombie S.A. et Produits

simple, il est possible de distinguer entre l'autorisation expresse et l'autorisation tacite. Quant à la première forme d'autorisation, l'article 9 de la loi 1340 de 2009 établit que la SIC autorise l'opération de concentration par une décision motivée. L'autorité colombienne adresse, en règle générale, une résolution pour informer (même in extremis, le dernier jour du délai légal) les entreprises notifiantes du « feu vert » qui leur est donné. Cette résolution doit être clairement motivée, d'après le nouveau texte issu de la loi. Cette dernière disposition n'a cependant pas fait disparaître la possibilité d'une autorisation tacite. Comme pour le cas français – dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986 – le mécanisme de contrôle colombien prévoit que le silence gardé par l'administration « vaut décision tacite d'acceptation du projet de concentration ou de la concentration » à l'expiration du délai de trois mois, comptés à partir de la date de sa notification⁸⁸⁴. L'autorisation tacite est restée tout à fait exceptionnelle en droit colombien, ce qui semble logique après le choix effectué de fournir une réponse à la notification.

Les interdictions, quant à elles, sont les solutions extrêmes⁸⁸⁵. En droit colombien, ces solutions peuvent se traduire soit par l'interdiction de donner suite au

Derivados de Sal S.A. (Prodesal) (en l'espèce l'opération affectait les marchés de certains produits chimiques basiques. Les quotas de marché varient entre 50% et 82% selon le marché de produit en question. V. Résolution 23541 de 2008).

⁸⁸⁴ Article 10, alinéa 5, loi 1340 de 2009.

⁸⁸⁵ Par comparaison, la DGCCRF rappelle que « les cas d'interdiction totale d'une opération de concentration sont rares », Méthode d'analyse, pour le contrôle des concentrations, études DGCCRF, Imprimerie nationale, 1995. En droit français, il n'a été possible que de répertorier cinq cas de ce genre sur la base de l'ordonnance de 1986 : les affaires *Ferruzzi/Saint-Louis* (arrêté du 13 avril 1988 et avis 88-A-05 du 22 mars 1988, secteur du sucre) ; *Spontex/3M* (arrêté du 20 mars 1989 et avis 89-A-05 du 21 février 1989, secteur des outils d'entretien ménager) ; *Coca-Cola I* (arrêté du 17 septembre 1998 et avis 98-A-09 du 29 juillet 1998, secteur des boissons gazeuses non-alcoolisées) ; *Coca-Cola II* (arrêté du 24 novembre 1999 et avis 99-A-14 du 28 septembre 1999, secteur des boissons gazeuses non-alcoolisées) et *Sara Lee/Benckiser* (arrêté du 3 mai 2000 et avis 00-A-07, secteur des produits d'entretien des chaussures). De l'ensemble des 4355 opérations notifiées à la Commission européenne entre le premier janvier 2000 et mai 2010, 87.7% ont été autorisées sans conditionnements (3818 opérations de concentration). Les prohibitions ont compté moins de 0.5%, pour un total de 20 opérations non-autorisées. 6.6% des opérations ont été autorisées sous conditionnements (Source : information publiée sur le site institutionnel de la Commission européenne). Parmi les opérations interdites nous pouvons citer Ryan Air/AER LINGUS du 27 juin 2007 (de 60 à 80% des parts de marché de transport des passagers, en fonction des routes) ; ENI/GDP/EDP du 9 décembre 2004 (90% des parts de marché de la vente au détail de l'électricité au Portugal) ; Schneider/Legrand, du 4 décembre 2002 (opération dans le marché des prises et interrupteurs en Grèce) ; CVC/LENZING, du 17 octobre 2001, (dans un premier marché de la production de certaines fibres 55% de participation et dans un deuxième de la production de tampons de viscosité 85% et seulement trois petits concurrents laissés dans les deux marchés) ; General

projet de concentration, dans l'hypothèse où il s'agit encore d'un projet, soit par l'obligation de rétablir la situation de droit antérieure, si la concentration a déjà été réalisée. En outre, deux types de décisions peuvent être assimilés à des interdictions. D'une part, celles qui conduisent à mettre à l'opération des conditions telles qu'elles équivalent à une interdiction (celles-ci sont les « autorisations trop conditionnelles ») et, d'autre part, celles qui conduisent les parties à abandonner leur projet de concentration en cours de route. Il est possible aussi d'assimiler à des interdictions, en raison de leur issue, les affaires qui ont donné lieu à la notification auprès de la SIC, et qui ont été abandonnées en cours de procédure⁸⁸⁶. En droit colombien, ces opérations n'ont pas fait l'objet d'indications publiques systématiques, ce qui empêche d'en avoir connaissance exacte

L'opération de concentration peut également être autorisée sous conditions. La législation colombienne actuelle prévoit, en phase II, trois types de mesures qui peuvent permettre une autorisation conditionnelle : premièrement, les engagements proposés par les entreprises notifiantes elles-mêmes pour remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. Deuxièmement, les « injonctions » de la SIC, imposant des mesures propres à assurer une concurrence suffisante. Troisièmement, les « prescriptions » de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence⁸⁸⁷.

Parmi les remèdes les plus fréquents on trouve d'une part ceux visant les structures des entreprises⁸⁸⁸ et, d'autre part, ceux qui visent les comportements

Electric/Honeywell, du 3 janvier 2001 (presque 90% du marché du papier toilette et serviettes de cuisine).

⁸⁸⁶En droit européen, 3% du total des opérations notifiées ont été abandonnées (132 opérations l'ont été en cours de procédure) entre le premier janvier 2000 et mai 2010. Information disponible sur le site institutionnel de la Commission européenne.

⁸⁸⁷ Par comparaison, en droit français, la DGCCRF avait mis en avant « les principes généraux qui guident l'Etat en la matière (la Méthode d'analyse, p. 52 à 54 et le projet des lignes directrices, points 411 à 427). Il s'agit de quatre principes généraux qui guident les pouvoirs publics lorsqu'une opération est susceptible de compromettre la situation concurrentielle d'un marché et exige des mesures correctives : la neutralité, la proportionnalité, le respect des intérêts légitimes des entreprises, l'efficacité et la contrôlabilité.

⁸⁸⁸ La préférence est clairement donnée à ce type de remèdes, aussi bien en droit communautaire, dans la communication de la Commission sur les mesures correctives (JOCE, 2001, C/08/03). Nous pouvons citer la cession ou la rétrocession d'une partie des biens, droits ou activités acquis, voire préexistants, dans un délai déterminé. Il peut s'agir d'actifs nommément désignés, en général

commerciaux des entreprises, telles que les obligations de modifier des conditions de vente, d'en adopter de nouvelles, de modifier les modes de commercialisation ou d'accorder à des tiers des licences de brevet⁸⁸⁹. Certaines mesures comportementales peuvent être qualifiées de « semi-structurelles », tant leur portée peut être durable. Il s'agit par exemple du maintien de la commercialisation par un intermédiaire ou renonciation de distribution, de la limitation de parts de contingents, la renonciation à certaines clientèles, ou de l'aménagement de l'accès aux réseaux ou infrastructures (comme c'est le cas de l'accès aux réseaux de distribution de l'énergie ou aux dépôts pétroliers)⁸⁹⁰.

Nous examinerons à présent les actes décisifs de la SIC en matière de pratiques anticoncurrentielles⁸⁹¹. Lorsque l'autorité colombienne, agissant d'office ou

géographiquement localisés où la concentration est trop élevée, ce qui laisse l'opération se réaliser dans les autres zones (exemples). Les cessions peuvent aussi viser à réduire une part du marché national (Le marché pertinent, Annexe à la méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, études DGCCRF, Direction des journaux officiels, 1995). Il peut aussi s'agir d'un taux de participation au capital, d'une société concurrente à réduire ou à abandonner. L'autorité de concurrence peut même aller jusqu'à dire qu'il est nécessaire de céder des actifs portant sur des marchés qui ne sont pas directement affectés par l'opération. D'autres mesures de type structurel moins exigeantes peuvent être adoptées, telles que le maintien de réseaux de distribution, de marques, voire de sociétés distinctes.

⁸⁸⁹ Il est également possible de citer les obligations d'aménagement de « ventes liées » ou de couplage des prestations, d'encadrement des relations intergroupe, comme l'interdiction de communiquer certaines informations entre entités du groupe, de limiter certaines pratiques commerciales, et une obligation de transparence sur le marché.

⁸⁹⁰ Jean-Mathieu COT et Jean Patrice de la LAURENCIE, *Le contrôle français des concentrations*, 2e éd., Paris : L.G.D.J. p. 427 ; v. également, Jean-Bernard BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*. 5e éd. Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2009.

⁸⁹¹ Il faut exclure ici de notre analyse la sanction de nullité des accords restrictifs de la concurrence. En effet, le jugement/décision de la nullité n'incombe pas à l'autorité de concurrence mais aux tribunaux judiciaires, cette nullité étant fondée sur la violation d'une disposition d'ordre public. Comme en droit français, le juge colombien ne peut pas refuser d'examiner la nullité des accords si les conditions pour en décider sont réunies (v. pour le cas français, Cassation commerciale, arrêt du 26 mars 1979. En l'espèce, il a été jugé que le juge ne pouvait pas écarter une demande d'annulation d'une entente aux motifs qu'une nullité avait été de toute façon couverte par la transaction intervenue entre les parties). Il reste à noter que l'article L 420-3 du Code du commerce français établit que tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1 et 420-2 est nul de plein droit. Les applications de cette disposition en droit français sont multiples. V. par exemple, Cassation commerciale, arrêt du 22 janvier 1991, Cour d'appel de Paris, arrêt du 12 décembre 1996, *R.J.D.A.* 5/97 n°665. Revenant sur le cas colombien, la jurisprudence a manifesté que la nullité peut être invoquée par une partie du contrat ou bien par un tiers. Au-delà de quelques comportements susceptibles d'être sanctionnés pénalement (tel que l'accaparement de biens de première nécessité), ils n'existent pas en droit colombien de sanctions pénales en matière de concurrence. Les sanctions prévues dans le Code pénal colombien peuvent seulement être prononcées par les juges. En dépit de leur ressemblance avec les sanctions pénales, les sanctions administratives de la SIC constituent des décisions administratives et non des actes de juridiction pénale. Il faut alors aussi exclure les sanctions pénales de notre analyse.

sur plainte, constate l'existence d'une entente interdite, elle peut imposer aux entreprises impliquées de mettre fin à cette infraction. Elle peut alors décider d'imposer des mesures correctives de nature comportementale, voire, au besoin, structurelle, pourvu qu'elles soient proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour faire cesser la pratique anticoncurrentielle en question. L'autorité colombienne peut également accepter par décision administrative les engagements proposés par les entreprises et les rendre obligatoires pour celles-ci. Pour imposer le respect de ses injonctions de cessation d'infraction ou des engagements, la SIC peut rendre effective des polices d'assurance⁸⁹² ou bien condamner les entreprises à des astreintes. En cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, la SIC peut enjoindre, par décision motivée, l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause à modifier, ou à compléter ou réaliser, dans un délai déterminé, tous les accords et tous les actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis l'abus, même si ces actes ont fait l'objet d'une procédure de contrôle des concentrations.

La SIC peut en outre infliger des amendes à chaque entreprise ayant participé à l'infraction, délibérément ou par négligence, par décision motivée⁸⁹³. Elle peut aussi, aux frais de la personne intéressée, ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci sur le support de son choix⁸⁹⁴. Par comparaison, en droit français, cette publication apparaît comme une sanction accessoire mais autonome à la sanction principale dont l'autorité de concurrence décide librement en fonction des éléments de la cause, sans être tenue, lorsqu'elle la prononce, de faire une répartition mathématique des frais de publication entre tous les

⁸⁹² V. par exemple la résolution 29497 du 19 août de 2008, qui met fin à l'investigation à l'encontre de CREDIBANCO, REDEBAN et ses représentants légaux pour leur participation à des pratiques anticoncurrentielles (violation de l'article 1 de la loi 155 de 1959, et l'alinéa 1 de l'article 47 du décret 2153 de 1992, qui interdit les accords pour la fixation des prix). En l'espèce, chacun des opérateurs économiques a garanti le respect des différents engagements adoptés par des polices d'assurance. La SIC, après avoir constaté leur manquement, décide de les rendre effectives pour 100% des valeurs assurées.

⁸⁹³ Quant au montant des amendes, il faut rappeler que l'autorité colombienne élabore en ce moment des directives pour le calcul des amendes. Pour ce faire, l'équipe de la SIC a pris en considération les directives de la Commission européenne pour le calcul d'amendes (JOUE 2006 C210. Directives qui remplacent celles de 1998), ainsi que directives de l'autorité espagnole de la concurrence (disponibles sur le site institutionnel de la CNC, dans la section « *normatividad* »). De manière générale, les articles 25 et 26 de la loi 1340 de 2009 établissent les circonstances d'atténuation et les circonstances d'aggravation des sanctions respectivement.

⁸⁹⁴ Article 17, loi 1340 de 2009.

contrevenants⁸⁹⁵. L'autorité française semble aussi pouvoir ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise sanctionnée.

D'autres décisions de l'autorité de concurrence peuvent être prises à l'encontre des entreprises intervenant dans une pratique anticoncurrentielle. La SIC peut dans ce sens infliger des astreintes pour contraindre les opérateurs économiques à exécuter une décision d'injonction pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire, et à respecter les mesures conservatoires qu'elle a prononcées. En droit colombien, la décision de l'autorité de prononcer une astreinte doit être motivée. Par comparaison, en droit français, elle est précédée de l'établissement d'un rapport évaluant le montant définitif de l'astreinte. Ce rapport est adressé aux parties et au commissaire du gouvernement qui disposent d'un délai d'un mois pour présenter leurs observations écrites. Les parties et le commissaire du gouvernement peuvent également présenter des observations orales lors de la séance⁸⁹⁶.

Les règles concernant les formes de décisions possibles en matière de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles restent relativement imprécises dans la réforme de 2009, de telle sorte qu'il faut se référer pour plusieurs aspects aux dispositions générales contenues dans le Code de contentieux administratif⁸⁹⁷.

Dans l'élaboration de l'acte administratif, la SIC doit toujours respecter le principe de légalité administrative. Ce principe signifie que l'autorité administrative de la concurrence est tenue, dans les décisions qu'elle prend, de se conformer à la loi

⁸⁹⁵ Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 décembre 1990. En l'espèce, la Cour a estimé que le Conseil de la concurrence avait pu valablement faire supporter la charge des frais de publication à un syndicat professionnel qui avait organisé un système de concertation de prix au profit de ses adhérents. En revanche, l'autorité de concurrence ne peut pas se dispenser de préciser par qui sa décision doit être publiée (v. Cour d'appel de Paris, arrêt du 29 mars 1996).

⁸⁹⁶ Code de commerce français, article R. 464-3.

⁸⁹⁷ Remplacé par la loi 1437 du 18 janvier 2011, Code des procédures administratives et du contentieux administratif (CPACA), 2eme partie, titre III, « moyens de contrôle », articles 135 à 148, La loi 1437 remplacera le Code du contentieux administratif, décret 01 de 1984, à partir du 2 juillet 2012 (article 308).

ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire, à un ensemble de règles de droit de rangs et de contenus divers, qui sont fonction des compétences de la SIC. En ce sens, le principe de légalité apparaît comme une limitation du pouvoir administratif⁸⁹⁸.

Selon l'article 49 du projet de réforme du code contentieux de administratif⁸⁹⁹, l'acte administratif qui met fin à une procédure de sanction devant la SIC doit au moins contenir : l'individualisation des personnes morales ou physiques à sanctionner, une analyse des faits et des preuves sur lesquels la sanction est adoptée, les normes qui ont été méconnues par les pratiques prouvées contraires à la concurrence et la résolution finale de classement ou de sanction et sa motivation juridique (et économique).

Les actes administratifs de caractère particulier et concret pris par l'autorité de concurrence, n'auront d'effet qu'à partir de la notification personnelle⁹⁰⁰ ou, à défaut, à partir de la date où la notification par avis est réalisée⁹⁰¹. En cas de notification personnelle, l'autorité de concurrence doit remettre une copie conforme et gratuite de l'acte administratif à l'intéressé, à son représentant légal ou à son fondé de pouvoir, ou à la personne dûment autorisée par l'intéressé pour être notifiée. Elle doit également mentionner la date et l'heure, les recours qui procèdent, ses délais et les autorités compétentes pour connaître de ces recours. Le manquement à l'une de ses formalités invalide la notification⁹⁰². L'autorité colombienne peut également, en

⁸⁹⁸ Ce principe concerne toutes les activités de la SIC. D'une part, les décisions administratives individuelles (toute mesure particulière doit alors être conforme aux règles générales préétablies). D'autre part, les actes administratifs généraux. (V. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op.cit.*, p. 145).

⁸⁹⁹ Projet de loi n 198-09 Sénat et 315-10 Chambre. Ce projet a été récemment adopté par le Congrès colombien, v. loi 1437 du 18 janvier 2011, Code des procédures administratives et du contentieux administratif (CPACA), 2eme partie, titre III, « moyens de contrôle », articles 135 à 148, La loi 1437 remplacera le Code du contentieux administratif, décret 01 de 1984, à partir du 2 juillet 2012 (article 308).

⁹⁰⁰ La notification réalise en principe la publicité de l'acte individuel. Il faut pourtant nuancer ce tableau : la forme de publicité des actes individuels est une question de fait que le juge apprécie souverainement. La publication des actes de l'autorité de concurrence ne semble alors pas assujettie à une procédure « uniforme ». Pour les actes administratifs de la SIC, cette dernière semble jouir d'une marge de manœuvre plus étendue : insertion dans les recueils administratifs ou même dans la presse. Il appartient au juge administratif, s'il est saisi, d'apprécier d'après les circonstances de l'espèce, si le procédé de publicité employé a été suffisant.

⁹⁰¹ V. article 66, Code de contentieux administratif.

⁹⁰² V. article 67, Code de contentieux administratif. La notification personnelle peut également se réaliser par une des modalités suivantes : 1. par voie électronique (cette modalité procède seulement au cas où l'intéressé a accepté d'être notifié par ce moyen) ; 2. dans les tribunes (toutes les décisions qui sont adoptées en audience publique sont notifiées verbalement dans les tribunes (*estrados*). Dans

absence d'autre moyen plus efficace pour informer l'intéressé, envoyer une citation à comparaitre pour notification personnelle au domicile et/ou au courrier électronique de l'intéressé qui apparaissent dans le dossier ou qui peuvent être obtenues dans le registre mercantile (dans le cas des sociétés commerciales).

En cas d'impossibilité de réaliser la notification personnelle après cinq jours ouvrables suite à l'envoi de la citation, celle-ci devra se faire par avis qui est remis à l'adresse et au courrier électronique de l'intéressé, accompagné d'une copie complète de l'acte administratif. L'avis doit indiquer la date et l'acte qui est notifié, les informations de contact et le nom de l'autorité de concurrence, les recours qui procèdent légalement, les autorités compétentes pour recevoir les recours, les délais respectifs, et l'avertissement de que la notification est considérée comme réalisée à la fin de la journée suivante à la rémission de l'avis à son lieu de destination. Lorsque l'autorité de concurrence méconnaît les coordonnées et l'information de contact de l'intéressé, l'acte administratif est publié sur le site internet et/ou dans un lieu d'accès au public pour un terme d'au moins 2 jours ouvrables⁹⁰³. Enfin, lorsque la SIC estime que les actes administratifs de caractère particulier affectent de manière directe et immédiate des tiers qui ne sont pas intervenus dans l'acte et dont l'autorité de concurrence méconnaît le domicile, elle est habilitée pour publier la partie résolutive de la décision sur son site Internet et dans un moyen de communication de large diffusion dans le marché géographique respectif.

B- LES ACTES A PORTEE INDIVIDUELLE NE FAISANT PAS GRIEF

L'autorité de concurrence colombienne est également dotée de compétences de recommandation, d'information, d'avis, dont l'objet est celui d'éclairer d'autres autorités de régulation, les opérateurs économiques ou les groupes d'intérêt publics ou privés concernés sur le sens ou l'application des dispositions d'ordre légal ou réglementaire ou de ses actes, à un cas particulier. Les actes interprétatifs et

ce cas, l'autorité de concurrence doit laisser constatation dans un rapport de ce que ces décisions sont notifiées.

⁹⁰³ V. article 69 du Code de contentieux administratif.

confirmatifs de l'autorité de concurrence servent à orienter, le cas échéant, les comportements des destinataires de la régulation que la SIC est chargée d'organiser.

Les différents actes explicatifs de l'autorité de concurrence peuvent être adoptés à son initiative ou bien à celle des particuliers souhaitant des précisions sur le sens d'une régulation relevant du champ de compétence de la SIC⁹⁰⁴. L'interprétation donnée par la SIC est parfois proposée à titre informatif et exprimée sous la forme d'un conseil, mais le plus souvent, elle prend une forme plus affirmative, plus normative. Dès lors, il est possible de ranger dans la même catégorie des actes interprétatifs, les actes confirmatifs (*conceptos*) qui répondent à une demande d'avis ou d'éclaircissement⁹⁰⁵ qui ne font que rappeler, sans la préciser d'aucune façon, une décision antérieure⁹⁰⁶.

Hors le cas de l'interprétation d'un texte, il arrive à l'autorité de concurrence colombienne de donner un avis sur une situation individuelle, d'adresser un vœu dans l'espoir de modifier un comportement individuel, parmi d'autres. Dans tous ces cas, la SIC ne se contente pas d'interpréter la régulation en matière de concurrence mais fait preuve d'« innovation »⁹⁰⁷. Néanmoins, tant que l'innovation de l'acte n'est formulée qu'à titre de conseil, d'indication, de souhait, la jurisprudence administrative colombienne lui refuse le caractère d'acte administratif susceptible de faire grief⁹⁰⁸. C'est le cas de l'avis donné par l'autorité de concurrence en matière de concentrations des opérateurs économiques sous le contrôle et la surveillance de la Superintendance financière. Le juge colombien considère que dans la mesure où l'avis, s'il est adopté, n'est pas susceptible de faire grief, il serait contradictoire de reconnaître au refus de délivrer un avis le caractère d'acte faisant grief⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ En vertu notamment du droit de pétition individuel (articles 9 à 16 du Code de contentieux administratif).

⁹⁰⁵ En droit colombien, ceci se fait au moyen des consultations (v. article 25 du Code de contentieux administratif).

⁹⁰⁶ Dès lors, comme en droit français, pour apprécier la recevabilité du recours intenté contre un acte administratif individuel formellement interprétatif, le juge colombien s'interrogea sur son caractère innovant et la conformité aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ; v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2,

⁹⁰⁷ Martin COLLET, *op.cit.*, p. 40

⁹⁰⁸ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civile, concept n° 1649 de 23 juin 2005.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

En outre, l'autorité colombienne a la faculté de prendre des mises en garde. Comme en droit français, ces actes administratifs se distinguent en droit colombien des mises en demeure et injonctions par leur caractère simplement informatifs (elles ne font pas alors grief). Si ces actes administratifs précèdent parfois une sanction et adoptent un ton souvent comminatoire, elles ne sont pas considérées, comme en droit français, intégrées ni, *a fortiori*, détachables d'une procédure complexe : elles ont une existence « propre », car elles ne constituent pas une mesure préalable à l'édiction d'une décision ultérieure de la SIC. Par exemple, la lettre de l'autorité de concurrence par laquelle le Superintendant se borne à « mettre en garde » une société ayant position dominante résultant de la titularisé de la concession pour exploiter et gérer le port de la ville de Carthagène⁹¹⁰, au terme de laquelle l'autorité serait conduite à tirer les conséquences de la persistance d'un comportement jugé par elle contraire à la concurrence (en l'espèce l'interdiction d'abus de position dominante), n'a aucune portée juridique et ne constitue alors pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir.

En ce qui concerne les actes auxiliaires de l'autorité de concurrence colombienne, la décision du Superintendant d'initier une enquête portant sur des opérateurs économiques pour des pratiques anticoncurrentielles, ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En effet, cet acte, ainsi que la demande d'informations ou d'un avis à une autorité sectorielle ou aux groupes d'intérêt publics ou privés, ne sont pas détachables de la procédure éventuellement engagée par l'autorité de concurrence. Il s'agit de comportements positifs de la part de la SIC, non détachables d'une procédure complexe⁹¹¹. Les comportements négatifs bénéficient, quant à eux, d'un traitement juridictionnel différent, dans la mesure où ils ne sont ni préparatoires ni connexes, mais, au contraire, empêchent l'adoption d'une éventuelle décision ultérieure⁹¹². C'est ce raisonnement qui conduit le juge colombien à accueillir les recours exercés contre les comportements négatifs de la SIC, tel que le refus d'engager une procédure de

⁹¹⁰ Résolution de la SIC du 22 février 2010.

⁹¹¹ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 10 juin 1999, Conseiller rapporteur Libardo RODRIGUEZ -RODRIGUEZ.

⁹¹² Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 28 janvier 1976.

sanction⁹¹³. En l'absence d'une jurisprudence colombienne fournie en la matière, nous pouvons nous demander si le juge administratif peut appliquer ce critère à l'avis négatif formulé par la SIC en matière de contrôle de concentrations du secteur financier ? Cet avis, qui n'est pas obligatoire pour la Superintendance financière, modifie-t-il la situation juridique de l'opérateur financier intéressé, lui interdisant l'éventuel bénéfice d'une décision favorable ?

La SIC est également habilitée, en vertu de son autonomie administrative et de gestion, à prendre des mesures d'aménagement intérieur des services, mesures qui s'adressent aux agents, mais aussi aux usagers des services de l'autorité de concurrence. C'est par exemple le cas des mesures d'aménagement des services de réception de documents de la SIC. Elle peut ensuite adopter des décisions individuelles à caractère personnel, concernant des fonctionnaires, des usagers ou des fournisseurs de l'administration (mesures purement gracieuses), par exemple la résolution qui accorde la période de vacances d'un fonctionnaire ou l'acte qui donne une audience à un subordonné. Ces mesures ne sont pas susceptibles d'être discutées par la voie contentieuse.

Quant aux actes administratifs dits « informels »⁹¹⁴, il s'agit des suggestions, invitations, recommandations, avis, normes de référence, modèles, et propositions, entre autres. Il faut noter que le vocabulaire est varié et parfois déroutant⁹¹⁵. En l'absence d'une jurisprudence fournie en la matière, nous ne pouvons qu'attendre à ce que, comme pour le juge français, le juge colombien ne s'arrête pas dans des

⁹¹³ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n°1454 de 16 octobre 2002.

⁹¹⁴ L'expression actes administratifs informels n'est pas familière aux juristes. Elle rejoint l'expression de « *soft law* » employée par les juristes anglo-saxons. Elle désigne des actes juridiques, d'appellation et de formulation diverses qui ne comportent pas d'effet juridique obligatoire à l'égard des administrés destinataires, mais qui ont à leur égard un effet d'incitation, de conviction ou d'intimidation, parfois plus efficace. V. Yves GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *R.I.D.C.*, 1994, p. 645. Il semble que le système administratif contemporain privilégie ce type d'actions notamment dans le domaine de l'action économique des autorités administratives, comme c'est le cas de la régulation de la concurrence.

⁹¹⁵ Pour Yves GAUDEMET, l'émergence des actes administratifs informels est d'une certaine façon révélatrice des faiblesses du système administratif classique. La décision exécutoire obligatoire, susceptible d'un contrôle juridictionnel pouvant entraîner son annulation, est perçue comme trop formaliste, trop lourde de procédure, impropre tant à satisfaire l'efficacité administrative qu'à préserver réellement les droits des administrés. *Ibid.*

dénominations et traite ces actes administratifs informels de la SIC comme des décisions exécutoires, chaque fois qu'il constate des éléments de celles-ci⁹¹⁶.

Il appartient à la SIC de fixer les critères qui facilitent l'application et le respect des règles de concurrence⁹¹⁷. En ce sens, la faculté d'instruction peut être adressée aux organes vigilés par l'autorité de concurrence. L'acte d'instruction peut fixer la manière dont les dispositions qui régulent l'activité de ces organes vigilés doivent être observées, fixer des critères techniques et juridiques qui facilitent leur observance et signaler les procédures pour son application⁹¹⁸. Les actes de l'autorité de concurrence ne faisant pas grief peuvent donner un avis sur une situation déterminée, un cas particulier, mais ils peuvent également exprimer une doctrine formulée de manière générale et impersonnelle.

§ 2. LES ACTES A PORTEE GENERALE

Comme pour le droit français, le droit colombien attache des conséquences importantes à la distinction entre mesures à portée générale et mesures à portée individuelle émanant des autorités administratives. Il est possible de citer une série de différences de régime juridique, sur des points très divers. Nous pouvons citer – sans que il s'agisse toutefois de développer dans ce paragraphe chacune de ces différences –, les différences quant aux modes de publicité (publication pour les actes à portée générale, notification pour les actes à portée individuelle) ; la faculté de l'administration de retirer ou abroger les actes administratifs obéit aussi à des règles différentes selon qu'il s'agit d'actes généraux ou particuliers⁹¹⁹.

⁹¹⁶ V. Martin COLLET, *op.cit.*, p. 181.

⁹¹⁷ V. alinéa 21 de l'article 2 du décret 2153 de 1992.

⁹¹⁸ V. concept de la Superintendance de l'industrie et du commerce n°08-73156 du 22 août 2008.

⁹¹⁹ Comme il apparaît dans l'introduction de cette section, la distinction entre actes à portée générale et actes à portée individuelle n'est pas absolue et parfois sa mise en œuvre peut rencontrer des difficultés. Certains actes semblent échapper quelques fois aux catégories des actes individuels et généraux. C'est le cas par exemple de certaines circulaires de l'autorité de concurrence colombienne, un de ses principaux outils de régulation à portée générale. Certaines circulaires de la SIC peuvent être à la fois adressées en termes généraux à l'ensemble des entités sous son contrôle, surveillance et inspection ou bien réguler une situation particulière d'un opérateur économique ou d'un organe qu'elle contrôle. Il est possible de mentionner les circulaires de la SIC concernant les chambres de commerce. Parfois, ces circulaires expriment une doctrine formulée de manière générale et impersonnelle à propos de procédures que l'ensemble des chambres de commerce doit suivre dans la gérance du registre public mercantile. Mais ces circulaires peuvent être adressées à une chambre de commerce ou à un ou plusieurs opérateurs économiques, afin de donner un avis sur une situation

Les circulaires constituent le principal outil de régulation à portée générale de l'autorité de concurrence colombienne. La SIC peut, par des circulaires, déterminer la manière dont doivent être suivies les dispositions qui régulent l'activité des opérateurs économiques et entités sous son contrôle, inspection et surveillance. Elle peut également fixer les critères techniques et juridiques qui facilitent l'accomplissement de ces dispositions et signaler les procédures à suivre. Celle-ci est la principale finalité des circulaires⁹²⁰. Les circulaires qui émanent de la SIC peuvent contenir une instruction ou une décision de l'autorité publique, capable de produire des effets juridiques et une force inaliénable⁹²¹.

La SIC peut également adopter des circulaires d'ordre intérieur, qui ne sont que des instructions de service, c'est-à-dire des prescriptions générales que les chefs de service donnent aux fonctionnaires placés sous leur autorité en ce qui concerne l'application et l'interprétation des dispositions en matière de concurrence⁹²². Pour ces fonctionnaires, la circulaire a un caractère obligatoire, c'est-à-dire qu'ils doivent tenir pour exacte l'interprétation de la régulation qui y est donnée et qu'ils sont tenus de se conformer aux directives qui y sont contenues. Ce caractère obligatoire résulte du devoir d'obéissance hiérarchique du fonctionnaire vis-à-vis de son supérieur⁹²³. En revanche, vis-à-vis des administrés, la circulaire n'a aucune force obligatoire, elle leur est inopposable et elle ne peut être invoquée par eux⁹²⁴. En outre, l'interprétation de la loi qu'elle contient ne lie pas le juge, elle ne lie qu'à la seule autorité de concurrence et l'interprétation administrative peut être contredite par l'interprétation juridictionnelle. Ce type de circulaire ne semble alors apporter aucun élément nouveau à la légalité (elle n'est pas une source de légalité mais seulement une source d'obligation hiérarchique à l'intérieur de l'autorité de concurrence).

déterminée ou un cas particulier. Nous nous concentrerons sur l'examen des circulaires qui ont une portée générale. Les circulaires (souvent d'instruction) qui s'adressent aux opérateurs économiques ou entités contrôlés déterminés peuvent être assimilés ici, pour les effets de notre analyse, aux actes d'instruction individuels traités dans le paragraphe précédent (v. concept de la Superintendance de l'industrie et du commerce n°08-73156 du 22 août 2008).

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² Il faut noter que formellement ces actes s'appellent manuels de procédure et service et sont adoptés par des résolutions destinées à l'ensemble des fonctionnaires de la SIC. Mais elles sont matériellement des circulaires d'ordre intérieur.

⁹²³ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n°159 de 28 octobre 1987.

⁹²⁴ *Ibid.*

L'alinéa 4 de l'article 84 du Code contentieux administratif prévoit qu'« il peut être aussi demandé la nullité des circulaires de service et des actes de certification (...) »⁹²⁵. En ce sens, le Code a institué la possibilité de contester les circulaires de service, dans l'hypothèse où elles revêtent le caractère d'acte administratif, entendu ce dernier comme une manifestation de volonté de l'administration, destiné à produire effets juridiques, c'est-à-dire, créer, supprimer ou modifier une situation juridique. Or, il peut se présenter deux situations par rapport aux circulaires de la SIC. En premier lieu, si la circulaire n'a pas la vertu de produire des effets juridiques face à un tiers⁹²⁶, on ne peut pas la considérer comme un acte administratif susceptible de contrôle juridictionnel. Dans cette hypothèse, il n'est pas possible que l'autorité de concurrence porte atteinte aux droits des administrés⁹²⁷.

Au contraire, si les circulaires contiennent des dispositions de caractère obligatoire pour les administrés, elle n'a de force inaliénable que pour eux. Il s'agit ici d'actes administratifs de caractère général susceptibles de faire grief. Ces actes administratifs à portée générale sont soumis au contrôle judiciaire et peuvent être attaqués par la voie de l'action publique de nullité, dès lors que la loi a prévu le recours à ce contentieux objectif contre l'acte.

Les circulaires de la SIC ayant une force inaliénable pour les opérateurs économiques et les entités sous contrôle, inspection et surveillance de l'autorité colombienne sont de véritables règlements⁹²⁸. Il s'ensuit, d'une part, qu'elles ne peuvent être édictées que dans la mesure où leur auteur détient un pouvoir

⁹²⁵ Traduction libre de « (...) También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación »; article 138 CPACA

⁹²⁶ Car elle reste à l'intérieur de l'administration comme une orientation pour le développement d'une activité administrative (tel que l'organisation de la régulation de la concurrence) ou dans les cas où elle se limite à reproduire une décision antérieure de la SIC ou d'une autorité différente (par exemple, d'une autorité de régulation sectorielle ou d'une autre superintendance).

⁹²⁷ V. concept de la Superintendance de l'industrie et du commerce n°08-73156 du 22 août 2008.

⁹²⁸ En effet, tel que la SIC l'a établi dans son concept n° 10-26703-0-0 de 2010 que la nature et le caractère obligatoire des dispositions adoptées par une entité de contrôle comme la Superintendance sont des actes administratifs, sans préjudice des normes contraignantes, dont la non observance donne lieu à des sanctions légales, ce qui attribue à ces dispositions le caractère de normes légales, tel qu'il a été signalé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 4 décembre 1944 que: « (...) la signification de la loi ne se réduit pas à l'acte expédié par le Congrès National avec ce nom, mais il comprend tous les préceptes des autorités et corporations qui sont habilités pour dicter des normes sur des matières déterminées » ».

réglementaire et dans les formes selon lesquelles s'exerce cette compétence⁹²⁹. D'autre part, ces circulaires peuvent être attaquées par tout intéressé par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Il faut indiquer que, conformément à l'article 43 du Code contentieux administratif, les actes administratifs de caractère général ne sont pas obligatoires pour les particuliers tant qu'ils n'ont pas été publiés au journal officiel, ou dans le journal, gazette ou bulletin que les autorités destinent à assurer la publicité de ces actes à portée générale, ou dans un journal d'ample circulation sur le territoire national. Par conséquent, les actes administratifs de caractère général qu'adoptent les autorités administratives, telle que la SIC, ont une force obligatoire à partir de la date de leur publication. C'est à partir de cette date que les circulaires de l'autorité de concurrence produisent tous leurs effets juridiques⁹³⁰.

Il est également possible d'opérer une distinction entre les circulaires de la SIC et les avis (*conceptos*) qu'elle adresse aux opérateurs économiques, autorités de régulation sectorielles et groupes d'intérêt publics et privés. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat a signalé que, comme règle générale, les avis qu'élabore la SIC à la demande des intéressés ne sont pas obligatoires, car ils ne créent pas de situations juridiques et, par conséquent, ils ne compromettent pas la responsabilité de l'entité publique qui les élabore⁹³¹. Ce ne qu'en cas de modification ou de création de situations juridiques que l'avis de la SIC est considéré par le juge colombien comme un acte administratif susceptible d'actions contentieuses administratives⁹³².

⁹²⁹ Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-228 de 2010.

⁹³⁰ Il faut noter que cette obligation de publication est maintenue dans l'article 65 de la proposition de modification au projet de loi n°198 de 2009 – Sénat, « par lequel se réforme le code de procédure et de contentieux administratif ». Cette disposition permet aux entités de l'ordre central ou décentralisé avec un organe officiel de publicité de divulguer leurs actes à portée générale par des avis, la distribution de tracts, l'insertion dans d'autres médias (y compris la publication dans des médias électroniques ou sur le site Internet), tant que ces médias garantissent une ample circulation de ces actes. De même, l'article 53 de la proposition de la Commission pour la réforme de la juridiction contentieuse administrative dispose que l'administration doit assurer l'accès, en égalité des conditions, aux médias électroniques. Cet article a été récemment adopté (loi 1437 du 18 janvier 2011, Code des procédures administratives et du contentieux administratif (C.P.A.C.A), 2eme partie, titre III, « moyens de contrôle », articles 135 à 148, La loi 1437 remplacera le Code du contentieux administratif, décret 01 de 1984, à partir du 2 juillet 2012, article 308).

⁹³¹ V. concept de la SIC n° 10-26703-0-0 de 2010, p. 2.

⁹³² V. concept de la SIC n°08-73156 du 22 août 2008.

Un des actes les plus courants de l'autorité de concurrence colombienne est la circulaire unique (*circular única*). Par l'élaboration de circulaires uniques, sont réunis dans un seul corps normatif toutes les réglementations et instructions générales de la SIC en vigueur. Un premier objectif des circulaires uniques consiste en rassembler, réviser, modifier et actualiser tous les actes administratifs de caractère général de l'autorité de concurrence. Un deuxième objectif des circulaires uniques consiste à faciliter aux destinataires de sa mission d'inspection, surveillance et contrôle, l'accomplissement, compréhension et consultation des actes de la SIC⁹³³. Un troisième objectif consiste à proportionner aux fonctionnaires un instrument juridique unifié et cohérent qui détermine avec précision les règles applicables aux situations particulières qui rentrent dans leur domaine de compétence. Quant à sa structure, une circulaire unique contient tous les actes administratifs de caractère général adoptés par la SIC, de telle sorte que ceux qui ne sont pas inclus doivent être considérés comme abrogés. Elle se compose d'un indice des matières et de titres intégrés par des chapitres. Chaque titre correspond à un domaine de compétence de la SIC, sauf le premier qui établit le régime général pour certains actes devant l'entité. En outre, le dernier titre correspond à des annexes techniques nécessaires pour la lecture de la circulaire. Il reste à indiquer que ces circulaires peuvent être consultées par les particuliers à tout moment sur le site Internet de la SIC⁹³⁴.

Par comparaison, dans la logique des systèmes français et américain, la création d'une autorité administrative indépendante de l'exécutif semble répondre au souci d'associer d'une manière plus ou moins formelle les particuliers – non seulement les destinataires d'une norme, mais également ceux intéressés par sa mise en œuvre –, à l'élaboration des normes que l'autorité administrative est appelée à édicter. Ceci n'est pas étrange aux cas des autorités de concurrence de ces pays⁹³⁵.

⁹³³ V. Circulaire externe n°10 de la SIC (circulaire unique), publiée au journal officiel n°44511 du 6 août de 2001.

⁹³⁴ Les particuliers peuvent également recevoir des actualisations des circulaires uniques en s'inscrivant au bureau de communications de la SIC.

⁹³⁵ Cette association peut être assurée par la présence de personnalités qualifiées ou de représentants du milieu et des professions intéressées, au sein même du collège formant l'autorité administrative indépendante. C'est le cas de l'autorité de la concurrence française. Plus généralement, les textes institutionnels, et surtout la pratique, prévoient la consultation des personnes intéressées, préalablement à l'adoption par l'autorité d'une décision, recommandation, communication, etc. Là encore, le mode de consultation semble varier, tant dans sa forme que dans sa portée, selon l'acte adopté par l'autorité de concurrence. Par ailleurs, notons qu'une telle exigence de consultation et de conciliation concerne aussi bien les actes à portée générale et impersonnelle que certains actes individuels.

Face à de tels « actes négociés », le juge américain et français semble adopter une démarche similaire avec les actes émanant d'autorités administratives dites « indépendantes » et avec les actes comparables de l'administration en général. Il considère que ces mesures restent des actes unilatéraux de l'administration. Un cas particulier en droit américain, mais aussi avec une institution semblable en droit français⁹³⁶, est celui de la procédure du *rulemaking* « négociée ». Dans ce cas, en effet, non seulement le point de vue du destinataire de la norme est obligatoirement recueilli, mais son expression doit être formalisée par le paraphe de ce que la loi elle-même qualifié de « *rule* »⁹³⁷.

A côté des circulaires, moyen traditionnel d'expression de la SIC, nous observons une diversification des actes de l'autorité colombienne. La SIC peut adopter des lignes directrice (semblables aux communications de la Commission européenne). Elles ont été utilisé pour la première fois en décembre 2010, en matière de contrôle de concentrations (même si matériellement ces lignes directrices ont été qualifiés de « résolution »). Comme pour le droit communautaire, leur emploi semble être privilégié pour les questions de droit substantiel⁹³⁸. Par comparaison, en droit français les lignes directrices ont été employées aussi pour la première fois en matière de contrôle de concentrations en 2005. La Commission utilise l'expression

⁹³⁶ Il semble a priori que les « conventions » du Conseil français supérieur de l'audiovisuel constituent l'exemple français des règles négociées américaines. L'analogie avec le mode contractuel apparaît nettement car l'acte repose (au moins formellement) sur un accord de volonté, matérialisé par l'acceptation par le signataire de la convention de « droits et obligations ». Ces « conventions » forment en quelque sorte le cas extrême d'acte négocié. Pourtant, pour Martin COLLET, ce type de conventions n'est pas propre au Conseil supérieur de l'audiovisuel, ni même aux autorités administratives indépendantes. Pour le professeur COLLET, ces conventions s'intègrent dans un ensemble plus vaste d'actes d'administration qui regroupe ce qu'il appelle les « actes « abusivement » qualifiés de conventions par le législateur ». Toutefois, l'auteur ajoute que bien qu'appartenant à cet ensemble, les « conventions » du Conseil supérieur de l'audiovisuel font l'objet d'un traitement particulier, « s'écartant nettement de celui que le juge réserve aux actes comparables passés par l'administration en général ». Mais, le traitement singulier que le juge accorde à ces actes, aurait finalement pour conséquence de réintégrer les « conventions » du Conseil supérieur de l'audiovisuel au sein de la catégorie générale des « actes négociés », renforçant ainsi le caractère assimilateur du contrôle. Martin COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Thèse., *op.cit.*, p. 74.

⁹³⁷ Pour une présentation du *rulemaking* négocié, v. Elizabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines », *op.cit.*, p. 175 ; Philip J. HARTER, « Assessing the Assessors, the Actual Performance of Negotiated Rulemaking » article, disponible sur le site Internet du *Social Science Research Network*, SSRN, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=202808.

⁹³⁸ Par exemple, en droit communautaire, la communication de l'accès au dossier (Communication relative aux règles d'accès au dossier de la Commission, JOCE, 2005/C325/07). La communication organise sur le plan pratique les modalités d'accès au dossier. Si le sujet traite est un sujet de fond, le

« communication portant des lignes directrices ». Faut-il distinguer les deux termes, ou les lignes directrices ne constituent qu'une variante des communications ? Une autre catégorie est celle des *best practices*, qui semble particulièrement adapté à la résolution des questions de procédure. D'autres actes administratifs informels des autorités de concurrence comprennent les communiqués de procédure, les brochures explicatives (comme celle de la Commission qui accompagne le règlement d'exemption par catégorie du secteur de l'automobile), les *toolkits*, *templates* et manuels, employés notamment par les organisations internationales de concurrence, tel que l'INC. Quant à leur portée, ces « règles » ont une vocation qui dépasse le cadre géographique (en tant qu'instruments pour rapprocher ou harmoniser les droits nationaux). Le droit « mou » peut avoir une fonction interne et une fonction qui peut être qualifiée d'« international »⁹³⁹. En droit interne, ces actes informels ont pour objectif expliquer les dispositions en matière de concurrence et constitue un facteur de cohérence du droit⁹⁴⁰.

L'étude de l'indépendance d'action de la SIC démontre qu'elle subit, dans certains cas, un encadrement de la part du pouvoir exécutif. De plus, ses pouvoirs, notamment ceux qui se rattachent à une activité normative, ne sont pas suffisants pour assurer une régulation efficace de la concurrence. Il est donc possible de relever la persistance de freins à l'indépendance fonctionnelle de l'autorité transversale colombienne. Pour remédier à cette situation, il conviendrait de supprimer l'encadrement, potentiel ou effectif, du pouvoir exécutif sur la SIC. Néanmoins, une telle initiative n'est concevable que si elle n'aboutit pas à une entière irresponsabilité de l'autorité de concurrence colombienne.

texte de base est tellement flux que l'autorité peut donner libre cours à son interprétation. Ici, l'autorité de concurrence créa des véritables règles.

⁹³⁹ Laurence IDOT, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁴⁰ Comme par exemple en droit français, la circulaire du Ministre de la Justice de 22 mai 2006, qui explicite aux juges judiciaires les conséquences du règlement 2001. Ou, en droit communautaire, la communication sur le traitement des plaintes qui fait une très belle synthèse sur la jurisprudence du TPICE, qui dans les années 1990 a progressivement développé le droit des plaignants.

Seconde partie

LES LIMITES A L'INDEPENDANCE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES DE LA CONCURRENCE

L'« indépendance » des autorités de concurrence, et plus généralement de certaines autorités administratives, est un point qui suscite de nombreuses controverses⁹⁴¹. Les autorités de concurrence, relativement indépendantes des trois pouvoirs, hors hiérarchie administrative dont les membres ne sont pas élus, ont subi de nombreuses critiques. Ces critiques sont parfois virulentes dans les systèmes ayant « externalisé » la régulation de la concurrence⁹⁴².

⁹⁴¹ Il a été par exemple indiqué que l'« indépendance » des autorités de concurrence du politique ne suffirait pas à les protéger contre les pressions exercées par les groupes d'intérêt et les préférences de ses propres membres. On peut dès lors douter le caractère « objectif » de l'expertise des organes de concurrence « indépendants ». « Intérêts particuliers et préférences se montent souvent contraires aux orientations politiques majoritaires » ; Kathleen BAWN, *op.cit.*, p. 63 ; Mathew D. MCCUBBINS et Thomas W. MERRILL, « Capture Theory and the Courts: 1967-1983 », in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1997, vol. 72, p. 1039, 1050. Le problème n'est pas seulement que les membres de l'autorité de concurrence aient accès à des informations dont ne dispose pas le législateur ; le problème est aussi celui de la qualité de l'information qui est dans les mains des membres de ces autorités. Cette circonstance semble renforcer le pouvoir de l'autorité de concurrence en même temps qu'elle affaiblit la capacité du législateur à maintenir un contrôle adéquat sur l'organe administratif. Daniel B. RODRIGUEZ, « The Positive Political Dimensions of Regulatory Reform », *Wash. U. L.Q.*, 1994, vol. 72, p.34. Suivant la tradition de WEBER, la politique économique de l'information et l'incertitude (*political economy of information and uncertainty*) se centre autour de l'impact des asymétries des relations entre des acteurs suivant des intérêts particuliers (voir par exemple, Terry MOE, « The New Economics of Regulation », *Am. J. P. S.*, 1984, vol. 28, pp. 739-777; John ROBERTS, « Revue de l'ouvrage de Gary J. MILLER, *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy* », in *J. Econ. Lit.*, vol. 32, n°1, 1994, pp. 159-161). Deux types différents d'asymétries peuvent être distingués : d'abord peuvent exister des « informations cachées » (voir par exemple Kenneth J. ARROW, « "The Economics of Agency" », in John W. PRATT and Richard J. ZECKHAUSER, *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston: Harvard Business School Press, 1985, pp. 37-51). Ces informations se réfèrent au fait que les autorités de concurrence peuvent contrôler des informations secrètes ou avoir une expertise technique que ni le président, ni le Congrès n'auraient. Il peut aussi exister des « actions cachées ». Ces activités indiquent le fait que les autorités de concurrence peuvent agir d'une façon qui ne serait pas facilement suivie ou observable par les pouvoirs publics. Chacune de ces asymétries dans l'information semble permettre à l'autorité de concurrence de poursuivre ses propres objectifs, même s'ils sont contraires à ceux des pouvoirs publics. Barry R. WEINGAST. « "The Political Control of Bureaucracies under Asymmetric Information" » *Am. J. P. S.*, 1992, vol. 36, p.509- 524. Pour une présentation de la manière dont les croyances et idéologies politiques des membres de la FTC américaine peuvent déterminer l'activité de l'agence, v. James Q. WILSON, « Beliefs » (The determinants of Agency Behaviour), in *Bureaucracy*, ed. Basic Books Inc., 1989.

⁹⁴² L'autorité de concurrence, en tant qu'institution « externalisée » a dû affronter des nombreuses critiques, notamment son absence de fondements constitutionnels et une contradiction apparente avec le principe de séparation des pouvoirs. Aux Etats-Unis par exemple, plusieurs rapports ont conclu que les agences n'ont pas su attirer « a high quality personnel seek to maximize agency turf rather than

Dans ces systèmes, le législateur ainsi que le pouvoir exécutif tentent d'asseoir la légitimité des autorités de concurrence « indépendantes » par le biais de contrôles assez stricts. La conception et l'architecture des instruments de contrôle des autorités de concurrence – et plus largement des autorités de régulation – acquièrent une dimension particulière dans chaque système comparé ; selon l'expérience constitutionnelle et la forme d'organisation politique propres à chaque système. Il est néanmoins possible d'identifier une justification théorique commune à ces instruments dans l'idée des « *checks and balances* ». Si cette idée sert à justifier celle de l'« indépendance »⁹⁴³, elle impose aussi une série de limites, sous la forme de contrôles, à ces organes « indépendants ». En l'absence de ces limites, l'axiome « séparation des pouvoirs = contrôle des pouvoirs », fondement de la construction de l'« indépendance » des autorités de concurrence, semble perdre son efficacité⁹⁴⁴. En

any broader public interest » (v. par exemple, J. LANDIS Report on Regulatory Agencies to the President Elected 137-139, 1960, U.S. Comm'n Organization of the Executive Branch of the Government ; the HOOVER Commission Report on Organization of the Executive Branch of the Government 431, 1949; U.S., President's Advisory Council on Executive Organization, A New Regulatory Framework: Report on Selected Independent Regulatory Agencies, 41-43, 1971). Les reproches qui ont pu être adressés en particulier aux agences de régulation indépendantes étaient la violation du principe de séparation des pouvoirs (v. par exemple, MILLER, « Independent Agencies », in *Sup. Ct. Rev.*, 1986, p. 41 à 45. Pour un point de vue similaire, v. CURRIE, « The Distribution of Powers after Bowsher », *Sup. Ct. Rev.* 1986, p. 19, v. note, « Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch » *Yale L. J.*, vol. 94, p. 1766.), l'absence de responsabilité politique (il existe une abondante littérature à propos du sujet de l'insuffisante *accountability* des autorités « indépendantes ». Parmi les travaux les plus cités se trouvent ceux de STIGLER, v. « The Theory of Economic Régulation », *Bell. J. Econ. & MGMT. Sci.* n. 2, 1971, p. 3.), la substitution de la voix de l'expert à celle du peuple (v. par exemple, Marver BERNSTEIN, qui croyait que le dogme de l'indépendance posait une menace à la démocratie politique, v. Marver BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, 1955), le phénomène de « capture » du régulateur (v. pour une présentation assez détaillée sur le sujet de la capture du régulateur, Pablo T. SPILLER, « Politicians, Interest Groups and Regulators : A Multiple Principal-Agency Theories of Regulation or "Let Them be Bribed" », *J. L. & Econ.*, 1991, ., vol. 33, n°1, p.65). Ces critiques deviennent courantes à partir des conclusions du rapport élaboré par la Commission *Bronlow* ; rapport qui a été publié en 1937. Ce rapport constatait que les agences, par leur nombre croissant ainsi que par leurs pouvoirs, devenaient un quatrième pouvoir sans tête dans l'Etat. Cette quatrième branche « était composé d'une collection hétéroclite d'agences irresponsable et de pouvoirs incontrôlés ». Pour les auteurs du rapport, le gouvernement fédéral, doté au départ d'un appareil administratif simple, était devenu, en l'espace d'un demi-siècle, un ensemble de commissions, bureaux et agences, composés de bureaucrates irresponsables appelé, dès lors, l'Etat administratif (« *Administratif State* »). Il est également possible de rencontrer ces critiques en Europe, notamment dans les débats nationaux à l'égard des autorités administratives indépendantes, tel que l'autorité française de la concurrence, ainsi que dans les débats autour de l'hypothèse de création des agences communautaires de régulation (v. sur ces agences à l'échelle communautaire, Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 719).

⁹⁴³ Voir supra, p. 79.

⁹⁴⁴ Puisque cette conception de la séparation des pouvoirs est conçue pour prévenir toute emprise absolue du pouvoir par une des branches ; v. en ce sens, Reinhold ZIPPELIUS, *Teoría general del Estado*, Mexique: éd. Porrúa et Université Autónoma du Mexique, 1998, p. 288; Ricardo GUASTINI,

outre, la complexité des rapports entre indépendance – notion qui renvoie au degré de « décrochage » par rapport aux structures hiérarchiques de l'administration⁹⁴⁵ –, et contrôle, paraît renfermer, au moins dans la pratique, l'idée d'un « équilibre »⁹⁴⁶. Il ne semble alors possible de surveiller les régulateurs et les rendre politiquement responsables que grâce à la combinaison de différents instruments de contrôle⁹⁴⁷. Il s'agit d'un « arrangement pratique » des pouvoirs publics dans le dessin d'une structure administrative souvent qualifiée de complexe⁹⁴⁸. L'idée des contrôles⁹⁴⁹

«¿Separación de los poderes o división del poder? », *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina jurídica contemporánea (éd.), Mexique, 2001, p. 59.

⁹⁴⁵ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, Paris, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 296 ; v. supra, p. 27.

⁹⁴⁶ Comme Terry MOE le décrit pour le cas américain, « les mécanismes reliant les agences aux autres branches du pouvoir sont si nombreux et complexes qu'il en résulte une situation dans laquelle personne ne contrôle véritablement les agences, mais malgré tout les agences sont sous contrôle », cité par Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 80. En outre, il est possible d'affirmer que l'idée d'« équilibre », tout court, rejoint celle d'« équilibre interpolable » développée par Christopher HOOD. Selon cet auteur, il s'agit d'un type de contrôle, prenant comme point de départ la nécessité d'identifier les mécanismes d'auto-contrôle qui existent déjà dans un système, au lieu de postuler que le contrôle doit s'exercer nécessairement à partir d'un point fixe du système. Christopher HOOD, « Concepts of control over Public bureaucracies : “Comptrol” and “Interpolable Balance” », in *The Public Sector*, Franz-Xaver Kaufmann (ed.), Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1991, p. 347, cité par Hubert DELZANGLES, *Ibid.*

⁹⁴⁷ L'idée de « *checks and balances* » apparaît au cœur de l'Etat constitutionnel colombien. Une des caractéristiques de la structure établie dans la Constitution de 1991 est la séparation du pouvoir en trois branches. Cette séparation reflète un effort commun d'éparpiller le pouvoir pour éviter ses abus. Comme principe prophylactique (plutôt qu'immutable), la séparation des pouvoirs est un principe qui semble loin d'être complet. De même, les frontières entre les trois branches du pouvoir ne sont pas hermétiquement sellées. La délimitation des instruments respectifs d'action des branches du pouvoir doit être réalisée au cas par cas (v. Peter STRAUSS, « The place of agencies in Government », *op.cit.*, p. 640).

⁹⁴⁸ Miguel CARBONELL, *Estado constitucional y fuentes del derecho en México: Notas para su estudio*; Mexique: Ars Iuris, Universidad Panamericana, n° 24, 2000.

⁹⁴⁹ Selon Javier GARCIA ROCA, la notion de contrôle peut acquérir diverses acceptions qui lui donnent une dimension polyédrique. En ce sens, il est possible de parler de contrôle sur les actes juridiques, politiques ou de l'administration et, en même temps, cette activité de contrôle peut être réalisée par un organe politique, judiciaire ou administratif (Javier GARCIA ROCA, « El control del gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución) », *Revista Vasca de Administración Pública*, Bilbao, août 1995, n° 42, p. 169). Cette opinion est défendue par Manuel ARAGON, qui résume le sujet dans les termes suivants : « la pluralité des moyens par lesquels le contrôle s'articule, la diversité d'objets sur lesquels il peut tomber, et les différents caractères des instruments dans lesquels il se manifeste, empêchent de retenir un concept unique de contrôle (...) la catégorie du contrôle se présente, dans ses diverses manifestations pratiques, par des modalités assez différentes que tout effort de les englober dans un seul concept serait une démarche condamnée, théoriquement, à l'échec ». v. Manuel ARAGON REYES, *Constitution y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá : éd. Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 36. Ceci ne méconnaît pas pourtant l'existence d'un facteur commun aux différents mécanismes de contrôle : le contrôle, au sens large, a comme finalité de rendre efficace les contours du pouvoir. En outre, il existe des approximations intéressantes du concept de contrôle comme celui présenté par Carla HUERTA OCHOA, pour qui le contrôle « est la faculté accordée aux organes de l'Etat par l'ordonnement juridique, pour que dans le cours de son interaction ils veillent au respect des limitations établies pour l'exercice de leurs

participe de celle d'« *accountability* »⁹⁵⁰. Intraduisible en français⁹⁵¹ comme en espagnol, ce concept renvoie à l'idée d'une responsabilité de la fonction publique pouvant seule justifier les actions administratives et les dépenses publiques⁹⁵². La présence des mécanismes de contrôle placés entre les mains des pouvoirs publics apparaît comme un facteur qui complète – et en quelque sorte légitime – les composantes de l'indépendance des autorités de concurrence (Titre I). En revanche, l'examen de l'hypothèse de la responsabilité civile du régulateur en matière de concurrence montre que celle-ci ne paraît pas jouer, au moins pour l'instant, un rôle déterminant dans la correcte organisation de la concurrence (Titre II).

fonctions et les rendent effectives ». v. Carla HUERTA OCHOA *Mecanismos constitucionales para el control del poder politico*, Mexique : éd. Institut des investigations juridiques, Université Autonome de Mexique, 1998, p. 37.

⁹⁵⁰ V. à manière d'exemple, Marie-Anne, FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants versus LOLF », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 7, avril-juin 2006, p. 69, pour qui le contrôle budgétaire, à manière de production des indices de performances constitue « un mode de leur *accountability* ».

⁹⁵¹ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 81.

⁹⁵² Certains auteurs ont suggéré que l'idée d'*accountability* exclue celle d'indépendance, dans la mesure où celle-ci comporterait des limites à la liberté d'action des autorités « indépendantes » ; Peter P. SWIRE signale en ce sens que la notion d'*accountability* se montre irréconciliable avec celle d'indépendance, raison pour laquelle il serait nécessaire d'« incorporer » les autorités de régulation au sein de l'exécutif. Cette approche rigide semble s'éloigner de la notion large d'indépendance ici retenue, c'est-à-dire, des différents degrés de « décrochage » – à partir d'une simple autonomie fonctionnelle – par rapport aux structures hiérarchiques de l'administration, garanties par un dispositif statutaire.

Titre I

LE CONTROLE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES DE CONCURRENCE

L'expertise technique a souvent été invoquée pour justifier l'indépendance des autorités de régulation⁹⁵³. Il semble exister un postulat selon lequel l'isolement des autorités de régulation de l'influence des élus – au-delà de ses autres bénéfices ou justifications –, réduit le risque qu'ont leurs membres d'embrasser les seules préférences des majorités politiques au pouvoir⁹⁵⁴. Pourtant, le risque de la multiplication des autorités de concurrence « indépendantes » peut contribuer à renforcer la méfiance des citoyens à leur égard alors même que leur création est justifiée au nom de l'efficacité, du professionnalisme et de l'impartialité. Il est même permis de craindre qu'un recours trop fréquent à ces autorités contribue à ternir plus encore l'image des institutions politiques traditionnelles⁹⁵⁵.

Pour certains, l'érosion de l'argument fonctionnel de l'expertise (*functional justification*)⁹⁵⁶ a conduit à légitimer l'existence des autorités « indépendantes » - y

⁹⁵³ Comme c'est par exemple le cas du célèbre arrêt *Humphrey's Executor* 295 U.S. 602, 625 (1935), la Cour américaine reconnaît l'intention du Congrès de créer un organe d'experts et accepte la caractérisation de la FTC comme agence distincte des agences exécutives ; v. juge BREYER, *Yale Journal of Law*, 1983, vol. 92, pp. 1614, 1615-1616.

⁹⁵⁴ Pour une présentation générale de l'expertise technique et du besoin d'une action administrative fondée sur le raisonnement technique des experts, v. Jody FREEMAN et Adrian VERMEULE, « Massachusetts v. EPA : From Politics to Expertise », *Sup. Ct. Rev.*, 2007, p. 51. ; v. sur la déférence (garantie par le juge) qui découle de l'expertise, Reuel E. SCHILLER, « The Era of Deference : Courts, Expertise and the Emergence of New Deal Administrative Law », *Mich. L. Rev.*, vol. 106, décembre 2007, p. 399.

⁹⁵⁵ V. Philippe AUBERGER, « La démocratie déléguée », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 235; Assemblée générale, Rapport public d'information sur les autorités administratives indépendantes du 28 octobre 2010, précité.

⁹⁵⁶ Parmi les raisons qui expliquent le « déclin des idéaux d'expertise et d'impartialité », se trouvent la relative convergence dans les modes de fonctionnement entre les autorités « indépendantes » et celles qui ne le sont pas. Aujourd'hui, l'« adjudication apolitique » (surtout lors de l'exercice des fonctions juridictionnelles) est considérée comme nécessitant une plus grande indépendance, tandis que des décisions plus politiques tel que le *rulemaking* des règles substantives devraient être incorporées dans le pouvoir exécutif (v. Peter P. SWIRE, « Incorporation of Independent Agencies to the Executive Branch », *Yale L. J.*, juin 1985, vol. 94, note, p.1766). Rappelons nous que certaines autorités de concurrence, telle que la FTC, ont été habilitées par le législateur pour expédier des règles – v. *FTC Act* (ch. 311, § 6, 38 Stat., 717,721 (1914)). Mais la FTC n'a promulgué sa première règle substantielle qu'en 1971. v. *National Petroleum Ass'n v. FTC*, 482 F.2d 672 (D.C. Cir. 1973), qui a confirmé l'autorité de la FTC pour un *rulemaking* substantiel, cert. denied, 415 U.S. 951 (1974).

compris celles de la concurrence – par le biais d’une plus grande « *accountability* ». Sous cet angle, un plus grand degré d’indépendance des autorités de concurrence ne peut être assuré que si les contrôles des pouvoirs publics et les mécanismes de participation des citoyens dans la prise des décisions sont renforcés⁹⁵⁷.

Le terme « contrôle » ici évoqué ne doit pas être entendu dans un sens univoque. En effet, il peut exister autant de mécanismes de contrôles que de titulaires et destinataires du contrôle⁹⁵⁸. Suivant cette approche, il est possible d’opérer une distinction entre les différentes formes de contrôle social, politique et juridique. En ce qui concerne le contrôle social, il est assimilé à la faculté de vigilance et d’opinion qu’ont les destinataires du pouvoir sur les institutions et/ou détenteurs de ce dernier⁹⁵⁹. Ce contrôle se traduit alors par l’approbation ou réprobation par la société de l’activité du gouvernement ou d’une partie de ce dernier⁹⁶⁰. S’agissant du contrôle juridique, il peut être défini comme celui visant à conserver l’intégrité du système juridique, c’est-à-dire, empêcher qu’il existe des normes ou actes qui soient contraires à la hiérarchie du système des sources du droit⁹⁶¹. Ce contrôle cherche à empêcher ou sanctionner (selon le moment de son exercice) que l’organe contrôlé ou son activité surpasse les limites établies par la loi. Ce type de contrôle peut être qualifié d’objectif

Un autre facteur consiste en le phénomène de « capture » du régulateur par des groupes d’intérêts, ce qui semble avoir contribué au déclin de l’idée d’action impartiale des experts. Pour une description de l’apparition du « *model of interest representation* » en droit américain, v. STEWART, « The Reformation of American Administrative Law », *Harvard L. Rev.*, 1975, vol. 88, p. 1667, 1676 - 1681. Ce modèle rejette l’idée de l’impartialité du régulateur « *[A]gency policy has become in large degree a function bargaining and exchange with and among competing private interests whom the agency is supposed to rule* ». *Ibid*, p.1760; v. en ce sens et pour le cas de la FTC, *Association of Nat’l Advertisers v. FTC*, 627 F.2d. 1151, 1154, (D.C. Cir. 1979), cert. denied, 447 U.S. 921, (1980).

⁹⁵⁷ Cette « surveillance » constitue « la meilleure garantie de leur bon fonctionnement et surtout la légitimation de leur existence et de leur activité ». v. Philippe AUBERGER, « La démocratie déléguée », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 235 ; v. aussi Assemblée générale, Rapport public d’information sur les autorités administratives indépendantes du 28 octobre 2010, précité.

⁹⁵⁸ Javier GARCIA ROCA, *op.cit.*, p. 169.

⁹⁵⁹ Manuel ARAGON, *op. cit.*, note 25, p. 64. Comme exemples de ce contrôle il est possible de citer les moyens de communication, les groupes de pression et, en termes généraux, l’opinion publique.

⁹⁶⁰ *Ibid*.

⁹⁶¹ Elías DIAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, éd. Grupo Santillana, Madrid, 1998. S’agissant du cas colombien, « *la llamada excepción de inconstitucionalidad puede plantarse por autoridades tanto judiciales como administrativas. Sin embargo, no existe un mecanismo procesal especial para que esta decisión sea revisada por el órgano de la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), y en consecuencia es imposible que por esta vía se pueda producir una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales* ». Pour une position contraire v. notamment, Humberto

car il implique de vérifier la cohérence d'une disposition ou son interprétation et, même l'acte ou décision d'un organe administratif, face au contenu de la norme de droit qui le régit⁹⁶². De manière générale, cette vérification est réalisée par une confrontation de l'acte en question avec la Constitution ou la loi, selon le cas, d'où l'existence de contrôles de constitutionnalité et de légalité sur les actes de l'administration⁹⁶³. Finalement, l'une des principales caractéristiques du contrôle politique est sa nature subjective, car l'action, acte ou décision de l'organe sous contrôle ne s'analyse pas face à un canon concret, à différence du contrôle juridique, mais selon le critère ou la discrétion de l'organe qui exerce le contrôle⁹⁶⁴. Le contrôle politique a également été qualifié de contrôle d'« opportunité », dans la mesure où le titulaire du contrôle peut l'exercer au moment qu'il estime opportun⁹⁶⁵. Cependant, cette affirmation n'est pas absolue car parfois le droit colombien prévoit un moment précis pour l'exercice du contrôle politique, comme c'est le cas du veto législatif. Ce critère d'opportunité est étranger au contrôle du juge, ce qui constitue une différence entre ces deux types de contrôles.

D'un point de vue méthodologique, – et en l'absence d'autorités « indépendantes » de création légale en Colombie –, montrer qu'un « équilibre », dans les contrôles des pouvoirs publics sur l'activité de l'autorité de concurrence est une condition de légitimité de leur indépendance, demande une analyse comparative. Il s'agit de déterminer comment les mécanismes de contrôle des pouvoirs publics garantissent l'existence, le bon fonctionnement et le développement des autorités de

SIERRA PORTO, *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*, Bogotá : éd. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 218 et ss.

⁹⁶² Javier PEREZ ROYO. *Curso de Derecho Constitucional*. 4e éd. Madrid: éd. Jurídicas Sociales S.A., 1997.

⁹⁶³ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005 et C-150 de 2003.

⁹⁶⁴ Ceci dit, le caractère subjectif doit être apprécié concrètement, selon le mécanisme de contrôle en question, car dans certains cas, la liberté d'appréciation peut être étendue tandis que, dans d'autres cas, l'organe titulaire du contrôle peut disposer d'une marge qui ne lui permet d'agir que de manière ponctuelle ; v. Gustavo ZAGREBELSKY, *Giustizia Costituzionale*, Bologna: éd. Il Mulino, 1998, p. 29.

⁹⁶⁵ S'agissant du contrôle judiciaire, l'existence d'une demande de contrôle (action) ou un procès devant une juridiction en cours est nécessaire à son exercice. En effet, le contrôle judiciaire ne fonctionne pas *motu proprio*, à différence du contrôle politique qui, dans certains cas, peut fonctionner de cette manière, tel que le contrôle parlementaire. Manuel ARAGON, *op. cit.*, note 25, p. 110.

concurrence « indépendantes »⁹⁶⁶. Un examen de la question des instruments de contrôle en France et aux Etats-Unis devra contribuer à déterminer le degré d'autonomie fonctionnelle réelle de l'autorité colombienne, du point de vue, notamment, des éléments externes susceptibles d'y porter atteinte. Il s'agit d'une part, des contrôles sur l'activité, l'organisation et les procédures à l'intérieur de l'autorité de concurrence par des commissions spécialisées du Congrès comme de l'exécutif (chapitre 1) et, d'autre part, des contrôles externes, réalisés par le juge de la légalité, conformément aux principes et règles de procédure (chapitre 2).

⁹⁶⁶ Les mécanismes de contrôle politique sur les autorités de concurrence se trouvent dans un stade embryonnaire en droit colombien. Par comparaison, Philippe AUBERGER qualifie d'embryonnaire le contrôle des pouvoirs publics sur les autorités de régulation françaises. D'une part, la tradition politique française ne dispose pas que le Parlement exerce un contrôle politique continu sur les autorités administratives indépendantes. D'autre part, les ministres ne disposent pas, par principe, de pouvoir d'autorité au sens de pouvoir hiérarchique ou de tutelle. Philippe AUBERGER, *op.cit.*, p. 235. En droit colombien, le régime des instruments de contrôle sur l'autorité transversale est celui général applicable aux superintendances décentralisées par services. De même, le sujet des mécanismes de contrôle des pouvoirs publics sur l'autorité transversale colombienne, et plus largement, sur les autorités de régulation, n'a pas encore fait l'objet de développements jurisprudentiels ou doctrinaux spécifiques. Ceci peut s'expliquer par l'absence d'autorités administratives « indépendantes », au sein strict du terme, de création légale en droit colombien.

Chapitre 1

LE CONTROLE POLITIQUE

Une première forme de contrôle sur l'activité des autorités administratives est celle provenant des organes à caractère politique, le Gouvernement et le Congrès⁹⁶⁷. Le contrôle politique constitue une sorte de « frein » pour les organes de caractère politique. Ce contrôle revient notamment aux branches législative et exécutive, branches du pouvoir qui participent conjointement – même si à différents degrés et forme, selon le cas –, dans l'élaboration de la volonté de l'Etat⁹⁶⁸. Il faut rappeler que la plupart des pays qui ont eu recours à des autorités « indépendantes » de concurrence ont été confrontés à la nécessaire mise en place de procédures par lesquelles ces organismes sont amenés à rendre compte du bilan de leur action aux pouvoirs publics⁹⁶⁹. Ils ont élaboré ensuite des outils de démocratie participative qui permettent l'inclusion de l'électorat dans la prise de décisions au sein de certaines autorités administratives⁹⁷⁰. Certains de ces outils, incorporés notamment dans la Constitution de 1991, peuvent être appliqués pour « surveiller » l'activité des autorités de concurrence⁹⁷¹. Si d'un point de vue méthodologique notre étude est

⁹⁶⁷ Carla HUERTA OCHOA, *op.cit.*, p. 9.

⁹⁶⁸ Cette fonction correspond à la dénommée « direction politique » ou *Indirizzo politico* – pour la doctrine italienne – qui consiste « en la détermination des objectifs de la politique nationale et des moyens ou instruments pour les réaliser ». Ceci signifie par conséquent que, du point de vue du contrôle politique, il peut exister des outils de frein du législatif sur l'activité de l'exécutif et vice-versa, suivant l'idée d'autorégulation des pouvoirs publics. Les contrôles peuvent être ainsi (i) unidirectionnels dans le sens que l'action de vigilance est exercée par un organe sur l'activité d'un autre et (ii) bidirectionnels lorsque un mécanisme de contrôle tend à trouver un « équilibre » entre ces deux organes ; v.. Diego VALADES, « La Constitución y control político », in *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, Miguel CARBONELL, compilador, Mexique: Université Nationale Autonome du Mexique et éd. Porrúa, 2000, note 2, p. 437.

⁹⁶⁹ Ces procédures par lesquelles ces organismes sont amenés à rendre compte du bilan de leur action aux pouvoirs législatif et exécutif sont d'ailleurs révisées constamment, v. par exemple, Rapport d'information public du 28 octobre 2010 de l'Assemblée nationale française, dont une série des recommandations sont faites afin de rendre ces autorités plus responsables devant les pouvoirs publics.

⁹⁷⁰ C'est par exemple le cas de la procédure de *rulemaking* en droit américain. V. pour une présentation assez détaillée de cette question, Cary COGLIANESE, « Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future », *Duke L. J.*, 2006, vol. 55, p. 943. Le juge constitutionnel colombien estime que ces mécanismes constituent, en matière de régulation, « une expression du modèle d'Etat social de droit ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 150 de 2003, précité.

⁹⁷¹ Tel que les droits de pétition, les réclamations, les *veedurías ciudadanas*, les audiences publiques, les séances de reddition des comptes, la demande des rapports et des informations. « *la hipótesis del*

dédiée principalement à l'analyse d'instruments dit « intraorganiques »⁹⁷², ceci n'exclut pas cependant quelques références à ces nouveaux outils de participation.

Pour une partie de la doctrine, le contrôle politique sur l'activité des autorités de concurrence serait mieux assuré par le législateur, organe de représentation nationale. A cette vision s'oppose celle qui voudrait que l'exécutif ait une compétence exclusive des instruments de contrôle sur l'activité des autorités de régulation de la concurrence⁹⁷³. Le besoin d'une action gouvernementale cohérente et l'idée d'un exécutif unitaire sont souvent invoqués en faveur d'une compétence présidentielle des instruments de contrôle⁹⁷⁴. Il ne s'agit pas de se pencher sur une de ces approches – deux faces d'une même question, mais plutôt d'examiner comment la formulation et l'exercice des instruments de contrôle des pouvoirs publics sur les autorités de concurrence est la condition de légitimité de leur action⁹⁷⁵. Une présence mieux organisée de l'exécutif auprès des autorités de concurrence pour faire valoir les orientations générales de l'action publique constitue une première condition de leur légitimité (section 1). Il est vrai que les caractéristiques de la Constitution et de la tradition politique colombienne ne prédisposent pas le Congrès à exercer un contrôle politique continu sur les autorités administratives – y compris l'autorité de concurrence – alors que ces dernières pourraient trouver une légitimité supplémentaire pour conduire leur action si s'instaurait un dialogue plus large avec les deux Chambres (section 2).

*control de tipo "político" que pudiera ser ejercido por los actores no institucionalizados, circunstancia que en todo caso se engloba más dentro del contexto del control social que del control político; salvo que se plantee bajo la forma de los mecanismos de participación ciudadana que nos lleva a debatir si formasen parte del control jurídico, del control político (formal), de las garantías o los derechos fundamentales; discusión sobre la cual volveremos en su oportunidad »; v. Diego VALADES, *op.cit.*, p. 386.*

⁹⁷² Selon l'expression employée par Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Barcelone: éd. Ariel S.A., 1991, p. 289.

⁹⁷³ Pour une présentation complète des différents arguments en faveur d'une autonomie des autorités de régulation, du contrôle présidentiel et du contrôle législatif, v. Thomas H. HAMMOND et Jack H. KNOTT, « Who controls the Bureaucracy?: Presidential Power, Congressional Dominance, Legal Constraints, and Bureaucratic Autonomy, in a Model of Multi-Institutional Policy-Making », *J.L. Econ. & Org.*, avril 1996, vol. 12, p. 159.

⁹⁷⁴ Christopher S. YOO, Steven G. CALABRESI, et Anthony E. COLANGELO, « The Unitary Executive in the Modern Era », *Iowa L. Rev.*, article, janvier 2005, p. 601; v. également, Robert V. PERCIVAL, « Presidential Management of the Administrative State: The Not-So Unitary Executive », *Duke L.J.*, essay, 2001, p. 963.

Section 1

LES CONTROLES DU POUVOIR EXECUTIF

La construction de la notion moderne de l'Etat a suivi le modèle unitaire et centralisé en droit colombien⁹⁷⁶. Comme en droit français, la préoccupation de la protection des droits fondamentaux, notamment sous la poussée du développement des normes internationales en la matière, peut expliquer le recours à des organes administratifs relativement indépendants de l'exécutif, soumis eux-mêmes au contrôle du juge, et qui se voient attribuer de larges compétences d'enquête et d'alerte. La transposition de ces mécanismes institutionnels à la sphère de la régulation économique a été favorisée en Colombie par un consensus politique, par le besoin d'assurer une activité technique impartiale, par le caractère de droits fondamentaux des droits économiques, telles que la libre initiative privée et la libre concurrence⁹⁷⁷, et par les mouvements de libéralisation des services publics⁹⁷⁸ et d'ouverture économique des années 1990⁹⁷⁹. Il s'agit d'une « décentralisation fonctionnelle » au sein de l'administration centrale⁹⁸⁰. Nous ne pouvons pas négliger le fait que l'appareil administratif colombien s'est puissamment démultiplié, au point qu'il est

⁹⁷⁵ La « surveillance » des pouvoirs politiques ne remettrait nullement en cause leur indépendance. Elle serait au contraire la condition de leur développement, la meilleure garantie de leur bon fonctionnement et surtout la légitimation de leur existence et de leur activité vis-à-vis de citoyens.

⁹⁷⁶ Ce système administratif hiérarchisé et bureaucratique, systématisé par Max Weber, est symbolisé par l'image bien connue de la pyramide, expliquée par le Professeur Frank MODERNE dans ces termes : « La subordination de l'administration au pouvoir politique y est assurée par une structure hiérarchisée rigoureuse, dont chaque échelon est contrôlé (ou peut l'être) par l'échelon supérieur. Les textes constitutionnels donnent le plus souvent une base solide à cette subordination ».

⁹⁷⁷ Articles 333 et 88 de la Constitution politique de 1991.

⁹⁷⁸ Article 365 de la Constitution politique de 1991, régime des services publics.

⁹⁷⁹ Pour une présentation de la politique colombienne de libéralisation économique des années 1990, v. Luis Fernando LOPEZ-GARAVITO, *op.cit.*, p. 190.

⁹⁸⁰ Aux termes des articles 7 et 38 de la loi 489 de 1998. Par comparaison, la décentralisation est définie en droit français comme le fait de retirer un certain pouvoir de décision à l'autorité centrale pour les remettre à des autorités indépendantes du pouvoir central (v. J. WALINE, *Droit administratif*, 22e éd., 2008, p. 3). Contrairement au cas de l'autorité colombienne de concurrence, la doctrine administrative française place les autorités dites « indépendantes » dans un « processus de démembrement du pouvoir central et, par là même de l'Etat » (René CHAPUS, *Droit administratif général*, précité, n°293). Pour le Professeur René CHAPUS, les autorités administratives indépendantes ne sont pas des organes déconcentrés ni des organes décentralisés en ce sens qu'« elles ne sont soumises ni au pouvoir d'un supérieur hiérarchique, ni au contrôle d'une autorité de tutelle ». *Ibid.*, n°535.

difficile de penser que, comme autrefois, il serait démocratiquement assujéti parce que « rattaché » au contrôle du gouvernement⁹⁸¹.

Dans l'expérience colombienne, les ministres disposent à l'égard des superintendances qui leur sont « rattachées » un pouvoir d'autorité au sens de pouvoir de tutelle. Les procédures du contrôle présidentiel sont complexes en droit colombien. D'un point de vue institutionnel, la « surveillance » de l'exécutif sur l'autorité de concurrence est exercée au travers de plusieurs ministères et offices administratifs, tels que le département de planification nationale ou la direction générale du budget du ministère des finances. La complexité des procédures de contrôle expose à l'autorité de concurrence transversale colombienne à une forte influence de l'exécutif, susceptible de restreindre sa liberté décisionnelle. Cette influence est souvent justifiée à la lumière notamment des exigences d'une action gouvernementale efficace et cohérente. Cette ambiguïté dans le contrôle de l'exécutif n'est pas propre à l'activité de contrôle des mécanismes de financement de l'autorité de concurrence (§ 2), mais s'étend également aux procédures de contrôle non-financières (§ 1).

§ 1. LES AMBIGÜITES DU CONTROLE NON-FINANCIER

L'idée d'un exécutif unitaire serait une caractéristique des régimes présidentiels, comme le système américain⁹⁸². Suivant cette idée, le Président est vu

⁹⁸¹ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 16. Ce qui est surtout vrai dans la logique du système français. Comme le souligne Jean-Bernard AUBY, « Installées dans un statut dans lequel, en général, ne pèse sur elles aucun contrôle politique autre que celui qui passe par la nomination de leurs membres, elles ne peuvent que fictivement être vues comme des segments de l'exécutif placés sous le contrôle de la représentation nationale ». Il est vrai que dans le cas colombien, hormis les organes constitutionnels autonomes, les organes administratifs dotés d'une indépendance légale sont rattachés à un ministère, ce qui permet aux ministres d'exercer un contrôle de tutelle. Cependant, il nous semble que la réflexion française peut servir au cas colombien dans la mesure où le rattachement des superintendances non seulement élève le risque de pression ou d'influence sur l'autorité administrative, mais ne suffit pas à les légitimer du point de vue des exigences du principe démocratique. Remplacer ces procédures de « tutelle » par d'autres procédures de contrôle, tout en renforçant les contrôles parlementaires et la participation des citoyens, semble moins nuire à l'autonomie fonctionnelle des superintendances colombiennes et peut de surcroît s'avérer une condition plus efficace de leur légitimité démocratique.

⁹⁸² Pour les proposants de la thèse de l'exécutif unitaire il est regrettable que les tribunaux aient parfois isolé l'« Etat administratif » du président comme par exemple en *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988); *Humphrey's Ex'r v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). L'idée d'un exécutif unitaire n'est pas nouvelle. Comme le résume Harold J. KRENT, à propos du cas américain, « *To most commentators, arguments for greater centralized control based on the unitary executive ideal have coalesced around two virtues: accountability and effective leadership* ». Pour cet auteur, c'est qui est regrettable est d'assimiler dans la pratique des institutions l'idéal d'un exécutif unitaire avec

comme la tête d'une branche exécutive hiérarchisé et unitaire⁹⁸³. Cette approche centralise dans la figure du président *l'accountability* et la coordination efficace de l'activité de l'Administration. Une conception opposée, également d'origine américaine, suggère néanmoins que la théorie de l'exécutif unitaire ne trouve pas de fondements suffisants ni dans l'histoire administrative, ni dans la jurisprudence constitutionnelle de ce pays⁹⁸⁴. Pour ses opposants, l'idée de l'exécutif unitaire semble rompre avec le « schéma doucement balancé des pouvoirs séparés, mais partagés »⁹⁸⁵. Ces deux visions opposées semblent limiter l'étendue du pouvoir présidentiel sur les autorités administratives⁹⁸⁶. Mais en réalité, ces deux visions n'ont fait que détourner l'attention de la vraie question. Une construction intellectuelle plus récente, qui semble d'ailleurs découler de l'idée des « *checks and balances* », veut que l'étendue des pouvoirs du président soit déterminée par le législateur. En effet, l'étendue du contrôle présidentiel sur les autorités de concurrence semble être définie par la détermination du législateur de les isoler plus ou moins -- et jusqu'à quel degré

—⁹⁸⁷.

l'idée d'un exécutif unilatéral, susceptible de restreindre non seulement la capacité du législateur pour créer et déléguer son autorité à des agences administratives indépendantes, mais également susceptible d'encadrer des activités de adjudication et de expédition des actes à caractère général ou encore de « *impinging on agency heads' power over internal agency matters* » ; v. Harold J. KRENT, « From a Unitary to a Unilateral Presidency », *B.U. L. Rev.*, 2008, vol. 83, p. 523.

⁹⁸³ v. de manière générale, Christopher S. YOO, Steven G. CALABRESI, et Anthony E. COLANGELO, « The Unitary Executive in the Modern Era », *Iowa L. Rev.*, janvier 2005, article, p. 601; pour le sujet spécifique des autorités de régulation indépendantes, v. Neal DEVINS, « Political Will and the Unitary Executive : What Makes an Independent Agency Independent ? », *Cardozo L. Rev.*, octobre 1993, p. 273.

⁹⁸⁴ Pour ces auteurs, si la vision d'une branche exécutive avec la figure du président à la tête – et l'administration au-dessous – peut paraître logique, elle ne correspond pas à la conception originale des constituants. Selon cette interprétation, les constituants auraient vu le Président, a *primus inter pares*, avec des pouvoirs de nature exécutive (« *to take care of the laws are faithfully executed* », ce qui ne peut pas être interprété comme un fondement pour l'expansion des pouvoirs présidentiels. Par comparaison, la Constitution colombienne établit que le Président est la « suprême autorité administrative ». Cependant, faut-il interpréter ceci comme le fondement constitutionnel de la figure de l'exécutif unitaire en droit colombien ? ; Pour une présentation assez détaillée du débat aux Etats-Unis, v. Robert V. PERCIVAL, « Presidential Management of the Administrative State : The Not-So Unitary Executive », *Duke L.J.*, essai, 2001, p. 963.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁸⁶ Harold H. BRUFF, « Presidential Management of Agency Rulemaking », *Geo.Wash. L. Rev.* 1989, vol. 57, p. 533, 554 à 557.

⁹⁸⁷ Robert V. PERCIVAL, *op. cit.*, p. 21.; v. également, Mathew D. MCCUBBINS « The Legislative Design of Regulatory Structure », précité; John FERREJOHN et Charles SHIPAN, « Congressional Influence on Bureaucracy », *J.L.E.O.*, vol. 6, *Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990]* pp. 1 à 20.

Le droit public colombien n'est pas explicite sur l'étendue des pouvoirs que le président exerce sur les organes administratifs qui intègrent la structure de l'administration centrale, tels que les superintendances. L'exécutif dispose de divers instruments et procédures pour peser sur les décisions de l'autorité de concurrence, comme la libre nomination et la révocation du Superintendant, la possibilité de restructurer son personnel ou encore, la promesse de récompense sous forme de promotion. Il ne s'agit pas de faire dans cette section une liste exhaustive des possibles contrôles de l'exécutif sur l'autorité de concurrence, il s'agit plutôt d'examiner la portée de ces procédures du contrôle du président (A), ainsi que celle de leur fondement théorique : le besoin d'une action gouvernementale cohérente (B).

A- LES POUVOIRS DE CONTROLE DU PRESIDENT

L'ambiguïté dans le contenu et la portée des pouvoirs du président sur l'autorité de concurrence constitue une véritable menace à l'égard de son autonomie administrative, technique et fonctionnelle. Hormis le cas du pouvoir de réorganisation de l'architecture de l'autorité de concurrence, un examen des principales formes de contrôle présidentiel montre en effet que l'absence de précisions jurisprudentielles ou légales sur le nombre ou les modalités d'exercice de ces contrôles, laisse une importante marge de manœuvre au président pour peser sur les décisions de l'autorité de concurrence.

La forme directe, la plus visible et la plus efficace, du contrôle présidentiel sur les agences tient dans le pouvoir de nomination et de révocation du Superintendant. La libre nomination et révocation dont dispose l'exécutif est d'abord un pouvoir de proposition qui, contrairement au cas américain, n'est pas soumis à l'approbation du Sénat⁹⁸⁸. Le pouvoir du président pour nommer et révoquer librement le Superintendant n'a pas encore été questionné, à notre connaissance, par la doctrine ou par la jurisprudence colombienne. Par comparaison, dès 1935, le juge américain a estimé que, s'agissant des agences exerçant des pouvoirs quasi-législatifs et quasi-judiciaires, le Congrès pouvait exiger que ses responsables échappent à tout contrôle

⁹⁸⁸ V. pour une présentation du cas américain, *Harvard L. Rev.*, Notes, « Congressional Restrictions on the President's Appointment Power and The Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation », mai 2007, p. 1914.

exécutif et qu'ils soient titulaires de mandats à durée déterminée⁹⁸⁹. En outre, en droit américain, le président ne peut démettre les membres des autorités « indépendantes » de leurs fonctions que « pour cause », c'est-à-dire pour juste motif. Au contraire, l'absence de conditions pour l'exercice de ce mécanisme de contrôle en Colombie fait craindre que, dans la pratique, il puisse être utilisé pour influencer l'activité de l'autorité de concurrence⁹⁹⁰. Dès lors, un pouvoir de révocation dont l'exercice est laissé au seul arbitre du président s'ajuste bien à la dialectique qui paraît exister entre « indépendance » et « contrôles »⁹⁹¹.

Le pouvoir de réorganiser ou de restructurer l'architecture des autorités de concurrence, en revanche, apparaît moins souvent utilisé que les nominations et révocations de ses membres. D'un côté, cet instrument de contrôle requiert, à la différence des nominations, la participation du pouvoir législatif. La réorganisation de la structure du personnel de l'autorité de concurrence transversale ne peut se faire, par exemple, que dans le cadre général fixé par le législateur. Dès lors, plus de détermination législative sur le dessein institutionnel de l'autorité de concurrence suppose moins de liberté de restructuration de l'exécutif. Si l'exécutif envisage de restructurer l'autorité de concurrence au delà du cadre institutionnel tracé par le législateur, il devra alors présenter un projet de loi en ce sens. Une interprétation inverse, se montre contraire au principe constitutionnel de liberté de configuration législative de l'administration centrale⁹⁹².

⁹⁸⁹ Comme le souligne Elisabeth ZOLLER, l'arrêt *Humphrey's Executor* a eu le mérite de donner un critère de définition de la notion d'agence « indépendante ». Aujourd'hui encore, en l'absence d'une définition officielle de l'agence indépendante (au lieu d'une définition on trouve des listes de ces agences), le critère est toujours celui de l'affaire *Humphrey's Executor* : « une agence indépendante est celle dont les membres ne peuvent pas être révoqués par le président *ad nutum* ». Elisabeth ZOLLER, *op.cit.*, p. 182.

⁹⁹⁰ C'est en effet ce que suggère un examen de cas des démissions des Superintendants Emilio José ARCHILA et Jaime RUBIO, pour les cas de la fusion des compagnies aériennes *Avianca* et *Aces* et lors des sanctions infligées à certains établissements financiers par les commissions taxent les commerçants pour les paiements par cartes de crédit, respectivement.

⁹⁹¹ Il faut noter à cet égard que l'idée d'agences indépendantes, ancrée dans la croyance d'une séparation absolue entre l'exécutif et l'agence est un mythe (v. A-B., MORRISON, « How Independent are Independent Regulatory Agencies ? », *Duke L.J.*, 1988, pp.252-256).

⁹⁹² Article 150, alinéa 7, Constitution colombienne de 1991. En outre, l'altération de la structure de l'autorité de concurrence par l'exécutif, même si les changements envisagés rentrent dans les paramètres institutionnels du législateur, doit répondre au souci d'efficacité. Elle ne devrait pas, par conséquent, rendre plus difficile la réalisation des finalités et missions prévues dans la loi. De telle sorte que l'exigence de réalisation d'une analyse coûts-bénéfices peut être envisagée afin d'encadrer la portée du contrôle exécutif.

Le président a en outre un pouvoir général de surveillance qui s'étend à plusieurs aspects internes de l'autorité de concurrence. Il est habilité à exercer un contrôle sur les moyens humains⁹⁹³, infrastructures et ressources numériques dont elle dispose. Les instruments de surveillance sont utilisés directement par le président⁹⁹⁴ ou indirectement au travers de ses ministères et départements administratifs. Par comparaison, en droit américain les principales fonctions de contrôle présidentiel sur les agences semblent centralisées dans les institutions de l'OMB (*Office of Management and Budget*)⁹⁹⁵ et de la Commission du service civil (*The Civil Service*

⁹⁹³ Il faut toutefois noter que le contrôle des fonctionnaires de carrière administrative se réalise en droit colombien par le biais de la Commission nationale du service civil, organe « autonome » de création constitutionnelle, v. supra, p.102.

⁹⁹⁴ Une forme récente d'exercer cette surveillance est constituée par la pratique des conseils communautaires instaurée par le gouvernement du Président Alvaro URIBE. Il s'agit de séances publiques qui ont lieu dans différentes parties du territoire colombien et qui sont diffusées sur la chaîne institutionnelle, dans lesquelles les hauts fonctionnaires sont interrogés par le président sur leur gestion et sur l'activité récemment développée. Il s'agit d'un mécanisme visant certes à informer l'opinion publique. On peut cependant entrevoir un risque de « manipulation » des informations transmises par la chaîne gouvernementale. On doit regretter dans ce sens l'absence de débat politique. En effet, ni les membres de l'opposition, ni les particuliers intervenants ont voix au chapitre dans ces conseils. Cette forme directe de surveillance (parfois accompagnée de réprimandes publiques) peut amener le Superintendant à aligner ses décisions sur la pratique décisionnelle « fixée » par l'exécutif. Déjà, le nouveau Président, M. Juan Manuel SANTOS, dont le mandat commence le 7 août 2010, a indiqué qu'il continuera la pratique des conseils communautaires télévisés, mais en leur attribuant un « caractère plus technique et moins politique » au débat (v. article Revue *Semana*, du dimanche 12 septembre 2010). En outre, le dialogue et les questions aux fonctionnaires de l'administration centrale pourront désormais se réaliser par téléconférence. Reste à noter l'absence d'une invitation formelle à l'opposition.

⁹⁹⁵ C'est à partir des années 1970 que l'office a commencé à jouer un rôle de coordination entre toutes les agences fédérales de régulation. Quelques années plus tard, un décret du président Reagan (*Executive order 12.291*) obligea les agences fédérales à soumettre leurs règlements les plus importants (*major rule*) à une étude d'impact de régulation (*RIA, Regulatory Impact Analysis*) transmise à l'OMB qui peut y opposer son veto. Il a été demandé à toutes les agences, y compris les agences de régulation indépendantes, de soumettre leurs projets de règlement à une analyse de bilan coût-avantages qui démontre que « les bénéfices attendus du règlement dépassent les coûts qu'il aura pour la société ». Sous la présidence Clinton, un *Executive order 12.866* s'est substitué au précédent, mais sans altérer les présupposés essentiels. En fait, il en approfondit les effets en développant la philosophie et les principes de la régulation de manière plus détaillée. Selon ce décret du président, la régulation doit être efficace, minimiser les coûts qu'elle génère et maximiser les bénéfices nets qu'elle produit. A cette procédure de contrôle il reste à ajouter les obligations introduites par la loi sur la réduction des formulaires administratifs (*Paperwork Reduction Act* de 1980). Cette loi créa, à l'intérieur de l'OMB, un office de l'information et de la régulation (OIRA, *Office of Information and Regulatory Affairs*, 4 USCA, §§3501-3502). La loi a chargé ce nouvel office de contrôler les agences sur le volume de formulaires administratifs qu'elles exigent du public et de leurs administrés, les citoyens, les petites entreprises, les collectivités locales et les Etats. Les agents de l'OIRA contrôlent tous les projets de règlements des agences, y compris la FTC. Ils sont chargés de traquer les défauts ou les manques d'efficacité dans tous les textes qui leur sont soumis. Une autre forme de contrôle présidentiel sur l'activité des agences consiste en l'intervention de l'exécutif dans l'élaboration d'un projet de règlement par l'une d'entre elles. Admise lorsqu'elle se manifeste dans une agence administrative « exécutive », cette intervention ne l'est pas dans le cadre des agences « indépendantes ». Il est arrivé que le président soit intervenu pour obtenir la modification d'un projet dans le domaine de l'environnement et qu'un contentieux s'en soit suivi, mais il n'a pas abouti car la cour a relevé que, dans le cas d'espèce, l'EPA était une agence administrative qui n'avait jamais été

Commission)⁹⁹⁶. Ces instruments de surveillance peuvent prendre diverses formes. Il peut s'agir en effet d'une simple demande d'information jusqu'à un encadrement ministériel. Pour certains, un contrôle présidentiel ample est justifié par le besoin d'une action gouvernementale cohérente, en oubliant peut être que ce principe n'est pas non plus absolu.

B.-LE BESOIN D'UNE ACTION GOUVERNEMENTALE COHERENTE

Une des principales critiques formulées à la régulation est son absence de coordination⁹⁹⁷. Cette situation est souvent présentée comme le résultat de la très grande taille de la bureaucratie et de l'absence de mécanismes permettant de relier les différents organes qui la composent. La coordination présidentielle est souvent invoquée comme une façon appropriée d'atteindre une régulation efficace⁹⁹⁸. Si la coordination administrative⁹⁹⁹ apparaît comme un objectif désirable¹⁰⁰⁰, il semble exister, en revanche, un moindre consensus sur la forme institutionnelle et fonctionnelle qui permettrait d'atteindre cette coordination. De plus, l'idée de

considéré comme indépendante (v. l'affaire *Sierra Club v. Costle*, 657 F2d 298, 404, 405-6, D.C. Circuit [1981]).

⁹⁹⁶ La FTC doit suivre une série de politiques en matière de nomination, rétention et promotion des employées, dont la plupart dérivent des lois et réglementations administrées par la Commission du service civil. L'assignation des positions de carrière sont alors soumises à des procédures et conditions assez strictes de la Commission. Ces règles concernent l'embauche, promotion et le renvoi, ce qui laisse à la Commission avec moins de flexibilité pour gérer et remplir ces positions. Parmi les positions de carrière au sein de la FTC on peut citer les services juridiques (*administrative law judges*), économistes, spécialistes en matière de protection des consommateurs et personnel administratif ; Timothy J. MURIS, « Looking Forward, The FTC and the Future Development of the US Competition Policy », *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, issue 2, p. 360.

⁹⁹⁷ Cette situation a été décrite par Paul R. VERKUIL, « *agencies work toward the realization of the common good, perceived through their "tunnel vision", with little inter-agency coordination* » (v. Paul R. VERKUIL, « The Purposes and Limits of Independent agencies », *Duke L.J.*, 1988, p. 257). Cette situation a été aussi décrite sous le terme de « *Balkanized Executive* » ou exécutif balkanisé (v. Juge BREYER, précité).

⁹⁹⁸ V. en ce sens, la loi espagnole 7/1985, du 2 de avril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local* (LBRL).

⁹⁹⁹ Le principe de coordination administrative poursuit l'intégration des différentes parties ou sous systèmes dans un ensemble ou système, évitant des contradictions et diminuant le risque de dysfonctionnements à l'intérieur du système ; v. Arrêt du Tribunal Supérieur de justice d'Asturies, Espagne (STS) du 7 novembre 2000, n. 1105/2000. Conformément à la jurisprudence espagnole, il existe une relation entre le principe de coordination et le principe d'efficacité administrative. En principe, chaque autorité administrative assume séparément ses compétences. Cependant, la coordination dans l'exercice des activités inter-administratives est une « condition pour une action administrative efficace » (*Ibid.*, v. également (réitéré), Arrêt de l'Audience nationale espagnole (SAN), du 21 octobre 2007 et arrêt du 11 juin 2007).

¹⁰⁰⁰ Arrêt du Tribunal Supérieur de justice de Catalogne, n. 1257/2005, du 7 décembre 2005.

coordination peut se montrer contraire à celle d'indépendance des autorités administratives. D'une part, trop d'indépendance au détriment de l'autorité du gouvernement, « *may prevent prompt and effective coordination by the President* »¹⁰⁰¹. D'autre part, une coordination présidentielle trop stricte, semble susceptible de restreindre la liberté décisionnelle des régulateurs « indépendants ».

En vertu du principe de coordination administrative posé par l'article 209 de la Constitution colombienne, les autorités administratives doivent coordonner leurs actions afin de garantir une réalisation adéquate des finalités de l'Etat¹⁰⁰². Hormis quelques cas ponctuels où la Constitution de 1991 attribue des compétences normatives directes à certaines autorités administratives dites « autonomes »¹⁰⁰³, l'activité réglementaire des ministères et des entités administratives de niveau national est soumise aux directives et politiques présidentielles¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ Bien qu'une autorité de concurrence indépendante exerce ses missions en toute liberté, il apparaît nécessaire que l'unité de l'Etat et la cohérence de son action soient, malgré tout, préservées. L'indépendance reconnue aux autorités administratives ne doit pas priver le gouvernement des moyens de faire face à ses responsabilités, qu'il s'agisse du respect des lois, de la prise en compte des orientations de la politique générale ou de la sauvegarde de l'ordre public et des intérêts nationaux car il en va de la propre légitimité de l'Etat à garantir l'intérêt général. La multiplication d'organes de régulation « indépendants » rend parfois plus complexes les arbitrages de l'Etat ce qui n'est pas sans risque pour le gouvernement. De surcroît, l'opinion n'admettrait pas que les pouvoirs politiques se retranchent derrière la compétence des experts ou l'indépendance des autorités de régulation, tel que paraît le montrer les dures critiques à l'administration et non pas spécifiquement aux régulateurs financiers, à propos de la récente crise du marché financier et hypothécaire américaine.

¹⁰⁰² On peut entendre par coordination, les actions de concertation des moyens ou efforts pour réaliser, de manière cohérente, une action commune (Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004). Ainsi entendue, la coordination se présente lorsque, en vertu de la Constitution ou de la loi, des compétences sont communes à deux ou plusieurs autorités publiques. Au travers de la coordination s'expriment les principes d'unité et de participation. La coordination sert aussi de fondement pour assurer d'autres principes tels que l'efficacité, la rapidité et l'économie, qui sont également propres à la fonction administrative. Comme il s'agit d'un principe de caractère fonctionnel, fondé sur le partage de compétences communes entre autorités publiques, son application n'est pas conditionnée en droit colombien par le profil du serviteur public qui agit à un moment déterminé, mais par l'existence des politiques institutionnelles et des accords concrets de coordination. Dans d'autres termes, compte tenu du fait que les fonctions des entités publiques et les fonctions des emplois publics sont indépendantes de leurs titulaires, le principe de coordination n'est pas subordonné à des considérations conjoncturelles de caractère politique, social ou culturel des employés, mais au façonnement institutionnel de la structure de l'administration et à l'accomplissement des finalités de l'Etat. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

¹⁰⁰³ Pour la Cour constitutionnelle colombienne, il s'agit dans ce cas des « domaines de régulation » qui, par mandat express de la Constitution, sont attribués à d'autres organes constitutionnels, en marge du pouvoir réglementaire du président. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité, C-805 du 1^{er} août 2001.

¹⁰⁰⁴ Selon la Cour constitutionnelle, il s'agit en effet d'une compétence résiduelle et subordonnée à celle du Président (article 189-11 Constitution). Tandis que le Président met en œuvre les règles législatives, les organismes subordonnés à l'exécutif émettent la réglementation nécessaire pour détailler le processus de mise en œuvre de la loi ; V. Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de

Il semble que la régulation de la concurrence soit entendue, dans la logique du système colombien, comme partie intégrante de la régulation du secteur de l'industrie et du commerce et, plus largement, de la régulation économique. La compétence de coordination qui appartient au Ministre de l'industrie et du commerce est une compétence autre que celle de la fixation de critères généraux de la politique de concurrence du Superintendant. La compétence de la SIC de coordination de la concurrence admet l'existence de domaines d'intervention communs à d'autres autorités du secteur ministériel de l'industrie et du commerce ; en même temps qu'une compétence générale de coordination de l'économie par le gouvernement¹⁰⁰⁵. Le principe de coordination en matière économique entraîne alors de multiples interventions de la part de diverses autorités administratives¹⁰⁰⁶.

En pratique, le principe de coordination administrative revient à conférer aux ministres, par délégation du Président, la charge de déterminer et coordonner la politique de chacun des secteurs relevant de leur compétence¹⁰⁰⁷. Il faut rappeler que cette compétence ministérielle peut apparaître comme une restriction à la capacité du législateur d'« externaliser » la régulation de la concurrence vers une autorité de concurrence « détachée » de la tutelle du ministre¹⁰⁰⁸. La portée de cette restriction

constitutionnalité, C-917 du 29 octobre 2002. En effet, tout pouvoir de régulation visant à édicter des normes pour l'exécution des lois, appartient, en principe, selon la Constitution, à l'exécutif. En vertu de sa faculté de régulation, le Président édicte des normes de caractère général, subordonnées à la loi et destinées à permettre leur application efficace. Ces normes doivent revêtir la signature du Président et celle du ministre ou du directeur du Département administratif du secteur concerné. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-805 de 1er août 2001.

¹⁰⁰⁵ Arrêt du Tribunal Supérieur de justice du pays Vasque espagnol, n° 632/2005, du 13 septembre 2005. La coordination générale peut être ici entendue comme la fixation des moyens et des mécanismes visant à rendre possible l'information réciproque, l'homogénéité technique et l'action conjointe entre différents organes administratifs dans l'exercice de leurs compétences respectives ; de telle sorte qu'une intégration des actes partiels dans la globalité du système de régulation soit atteinte.

¹⁰⁰⁶ Arrêt du Tribunal Supérieur de justice (STSJ) du pays Vasque, n° 649/2003, du 16 septembre 2003.

¹⁰⁰⁷ Selon l'article 208 de la Constitution de 1991, il revient aux ministres, sous la direction du Président, de formuler les politiques de leur secteur, de diriger l'activité administrative et d'exécuter la loi. En conformité avec cette disposition, la loi 489 de 1998, régulant certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des entités au niveau national, prévoit que les ministères sont les principaux organes de l'administration (article 39 *ibidem*) et ont pour mission « *la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen* » (Art. 58. *ibidem*).

¹⁰⁰⁸ L'assignation graduelle de la faculté de réglementation se justifie, pour le juge constitutionnel, dans la mesure où ce sont les organes administratifs qui ont accès aux données et aux informations nécessaires à l'adoption des règles. La proximité entre ces organes et les questions réelles à mettre en œuvre impose que ces derniers soient chargés de la « micro-régulation » de la loi.

dépendra néanmoins du contenu accordé au principe de coordination administrative. Si l'on considère, par exemple, la coordination administrative comme la « concertation entre entités ou organismes »¹⁰⁰⁹ plutôt que comme une relation hiérarchique ou de subordination entre autorités administratives, l'externalisation de fonctions aujourd'hui attribuées à certains organes « rattachés » aux ministères, tels que la SIC, semble viable. Dans ce contexte, la compétence de coordination des autorités de concurrence « indépendantes » à instaurer deviendrait une compétence parallèle à celle ministérielle de coordination générale de l'industrie et du commerce. Une interprétation plus rigide du principe de coordination administrative mènerait, en revanche, à une solution inverse. Par conséquent, une approche souple du principe de coordination administrative, en privilégiant certaines formes de coopération administrative¹⁰¹⁰, peut permettre de trouver un point d'équilibre entre le besoin d'indépendance et celui d'unité et de cohérence de l'activité de l'administration centrale.

La coordination ne doit pas supposer une soustraction ou un amoindrissement des compétences des entités coordonnées. Au contraire, la coordination administrative présuppose logiquement que cette dernière soit titulaire de ces

« L'imprévisibilité totale de l'exécutif suffirait à justifier la nécessité d'attribuer à un organe technique la production de la réglementation correspondante ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-917 de 29 octobre de 2002. En outre, la Cour constitutionnelle colombienne rappelle que le pouvoir réglementaire n'est pas un pouvoir exclusif du Président. Le système colombien est alors un système « diffus » de production normative à caractère général. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-350 de 1997. Toutefois, dans cette même décision, la Cour reconnaît que les autres sources de réglementation que celles du Président, sont soumises à la réglementation présidentielle. La question qui se pose alors est de savoir si cette soumission à la réglementation présidentielle doit être maintenue lorsqu'on externalise une fonction de régulation dans une autorité « indépendante » de l'exécutif. Le juge constitutionnel colombien doit-il privilégier des formes de coopération entre l'autorité externalisée et l'exécutif, plutôt qu'une interprétation rigide de la séparation des pouvoirs et de la coordination administrative ?

¹⁰⁰⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

¹⁰¹⁰ La Constitution politique consacre deux modalités de coordination: une première en tant que principe admettant la concertation entre entités ou organismes, dans des situations où il n'existe pas de relations hiérarchiques ou de subordination entre ceux-ci (articles 48, 209, 246, 288, 298 et 329, par exemple); et une seconde, en tant qu'attribution de la compétence de coordination aux responsables d'une fonction administrative spécifique, ce qui reflète un certain degré de hiérarchie fonctionnelle entre l'autorité qui coordonne et celles chargées de l'exécution de la mission (articles 250 et 298, par exemple). Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004. Il faudrait alors privilégier la première modalité s'agissant d'une éventuelle externalisation de la fonction de la régulation de la concurrence dans des organes « indépendants ».

compétences¹⁰¹¹. La coordination implique, par conséquent, la fixation des systèmes et procédures de « coopération » qui rendent possible l'échange d'informations et une action conjointe des organes coordonnants et coordonnés dans l'exercice de leurs compétences respectives¹⁰¹². Ceci vise à atteindre une intégration entre la régulation de la concurrence, entendue comme une sphère de la régulation économique, et la régulation générale de l'économie¹⁰¹³. Cette intégration cherche à éviter les contradictions et à réduire les dysfonctionnements. Dès lors, la coordination devrait seulement opérer en droit colombien dans les situations strictement prévues par la Constitution ou la loi.

La coordination ne doit pas se traduire non plus dans la pratique par un encadrement ministériel ou par l'émanation d'ordres concrets des ministres¹⁰¹⁴. La coordination administrative ne peut pas se traduire par l'émanation d'ordres concrets qui préfigurent de manière exhaustive le contenu de l'activité de l'entité coordonnée et, en conséquence, épuisent sa capacité et liberté décisionnelle¹⁰¹⁵. Les moyens et techniques de coordination doivent en effet respecter une marge de libre décision de l'autorité de concurrence, sans laquelle il ne peut exister de véritable autonomie. Suivant cette approche, il est possible d'espérer que les directives ministérielles de coordination qui conditionnent l'action de la SIC n'excèdent pas ce qu'autorise le principe de coordination lui-même¹⁰¹⁶.

Comme nous l'avons évoqué lors de l'examen du partage des compétences entre les autorités transversale et sectorielles de concurrence, il est possible

¹⁰¹¹ V. par exemple, arrêt du Tribunal Supérieur de justice de Catalogne, Espagne, n° 214/1989, de 21 décembre 1989.

¹⁰¹² V. par exemple, arrêt du Tribunal Supérieur de justice de Catalogne, n° 80/1985, de 4 juillet 1985. Suivant la logique de la configuration de l'administration nationale contenue dans la loi 489 de 1998, le principe de coordination comprend un devoir d'information entre l'administration centrale et l'administration décentralisée par services. L'échange des informations entre ces divers organes constitue, pour le juge constitutionnel, « une garantie de sécurité juridique ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

¹⁰¹³ Or, il ne faut pas qu'au moyen de cette intégration de la régulation de la concurrence dans la sphère de la régulation économique, la coordination administrative constitue une limite au plein exercice des compétences propres de l'autorité de concurrence, ce qui pourrait restreindre la portée de l'autonomie fonctionnelle de la SIC.

¹⁰¹⁴ Arrêt du tribunal constitutionnel espagnol, n° 27/1987, du 27 février 1987. « Les directives ne peuvent pas supposer une modalité de contrôle, ni placer l'autorité de concurrence dans une situation de subordination hiérarchique, incompatible avec l'autonomie qui lui est reconnue par la loi ».

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ Arrêt du tribunal constitutionnel espagnol, n° 42/1983, du 20 mai 1983.

d'envisager un rôle plus dynamique de l'autorité transversale dans la coordination de la concurrence. En effet, l'article 7 de la loi 1340 de 2009 attribue à la SIC la possibilité d'émettre une opinion sur les projets de régulation du gouvernement et d'autres autorités sectorielles qui peuvent avoir une incidence sur la libre concurrence des marchés. Dès lors, le gouvernement et les autorités sectorielles doivent informer la SIC des régulations qu'elles envisagent d'adopter¹⁰¹⁷. Mais cette activité de coordination – qui s'inscrit dans une logique de « concentration » de la régulation de la concurrence au profit de la SIC – a été accordée par le législateur à la SIC, sans pour autant lui avoir assurée les ressources financières correspondantes. L'absence de revenus propres amène donc l'autorité de concurrence à dépendre des fonds de l'Etat, ce qui la rend vulnérable à une ingérence gouvernementale.

§ 2. LES AMBIGUÏTES DU CONTROLE FINANCIER

Evoquer l'indépendance dans le fonctionnement budgétaire implique deux sortes d'analyses. La première porte sur la procédure budgétaire imposée à l'autorité de concurrence (A). La seconde analyse porte sur l'exécution du budget lors de son fonctionnement (B). Le budget de l'autorité de concurrence, idéalement, devrait être exempt d'un contrôle aigu de la part du pouvoir exécutif. Un moindre contrôle de la part de l'administration tant dans son étape d'élaboration que d'exécution, doit cependant être compensé par l'organisation efficace d'une reddition des comptes, devant des entités ne relevant pas du pouvoir exécutif.

A- LA DIALECTIQUE ENTRE AUTONOMIE BUDGETAIRE ET CONTROLES LORS DE L'ELABORATION DU BUDGET

En droit colombien, la distinction entre les organes de concurrence selon qu'ils sont ou non dotés de la personnalité morale a pour conséquence théorique que, dans

¹⁰¹⁷ Par comparaison, l'Autorité de la concurrence française a annoncé le 15 septembre 2010, qu'elle s'était saisie d'office, sur le fondement de l'article L. 462-4 du code de commerce, afin de rendre un avis de portée générale sur l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (tel qu'il est issu de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne). L'avis portera principalement sur 3 points - l'établissement de conventions organisant le « droit au pari » ; l'accès au marché susceptibles de se présenter du fait de la présence d'acteurs verticalement intégrés et les possibles distorsions de

l'affirmative, leurs revenus sont distincts du budget de l'administration centrale, tandis que, dans la négative, ils en font partie¹⁰¹⁸. Cependant, en matière budgétaire, la loi organique du budget (*estatuto orgánico del presupuesto*) prescrit que les personnes morales publiques de l'ordre national dont le patrimoine est, au moins en partie, constitué par des fonds publics, suivent le régime des organes centralisés de l'ordre national¹⁰¹⁹. Certaines autorités colombiennes sont exclusivement financées par le budget de l'Etat, d'autres sont financées partiellement par le budget de l'Etat et partiellement par des recettes extérieures, provenant de prélèvements sur le marché des opérateurs, et enfin, certaines sont exclusivement financées par ce dernier type de recettes. Il existe alors la possibilité d'un financement mixte, au cas où les recettes provenant des taxes ou des redevances des superintendances et commissions de régulation ne pourraient satisfaire leurs besoins.

Si l'autorité de concurrence transversale demeure « rattachée » au Ministère, elle est toutefois devenue un organe de l'administration décentralisée par services, aux termes de la loi 489 de 1998¹⁰²⁰. Les revenus provenant de sources de financement propres des superintendances dotées de la personnalité morale (comme par exemple ceux provenant de la vente de bien propres, de l'émission de certificats ou de licences) sont censés intégrer leur patrimoine, ce qui leur laisse une certaine

concurrence créées par les asymétries pouvant exister entre nouveaux entrants et opérateurs historiques, v. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10soa03.pdf>.

¹⁰¹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-727 du 21 juin 2000, sur la question de la personnalité morale des superintendances.

¹⁰¹⁹ Article 4, décret 111 de 15 janvier 1996 (et loi 179 de 1994, article 63).

¹⁰²⁰ L'autorité colombienne transversale a été originalement conçue comme un organe administratif de l'administration centrale, c'est-à-dire, dépourvu de la personnalité morale et « rattaché » au ministère du commerce. Cependant, l'élévation du droit de la concurrence au rang constitutionnel dans la Constitution de 1991 et la politique de libéralisation et d'ouverture économique des années 1990, ont déclenché une première étape de réformes par lesquelles la SIC a été dotée d'une certaine autonomie administrative, technique et budgétaire (article 1 décret 2153 de 1992). Ensuite, par une deuxième série de réformes, inspirées cette fois non par une stratégie de croissance économique par une ouverture économique, mais plutôt par une augmentation dans la compétitivité de l'économie colombienne dans les marchés internationaux l'autorité colombienne a été dotée de la personnalité morale (V. Plan national de développement 2006-2010, chapitre 4. Le plan de développement contient les cinq piliers de la politique nationale de compétitivité (PNC) : premièrement, le développement des secteurs ou des groupes internationaux ; deuxièmement, la promotion de la productivité et de l'emploi ; troisièmement, la formalisation industrielle et du travail ; quatrièmement, la promotion de la science, la technologie et l'innovation ; cinquièmement, des stratégies horizontales de promotion de la concurrence et de l'investissement. Document CONPES, 2008, pp. 5, 18 à 19). La personnalité morale entraîne en droit colombien une autonomie patrimoniale et de gestion des ressources « propres ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-727 du 21 juin 2000 et 1437 de 2000.

marge de manœuvre. Si bien qu'une mutation de ces revenus impose une redéfinition législative des sources de financement propres¹⁰²¹. Par l'attribution de la personnalité morale, la SIC était censée, au moins sur un plan théorique, devenir financièrement autosuffisante, mais il en va autrement dans la pratique. L'attribution de la personnalité morale à l'autorité de concurrence devait permettre la création de taxes perçues sur les acteurs des marchés régulés. L'insuffisance de ressources propres¹⁰²² de l'autorité colombienne apparaît comme une contrainte à son activité d'organisation de la régulation de la concurrence¹⁰²³. Dès lors, l'autorité colombienne est contrainte à faire appel à des financements provenant du budget de l'Etat. Cependant, la possibilité d'un financement mixte a été réduite, dès 2007, par l'assignation des ressources du budget de l'Etat à des « projets d'investissement spécifiques ».

L'assignation des ressources du budget de l'Etat à des projets d'investissement spécifiques (autres que des coûts de fonctionnement) constitue un premier moyen de contrôle financier direct de l'exécutif. En effet, l'assignation de ces ressources doit compter avec l'avis favorable de la Direction de Planification Nationale¹⁰²⁴. C'était le

¹⁰²¹ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt n°1587 du 21 juin 2004.

¹⁰²² Une première explication qui peut être donnée à cette insuffisance de revenus « propres » consiste en l'absence d'opérateurs fixes. Par règle générale, les superintendances sont des organes qui ont été créés pour assurer des missions dans un domaine ou secteur spécifiques. Il s'agit en effet des organes d'inspection, contrôle et surveillance « spécialisés ». La SIC apparaît cependant comme une exception à cette règle. La compétence des superintendances est déterminée par la qualité des agents sous son contrôle. Tel est le cas de la Superintendance financière, organe chargé de surveiller et de contrôler les banques et institutions financières, selon la définition prévue dans le code des marchés financiers. C'est aussi le cas de la Superintendance de surveillance et sécurité privée, organe chargée du contrôle des entreprises de sécurité privée. Par contre, et hormis sa mission de contrôle des chambres de commerce, la compétence de la SIC est déterminée de manière objective, en fonction de la nature des activités qui rentrent dans le domaine de compétence de la SIC. C'est le cas par exemple de la gestion du régime en matière de propriété industrielle ou de l'activité d'application *ex post* des règles de concurrence. Or, les contributions (revenus fixes) que la SIC reçoit du seul organe fixe qu'elle contrôle, les chambres de commerce, ne suffisent pas à assurer le reste de son activité en matière de métrologie, protection des consommateurs, propriété industrielle et concurrence. Ce qui peut d'ailleurs être invoqué comme un argument en faveur de la spécialisation organique de l'autorité colombienne.

¹⁰²³ La SIC a aussi des revenus non-fixes, comme par exemple les redevances et taux pour certains services de métrologie et de propriété industrielle, lesquels intègrent son patrimoine (c'est revenus constituent en fait environ quatre vingt percent du budget propre de la SIC). D'autres revenus non-fixes, tels que les amendes en matière de propriété industrielle et protection des consommateurs rentrent, en revanche, dans le budget de l'Etat. Quant aux amendes, il faut indiquer que les seules amendes qui rentrent aujourd'hui dans le patrimoine de la SIC sont celles de la loi 1340 de 2009. Les amendes infligées aux chambres de commerce, en matière de propriété industrielle, en matière de protection aux consommateurs et en métrologie, continuent à rentrer dans le budget général de l'Etat. L'absence de redéfinition législative visant à rendre ces revenus partie intégrante du patrimoine de la SIC paraît dès lors regrettable.

¹⁰²⁴ La question du contrôle budgétaire des autorités « indépendantes » par un organisme de l'exécutif a suscité des longs débats en droit américain ; v. par exemple, Nicholas BAGLEY et Richard L.

cas du projet de modernisation du système en matière de propriété industrielle, ou encore l'attribution des ressources nécessaires à l'exécution des nouvelles fonctions de la loi 1340 de 2009, notamment pour recruter l'équipe économique¹⁰²⁵. L'assignation de ressources pour des projets spécifiques permet sans doute de compenser le déficit budgétaire de la SIC. Toutefois, ce mécanisme de financement peut constituer un outil d'influence de l'exécutif sur l'activité de l'autorité de concurrence¹⁰²⁶. Il reste à indiquer que les fonds publics qui seront attribués à l'autorité de concurrence par la Direction de Planification Nationale sont incorporés dans son budget.

La proposition budgétaire de l'autorité de concurrence passe par l'intermédiaire du gouvernement. En effet, dans une première étape, l'autorité transversale élabore son avant-projet de budget annuel et le communique au ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme¹⁰²⁷. Dans une deuxième étape, le ministère rassemble et étudie les avant-projets de budget de tous les organes administratifs du secteur qu'il coordonne, y compris celui de la SIC. Le ministère élabore ensuite un unique avant-projet du secteur qu'il gère et l'envoie à la direction générale du budget

REVESZ, « Centralized Oversight of the Regulatory State », *Colum. L. Rev.*, octobre 2006, p.1260, v. pour le cas concret de la FTC les travaux de Timothy J. MURRIS ; v. également, Peter L. STRAUSS, « Overseer, or 'The Decider'? The President in Administrative Law », *Paper Number 06-130*, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, 2006. Pour une vision critique des réformes du *Paper Work Reduction Act*, réforme qui en quelque sorte semble avoir renforcé les pouvoirs de la OMB sur les agences de régulation fédérales « indépendantes », v. Andrew L. LEVY, « Paperwork Reduction Act of 1980 : Unnecessary Burdens and Unrealized Efficiency », *J.L. & Com.*, automne 1994, p. 99.

¹⁰²⁵ La tendance va vers une professionnalisation technique de la SIC. Si l'autorité colombienne dispose aujourd'hui de professionnels ayant des qualités et une formation professionnelle dans le domaine économique et concurrentiel, leur nombre demeure insuffisant, en raison notamment des nouvelles missions de la loi 1340 de 2009, ainsi que de la récente « concentration » de la régulation de la concurrence dans l'autorité transversale.

¹⁰²⁶ L'autonomie administrative et fonctionnelle de l'autorité de concurrence peut en effet apparaître limitée en raison de l'élection et approbation par le DPN d'un tel projet ou bien par l'encadrement directif de l'exécutif sur les projets d'investissement à mettre en place. Rien n'exclut dans les faits que l'avis favorable du DPN sur certains projets d'investissement spécifiques puisse être « conditionné » à une pratique décisionnelle particulière en matière de concurrence. Pour réduire le risque de capture par l'exécutif, il convient de déterminer à l'avance des revenus suffisants pour l'autorité colombienne de la concurrence. La principale difficulté semble être d'empêcher une augmentation des crédits en cours d'exercice par l'exécutif. Cependant, cet inconvénient est un moindre mal, dans la mesure où l'impossibilité de recevoir une augmentation des crédits, au moyen de projets d'investissement spécifiques, en cours d'année, peut aussi protéger la SIC contre la tentation de « cadeaux » budgétaires, contrepartie d'un comportement favorable aux vues du gouvernement. Il faut donc réfléchir à une meilleure articulation entre le régime budgétaire applicable à la SIC et le principe d'indépendance.

du Ministère des Finances et du Crédit Public, qui détermine, dans une troisième étape, quels fonds publics – et jusqu’à quel montant – vont être attribués à l’autorité de concurrence. Les fonds qui sont approuvés par le ministère des finances sont insérés dans le projet de loi de budget général de la Nation que le gouvernement dépose annuellement devant le Congrès. Tel que nous le verrons lors du contrôle parlementaire¹⁰²⁸, le législateur colombien peut *a priori* décider, dans une quatrième étape, d’augmenter, de réduire ou de ne pas modifier les ressources financières allouées par l’exécutif à l’autorité de concurrence.

Mais, quelle menace cela représente-t-il pour l’indépendance du régulateur de la concurrence? Le risque d’influence de l’exécutif sur l’activité de l’autorité de concurrence par la procédure budgétaire est double. D’une part, le ministre du commerce est chargé de coordonner l’avant-projet du secteur auquel la SIC appartient, en tant qu’organe « rattaché ». D’autre part, le Ministère des Finances colombien intègre les avant-projets des différents secteurs ministériels dans le budget général de la Nation. La suppression du premier mécanisme de contrôle peut par exemple opérer en cas d’externalisation de la fonction de régulation de la concurrence par une autorité « indépendante ». En contrepartie, et dans une telle hypothèse, un contrôle plus prononcé pourrait être accordé au ministère des finances. En outre, et afin d’assurer une impartialité d’action, il faudra veiller à ce que l’administration en charge de relayer les demandes budgétaires de l’autorité de concurrence ne soit pas celle qui détient les intérêts patrimoniaux de l’Etat dans le secteur régulé¹⁰²⁹. Comme en droit français, si l’autorité propose, il n’en reste pas moins que sa proposition peut être modifiée par les ministres compétents. Pour le cas français, il résulte de l’article 47 de l’ordonnance du 2 janvier 1959, relative aux lois de finances, que « sous l’autorité du Premier ministre, le ministre des finances prépare les projets de lois de finances qui sont arrêtées en Conseil de Ministres ». L’arbitrage paraît revenir par conséquent au Premier ministre.

¹⁰²⁷ Ministère auquel la SIC est « rattachée ». Ceci en vertu de l’article 208 et du principe de coordination administrative de l’article 209 de la Constitution colombienne de 1991

¹⁰²⁸ Voir infra, p. 325.

¹⁰²⁹ Thierry TOUT. : « Perspectives d’évolution », *op.cit.*, p. 227.

Une tentative avait été faite en droit français pour reconnaître à certaines autorités « indépendantes » la capacité de déterminer elles-mêmes leurs crédits. C'est en tout cas la nécessité constitutionnelle d'une telle capacité que les auteurs de la saisine contre la loi modifiant la loi de 1986 sur la liberté de communication espéraient voir reconnue par le Conseil constitutionnel¹⁰³⁰. Les auteurs de la saisine contestaient en effet le devoir, imposé par la loi au Conseil supérieur de l'audiovisuel, de soumettre au Premier ministre les crédits nécessaires à son fonctionnement, lors de l'élaboration de la loi de finances pour l'année¹⁰³¹. Ils estimaient que la procédure envisagée aurait pour conséquence de soumettre les crédits à l'arbitrage du Premier ministre, ce qui engendrerait un risque d'arbitraire et par là même une affectation de l'indépendance de l'organe de régulation de l'audiovisuel. Le Conseil constitutionnel, en se fondant sur le strict respect des textes en vigueur, n'y a pas fait suite, et a coupé court à toute hypothèse / velléité de détermination autonome des crédits¹⁰³². En effet, estimer que les autorités de régulation indépendantes puissent établir leur propre budget serait contraire à l'article 37 de l'ordonnance du 2 janvier 1959. Il est seulement possible d'envisager, comme la pratique tend à le démontrer, que le Premier Ministre s'estime, eu égard au statut particulier de l'indépendance des autorités administratives, lié par la proposition budgétaire qu'elles réalisent¹⁰³³.

Certains auteurs ont en outre dénoncé l'antinomie qui paraît exister entre régulateurs indépendants et la loi d'orientation sur les lois des finances françaises (LOLF) de 2005. Par ce mécanisme, les masses financières dont la somme constitue

¹⁰³⁰ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, considérants 2 à 5.

¹⁰³¹ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 322.

¹⁰³² *Ibid.*,

¹⁰³³ Juan DE LA CRUZ FERER, « L'Espagne » in Jean-Marie PONTIER. : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice GELARD, du 15 juin 2006, tome III, cité par Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 322. Le débat se déroule dans les mêmes termes en Espagne. En effet, pour la C.M.T., la rédaction de l'article 48 de la loi générale de télécommunications conduit la doctrine à se demander si le ministre compétent peut, ou non, introduire des modifications dans l'avant projet réalisé par la Commission. Si une réponse positive s'impose, dès lors, ce serait l'indépendance budgétaire des autorités de régulation qui paraît mise en cause. En cas de réponse négative, il faudrait craindre l'arbitraire de la Commission dans la détermination de son budget. La solution proposée réside dans une certaine règle de raison. En effet, « pour ne pas altérer l'indépendance de l'organisme tout en sauvegardant la compétence budgétaire du gouvernement, il faudrait laisser à ce dernier la faculté de modifier l'avant-projet, non pas de manière arbitraire, mais uniquement lorsque sa disproportion est notoire et implique une charge

le budget de l'Etat doivent être dirigées vers la réalisation des missions pour lesquelles les organismes administratifs « indépendants » sont budgétairement dotés¹⁰³⁴. Dès lors, un indice d'évaluation des performances s'impose: les régulateurs doivent d'autant plus rendre des comptes sur l'usage qu'ils font de leurs ressources et sur leurs résultats, ce qui les confronte aux missions pour la réalisation desquelles l'Etat les a institués. Comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE, l'insertion des organismes publics et indépendants de régulation dans un programme de la LOLF peut avoir pour effet que le régulateur indépendant se trouve soumis au pouvoir de régulation du directeur du programme « lequel peut sur sa seule initiative et sans devoir solliciter ni l'accord des entités qui dépendent de lui ni l'accord d'un organisme autre, diminuer le budget des régulateurs et interférer directement dans la gestion de leur budget »¹⁰³⁵. Afin de limiter les effets d'un « dysfonctionnement du système », et dans la mesure où la nécessité d'une procédure d'évaluation de la performance constitue, plus qu'une atteinte à l'indépendance, un mode de leur *accountability*, l'auteur propose des solutions structurelles (telles que la constitution d'un programme propre aux régulateurs indépendants), ainsi que des solutions comportementales (ces dernières limitées au maintien efficace d'un degré suffisant d'autonomie fonctionnelle).

Des pistes pour trouver un juste milieu entre règles budgétaires et statut particulier des autorités indépendantes ont été proposées¹⁰³⁶. Sous cet angle, il semble d'abord envisageable pour l'autorité de concurrence de pouvoir négocier chaque année ses crédits directement avec le ministère des finances, au cours d'une conférence budgétaire. A titre d'exemple, la doctrine espagnole propose, de manière plus radicale, que les autorités de régulation puissent élever leur proposition de budget directement devant les chambres, sans que le gouvernement ne puisse faire

démessurée pour les finances publiques ». Cependant, cette solution reste doctrinale et il faudra attendre que le cas se présente pour connaître l'interprétation gouvernementale de l'article 48.

¹⁰³⁴ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants versus LOLF », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 7, Avril/Juin 2006, p. 69.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, par M. Patrice GELARD, du 15 juin 2006, t. I, p. 104.

une quelconque modification, comme c'est le cas pour la Banque d'Espagne¹⁰³⁷. En tout état de cause, si l'indépendance peut être théoriquement menacée par le biais de la contrainte ministérielle sur la proposition budgétaire, elle peut aussi l'être par les instruments de contrôle lors de la gestion des ressources attribuées.

B- LA DIALECTIQUE ENTRE INDEPENDANCE D'EXECUTION ET CONTROLES BUDGETAIRES

L'exécution budgétaire des autorités de concurrence commande deux éléments qui semblent connaître un rapport dialectique. D'une part, il n'est pas souhaitable que l'Etat, imposant les règles de droit commun du contrôle budgétaire, crée un mécanisme de surveillance de l'autorité de concurrence par le pouvoir exécutif. D'autre part, pour compenser cette liberté ou autonomie dans l'exécution budgétaire, l'autorité de concurrence nous semble devoir être soumise à une stricte obligation de reddition de comptes, devant des institutions ayant une certaine distance par rapport au gouvernement. Il peut s'agir soit du parlement, soit d'une entité financière non dépendante du pouvoir exécutif. Dès lors, l'évolution souhaitable vers une plus large autonomie dans l'exécution budgétaire implique l'abandon des instruments de contrôle fondés sur l'utilisation des moyens financiers des autorités de concurrence, exercés par l'administration, au profit d'une reddition de comptes accrue exécutée devant des entités dépourvues de tout lien avec le pouvoir exécutif¹⁰³⁸.

Il faut noter sur le premier point, que l'autorité de concurrence transversale colombienne, organe doté de la personnalité morale, semble dispensée d'un contrôle financier de droit commun. Comme corollaire de cette indépendance d'exécution budgétaire, l'autorité de concurrence colombienne doit se soumettre à un contrôle strict de la part d'entités « détachées » du pouvoir exécutif, pour justifier la bonne utilisation des crédits alloués¹⁰³⁹. Il est possible d'envisager, d'une part, une

¹⁰³⁷ Juan Carlos HERNANDEZ, *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Aranzadi, 2005, p. 145.

¹⁰³⁸ Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 328.

¹⁰³⁹ En effet, « si une reddition des comptes n'est pas organisée très fermement, alors l'indépendance budgétaire devient infondée, voire dangereuse », *Ibid.*

procédure de contrôle *ex ante* du Parlement¹⁰⁴⁰, et d'autre part, un contrôle *a posteriori* exercé par la *Contraloría*, organe autonome de création constitutionnelle¹⁰⁴¹. L'intérêt de cette double procédure est d'enserrer la SIC dans une logique d'efficacité d'action. Ceci n'exclut pas pour autant l'introduction d'une procédure *ex post* de reddition des comptes qui se base sur le rapport annuel présenté chaque année par l'autorité de concurrence au Congrès, et qui peut être, le cas échéant, complétée par une ou plusieurs auditions du responsable de l'autorité convoqué directement devant les commissions parlementaires spécialisées. La nécessité commande non seulement de mieux organiser la présence du gouvernement auprès de l'autorité de concurrence, mais également de renforcer les mécanismes par lesquels la SIC est amenée à rendre compte de son action.

Section 2

LA PROTECTION DE L'INDEPENDANCE A TRAVERS DU CONTROLE DU PARLEMENT

Le système de démocratie représentative et participative ne se limite pas au simple exercice du droit de vote, mais s'étend aussi à l'exercice du contrôle actif du pouvoir¹⁰⁴². L'exercice du contrôle politique par les représentants du peuple, se consolide comme une garantie structurelle de l'Etat social de droit¹⁰⁴³. Pour le juge colombien, le contrôle parlementaire est un contrôle constitutionnel qui s'exerce uniquement sur la branche exécutive du pouvoir aux niveaux national et local, au

¹⁰⁴⁰ Ce mécanisme peut être exercé, par exemple, par les commissions des finances des deux assemblées, à l'occasion du projet de loi des finances colombienne, dans le cadre des travaux de contrôle des rapporteurs spéciaux. Il s'agit d'un contrôle lors des débats et du vote de la loi des finances de l'année, comprenant le montant de sommes affectées à l'autorité de concurrence.

¹⁰⁴¹ La *Contraloría* est chargée de surveiller la gestion fiscale de l'administration (articles 267 et 268 de la Constitution de 1991). Un contrôle *ex post* est aussi exercé par des entités financières dépourvues de tout lien avec le pouvoir exécutif. Par comparaison, en France, la Cour des Comptes, aux termes des articles 30 de la loi du 10 février 2000 (loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifié), ainsi que l'article L 133 du C.P.C.E., contrôle les autorités indépendantes de régulation des services publics organisés en réseaux. Le contrôle de la Cour des Comptes permet une légitimation budgétaire *a posteriori* de l'activité des régulateurs. Cependant, son occurrence tardive et son rythme espacé apparaissent désormais insuffisants pour garantir l'utilisation correcte des fonds par les autorités de régulation françaises (v. en ce sens, O. STORCH, « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur » in Marie-Anne, FRISON-ROCHE (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation*, vol. 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 71.

¹⁰⁴² Cour constitutionnelle, arrêts de constitutionnalité C-037 de 1996 et T-358 de 2002.

¹⁰⁴³ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle, T-983 A de 2004.

travers des mécanismes institutionnels mis en place à cet effet¹⁰⁴⁴. Dès lors, le contrôle politique du pouvoir législatif sur l'exécutif ne se restreint pas au Président et aux ministres du cabinet. Au contraire, tel que cela a été indiqué par la Cour constitutionnelle, il s'étend à tous les organes qui font partie de l'administration publique, aux termes de la loi 498 de 1998¹⁰⁴⁵. Le juge constitutionnel a déterminé en outre que l'ensemble des prérogatives, attributions et instruments dont disposent les parlementaires pour l'exercice de leur activité de contrôle constituent un *ius in officium*¹⁰⁴⁶. Malgré cette reconnaissance jurisprudentielle, les mécanismes de contrôle parlementaire sur les autorités de concurrence sont, dans la pratique, difficile à assurer.

En droit colombien, le contrôle parlementaire renferme tous les mécanismes de contrôle par lesquels le Parlement exerce sa fonction de surveillance et contrepoids face au gouvernement, tels que la motion de censure, le rapport présidentiel, les citations aux fonctionnaires de l'Etat et particuliers, les commissions d'enquête, la ratification des nominations et l'approbation du budget. Si le contrôle politique est censé – au moins sur un plan théorique – assurer un « équilibre » entre les pouvoirs publics, dans la pratique institutionnelle du système colombien, les organes appartenant au pouvoir exécutif ont graduellement acquis la prépondérance dans l'activité de l'Etat; faute d'un contrôle législatif actif. La volonté d'assurer un contrôle parlementaire efficace sur l'activité de l'autorité de concurrence, en principe de la part de l'opposition et des minorités, doit être alors accompagnée de véritables

¹⁰⁴⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-069 de 1994 « le contrôle politique dont le Congrès est titulaire ne peut pas s'étendre à la branche judiciaire du pouvoir public ». Pour le juge constitutionnel, la Constitution, dans son article 14, n'habilite pas le Congrès pour réaliser un tel contrôle. Cette doctrine de la Cour constitutionnelle a été réitérée dans une décision C-198 de 1994.

¹⁰⁴⁵ Loi 489 de 1998, par laquelle sont dictées des normes sur l'organisation et le fonctionnement des entités de l'ordre national. Les entités administratives décentralisées par services qui sont chargées d'exercer des fonctions administratives, de fournir certains services publics, et même de réaliser des activités commerciales ou industrielles, et dont le régime est celui des normes de droit privé, font sans exception l'objet du contrôle politique du législateur national. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-691 de 2007.

¹⁰⁴⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-373 de 2004. En ce sens, le contrôle politique des parlementaires a été assimilé à un droit fondamental de l'exercice de la fonction parlementaire, particulièrement dans la production législative et dans l'activité de fiscalisation politique. Le noyau essentiel de ce droit fondamental comprend dans l'activité de fiscalisation politique, aux termes de l'interprète constitutionnel, « l'exercice de la motion de censure, la demande des rapports et informes, et la pratique des citations », v. Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle, T-983 de 2004.

procédures de contrôle non seulement sur ses membres (§ 1), mais également sur l'activité et la gestion de cette autorité (§ 2)¹⁰⁴⁷.

§ 1. LE CONTROLE PARLEMENTAIRE DES MEMBRES DE L'AUTORITE DE CONCURRENCE

Le contrôle des membres de l'autorité de concurrence par le parlement reste difficile à assurer. En effet, si le contrôle parlementaire de la tête de l'autorité de concurrence se trouve à un stade embryonnaire (B), l'activité de contrôle des Chambres est, quant à elle, toujours absente de la logique de désignation des superintendants colombiens (A).

A- L'ABSENCE DE CONTROLE DES NOMINATIONS

Le principal instrument de contrôle parlementaire sur les membres des autorités de concurrence, avant le début de l'exercice de leurs fonctions, consiste en la ratification de la nomination faite par l'exécutif¹⁰⁴⁸. Ce mécanisme de contrôle se présente chaque fois que le Congrès exprime son consentement à la nomination d'un fonctionnaire à charge du Président. Il peut être affirmé que le Congrès dispose dans la procédure de ratification de peu de liberté discrétionnaire ou d'appréciation, dans la mesure où il ne peut pas présenter un candidat ni réaliser une autre action que celle d'accepter ou rejeter la nomination¹⁰⁴⁹. Cet instrument de contrôle peut obliger implicitement le Président à présenter des candidats qui réunissent certaines

¹⁰⁴⁷ En ce sens, il a été dénoncé par la doctrine et par la praxis parlementaire que les représentants du peuple se sont centrés uniquement dans la fonction législative. Dans le cas italien, par exemple, réflexion qui est transposable à la Colombie, Luigi GIANNTI affirme que « l'illusion que les chambres pourraient se tourner vers la fonction de contrôle se trouve constamment démentie par la permanente attention que le Parlement continue à dédier à l'activité législative, de production normative. Une preuve est le nombre d'initiatives législatives (...) autres que le développement de l'activité consultative des commissions parlementaires sur les actes normatifs du gouvernement, activité qui est passée d'une activité de contrôle à une activité para-normative : les rapports se réalisent avec des procédures qui minent la procédure législative, dans la quête, parfois illusoire, de la récupération d'un rôle souverain qui ne démontre qu'une sorte d'essai de conditionnement du pouvoir normatif du gouvernement », Luigi GIANNTI, « La experiencia del parlamento italiano, entre función legislativa y función de control », in *Las funciones de los parlamentarios en Italia y en España*, Asociación española de Letrados de Parlamentos, Madrid, Aranzadi éd., 2001, p. 111.

¹⁰⁴⁸ Tel que l'expérience américaine paraît le montrer; V. sur le cas américain, Elizabeth ZOLLER, *op. cit.*, p.186.

¹⁰⁴⁹ Amador RODRIGUEZ LOZANO, *La reforma del poder legislativo en México*. UNAM, Corte de constitucionalidad de Guatemala, 1998

qualifications techniques. Du point de vue de la personne désignée par ce mécanisme, l'individu nommé arrive au poste avec l'appui non seulement du Président, mais également avec l'aval des Chambres parlementaires, « ce qui se traduit par un renforcement de sa position politique aux yeux du reste des acteurs politiques nationaux »¹⁰⁵⁰.

Contrairement à l'expérience américaine¹⁰⁵¹, la ratification législative des fonctionnaires qui intègrent la branche exécutive du pouvoir n'a pas encore été institutionnalisée en droit colombien¹⁰⁵². La seule hypothèse où l'autorisation expresse du Sénat colombien est requise, est celle de la concession des grades militaires aux membres qui se trouvent déjà actifs au sein des forces armées. Institutionnaliser la ratification des nominations des hauts fonctionnaires de l'administration centrale – notamment de ceux qui, comme les ministres ou superintendants, contribuent au dessin des politiques gouvernementales ou exercent par délégation administrative des fonctions présidentielles – peut contribuer à un plus grand « équilibre » entre les branches du pouvoir, surtout dans un schéma présidentiel comme celui qui existe en Colombie. L'absence d'un tel mécanisme de contrôle sur les nominations – et par cela des qualités des personnes désignées – est sans doute un aspect qui devra être révisé à l'avenir¹⁰⁵³.

B- LES MECANISMES DE CONTROLE DES MEMBRES

Les mécanismes de contrôle parlementaire des membres de l'autorité de concurrence restent aussi difficiles à assurer dans la pratique institutionnelle colombienne. Une première procédure de contrôle parlementaire sur le Superintendant de l'industrie et du commerce est celle de la motion de censure. Cet instrument de contrôle politique consiste en la faculté qu'a le législateur de faire démissionner ou de révoquer les membres du gouvernement de leurs fonctions en cas

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ Pour une présentation du cas américain, v. *Harvard Law Review*, Notes, « Congressional Restrictions on the President's Appointment Power and The Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation », précité.

¹⁰⁵² Par comparaison avec le cas français, v. Philippe AUBERGER, *op.cit.*, p. 236.

¹⁰⁵³ La participation du législateur colombien dans la procédure de nomination des membres des autorités de concurrence peut constituer un facteur de légitimité – du point de vue des exigences du

de désapprobation de leur activité. La motion de censure a été consacrée dans le système colombien dans la Constitution politique de 1991¹⁰⁵⁴. Une explication de l'instauration en 1991 de cet instrument de contrôle peut être trouvée dans cet extrait des actes des séances de l'Assemblée nationale constituante : « les Constitutions colombiennes, sans exception, ont attribué au législateur le contrôle politique, le bilan de l'exercice de la faculté de surveillance révèle toutefois l'impuissance historique du Parlement (...). Contrairement à ce qui arrive dans les démocraties occidentales, en Colombie la tendance n'est pas à renforcer la fonction naturelle du législatif par rapport à l'exécutif, sinon de restreindre cette fonction, de telle sorte que le Congrès ne peut réaliser une censure sur les actes officiels. Ceci constitue une des causes les plus notoires des abus de pouvoir du Président et d'autres hauts fonctionnaires de l'Etat, car il n'existe pas, en pratique, de mécanismes pour exercer efficacement la surveillance et la sanction politique de certains comportements du Gouvernement »¹⁰⁵⁵. A l'origine, la motion de censure était un instrument de contrôle politique qui avait cours uniquement contre les ministres. Toutefois, ce mécanisme a été étendu aux superintendants et aux directeurs des départements administratifs¹⁰⁵⁶ par une réforme constitutionnelle récente. Le régime applicable à la tête de l'autorité de concurrence colombienne est celui, général, applicable aux ministres, superintendants et directeurs de départements administratifs.

En droit colombien, la motion de censure peut être proposée dans deux situations : la première, lorsque le Ministre, le Superintendant ou le Directeur du département administratif est cité à comparaître devant les Chambres et celui-ci ne se présente pas, sans justification valable. Il faut toutefois indiquer que ce mécanisme ne

principe démocratique -, notamment en cas d'« externalisation » de la régulation de la concurrence dans des autorités « indépendantes » à instaurer.

¹⁰⁵⁴ Article 135, alinéas 8 et 9 de la Constitution politique de 1991, modifié par l'acte législatif 1 de 2007, articles 1 et 2.

¹⁰⁵⁵ Assemblée Nationale Constituante, Gazette constitutionnelle, numéro 54, 17 d'avril 1991, p. 4. La Cour constitutionnelle colombienne s'est prononcée sur cet instrument de contrôle dans les termes suivants : « originaire du système de gouvernement parlementaire, le Constituant de 1991 a introduit la motion de censure dans le statut supérieur en vigueur, afin de consacrer un mécanisme plus effectif qui compromette la responsabilité politique des Ministres. La motion de censure procède exclusivement contre les ministres (...) ». Cette déclaration a été réalisée bien évidemment avant l'expédition de l'acte législatif numéro 1 de 2007, lequel a étendu le contrôle des fonctionnaires aux Directeurs des départements administratifs et Superintendants.

¹⁰⁵⁶ Acte législatif numéro 1 de 2007. Cette réforme a élargi le champ d'application de la motion de censure qui procédait seulement contre les Ministres du Gouvernement.

procède pas dans les cas où un vice-ministre assiste en représentation d'un ministre devant les chambres¹⁰⁵⁷. La deuxième hypothèse semble posséder un caractère moins disciplinaire et vise à contrôler, dans des termes généraux, l'activité des hauts fonctionnaires du gouvernement. Il s'agit de la possibilité reconnue aux Chambres de proposer la motion de censure des ministres, superintendants et directeurs de départements administratifs sur des questions relatives à leurs missions et compétences¹⁰⁵⁸.

Quant à la procédure de ce mécanisme de contrôle parlementaire, la motion de censure doit être proposée, dans un premier temps, par au moins le dixième des membres de chaque Chambre. Ces derniers doivent indiquer les raisons les conduisant à douter de la gestion gouvernementale d'un ministre, superintendant ou directeur du département administratif. Dans un deuxième temps, un débat a lieu au sein de la chambre respective. Finalement, une audience publique de votation de la motion se tient dans un délai de trois à dix jours suivant la fin du débat. Pour que la mesure soit approuvée, il faut obtenir la majorité qualifiée de tous les membres de la Chambre qui ont proposé la motion¹⁰⁵⁹. Enfin, si la motion est approuvée, le fonctionnaire censuré est révoqué de ses fonctions de manière immédiate. Il reste à indiquer que le rejet de la motion de censure exclut la possibilité d'initier une nouvelle procédure contre le même fonctionnaire pour les mêmes faits. De même, lorsqu'une Chambre se prononce sur une motion de censure, l'autre reste dessaisie

¹⁰⁵⁷ Article 208 de la Constitution politique; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-198 de 1994. Il est dès lors permis de se demander si la motion de censure procède lorsque le Superintendant délégué en concurrence ou en protection des consommateurs se présente devant les Chambres en représentation du Superintendant.

¹⁰⁵⁸ Article 135, alinéa 9, Constitution de 1991.

¹⁰⁵⁹ S'il peut être considéré que la majorité exigée pour l'approbation de la motion de censure est élevée (absolue dans ce cas), on ne peut pas dire qu'il s'agit d'un outil stérile. D'abord, le Président ne compte pas nécessairement sur la majorité dans chaque Chambre, comme dans le système parlementaire. Raison pour laquelle il est viable que soit le Sénat soit la Chambre des représentants puisse approuver une motion de censure s'il y a fondement pour ce faire. Ensuite, la Constitution colombienne ne comporte pas d'éléments relatifs à la « motion de censure constructive ». Selon ce concept, la réunion de la majorité qui exige la responsabilité politique doit préparer la postulation d'un nouveau fonctionnaire qui remplace celui qui est révoqué. Il s'agit d'une condition restrictive pour l'exercice de la motion de censure. V. Manuel SANCHEZ DE DIOS, *La moción de censura (un estudio comparado)*, Publicaciones del Congreso de Diputados, Madrid, 1992, p. 347. Dans le système présidentiel colombien, il revient au Président *mutuo proprio* de postuler un nouveau fonctionnaire.

pour se prononcer sur la même question, quelque soit le sens de la décision de la Chambre ayant initialement engagé la procédure¹⁰⁶⁰.

La motion de censure n'a été que rarement utilisée contre les ministres depuis son introduction en 1991. En outre, elle n'a encore jamais été proposée contre des superintendants et directeurs de départements administratifs ; possibilité qui a été pourtant reconnue depuis 2007 en droit colombien. Le recours à la motion de censure peut créer un espace de discussion politique entre le gouvernement et le Congrès sur des aspects de la vie institutionnelle de l'Etat. Même si le Président reste exempt de ce mécanisme, le fait que son gouvernement ait fait l'objet de plusieurs motions de censure est un aspect déterminant face à l'opinion publique et à la collectivité, surtout dans un scénario d'aspiration à la réélection présidentielle. Il est dès lors souhaitable d'engager une réflexion sur de nouveaux éléments à incorporer dans la motion de censure, telle que la participation des citoyens dans la procédure. La participation du peuple peut en effet être assurée pour demander au Congrès l'initiation de l'activité de contrôle par la citation d'un fonctionnaire ou par la présentation d'un rapport d'activité ou sur une question spécifique. Ceci peut d'ailleurs constituer un moyen de pression pour que le législateur soit plus actif dans son rôle de contrôle politique.

A côté de la motion de censure, le législateur colombien garde toujours la possibilité de citer des fonctionnaires devant les Chambres et commissions parlementaires. La citation des fonctionnaires apparaît comme une garantie tant de

¹⁰⁶⁰ Loi 974 de 2005, « *Ley de bancadas* ». L'acte législatif numéro 1 de 2007 a par ailleurs déterminé que l'approbation de la motion de censure peut être réalisée à l'intérieur d'une des Chambres individuellement considérées et non devant la plénière du Congrès, comme c'était prévu dans la version originale de la Constitution de 1991. Cette nouvelle responsabilité politique dans chacune des Chambres est censée renforcer ce mécanisme de contrôle politique. En outre, face à la difficulté d'atteindre la majorité absolue de la plénière du Congrès, la motion de censure était devenue une figure décorative. Si bien que la réforme de 2007 doit assurer une plus grande activité du contrôle législatif sur le gouvernement. Lors de la procédure de motion de censure contre le Ministre de l'Intérieur Nestor Humberto MARTINEZ en 1999, le Ministre a été révoqué par le président Andres PASTRANA de son poste avant la votation définitive de la mesure, ce qui l'a empêché de réussir. La formule introduite en 2007 établit que la Chambre qui réalise l'activité de contrôle doit voter la motion de censure, indépendamment de la permanence ou non du fonctionnaire à son poste. La réforme renforce alors l'effectivité du contrôle en empêchant des obstructions à la procédure. Ceci permet d'arriver à la délibération des conséquences politiques de l'affaire en question. Un exercice plus efficace de cet instrument de contrôle peut être d'ailleurs attendu avec l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation des partis politiques en groupes parlementaires, *bancadas*, (réforme qui cherche à combattre l'indiscipline des partis politiques dans le système démocratique colombien). Le recours à la figure demeure assez limité en droit colombien. Selon l'opinion de l'organisation *Congrès*

son activité de surveillance, comme de celle de discussion des projets de loi. Le règlement du Congrès, énonce trois modalités de citations: premièrement, la citation pour information aux fonctionnaires et/ou aux particuliers. ; deuxièmement, la citation pour discussion de politiques publiques et sujets généraux¹⁰⁶¹ ; troisièmement, la citation aux ministres, superintendants et directeurs de départements administratifs aux débats¹⁰⁶². Comme pour la motion de censure, le recours à cet instrument de contrôle demeure assez rare à l'égard des superintendants. La faible activité de contrôle ne concerne pas exclusivement les mécanismes reconnus de contrôle sur les membres des autorités de concurrence. A côté des mécanismes reconnus de contrôle sur les membres de l'autorité de concurrence, les parlementaires colombiens peuvent entretenir des rapports dits « informels » avec les membres de l'autorité de concurrence. Observe-t-on de nombreux rapports informels entre autorités colombiennes ? Les rapports informels entre le Congrès et l'administration concernent essentiellement, en droit colombien, les ministres. L'absence de rapports directs entre le Congrès et les autorités de concurrence peut être expliquée par leur caractère d'organes « rattachées » à une structure ministérielle¹⁰⁶³.

Visible, plus qu'un mécanisme de contrôle politique et de surveillance de l'activité du gouvernement, la motion de censure est devenue un instrument d'exercice de l'opposition.

¹⁰⁶¹ Cette modalité cherche à formuler des observations au gouvernement sur des questions de gestion, des politiques publiques, ou à propos des actions de certains fonctionnaires (v. article 261 du règlement du Congrès, loi 5 de 1992).

¹⁰⁶² La procédure est celle prévue dans le règlement du Congrès : le parlementaire ou les parlementaires qui citent les fonctionnaires, soumettent leur pétition et le questionnaire à la Chambre. Si la citation est approuvée, le président de la Chambre envoie aux fonctionnaires une citation avec le questionnaire. Le Ministre, le Superintendant ou le Directeur des départements administratifs répond aux questions. Dans ses réponses, le fonctionnaire ne peut pas s'éloigner des sujets en question.

¹⁰⁶³ Il faut noter que ce sujet ne semble pas avoir suffisamment attirée, jusqu'au présent, l'attention de la doctrine colombienne. Contrairement à ce qui semble être le cas dans d'autres systèmes. La doctrine américaine dénonce par exemple l'existence de rapports informels entre les membres des agences chargées du « rulemaking », d'une part, et les députés fédéraux et membres de leur staff, d'autre part. Dans une affaire *Sierra Club v. Costle*, 657 F.2d 298, (D.C. Circ. 1981), le Circuit de D.C. semble avoir validé ces pratiques en affirmant que la séparation des pouvoirs n'interdit pas aux représentants de surveiller et faire valoir les intérêts de leurs circonscriptions auprès des agences fédérales. La différence avec le cas colombien peut se trouver dans le fait que, tandis que les autorités de régulation « indépendantes » peuvent être regardées aux Etats-Unis comme une extension du Congrès (v. Jody FREEMAN et J.R. DESHAZO, « The Congressional Competition to Control Delegated Power », *Texas L. Rev.*, 2003, p. 1443), les superintendances et commissions de régulation, même si elles sont dotées de la personnalité morale, intègrent un secteur ministériel, et constituent donc une extension de l'exécutif.

Les mécanismes de contrôle parlementaire sur les membres de l'autorité de concurrence demeurent embryonnaires en droit colombien. Un renforcement de ces mécanismes de contrôle se montre pourtant nécessaire afin de légitimer, du point de vue des exigences du principe démocratique, l'existence et le fonctionnement d'une autorité de concurrence « indépendante ». Un renforcement de l'activité du législateur est d'autant plus critique dès lors que cette déficience dans les procédures de contrôle parlementaire s'étend au contrôle à l'activité des autorités de concurrence.

§ 2. LE CONTROLE PARLEMENTAIRE DE L'ACTIVITE DE L'AUTORITE DE CONCURRENCE

Comme nous l'avons constaté pour le contrôle des membres des autorités de concurrence, le contrôle parlementaire de l'activité des superintendances et commissions de régulation peut rencontrer certaines difficultés. Un des principaux inconvénients provient, dans la pratique, de l'encombrement du calendrier des Chambres, qui empêche les commissions spécialisées de consacrer le temps nécessaire à l'audition et à la reddition de comptes. En droit colombien, le contrôle de l'activité de l'autorité de concurrence peut se faire par le biais de diverses procédures. Ces procédures peuvent comprendre la demande d'informations, de documents ou de rapports visant à rendre compte de la gestion de l'autorité de concurrence (A), mais elles peuvent aussi avoir des implications financières pour cette dernière (B).

A- LE CONTROLE AU TRAVERS DES EXPLICATIONS, RAPPORTS D'ACTIVITE ET DOCUMENTS

En droit colombien, le pouvoir exécutif doit présenter annuellement un exposé de sa gestion devant le parlement. Cette présentation est faite par le Président, selon les données apportées par les différents organes qui intègrent l'administration centrale. Dans ce cas, on se trouve face à un contrôle unidirectionnel, dans la mesure où il n'y a pas de véritable débat politique. Dans la logique du système colombien, il s'agit d'un bilan sur la gestion de l'exécutif dans un temps déterminé qui sert à

informer et actualiser le législateur sur l'état de l'activité gouvernementale¹⁰⁶⁴. En ce sens, le rapport crée un scénario général qui peut aboutir à une procédure particulière de contrôle.

La possibilité de demander des rapports s'étend aux ministres du gouvernement et aux directeurs de départements administratifs, qui doivent présenter un état des affaires de sa compétence et les propositions de réforme qu'ils estiment pertinentes au cours des quinze premiers jours de chaque législature. Cette possibilité pour le législateur de demander des rapports ne s'étend pourtant pas – de manière explicite – aux superintendants¹⁰⁶⁵. L'inclusion des superintendances peut être alors proposée comme point de réforme, notamment en contrepartie de l'attribution législative directe de certaines compétences, comme celle en matière réglementaire¹⁰⁶⁶.

La faculté du législateur colombien est consacrée dans la Constitution de 1991, qui habilite chacune des Chambres à demander au gouvernement les rapports dont elle a besoin, sauf pour ce qui concerne le cas d'informations en matière diplomatique ou réservées¹⁰⁶⁷. Parmi les différents types de rapports à la charge des

¹⁰⁶⁴ En droit colombien le rapport de l'exécutif doit comprendre deux aspects : d'une part, les actes de l'administration et l'exécution des plans et programmes de développement économique et social pendant l'année immédiatement antérieure et, d'autre part, les nouveaux projets que le gouvernement propose de réaliser au cours de la nouvelle législature (article 189 alinéa 12 de la Constitution de 1991). La présentation du rapport de l'exécutif coïncide avec l'installation des sessions du Congrès et constitue une cérémonie à caractère formel devant les Chambres, à différence de ce qui a lieu au Mexique où le chef de l'exécutif arrive au siège du Congrès après que les parlementaires ont fini d'exprimer leurs opinions pour répondre à leurs questions. Cependant, dans le cas colombien, il n'a pas été envisagé la possibilité que l'exécutif doive répondre aux interpolations des membres du Congrès, aspect qui peut être proposé comme point de réforme. Ceci permettrait de mieux connaître la perception du Président sur les diverses questions de relevance de la politique gouvernementale.

¹⁰⁶⁵ Le droit colombien prévoit seulement l'obligation pour les directeurs de certains organes autonomes de création constitutionnelle, qui n'appartiennent pas à la branche exécutive du pouvoir, de présenter un rapport au Congrès. C'est par exemple le cas du Procureur général de la Nation, du Défenseur du peuple, du *Contralor* Général de la République, de la Banque centrale sur l'exécution de ces politiques. Ces rapports doivent être présentés dans les quinze jours qui suivent le premier jour de chaque législature ordinaire. En outre, les Ministres, les Directeurs de départements administratifs doivent présenter un rapport spécial sur les dénommées commissions, c'est-à-dire, les missions des fonctionnaires publics à l'étranger (v. article 255 de la loi 5 de 1992, règlement du Congrès colombien).

¹⁰⁶⁶ Par comparaison, en droit américain v. Morton ROSENBERG, « Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking?: A brief Overview, Assessment, and Proposal for Reform », *Admin. L. Rev.*, 1999 vol. 51, p. 1051.

¹⁰⁶⁷ Articles 135 et 136 de la Constitution. En outre, l'article 150, alinéa 9 de la Constitution dispose qu'il est de l'obligation du gouvernement de « rendre périodiquement des rapports au Congrès sur l'exercice des autorisations conférées », ce qui ouvre la possibilité que le rapport soit présenté

ministres et directeurs de départements administratifs, il est possible de distinguer les rapports d'activités qui requièrent une autorisation préalable du Congrès. C'est le cas par exemple de la négociation des crédits et vente des biens nationaux¹⁰⁶⁸. Dans ce cas, il est possible d'entrevoir une véritable activité de contrôle, car c'est le législateur qui attribue ces facultés aux ministères et aux directeurs des départements, lesquels acquièrent, en contrepartie, l'obligation de lui rendre compte de son activité¹⁰⁶⁹. Les commissions, dans leur activité d'étude des informations rendues par les ministres et directeurs des départements administratifs, pourront demander la présence de certains fonctionnaires afin d'éclaircir le contenu de ces informations¹⁰⁷⁰. C'est alors, dans cette dernière hypothèse, que le Superintendant de l'industrie et du commerce, en sa qualité de fonctionnaire « rattaché » au Ministère du Commerce, pourra être entendu devant les commissions parlementaires chargées d'examiner les informations présentées par le Ministre.

En outre, les articles 258 et 259 du règlement du Congrès habilite directement les parlementaires, comme sujets considérés individuellement, à demander des rapports aux fonctionnaires de l'administration centrale, qui se trouvent légalement obligés de s'y soumettre. Dans ce cas, le délai pour la remise des rapports est de cinq jours suivants la demande et le manquement à cette obligation peut engager à la responsabilité politique du fonctionnaire et, dans le cas des ministres, superintendants et directeurs des départements administratifs, à une procédure de motion de censure. Il faut préciser que cette faculté individuelle de chaque parlementaire est vue comme une garantie de protection des minorités parlementaires,

lorsque, en raison des affaires en question, chaque chambre prétend élargir sa connaissance sur l'activité gouvernementale ou exercer une action de fiscalisation.

¹⁰⁶⁸ Article 150, alinéa 9 de la Constitution de 1991.

¹⁰⁶⁹ A cet égard, la Cour constitutionnelle a manifesté: « La faculté consacrée dans l'alinéa 9 de l'article 150 de la Constitution ne correspond non pas à une expression du principe de la séparation et de collaboration harmonieuse entre les pouvoirs exécutif et législatif, mais est également un mécanisme de contrôle car si le Congrès décide de manière autonome d'autoriser les organes de l'exécutif à célébrer des contrats, négocier des crédits et vendre des biens nationaux, ces derniers organes sont à leur tour dans l'obligation de rendre périodiquement des rapports aux Congrès sur l'exercice des autorisations conférées. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-246 de 2004, réitéré par l'arrêt C-874 de 2005. Il s'agit en effet d'une obligation à la charge des ministres et des directeurs de départements de présenter les rapports dans les dix jours qui suivent la demande du Congrès. Ces rapports sont présentés devant les tables directives des Chambres qui distribuent ensuite leur étude à ses différentes commissions. Ensuite, les commissions émettent un rapport qui peut être débattu par les plénières de chaque Chambre.

leur permettant de participer aux activités de contrôle, rôle qui a été traditionnellement réservé aux partis majoritaires¹⁰⁷¹.

Le règlement du Congrès prévoit également la faculté pour les Chambres ou ses commissions de demander des *documents* aux ministères ou bureaux publics, y compris les superintendances¹⁰⁷². Cette alternative devrait être étendue aux membres du Congrès comme sujets individuels qui peuvent demander des rapports. La révision des documents peut offrir une plus grande clarté et paraît constituer un complément efficace à l'activité de contrôle politique. Cette distinction entre rapports et documents apparaît nécessaire dans la mesure où il peut exister des décalages considérables entre les informations qui sont incluses dans les rapports et les informations qui se trouvent dans les dossiers¹⁰⁷³. De même, les documents semblent garder un plus grand degré d'objectivité, dans la mesure où ce qui est rapporté peut comporter une analyse ou « interprétation » de la personne chargée de le rédiger. La fonction d'explication et d'information apparaît alors comme un élément essentiel pour l'exercice du contrôle politique. Elle facilite par exemple, pour l'opposition, l'accès à certaines informations. La publicité de la présentation des rapports et des explications peut aussi permettre aux citoyens de connaître l'activité parlementaire¹⁰⁷⁴. L'examen des informations et documents présentés devant le parlement peut conduire par exemple à la proposition d'une motion de censure à l'encontre de la tête de l'autorité de concurrence ou à une réduction du budget alloué à l'entité.

¹⁰⁷⁰ V. articles 226 et 257 de la loi 5 de 1992, règlement du Congrès colombien.

¹⁰⁷¹ Par comparaison avec le cas français, Thiery THOUT, *op.cit.*, p. 228.

¹⁰⁷² Il faut ici tenir compte de l'interprétation de la Cour constitutionnelle où elle a précisé que le contrôle politique « est exercé par le Congrès sur la branche exécutive du pouvoir ou, aux termes de l'article 144 de la Constitution, sur le gouvernement et l'administration ». Cour constitutionnelle, arrêt C-198 de 1994.

¹⁰⁷³ V. Paul I VALL FRANCESC, « La función parlamentaria de control », in *Las Funciones de los Parlamentos en Italia y en España*. Asociación española de letrados de Parlamentos, Madrid : Aranzadi éd., 2001, p. 131.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

B- LE CONTROLE AU TRAVERS DE L'APPROBATION DU BUDGET

En droit colombien, la matière budgétaire reprend et adapte le sens du principe « *no taxation without representation* ». Conformément à ce principe, l'expédition de toute dépense et rente publiques doit être décrétée par le Congrès, à l'échelle nationale, ou par les assemblées départementales ou par les conseils municipaux, à l'échelle territoriale. Le budget général de la Nation et la loi d'affectation sont présentés annuellement à l'initiative du gouvernement au cours des dix premiers jours de chaque législature¹⁰⁷⁵. Selon les dispositions en matière fiscale, le projet de budget général de la Nation doit contenir toutes les affectations et dépenses pour la prochaine période fiscale¹⁰⁷⁶. Du point de vue de l'interaction entre les pouvoirs publics, le Congrès ne peut augmenter les recettes des organes de l'exécutif qu'après avoir obtenu l'autorisation écrite du Ministère des Finances¹⁰⁷⁷. En contrepartie, le Congrès a la faculté de supprimer ou de réduire certaines recettes budgétaires de dépenses, hormis celles relatives au paiement de la dette publique, les obligations contractuelles de l'Etat, les services ordinaires de l'administration et l'application du plan de développement. Le nombre d'exceptions à la compétence législative pour supprimer ou réduire des recettes donne néanmoins l'impression que l'exception constitue la règle générale, dans la mesure où, en dehors des éléments cités, les éléments qui peuvent faire l'objet de suppression ou de réduction par le législateur sont peu nombreux¹⁰⁷⁸.

Le contrôle du législateur de l'activité de l'exécutif au moyen de l'approbation du budget général de la Nation, s'étend à l'activité d'exécution des recettes

¹⁰⁷⁵ Article 346 de la Constitution de 1991.

¹⁰⁷⁶ Si les revenus se montrent insuffisants pour couvrir les dépenses, le gouvernement peut proposer séparément, devant les mêmes commissions qui étudient le budget, la création ou la modification des rentes pour son financement, dont l'approbation peut être postérieure à celle du budget général. Il paraît exister une consécration du principe d'équilibre budgétaire (article 347 de la Constitution de 1991). Cependant, le juge constitutionnel, en opinion contraire, a soutenu que : « le principe d'équilibre entre les revenus courants et les dépenses ordinaires que l'Etat prétend réaliser pendant la période fiscale respective ne correspond pas à celui qui est prévu dans l'article 347 de la Constitution. Dans cette disposition, est consacrée l'obligation pour le gouvernement national d'inclure dans le projet de loi annuelle du budget toutes les dépenses qu'il espère réaliser au cours de la période fiscale. Cette flexibilité qui représente sans doute un avancement dans la technique budgétaire, ne correspond pas pourtant au principe de la parité des revenus et des dépenses en matière budgétaire », Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-337 de 1993.

¹⁰⁷⁷ Article 351, alinéa 1 de la Constitution de 1991.

¹⁰⁷⁸ V. Paul I VALL FRANCESC, « La función parlamentaria de control », précité.

approuvées. Le législateur est habilité à exercer une activité permanente de contrepois par la conjonction d'autres mécanismes de contrôle, tels que les citations, la demande des états financiers et des rapports de gestion et l'activité des commissions d'investigation. Il faut noter que, à la différence d'autres systèmes constitutionnels, il n'existe pas en droit colombien d'organe de contrôle spécifique à l'intérieur des Chambres, autre que la commission des comptes, organe chargé de réaliser une analyse *a posteriori*. Il est dès lors permis de se demander s'il convient de doter la commission des comptes d'un auditeur, de professionnels experts et de techniciens en matière financière et budgétaire, ce qui permettrait de compter sur des outils de contrôle plus efficaces¹⁰⁷⁹. Il reste à noter que la *Contraloría* générale, organe constitutionnel de nature autonome, est chargée de la surveillance de la gestion fiscale de l'administration et des particuliers ou des entités qui gèrent des deniers publics¹⁰⁸⁰. Faut-il alors doter le législateur d'outils pour l'exercice d'une activité de contrôle concomitante ?

Le législateur colombien semble aussi habilité, en vertu du principe de liberté de configuration de l'administration centrale, à modifier ou supprimer l'autorité de concurrence, en tant que mécanisme de contrôle. Ce mécanisme de contrôle a sans doute une connotation financière : d'une part, il exprime une analyse coûts-bénéfices, en fonction de la gestion réalisée par l'autorité de concurrence et, d'autre part, elle a des conséquences financières qui peuvent altérer les recettes contenues dans le budget général de l'Etat. Il reste néanmoins à préciser la portée de cette habilitation. Le juge constitutionnel colombien, en vertu de l'article 154 de la Constitution, conditionne l'exercice de la faculté de configuration législative de la structure de l'administration centrale à l'initiative de l'exécutif. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, l'exigence de l'initiative du gouvernement par rapport à la détermination de la structure de l'administration nationale est le reflet du principe de collaboration

¹⁰⁷⁹ C'est dans cette direction que paraît aller l'article 11 de la loi 812 de 2003, Plan national de développement « vers un Etat communautaire » qui consacre la création d'une commission pour suivre le plan, intégrée par des membres des commission économiques du Congrès, qui est chargé de la présentation d'un rapport semestriel sur l'exécution du plan aux Chambres ; v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-373 de 2004, décision de constitutionnalité de l'article 11 de la loi 812 de 2003.

¹⁰⁸⁰ Article 267, Constitution de 1991.

harmonieuse entre les différentes branches du pouvoir public¹⁰⁸¹. Par conséquent, la suppression ou modification de l'organisation de l'autorité de concurrence ne semble envisageable qu'après une sorte de compromis entre les pouvoirs publics. Cette idée d'un compromis entre les pouvoirs publics traduit mieux celle des « *checks and balances* ».

Il est vrai que les caractéristiques de la Constitution de 1991 et de la tradition politique colombienne ne prédisposent pas le législateur à exercer un contrôle politique continu sur les superintendances et commissions de régulation alors que ces dernières trouveraient une légitimité supplémentaire à leur action si s'instaurait un dialogue plus large avec les deux Chambres. En revanche, les ministres disposent à leur égard d'un pouvoir d'autorité au sens de pouvoir de tutelle. Ce déséquilibre dans les mécanismes de contrôle politique rend le contrôle de l'autorité de concurrence par le Parlement difficile à assurer. Il faut rappeler ici que la plupart des pays qui ont eu recours à des autorités de concurrence « indépendantes » ont été confrontés à la nécessité de mettre en place des procédures par lesquelles ces organismes sont amenés à rendre compte de leur action aux pouvoirs politique, exécutif et législatif. La question du contrôle de l'autorité de concurrence paraît dépendre moins du contrôle juridictionnel, qu'il s'agisse du contrôle du juge administratif ou du juge judiciaire sur ses décisions, que des conditions dans lesquelles ces autorités ont à rendre compte au législateur, au gouvernement ou aux acteurs intéressés et même, au-delà, à l'opinion publique.

¹⁰⁸¹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 121 de 2004. « *Es claro que las leyes a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución que sean aprobadas por el Congreso de la República sin haber contado con la iniciativa del Gobierno se encuentran viciadas de inconstitucionalidad y pueden, en consecuencia, ser retiradas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional bien mediante la acción de inexecutable ejercida dentro del año siguiente a la publicación del acto -ya que se trata de un vicio de forma-, o bien cuando como en el presente caso al ejercer el control previo de constitucionalidad por virtud de las objeciones presidenciales se llegue a determinar el incumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 154 Superior* ».

Chapitre 2

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

Le contrôle politique apparaît réduit, dans la pratique institutionnelle colombienne, au seul pouvoir d'autorité des ministres, au sens de pouvoir de tutelle¹⁰⁸². En comparaison, la plupart des pays qui ont eu recours à des autorités de concurrence « indépendantes » ont été confrontés à la nécessaire mise en place des procédures par lesquelles ces organismes sont amenés à rendre compte du bilan de leur action au Parlement et au gouvernement¹⁰⁸³. Dans ces systèmes, les questions sur la nécessité d'assurer des mécanismes de contrôle semblent moins concerner le contrôle juridictionnel¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Rappelons-nous que l'autorité transversale colombienne est un organe « rattaché » au Ministère de l'industrie et du commerce. En effet, il n'existe pas en droit colombien d'organes administratifs de création légale « externalisés ». Les superintendances et commissions de régulation appelées à participer à l'organisation de la concurrence disposent d'une *independencia legal*, au sens donné à cette expression par le juge constitutionnel colombien ; (v. supra, p. 25).

¹⁰⁸³ Pour une présentation générale de ces mécanismes en droit américain, v. Elizabeth ZOLLER, *op.cit.*, p. 167; V. pour le cas des contraintes législatives (*legislative constraints*) sur l'autorité de concurrence américaine, Kenneth W. CLARKSON, « *Legislative constraints* », *op.cit.*, p. 237. Un des principaux outils employés par le Congrès américain est le veto législatif, c'est-à-dire, le mécanisme par lequel le Congrès peut freiner certaines régulations ou actions des *agencies*, tel que la FTC. Pour certains auteurs, à l'opposée des techniques traditionnelles de surveillance du Congrès, le veto législatif permet un examen régulier et systématique des aspects de fond du programme de l'autorité de concurrence « indépendante ». D'autres auteurs trouvent, en revanche, que le mécanisme du veto législatif peut comporter un « encadrement politique » et peut donner aux lobbyistes et membres des groupes d'intérêt un pouvoir additionnel d'influence le comportement de l'agence ; *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁸⁴ En effet, si l'autorité de concurrence colombienne peut être placée à l'abri du pouvoir de tutelle du ministre, elle n'en est pas pourtant moins soumise au contrôle du juge. En ce sens, l'indépendance des autorités de concurrence ne joue pas à l'égard du juge : « à l'instar de toute autorité administrative », leur action reste soumise au contrôle de légalité. Comme Martin COLLET le décrit, « [...] les juridictions tant administratives que judiciaires peuvent être saisies de contestations portant sur la conformité au droit des actes de ces organismes; elles peuvent également être appelées à statuer sur des demandes de réparation : soit des conséquences dommageables de telles actes, soit – indépendamment de tout acte, des conséquences des comportements involontaires et dommageables imputés à une autorité administrative indépendante ». Martin COLLET, *op.cit.*, p. 141. Cependant, cette dernière part du travail juridictionnel ne nous retiendra que très peu : nous n'évoquerons dans ce chapitre les actions en responsabilité engagées à l'occasion d'un dommage causé par une autorité administrative indépendante que dans la mesure où ces requêtes prolongent une demande dirigée contre un acte d'une autorité administrative indépendante (*acción de nulidad y restablecimiento del derecho*), c'est-à-dire, lorsque la demande d'indemnisation vise les conséquences dommageables d'un acte (sachant que, comme en droit français, la réponse que le juge colombien y apportera n'est généralement pas « détachable » du contrôle de l'acte lui-même).

Les questions qui apparaissent en matière de contrôle judiciaire se situent plutôt sur le terrain des procédures à l'intérieur et à l'encontre des autorités de régulation disposant d'un degré d'autonomie fonctionnelle¹⁰⁸⁵. En droit français, elles concernent par exemple la structure organique du contentieux des actes de l'autorité de concurrence, c'est-à-dire, l'ensemble des règles qui déterminent les compétences entre les différentes juridictions amenées à opérer le contrôle¹⁰⁸⁶. Absent en droit américain, l'« éclatement des compétences juridictionnelles » n'est qu'apparent en droit colombien¹⁰⁸⁷. Pour le cas de l'autorité transversale colombienne les questions relatives à la structuration « matérielle » du contrôle semblent plus significatives: autour de quels types de recours s'articule-t-il ? L'autonomie fonctionnelle est-elle, dans ses différents degrés d'intensité, pour autant sans effet sur l'étendue du contrôle juridictionnel des actes des autorités de concurrence, et en particulier sur l'intensité du contrôle des motifs de l'acte ?

Pour apprécier le contrôle judiciaire des actes des autorités de concurrence, et déterminer l'étendue du pouvoir du juge, on se concentrera d'abord sur le régime du contrôle des actes de ces organes (section 1), pour ensuite regarder la pratique de ce contrôle (section 2).

¹⁰⁸⁵ Notamment des procédures d'édition des actes répressifs. Mais aussi dans les procédures internes de fabrication des « règles » (*rulemaking*) ; v. en ce sens, Jean Bernard AUBY, « droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 23. « Dans les années 1960, il apparut que les butoirs précédents n'étaient pas satisfaisants et l'on évolua vers un autre modèle d'encadrement du « *rulemaking* » administratif. Ce modèle, dit de la représentation des intérêts – « *interest representation model* » – tendait à jauger – ou à jauger également – la légitimité des pouvoirs administratifs à l'aune de la correcte représentation des intérêts auprès des instances de décision. Ce modèle a pu s'épanouir en s'appuyant sur une disposition de l'« *Administrative Procedure Act* », dont l'article 553 impose aux agences de laisser s'exprimer les intérêts concernés par les décisions qu'elles prennent ».

¹⁰⁸⁶ Jean Jacques MENEURET, *op.cit.*, p.478.

¹⁰⁸⁷ En droit colombien, les actes adoptés par l'autorité de concurrence dans l'exercice des fonctions juridictionnelles (concurrence déloyale et protection des consommateurs) sont soumis, en règle générale, au contrôle du juge judiciaire (rappelons nous que les décisions de l'autorité de concurrence adoptées dans l'exercice de ces attributions « se placent en dehors de considérations de caractère administratif » ; Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-384 du 4 avril 2000). Au contraire, les actes adoptés dans l'exercice des fonctions administratives sont par principe soumis au contrôle du juge administratif. Ce chapitre porte essentiellement sur le contrôle des actes administratifs de l'autorité de concurrence. Quelques références au contrôle du juge judiciaire seront faites, notamment pour éclaircir la portée du contrôle du juge administratif. En outre, les méthodes employées par le juge judiciaire semblent très proches de celles du juge administratif. Nous y ferons quelques références pour indiquer les cas où ces méthodes s'éloignent ou semblent « contradictoires ». Il n'existe pas un véritable éclatement des compétences juridictionnelles, ni une véritable disparité des procédures en matière de contrôle des actes administratifs de l'autorité de concurrence colombienne.

Section 1

LE REGIME DU CONTROLE DES ACTES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

L'activité de contrôle du juge administratif colombien peut être qualifiée de *suis generis*. Elle comprend autant un contrôle de légalité que de constitutionnalité, mais encore la défense des droits subjectifs des associés et des intérêts généraux et diffus¹⁰⁸⁸. Le juge colombien dispose en effet de compétences judiciaires pour la protection des droits fondamentaux et pour connaître des actions populaires et de groupe¹⁰⁸⁹. Ceci rend complexe la détermination de l'objet du contrôle du juge administratif colombien, surtout lorsqu'on prend comme référent les dessins originaux de l'institution en droit français¹⁰⁹⁰.

Pour déterminer la portée du contrôle des actes de l'autorité de concurrence, nous devons étudier la manière dont le juge opère la distinction entre les actes

¹⁰⁸⁸ V. loi 1437 du 18 janvier 2011, Code des procédures administratives et du contentieux administratif (CPACA), 2ème partie, titre III, « moyens de contrôle », articles 135 à 148, la loi 1437 remplacera le Code du contentieux administratif, décret 01 de 1984, à partir du 2 juillet 2012 (article 308).

¹⁰⁸⁹ V. articles 86, 87, 88, alinéas 1 et 2, 89 et 90 de la Constitution politique de 1991. Par comparaison, le droit administratif français semble également avoir fait sienne la préoccupation de la protection des droits fondamentaux, à partir notamment du développement des normes internationales en la matière. Toutefois, « cette part de son projet, il est vrai, reste inaccomplie, faute que les droits fondamentaux aient été pleinement implantés en son sein [du droit administratif français] à un niveau d'intensité suffisant » ; Jean Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 14.

¹⁰⁹⁰ L'alternative du contrôle contentieux administratif colombien serait le produit de l'adaptation du modèle imposé de manière intempestive et sans de réelles discussions par le législateur en 1914. Ce modèle s'est élargi considérablement dans son objet pour s'adapter à la réalité politique et institutionnelle colombiennes. Il constitue aujourd'hui un « point de jonction des affaires de nature variée ». Le contrôle contentieux administratif colombien apparaît « détaché » des dogmes historiques qui ont inspiré ce type de justice, notamment en droit français, et se caractérise dans l'actualité par une pluralité d'actions subjectives, de nullité, de protection des intérêts individuels et des droits fondamentaux, qui lui ont été attribués graduellement. Formellement, l'objet spécifique et traditionnel de cette juridiction se trouve déterminé par le constituant (article 237, alinéa 1, de la Constitution) et par le législateur (articles 82 et 83 du Code de contentieux administratif, décret 01 de 1984) comme une garantie pour la sécurité juridique des administrés dans ses rapports avec l'Administration et comme un instrument pour le contrôle de la légalité et le respect des droits subjectifs. Cependant, cette seule perspective de la juridiction contentieuse administrative se montre aujourd'hui insuffisante, notamment par rapport au développement des actions constitutionnelles et collectives, ainsi que des fonctions du juge administratif comme juge constitutionnel. Pour une critique – à manière de démythification –, aux postulats qui ont justifié l'existence d'un juge spécial en France et à l'idée d'une transposition « exacte » du modèle français au système colombien, v. Andres OSPINA GARZON, « De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo : ¿un viaje de ida y vuelta? », in *Serie de derecho administrativo*, éd. *Universidad Externado de Colombia*, 2009, n° 5.

relevant de son contrôle et ceux exclus du contentieux (§ 1), avant d'essayer de déterminer le régime du contrôle du juge administratif colombien (§ 2).

§ 1. LA DETERMINATION DES ACTES SOUMIS AU CONTROLE

Les actes de l'autorité transversale de concurrence objets du contrôle juridictionnel sont en principe ceux dérivés de l'exercice de sa fonction administrative, qui n'ont pas été exclus dudit contrôle par le juge administratif colombien. Ces actes comprennent autant ceux qui ont des effets personnels, individuels ou concrets que les généraux, impersonnels et abstraits¹⁰⁹¹. De même, font l'objet du contrôle juridictionnel autant les actes unilatéraux que bilatéraux de l'autorité de concurrence¹⁰⁹².

¹⁰⁹¹ Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 11 mars 1968, Conseiller rapporteur, Alberto HERNANDEZ MORA, LXXIV, 417 et 419. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat précise les limites entre les actes généraux et les actes individuels : (i) dans les situations générales ou impersonnelles, leur contenu est nécessairement le même pour tous les individus de cette situation juridique et ne donnent pas lieu à la reconnaissance des droits subjectifs individuels, mais à l'exercice de certains pouvoirs dans le cadre de la loi, identique pour toutes les personnes placées dans les mêmes conditions de fait ; (ii) les situations juridiques générales dérivent leur contenu de la loi ou du règlement et par leur essence ne peuvent pas être modifiés par l'administration ; (iii) dans les situations juridiques individuelles ou subjectives, leur contenu est déterminé individuellement et peut varier d'un titulaire à un autre. Les situations juridiques sont décidées de manière particulière en faveur ou contre une personne ; (iv) les situations individuelles subjectives ne sont pas affectées par les modifications des lois ou des règlements. Des principes juridiques, comme la rétroactivité des lois et l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs, les protègent des modifications par voie générale. Ces situations individuelles peuvent être par contre modifiées par de nouveaux actes administratifs à portée individuelle, adoptés dans l'exercice des compétences légales ; (v) pour différencier si l'on est dans des situations juridiques individuelles ou générales, il faut prendre en compte la finalité et la portée de l'acte administratif ; le propos recherché avec cet acte ; (vi), si l'acte contient une disposition qui ne disparaît pas une fois qu'elle est appliquée à un cas concret, mais si elle survit à cette application, et peut être appliquée, dès qu'elle entre en vigueur, à tous les cas identiques prévus, la situation juridique est à caractère général, abstrait et réglementaire ; (vii) si, en revanche, l'administration dispose, exclusivement pour un cas particulier et une fois la décision appliquée au cas prévu son objet disparaît, la situation qui a créé l'acte administratif est individuelle et subjective. On peut également consulter, Conseil d'Etat, Salle du contentieux, première, arrêt du 6 décembre 1976, Conseiller rapporteur, Humberto MORA OSEJO, XCI, 451 et 452, 576 et l'arrêt du 11 juin 1979, Conseiller rapporteur, Jacobo PEREZ ESCOBAR, sans publier, concernant le critère à employer pour identifier une situation générale d'une particulière, le Haut Tribunal a dit, « *para saber si el acto es creador de una situación jurídica general, abstracta o impersonal, o por el contrario, si es creador de situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas, deben examinarse los efectos que él estaba destinado a producir* ».

¹⁰⁹² C'est à dire, ceux qui proprement constituent le groupe des *negozio giuridico* de l'administration. V. pour une présentation de cette catégorie d'actes, Martin COLLET, *op.cit.*, p. 74. Pour Martin COLLET, « face aux actes « négociés » le juge adopte une démarche similaire avec les actes émanant de l'administration en général : écartant la qualification conventionnelle, il considère que ces mesures restent des actes unilatéraux », *id.*, p. 75.

Pour étudier la manière dont le juge colombien opère la distinction entre les actes¹⁰⁹³ de l'autorité transversale de concurrence relevant de son contrôle et ceux exclus du contentieux, il est possible de présenter ceux n'accédant pas, in fine, au contrôle juridictionnel. Comme en droit français, la frontière séparant ces catégories d'actes semble en effet être tracée par le juge lui-même à travers une démarche plus exclusive qu'inclusive¹⁰⁹⁴. Par exemple, s'agissant des actes à portée générale, les circulaires formellement interprétatives des superintendances ne constituent des décisions susceptibles de recours que lorsqu'elles ne se bornent pas à interpréter les textes en vigueur. Elles doivent de surcroît avoir un caractère impératif¹⁰⁹⁵. En outre, ce sont les juridictions administrative – le Conseil d'Etat en particulier – et constitutionnelle, qui nous fourniront l'essentiel des décisions étudiées¹⁰⁹⁶. Nous nous concentrerons d'abord sur les actes des autorités de concurrence sur lesquels on discute le contrôle de la juridiction contentieuse administrative, tels que certains actes de la SIC adoptés dans l'exercice des attributions juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs (A), pour ensuite essayer d'identifier les actes des autorités de concurrence non sujets au contrôle judiciaire (B). L'étude de ces deux types d'actes doit nous permettre de déterminer, par

¹⁰⁹³ Rappelons nous que, suivant la thèse dominante dans l'histoire jurisprudentielle colombienne, l'acte administratif peut être défini comme toute manifestation unilatérale de volonté, en règle générale, de ceux qui exercent des fonctions administratives, tendant à produire des effets dans le monde juridique ; Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 14 juin 1961, Conseiller rapporteur, Carlos Gustavo ARRIETA, LXIII, 392 à 396. Le Conseil d'Etat a établi à l'occasion, ce qui a été traditionnellement réitéré, que l'acte administratif, n'est que « *la manifestación de voluntad que hace la administración con el objeto de producir efectos de derecho* ». Réitéré, entre autres, par la section de contentieux, ass. pleine, arrêt du 9 mars 1971, Conseiller rapporteur, Lucrecio JARAMILLO VELEZ, LXXX, 429 y 430, 367 et section du contentieux, première chambre, arrêt du 3 décembre 1975, Conseiller rapporteur, Alvaro PEREZ VIVES, LXXXIX, 447 a 448, 307. L'acte administratif constitue, par conséquent, une manifestation de décision produite volontairement par l'autorité de concurrence, organe administratif, et qui se manifeste à l'extérieur de ce même organe ou entité, avec la finalité concrète de créer, modifier ou terminer des rapports juridiques.

¹⁰⁹⁴ V. pour le cas français, Martin COLLET, *op.cit.*, p. 39.

¹⁰⁹⁵ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 14 juin 1964, Conseiller rapporteur, Carlos Gustavo ARRIETA, LXIII, 392, et section du contentieux, première chambre, arrêt du 22 octobre 1971, Conseiller rapporteur, Lucrecio JARAMILLO, LXXXI, 431, 493. Cette jurisprudence a ensuite été confirmée par les dispositions du Décret 01 de 1984 (Code du contentieux administratif). Il faut noter que cette confirmation a été maintenue dans une nouvelle version du Code du contentieux administratif récemment adoptée par le Congrès colombien (v. loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA).

¹⁰⁹⁶ Quelques règles dégagées par la jurisprudence administrative ont été codifiées dans le CCA colombien. Un examen du Code de contentieux administratif vient compléter notre démarche tendant à identifier, d'une part, les actes de l'autorité de concurrence qui font l'objet d'un contrôle juridictionnel et, d'autre part, ceux qui y échappent. Il faut noter que la loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA, rentrera en vigueur le 2 juillet 2012.

exclusion, les actes de l'autorité de concurrence qui relèvent du contrôle du juge administratif.

A- ACTES SUR LESQUELS ON DISCUTE LE CONTROLE DE LA JURIDICTION CONTENTIEUSE ADMINISTRATIVE

Conformément à l'alinéa 3 de l'article 116 de la Constitution colombienne, le législateur peut exceptionnellement attribuer des compétences juridictionnelles¹⁰⁹⁷, dans des matières très précises et complexes, à des autorités administratives déterminées, telles que les superintendances¹⁰⁹⁸. En vertu de cette disposition, le législateur a attribué certaines fonctions juridictionnelles à la SIC en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1641 du 29 novembre 2000, Magistrat rapporteur Alejandro MARTINEZ CABALLERO, « la Constitution signale qu'il correspond en principe aux autorités judiciaires d'exercer les fonctions juridictionnelles, mais autorise la loi pour que, exceptionnellement et dans des matières précises, attribuer aux autorités administratives l'exercice des fonctions juridictionnelles (sauf celles de réaliser l'instruction des sommaires et de juger les délits). Le juge constitutionnel a précisé jusqu'où la loi peut conférer ces fonctions aux autorités administratives. En premier lieu, l'exercice des fonctions juridictionnelles par des organes administratifs représente une exception à la répartition générale de fonctions entre les branches du pouvoir, raison pour laquelle sa portée doit être restreinte : peuvent administrer justice uniquement les autorités administratives déterminées de manière expresse par la loi, qui doit indiquer les matières précises où ceci est possible. Toutefois, le juge constitutionnel a précisé, en deuxième lieu, que le caractère exceptionnel ne signifie pas que les autorités administratives ne peuvent se voir attribuer des fonctions juridictionnelles permanentes, « *pues lo excepcional no es "aquello que no reviste el carácter de permanente" sino aquello que constituye una excepción a la regla común. Por ende, si la regla común es el ejercicio de funciones administrativas por las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional, lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad no la transitoriedad de dicho ejercicio* ».

¹⁰⁹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1641 du 29 novembre 2000. L'admission par le juge constitutionnel des fonctions juridictionnelles aux superintendances. Par exemple, l'arrêt C-592 de 1992 a déclaré la constitutionnalité de l'article 32 du décret 2651 de 1991, qui établissait que les juges qui connaissaient des objections présentées en matière de concordats préventifs obligatoires initiés avant l'entrée en vigueur du décret 350 de 1989, devaient remettre le dossier à la Superintendance des sociétés pour que cette dernière résolve les objections. Pour le juge constitutionnel colombien les facultés juridictionnelles en tête des entités administratives sont exceptionnelles : « *según el artículo 116 de la Carta, las facultades judiciales en cabeza de entidades administrativas son excepcionales. Por ello, la interpretación del alcance de las facultades judiciales radicadas en autoridades administrativas debe ser siempre restrictiva, pues de lo contrario se corre el riesgo de convertir la excepción en regla. En tales circunstancias, y tal y como esta Corporación lo ha señalado, a menos que el legislador haya establecido expresamente con precisión y especificidad que las funciones ejercidas por una autoridad administrativa son jurisdiccionales, el intérprete deberá asumir que son funciones administrativas* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002.

¹⁰⁹⁹ Loi 448 de 1998, pour une présentation de cette question v. supra, p.180 et s.

Les décisions de l'autorité transversale de concurrence adoptées dans l'exercice de ces attributions, « se placent en dehors des considérations de caractère administratif »¹¹⁰⁰. Comme ces décisions sont judiciaires dans leur nature, elles échappent au contrôle de la juridiction contentieuse administrative¹¹⁰¹. Il s'agit de décisions qui matériellement rentrent dans l'orbite du domaine judiciaire, même si elles sont adoptées par des autorités qui, en règle générale, ont un caractère administratif¹¹⁰².

Malgré une claire détermination des compétences parmi les différentes juridictions amenées à opérer le contrôle, il a été possible de distinguer quelques questions qui restent ouvertes, notamment lorsque, dans l'exercice des compétences juridictionnelles, les superintendances dépassent le domaine de ces compétences. A titre d'exemple, les facultés juridictionnelles attribuées à la Superintendance financière¹¹⁰³, autorité de concurrence sectorielle, sont limitées par le montant des litiges¹¹⁰⁴. Au dessus du plafond légal établi, la Superintendance financière n'est plus compétente pour exercer ces fonctions juridictionnelles. Si, au détriment de ce plafond, elle décide d'une affaire qui, en principe, échappe à sa compétence, quels moyens de défense ont les opérateurs financiers contre les actes de cette Superintendance ?

Pour le juge constitutionnel colombien, en dehors de sa propre compétence juridictionnelle, les actes des superintendances ne peuvent pas être considérés comme

¹¹⁰⁰ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-384 du 4 avril 2000, Magistrat rapporteur, Vladimiro NARANJO MESA.

¹¹⁰¹ V. article 105 de la loi 1437 de 2011, CPACA.

¹¹⁰² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002 il s'agit de l'« exercice d'une fonction juridictionnelle liée à une fonction administrative de vigilance et contrôle ».

¹¹⁰³ Les compétences juridictionnelles de la Superintendance financière comprennent : (1) Celles confiées par l'article 133 de la loi 446 de 1998 (disposition incorporé dans le statut organique du système financière, Décret 28 de 1999, article 326, alinéa 8) pour la reconnaissance des présupposés d'inefficacité du deuxième livre du Code de commerce (sociétés commerciales) ; (2) les compétences adressées à la protection des actionnaires minoritaires des sociétés qui participent dans le marché public des valeurs, aux terme des articles 142 et 143 de la loi 446 de 1998. Ces compétences sont assurées par la Sous-direction de représentation judiciaire et des fonctions juridictionnelles de la Superintendance financière (v. Concept de la Superintendance financière n° 2009002503-01 du 13 février 2009 et le Décret 4327 de 2005, article 11, alinéa 7). Il reste à noter que ces compétences ont été déclarés constitutionnelles à plusieurs reprises par le juge constitutionnel colombien dans ses arrêts C-672 de 1999, C-384 de 2000, C-141 de 2000, C-415 de 2002 et C-930 de 2006.

¹¹⁰⁴ V. loi 446 de 1998, article 133 et suivants.

judiciaires¹¹⁰⁵. Il est dès lors permis de se demander si on se trouve face à une situation d'absence de juridiction pour le contrôle de ces actes. En l'absence d'une jurisprudence fournie en la matière, les actes des superintendances pris en dehors de ses compétences juridictionnelles nous semblent devoir être considérés comme des actes administratifs. Comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle colombienne, « les compétences administratives constituent la forme naturelle d'agir, selon un critère organique »¹¹⁰⁶. Si l'exceptionnel est l'attribution des fonctions juridictionnelles aux superintendances, les actes qui dépassent les limites de la compétence juridictionnelle attribuée doivent être considérés comme des actes administratifs. Ces actes des superintendances apparaissent alors soumis aux mêmes actions et recours qui procèdent contre les actes de l'administration générale, devant la juridiction contentieuse administrative.

En revanche, ne doivent pas être considérés comme objet de la juridiction contentieuse administrative les actes pris par l'autorité de concurrence dans l'exercice de son activité juridictionnelle en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs. Il faut néanmoins indiquer que tous les actes dits « préparatoires » à une décision de la SIC lors des litiges, controverses et contestations relatives aux activités proprement juridictionnelles échappent au contrôle judiciaire. En effet, le troisième alinéa de l'article 52 de la loi 510 de 1999 dispose que les actes dictés par les superintendances dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles n'ont pas d'action contentieuse ou de recours devant les autorités judiciaires, à l'exception de la décision par laquelle la superintendance est déclarée incompétente et la décision définitive¹¹⁰⁷. Le principe est le même s'agissant des actes « préparatoires » adoptés par les superintendances dans l'exercice des fonctions administratives.

¹¹⁰⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-384 du 4 avril 2000, Magistrat rapporteur, Vladimiro NARANJO MESA.

¹¹⁰⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 de 2002 ; v. également, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-212 de 1994, « *Ello explica que su alcance sea restrictivo ya que únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas expresamente por la ley, que también debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible* ».

¹¹⁰⁷ Disposition déclarée constitutionnelle, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-274 du 1^{er} avril 2003, Magistrat rapporteur, Alfredo BELTRAN SIERRA.

B- ACTES ET AUTRES MANIFESTATIONS NON SUJETS AU CONTROLE JUDICIAIRE

Les actes « préparatoires », connexes (comme par exemple l'acte de notification) ou encore « auxiliaires » à une décision administrative de l'autorité transversale de concurrence échappent au contrôle du juge administratif colombien¹¹⁰⁸. Conformément à la jurisprudence colombienne développée à partir des articles 82 et 83 du Code de contentieux administratif¹¹⁰⁹, le juge administratif refuse de contrôler les actes qui, même s'ils correspondent à l'exercice d'une activité administrative, ne mettent pas fin à une procédure administrative et ne constituent que des mécanismes intermédiaires à cette activité¹¹¹⁰.

Ces actes sont considérés par le juge colombien comme étant strictement de procédure et non décisives, aux termes de l'article 135 du CCA¹¹¹¹. Conformément à cette disposition, il n'est possible de poursuivre devant la juridiction contentieuse administrative que l'acte qui met fin à un procès administratif ou qui empêche la continuité de la procédure. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat colombien, « ces manifestations intermédiaires, non décisives, ne possèdent pas les éléments indispensables pour faire l'objet du contrôle de légalité »¹¹¹². Le Conseil d'Etat colombien a admis cependant la possibilité de ce que des actes de procédure puissent faire l'objet d'un contrôle contentieux administratif, lorsque ces actes empêchent de « culminer de manière satisfaisante une action ou une procédure administrative »¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ V. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Traité du droit administratif*, *op.cit.*, t. 3, p. 106.

¹¹⁰⁹ .Ce refus a été expressément consacré dans l'article 75 « *no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa* » ; loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA

¹¹¹⁰ V. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 10 juin 1999, n°. 4812, Conseiller rapporteur, Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

¹¹¹¹ Remplacé par les articles 74 et 161, alinéa 2 de la loi 1437 de 2011 CPACA.

¹¹¹² Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 10 juin 1999, n°4812; Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt de 25 juillet 2002, n°7904. Un premier aspect à considérer pour le juge administratif c'est le caractère d'arrêt de la procédure qui est poursuivie.

¹¹¹³ Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 30 mars 2001, n°5522, Conseiller rapporteur Manuel Santiago URUETA AYOLA, « *nos encontramos frente a un acto de trámite que impide la continuación de la actuación administrativa correspondiente a la solicitud en él mencionada, toda vez que mediante el mismo se le devolvió a la peticionaria con una clara manifestación de negarle su trámite. De modo que, a pesar de no contener una decisión de fondo, puso fin a dicha actuación, de donde se trata como acto definitivo y, como tal, susceptible de*

Les actes de l'autorité de concurrence qui se bornent à interpréter, présenter ou rappeler l'état du droit intègrent une deuxième catégorie d'actes qui échappent au contrôle du juge administratif. C'est le cas par exemple de certaines circulaires uniques (*circulares únicas*) de la SIC ; actes visant à rassembler et expliquer le droit en vigueur applicable à une même question¹¹¹⁴. Comme en droit français, ces actes de l'autorité de concurrence colombienne prennent souvent la forme d'avis¹¹¹⁵, communiqués de procédure, ou recommandations¹¹¹⁶.

Même si la question n'apparaît pas encore posée en droit colombien, les rapports annuels de l'autorité transversale de concurrence, portant sur un bilan d'activité et des éventuelles propositions d'améliorations du droit en vigueur ou les documents de type « manuels » ou « guides pratiques », doivent échapper, croit-on, en application de ce même raisonnement, au contrôle du juge administratif. Les guides que la SIC publie par exemple sur son site Internet répondent à un souci d'informations (sur le caractère brevetable d'une invention et la procédure à suivre devant l'autorité de concurrence, par exemple). C'est précisément sur ce fondement que le juge français exclut les rapports des autorités administratives indépendantes (y compris celle de la concurrence) de son activité de contrôle¹¹¹⁷. Dans les cas ici envisagés, le juge colombien paraît apprécier le caractère décisive ou non des actes des autorités administratives, tel que l'autorité de concurrence, au regard notamment de leurs conséquences pratiques.

Il arrive à l'autorité de concurrence colombienne de donner son avis sur une situation individuelle, dans l'espoir de modifier un comportement individuel des opérateurs économiques. Dans ce cas, l'autorité de concurrence ne se contente pas d'interpréter la régulation en matière de concurrence. Néanmoins, tant que l'acte

demanda ante esta jurisdicción, de acuerdo a lo señalado por el artículo 135 del Código contencioso administrativo ».

¹¹¹⁴ Selon la définition contenue dans la Circulaire externe n 10 de la SIC (circulaire unique), publiée au journal officiel n 44511 du 6 août 2001; v. également Concept de la SIC n 08-73156 du 22 août 2008.

¹¹¹⁵ Comme par exemple les mesures d'instruction ou l'avis adressé par la SIC à une autorité de régulation sectorielle ou au gouvernement, en vertu de sa mission d'*abogacía* de la concurrence, (article 7 loi 1340 de 2009).

¹¹¹⁶ V. pour le cas français, Martin COLLET, *op.cit.*, p. 42.

¹¹¹⁷ *Ibid.*; v. également, Thierry TOUT, *op.cit.*, p. 237 et ss.

n'est formulé qu'à titre de conseil, et d'indication pour ses destinataires, la jurisprudence colombienne du Conseil d'Etat lui refuse le caractère d'acte administratif¹¹¹⁸.

En l'absence de toute sollicitation, l'autorité de concurrence peut être amenée à donner son point de vue sur des situations particulières, à proposer l'adoption d'une mesure, ou encore à solliciter l'engagement d'une procédure¹¹¹⁹. La question du contrôle des avis présentés par l'autorité de concurrence ne s'est pas encore posée, à notre connaissance, en droit colombien. Il est dès lors permis de se demander si l'avis donné par l'autorité transversale de concurrence¹¹²⁰, constitue une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les avis de la SIC ne porteraient a priori aucune contrainte juridique pour les opérateurs économiques

¹¹¹⁸ Conseil d'Etat colombien, jurisprudence qui définit traditionnellement l'acte administratif, et qui a été réitérée par le juge administratif a plusieurs reprises. ; v. par exemple Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 14 juin 1961, Conseiller rapporteur, Carlos Gustavo ARRIETA, précité ; auto du 9 mars 1971 ; section du contentieux, première chambre, arrêt du 3 décembre 1975. V. par comparaison avec le cas français, Conseil d'Etat français, arrêt du 7 mai 1999, *CGT-FO, DA*, 1999, n°201, obs. Christine MAGÜE : proposition de réforme du droit en vigueur ; Conseil d'Etat français, arrêt du 26 juillet 1996, *Association des utilisateurs de données publiques, économiques et sociales et a.*, T. Rec.p. 686 ; *RFDA*, 1996, p. 1054 ; D. 1997, H, n°219, note H. MAISL.

¹¹¹⁹ Notamment en vertu des nouvelles fonctions d'*abogacía* et de promotion de la concurrence de la loi 1340 de 2009. Ceci semble être aussi le cas pour l'autorité française. A manière d'exemple l'Autorité de la concurrence française a annoncé 15 septembre 2010, qu'elle s'était saisie d'office, sur le fondement de l'article L. 462-4 du code de commerce, afin de rendre un avis de portée générale sur l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, tel qu'il est issu de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. L'Autorité de la concurrence française a adopté l'avis respectif le 20 janvier 2011 (avis n° 11-A-02). Au terme de cet avis, elle formule certaines recommandations : l'Autorité préconise-t-elle une régulation a priori du prix du droit au pari (prix établi dans les conventions qui encadrent le droit d'organiser des paris sur des manifestations sportives). L'Autorité estime à cet égard qu'il conviendrait que ce prix fasse l'objet d'une régulation a priori, ou d'un mécanisme de règlement des différends dans les mains du régulateur sectoriel, l'ARJEL. Dans ce cas, l'Adlc n'interviendrait plus que sur saisine par l'ARJEL, et ce, seulement en cas de pratiques susceptibles de porter atteinte au droit de la concurrence. S'agissant du cas spécifique des paris hippiques, l'Autorité recommande aux pouvoirs publics de renforcer les dispositions réglementaires déjà existantes afin de garantir, sous le contrôle de l'ARJEL des conditions d'accès à ces informations dans des conditions transparentes et non discriminatoires. En outre, pour limiter les risques de subventions croisées entre les activités exercées en monopole et les activités ouvertes à la concurrence – et notamment d'abus d'exploitation de la notoriété des marques du PMU et de la Française des jeux - , l'Autorité préconise la séparation juridique et fonctionnelle des activités exercées en monopoles et des activités exercées sur le marché concurrentiel; Avis disponible sur le site de l'autorité de concurrence française, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11a02.pdf>

¹¹²⁰ Par exemple en matière de contrôle de concentrations à des autorités sectorielles, telles que la Superintendance financière, ou bien sur les enjeux pour la concurrence qu'un projet de réglementation d'une autorité sectorielle ou du gouvernement puisse avoir – fonction de défense de la concurrence (*abogacía*) –)

concernées¹¹²¹. Comme l'autorité sectorielle et le gouvernement ne peuvent pas s'écarter de l'avis de la SIC, sans avoir expliqué en quoi l'opération de concentration ou le projet de réglementation ne porte pas atteinte à la concurrence¹¹²², l'avis défavorable de la SIC – en refusant par exemple l'autorisation d'un projet de concentration et, par conséquent, les bénéfices économiques attendus par l'opération –, pourrait poser des contraintes aux opérateurs économiques concernés. En droit français, le Conseil d'Etat accepte de se prononcer sur la légalité des avis défavorables de certaines autorités administratives indépendantes, dès lors qu'ils modifient en eux-mêmes la situation juridique des intéressés, en lui interdisant, par exemple, l'éventuel bénéfice d'une aide¹¹²³. Suivant l'approche retenue par la jurisprudence française, l'avis défavorable de la SIC, par exemple sur un projet notifié de concentration économique, semble pouvoir être l'objet de contrôle par le juge administratif colombien.

Peu développé par la doctrine colombienne, certaines questions restent encore ouvertes au sujet du contrôle des normes molles de l'autorité transversale de concurrence. Par comparaison, en droit français, le recours contre les normes molles des autorités administratives indépendantes, tel que l'autorité française de la concurrence, est jugé irrecevable au regard du caractère indicatif ou non des actes querellés. D'emblée, un regard strictement empirique des effets qu'ont ces normes vient déjà troubler cette approche. Comme le relève Martin COLLET dans son étude sur le contrôle des actes des autorités administratives indépendantes, le caractère effectivement obligatoire des normes molles semble troubler le sens du critère retenu par le juge pour écarter ces normes molles du champ du contentieux : « malgré ce que

¹¹²¹ Comme c'est le cas par exemple des entreprises du secteur financier qui ont présenté un projet de concentration devant la Superintendencia financiera, autorité sectorielle de concurrence.

¹¹²² La loi 1340 de 2009 impose aux autorités sectorielles et au gouvernement – même si ces avis de la SIC ne sont pas obligatoires –, le devoir de motiver sa décision de s'écarter de l'avis de l'autorité de concurrence transversale ; v. article 7, loi 1340 de 2009

¹¹²³ « Cette solution semble prolonger la jurisprudence classique [en France] relative aux avis de l'autorité administrative qui conditionnent la décision finale » ; Martin COLLET, *op.cit.*, p. 64. Pour Martin COLLET, c'est un raisonnement proche qui conduit le juge français à accueillir les recours exercés contre les comportements négatifs des autorités administratives, tel que le refus d'engager une procédure de sanction, ou encore le refus de dénoncer un comportement au parquet. Pour l'auteur, le recours a pour conséquence de « fermer une porte en interdisant le déclenchement d'une procédure à l'aboutissement de laquelle la personne dont la saisine est à l'origine du refus a intérêt » ; *id.*

retient le juge, ces normes ne sont-elles pas censées être juridiquement obligatoires » ?¹¹²⁴

Le développement de ce que la doctrine française désigne sous l'expression « la direction juridique non autoritaire »¹¹²⁵ des conduites n'est pourtant pas moins présent en droit colombien. En outre, comme en droit français, il est accompagné, même si c'est encore marginal, du développement de la « direction juridique autonome des conduites »¹¹²⁶, en marge des mécanismes démocratiques classiques¹¹²⁷.

¹¹²⁴ Martin COLLET, *op.cit.*, p. 207. Comme le relève la doctrine française, le caractère effectivement normatif des différentes recommandations des autorités administratives indépendantes peut être décelé à au moins deux niveaux : d'abord dans la perception que se font de la norme ses destinataires, ensuite et surtout dans la perception qu'ils ont de la sanction (généralement non juridique) qui accompagne l'irrespect de la norme molle. Une tentative de systématisation des éléments empiriquement relevés sur ces deux niveaux peut être ébauchée à travers la théorie des actes de langage, afin de mieux comprendre les mécanismes intellectuels sur lesquels repose le caractère effectivement obligatoire des normes molles. Pour Martin COLLET, la mise en place d'un contrôle partiel de la légalité externe des normes molles – sans pour autant leur reconnaître un plein caractère décisoire – peut être envisagée et même « souhaitable ». L'exclusion des normes molles du champ du contentieux soulève plusieurs interrogations en droit français. « Il ne s'agit de mettre en cause les constatations déjà formulées selon lesquelles il n'appartient pas au juge d'apprécier, au fond, la légalité des mesures que l'on qualifie de normes molles. Au contraire, c'est bien pour préserver l'efficacité du système voulu par le législateur que le juge en viendrait à interpréter les textes fixant les domaines de compétence des différentes autorités administratives indépendantes. En effet, l'absence de contrôle de la compétence des auteurs de normes molles nous semble susceptible d'entraîner des effets indésirables en ne garantissant pas les autorités administratives indépendantes, dans l'exercice de leur activité, contre les empiétements d'autorités potentiellement concurrentes. Pourtant, parce qu'il renforcerait leur indépendance d'action tout en préservant le contenu de leurs interventions sous forme de recommandations, un tel contrôle limité à la compétence pourrait sembler opportun car, croit-on, conforme à la volonté du législateur. Reste à savoir sous quelles modalités l'envisager ».

¹¹²⁵ Les autorités de concurrence, en tant qu'autorités « indépendantes » instaurent un dialogue avec les opérateurs économiques concernés, par l'utilisation de « moyens non-juridiques », tel que les recommandations, opinions et informations. Comme l'explique M. Paul AMSELEK « il y a déjà eu dans le passé des exemples d'actes juridiques formulant des normes à vocation instrumentale de recommandation, et non de commandement (...). Ce qui est nouveau à l'époque actuelle, c'est l'importance même prise par ce mode non autoritaire de direction des conduites », Paul AMSELEK, L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *R.D.P.*, 1982, p. 288, cité par Martin COLLET, *op.cit.*, p. 183.

¹¹²⁶ Pour Paul AMSELEK, cette direction autonome des conduites comporte « la participation directe et permanente des citoyens à l'élaboration des normes juridiques les concernant » par le biais des consultations, plus ou moins institutionnalisés ou formalisés, v. Paul AMSELEK, *op.cit.*, p. 291, cité par Martin COLLET, *ibidem*.

¹¹²⁷ Le droit administratif français, comme le droit administratif colombien, s'est éloigné de la vision selon laquelle son contenu démocratique lui viendrait du seul schéma représentatif ; V. Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 16 ; « C'est [le droit administratif français] même persuadé des limites de ces schémas que, comme on l'a rappelé, il s'est engagé, dans les années 1970, dans des réformes d'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, dans un processus de recherche de la « démocratie administrative », dans la recherche d'une meilleure citoyenneté administrative. Transparence de l'information administrative, droit au contradictoire, participation même, sont développés en son sein selon le modèle de toutes sortes d'expériences étrangères. On est allé jusqu'au référendum local décisionnel avec la révision constitutionnelle de 2003. Le soubassement représentatif est ici clairement abandonné ».

Comme le relèvent les doctrines française¹¹²⁸ et américaine¹¹²⁹, ceci est censé permettre à l'Etat, à travers diverses techniques de consultation, pas encore vraiment formalisées et institutionnalisées en droit colombien¹¹³⁰, d'assurer une réponse efficace aux diverses questions régulatrices, en portant le moins de restrictions possibles à la liberté des agents économiques¹¹³¹.

Qu'il s'agisse d'apprécier la recevabilité du recours contre les actes de l'autorité de concurrence ou de dégager leur nature pour déterminer leur régime, le juge administratif colombien met en œuvre les techniques de qualification employées

¹¹²⁸ En ce sens, Thierry TUOT explique que « ces actes ont un contenu normatif réel et une importance souvent grande : ils peuvent ainsi parfois modifier considérablement le fonctionnement d'un marché et étendre les compétences du régulateur », Thierry TOUT.: « Perspectives d'évolution », in Martine LOMBARD. (dir.): *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 227.

En outre, comme le souligne M. Yves GAUDEMET, lorsque l'administration « se dépouille de son uniforme [pour se mettre] en civil », c'est-à-dire lorsqu'elle relègue « les procédés exorbitants d'autorité dont la dote la Constitution » et se présente « comme un partenaire, au plus un pédagogue, qui veut faire comprendre, convaincre et non plus commander... », C'est parce que, dans la majorité des cas, elle attend « plus d'efficacité de son action informelle que du commandement », Yves GAUDEMET, « les actions administratives informelles », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, n°2, p. 649. Ce phénomène s'inscrit d'ailleurs dans une des façons d'agir – et pour cela une caractéristique – de ce que la doctrine regroupe sous le terme « Etat postmoderne » ; v. notamment, Jacques CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, p. 128.

¹¹²⁹ Une des manifestations de ce phénomène en droit américaine le constitue le *Negotiated Rulemaking*. Comme bien le indique Elizabeth ZOLLER, « en cas de procédure négociée, l'agence n'a pas de statut spécial ; elle n'est qu'un membre du comité de négociation comme les autres. Ce n'est pas elle qui mène les débats ou organise les travaux, mais un conciliateur que la loi appelle un « facilitateur » (*facilitator*) et qu'elle définit comme une personne formée à la technique de la négociation qui « aide de façon impartiale les discussions ». Les négociations ne peuvent déboucher sur un projet de texte qu'au terme d'un consensus que la loi définit « un accord unanime de tous les intérêts représentés ». Le projet de règlement est alors publié et soumis à commentaires exactement comme dans la procédure générale [de *rulemaking*] » ; V. Elizabeth ZOLLER, *op.cit.*, p. 175 et 176.

¹¹³⁰ Voir supra, p. 263 et s. En effet, en droit colombien, cette démarche tenait jusqu'à très récemment plus de la pratique que du droit. Les textes n'évoquaient que rarement de manière explicite la participation des destinataires d'une règle juridique à son élaboration. Lorsqu'ils le faisaient, c'était généralement sous la forme d'une habilitation ou d'une incitation adressée à l'autorité administrative concernée, et pas véritablement d'une obligation de faire intervenir des intérêts particuliers ou des groupes d'intérêts publics et/ou privés L'article 8, alinéa 8 du CPACA. (loi 1437 de 2011) a introduit l'obligation pour les autorités administratives colombiennes d'informer au public les projets de régulation et les données pris en considération pour son élaboration, afin de recevoir des commentaires et opinions sur ces projets. Toutefois, l'autorité respective est libre de déterminer le délai dans lequel les particuliers peuvent présenter leurs observations aux projets de régulation. Un délai trop réduit pourrait limiter la portée de cette disposition dans la pratique, notamment si les données pris en compte par l'autorité de concurrence doivent être analysées par les opérateurs économiques intéressés en formuler des commentaires. Il faudra alors attendre à voir quelle est la portée réelle de cette disposition – qui ne rentrera en vigueur qu'à partir du mois de juillet 2012 – dans la pratique institutionnelle colombienne.

¹¹³¹ Jean-Bernard AUBY, *op.cit.*, p. 18 ; Puis, constitue un facteur supplémentaire de légitimité des autorités « indépendantes ».

dans le contrôle des actes de l'administration générale¹¹³². Les techniques de qualification des actes des superintendances s'opèrent dans l'indifférence à l'égard du degré d'autonomie fonctionnelle dont disposent ces organes. Pour dégager la nature des actes de l'autorité de concurrence, le juge colombien ne semble pas non plus réaliser de distinction entre l'activité de régulation de la concurrence (ou plus largement de la régulation économique) et l'activité de l'administration générale.

§ 2. ABSENCE DE SPECIFICITE DANS LE REGIME DE CONTROLE

Le degré d'autonomie fonctionnelle reconnu à l'autorité de concurrence ne semble comporter aucune particularité dans les rapports qu'elle entretient avec le juge administratif. En effet, les actes de l'autorité de concurrence colombienne, autorité disposant d'une *independencia legal*, ne sont pas distingués par le juge colombien des actes des organes de l'administration centrale. En outre, l'activité d'organisation de la concurrence (comme pour les autres activités en matière de propriété industrielle, chambres de commerce ou métrologie), ne semble pas impliquer la reconnaissance judiciaire d'aucune singularité sur l'activité de l'administration en général. Ceci se traduit, d'une part, par une absence de spécificité dans les motifs du contrôle (A) et, d'autre part, par une absence de spécificité dans les actions contentieuses invocables à l'encontre des actes de l'autorité de concurrence (B).

A- ABSENCE DE SPECIFICITE DANS LES FONDEMENTS DU CONTROLE

En tant qu'autorité administrative, appartenant au secteur décentralisé par services, le régime des actes de la Superintendance de l'industrie et du commerce est celui général applicable aux actes de l'administration générale. En droit colombien, le juge administratif ne distingue pas non plus entre les actes des autorités

¹¹³² Il faut rappeler que, aux termes de la loi 489 de 1998, les Superintendances sont des organismes administratifs appartenant à la branche exécutive du pouvoir public. Elles conformément, avec les Ministères, les établissements publics, les départements administratifs, les entreprises industrielles et commerciales de l'Etat et les sociétés d'économie mixte, la structure de l'administration centrale colombienne.

administratives ayant une indépendance légale – tel que la SIC – ou bien dotées d’une autonomie constitutionnelle¹¹³³.

En droit colombien, le régime général des actes administratifs est d’origine prétorien. Cependant, dès l’expédition du décret 01 de 1984, Code de contentieux administratif, ce régime a été graduellement codifié en droit colombien¹¹³⁴. Comme en droit français, une partie significative des règles qui composent le régime général colombien des actes administratifs a été dégagée, année après année, par la jurisprudence administrative et, depuis 1991, par celle de la Cour constitutionnelle. Le juge colombien applique aux actes de l’autorité de concurrence l’ensemble des règles généralement appliquées aux actes de l’administration générale, qu’elle soit d’origine prétorienne comme d’origine législative ou réglementaire¹¹³⁵.

Le contrôle des actes administratifs en général est le plus fréquemment présenté à travers deux types de règles : d’un côté, celles que l’on peut déduire notamment de la jurisprudence sur les motifs d’irrégularité susceptible d’entacher les actes – c’est-à-dire, les cas d’ouverture du recours en annulation – et, de l’autre côté, (et peut être à titre complémentaire), les quelques règles positives ou de fond dégagées par le juge ou formulées par le législateur ou par le pouvoir réglementaire.

Quant aux motifs d’irrégularité susceptible d’entacher les actes de l’autorité de concurrence, la jurisprudence colombienne systématise et présente l’ensemble des

¹¹³³ En effet, aucune règle spéciale a été envisagée, ni par le juge, ni par le législateur, pour assurer le contrôle des actes adoptés en matière de régulation de la concurrence (ou plus généralement en matière économique). Le caractère d’organe « indépendant » ou « autonome », au sens donné par le juge constitutionnel colombien, ne s’est pas traduit non plus par la construction d’un régime spécifique pour le contrôle juridictionnel de leurs actes.

¹¹³⁴ Remplacé récemment par la loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA

¹¹³⁵ L’application des premières consiste en l’application aux actes de l’autorité de concurrence des règles dégagées par la jurisprudence relative aux actes administratifs en général ; quant à l’application des principes émanés du droit écrit, elle se traduit par l’intégration des actes de l’autorité de concurrence au champ d’application d’un texte visant simplement les autorités administratives en général. Une place particulière doit être réservée aux sanctions adoptées par l’autorité de concurrence non pas que les règles de fond qui conditionnent leur légalité se distinguent de celles qui forment le régime des sanctions de l’administration en général ; simplement elles s’inspirent essentiellement des principes à valeur constitutionnelle, propres – à l’origine – au droit pénal. Le CPACA. (loi 1437 de 2011) contient un chapitre sur la procédure administrative générale pour l’adoption des sanctions. Ces dispositions générales seront applicables aux sanctions de la SIC, en tout ce qui n’est pas prévu dans les règles de concurrence, notamment dans le décret 2153 de 1992 et dans la nouvelle loi 1340 de 2009, à partir de juillet 2012 date prévue pour l’entrée en vigueur du nouveau Code.

situations d'illégalité de l'acte, tout ce que l'acte ne doit pas faire ou être pour éviter l'annulation¹¹³⁶. On apprend alors que l'acte de l'autorité de concurrence est annulable si celle-ci est incompétent, n'a pas suivi les règles générales de forme et de procédure, ou a mal interprété la loi qu'elle entend appliquer¹¹³⁷. Nous nous trouvons ensuite avec l'évocation de règles particulières qui conditionnent la régularité de l'ensemble des actes administratifs, qu'il s'agisse des formalités de publicité conditionnant l'entrée en vigueur, des obligations de transparence auxquelles ils sont soumis, des modalités de leur retrait ou de leur abrogation, entre autres¹¹³⁸. Ces moyens d'illégalité sont fréquemment accueillis avec succès par les juridictions compétentes, qu'il s'agisse de l'incompétence de la SIC, du vice de procédure ou du vice de forme¹¹³⁹.

De même, il arrive au juge colombien de fonder ses décisions sur des motifs de légalité interne, comme la violation de la loi ou sa mauvaise interprétation par l'autorité de concurrence, c'est-à-dire, l'erreur de droit, ou encore sur une erreur tenant à la matérialité des faits retenus par la SIC¹¹⁴⁰. Quant au détournement de pouvoir, il est évidemment invocable sans pour autant, à notre connaissance, avoir jamais été retenu par le juge colombien à propos des actes de l'autorité transversale de concurrence.

Le contrôle de la légalité des actes administratifs appelle généralement à un exercice d'interprétation. Il en va de l'essence même du travail juridictionnel : interpréter les textes obscurs – c'est-à-dire déterminer leur sens – pour contrôler les actes et comportements qu'ils régissent, et à l'inverse, interpréter les actes pour apprécier leur conformité aux textes formant leur régime juridique et conditionnant leur légalité¹¹⁴¹. Mais, quels fondements du contrôle semblent-ils mieux respecter la

¹¹³⁶ V. par exemple, Juan Ángel PALACIO, *Derecho procesal administrativo*, Medellín: éd. Librería Jurídica Sánchez, 2004, p. 52; jurisprudence qui a été ensuite codifiée par les dispositions du décret 01 de 1984.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 55 ;

¹¹³⁸ v. Miguel GONZALEZ RODRIGUEZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Bogotá : éd. Rosaristas, 1986, p. 321.

¹¹³⁹ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, p. 399.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 401.

¹¹⁴¹ Comme en droit français, le juge administratif colombien sanctionne rarement le détournement de pouvoir que commet l'administration en agissant « avec une intention ne correspondant pas au but qu'elle pouvait ou devait se proposer, autrement dit, en exerçant un de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. Dans ces cas, le détournement de pouvoir commis par

liberté décisionnelle de l'autorité de concurrence? Pour, Nicole DECOOPMAN le choix du juge de fonder sa décision sur tel ou tel motif d'annulation modifie l'impact de cette décision. En effet, « l'annulation pour vice de forme ou de procédure respecte mieux l'indépendance de l'instance de régulation que l'annulation résultant d'un contrôle de fond. Or, les décisions appartenant à cette seconde catégorie sont nettement moins nombreuses que celles relevant d'un contrôle de légalité externe »¹¹⁴². De même, il a été évoqué que le contrôle des actes punitifs en matière de concurrence met surtout en jeu l'appréciation du respect des règles et garanties procédurales¹¹⁴³. S'agissant des actes répressifs de l'autorité transversale de concurrence, le plus souvent au moyen d'amendes, l'identification par le juge colombien d'un acte de répression semble conduire à sa soumission au régime des sanctions administratives¹¹⁴⁴. Comme en droit français, ce régime, d'inspiration pénaliste, est censé d'être plus protecteur des droits des opérateurs économiques visés que ne l'est le régime des « actes administratifs défavorables »¹¹⁴⁵.

Le contrôle des actes de l'autorité de concurrence reproduit les motifs d'annulation et les règles de fond qui irriguent l'ensemble du contentieux administratif général. Cette absence de spécificité dans le régime applicable aux actes de l'autorité de concurrence se prolonge ensuite à l'égard des actions contentieuses invocables.

l'administration n'est qu'exceptionnellement apparent à la lecture de l'acte contesté, il ne peut être « établi [que] par l'instruction menée par le juge : seules les pièces composant le dossier d'une instruction – et pas l'acte litigieux – permettront de révéler l'intention « illicite » de l'auteur de l'acte ». *Ibid.*

¹¹⁴² Cité par Martin COLLET, *op.cit.*, p. 112.

¹¹⁴³ *Ibid.* « La haute technicité des questions encouragerait le juge à délaissier l'expertise économique et donc le contrôle du fait (pour ne pas donner l'impression de « faire la leçon » à des organes hautement spécialisés), au profit d'une analyse toujours plus précise des règles de forme et de procédure présidant à l'adoption des décisions ».

¹¹⁴⁴ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-510 de 2004. Le CPACA (loi 1437 de 2011) contient un chapitre sur la procédure administrative générale pour l'adoption des sanctions. Ces dispositions générales seront applicables à partir de juillet 2012 aux sanctions de la SIC, en tout ce qui n'est pas prévu dans les règles de concurrence, notamment dans le décret 2153 de 1992 et dans la nouvelle loi 1340 de 2009.

B- ABSENCE DE SPECIFICITE DANS LES ACTIONS CONTENTIEUSES

Une fois finie la procédure devant l'autorité de concurrence, les résolutions de la SIC peuvent faire l'objet du contrôle judiciaire. En droit colombien, dès la fin du XIX^{ème} siècle, diverses dispositions ont employé le terme « action » pour désigner un outil procédural permettant aux administrés saisir le juge¹¹⁴⁶. Il est possible de constater, d'un point de vue pratique, une évolution en droit colombien à propos de la manière dont le terme « action » a été employé en droit de contentieux administratif¹¹⁴⁷. Le législateur colombien a traditionnellement régulé de manière détaillé, les diverses modalités d'action pour le contrôle des actes de l'autorité de concurrence. Ceci est le mécanisme actuellement prévu dans le Code du Contentieux administratif, décret 01 de 1984, pour le contrôle des actes de la SIC (1). Cependant,

¹¹⁴⁵ V. Martin COLLET, *op.cit.*, p. 112 ; « Or, la frontière entre l'acte administratif individuel simplement « prescriptif » et l'acte répressif ne semble pas cependant aisée à tracer ».

¹¹⁴⁶ L'article 229 de la Constitution colombienne de 1991 régle le sujet de l'action comme un composant du droit à l'accès à la justice. Suivant l'approche retenue par la doctrine moderne de l'action, elle constitue « un droit subjectif autonome à l'obtention d'un prononcé de l'Etat, après la réalisation d'une procédure qui termine par une décision judiciaire ». Cette définition d'action renvoie, croit-on, à un concept univoque, dont plusieurs modalités semblent possibles. Sous un plan théorique, l'action peut être régulé par chaque système du droit administratif, notamment de deux façons : d'une part, le législateur peut réguler de manière détaillé les conditions d'exercice des diverses modalités d'action (telles que la procédure correspondante ou les délais de caducité respectifs). Ici le contenu des modalités d'action apparaît est défini au préalable par le législateur. On parle alors d'actions contentieuses, au pluriel. D'autre part, le législateur peut laisser ouverte la possibilité aux particuliers d'aller devant le juge administratif et de lui formuler des prétentions. Ici le contenu des modalités d'action apparaît défini par le particulier conformément aux prétentions contenues dans sa demande. On parle alors d'une action unique, a coté d'une multiplicité de prétentions.

¹¹⁴⁷ Dès la fin du XIX^{ème} siècle diverses dispositions constitutionnelles et légales ont employé le terme « action » en droit colombien (Constitution de 1886, loi 149 de 1888, loi 88 de 1910, entre autres. Ces dispositions contemplaient la possibilité pour les particuliers de se rendre devant les autorités judiciaires existantes à l'époque – à l'époque, rappelons-nous, n'existait pas encore une juridiction contentieuse en Colombie –). La loi 130 de 1930, dans ces articles 52, 72 et 78 mentionne pour la première fois des modalités d'action contentieuses administratives. Celles sont les actions publiques, privés et mixtes. Dans un arrêt du Conseil d'Etat colombien du 9 novembre 1938, la haut Tribunal a indiqué que par l'action mixte un particulier a la possibilité de faire prévaloir l'intérêt général et son intérêt privé. On trouve ensuite des références à des modalités d'action tout au long du processus de consolidation de la juridiction contentieuse administrative colombienne. Par exemple, la loi 167 de 1947 – texte antécédent le Code du contentieux administratif de 1984 –, fait référence à l'action de nullité, à celle de pleine juridiction (légalité et rétablissement du droit) et à une action en matière de réparation des droits, aujourd'hui l'action de réparation directe. Le décret 01 de 1984, CCA, régle de manière détaillé chacune de ses diverses modalités d'action. La régulation détaillée du CCA rend complexe la pratique du contrôle des actes de l'Administration colombienne. Si bien que toute erreur dans le choix de la modalité d'action à invoquer peut se traduire par le rejet de la demande.

une réforme récente¹¹⁴⁸ paraît introduire une action unique, à coté d'une pluralité de prétentions¹¹⁴⁹, pour le contrôle d'actes de l'administration, y compris ceux de l'autorité de concurrence (2).

1. Une multiplicité d'actions contentieuses

L'action contentieuse classique pour le contrôle des décisions individuelles de la Superintendance de l'industrie et du commerce est celle subjective de nullité et de rétablissement du droit (*acción de nulidad y restablecimiento del derecho*)¹¹⁵⁰. De même, l'action classique pour le contrôle des actes à portée générale de l'autorité de concurrence est celle de nullité objective (*acción simple de nulidad*)¹¹⁵¹. Cependant, il est possible de constater, dans la pratique du contrôle juridictionnel des actes de l'autorité transversale de concurrence, une extension du champ du contentieux objectif, en des matières comme la propriété industrielle (1), ainsi qu'une diversification des actions du contentieux subjectif contre les actes de la SIC (2)¹¹⁵², phénomène qui n'est pas cependant exclusif à l'autorité de concurrence.

¹¹⁴⁸ Loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA.

¹¹⁴⁹ Nous devons distinguer les termes « action », d'un côté, et « prétention », de l'autre côté. L'action est un droit subjectif qui s'exerce face à l'Etat pour obtenir un prononcé judiciaire. La prétention est l'effet juridique recherché par l'actionnant. L'objet de la prétention est un prononcé favorable face à sa contrepartie.

¹¹⁵⁰ Article 85, CCA. L'action de nullité et rétablissement du droit prétend la préservation des droits subjectifs des opérateurs économiques, consommateurs, et plus largement des particuliers, ou le rétablissement des droits légalement reconnus ; v. article 85 du décret de 1984, (article 137 du CPACA.).

¹¹⁵¹ Par l'action de nullité le juge administratif est appelé à une confrontation entre l'acte administratif de l'autorité de concurrence et une norme supérieure, que l'on estime avoir été transgressée (article 84 CCA., article 138 CPACA.).

¹¹⁵² Le procès devant la juridiction contentieuse administrative trouve son origine dans l'exercice des actions contentieuses administratives que le législateur colombien, en prenant la classification traditionnelle entre subjectives et objectives – aujourd'hui toutefois en cours de révision face aux tendances modernes du contentieux administratif –, a classifié dans les articles 84 à 88 du CCA

a. *L'extension du champ du contentieux objectif*

Par l'action de nullité¹¹⁵³, le juge colombien est appelé à une confrontation entre une norme supérieure, que l'on estime avoir été transgressée, et un acte administratif de la SIC que l'on estime être la cause de la transgression. Cette confrontation est censée conduire le juge à une décision déclarative sur l'existence ou non d'une violation de l'ordre juridique, à l'égard de la hiérarchie des normes. Dans le cas affirmatif, il sanctionne la volonté de l'autorité de concurrence avec la nullité de l'acte¹¹⁵⁴. Comme cette action ne comporte pas de prétention différente, il ne correspond pas alors au juge de se prononcer sur les situations des personnes dont l'acte déclaré nul a produit des effets juridiques.

Il existe aujourd'hui une complète incertitude en droit colombien en relation avec l'utilisation de l'action de nullité face à des actes de contenu particulier et à l'utilisation de l'action de nullité et rétablissement du droit face aux actes de contenu général¹¹⁵⁵. Il faut également signaler que l'action de nullité, avec les caractéristiques

(articles 135 à 148 de la loi 1437 de 2011) et dans quelques autres dispositions processuelles de caractère particulier.

¹¹⁵³ L'action de nullité prévue à l'article 84 du Code de contentieux administratif est une action de nature objective, publique, populaire, intemporelle et générale par laquelle toute personne peut solliciter directement ou par son représentant, devant la juridiction contentieuse administrative, qu'un acte administratif perde sa force exécutoire par déclaration judiciaire de nullité au bénéfice de l'ordonnement juridique et du principe de légalité (effets erga omnes). En règle générale, cette action n'a pas de terme spécifique de nullité. L'action peut être intentée par toute personne naturelle ou juridique, nationale ou étrangère, de droit public, privé ou international.

¹¹⁵⁴ De manière spécifique, les raisons pour la nullité des actes administratifs sont liées à l'infraction des normes sur lesquelles l'acte a dû se fonder. La nullité peut également provenir de l'incompétence du fonctionnaire ou de l'organe qui a produit l'acte administratif, autorité de concurrence. Est en outre sanctionné par la nullité tout acte qui est expédié de manière irrégulière, tel qu'en violation du procès équitable et du droit de défense.

¹¹⁵⁵ Il faut à indiquer que la dénommée « théorie des mobiles et finalités des actions contentieuses de nullité » a été une construction jurisprudentielle « infortunée » en Colombie (v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t.3, p. 140). En effet, il est possible de constater deux tendances jurisprudentielles claires sur cette théorie en droit colombien : d'un côté, celle ample de la Cour constitutionnelle (arrêt de constitutionnalité C- 426 du 29 mai 2002, magistrat rapporteur Rodrigo ESCOBAR GIL), rejeté par le Conseil d'Etat, et la réponse restrictive de la salle pleine du Conseil d'Etat qui a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle (arrêt du Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 29 octobre 1996, exp. S - 404, Conseiller rapporteur Daniel SUAREZ HERNANDEZ). Pour une présentation de ce débat v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, pp. 137 et ss. En somme, il est possible de soutenir que, en ce moment, en droit colombien, le Conseil d'Etat continue à appliquer sa décision de 1996 qui reconnaît la possibilité de l'action de nullité contre les actes de contenu particulier, pour des raisons d'intérêt général et uniquement face aux situations de suprême importance nationale et aux actes de contenu individuel en respect desquels le législateur a prévu le bien-fondé de l'action objective de nullité de

jusqu'ici énoncées, constitue la règle générale en matière d'actions objectives, dans la mesure où le législateur colombien a incorporé graduellement dans l'ordonnement juridique une série d'actions formellement appelées « de nullité », mais qui matériellement se différencient de celle de l'article 84 du Code de contentieux administratif. En effet, ces dernières cherchent à préserver la légalité face aux actes à portée individuelle. Ceci semble rompre avec les critères traditionnels à ce sujet.

Il ne semble pas exister, à notre connaissance, de modalités d'action de nullité contre les actes de contenu individuel en matière de concurrence. En revanche, en matière de propriété industrielle¹¹⁵⁶, tant le Code de commerce colombien comme certaines dispositions de l'Accord de Carthagène ont introduit des modalités d'action de nullité importantes contre les actes de contenu individuel de la SIC.

Un premier exemple est celui de l'action spéciale en matière de certificats des marques expédiés par la SIC¹¹⁵⁷. Ces certifications créent des situations particulières

manière expresse. Pour la Cour constitutionnelle, l'action de nullité pourra continuer à être appliquée par voie de l'action constitutionnelle de tutelle, car les décisions contentieuses administratives qui méconnaissent ce qui a été énoncé par le juge constitutionnel constituent des voies de fait. En définitive, l'incertitude continue pour la défense et la protection de la légalité pour cette voie du contentieux de nullité des actes individuels. Pour Jaime Orlando SANTOFIMIO, position à laquelle on adhère, tant la position de la Cour constitutionnelle, comme celle du Conseil d'Etat ont le même défaut : de manière contraire aux postulats de l'Etat de droit, le juge constitutionnel et le juge administratif développent des critères subjectifs pour le bien-fondé de l'action de nullité dans ces cas. « Il résulte inadmissible pour la sécurité juridique des citoyens qu'à partir des critères abstraits comme ceux de l'importance nationale ou l'intérêt général peut être sustentée la possibilité d'exercer une action objective contre un acte subjectif. Depuis cette perspective, on rejette les interprétations de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat et on appelle à une révision légale substantielle et profonde du régime des actions contentieuses de l'accès à l'administration de justice » ; Ibid. p. 153. Par le CPACA. (loi 1437 du 18 janvier 2011), le législateur colombien a déterminé que la nullité simple procède contre les actes à caractère général et, de manière exceptionnelle, contre les actes à contenu particulier qui gardent une étroite relation avec l'intérêt général ; v. article 137 du CPACA. Cette disposition incorpore la position restrictive du Conseil d'Etat. Il faut néanmoins rappeler que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle étend l'application du contentieux objectif aux actes de contenu particulier d'une façon moins restrictive. Il faudra alors attendre à ce que l'article en question soit demandé devant le juge constitutionnel pour connaître à nouveau la position de la Cour.

¹¹⁵⁶ Rappelons-nous que l'autorité transversale de concurrence colombienne est aussi compétente en matière de propriété industrielle. En droit colombien, les questions de concurrence et les questions en matière de propriété industrielle peuvent s'interpénétrer. Nous avons évoqué par exemple le lien entre l'action en concurrence déloyale (administrative et juridictionnelle) et certaines violations au droit de la propriété industrielle. Ils existent également, au niveau de la CAN, d'actions en concurrence déloyale consacrées dans la partie des règles en matière de propriété industrielle de la Décision 486 de 2000 de la CAN (articles 258 et suivants).

¹¹⁵⁷ L'article 596 du Code de commerce disposait que « le certificat d'une marque peut être annulé à pétition de toute personne si lors de son expédition ont été méconnues les dispositions des articles 585 à 586, mais, dans ce dernier cas, l'action devra être intentée dans les cinq jours qui suivent la

et concrètes pour ses titulaires. Les dispositions de la Décision 486 de l'Accord de Carthagène ont introduit dans ce domaine une action de nullité dite « absolue et relative spéciale »¹¹⁵⁸. Ceci permet d'envisager que les actes relatifs aux marques gardent une étroite relation avec l'intérêt général et il ne s'agit pas de simples actes subjectifs, au sens classique. En outre, il est possible de voir que, à différence des actions classiques du Code de contentieux administratif colombien, la Décision 486 de 2000 inclut la possibilité pour le Conseil d'Etat, juge compétent, de se prononcer au respect de la légalité des actes de la SIC par voie des nullités absolues ou relatives¹¹⁵⁹. De même, les dispositions de la communauté andine énoncent que les actions en question n'affectent pas celles qui peuvent correspondre à des dommages et intérêts conformément à la législation interne¹¹⁶⁰.

Un deuxième exemple est celui de l'action de nullité de l'article 567 du Code du commerce en matière de brevets. Le Code du commerce institue une action ayant caractère de contentieux administratif pour attaquer les actes de contenu individuel qui concèdent des brevets. Par sa rédaction, le Conseil d'Etat estime que cette action est typiquement objective et publique, en raison notamment de l'intérêt général de ces décisions administratives « subjectives »¹¹⁶¹. En outre, il s'agit d'une action spéciale

date du registre de la marque dont l'annulation est demandée ». L'article 596 du Code du commerce a été ensuite déplacé par l'article 113 de la Décision 344 de l'Accord de Carthagène, sur le régime commun de la propriété industrielle. Cet article de la Décision 344 disposait que le juge compétent pourrait décréter à la demande d'une partie intéressée, la nullité du registre d'une marque, après audience des parties intéressées. Mais pour le Conseil d'Etat, cette action, à différence de l'antérieure, même si elle peut être entachée de nullité, est qualifiable de subjective, « en ce qu'elle vise à défendre la légalité de l'acte non en abstrait, mais dépend de la personne intéressée » (Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 26 février 1998, exp. 3007, Conseiller rapporteur Libardo RODRIGUEZ-RODRIGUEZ). Ce qui pour le Conseil d'Etat constitue un changement radical par rapport à l'action établie dans le Code du commerce. Cette norme de la Décision 344 a néanmoins eu une vigueur relativement courte, car elle a été modifiée substantiellement ensuite par les dispositions de la Décision 486 de 2000 de l'Accord de Carthagène.

¹¹⁵⁸ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA *op.cit.*, p. 164. Ces dispositions revivent pour ce domaine une action objective, publique et intemporelle – s'il s'agit de nullité absolue – contre les actes de contenu individuel conforme au modèle initialement prévu dans le Code du commerce.

¹¹⁵⁹ Notamment les nullités relatives qui n'ont pas réussi à se résoudre au moment du prononcé judiciaire ou par l'expiration du délai de caducité indiqué dans la même norme. Pour Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA ; cette action est aussi différente de celles contenues dans les articles 84 et 85 du Code de contentieux administratif pour la nullité des actes à contenu individuel qui reconnaît des droits en matière de propriété industrielle, « d'où l'importance de lui reconnaître un caractère autonome et spécial », *Ibid.* p. 167.

¹¹⁶⁰ Articles 134 et 135 Décision 486 de 2000.

¹¹⁶¹ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 28 septembre 2000, exp. 5995, Conseiller rapporteur, Gabriel MENDOZA MARTELO.

et autonome, différente de celles signalées dans le Code de contentieux administratif. A côté de cette action du Code du commerce, la Décision 486 de 2000 de l'Accord de Carthagène introduit une action de nullité visant à la déclaration de nullité absolue ou relative, selon les cas, des actes administratifs de contenu individuel qui reconnaissent des droits en matière de brevets¹¹⁶². D'après la rédaction des normes, il est possible d'apprécier s'il s'agit d'une action à caractère objectif, public et intemporel – s'il s'agit de nullité absolue –. Comme on l'a averti en matière de marques, cette action s'inspire du modèle du Code du commerce colombien, mais en élargissant les cas où elle procède et la légitimité des citoyens pour l'intenter. Ce qui permet également d'affirmer que les actes en matière de brevets gardent une étroite relation avec l'intérêt général¹¹⁶³. Une question qui mérite d'être signalée à propos de ce deuxième exemple est celle de l'application du contrôle contentieux « d'office » prévu en matière de brevets. Ceci constitue sans doute un aspect, compte tenu du schéma colombien de contrôle de contentieux administratif, d'application difficile. En l'absence d'une jurisprudence fournie en la matière, la nature même des actions contentieuses et le caractère de requête des prétentions, rendent inapplicable, croit-on, qu'un juge contentieux – en l'espèce le Conseil d'Etat –, assume d'office un cas sur la nullité absolue ou relative d'un acte qui reconnaît des droits de brevets à une personne naturelle ou juridique.

Un troisième exemple est celui de l'action spéciale de nullité de l'article 580 du Code du commerce sur les certificats des dessins et modèles industriels. Il s'agit aussi d'une autre action objective et publique qui procède contre les actes de contenu individuel en matière de dessins et modèles industriels¹¹⁶⁴. Il est encore possible de citer l'action spéciale de nullité de la Décision 486 de 2000 en matière de registre des schémas de traits (*esquemas de trazado*). Cette action a été pensée dans cette Décision de manière similaire à celle des articles 75 et suivants en matière de brevets. Cette action a un composant objectif, en ce qui concerne les prétentions de nullité absolue ou de nullité relative, selon le cas, et un autre subjectif, par rapport aux

¹¹⁶² V. Articles 75 et 76 de la Décision 486 de 2000. Si ce qui se prétend c'est la nullité absolue de l'acte administratif qui concède un brevet, la partie requérante doit observer et démontrer les raisons que l'article 75 de la Décision 486 détaille de manière concrète et péremptoire.

¹¹⁶³ Conseil d'Etat, Salle du contentieux administrative, 1ere section, arrêt du 28 septembre 2000, exp. 5955, Conseiller rapporteur, Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO.

¹¹⁶⁴ V. article 580 du Code du commerce.

hypothèses de rétablissement du droit dans les cas des discussions à propos du titulaire des droits reconnus par la SIC (discussion entre particuliers sur celui à qui assiste un « meilleur droit » de brevets).

L'extension récente du champ du contentieux objectif de pleine juridiction en matière de propriété industrielle permet d'affirmer que les actes à contenu particulier de la SIC dans ce domaine gardent une étroite relation avec l'intérêt général. Si la libre concurrence économique constitue à la fois un droit subjectif et un intérêt collectif, à la lumière de l'article 333 de la Constitution colombienne¹¹⁶⁵, la possibilité d'une extension du champ du contentieux objectif vis-à-vis de certains actes individuels de la SIC en matière de concurrence – comme la résolution de sanctions individuelles de certaines pratiques portant des restrictions graves à la concurrence, tel que les cartels – peut être aussi envisagée.

Le contrôle de la légalité des actes de l'autorité de concurrence en matière de propriété industrielle ne s'épuise pas dans le contentieux objectif. Le recours à des actions de contenu strictement subjectif, c'est-à-dire, celles qui cherchent un type de réparation ou de rétablissement des droits des particuliers par l'administration demeurent le moyen classique d'accès au contrôle judiciaire des actes de la SIC, notamment en matière de concurrence.

b. La « prolifération » du contentieux subjectif

Le contentieux subjectif¹¹⁶⁶ réunit les actions contentieuses qui prétendent la préservation des droits subjectifs des opérateurs économiques, consommateurs, et plus largement des particuliers, ou encore le rétablissement des droits légalement

¹¹⁶⁵ V. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, cinquième chambre, arrêt du 24 août 2001, exp. AP-124, Conseiller Rapporteur Dario QUÍÑONEZ PINILLA.

¹¹⁶⁶ En droit colombien, ces actions impliquent, dans un premier temps, l'analyse de la légalité des actes administratifs ou des actions ou opérations de l'autorité de concurrence, non pas pour déclarer la nullité de ces actes et actions – c'est qui n'aurait pas de logique –, mais pour réaliser un jugement sur l'adéquation du comportement de l'autorité de concurrence face aux dispositions fondant son intervention. Dans la pratique, il semble y avoir une similitude avec les prétentions qui sont incorporées dans l'action ou recours classique de pleine juridiction. Cependant, à différence du contentieux objectif, ce qui est en jeu est un prononcé, dans un deuxième temps, autour des droits individuels et subjectifs et non de l'ordre juridique en général. Ils peuvent être placés, de manière optionnelle, dans cette catégorie, les actions de nullité et de rétablissement du droit et de réparation directe.

reconnus, mais auxquels un acte administratif de l'autorité de concurrence a porté atteinte, ou l'indemnisation des dommages causés aux associés individuellement considérés par les faits, opérations et omissions de l'autorité de concurrence. Cette dernière action – que nous préciserons ultérieurement – consiste en une action typique visant à indemniser les particuliers à l'occasion de la responsabilité extracontractuelle dans laquelle l'autorité de concurrence a pu tomber. Retenons à ce stade que le contentieux en responsabilité de l'autorité de concurrence reste encore marginal en droit colombien.

L'action de nullité et de rétablissement du droit¹¹⁶⁷ est une action légale de nature subjective¹¹⁶⁸, individuelle et temporelle¹¹⁶⁹ par laquelle on peut renoncer, par laquelle la personne qui se croit lésée¹¹⁷⁰ dans un droit légalement protégé, à cause d'un acte administratif de la SIC, peut solliciter devant la juridiction contentieuse administrative la nullité dudit acte et, comme conséquence, que son droit soit rétabli, que soit réparé le dommage éventuel ou que soit restitué le montant indument payé¹¹⁷¹. Si les dommages aux droits subjectifs dérivent non du contenu de l'acte, mais de sa mauvaise exécution par l'autorité administrative de concurrence, l'action correspondante n'est pas celle du rétablissement du droit, mais celle de la réparation

¹¹⁶⁷ Article 85 du CCA. colombien, (article 138 du CPACA.).

¹¹⁶⁸ La nature subjective de l'action implique la présence d'une personne déterminée qui se considère lésée dans ses droits. Cette action exige en effet une légitimation précise ou concrète en droit colombien. A la différence de l'action de nullité, la prétention dans ce type de procès a des conséquences juridiques spécifiques. Conseil d'Etat, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 15 novembre 1990, exp. 2339, Conseiller rapporteur, Alvaro LECOMPTE LUNA.

¹¹⁶⁹ Article 136 du CCA, modifié par l'article 44 de la loi 446 de 1998, (article 164 du CPACA.), l'action de nullité et de rétablissement du droit est de caractère strictement temporel. Elle a en effet un délai de caducité de quatre mois si le requérant est un particulier, ou de deux ans, si le requérant est une entité publique ou s'il s'agit de l'adjudication de terrains vagues par l'Institut colombien de la réforme agricole – INCORA. Il faut toutefois indiquer que les actes qui reconnaissent des prestations périodiques peuvent être demandés en tout moment par l'administration ou par les particuliers intéressés.

¹¹⁷⁰ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 20 septembre 2001, exp. 10.973, Conseiller rapporteur, Maria Eelena GIRALDO, « toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica tiene el derecho de acción [...]. La Sala respecto a tal situación ha diferenciado la legitimación de la causa (formal y material) con la teoría concreta de la acción y no ha aceptado esa teoría, según la cual quien tenga la titularidad material del derecho constitutivo aseverado en juicio, es el que está legitimado a la causa. Igualmente la Sala ha distinguido entre aducir en la demanda una condición (legitimación de hecho) y probar directamente el verdadero (legitimación material) en juicio »; v. également Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, quatrième chambre, exp. 0471, Conseiller rapporteur, Hernan Guillermo ALDANA DUQUE.

¹¹⁷¹ La décision judiciaire a des effets inter partes, selon l'article 175 du CCA, article 189 du CPACA.. et peut avoir des effets rétroactifs, selon les prétentions concrètes de la partie requérante et

directe, en raison des opérations indûment réalisées par l'autorité¹¹⁷². L'action de réparation directe procède également lorsque les dommages proviennent de l'application d'un acte à contenu général¹¹⁷³. Dans le cas de rétablissement du droit, il correspond à celui qui considère ses droits lésés d'exposer non seulement les raisons de l'incongruité entre l'acte administratif de l'autorité de concurrence et les dispositions légales invoquées, mais également la manière dont ses droits résultent lésés par l'acte en question. Dans la pratique, se combinent des prétentions déclaratives et condamnatoires¹¹⁷⁴.

Comme le droit administratif français, la loi semble avoir perdu sa suprématie en droit colombien et l'administration n'est censée lui obéir que dans la mesure où elle n'est pas contraire à la Constitution¹¹⁷⁵. La consécration dans la Constitution de 1991 des instruments procéduraux visant garantir le respect et le rétablissement des droits et libertés fondamentales face à l'administration s'inscrit dans cette évolution. En ce qui concerne les actions constitutionnelles¹¹⁷⁶, il est possible d'identifier divers

ce qui a été démontré pendant la procédure contentieuse. Si le juge commande le rétablissement, celui-ci doit être cohérent avec ce qui a été sollicité dans la demande.

¹¹⁷² V. notamment, Conseil d'Etat, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 24 octobre 1994, exp. 8235, Conseiller rapporteur, Carlos BETANCOUR JARAMILLO. L'action a pour objet la protection des droits subjectifs de la personne protégés par une disposition juridique mais méconnus par l'acte administratif en question et non pas par un fait, contrat ou opération ou omission de l'administration. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 30 août 2001, exp. 20608, Conseiller rapporteur, Maria Elena GIRALDO. « De los artículos 85 y 86 CCA se deduce, claramente, que para una y otra acción las causas que originan su ejercicio son distintas. En efecto, la conducta administrativa, como causa, que origina la acción de nulidad y restablecimiento es un acto administrativo en firme, que se considera ilegal, se persigue con esta acción no sólo la nulidad de ese acto sino también el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Para la acción de reparación directa varias son las causas que permiten su ejercicio, como son causa un hecho, una omisión, una operación administrativa ilegal, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa por parte de la administración, que ocasiona un daño, y las conductas materiales provenientes de los particulares que le causan daños a la administración [...] »

¹¹⁷³ Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 20 mai 1999, exp. 5256, Conseiller rapporteur, Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

¹¹⁷⁴ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, p. 663.

¹¹⁷⁵ V. pour le cas français, Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op.cit.*, p. 17. Pourtant, « le précepte n'est pas extrêmement gênant du côté de la Constitution, compte tenu de ce que sont les caractéristiques de notre contrôle de constitutionnalité [en France]. Il l'est davantage du côté du droit international et européen. En effet, la prévalence des normes internationales et européennes s'exerce à tout moment ; c'est à tout moment que les autorités administratives doivent décider d'écarter la loi nationale lorsqu'elle ne leur est pas conforme ».

¹¹⁷⁶ En Colombie, la protection constitutionnelle des droits et libertés publiques découle, comme c'est le cas pour d'autres systèmes, comme une réponse historique de l'Etat à l'absolutisme politique, étatique et juridique (v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t.3, p. 665). Il s'agit de la consécration constitutionnelle des instruments procéduraux pour garantir le respect, le maintien et le

mécanismes procéduraux visant à assurer la protection immédiate des droits fondamentaux, la protection des droits collectifs, tels que la libre concurrence économique, ou la protection des droits d'un groupe ou d'une catégorie d'individus déterminée, tel que les consommateurs¹¹⁷⁷. Il est possible d'entrevoir que, pour chacun de ces mécanismes, l'activité de l'administration est l'objet d'un contrôle juridictionnel spécial qui consolide en droit colombien sa propre version de ce que la doctrine étrangère développe sous le concept d'« Etat constitutionnel »¹¹⁷⁸.

De manière générale, l'action de tutelle constitue l'instrument de base, d'origine constitutionnelle, garantissant les droits fondamentaux subjectifs¹¹⁷⁹ des colombiens. Il s'agit d'une action constitutionnelle à caractère individuel ou subjectif¹¹⁸⁰, de caractère judiciaire et intemporel, mais exceptionnel, dans la mesure où elle ne procède que dans des situations purement autorisées par la Constitution ou la loi. En effet, si les actes des autorités de concurrence qui se considèrent contraires aux droits fondamentaux des personnes peuvent être attaqués par d'autres recours ou actions judiciaires, la tutelle ne procède pas¹¹⁸¹. Dans le cas des actes administratifs de la SIC, le principe directeur est celui que tout acte définitif peut être contesté à

rétablissement des droits et libertés fondamentaux, lorsqu'ils ont été lésés ou méconnus de manière individuelle (subjective) ou collective (en intérêt plural), par les pouvoirs publics ou par des particuliers. L'exemple le plus clair de ces transformations se trouve dans les dénommées « actions constitutionnelles », des articles 86 à 90 de la Constitution de 1991. Ces « actions constitutionnelles » prétendent que les droits des individus, parfois laissés à la dérive juridique, dans le système contentieux classique, en raison de l'insuffisance des moyens procéduraux ordinaires institués dans la loi administrative pour leur protection, comptent une attention adéquate, opportune et efficace.

¹¹⁷⁷ L'importance du consommateur est plutôt récente (v. par exemple, Marcelo Carlos QUAGLIA, *Grupos de empresas, Derecho de la competencia y Defensa del consumidor*, Buenos Aires: éd. Ley, 2002, p. 82. « *Si bien el consumo es una vieja actividad del hombre, el interés jurídico por él, es cosa reciente* »). L'importance du consommateur se reflète dans la possibilité, reconnue par le Constituant colombien, d'exercer des actions spécialement créées pour sa protection ; v. Dionisio DE LA CRUZ, « De los legitimados para presentar acciones en competencia desleal », *Contexto*, 2008, n°25, éd. Universidad Externado de Colombia, p. 141.

¹¹⁷⁸ Gustavo ZAGREBLESKY, *El derecho dúctil*, *op.cit.*, p. 45.

¹¹⁷⁹ V. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos*, *op.cit.*, p. 47.

¹¹⁸⁰ En effet, pour la Cour constitutionnelle colombienne il s'agit d'« *un mecanismo establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio, de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable* », Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-117 du 3 avril 1992, Magistrat rapporteur, Jose Gregorio HERNANDEZ ; V. pour une présentation de l'action de tutelle, Nestor Iván OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo, derechos protegidos*, *op.cit.*

¹¹⁸¹ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t. 3 p. 679.

travers le mécanisme légal reconnu. Dans ce sens, seuls les actes de procédure, préparatoires ou d'exécution et qui impliquent des décisions immédiates des autorités de concurrence, pourraient être l'objet de l'action de tutelle. Pourtant, cette situation paraît démeriter la portée voulue avec cette action constitutionnelle et peut la conduire à être irrecevable par règle générale. Dans une approche différente, le Magistrat du Conseil d'Etat Libardo RODRIGUEZ, tente de résoudre cette question en proposant, en une opinion dissidente, que la tutelle procède si les instances judiciaires ont été épuisées, et que nous nous trouvons face à des décisions arbitraires qui « aient des aspects n'ayant pas été l'objet du débat et que, pour cette raison, n'ont pas le caractère de la chose jugée »¹¹⁸². En outre, le juge constitutionnel laisse ouverte la possibilité pour que le terme « d'autres moyens de défense judiciaire » ne devienne pas un obstacle objectif pour l'exercice de l'action de tutelle. Pour la Cour constitutionnelle, ce qui doit primer c'est la protection des droits fondamentaux, et pour cela le juge doit analyser l'efficacité de l'action ou du recours établi pour la protection de ces droits. Si celui-ci est déficient dans la protection d'un opérateur économique affecté, celui-ci pourra alors recourir à l'action de tutelle contre un acte de la SIC¹¹⁸³.

La tutelle a un caractère immédiat, dans le sens qu'elle vise le rétablissement de la normalité des droits fondamentaux en péril d'être lésés ou lorsqu'on est face à sa violation ou méconnaissance. S'agissant des tutelles relatives à la protection des droits fondamentaux face à l'administration publique, il existe une discussion jurisprudentielle intéressante autour de la possibilité attribuée aux juges pour suspendre, en tant que mesure préventive (*medida cautelar*), les effets des actes administratifs. La problématique apparaît à partir de la rédaction des dispositions du décret 2591 de 1991¹¹⁸⁴. La jurisprudence constitutionnelle colombienne a été

¹¹⁸² Conseil d'Etat, section du contentieux, ass. pleine, explication de vote du Conseiller Libardo RODRIGUEZ à l'arrêt du 31 janvier 1992, exp. AC-01.

¹¹⁸³ Cour constitutionnelle, auto 017 de 2007 ; arrêt de tutelle T-842 de 2004.

¹¹⁸⁴ Alinéa 1 article 7 du décret 2591 de 1991 ; « dès la présentation de la sollicitude, lorsque le juge le considère expressément nécessaire et urgent pour protéger le droit, il suspendra l'application de l'acte concret qui le menace ou porte atteinte » ; Traduction libre de «*desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere* » et alinéa 5, article 8, et « lorsqu'elle est employée comme mécanisme transitoire pour éviter un dommage irréparable, l'action de tutelle pourra s'exercer conjointement avec l'action de nullité et des autres qui précèdent devant la juridiction contentieuse administrative. Dans ces cas, le juge, s'il l'estime pertinent, pourra ordonner que ne s'applique pas l'acte particulier en respect de la situation juridique concrète dont la protection

confrontée à un intéressant processus évolutif. La Cour, dans un premier temps, dans une perspective qui peut être qualifiée de restrictive, a appliqué la thèse selon laquelle la suspension provisionnelle d'un acte administratif était un privilège constitutionnel de la juridiction contentieuse administrative¹¹⁸⁵. Dans un deuxième temps, la Cour s'éloigne de son application restrictive et adopte un critère ample de la suspension provisionnelle des actes administratifs par le juge administratif (en agissant comme juge de tutelle). Elle dispose que, dans les autres aspects non liées aux droits fondamentaux en question, l'acte reste en vigueur « tant qu'il n'est pas suspendu provisoirement par la juridiction contentieuse administrative ou annulé par celle-ci »¹¹⁸⁶. Dans un troisième temps, la Cour constitutionnelle décide d'unifier la jurisprudence en la matière. La possibilité de décréter la suspension de l'acte concret devient alors un mécanisme complémentaire pour l'activité du juge de tutelle. Sous cet angle, la Cour conclut que la suspension transitoire (« action de tutelle transitoire ») peut avoir lieu en même temps qu'une action contentieuse et sans importer si, dans cette dernière, la suspension provisionnelle a été demandée. En droit colombien, l'action de tutelle semble dès lors prévaloir sur celle de contentieux administratif, de telle sorte qu'elle ne peut être, suivant la logique retenue par le juge constitutionnel colombien, limitée ou annulée par la circonstance que la juridiction contentieuse administrative ait rejeté la pétition de suspension provisionnelle. Le juge administratif, dans son activité du juge de tutelle, semble pouvoir continuer à décréter la suspension provisoire d'un acte administratif de l'autorité de concurrence sur la base de la prévalence des droits fondamentaux¹¹⁸⁷.

est demandée tant que dure le procès » ; Traduction libre de « *cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso* ».

¹¹⁸⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-001 du 3 avril 1992, Magistrat rapporteur Jose Gregorio HERNANDEZ GALINDO ; réitéré dans l'arrêt de tutelle T-443 de 1992.

¹¹⁸⁶ Il s'agit de l'inapplication d'effets spécifiques référés aux droits fondamentaux. Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-203 de 1993.

¹¹⁸⁷ Cour constitutionnelle, arrêt d'unification des critères SU-039 du 3 février 1997, Magistrat rapporteur Antonio BARRERA CARBONELL. La possibilité d'interposer un recours à l'action de tutelle contre les actes de la Superintendance de l'industrie et du commerce a été expressément reconnue par le juge constitutionnel. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-910 de 2007.

Mais l'action de tutelle n'est pas le seul instrument procédural constitutionnel ayant expérimenté un développement dans la pratique. Parmi les droits et intérêts collectifs objet des actions populaires, on trouve la libre concurrence économique, dans tous ces aspects qui se réfèrent ou qui ont une incidence sur la communauté, et non en ce qui concerne les rapports strictement subjectifs entre opérateurs économiques¹¹⁸⁸. Il est possible d'interposer une action populaire contre un acte de la SIC pour éviter un dommage contingent, faire cesser le péril, la menace ou une violation des droits et intérêts collectifs, tel que la libre concurrence économique, ou de restituer l'état des choses, lorsque cela est possible¹¹⁸⁹. Cette action populaire ne vise pas à l'obtention d'une compensation ou indemnisation proprement dite, mais à la protection de l'intérêt collectif de la libre concurrence¹¹⁹⁰. En revanche, l'action de groupe se dirige clairement vers l'obtention d'une compensation¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Article 4, loi 446 de 1998. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, cinquième chambre, arrêt du 24 août 2001, exp. AP-124, Conseiller rapporteur, DARIO QUIÑONEZ PINILLA, « la libre concurrence économique est la possibilité qu'à toute personne de participer dans une activité économique déterminée comme offrant ou demandant, avec la liberté de décider quand entrer ou sortir d'un marché sans qu'il n'y ait personne qui puisse imposer, individuellement ou conjointement, des conditions dans les relations d'échange. Dans un environnement de libre concurrence, les négociations entre acheteurs et vendeurs – offre et demande – établissent les conditions d'une relation commerciale, lesquelles constituent un point intermédiaire qui favorise les deux parties. Ainsi, l'article 333 C.N. établit que l'activité économique et l'initiative privée sont libres, mais remarque que la liberté reconnue à ces dernières doit s'exercer dans les limites du bien commun. La libre concurrence économique, si elle constitue un droit de tous à la lumière de cette même disposition, suppose des responsabilités, raison par laquelle la loi délimite la portée de la liberté économique lorsque l'intérêt social, entre autres facteurs, le demande ».

¹¹⁸⁹ Le bien juridique qui ont vise à protéger avec les actions populaires est un intérêt collectif. L'intérêt collectif est défini en droit colombien comme un intérêt de représentation diffuse, car il suppose la revendication des droits dont le titulaire est un groupe indéterminé ou indéterminable des personnes qui, potentiellement, peuvent comprendre la communauté entière. Pour le juge colombien, il est impossible de placer l'intérêt collectif dans un cadre exclusivement subjectif ou particulier. Ceci n'exclut pas pourtant que n'importe quelle personne ou groupe des personnes puissent exiger la défense judiciaire d'un tel intérêt. Par la protection de l'intérêt collectif, le particulier ou le groupe en question protègent simultanément leur propre intérêt. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 22 janvier 2004, Conseiller rapporteur, Alier HERNANDEZ, n° 250002326000 2001 00527 03 AP.

¹¹⁹⁰ Il faut noter que les articles 39 et 40 de la loi 472 de 1998 ont introduit un bénéfice économique (*incentivo económico*) pour celui qui interpose cette action populaire. Ces dispositions visaient à stimuler l'utilisation de ces actions. Cependant, dans la pratique, un tel bénéfice aurait conduit à un emploi excessif, voir abusif, de cette action. Par une réforme récente (loi 1425 du 29 décembre 2010) le législateur colombien a dérogé les articles 39 et 40 de la loi 472 de 1998 afin de supprimer tout bénéfice économique pour les actions populaires. Il est pourtant légitime de se demander sur les possibles effets que l'absence de stimule économique pourra avoir sur l'utilisation des actions populaires.

¹¹⁹¹ « *La acción de grupo es meramente resarcitoria* »; Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle, T-678 de 1997.

Dans les actions de classe ou de groupe, à la différence des actions populaires, il n'est pas discuté exclusivement des droits et intérêts collectifs ou des questions relatives à l'intérêt général. Ce qui suscite ce type d'instruments procéduraux n'est pas autre chose que les droits individuels des sujets qui se considèrent lésés collectivement par une action ou omission des autorités ou des particuliers. L'action de groupe retombe sur l'affectation de tout type des droits, qu'ils soient collectifs ou individuels, avec des effets concrets sur les personnes qui composent le groupe¹¹⁹². Si l'emploi de ces actions demeure assez marginal en matière de régulation économique, il est pourtant possible de croire à un développement de ces actions dans l'avenir, tant à l'encontre des actes de l'autorité de concurrence, comme à l'encontre des actes des particuliers, des opérateurs économiques¹¹⁹³. Ce phénomène touche déjà – même si c'est d'une façon assez marginale – des domaines comme celui de la protection des consommateurs¹¹⁹⁴. Mais ces actions peuvent éventuellement devenir un moyen de défense des intérêts des petites entreprises face à de grands opérateurs économiques.

L'extension du champ du contentieux objectif, d'un côté, et la prolifération des modalités d'action subjectives, de l'autre côté, - phénomènes qui ne sont pas exclusifs au contrôle des actes de la SIC -, rend complexe le contrôle des actes de l'autorité de concurrence colombienne. En effet, l'efficacité du recours apparaît conditionnée, dans la pratique colombienne, par le choix réalisé par le particulier de l'action contentieuse à invoquer. Toute erreur dans la détermination de la modalité d'action est sanctionnée par le juge colombien par le rejet de la demande. Par une réforme récente le gouvernement colombien prétend modifier le système actuel –

¹¹⁹² En droit colombien, la conformation d'un groupe constitue une exigence légale essentielle pour le bien-fondé de l'action de classe ou de groupe (la loi prévoit la présence d'un minimum de vingt personnes qui se trouvent dans les situations de fait et du droit qui les habilitent comme de possibles victimes). La publication efficace du procès est alors importante de façon à ce que les intéressés puissent connaître son existence. Les personnes intéressées, en tant que victimes, peuvent arriver au cours de la procédure, ce qui signifie qu'ils ont pu être absents lors de la demande, ou de la conformation du groupe (alors l'exigence de la loi n'est pas de vingt plaignants au minimum, mais de vingt victimes).

¹¹⁹³ Cette action peut être exercée à l'encontre d'un acte, omission ou action de l'autorité de concurrence. Lorsqu'elle s'exerce en revanche à l'encontre – ce qui constitue la règle en droit colombien –, le juge judiciaire est compétent pour demander l'indemnisation des dommages et intérêts soufferts par exemple pour un comportement anticoncurrentiel. Il s'agit d'un procès ordinaire en responsabilité civile. Ces aspects substantifs et procéduraux de ces actions se trouvent régulés par les règles générales de la responsabilité civile (articles 2341 et suivantes du Code civil colombien et les articles 396 et suivants du Code de procédure civile).

¹¹⁹⁴ Ceci peut être à cause du manque d'information disponible – et malgré les efforts récents de la SIC – à propos des droits des consommateurs en Colombie.

ystème qui part d'une multiplicité d'actions –¹¹⁹⁵. Le gouvernement vise à introduire une action unique, suivant les exemples allemand et espagnol, afin d'éviter que pour les erreurs des administrées dans le choix des moyens de contrôle, ces derniers ne peuvent pas accéder à la justice.

2. Action unique, multiplicité des prétentions ?

En 2007 le gouvernement colombien a créé une Commission pour étudier la procédure administrative, le Code de contentieux administratif de 1984, ainsi que la jurisprudence en matière de contentieux administratif. Cette Commission a présenté un projet de réforme du C.C.A. colombien. Ce projet a été ensuite porté devant le Congrès par le gouvernement. Dans l'exposé des motifs du projet on mentionne pour la première fois une action unique afin d'assurer un meilleur accès à la juridiction contentieuse administrative colombienne¹¹⁹⁶.

Il a été incorporé au texte du projet un article (article 137 du projet) qui expressément indiquait que « l'action sera unique avec une pluralité de prétentions ». Ces prétentions peuvent être, aux termes du projet en question, celles de légalité, du rétablissement du droit, contractuelles, électorales, de réparation et collectives ou diffuses. Cependant, cet article a été supprimé au cours des débats parlementaires. Qu'on lise aujourd'hui le texte adopté par le législateur colombien (loi 1437 du 18 janvier 2011), l'article 137 du projet n'apparaît nulle part. Il est dès lors permis de se demander quels sont les moyens de contrôle des actes de l'autorité de concurrence – et de l'administration en général – contenus dans cette réforme ?

Il faut noter que, d'après une lecture du texte adopté du C.P.A.C.A., on ne trouve aucune référence à une action unique. Ni le « terme » action, ni celui de « prétention » sont utilisés par le législateur colombien. On parle alors des « moyens de contrôle ». Il semble que le législateur a voulu accueillir un système d'action

¹¹⁹⁵ Loi 1437 du 18 janvier 2011, CPACA.

¹¹⁹⁶ Le projet introduit d'autres moyens de contrôle, telle que la nullité par inconstitutionnalité (article 135 du C.P.A.C.A.). Le projet vise également clarifier quels sont les moyens de contrôle à la disposition des administrés. On apprend alors que ces moyens sont : (1) les actions contentieuses administratives traditionnelles ; (2) les actions constitutionnelles qui par mandat du législateur sont

unique, suivant les exemples espagnol et allemand. Ces « moyens de contrôle » ne seraient que des prétentions, suivant ces exemples étrangers. Pourtant, dans la pratique ces « moyens de contrôle » apparaissent complètement régulés : ils ont un titulaire, ils ont des conditions pour leur exercice, ils ont un terme de caducité ; selon le « moyen » à invoquer. Quelle est alors la portée de cette réforme ?

Dans la pratique, la seule conséquence juridique de la réforme de 2011 semble être la possibilité, consacrée dans l'article 165 du C.P.A.C.A., de l'accumulation de prétentions¹¹⁹⁷. L'objectif de simplification au profit des administrés ne semble pas avoir été atteint : d'abord, le particulier doit continuer à choisir une prétention, comme il choisissait avant une action contentieuse. Ensuite, les prétentions continuent à être régulées de manière détaillée par le législateur. Enfin, chaque prétention devra remplir toutes les conditions prévues pour son exercice afin que la demande ne soit pas rejetée par le juge. Il faudra alors attendre à ce que les Conseillers d'Etat qui ont participé à l'élaboration du projet du C.P.A.C.A. apportent plus de clarté sur la portée du texte adopté.

Ces évolutions et interrogations qui apparaissent en matière de contrôle judiciaire des actes des autorités de concurrence ne se révèlent pas exclusivement au niveau du régime du contrôle, mais elles s'étendent de la même manière à la pratique dudit contrôle.

Section 2

LA PRATIQUE DU CONTROLE

De quels pouvoirs dispose le juge colombien pour répondre aux demandes qui lui sont adressées à l'encontre des actes de l'autorité de concurrence ? Cette question est au cœur de la dialectique entre contrôle judiciaire et autonomie fonctionnelle de

de la compétence de la juridiction contentieuse administrative ; (3) le contrôle automatique de légalité.

¹¹⁹⁷ Avant la réforme, rappelons-nous, il n'était pas possible d'accumuler des différentes modalités d'action. Selon l'article 165, les prétentions doivent être connexes, le juge doit être compétent pour connaître ces différentes prétentions, elles ne doivent pas être exclusives – sauf s'elles sont présentés

l'autorité chargée d'organiser la régulation de la concurrence. Ceci soulève essentiellement la question de la légitimité du juge à faire prévaloir sa vision des faits pour, le cas échéant, administrer à la place de l'autorité de concurrence. Le degré d'autonomie fonctionnelle dont jouit l'autorité de concurrence se double-t-elle d'une sujétion allégée au contrôle juridictionnel ? Ou au contraire, cette liberté d'action que consacre son statut ne trouve-t-elle pas ses limites dans la soumission renforcée au contrôle de légalité ? Plus largement, le juge administratif tient-il compte des différents degrés d'autonomie fonctionnelle dont disposent les autorités de concurrence colombiennes ?

S'il est possible d'envisager l'affirmation du pouvoir de substitution du juge colombien, l'essor de ce pouvoir ne va pas sans connaître certaines limites¹¹⁹⁸. L'étendue du pouvoir du juge apparaît par exemple limitée par le respect des formes et procédures imposées à l'administration active¹¹⁹⁹. De même, les procédures de contrôle contentieux des actes de l'autorité de concurrence manifestent l'idée du procès équitable¹²⁰⁰. En ce sens, le Code de contentieux administratif incorpore dans sa deuxième partie les conditions basiques et les exigences procédurales visant à assurer un débat contradictoire et le respect des droits procéduraux lors de ce

comme principales et subsidiaires – et le délai de caducité n'ait pas opérée pour aucune de ces prétentions.

¹¹⁹⁸ Par comparaison, en droit français, « une série des contraintes pèsent sur le juge de plein contentieux ; limitant d'autant sa liberté et donc la manière dont il sera amené à substituer sa décision à celle de l'administration. Certaines peuvent sans hésitation être qualifiées des contraintes juridiques, dans le sens où elles sont positivement exprimées par les normes que le juge est conduit à appliquer (que ces normes soient écrites ou seulement « recueillies » par le juge et donc « révélées » par ses décisions) », Martin COLLET, *op.cit.*, p. 156.

¹¹⁹⁹ Le Code du contentieux administratif colombien est en fait intégré par deux parties : d'un côté, les règles sur la procédure à suivre devant les autorités administratives et, d'autre cotée, celles concernant la procédure à l'encontre de ces mêmes autorités devant le juge administratif. D'après son structure, il est possible d'affirmer que le législateur colombien a voulu soumettre ces deux parties – c'est-à-dire ces deux contentieux ; celui devant et celui à l'encontre des autorités administratives colombiennes –, au respect des mêmes principes et garanties fondamentales.

¹²⁰⁰ Articles 29 et 228 de la Constitution de 1991 ; Jaime Orlando SANTOFIMIO, *op.cit.*, p. 397. En effet, ces procédures sont, en elles mêmes, des préceptes matériaux qui garantissent et orientent l'exercice des actions contentieuses administratives. La pratique du contrôle, ainsi conçue, impose un regard non sous une approche formaliste, mais, tout au contraire, comme une institution liée de manière directe à la réalisation des finalités de l'administration. Par comparaison, le juge français est tenu par les demandes qui lui sont adressées ; Martin Collet, *op.cit.*, p. 157.

contrôle. L'ensemble de ces dispositions¹²⁰¹ conforme ce que la doctrine colombienne dénomme « le régime juridique du procès contentieux administratif »¹²⁰².

Pour déterminer la pratique du régime de contrôle des actes de l'autorité de concurrence, il est nécessaire de connaître d'abord l'étendue des pouvoirs que le juge administratif détient pour le contrôle des actes de l'autorité de concurrence (§ 1), avant de présenter, de manière générale, l'ensemble des règles processuelles que le juge suit et façonne pour le contentieux des actes de cette autorité (§ 2).

§ 1. L'ETENDUE DU CONTROLE DU JUGE

Il n'est pas contestable que lorsque l'autorité de concurrence règle des litiges ou sanctionne les opérateurs économiques qui violent les règles concurrentielles, elle empiète en quelque sorte sur la sphère de compétence du juge, même s'il est de moins en moins discuté de l'opportunité des facultés quasi-juridictionnelles des autorités de concurrence. On ne peut toutefois reléguer le juge à un rôle complémentaire à celui de l'autorité chargée de la régulation de la concurrence et, de manière générale, c'est plutôt de coopération qu'il convient de parler¹²⁰³. Si le juge peut être appelé à intervenir de manière complémentaire pour prendre des mesures que l'autorité de concurrence n'a pas le pouvoir d'ordonner, peut-il substituer sa décision à celle de l'autorité administrative dans le cadre du recours objectif de pleine juridiction ?

Le juge colombien semble participer à l'activité de régulation de la concurrence en tant que contrôleur de l'autorité chargée de son organisation. En effet,

¹²⁰¹ On été codifiés dans cette deuxième partie du C.C.A, notamment le décret 01 de 1984 et les dispositions spéciales dictées par le législateur ou dégagées par la jurisprudence en matière de procédure administrative générale pour le contrôle des actes de l'Administration. Il faut indiquer que cette procédure générale pour le contrôle des actes des autorités de concurrence est soumise aux règles et garanties procédurales prévues dans la première partie du Code et qui s'appliquent également à la procédure qui suit la SIC pour l'expédition des actes administratifs généraux ou individuels.

¹²⁰² V. par exemple, Carlos BETANCOUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, Medellín: ed. Señal, 2000, p. 128.

¹²⁰³ Même si l'intervention du juge en complément de l'autorité de concurrence peut se montrer nécessaire, lorsque les pouvoirs quasi-juridictionnels de cette dernière sont limités. En droit colombien, les Superintendances ne se voient pas, par principe, accorder le droit de condamner la réparation du dommage par les acteurs du marché. Mais afin d'apprécier l'existence de la violation de la règle de concurrence, qui permet de qualifier la faute au regard du droit de la responsabilité, le juge s'appuie régulièrement sur la constatation faite par le régulateur de cette violation.

les recours contre les décisions de la SIC, étant des recours de plein contentieux, mènent le juge colombien en charge de ces recours à faire de la régulation en concurrence de « deuxième niveau »¹²⁰⁴. On a souvent invoqué le caractère technique des affaires en matière de concurrence pour justifier de la saisine d'une autorité administrative, composée à la fois de juristes et économistes experts en ces questions, au détriment du juge. Toutefois, l'organisation des tribunaux en chambres spécialisées et le renforcement des moyens donnés au juge peuvent aisément aider à comprendre des secteurs économiques, un vocabulaire et des règles économiques spécifiques.

Le contrôle des actes de l'autorité de concurrence exercé par le juge colombien est un contrôle encore jeune (A). Il apparaît cependant que le juge colombien bénéficie d'un pouvoir de réformation des actes de l'autorité de concurrence. Pourtant, il ne semble pas exister de menace de « gouvernement de juges » sur le « gouvernement d'experts » qui comporte un déséquilibre entre les différents mécanismes de contrôle que détiennent les pouvoirs publics sur l'activité de l'autorité de concurrence (B).

A-UN CONTROLE JURIDICTIONNEL DES ACTES ASSEZ JEUNE

Les demandes adressées à l'encontre des actes de l'autorité de concurrence colombienne empruntent les voies du droit commun (procédure pour résoudre les actions de nullité et rétablissement du droit). Comme en matière de contentieux administratif général, la contestation des actes et des résolutions de la Superintendance de l'industrie et du commerce, peut prendre le chemin de l'annulation, de la déclaration ou de la réformation. Le contrôle juridictionnel des actes de l'autorité de concurrence exercé par le juge administratif colombien demeure néanmoins un contrôle embryonnaire¹²⁰⁵. En matière de contrôle de concentrations,

¹²⁰⁴ « Il est en effet incontestable que lorsqu'un juge réforme la décision d'un régulateur, il participe ainsi à l'activité de régulation, même si cette participation n'est qu'indirecte », Frédérique DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites affiches*, 23 janvier 2003, n°17, p. 20.

¹²⁰⁵ Le contrôle des actes de la SIC expédiés dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles semble plus développé, même si l'activité juridictionnelle de l'autorité de concurrence est limitée à ses fonctions en concurrence déloyale et en protection des consommateurs, non administratives. Il se

par exemple, les contestations des résolutions de la SIC devant le juge administratif colombien n'ont commencé à vrai dire qu'à partir de l'année 2002. Depuis cette date, seulement quatre résolutions de l'autorité de concurrence ont été contestées¹²⁰⁶.

Le juge colombien semble en outre se limiter à un examen du respect des garanties procédurales et des droits de la défense. Si le contrôle réalisé par les juges français et américain a pu originalement être centré sur ces mêmes questions procédurales, il apparaît aujourd'hui saisir également un examen des questions de fond et de l'analyse économique utilisée par les autorités de concurrence. En matière de contrôle des concentrations, le Conseil d'Etat français excluait même à l'origine de son contrôle la décision du Ministre de l'économie de ne pas saisir l'autorité de concurrence. Pour le juge français, la loi disposait que le Ministre « pouvait » saisir, à l'époque, la Commission de la concurrence. Dès lors, son choix de notifier ou non était de pure opportunité¹²⁰⁷. Le juge français s'est déclaré toutefois, quelques années plus tard, compétent pour contrôler une éventuelle « erreur manifeste d'appréciation » du Ministre¹²⁰⁸. Ensuite, à plusieurs reprises, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à

peut qu'avant le transfert de ces compétences juridictionnelles à la SIC, il existait déjà un contentieux assez développé dans les juridictions civiles et commerciales chargées de connaître ces matières.

¹²⁰⁶ Superintendance de l'industrie et du commerce, *A Peer Review, op.cit.*, p. 68.

¹²⁰⁷ Conseil d'Etat français, arrêt du 15 octobre 1982, Le Bihan et Fédération française des pompes funèbres, conc., J-M, PAUTI, AJDA, 1982, p. 254, note Michel BAZEX.

¹²⁰⁸ Faisant application de la jurisprudence classique de l'erreur manifeste (v. A. BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », AJDA, juillet-août 1978, p. 355), la Haute juridiction a posé une limite au pouvoir discrétionnaire du ministre de saisir ou non l'autorité de concurrence. La possibilité du contrôle du juge sur ce pouvoir – même si ce contrôle reste limité (l'erreur doit être manifeste) – peut donc être mise en œuvre le cas échéant. Cette interprétation était restée transposable au texte concernant la saisine du Conseil de la concurrence par le Ministre chargé de l'économie. Le Conseil d'Etat français confirme en effet cette analyse sous le régime de l'ordonnance du premier décembre 1986, mais il n'a pas été au-delà : en 1997, dans l'affaire SNIPS (v. Conseil d'Etat français, arrêt du 3 septembre 1997, *Syndicat national de négoce indépendant des produits sidérurgiques*, Rec. 722). Le Conseil d'Etat, face au moyen tiré du défaut de consultation du Conseil de la concurrence, a objecté de manière lapidaire que cette consultation « n'était pas obligatoire ; qu'aucun autre texte n'exigeait cette consultation ». En 1998, dans l'affaire Société M6, la contestation par M6 du refus de saisir le Conseil de la concurrence n'avait pu être examinée au fond, le Conseil d'Etat s'étant contenté de rejeter la requête au motif d'un recours irrecevable pour cause de tardiveté. Mais l'examen du moyen a été effectué ensuite à deux reprises par le juge administratif (v. Conseil d'Etat français, arrêt du 11 décembre 1998, *Société M6*). Dans l'affaire EMAP (v. Conseil d'Etat français, arrêt du 28 juillet 1999, *Société EMAP France*), il a expressément indiqué que le contrôle qu'il exerçait sur ce point ne portait que sur l'erreur manifeste d'appréciation, et a rejeté le recours contre l'absence de saisine du Conseil de la concurrence par le ministre. Cette position a été aussi rappelée par le Conseil d'Etat dans une affaire CORA (v. Conseil d'Etat français, *Société CORA-Société Casino – Guichard Perrachon*, n° 213161 et 213352), « ni l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ni aucune autre disposition ne faisaient obligation au ministre de saisir le Conseil de la concurrence avant de prendre la décision attaquée ».

annuler des décisions en matière de contrôle des concentrations pour des motifs de violation des règles de procédure¹²⁰⁹. Plusieurs arrêts sont venus confirmer l'importance que le juge français accorde, dans la procédure du contrôle des concentrations, au respect des droits de la défense¹²¹⁰. Mais il a aussi écarté un certain nombre de moyens de contestation de la procédure suivie¹²¹¹.

¹²⁰⁹ Mais également un contrôle plus étendu sur la proportionnalité des décisions ministérielles. Le Conseil d'Etat français dans une affaire *Cora-Casino* (arrêt du 31 mai 2000), s'est attaché à répondre au moyen des plaignants, selon lequel la décision ministérielle avait refusé à tort de considérer que le créateur de la centrale d'achats Opéra était une opération de concentration. On ne peut que se féliciter de l'analyse – bien motivée – par laquelle le Conseil d'Etat démontre que la Société Opéra, filiale commune de Cora et de Casino, ne peut répondre aux critères d'une entreprise qui « assure de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Le problème, à nos yeux, est que le Conseil d'Etat s'est trompé en considérant que cette définition n'était pas celle du Règlement européen sur les concentrations, mais correspondait à la définition française en vigueur à l'époque (celle de l'article 39 de l'ordonnance de 1986) : c'était au contraire très explicitement celle du règlement européen, alors que celle de l'ordonnance de 1986 était beaucoup plus large et permettait une assimilation d'Opéra à une concentration, tant au vu de la doctrine administrative que de la pratique décisionnelle.

¹²¹⁰ Dans une première affaire le Conseil d'Etat annule une décision d'autorisation sous condition, dans la mesure où « la décision attaquée ne pouvait pas légalement intervenir sans qu'au préalable, le projet de décision (...) ait été adressée aux sociétés parties à l'opération de concentration (...) et sans que, compte tenu de ce que cette décision privait la société *Interbrew* de la possibilité de porter acquéreur (...), ladite société ait été mise en mesure, en application du principe général des droits de la défense, de présenter des observations » ; v. Conseil d'Etat français, arrêt du 9 avril 1994, n°191654, Société *Interbrew*. D'autres affaires concernent principalement des décisions d'interdiction des concentrations. Dans ces affaires, le Conseil d'Etat a choisi d'invoquer le principe général des droits de la défense comme moyen pour justifier son annulation de l'arrêté ministériel (v. par exemple, affaire *Cabot/Ashland*, dans lequel le Conseil d'Etat annule une décision du ministre car ce dernier avait utilisé un rapport d'expertise sans l'avoir communiqué à l'autorité de la concurrence et aux parties. Ensuite, dans une affaire *Koramic*, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à annuler une décision d'autorisation avec injonction. L'intérêt de cette dernière affaire réside dans la conception large que le Conseil d'Etat a donnée à la notion de « parties » bénéficiant des communications prévues par les règles de procédure. Dans l'espèce, les parties qui notifient (les entreprises qui acquièrent la société cible) avaient reçu des communications prévues par les règles de procédure, mais pas l'entreprise cédante, la société *Koramic* (Conseil d'Etat français, arrêt du 21 mai 2000).

¹²¹¹ En revanche, dans les deux affaires *Coca-Cola* (v. Conseil d'Etat français, arrêt du 9 avril 1999), les parties qui notifient avaient argué de ce que l'opération devait être tacitement acceptée car le délai de deux mois de la première phase était expiré lorsque le ministre avait saisi le Conseil de la concurrence, si l'on partait de la date de la notification. Mais les requérantes n'avaient pas tenu compte, dans la computation des délais qu'elles invoquaient, des « décisions d'incomplétude » qui faisaient courir le délai non à compter de leur notification, mais à partir du jour où l'administration a estimé que celle-ci était complète au vu des informations complémentaires fournies par les parties à sa demande. Le Conseil d'Etat a validé le fait que les « lettres d'incomplétude » de l'administration empêchaient les délais légaux de la procédure de commencer à courir. Plus cruciale encore a été, dans la même affaire *the Coca-Cola Company*, la contestation par les parties du délai trop bref – quatre jours – entre la communication aux parties de l'avis du Conseil de la concurrence et du projet d'arrêté d'une part, et la date-limite accordée pour produire des observations d'autre part. Plutôt que de se prononcer sur le délai en lui-même, le Conseil d'Etat a pris en considération les « séances de travail » entre *Coca-Cola* et l'administration au cours desquelles *Coca-Cola* aurait été suffisamment informée : « il ressort des pièces du dossier qu'à la date de cette communication la société requérante avait déjà été mise à même, lors des séances de travail tenues avec l'administration, de connaître le sens de l'avis du Conseil de la concurrence, les éléments d'analyse qu'il comportait, la position qu'envisageaient d'adopter les ministres et les raisonnements économiques et juridiques qui les y conduisaient ; que, dans ces conditions, la Société *Coca-Cola Company* doit être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant été à même de présenter utilement des observations ». Pour

Le contrôle du juge français en matière de contrôle des concentrations a commencé ensuite à s'étendre sur le fond. Désormais, le juge peut s'immiscer à examiner des questions à propos du caractère concentratif d'une opération notifiée¹²¹², sur l'étendue des prescriptions qu'imposait le Ministre chargé de l'économie sous le régime de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 – aujourd'hui l'autorité de concurrence française –¹²¹³, sur la légalité des injonctions¹²¹⁴, sur les effets anticoncurrentiels de la concentration projetée¹²¹⁵, sur le bilan économique et social¹²¹⁶ et encore sur la définition du marché pertinent¹²¹⁷, aspects déterminés avec l'aide d'une analyse économique assez technique.

Le caractère technique des questions (par exemple l'appréciation d'une situation économique) aurait pu encourager le juge colombien à autolimiter l'intensité

certain auteurs, s'il faut connaître la teneur exacte des informations communiquées par l'administration pour en juger correctement, il semble que les droits de la défense n'ont guère été protégés par le Conseil (v. Nicolas CHARBIT, « Le Conseil d'Etat juge de la concurrence ? », *Lamy dr. aff.*, octobre 2001, vol.42, n°2646). Ils estiment qu'il y avait peu de justification à « cacher » jusqu'à la dernière minute, des documents aussi essentiels que l'avis du Conseil de la concurrence et le projet d'arrêté – d'autant plus que la loi NRE avait accordé davantage de transparence aux parties ; *Ibid.*

¹²¹² V. par exemple, Conseil d'Etat français, affaire *Cora*, arrêt du 31 mai 2000, Société Cora/Société Casino-Guichard *Perrachon*, rec. 194.

¹²¹³ V. par exemple, l'affaire CGT *Clemessy*, Conseil d'Etat français, arrêt du 11 juillet 2000, *Syndicat CGT de la Société Clemessy*.

¹²¹⁴ V. par exemple, Conseil d'Etat français, arrêt du 6 octobre 2000, Société *Perond-Ricard*, rec. 397.

¹²¹⁵ V. par exemple, Conseil d'Etat français, arrêt du 9 avril 1991, *The Coca-Cola Company*.

¹²¹⁶ On peut citer l'affaire Pernod-Ricard, où le Conseil d'Etat français, pour répondre aux perspectives de développement international invoquées par la société requérante, a articulé un long argumentaire : « (...) dès lors, que la cession des actifs relatifs aux boissons 'Orangina' pour c qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficie pas de manière limitée à l'économie française, peut être assurée sans que soient cédés les actifs concernant le marché national ; qu'en outre, si le développement de la Société Pernod-Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée (...) ». Conseil d'Etat français, arrêt du 6 octobre 2000, Société *Perond-Ricard*.

¹²¹⁷ V. par exemple parmi les premières décisions telles que les deux affaires *Coca-Cola* ou bien encore celui concernant la *Société Pernod-Ricard*. On notera en particulier que le Conseil d'Etat a jugé que les ministres avaient « relevée qu'au sein du marché des boissons rafraîchissantes sans alcool, les eaux embouteillées, les boissons non gazeuses et les 'colas' n'étaient que très partiellement substituables aux autres boissons en raison de leurs caractéristiques physiques, des habitudes des consommation ainsi que des données relatives aux prix ou de l'image du produit et qu'il convenait dès lors de retenir l'existence d'un marché des boissons gazeuses sans alcool, hors 'colas' ».

de son contrôle¹²¹⁸. Quoi qu'il en soit, la technicité de la matière s'efface lorsque la décision contestée est susceptible d'attenter particulièrement aux libertés individuelles. Dans ce cas, le juge est censé se livrer à un contrôle entier des décisions des autorités de concurrence. Même chose lorsque sont en jeu des libertés fondamentales ou des objectifs à valeur constitutionnelle. Le même constat vaut pour les actes répressifs. Autant en la matière, la nature du recours et les pouvoirs du juge (annulation ou réformation, principalement) varient selon les sanctions en question, autant le principe reste que la sanction doit être exactement proportionnée aux faits qu'elle entend réprimer¹²¹⁹.

S'agissant des sanctions prononcées par l'autorité de concurrence française, la Cour d'appel de Paris, jugé compétent pour le contrôle de ses actes, peut annuler ou réformer ces sanctions – et par cela le montant d'amendes infligées. Par exemple, le juge français a réformé une décision de l'Autorité française aux termes de laquelle elle avait sanctionné, à hauteur de 625.000 euros, deux ententes mises en œuvre par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre (Décision 10-D-13 du 15 avril 2010)¹²²⁰. Dans l'espèce, l'autorité avait considéré, à la suite de la saisine introduite par l'armateur danois *AP Moller-Maersk* (APMM), comme anticoncurrentielle, parce que l'application d'une clause de non concurrence contenue dans l'accord fondateur de l'entreprise commune Terminal Porte Océane (TPO) – entreprise détenue à parts égales entre *A.P. Moller Maersk* et le groupe *Perrigault*. L'autorité était parvenue à la conclusion que *Perrigault* et TPO s'étaient concertées en vue d'interdire à TPO de contracter avec des clients autres qu'APMM et de concurrencer ainsi les autres terminaux existants du port du Havre. Pour parvenir à la conclusion qu'il y avait eu entente, l'autorité avait dû au préalable constater que la filiale commune jouissait d'une autonomie commerciale suffisante, à défaut de laquelle les différentes sociétés du groupe formeraient une unité économique unique, au sein de laquelle les décisions et accords ne pourraient relever du droit des ententes.

¹²¹⁸ Par comparaison, il semble que le juge français considère aujourd'hui que cet argument n'est pas de nature à conduire « à faire preuve d'une retenue particulière » dans l'exercice de son contrôle, en matière de décisions prises par une autorité de concurrence comme pour toutes les questions de contentieux administratif d'une certaine technicité. v. par exemple, Nicolas CHARBIT, précité.

¹²¹⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 198 de 2004.

¹²²⁰ V. Cour d'appel de Paris, arrêt du 20 janvier 2011. Dans cette affaire, la réformation entreprise ne porte que sur l'entente de répartition de clientèle dans la mesure où les deux entreprises sanctionnées à ce titre ne contestaient pas dans leur recours la constatation de l'entente de capacité.

L'Adlc déduit des pièces du dossier que rien ne s'oppose à que la filiale commune, dans les faits non contrôlée, mette en œuvre une politique commerciale propre et autonome. La Cour d'appel de Paris en déduit autrement. Le juge français relève qu'il importe peu que les entreprises aient déclaré dans le cadre du contrôle des concentrations que l'entreprise commune exercera ses activités de manière autonome et indépendante et ne sera pas dédiée aux besoins d'APMM. Pour la Cour, ce qui importe, au regard de la qualification d'entente, c'est que dans les faits TPO ait joui d'une autonomie commerciale suffisante à l'égard de ses deux mères. Or, semble-t-il, tel n'était pas, pour le juge, le cas en l'espèce. La Cour conclut-elle que le conflit intervenu entre les deux sociétés mères n'a pas pour autant eu pour effet de mettre un terme au défaut structurel d'autonomie commerciale de TPO dans des conditions telles que l'entreprise commune aurait été mise en mesure d'adhérer elle-même, y compris de façon tacite, aux comportements prétendument anticoncurrentiels préconisés par *Perrigault*¹²²¹.

Mais le juge français peut aussi écarter un certain nombre des moyens de contestation de la procédure répressive suivie par l'autorité de concurrence. C'est le cas par exemple d'un arrêt rendu le 11 mai 2010, par lequel la Cour d'appel de Paris confirme sur le fond la décision n°09-D-19 de l'autorité de concurrence française relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CRAC de l'armée de terre à Nancy¹²²². Dans un autre cas, la Cour d'appel de Paris s'est aussi prononcé le 26 janvier 2010 à la faveur d'une décision de l'autorité de concurrence, au terme de laquelle elle aurait sanctionné les trois leaders mondiaux de l'intérim – *Adecco*, *Manpower* et *Vedier* –. Par cette arrêt, l'ensemble des recours ont été rejetés, les sanctions sont intégralement confirmées, de même que l'analyse sur le fond de l'autorité de concurrence (en ce qui concerne en particulier la preuve de la participation de *Manpower* dans la concertation sur leur politique commerciale à l'égard de leurs principaux clients).

¹²²¹ Pour la Cour d'appel, le PDG de TPO faisait valoir les intérêts de Perrigault et non ceux de TPO, de telle sorte qu'il ne saurait y avoir dans cette affaire d'entente entre un représentant de Perrigault et la Société Perrigault. Pour la Cour, il s'agit d'un comportement unilatéral impliquant en réalité cette société mère, et non comme la manifestation d'un comportement autonome de TPO sur le marché considéré.

¹²²² Par cette décision l'Adlc avait sanctionné 19 entreprises de déménagement pour s'être réparties, selon un schéma déjà vu (Conseil de la concurrence, décision n°09-D-50 du 13 juillet 1999, n°02-D-

Par comparaison avec le cas colombien, le contrôle juridictionnel des actes de l'autorité de concurrence colombienne apparaît également jeune en matière de concurrence déloyale administrative et de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. En effet, dans les années récentes, à une seule occasion le Tribunal Administratif de Cundinamarca (juge compétent pour connaître des actes de la SIC en première instance) a annulé une résolution de la SIC¹²²³. L'arrêt du Tribunal, qui a ensuite été annulé par le Conseil d'Etat¹²²⁴, a été controversé, car le juge a proposé un virement sur la manière dont l'autorité de concurrence doit aborder l'étude d'une pratique soi-disant anticoncurrentielle.

De même, dans une affaire *Gatorade*¹²²⁵, le Tribunal administratif de Cundinamarca a fait appel pour la première fois à des experts lors de l'appréciation de l'étude économique et technique apportée par la SIC. L'appel à des experts est une technique souvent utilisée dans d'autres systèmes, comme le système américain. Si dans l'espèce le Tribunal administratif de Cundinamarca avale l'étude réalisée par l'autorité de concurrence, il est permis de se demander si le juge colombien aurait pu substituer l'analyse de ses experts à l'analyse faite par l'autorité de concurrence. Cette voie reste ouverte, cette fois-ci pour le Conseil d'Etat colombien, où le procès se trouve actuellement en appel.

B- VERS L’AFFIRMATION D’UN POUVOIR DE SUBSTITUTION DU JUGE DANS LE CONTROLE DES ACTES DE L’AUTORITE DE CONCURRENCE?

Les affaires *Gatorade* et ANDEVIP montrent qu'il est possible pour le juge colombien de se prononcer sur l'analyse économique et l'interprétation des règles de

62 du 27 septembre 2002, n°07-D-48 du 18 décembre 2007, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 février 2009).

¹²²³ Résolution SIC n° 29302 du 2 novembre 2002, affaire ANDIVEP ; Tribunal administratif de Cundinamarca, arrêt du 27 novembre 2003.

¹²²⁴ V. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 28 janvier 2010, Conseiller rapporteur Maria Claudia ROJAS LASSO.

concurrence de la SIC. Rien n'empêche non plus dans le système colombien, du moins en théorie, qu'il substitue son analyse à celui de l'autorité de concurrence. Si le contrôle du juge colombien peut être qualifié de jeune (surtout lorsque l'on compare les moyens du juge colombien avec son homologue français¹²²⁶), avec les nouvelles attributions conférées par la réforme de 2009 à l'autorité de concurrence¹²²⁷ il est possible de prévoir que plus de décisions seront prises annuellement par l'autorité de concurrence et, en conséquence, une augmentation des contestations devant le juge administratif. Ceci peut probablement se traduire par plus d'opportunités pour le juge colombien d'étendre son contrôle sur les actes de la SIC. Il faut pourtant indiquer que l'affirmation du pouvoir de substitution du juge apparaît aujourd'hui comme un mouvement qui peut englober les autorités de concurrence de divers systèmes, mais qui n'est pas exclusif ou lié à l'activité de régulation de la concurrence. Quant à ses effets, la différence entre le pouvoir de réformation du juge et le pouvoir d'annulation réside dans l'étendue de la marge de pouvoir discrétionnaire laissée à l'autorité de concurrence. En effet, la marge de liberté décisionnelle que le juge de l'annulation préserve systématiquement – même de manière résiduelle – au profit de l'administration (en lui renvoyant, suite à une annulation, le soin de prendre une nouvelle décision), disparaît dans le contentieux de la réformation : c'est alors le juge lui-même qui prend directement la décision. La généralisation du « gouvernement des juges » impose que l'on s'interroge sur la capacité du juge colombien pour répondre à un tel défi.

Reprenons à titre d'exemple l'affaire ANDEVIP. A l'origine de cette affaire, une enquête de la Superintendance de l'industrie et du commerce qui sanctionne un accord pour fixer un prix minimum pour les entreprises de surveillance privée et l'association nationale regroupant ces entreprises (ANDEVIP)¹²²⁸. Les entreprises et ANDIVEP attaquent l'acte devant le Tribunal administratif de Cundinamarca. Le Tribunal de Cundinamarca annule la décision de la SIC. Il s'agit d'un arrêt assez

¹²²⁵ Affaire *Postobón /Quaker*, Résolution n°. 16433, du 23 juillet, 2004 ; Tribunal administratif de Cundinamarca, section du contentieux, première chambre, sous-section A, arrêt du 20 septembre 2007.

¹²²⁶ V. pour le cas de l'autorité de concurrence française, Jean Jacques MENEURET, *op.cit.*, titre 2.

¹²²⁷ V. loi 1340 de 2009, pour une présentation de cette réforme, v. supra, p. 178 et s.

¹²²⁸ Résolution de la SIC n° 29302 de 2002.

controversé, non seulement car le juge administratif propose un virement sur la manière dont l'autorité de concurrence doit aborder l'étude d'une conduite soi-disant anticoncurrentielle, mais également pour les erreurs conceptuelles qu'elle contient, selon certains auteurs. D'abord, le Tribunal assimile les notions de « restriction à la concurrence », avec celle de « concurrence déloyale » pour dire que l'autorité de concurrence doit prouver la mauvaise foi des opérateurs sur lesquels porte l'enquête, pour qu'une sanction puisse être prononcée à leur encontre. Ensuite, le Tribunal considère que les normes de défense de la concurrence ne sont pas tenues au régime de la responsabilité objective. Dans le cas contraire on transgresserait « les principes de culpabilité, présomption d'innocence et de bonne foi, en limitant les droits de défense des particuliers ». Si le Conseil d'Etat considère que la seule démonstration de l'existence de l'accord ne suffit pas, ceci n'implique pas que l'autorité de concurrence soit tenue de prouver la mauvaise foi des infracteurs présumés¹²²⁹.

En outre, pour le Tribunal administratif de Cundinamarca, « chaque comportement ou résultat de marché doit être analysé de manière particulier, car il y a des circonstances qui permettent de dénaturer l'illégalité des accords »¹²³⁰. Cet argument est intéressant car le régime de la libre concurrence colombien n'établit pas de « présomptions de droit » de manière explicite. En Colombie, certains auteurs considèrent que le Décret 2153 de 1992 établit des « présomptions de légalité » contre lesquelles il est possible de prouver autrement¹²³¹. Pourtant, d'autres auteurs considèrent que de la rédaction de la loi 155 de 1959 et du décret 2153 de 1992 on peut inférer qu'il existe des prohibitions particulières (sous la règle de l'illégalité per

¹²²⁹ Pour certains, ceci ne signifie pas que le Conseil d'Etat donne raison à l'autorité de concurrence sur l'application du régime de la responsabilité objective dans les cas d'accords anticoncurrentiels. En tous cas, l'affirmation du Conseil d'Etat permet de soutenir que : (i) il n'est pas suffisant pour l'autorité de concurrence de prouver l'existence d'un accord entre les entreprises imputées, (ii) l'autorité n'est pas obligée de prouver que les entreprises ont eu une intention déterminée au moment de la célébration de l'accord, Juan David GUTIERREZ, *op.cit.*, p. 29.

¹²³⁰ Pour le Tribunal, « il ne suffit pas d'accréditer l'existence d'un accord des prix pour établir qu'il s'agit d'un moyen déloyal, car il est nécessaire de démontrer que cet accord a eu comme objet d'empêcher, restreindre ou fausser la concurrence (...) il peut exister des accords dans lesquels n'est pas présent l'élément restrictif à la concurrence ». Il nous semble que sur ce point, le Tribunal administratif se trompe et confond pratiques restrictives de la concurrence avec actes de concurrence déloyale.

¹²³¹ Cette position a été citée par le Tribunal dans son arrêt et a été attribuée à Mauricio VELANDIA (v. Mauricio VELANDIA, *Derecho de la competencia y del consumo*, éd. Université Externado de Colombia, 2008).

se) et des prohibitions générales (sous la règle de la raison)¹²³². Pour le Conseil d'Etat, il est indispensable que l'autorité de concurrence détermine si l'accord a pour objet ou effet la fixation directe ou indirecte des prix. Et c'est pour cela qu'il estime qu'il n'y a pas d'intérêt de connaître l'intention des entreprises au moment de la célébration de l'accord. En ce sens, le Conseil d'Etat semble donner son aval à la manière dont la SIC a réalisé les imputations dans les affaires sur des accords de prix présumés. Nous devons pourtant regretter le manque de clarté du Conseil d'Etat sur ce que les expressions « par objet » ou « comme effet » veulent exactement dire.

Le Conseil d'Etat considère que le Tribunal s'est trompé en considérant que le nombre total des entreprises de service de surveillance privée est supérieur à neuf cents et que celles qui sont sanctionnées sont seulement quinze, raison pour laquelle on ne pouvait pas considérer l'accord comme contraire à la concurrence. Le Conseil lapide cette analyse du Tribunal en manifestant que « la normativité relative aux pratiques commerciales restrictives ne signale pas comme exception des accords censurés, que l'offre d'un bien ou d'un service déterminé soit, en quelque sorte, ample ou étroite ». La norme ne distingue pas en effet si un accord des prix est illégal lorsqu'il se réalise entre grandes ou petites entreprises, entre peu ou plusieurs entreprises. En outre, le Conseil d'Etat rappelle au Tribunal la distinction des concepts de « concurrence déloyale » et de « liberté d'entreprise » aux termes de l'arrêt C-535 de 1997 de la Cour constitutionnelle.

Par comparaison, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt rendu le 6 octobre 2009, dans l'affaire des engagements du GIE les indépendants¹²³³, semble lever le voile sur l'application qu'elle entend faire de la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne l'accès au dossier dans les procédures d'engagements¹²³⁴. Une

¹²³² Alfonso MIRANDA LONDOÑO, « Antitrust Merger Policy in Colombia », *Rev. Derecho Competencia*, Bogotá, janvier 2009, vol. 5, n° 5, pp. 281 à 305

¹²³³ Suite au renvoi après cassation par un arrêt du 4 novembre 2008.

¹²³⁴ Il faut rappeler que la Cour de cassation avait confirmé, dans un premier temps, comme l'avait fait avant elle la Cour d'appel de Paris (arrêt du 6 novembre 2007), que la procédure négociée relève de la régulation davantage que du contentieux et, pourtant, ne ressortit pas à l'article 6, paragraphe 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un deuxième temps, elle censure une décision de la Cour d'appel de Paris qui refuse d'annuler une décision du Conseil de la concurrence (n°06-D-29 du 6 octobre 2006) en dépit d'une violation du principe de contradiction résultant du fait que la saisissante n'avait eu communication ni de l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, ni de l'enquête administrative effectué avant l'évaluation préliminaire du rapporteur. La Cour de cassation s'est prononcée d'abord en faveur d'un accès

première lecture de cet arrêt pourrait laisser penser que la Cour d'appel entend s'inscrire dans la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est-à-dire, l'annulation de la décision de l'autorité de concurrence seulement au cas où le défaut de communication de certaines pièces a effectivement porté atteinte à la partie qui demande accès au dossier. Pourtant, la formulation adoptée par la Cour d'appel est sensiblement différente de celle retenue par la Cour de cassation : « il appartient au contraire à la Cour d'appel, saisie par une partie d'une demande tendant à l'annulation de la décision du Conseil [devenu l'Adlc] faute pour elle d'avoir eu accès à l'intégralité du dossier, de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces a concerné également la partie mise en cause et porté concrètement atteinte au principe de la contradiction ». Or, ajoute immédiatement la Cour, cette vérification impose la production des pièces litigieuses. Et celle-ci de prier l'autorité de la concurrence de bien vouloir verser aux débats, avant de dire droit au fond, le rapport d'enquête, et l'avis du CSA, et de préciser si les documents ont été fournis ou pas, dans l'espèce, par GIE les indépendants. La Cour d'appel de Paris semble des lors proposer une lecture encore plus restrictive de l'arrêt de la Cour de cassation, conduisant à limiter plus encore l'application du principe d'un accès intégral au dossier. Là où la Cour de cassation suspend l'annulation de l'autorité à la vérification qu'en effet le défaut de communication de certaines pièces a effectivement porté atteinte à la partie qui demande accès au dossier, la Cour d'appel de Paris semble soumettre cette annulation à la simple vérification que la partie qui demande accès au dossier, en l'occurrence la saisissante, a été désavantagée par rapport à sa concurrente, la mise en cause, et, ce faisant que l'absence d'accès au dossier a porté concrètement atteinte au principe de la contradiction.

Intuitivement, l'avancée du pouvoir de substitution du juge soulève essentiellement une question, celle de la légitimité du juge à faire prévaloir sa vision

intégral au dossier (ce qui a contraint à l'Autorité de la concurrence de modifier la rédaction du point 27 de son communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence). La Cour de Cassation a cependant précisé, atténuant en pratique la portée du principe qu'elle venait d'énoncer « qu'il appartient à la Cour d'appel, saisie par une partie d'une demande tendant à l'annulation de la décision [d'engagements] faute pour elle d'avoir eu accès à l'intégralité

des faits pour le cas échéant. Le juge administratif colombien est-il suffisamment expert et explicite ? Ce faisant, le juge administratif colombien va-t-il aussi loin qu'il le faudrait pour être ce « juge du droit commun » qu'il prétend être en matière de contrôle des actes de l'autorité de concurrence ? Certes, d'aucuns on pu douter de ses compétences économiques pour pouvoir aller plus loin dans l'analyse du sujet. Il peut être en tout cas convenable pour l'autorité de concurrence d'envisager un programme de coopération institutionnelle avec les juges, comme cela a été d'ailleurs le cas dans d'autres pays, afin de les familiariser avec les principes de l'analyse technique en matière de concurrence¹²³⁵. Il est également possible d'espérer qu'à l'instar des cours américaines, le juge colombien fasse appel à des experts, comme les sociétés requérantes ou – mieux – ait au sein du tribunal des rapporteurs ayant une formation économique adéquate. On regrettera cependant ce qui reste une lacune spécifique au juge colombien : « le caractère lacunaire de la motivation »¹²³⁶. En outre, l'instauration d'un tribunal exclusif en matière de concurrence peut être envisagée. Une version colombienne du *Competition Appeal Tribunal* (CAT) britannique, ayant une composition mixte d'économistes et de juristes experts sur le sujet de la concurrence, peut être aussi instaurée par le législateur¹²³⁷.

Comme le rappelle Martin COLLET, « fondamentalement, le pouvoir de substitution du juge repose le débat mille fois mené depuis l'affirmation de la séparation des pouvoirs en général : celui des limites du pouvoir du juge, et en particulier de sa puissance créatrice »¹²³⁸. Pour cet auteur, l'affirmation selon laquelle

du dossier, de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces porté atteinte à ses intérêts ».

¹²³⁵ Superintendance de l'industrie et du commerce, *A Peer Review*, *op.cit.*, p. 68

¹²³⁶ Pour reprendre l'expression critique employée à propos du contrôle exercé par le Conseil d'état français en matière de contrôle des concentrations.

¹²³⁷ Dans le modèle britannique les 17 membres ordinaires du CAT proviennent d'une « *variety of fields including economics, accountancy and business and other areas relevant to the work of the CAT* ». Information disponible sur le site institutionnel de l'autorité britannique: <http://www.catribunal.org.uk>

¹²³⁸ v. Martin COLLET, *op.cit.*, p. 169 ; Avec le C.P.A.C.A. (loi 1437 de 2011), le système colombien semble se rapprocher au système américain, système où le précédent jurisprudentiel a un rôle plus important. Le C.P.A.C.A. introduit la valeur obligatoire de la jurisprudence d'unification du Conseil d'Etat. Ceci ne pose pas de problème si cette valeur obligatoire ne concerne que la juridiction contentieuse administrative. Il est normal de vouloir établir une discipline à l'intérieur de cette juridiction. Le problème est que les dispositions du nouveau Code étendent la force obligatoire du précédent jurisprudentiel à l'administration active. Cette disposition nous semble contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Le juge devient alors celui qui dirige et indique à

le juge a généralement pour mission essentielle et unique d'appliquer la loi semble aujourd'hui fragile en raison de la mise en évidence du pouvoir créateur du juge administratif à la fois dans l'exercice d'interprétation de la loi ou encore à travers le dégagement de principes généraux du droit – situation qui est transposable au cas colombien –. Comme en droit français, aucune règle législative ou constitutionnelle ne s'oppose à la réformation par le juge colombien d'un acte de l'autorité de concurrence qu'il annule. Suivant l'approche retenue en droit français – approche qui est tout à fait transposable au droit colombien –, « si le juge s'interdit généralement de substituer ses propres décisions à celles de l'administration, préservant ainsi un certain pouvoir discrétionnaire au profit de cette dernière, c'est un écho à la conception traditionnelle de la fonction du juge administratif – conception fondée sur un registre plus axiologique que juridique »¹²³⁹. Le pouvoir de substitution ne semble conférer aucune compétence véritablement exorbitante au juge, ne bride pas l'autonomie fonctionnelle de l'autorité de concurrence : le spectre du gouvernement des juges, alimentant la contestation du pouvoir de réformation, s'efface lorsqu'on étudie sa pratique en droit colombien.

De même, l'essor du pouvoir de substitution du juge ne va pas sans connaître des limites, au respect desquelles le juge colombien paraît s'être lui-même astreint (d'où peut être l'absence des cas de réformations des décisions de l'autorité de concurrence). Comme pour le cas français, ces limites concernent tant la mise en œuvre du pouvoir de substitution, que des contraintes juridiques, telles que l'impossibilité de statuer au delà des demandes qui lui sont adressées¹²⁴⁰. Parmi ces

l'administration comment opérer. Il faudra dès lors attendre à voir comment le juge administratif applique ces dispositions. De même, il est possible d'envisager à ce que ces dispositions soient portées devant la Cour constitutionnelle pour violation à l'article 116 de la Constitution, norme qui contient le principe de la séparation des pouvoirs.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 170.

¹²⁴⁰ En outre, investi d'un pouvoir de substitution, le juge n'en a pas moins « l'obligation de respecter les formes et procédures de l'administration active », comme le résume M. Yves GAUDEMET. Autrement dit, « puisqu'il fait acte d'administrateur, il doit respecter les mêmes formalités que l'administration » et ne peut alors pas « substituer sa propre décision à celle – irrégulière – de l'administration lorsqu'il n'est pas lui même en mesure d'accomplir ou de respecter toutes les formalités et procédures auxquelles l'administration est assujettie pour prendre la décision en cause », Yves GAUDEMET « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », JCP éd. G., 1999, I, 188, p. 2243.

contraintes se trouvent les règles procédurales et les formalités que le juge administratif colombien doit respecter.

§ 2. LES PROCEDURES DE CONTROLE DE LEURS ACTES

Les procédures que le juge administratif colombien façonne et applique pour le contrôle des actes de l'autorité de concurrence semble également déterminer l'étendue de ses pouvoirs. L'essentiel de la procédure de contrôle de légalité des actes des autorités administratives a été graduellement codifié dans la deuxième partie du Code de contentieux administratif colombien¹²⁴¹. Nous présenterons dans ce paragraphe quelques aspects significatifs de la procédure applicable au contrôle juridictionnel des actes de l'autorité de concurrence.

Une première approche au sujet de la procédure du contrôle des actes de l'autorité de concurrence permet d'affirmer que le système colombien de contentieux administratif ne s'épuise pas dans l'existence d'une seule procédure de nature administrative. Au contraire, ce système développe une pluralité de procédures, dans la mesure où tous les sujets n'ont pas la même intensité ou complexité. Pourtant, la tendance dans les dernières réformes du Code de contentieux administratif a amené à ce que le grand nombre de conflits où l'administration peut être impliquée soit traité par une seule voie¹²⁴². Pour certains, il ne semble pas exister de raisons valables pour maintenir des différences « artificielles » en matière de procédure¹²⁴³.

La procédure contentieuse générale pour le contrôle des décisions de l'autorité de concurrence colombienne est celle prévue pour l'action de nullité et de rétablissement du droit dans le Code de contentieux administratif¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ Décret 01 de 1984, CCA. Cette deuxième partie porte notamment sur l'organisation de la juridiction contentieuse administrative, les fonctions juridictionnelles et de consultation, les règles de compétence, sur les moyens de contrôle des actes administratifs, sur la procédure contentieuse à suivre et les recours à l'encontre des décisions judiciaires.

¹²⁴² Pour le juge constitutionnel colombien, « *la unidad temática y sistemática del código claramente pone de presente la voluntad del legislador extraordinario de regular en un todo, tanto la actuación estatal destinada a la producción de un acto administrativo, como la fase correspondiente a su control, a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo* »; Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-873 de 2001- v. également les conclusions de la Commission présidée par le Conseil d'Etat pour le projet de réforme du Code de contentieux administratif, précité.

¹²⁴³ Jaime Orlando SANTOFIMIO, *op.cit.*, p. 674.

¹²⁴⁴ Article 85 Code de contentieux administratif ; article 137 C.P.A.C.A.

En raison de l'unité de matière reconnue au Code de contentieux administratif colombien¹²⁴⁵, il semble évidente la volonté du législateur de réguler dans un même ensemble tant la procédure d'élaboration des actes administratives que celle de leur contrôle¹²⁴⁶. Dès lors, les mêmes principes et garanties procédurales s'appliquent indistinctement à ces deux procédures. D'où que les mêmes contraintes, garanties procédurales qui suit l'autorité de concurrence doivent être respectées par le juge administratif lors du contrôle de ses actes. Pour le juge constitutionnel colombien, lors de l'exercice de la fonction juridictionnelle en matière du contentieux administratif la compétence du juge ne lui permet pas de se prononcer, par exemple, *ultra* ou *extra petita*. Un jugement en ce sens est jugé contraire aux droits de la défense¹²⁴⁷. En outre, la structure du contentieux administratif se caractérise en droit colombien par le principe d'unité de litige, lequel est défini par les parties. La compétence du juge administratif est par conséquent limitée par la définition du litige opérée par l'opérateur économique, d'un côté, et l'autorité de concurrence, de l'autre côté.

Par comparaison, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a annulé dans toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juin 2009 rendu dans l'affaire des vedettes vendéennes, au terme duquel elle avait rejeté le recours formé contre la décision n°04-D-79 du Conseil de la concurrence¹²⁴⁸. La Cour de cassation fait grief en premier lieu à la Cour d'appel de Paris d'avoir violé le contradictoire en relevant d'office le moyen tiré d'une prétendue spécificité de la détermination du marché pertinent en présence d'un opérateur chargé de missions de service public, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen, alors même que l'article 16 du code de procédure civile français dispose que : « le juge doit, en toute circonstances, faite observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». Conformément à cette disposition, il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. En outre, la Cour de cassation reproche aux magistrats de la Cour

¹²⁴⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-873 de 2001.

¹²⁴⁶ Jaime Orlando SANTOFIMIO, op.cit., p. 674.

¹²⁴⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-873 de 2001.

¹²⁴⁸ A l'exception du rejet de l'exception d'incompétence que la Régie départementale de passagers d'eau de la Vendée (R.D.P.E.V.) persistait à contester.

d'appel de Paris d'avoir méconnu leur office en refusant de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées, et ce au visa de l'article 4 du code civil français qui dispose que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». S'ensuit l'admission de trois motifs de cassation au visa de l'article L. 420-2 du code de commerce. La première pour défaut de base légale, toujours pour avoir refusé de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées¹²⁴⁹. La deuxième pour avoir pris en compte, au stade de la délimitation du marché pertinent, des éléments relevant de l'appréciation de l'abus reproché à l'opérateur concerné, consistant à appliquer des prix prédateurs dans le cadre de ses activités concurrentielles, au lieu de se déterminer au regard des critères de substituabilité admis par la doctrine économique et adoptés par la jurisprudence. La troisième pour avoir refusé de faire application au cas d'espèce des tests de coût utilisés par le juge européen dans les décisions « Akzo » et « Deutsche Post ». Ceci pour établir le caractère abusivement bas des prix pratiqués par une entreprise sur un marché concurrentiel lorsque cette entreprise détient une position dominante sur un autre marché, au motif que ces tests n'obéissent manifestement pas aux mêmes notions comptables et économiques.

Au travers du contentieux plein ou ordinaire, se réalisent tous les litiges de compétence de la juridiction contentieuse administrative qui n'ont pas de procédure spéciale, y compris ceux concernant le contrôle des actes des Superintendances et Commissions de régulation. Ceci constitue la procédure générale par excellence à partir de la réforme de 1989¹²⁵⁰. Conformément à l'article 226 du Code de contentieux administratif, font l'objet d'une procédure spéciale et différente du procès ordinaire, les actions de nullité électorale, les actions constitutionnelles, les procès exécutifs dans toutes ces modalités, l'approbation et l'homologation des conciliations, les expropriations administrative et agricole, les conflits de juridiction et le recours contre les décisions judiciaires de première instance. Seule la procédure

¹²⁴⁹ Alors que dans l'espèce, il aurait fallu à tout le moins rechercher si les services de transports de passagers entre l'île d'Yeu et le continent proposés par la régie et par la société VIIC durant la période estivale étaient considérés par les voyageurs comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de leur usage.

¹²⁵⁰ Décret 2304 de 1989.

entourant les actions constitutionnelles et de groupe présentent un intérêt pour notre analyse sur la pratique du contrôle des actes des autorités de concurrence.

La procédure ordinaire développée dans le Code de contentieux administratif, procédure qui s'applique au contrôle juridictionnel des actes de la SIC, peut être unique ou de deux instances, ceci en fonction des normes de compétence et spécifiquement des matières ou des montants des questions impliquées dans les litiges de l'administration¹²⁵¹. Le Code de contentieux administratif contient une série ordonnée et cohérente des étapes procédurales qui doivent être épuisées pour arriver à la décision finale. Ces étapes, dont le respect s'impose au juge administratif, comprennent : l'arrêt d'admission de la demande et sa notification, le jugement, le cas échéant sur la suspension provisionnelle, la période des preuves, transfert du dossier pour présenter les arguments, la décision et pour finir sa notification.

En ce qui concerne les conditions de recevabilité du recours contre un acte de l'autorité de concurrence, l'omission d'une de ces exigences peut donner lieu à la non admission et à la correction de la demande¹²⁵² ou à ce qu'elle soit invoquée ultérieurement comme cause de nullité processuelle. De même, l'autorité de concurrence peut la proposer en tant qu'exception aux prétentions des opérateurs économiques dans leur demande. Si le défaut subsiste jusqu'à la décision, ce défaut pourra même occasionner un jugement inhibitoire de l'autorité judiciaire compétente¹²⁵³. D'après un examen de la législation colombienne, parmi les conditions de recevabilité de la demande – qui définit l'étendue de son contrôle – il est possible d'identifier : (i) la configuration d'un cas de contentieux administratif qui

¹²⁵¹ En matière de nullité simple la compétence connaître des actes de l'autorité de concurrence, organe de l'administration centrale, revient au Conseil d'Etat. Ici le facteur de compétence est déterminé par la nature de l'organe en question. En matière de nullité simple la compétence peut être aussi déterminée par la matière dans laquelle l'acte est adopté. Les actes de l'autorité de concurrence en matière de propriété industrielle ressort de la compétence du Conseil d'Etat. En matière de nullité et rétablissement du droit, le juge compétent est déterminé en fonction du montant des amendes ou des préjudices subis par le particulier. Le juge administratif est compétent en première instance pour les litiges dont le montant est égal ou inférieur à 300 S.M.M.L.V, le Tribunal de Cundinamarca est compétent pour les affaires dont le montant est supérieur à 300 S.M.M.L.V. Si l'affaire en question n'a pas de montant, la compétence du juge est déterminée par le facteur organique, c'est-à-dire, par la nature de l'organe en question.

¹²⁵² Aux termes de l'article 143 du Code de contentieux administratif.

¹²⁵³ V. sur cette question, Juan Angel PALACIO HINCAPIE, *Derecho procesal administrativo.*, Medellín, éd. Librería jurídica Sánchez, 2004, p. 52.

est de la compétence de cette juridiction¹²⁵⁴ et susceptible de classification dans l'une des actions contentieuses prévues dans la loi¹²⁵⁵ ; (ii) l'habilitation des parties par leur soumission à des règles de compétence ou de capacité (*legitimatío ad processum*)¹²⁵⁶, (iii) l'inexistence de caducité des actions¹²⁵⁷, (iv) la réalisation de la *via gubernativa* dans les cas des actes à portée individuelle¹²⁵⁸, tels qu'en matière des sanctions

¹²⁵⁴ L'acte de l'autorité de concurrence doit être un acte en ferme et publié conformément aux articles 62, 63 et 135 du Code de contentieux administratif (v. également, loi 1437 de 2011 articles 88 et 161, alinéa 2)

¹²⁵⁵ Ce que la doctrine désigne comme « la conformation du cas de contentieux administratif » (*conformación del caso contencioso administrativo*). V. Manuel J. ARGAÑAS, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires: Tipografía éd. Argentina, 1955, p. 23.

¹²⁵⁶ S'agissant d'une part de l'autorité de concurrence, en tant qu'organe faisant partie de l'administration publique, et conformément à l'article 149 du .C.C.A, elle est légitimée pour agir comme demandant, demandée, ou intervenant dans les procès relatifs aux controverses dans lesquelles elle est impliquée. S'agissant d'autre part des particuliers, opérateurs économiques et consommateurs, la capacité pour agir est reprise par le Code de contentieux administratif de l'article 44 du Code de procédure civile. Les articles 149 et 150 du C.C.A contiennent diverses hypothèses en matière de règles de capacité (pour les personnes juridiques nationales de droit privé, les personnes juridiques étrangères de droit privé avec domicile à l'étranger, les personnes juridiques étrangères de droit privé qui n'ont pas d'affaires permanentes en Colombie, entre autres).

¹²⁵⁷ Pour une distinction entre les termes caducité et prescription, v. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 du 21 août 2001. La caducité grosso modo est de strict ordre public et de respect obligatoire, non négociable et à laquelle on ne peut renoncer, qui conduit au rejet de la demande conformément à l'article 143 (170 du C.P.A.C.A.), et, d'être admis, constitue un argument pour fonder le recours de révision (*reposición*) contre l'arrêt qui admet la demande, ou bien pour solliciter la nullité de l'action judiciaire aux termes de l'article 165 du .C.C.A (des articles 207 et 208 du C.P.A.C.A.) V. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux administratif, première chambre, arrêt du 5 novembre 1998, exp. 5145. La caducité peut même être déclarée d'office par le juge, même si l'autorité de concurrence poursuivie ne l'a pas indiqué dans ses exceptions. En ce qui concerne la caducité de l'action de nullité, l'article 136, alinéa 1 du .C.C.A (article 164 du C.P.A.C.A.), signale que celle-ci peut s'exercer à n'importe quel moment à partir de l'expédition de l'acte. Comme nous l'avons indiqué, en vertu de sa nature publique, le législateur colombien n'a pas fixé un terme pour la caducité de cette action. Au contraire, l'alinéa 2 de l'article 136 du Code de contentieux administratif (article 164 C.P.A.C.A) dispose que l'action de nullité et de rétablissement du droit caduque une fois passés quatre mois comptés à partir du jour suivant à la publication, notification, communication ou exécution de l'acte de l'autorité administrative. Il reste à noter que cette exigence paraît comporter une sorte de « cohérence » entre les prétentions de la voie gouvernementale et celles de l'action contentieuse (v. article 137, paragraphe 2 du C.C.A, article 162 du C.P.A.C.A.). La raison semble être fondamentale : « *si la materia no ha sido el objeto del debido agotamiento de la vía gubernativa, respecto de ella no sería procedente el debate jurisprudencial, en virtud de lo establecido de manera perentoria en el artículo 135 del CCA* », Pour une description détaillée de cette question, v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t. 3, p. 469.

¹²⁵⁸ V. articles 62, alinéas 1 et 2, 63 et 135 du Code de contentieux administratif; Cour constitutionnelle, arrêt C-319 du 2 mai 2002, Magistrat rapporteur, Alfredo BELTRAN SIERRA, « *Ahora bien, el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contrarían la Constitución política, sino por el contrario permiten dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta* ». Pour le juge colombien, cette exigence de recevabilité du recours contre les actes administratifs donne à l'administration l'opportunité de corriger ses erreurs et de procéder au rétablissement des droits affectés et, dans cet ordre d'idées, les autorités administratives ont la possibilité de coordonner leurs actions pour contribuer à l'accomplissement des fins étatiques ; v. également pour une présentation de cette exigence procédurale, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-060 de 1996, Magistrat rapporteur, Antonio BARRERA CARBONELL.

économiques imposés par l'autorité de concurrence (v) la conciliation extrajudiciaire préalable lorsqu'elle est nécessaire¹²⁵⁹. Les demandes contre les actes de l'autorité de concurrence suivent les mêmes exigences prévues par le législateur colombien pour l'exercice des actions contentieuses administratives contre les actes de l'administration en général¹²⁶⁰.

Avant l'attribution de la personnalité morale à l'autorité de concurrence¹²⁶¹, sa préséance processuelle devait être assurée par la Nation, au travers du Ministère de l'industrie et du commerce. En droit colombien, la préséance processuelle des entités décentralisées par services, comme c'est aujourd'hui le cas de la SIC, est assurée au travers de son représentant, le Superintendant de l'industrie et du commerce¹²⁶². L'attribution de la personnalité morale en 2007 à l'autorité de concurrence lui a permis récemment de faire appel à des avocats externes pour la première fois. C'est le cas très récent pour répondre à la demande de réparation directe instaurée par l'entreprise de téléphonie mobile Orbitel. Il est déjà permis d'envisager un recours plus significatif à des professionnels externes, en raison de l'élargissement des missions et des pouvoirs de la SIC opéré par la réforme de 2009 et compte tenu de l'insuffisance des ressources dont dispose l'autorité de concurrence.

S'agissant de l'intervention des tiers, le Code de contentieux administratif renvoie, en règle générale, au Code de procédure civile à propos de l'opportunité et

¹²⁵⁹ Conformément à l'article 37 de la loi 640 de 2001, modifié par l'article 1 du décret 131 de 2001, la conciliation extrajudiciaire préalable est devenue une exigence pour l'exercice des actions de réparation directe et des controverses contractuelles. L'omission de cette formalité est sanctionnée par le rejet de la demande (article 36, loi 640 de 2001). Il faut noter que, en matière de contentieux administratif, les conciliateurs sont des agents de la Procuraduría assignés à la juridiction contentieuse administrative (article 23). La procédure de l'audience de conciliation se trouve régulée par cette même loi.

¹²⁶⁰ Nous entendons par demande le document technique et juridique à caractère processuel qui introduit les prétentions devant la juridiction contentieuse administrative. En droit colombien, les conditions que ce document doit respecter se trouvent dans les articles 162 et suivants du nouveau Code de contentieux administratif (ancien article 132 du C.C.A). Ces mêmes règles s'appliquent aux cas des demandes contre les actes de l'autorité de concurrence. Il faut noter toutefois que le juge administratif colombien semble disposer d'un pouvoir d'interprétation pour rendre les demandes conformes à ces exigences, face à des situations de manque de clarté (v. Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 28 août 1997, exp. 10315). Nous ne nous étendrons pas sur les exigences contenues dans ces dispositions du Code de contentieux administratif. Nous insisterons sur l'absence de règles spéciales applicables au contentieux contre les actes de l'autorité de concurrence. Ces règles spéciales n'existant même pas pour la catégorie des superintendances. Pour une explication doctrinale de chacune des formalités de la demande, v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t. 3, p. 449 et ss.

¹²⁶¹ Plan de développement de 2007, précité.

¹²⁶² V. article 149 du Code de contentieux administratif.

du bien fondé de l'intervention de tiers dans le procès contentieux¹²⁶³. Il faut noter que la proposition élaborée par la Commission pour la réforme du Code de contentieux administratif prévoit que dès l'admission de la demande et jusqu'à l'audience initiale, dans les procès de nullité et de rétablissement du droit, toute personne pourra demander d'être tenue comme partie intervenante ou adversaire, *litisconsorte* ou comme intervenant ad *excludendum*¹²⁶⁴.

Le Code de contentieux administratif a incorporé, en vertu des principes de transparence, publicité, contradiction et immédiation – principes qui sont censés encadrer l'activité du juge administratif –, le concept de l'audience publique comme un outil de caractère procédural, qui facilite un rapprochement entre le juge et les parties. Pourtant, l'article 147 (modifié par l'article 28 du décret 2304 de 1989)¹²⁶⁵ maintient une régulation assez timide sur la matière. Cette disposition circonscrit l'audience publique à la discrétionnalité de la partie intéressée à élucider des aspects factuels ou juridiques et octroie au juge compétent une large discrétionnalité pour octroyer les audiences sollicitées. Le régime colombien peut être dès lors qualifié d'écrit et ritualisé¹²⁶⁶. La question sur la généralisation de la dynamique des audiences, notamment en tant que moyen pour flexibiliser l'activité des tribunaux administratifs, reste sans doute ouverte en droit colombien¹²⁶⁷. Il ne nous revient pas d'adopter une position vis-à-vis de la convenance d'une telle généralisation dans cette présentation de la procédure de contrôle des actes de l'autorité de concurrence¹²⁶⁸.

A côté de la procédure générale pour le contrôle juridictionnel des actes de l'autorité de concurrence se trouvent les procédures spéciales prévues par le législateur en matière d'actions constitutionnelles, populaires et du groupe.

¹²⁶³ L'alinéa 3 de l'article 146 du CCA.

¹²⁶⁴ Proposition qui a été maintenue dans la nouvelle version du C.C.A, articles 223 et 224.

¹²⁶⁵ Articles 180 et 181 du nouveau Code de contentieux administratif.

¹²⁶⁶ Jaime Orlando SANTOFIMIO, *op.cit.*, p. 535.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 535.

¹²⁶⁸ Il semble que cette question a été discutée lors des débats qui ont eu lieu dans le cadre de la réforme du Code de contentieux administratif récemment adopté. Les modifications apportées (articles 180 et 181 du C.P.A.C.A) permettent d'apercevoir un recours plus étendu aux audiences. Pourtant, l'incidence réelle de ce que l'on peut qualifier de tendance à une généralisation d'audiences reste à déterminer par la manière dont la juridiction contentieuse applique ces normes.

Les mêmes exigences procédurales s'appliquent lorsque le juge administratif colombien agit comme « juge constitutionnel ». S'agissant de la compétence des actions de tutelle, le décret 1382 de 2000 contient les règles pour la répartition des procès relatives à la tutelle (pour donner application à l'article 37 du Décret 2591 de 1991). Les actions de tutelle qui s'interposent contre n'importe quelle autorité publique de l'ordre national sont réparties, pour en connaître, en première instance, aux tribunaux supérieurs du district judiciaire, administratifs ou les conseils locaux de la judicature¹²⁶⁹. Cela était la situation de la SIC avant qu'elle ne soit dotée de la personnalité morale. Aux juges de circuit ou d'une même catégorie sont attribuées, en première instance, les actions de tutelles contre les organismes ou entités du secteur décentralisé par services de l'ordre national ou de l'autorité publique de l'ordre départemental. Ceci est le cas aujourd'hui pour les tutelles contre les actes administratifs de la SIC. Lorsque les autorités administratives adoptent des décisions dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, conformément à l'article 116 de la Constitution nationale, les tribunaux supérieurs de district judiciaire, administratif ou les *Consejos seccionales de la judicatura* sont compétents pour connaître des actions des tutelles, selon le cas.

La compétence pour connaître des actions populaires se trouve également partagée entre la juridiction ordinaire et la juridiction contentieuse administrative. En ce sens, l'article 15 de la loi 472 de 1998 prévoit que la juridiction contentieuse administrative connaît des procédures qui s'initient à l'occasion de l'exercice d'actions populaires provoquées par des actes, actions ou omissions des entités publiques et des personnes privées qui occupent des fonctions publiques. Dans les autres cas, la compétence pour connaître ces actions est de la juridiction civile ordinaire. Quant à la légitimité pour exercer les actions populaires, elles peuvent être exercés par toute personne et il n'est pas nécessaire avoir subi un dommage économique propre¹²⁷⁰. Le nouveau Code de contentieux administratif dispose que, avant de présenter la demande pour la protection des droits et intérêts collectifs,

¹²⁶⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionalité C-713 de 2008.

¹²⁷⁰ L'alinéa 1 de l'article 12 de la loi 472 de 1998 dispose que toute personne naturel ou morale pourra exercer les actions populaires, raison pour laquelle, et en raison de la finalité de cette action, c'est-à-dire la défense des droits et intérêts collectifs, il n'est pas nécessaire l'existence d'un dommage ou d'un intérêt lésé. Conseil d'Etat Colombien, section du contentieux, troisième chambre,

l'actionnant doit demander à l'autorité de concurrence de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection du droit ou intérêt collectif menacé ou effectivement lésé. Si l'autorité ne prend pas ces mesures, dans les quinze jours qui suivent la présentation de la demande ou s'elle refuse de le faire, l'intéressé pourra faire appel au juge. Dans des cas exceptionnels, l'actionnant pourra se présenter devant le juge, sans avoir rempli cette condition de recevabilité de la demande, dans le cas où l'attente contre les droits ou intérêts collectifs soit imminente, situation qui devra être bien motivé dans l'écrit de la demande¹²⁷¹. La procédure des actions populaires est assez complexe. On aurait pu s'attendre à ce que la régulation de ces actions soit aussi simple que celle de l'action de tutelle. Cependant, le législateur colombien semble avoir dessiné une procédure spéciale, avec des démarches et des formalités qui éloignent les citoyens de son utilisation. Ceci semble également le cas des procédures en matière des actions de groupe ou de classe.

La compétence pour connaître des actions de groupe ou de classe se trouve aussi partagée entre la juridiction ordinaire et la juridiction contentieuse administrative. L'article 50 de la loi 472 de 1998 établit que la juridiction contentieuse administrative, conformément aux règles de compétence¹²⁷², est compétente pour les actions de groupe ou de classe initiées à l'encontre des actes, actions ou omissions des entités publiques ; dans les autres cas, le juge compétent est le juge civil. Pour que l'action de groupe soit recevable, il est nécessaire que le nombre pluriel des personnes affectés par l'activité de la SIC se trouvent dans des conditions uniformes par rapport aux préjudices subis, c'est le lien de causalité et le fait générateur du dommage¹²⁷³. La procédure est assez complexe dans la mesure où le législateur a introduit énormément d'inconvénients processuels qui limitent l'exercice de cette action¹²⁷⁴. Les articles 52 à 58 de la loi 472 de 1998 contiennent

arrêt n 63001-23-31-000-2001-0231-01 AP, Conseiller rapporteur, Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO.

¹²⁷¹ Article 144 du C.P.A.C.A.

¹²⁷² Article 51, loi 472 de 1998.

¹²⁷³ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1062 de 2000.

¹²⁷⁴ Le législateur colombien a prévu des formalités et des conditions qui semblent éloigner les citoyens d'une utilisation directe, de telle sorte qu'ils doivent y recourir dans la pratique au travers des avocats experts, contrairement à ce qu'est le cas pour l'action de tutelle, et contrairement à ce qui a été l'intention du constituant. Pour une présentation de ces contraintes procédurales, v. Javier

les exigences procédurales relatives aux formalités de la demande, les règles en matière d'admission de la demande, de contestation et formulation des exceptions, des mesures conservatoires, de l'audience de conciliation, de la période des preuves et de la décision du juge.

Dans de nombreux cas, l'annulation d'un acte laissera à l'autorité de concurrence chargée de prendre une nouvelle décision une marge d'appréciation presque intacte. Mais on peut supposer, comme le montre le cas ANDIVEP, que le pouvoir d'annulation du juge colombien peut être exercé de manière « normale » ou « approfondie »¹²⁷⁵, et alors substituer, si les éléments de fait le lui permettent, sa propre appréciation des faits à celle de l'autorité de concurrence. Comme pour son homologue français, lorsque le juge colombien accepte d'annuler une résolution de l'autorité de concurrence, mais refuse pour autant de modifier la décision en question en ordonnant à la SIC de reprendre la procédure, aucune règle constitutionnelle ou législative s'oppose à la réformation de l'acte de l'autorité de concurrence¹²⁷⁶. Si le juge colombien s'interdit généralement de substituer ses propres décisions à celles de l'administration, préservant de cette façon un certain pouvoir discrétionnaire au profit de cette dernière, « c'est un écho à la conception traditionnelle de la fonction du juge administratif »¹²⁷⁷.

TAMAYO JARAMILLO, *Las acciones populares y de grupo*, Bogotá : éd. Baker & Mackenzie, pp. 184 et ss.

¹²⁷⁵ Suivant les expressions, termes utilisés par Martin COLLET ; v. Martin COLLET, *op.cit.*, p. 177.

¹²⁷⁶ C'est le cas aujourd'hui en France, pour l'essentiel à propos des sanctions. D'après l'analyse comparative sur l'évolution du contrôle juridictionnel français des actes des autorités de concurrence, il est possible d'attendre à ce que le juge colombien exerce un contrôle plus approfondie sur les actes de la SIC. En France, on peut citer une affaire récente concernant le cartel du négoce de l'acier. Dans cette affaire la Cour d'appel de Paris réforme la décision n°08-D-32 adoptée par le Conseil de la concurrence le 16 décembre 2008, réduisant de façon drastique, quoiqu'elle n'ait rien trouvé à redire sur la qualification des pratiques d'entente sur les prix et sur la répartition des marchés et des clients, le montant des amendes infligées par le Conseil (arrêt du 19 janvier 2010). Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris n'a pas fait l'objet du recours. Il est néanmoins permis de s'interroger sur l'existence des divergences entre l'autorité de concurrence et l'autorité chargée de contrôler ses décisions dans l'interprétation qu'elles font de l'article L. 464-2 du Code de commerce français (notamment dans la méthode de calcul des amendes et de la prise en compte du contexte de la crise économique) Les divergences d'appréciation sur la politique à suivre en matière de sanction appellent à une clarification. Il est possible de se demander si l'autorité française de la concurrence applique le droit communautaire et si la politique de sanction qu'elle met en œuvre doit être cohérente avec celle appliquée au sein du REC, duquel elle fait partie intégrante. Nous devons regretter le manque d'occasion donnée à la Cour de Cassation pour apporter à la compréhension de l'article L.464-2 du Code de commerce.

¹²⁷⁷ Pour Martin COLLET, cette autolimitation du juge constitue une expression « d'une certaine conception de la démocratie ». En ce sens, lorsque le juge sort de sa fonction et empiète trop sur les

Dans les systèmes ayant « externalisé » la régulation de la concurrence ce contrôle du juge apparaît comme contrepartie de l'absence de toute subordination, de toute possibilité donnée au gouvernement d'adresser des instructions à l'autorité de concurrence. Il s'inscrit, comme la responsabilité devant des instances parlementaires, dans l'idée d'un contrepoids à leur pouvoir discrétionnaire. Si l'efficacité du recours juridictionnel en droit colombien peut être mise en doute, et probablement améliorée, l'intérêt de son existence n'est, néanmoins, plus contestable. En effet, le recours juridictionnel contre les actes des autorités de concurrence « indépendantes » évite de créer une immunité juridictionnelle, dans un domaine dont la finalité essentielle semble bien être la protection des règles de concurrence au bénéfice du consommateur¹²⁷⁸. De plus, il permet de créer un contre-pouvoir face aux prérogatives décisionnelles et « quasi-juridictionnelles » confiées à une entité supposée « indépendante » du pouvoir exécutif. Ensuite, le contrôle du juge semble donner une certaine légitimité aux décisions des régulateurs « indépendants » et les lave de tout soupçon d'arbitraire. Enfin, à l'égard du modèle d'Etat social de droit¹²⁷⁹, l'absence de recours juridictionnel contre les actes d'autorités de concurrence apparaît inconcevable.

Ce sont les problèmes de l'intensité du contrôle du juge et de ses pouvoirs qui continuent à poser des questions. En droit colombien, le juge dispose-t-il des moyens nécessaires pour l'exercice d'un recours efficace sur les actes des l'autorité de concurrence ? Le contrôle du juge colombien prend la forme d'une voie de recours en annulation contre les actes pris par l'autorité de concurrence, d'un contrôle de pleine

compétences du parlement et du gouvernement, organes normalement habilités à créer du droit, le rapproche qui peut être adressé au juge traduit un sentiment que ce dernier menace l'idée qu'on se fait de la démocratie, de la responsabilité politique, de la fonction juridictionnelle. Martin COLLET, *op.cit.*, p. 170.

¹²⁷⁸ Suivant l'approche retenue par l'UNCTAD, l'objectif de la plupart des normes sur la concurrence serait d'augmenter la productivité des entreprises *en pro* des consommateurs. « Bien que les législations nationales aient recueilli de diverses manières les objectifs de la loi [loi de défense de la concurrence préparée par l'UNCTAD], le dénominateur commun toujours présente dans les législations nationales est la protection de la défense économique en pro des consommateurs, la situation des petits producteurs et le développement économique, en général, afin de maintenir la libre interférence des marchés ? et d'assurer de cette manière la transparence » ; UNCTAD, *Manuel pour la formulation et l'application des lois de concurrence*, éd. en espagnol, 2004, précité.

¹²⁷⁹ Article 2, Constitution colombienne de 1991.

juridiction sur le pouvoir de sanction et de règlement des différends détenu par celle-ci et d'un contrôle des dommages causés par son activité qui peut conduire à la mise en jeu de la responsabilité de la SIC en cas de faute lourde.

L'identification d'une faute lourde dans l'activité de l'autorité de concurrence comporte une dimension normative. En formulant celle-ci, le juge semble définir une norme censée conduire à l'autorité administrative dans l'application et la formulation des règles de concurrence. Pour mesurer la fonction normative de la responsabilité pour faute, le juge doit déterminer s'il y a une violation des règles tirées du droit interne (ou bien de droit supranational, selon le système en question), applicables à l'activité concernée. On songe évidemment au droit de la concurrence mais aussi à des dispositions plus générales non spécifiques à cette discipline. Il appartient alors au juge de qualifier l'activité de l'autorité de concurrence et, en y voyant une faute, de définir le cadre de l'action légale. En droit administratif colombien, il faut passer par l'examen du contentieux de l'excès de pouvoir pour identifier la légalité de référence des actes en matière de concurrence¹²⁸⁰. Le constat de l'illégalité est aussi celui d'une faute. Le contentieux de la légalité semble dès lors préparer l'action en réparation qui pourra être engagée sous certaines conditions.

¹²⁸⁰ On se reportera sur cette question à l'étude du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence, rapport public 2002 », EDCE n. 53.

Titre II

LA RESPONSABILITE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES DE CONCURRENCE

L'autorité de concurrence est censée être indépendante pour assurer ses missions, dès l'instant que l'Etat est partie prenante dans le libre jeu de la concurrence¹²⁸¹. Cette idée peut être soutenue, alors même que le marché ne voit s'opposer que des compétiteurs privés, si un « degré de décrochage » dans l'organisation de la concurrence par rapport au gouvernement permet de soutenir la confiance des opérateurs, par exemple celle des investisseurs¹²⁸².

Certains auteurs ont pu affirmer que le mécanisme de la responsabilité des autorités de concurrence, en tant qu'extension du contrôle juridictionnel sur leur activité, n'était pas pertinent¹²⁸³. Cette idée est appuyée par le fait que, par la

¹²⁸¹ Voir supra, p. 76 et s.

¹²⁸² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Responsabilité et régulations économiques*, Paris : Presses de Science Po et Dalloz, thèmes et commentaires, 2007, p. 66.

¹²⁸³ Si le débat autour d'un procédé en matière de responsabilité placé entre les mains de juge est absent en droit colombien, il a été fort présent dans le système américain. Dans les années 1950 et 1960, un premier groupe de professeurs en science politique cherchait diverses manières de limiter la discrétionnalité administrative des agences fédérales américaines. Une de ces manières était l'hypothèse d'une mise en jeu de la responsabilité de ces agences par l'usage d'un procédé placé entre les mains d'une autorité juridictionnelle. Ce groupe incluait les ouvrages de Henry FRIENDLY, Walter GELLHORN, Clark BYSE, Kenneth CULP DAVIS et Louis JAFFE. Ce dernier, dans son ouvrage intitulé *Judicial Control of Administrative Action*, lance par exemple des critiques assez virulentes contre les théoriciens du New Deal. Ces théoriciens, défendaient à leur tour l'idée selon laquelle l'exception dite « des fonctions discrétionnaires » consacrée dans le *Federal Tort Claims Act* (FTCA) constituait une garantie en faveur des agences fédérales contre tout possible « sabotage » judiciaire du processus administratif (v. en ce sens, Frederick BLACHY et Miriam E. OATMAN, « Sabotage of the Administrative Process », *Public Admin. Rev.*; 1946, vol. 6, p. 213). JEFFE demande aux juges d'adopter une « *hard look* » approche. Il voyait dans le contrôle judiciaire de l'activité des agences fédérales un contrepois nécessaire à un pouvoir discrétionnaire qu'il qualifie d'« *unfair* ». Cette idée semble partagée par DAVIS, pour qui « *injustice at the hands of administrators is directly proportional to the amount of discretion floating free in agencies* ». Plus récemment, quelques professeurs en science politique semblent avoir adopté une approche plus souple. Bien qu'ils continuent à s'opposer à la théorie administrative du New Deal (*New Deal administrative theory*), ils embrassent l'anti-légalisme dans la formulation du contrôle sur les agences fédérales américaines. Ils estiment dès lors que le contrôle sur les organes administratifs ne doit pas forcément provenir des tribunaux « *judicial participation in the administrative process is not indispensable* » (v. par exemple, Harold J. KRENT, « *Reviewing Agency Action for Inconsistency with Prior Rules and Regulations* », *Chi.-Kent L. Rev.*, 1997, vol. 72, p. 1187) et les effets peuvent être même « pervers » (*Ibid.*, p. 1189). Un dernier groupe d'auteurs estime que les tribunaux, compte tenu des dangers liés

responsabilité, le juge peut déterminer la manière dont l'autorité de la concurrence devrait appliquer des règles concurrentielles¹²⁸⁴. En outre, pour certains auteurs, si l'illégalité fautive de l'autorité de concurrence est génératrice d'un préjudice économique dont il est demandé réparation, le mécanisme de responsabilité peut jouer son rôle d'organisation des situations juridiques à venir¹²⁸⁵. Ce mécanisme est alors susceptible de restreindre le pouvoir discrétionnaire de ces autorités. La responsabilité pour faute des autorités de concurrence apparaît-elle comme une sorte de contrôle judiciaire restreint déguisé ?

Pourtant, si l'idée d'une conception renouvelée de la séparation des pouvoirs, sous la forme des checks and balances, sert à justifier celle de l'« indépendance » des autorités de concurrence, elle impose aussi une série de mécanismes de « reddition de comptes » face aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux citoyens¹²⁸⁶. Le contrôle

au contrôle judiciaire (en termes de rapidité, efficacité et approche technique dans les décisions, par exemple), doivent s'autolimiter et interpréter les règles sur la responsabilité des agences fédérales de manière plus étroite (v. en ce sens William WEAVER, « Bureaucracy that Kills : Federal Sovereign Immunity and the Discretionary Function Exception », *Am. P. S. Rev.*, 2002, vol 96, n° 2, p. 335).

¹²⁸⁴ Ici, l'efficacité de l'intervention judiciaire est mise en question. Suivant les observations formulées par ROSENBLOOM, l'activité d'organisation de la concurrence, notamment dans l'application et le dessin des règles de concurrence, demande une expertise technique et la capacité de conduire un « long-range planning » ainsi qu'une analyse des politiques de concurrence, capacités que les tribunaux ne possèdent pas. v. David H. ROSENBLOOM, « Whose Bureaucracy is This, Anyway ? Congress' 1946 Answer », *Political Science and Politics*, 1991, vol. 35, p. 20

¹²⁸⁵ Pour Aude ROYERE, le temps du droit de la responsabilité est celui du présent – le temps du contentieux – mais peut être encore celui du passé – le fait générateur plus ou moins ancien – et, dans une moindre mesure, celui du futur si l'on prête aux décisions juridictionnelles une capacité à orienter les comportements à venir ». La régulation, suivant la définition donnée pour M. Gérard MARCOU, s'inscrit, à son tour, dans une quête d'équilibre constante, qui se construit de façon incrémentale à partir des différentes techniques. « Elle est elle-même un processus continu d'encadrement et d'accompagnement incitatif des comportements, c'est-à-dire une action en mouvement ». Dès lors, le croisement du mécanisme de la responsabilité et de la régulation apparaît possible et nécessaire (Aude ROUYERE, « Responsabilité civile et régulation, éléments d'une rencontre », in *Responsabilité et régulations économiques*, op.cit., p. 20). De même, pour Marie-Anne FRISON-ROCHE, le temps pertinent de la responsabilité n'est plus l'acte passé (faute avérée), mais l'acte futur (comportement attendu). En matière de régulation économique, « la prescription juridique devient davantage une obligation d'agir, pour que l'agent porte l'intérêt général, qu'une simple interdiction (obligation de ne pas commettre une faute) ». Ceci semble vrai dans le cas de la responsabilité du régulateur, autorité de concurrence. Si l'autorité de concurrence voit sa responsabilité engagée par un opérateur qui estime avoir été gêné dans la conduite de son activité, il est probable que cette même autorité prend soin de ne pas reproduire cette illégalité dans la production des règlements et décisions individuelles. La régulation semble dès lors mener à une conception radicalement instrumentale de la responsabilité (v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », *op. cit.*, 2007, p. 58).

¹²⁸⁶ Pour certains auteurs, l'autorité de concurrence, en tant que régulateur « indépendant », gouverne le secteur économique qu'elle doit ériger et dont elle doit organiser le jeu concurrentiel. Pour ceci,

juridictionnel, en tant que contrepoids de l'indépendance, vise à garantir le respect de la légalité de référence des actes en matière de régulation économique (et la réparation des préjudices dérivant de toute illégalité des actes émis). C'est en ce sens que la mise en jeu de la responsabilité semble participer à cette recherche d'*accountability*.

Le concept d'*accountability* peut se traduire par la « responsabilité », mais ne doit pas être assimilé à la responsabilité politique¹²⁸⁷ ou à la seule responsabilité juridique. Il renvoie à une conception plus large de responsabilité propre à la fonction publique, pouvant justifier les actions administratives et les dépenses publiques¹²⁸⁸. Parmi les instruments de « reddition des comptes » qui intègrent la notion d'*accountability*, il est possible de placer celui de la responsabilité juridique. Nous entendons ici par responsabilité « le mécanisme de responsabilité visant à la réparation du dommage qui a été causé à autrui par le sujet du droit auquel est imputable le fait dommageable »¹²⁸⁹. Mais, le fait de changer de langue, en évoquant

elle doit maintenir certains équilibres grâce notamment au processus de responsabilité des opérateurs économiques. Comme elle engage directement ce processus à leur encontre, elle possède un pouvoir qui, pour le cas français, ne semble pas soumis à de véritables contrôles (mécanismes de contrôle exprimant l'idée des checks and balances). Par la consécration de la responsabilité de l'autorité de concurrence il serait possible de limiter un tel pouvoir, « par le biais d'un effet miroir » ; v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », *op. cit.*, 2007, p. 66. Si bien que le mécanisme de la responsabilité de l'autorité de concurrence peut constituer un outil efficace en cas d'externalisation de la régulation de la concurrence dans une autorité transversale « indépendante » - ou sectorielles « indépendantes ». Peut constituer un élément permettant de trouver un équilibre.

¹²⁸⁷ V. sur la notion de responsabilité politique en droit colombien, Germán LOZANO-VILLEGAS, « Control político y responsabilidad política en Colombia », *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 2009, n° 22, p. 231.

¹²⁸⁸ Hubert DELZANGLES, *op. cit.*, p. 440.

¹²⁸⁹ Nous prenons ici la définition de responsabilité civile donnée par Aude ROUYERE. Cette définition semble axée sur les effets de la responsabilité et non à partir du régime juridique applicable. Pour cet auteur, une définition axée sur les effets de la responsabilité a le mérite de permettre de la distinguer notamment de la responsabilité pénale. En revanche, une définition établie à partir du régime juridique applicable amène à opposer la responsabilité civile à la responsabilité administrative. Selon madame ROUYERE, « cette approche ne nous semble plus opportune compte tenu de la consécration de fondements juridiques communs tirés, notamment, des règles constitutionnelles et européennes », Aude ROUYERE, « Responsabilité civile et régulation, éléments d'une rencontre », dans *Responsabilité et régulations économiques*, *op. cit.*, p. 19, note 1. Cette situation est transposable au cas colombien notamment à partir de la consécration dans l'article 90 de la Constitution de 1991 d'un fondement constitutionnel commun à ces deux types de responsabilités (Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832/2001). En outre, nous excluons la responsabilité disciplinaire de notre étude, car nous étudions dans ce titre les éléments susceptibles de contourner l'indépendance des autorités de concurrence. Le régime disciplinaire applicable aux membres des autorités de concurrence ne saurait faire partie du contentieux à l'encontre des autorités de concurrence. S'agissant enfin de la responsabilité pénale, comme indiquée par Marie-Anne

l'accountability du régulateur suffit-il à résoudre l'opposition entre « indépendance » et responsabilité des autorités de concurrence ?¹²⁹⁰

La question de la responsabilité civile en matière de régulation de la concurrence est un exposé fort complexe en droit colombien. Complexe puisqu'il faut arriver d'abord à distinguer s'il s'agit de l'hypothèse de responsabilité de l'opérateur ou bien de celle du régulateur, autorité de concurrence¹²⁹¹. Dans la première hypothèse, la responsabilité apparaît non seulement comme une clé de l'autorégulation des opérateurs économiques, mais aussi comme un mode pour l'autorité de concurrence de gouvernement des marchés¹²⁹². Dans la deuxième hypothèse, le mécanisme de la responsabilité du régulateur se montrerait incompatible, au moins à première vue, avec l'idée de l'indépendance. Ceci nous amène à la problématique générale de la responsabilité pensée dans son adéquation avec les régulations économiques¹²⁹³. Le mécanisme de la responsabilité civile de l'autorité de concurrence est-il opératoire en droit colombien ?

Comme en droit français, la question de la responsabilité, du fait des dommages occasionnés par le fonctionnement défectueux de l'autorité de concurrence colombienne, demande qu'on arrive ensuite à distinguer responsabilité civile de l'Etat

FRISON-ROCHE, si le temps pertinent de la responsabilité n'est plus l'acte passé, mais l'acte futur, « dans cette adéquation générale entre responsabilité et régulation économique, la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale perd sa pertinence, puisque celle-ci puise essentiellement dans la distinction des fautes, ce qui suppose un rattachement préalable à l'acte passé, lequel n'est plus au premier plan dans les régulations économiques ». Le critère de distinction entre ces deux types de responsabilité constitue en outre une référence à l'efficacité des sanctions. Dès lors, l'intégration de la peine de prison dans les mécanismes de régulation est souvent justifiée pour contrebalancer la grande chance des opérateurs de n'être pas découverts, du fait de l'asymétrie d'information, dans le même temps que la sanction peut constituer l'objet de transaction et de la politique de clémence ; v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 58.

¹²⁹⁰ V. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 58.

¹²⁹¹ Si d'un point de vue méthodologique notre étude est dédiée principalement à l'analyse de l'hypothèse de la responsabilité de l'autorité de concurrence, ceci n'exclut pas cependant quelques références à l'hypothèse de celle des opérateurs économiques.

¹²⁹² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 64; Elle peut même constituer un « mécanisme d'autorégulation ».

¹²⁹³ L'hypothèse de la responsabilité civile paraît occuper une place dans les outils de la régulation de la concurrence. La propriété normative de la décision juridictionnelle sanctionnant une responsabilité civile apparaît comme un outil de régulation, dans la mesure où elle renferme une règle de portée générale relative aux actions futures (du contrôlé au contrôleur). Le mécanisme de la responsabilité civile vise alors à la répartition des dommages constitutifs d'un préjudice et à donner aux acteurs une norme de comportement identifiable à partir des traits de la faute établie à la charge du défendeur ; *Ibid.*, p. 61.

et responsabilité civile personnelle de ses membres ou fonctionnaires exerçant les fonctions d'organisation de la concurrence¹²⁹⁴. Le premier type de responsabilité, c'est-à-dire, celle dérivée du fait des dommages causés par le fonctionnement des services de régulation de la concurrence, présente un intérêt dans l'examen des contours à l'« indépendance » des autorités de concurrence. S'agissant des organes collégiaux de concurrence, il est même possible d'affirmer que seule cette hypothèse permet d'évoquer le contentieux contre ces autorités, susceptible de menacer leur « indépendance », puisque elles sont considérées dans son ensemble, en tant qu'institution ou entité, organisant la régulation de la concurrence au nom de l'Etat¹²⁹⁵. A l'égard des autorités ayant un directeur à leur tête, comme c'est le cas de la SIC, la responsabilité civile personnelle du Superintendant semble aussi susceptible de restreindre la liberté décisionnelle de l'autorité de concurrence. Si le Superintendant voit sa responsabilité engagée par un opérateur qui estime avoir été gêné dans la conduite de son activité, il est probable qu'il prendra soin de ne pas reproduire cette illégalité dans la production des règlements et décisions individuelles.

De son côté, le contentieux de la responsabilité de l'Etat, étant donné les dommages occasionnés par le fonctionnement défectueux de l'autorité de concurrence colombienne, n'est pas prévu dans les dispositions de la loi 155 de 1959, du décret 2153 ou de la nouvelle loi 1340 de 2009. Le caractère lacunaire prononcé des textes concernant le contentieux de l'autorité de la concurrence amène à s'interroger sur le régime qui est applicable en raison de recours en indemnisation exercés devant le juge colombien pour fonctionnement défectueux de la SIC. Si les principes qui fondent le régime général de la responsabilité de l'Etat peuvent être applicables au cas spécifique de l'autorité de concurrence colombienne (Chapitre 1), les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité par le juge restent difficiles à circonscrire ; ceci étant dû principalement à la rareté des décisions rendues sur cette question (Chapitre 2).

¹²⁹⁴ Il faut rappeler que, à la différence d'autres autorités de concurrence, la SIC n'est pas une autorité collégiale. A côté de la responsabilité du Superintendant de l'industrie et du commerce, il est possible d'envisager celle des Superintendants délégués. L'Etat est faculté par l'article 90 de la Constitution colombienne pour obtenir de fonctionnaire responsable les dommages et intérêts indemnisés aux opérateurs économiques; V. pour l'*acción de repetición*, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 832 de 2001.

Chapitre 1

LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE DES AUTORITES DE CONCURRENCE

Comme pour d'autres systèmes, le principe de la responsabilité patrimoniale de l'Etat colombien est une institution de création notamment jurisprudentielle, dont l'évolution commence dans une période historique durant laquelle le dogme était celui de l'irresponsabilité de la puissance publique¹²⁹⁶. Ce processus a commencé en droit colombien par la formulation jurisprudentielle du mécanisme de la responsabilité en raison de la « nouvelle réalité sociale et économique qui imposait la nécessité d'un majeur interventionnisme de l'Etat »¹²⁹⁷. La transposition du mécanisme de la responsabilité civile à la sphère de la régulation économique (à supposer qu'il soit possible de la distinguer de la régulation sociale), invite à déterminer qui doit répondre pour l'efficacité des mécanismes d'« intervention de l'Etat » dans le marché. Si les régulations économiques constituent un ensemble de

¹²⁹⁵ Jean Jacques MENEURET, *op.cit.*, p. 472.

¹²⁹⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832/2001 du 8 août 2001. La Cour suprême de justice, à partir de l'arrêt du 22 octobre 1896, et pendant les premières décennies du XX^{ème} siècle, commence le processus de formulation jurisprudentielle de l'institution, sur les dispositions du Code civil. Ceci constitue une transformation juridique qui se présente dans la plupart des systèmes de droit public. L'évolution de la Cour suprême de justice comprend trois périodes : celui de la responsabilité indirecte, celui de la responsabilité directe et celui de la faute du service. Le processus de perfectionnement du mécanisme a eu une nouvelle impulsion d'après la loi 167 de 1941 qui confère au Conseil d'Etat la compétence pour connaître les actions en réparation contre les entités publiques. Cette corporation élabore une doctrine jurisprudentielle qui inclut des principes et normes de droit public et institutions du Code civil, des articles 2, 16 et 30 de la Constitution de 1886, qui consacraient le principe de légalité, le devoir de l'Etat de protéger la vie et les biens des citoyens et la garantie de la propriété privée et des droits acquis à juste titre. Conseil d'Etat, section du contentieux, arrêt du 28 octobre de 1976, Conseiller rapporteur, Jorge VALENCIA ARANGO. Par comparaison, en droit français, la responsabilité de l'administration a connu depuis le XIX^{ème} siècle, une extension considérable. Cette évolution est décrite par Yves GAUDEMET de la manière suivante : « le point de départ a été le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique que l'on trouve du reste à l'origine de tous les droits publics. Au milieu du XIX^{ème} siècle, l'idée dominante était encore que la responsabilité de l'Etat n'apparaît que lorsqu'il agit comme personne privée. L'Etat souverain est irresponsable, sauf cas limitativement prévus par la loi. Les préjudices entraînés par le jeu des services publics sont un risque à courir pour les administrés, la compensation des avantages que ces services leur procurent. A la fin du XIX^{ème} siècle, les auteurs constatent encore l'existence de ces principes et si l'arrêt Blanco affirme l'autonomie de la responsabilité administrative, c'est dans le sens de son application restrictive (...). Partie de là, la responsabilité de l'administration s'est étendue dans tous les domaines ». Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, point 1663.

¹²⁹⁷ Cour Suprême de Justice colombienne, arrêt du 22 octobre 1896, précité.

dispositifs visant à corriger les perturbations¹²⁹⁸ endogènes ou de mettre en œuvre les perturbations exogènes au marché¹²⁹⁹, les autorités de régulation chargées d'opérer ces dispositifs apparaissent comme les responsables de l'organisation du système de régulation instauré¹³⁰⁰.

Pour assurer un « équilibre » entre la maximisation du surplus des demandeurs (consommateurs ou opérateurs économique acheteurs) et la maximisation du surplus des offreurs (opérateurs économiques)¹³⁰¹, le régulateur transversal de la concurrence, autorité administrative décentralisée par services dans le cas colombien, poursuit des missions diverses : corriger les biais structurels, sanctionner des comportements non désirables, mettre en œuvre des actions pour aboutir à des objectifs et résultats que le marché ne pourrait attendre « spontanément »¹³⁰². Schématiquement, ces missions induisent des actions ex post et des actions ex ante.

L'autorité de concurrence colombienne, du fait des actes qu'elle produit ou de ses agissements, est susceptible de commettre une illégalité qui puisse donner lieu à une condamnation pour dommages et intérêts. Cependant, à ce jour, la SIC n'a pas commis un tel type d'illégalité. Il est dès lors permis de se demander sous quels fondements les opérateurs économiques peuvent mettre en jeu la responsabilité du

¹²⁹⁸ Pour Laurent BENZONI, le terme perturbation employé doit être entendu dans une acception positive. « Il n'a donc aucune vocation normative, « morale », ou « moralisante » ; v. Laurent BENZONI, « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs, un point de vue économique », in *Responsabilité et régulations économiques*, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹⁹ Il est possible de distinguer deux types de perturbations endogènes des conditions de la concurrence pure et parfaite : d'une part, les perturbations qui s'imposent à tous les acteurs (perturbations structurelles) et, d'autre part, les perturbations qui procèdent de l'intention d'un ou plusieurs acteurs (perturbations comportementales). La responsabilité de l'Etat peut être perçue comme un moyen d'éviter une perturbation de l'« équilibre » permettant la meilleure allocation des ressources au sein de l'économie (maximisation du bien-être collectif) ; *Ibid.*, p. 45.

¹³⁰⁰ On raisonne ici exclusivement par rapport à la responsabilité du régulateur et non sur celle de l'opérateur économique. Les agents économiques sont indépendants, puisque nous sommes dans un système libéral de marché, fonctionnant sur la liberté des acteurs, aussi bien offreurs que demandeurs. Dans ce système, le mécanisme de la responsabilité civile des opérateurs peut se montrer comme un mode d'autorégulation, mais aussi comme la manière pour l'autorité de régulation de gouverner le marché (v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 60). Il est dès lors possible pour l'autorité de concurrence, en tant que régulateur, d'imputer une responsabilité aux agents dont elle attend un comportement adéquat pour le bon fonctionnement du marché, par exemple au regard des obligations d'information, de sécurité, de transparence, de mise en garde, etc. Ceci n'exclut pas son application judiciaire. La responsabilité des opérateurs coexiste dans ce système libéral avec celle du régulateur. La concurrence dévoile à la fois un intérêt général à protéger et un droit individuel.

¹³⁰¹ Laurent BENZONI, *op.cit.*, p. 43.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 45.

régulateur de la concurrence. Considérer l'existence d'un droit de la régulation économique autonome –par rapport aux branches classiques du droit¹³⁰³–, invite à s'interroger sur les fondements de la responsabilité comme mécanisme de gouvernance des marchés (par l'influence rétrospective ou anticipée qu'elle peut avoir sur les décisions du régulateur transversal de la concurrence).

A défaut de jurisprudence sur le cas spécifique de la SIC, il faut se reporter au régime juridique général applicable aux superintendances et organes faisant partie de l'administration centrale – telles que les commissions de régulation –. Il faut noter que seules les autorités ayant des traits communs avec la SIC sont susceptibles d'apporter des réponses sur les éléments qui fondent la responsabilité de l'autorité de concurrence. Les fondements de la responsabilité des autorités de concurrence peuvent être tirés de leur statut (section 1), mais aussi de l'ensemble des dispositifs de régulation qu'elles emploient pour organiser la concurrence (section 2).

Section 1

LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE TIRES DE LEUR STATUT

Dans son statut, l'autorité de concurrence colombienne est une autorité administrative à « caractère technique », rattachée au Ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme, qui dispose d'une autonomie administrative, financière et patrimoniale¹³⁰⁴. En tant qu'autorité administrative décentralisée par services, le régime général de responsabilité applicable aux organes qui intègrent l'administration centrale semble applicable à la Surintendance de l'industrie et du commerce (§1). Par comparaison, les autorités de concurrence française et américaine possèdent une indépendance statutaire garantie par la suppression du lien hiérarchique, mais aussi celui de tutelle de la part des ministres. Si l'externalisation de la fonction de régulation de la concurrence permet d'avancer vers un degré plus grand d'indépendance, le mécanisme de la responsabilité, plutôt que d'être opposé à l'idée

¹³⁰³ C'est-à-dire celles qui se rattachent traditionnellement à la *summa divisio* du droit public et du droit privé ; Marie-Anne FRISON-ROCE, « Le droit de la régulation, objet d'une branche de droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 3 à 7.

¹³⁰⁴ Article 1, décret 2153 de 1992 et plan de développement du gouvernement colombien de 2007, précité.

d'un régulateur « indépendant », peut se montrer comme un complément des garanties statutaires permettant une plus grande liberté fonctionnelle (§ 2).

§ 1. LE REGULATEUR DE CONCURRENCE : AUTORITE DE NATURE ADMINISTRATIVE

La Superintendance de l'industrie et du commerce est, conformément à l'article 38 de la loi 489 de 1998 définie comme un organisme administratif appartenant à la branche exécutive du pouvoir public. Par l'attribution de la personnalité morale en 2007, l'autorité de concurrence colombienne est devenue une superintendance de l'ordre décentralisé par services, c'est-à-dire, une entité décentralisée, avec autonomie administrative et patrimoniale, qui est soumise au régime juridique contenu dans les lois qui l'instaurent (dispositions en matière de concurrence) et, dans tout ce qui n'est pas prévu par ces dernières, au régime des établissements publics¹³⁰⁵. Pourtant, le contentieux de la responsabilité de l'Etat du fait des dommages occasionnés par le fonctionnement défectueux de l'autorité de concurrence colombienne n'est pas prévu dans les dispositions en matière de concurrence¹³⁰⁶. Les dispositions du régime juridique des établissements publics renvoient, à leur tour, aux principes et règles généraux de la responsabilité de l'Etat applicables à l'ensemble d'organes qui composent l'administration centrale¹³⁰⁷.

En droit colombien, le mécanisme de la responsabilité de l'Etat apparaît comme une garantie intégrale du patrimoine des citoyens¹³⁰⁸. Ce mécanisme se montre, à côté du principe de la légalité, comme un des axiomes qui fondent le modèle d'Etat social de droit (*Estado social de derecho*)¹³⁰⁹. La clause générale de la responsabilité de l'Etat contenue dans l'article 90 de la Constitution de 1991 consacre la réparation des dommages causés par l'action ou par l'omission des autorités

¹³⁰⁵ Article 82, loi 489 de 1998.

¹³⁰⁶ En spécial, la loi 155 de 1959, le décret 2153 et la nouvelle loi 1340 de 2009 (et ses décrets réglementaires).

¹³⁰⁷ V. loi 489 de 1998.

¹³⁰⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C - 832 de 2001, v. également l'article 58 de la Constitution colombienne de 1991.

¹³⁰⁹ Article 2 de la constitution, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 832 de 2001 et C-038 de 2006.

publiques¹³¹⁰. Ceci constitue le cadre constitutionnel du principe général de la responsabilité de l'Etat.

La Cour constitutionnelle colombienne a affirmé à plusieurs reprises que l'article 90 de la Constitution a modifié le panorama de la responsabilité de l'Etat¹³¹¹. C'était la première fois qu'une norme de rang constitutionnel a expressément réglé cette question. De même, cet article a élargi le champ d'application de la responsabilité, circonscrite auparavant à la notion de faute du service (*falla en el servicio*). Désormais, le régime de la responsabilité de l'Etat trouve son fondement dans la notion de dommage anti-juridique¹³¹². Conformément à la modification introduite par l'article 90 de la Constitution, la responsabilité n'est plus la qualification du comportement de l'administration par le juge, mais la qualification du dommage causé par elle. Dès lors, il ne s'agit pas de déterminer s'il y a eu un comportement juridiquement irrégulier (quoique non nécessairement fautif ou dolosif) mais plutôt d'établir si l'intervention de l'organe public cause un préjudice à un particulier, alors qu'il n'était pas appelé à le subir. Le dommage provient, par conséquent, exclusivement d'une activité illicite de l'Etat¹³¹³. Ce nouveau cadre

¹³¹⁰ Article 90 de la Constitution de 1991, « *el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-333/96. En outre, pour le Conseil d'Etat colombien, l'article 90 de la Constitution « *es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o extracontractual* ». Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 8 mars 2001, Conseiller Rapporteur Olga Inés NAVARRETE BARRERO.

¹³¹¹ V. Cour constitutionnelle, arrêts C - 530 de 1993, C - 024 de 1994, C - 473 de 1994 et C - 081 de 1996.

¹³¹² Voir notamment les arrêts C-381 de 2001, Magistrat rapporteur Rodrigo ESCOBAR GIL, et C-285 de 2002, Magistrat rapporteur Jaime CORDOBA TRIVIÑO. De même, peuvent être consultés les arrêts, T-468-92, C-543-92, C-058-93, C-04-96, C-037-96, C-333-96, C-358-96, C-274-98, C-088-00, C-430-00, C-100-01, C-832-01, C-840-01, C-892-01 et C-1149-01 de la Cour constitutionnelle et les arrêts du 22 novembre 1991, du 26 novembre 1992, du 2 mars 1993, du 13 juillet 1993, du 8 mai 1995, du 21 juin 1995 et du 29 mars 1996 du Conseil d'Etat colombien. Pour la doctrine colombienne, le dommage « *es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, además que en el padecimiento moral que la acongoja* » (Fernando HINESTROSA, Derecho de obligaciones, Bogotá: éd. Université Externado de Colombie, 1967, p. 529) ; le dommage est également défini comme la diminution du patrimoine subie par la victime (v. Juan Carlos HENAO PEREZ, Bogotá : El daño, éd. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 84).

¹³¹³ Pour le Conseil d'Etat, il s'agit de « *la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar* » Le caractère non juridique de la cause du dommage s'est déplacé au dommage. Le Conseil d'Etat conclut dès lors que « *el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva* », Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 13 juillet 1993 et Conseil d'Etat, section du contentieux, troisième chambre, Exp. 10.775. Conseiller rapporteur Ricardo HOYOS DUQUE.

constitutionnel est considéré suivant les valeurs et principes qui fondent le modèle d'Etat social de droit, tels que la sauvegarde des droits et libertés des particuliers face à l'activité de l'administration et l'effectivité des principes de solidarité et d'égalité devant les charges publiques¹³¹⁴.

Conformément au cadre constitutionnel colombien, seuls les dommages non juridiques peuvent être réparés. Puis, il faut démontrer que l'activité de l'autorité administrative est la cause du dommage¹³¹⁵. Le régime général de la responsabilité de l'Etat colombien, amplement développé par la jurisprudence administrative et constitutionnelle, se configure par le concours de trois éléments : un dommage (*daño antijurídico*), une conduite imputable à l'Etat et un lien de causalité¹³¹⁶.

Si les dommages aux droits subjectifs des opérateurs économiques découlent du contenu des actes de l'autorité de concurrence, il faut passer, en droit administratif colombien, par l'examen du contentieux de l'excès de pouvoir pour identifier la

Comme le souligne le professeur Fernando HINESTROSA, le dommage est au cœur de la responsabilité. La détermination d'un dommage doit être au premier plan pour les parties et pour le juge. « S'il n'est pas possible de déterminer un dommage ou de l'évaluer, tout effort additionnel, par rapport à l'imputation et à la qualification morale du comportement de l'auteur résulte inutile », Fernando HINESTROSA, *Responsabilidad extracontractual : antijuridicidad y culpa*, éd. Universidad Externado de Colombia, n° 47, 2007. En outre, pour la Cour Suprême colombienne, « dans la configuration de la responsabilité civile, le dommage constitue l'élément principal [...]. D'où qu'il n'existe responsabilité sans dommage démontré [...] ». Cour suprême de justice, Chambre de cassation commerciale, arrêt du 4 avril 1968, Magistrat rapporteur Fernando HINESTROSA, G.J., T. CXXIV, n. 2297 à 2299, p. 58.

¹³¹⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-333 de 1996, Magistrat rapporteur Alejandro MARTINEZ CABALLERO.

¹³¹⁵ Il faut rappeler que, comme en droit français, une règle du droit de la responsabilité est celle qui énonce « sans préjudice il n'y a pas de responsabilité ». Comme l'indique le professeur CHAPUS, l'absence de préjudice est suffisante pour faire vain tout essai de compromettre la responsabilité de l'Etat (v. René CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2e éd., Paris : LGDJ, 1957, p. 401. Si le dommage est un élément indispensable pour compromettre la responsabilité de l'Etat, il n'est pas un élément suffisant. Ceci est le cas dans deux hypothèses : dans la première, le dommage existe mais ne peut pas être attribué au demandeur (autorité de concurrence), comme quand apparaissent démontrées une des conditions d'exonération. Dans la deuxième, le dommage existe et il est imputable, mais celui à qui il est imputable n'a pas le devoir de le réparer. V. Juan Carlos HENAO PEREZ, op.cit., p. 38, v. également, Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 28 avril de 1967, Conseiller rapporteur, Carlos PORTOCARRERO, ACE, T. LXXII, n. 413-414, p. 257.

¹³¹⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 de 2001. La doctrine a également contribué à déterminer le régime de responsabilité de l'Etat (v. par exemple, à propos de la notion de dommage, Juan Carlos HENAO PEREZ, précité).

légalité de référence des actes en matière de régulation de la concurrence. Dans ce cas, le constat d'une illégalité par le juge est aussi celui d'une faute¹³¹⁷.

Le contentieux de la légalité prépare l'action en réparation qui pourra être engagée sous certaines conditions. L'action contentieuse classique pour le contrôle des décisions de la Superintendance de l'industrie et du commerce est celle subjective de nullité et de rétablissement du droit prévue dans le Code de contentieux administratif¹³¹⁸. Tel qu'indiqué lors de l'examen du contentieux contre les actes de la SIC, l'action de nullité et de rétablissement du droit est le moyen par lequel l'opérateur économique qui se croit lésé dans un droit légalement protégé, à cause d'un acte administratif de l'autorité de concurrence, peut demander au juge administratif la nullité dudit acte et, comme conséquence, que son droit soit rétabli, que soit réparé le dommage éventuel ou que soit restitué le montant indument payé¹³¹⁹. Dans le cas de rétablissement du droit, l'existence d'un préjudice dérivé du dommage doit être prouvée pour celui qui le subit. Il correspond à celui qui considère ses droits lésés d'exposer non seulement les raisons de l'incongruité entre l'acte administratif et les dispositions légales invoquées, mais également la manière dont ses droits résultent lésés par l'acte. Dans la pratique, se combinent des prétentions déclaratives et condamnatoires.

Si les dommages aux droits subjectifs des opérateurs économiques découlent non du contenu des actes de l'autorité de concurrence, mais de sa mauvaise exécution par cette dernière, l'action correspondante n'est pas celle du rétablissement du droit, mais celle de la réparation directe. L'action de réparation directe procède également lorsque les dommages proviennent de l'application d'un acte à contenu général¹³²⁰. Ici, la prétention ne conduit pas à un jugement de légalité, mais à une déclaration de la responsabilité de l'administration. Il s'agit d'une action visant à indemniser les particuliers, en raison de la responsabilité dérivée d'un fait, une omission, ou d'une

¹³¹⁷ *Ibid.*, p. 63; v. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, t. 2, p. 384.

¹³¹⁸ Article 85, C.C.A.; article 137 C.P.A.C.A.

¹³¹⁹ La décision judiciaire a des effets inter partes, selon l'article 175 du CCA, et peut avoir des effets rétroactifs, selon les prétentions concrètes de la partie requérante et ce qui a été démontré pendant la procédure contentieuse. Si le juge commande le rétablissement, celui-ci doit être cohérent avec ce qui a été sollicité dans la demande.

¹³²⁰ Conseil d'Etat, section du contentieux, première chambre, arrêt du 20 mai 1999, exp. 5256, Conseiller rapporteur, Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

opération administrative de la SIC¹³²¹. C'est la responsabilité de l'autorité de concurrence colombienne qui est mise en cause.

Contrairement au cas de l'autorité française, où l'autorité administrative indépendante est dépourvue de la personnalité morale¹³²², le législateur colombien a choisi en 2007 de doter la SIC de personnalité morale¹³²³. Parmi les « avantages » de la personnalité morale, est classiquement mentionnée l'indépendance financière que conférerait l'adoption d'un budget propre. Cette assertion peut sembler marquée, pour le cas colombien, du sceau de l'évidence. Elle mérite pourtant d'être nuancée : la procédure d'adoption de budget de la SIC semble laisser une place plus ou moins grande au gouvernement, allant d'une discussion avec les ministres concernés en amont de son adoption, à un droit de veto lors de l'adoption. Outre que la procédure d'adoption du budget, entre surtout en ligne de compte dans la réalité de l'autonomie financière de la SIC, la nature et le montant des ressources propres. En effet, l'existence d'un budget propre ne prend toute sa portée que si l'organisme a vocation de recevoir ou collecter des ressources propres. En tout état de cause, les ressources de l'autorité de concurrence, propres ou allouées par l'Etat, doivent être suffisantes.

Au problème de l'insuffisance des ressources de l'autorité colombienne¹³²⁴, il faut ajouter les coûts de la responsabilité civile liée à la personnalité morale. La personnalité morale s'accompagne d'une responsabilité juridique des conséquences

¹³²¹ V. article 86 C.C.A ; Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 14 septembre 1997, exp. 10239. Dans les cas des dommages dérivés des faits ou des omissions, la voie est celle de la demande directe devant le juge administratif. La technique de la réparation directe varie en fait face aux actions de nullité et de pleine juridiction.

¹³²² Il est toutefois possible de remarquer, depuis 2003, l'apparition d'une nouvelle catégorie d'organisme public indépendant, qualifié d'autorité publique indépendante (API), dont la particularité au sein des AAI consiste à les doter de la personnalité morale de droit public. Dans son rapport d'information du 4 octobre 2010, l'Assemblée nationale observe « il s'agit là d'une évolution institutionnelle et juridique majeure, si l'on considère que, d'une part, jusqu'alors, la doctrine considérait que l'absence de personnalité morale constituait un élément constitutif de la notion même d'autorité administrative indépendante et, d'autre part, que cette notion n'existait pas lors de la parution du rapport du Conseil d'Etat de 2001 qui fait autorité juridique sur le thème des AAI. Cette notion était encore récente, et peu développée, au moment de la publication du rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation en 2006 ». Pour l'Assemblée française, un nombre croissant d'autorités indépendantes disposent aujourd'hui de la personnalité morale, même si elles ne sont pas qualifiées d'API. Rapport d'information du 28 octobre 2010, précité.

¹³²³ Plan de développement du gouvernement colombien de 2007, précité.

¹³²⁴ Voir supra, p. 92 et s.

des décisions prises par l'autorité de concurrence¹³²⁵. Pour la SIC, la nécessité de faire face à d'éventuelles demandes de dommages en cas de contentieux portant sur des décisions faisant grief, au titre notamment de sa responsabilité civile, peut se traduire par un surcoût substantiel.

Si l'attribution de la personnalité morale à l'autorité de concurrence colombienne est censée lui conférer un plus grand degré d'indépendance, par l'amélioration des capacités de réactivité de cette autorité¹³²⁶, elle nous semble devoir être accompagnée des ressources lui permettant de couvrir les coûts associés à la responsabilité civile. Disposer de ressources suffisantes peut éviter de devoir communiquer à l'Etat des informations indemnitaires engagées contre l'autorité et susceptibles d'engager une quelconque responsabilité subsidiaire de l'Etat. Ceci peut contribuer à une majeure liberté décisionnelle vis-à-vis du gouvernement. Pourtant, même en présence des ressources, si l'autorité de concurrence voit sa responsabilité engagée par un opérateur qui estime avoir été gêné dans la conduite de son activité, il est probable qu'elle prendra soin de ne pas reproduire cette illégalité dans la production des règlements et décisions individuelles, afin de réduire les coûts associés à cette responsabilité. Sous cet angle, la liberté décisionnelle de l'autorité de

¹³²⁵ Par comparaison, en droit français, c'est au moment où un avis du Conseil d'Etat délibéré le 8 septembre 2005, mentionné dans son rapport annuel de 2006, précise que, s'agissant de la CAMIP (aujourd'hui devenue ACAM), auquel le législateur a, par l'article 30 de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, conféré la personnalité morale, « dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourrait être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions », alors qu' en revanche, c'est bien « à l'Etat qu'il appartient de réparer les conséquences des fautes commises par la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance avant la création, par la loi du 1^{er} août 2003, de la nouvelle autorité ». Comme en droit français, la responsabilité de l'Etat colombien semble pouvoir être alors mise en jeu, le cas échéant, à titre subsidiaire par les victimes des fautes commises dans l'exécution de la mission de service public confiée à l'ACAM en cas d'insolvabilité de celle-ci. Cette mise en jeu pouvant conduire soit à la condamnation de l'Etat dans le cadre d'un contentieux engagé contre lui, soit à l'attribution par l'Etat des ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité.

¹³²⁶ C'est à cette conclusion que l'Assemblée nationale française arrive dans son rapport d'information de 2010 après avoir analysé les avantages et les inconvénients de la personnalité morale des autorités administratives indépendantes. La formule de l'autorité publique indépendante (API), dotée de la personnalité morale, constitue, aux termes du rapport d'information de 2010, « la forme la plus aboutie pour le concept même d'autorité administrative indépendante ». Rapport d'information du 28 octobre 2010, précité. Cependant, tel que nous l'avons remarqué pour le cas de la SIC, l'absence des ressources suffisantes peut, dans la pratique, restreindre la portée de l'indépendance voulue par l'attribution de la personnalité morale.

concurrence serait en conflit avec l'idée de responsabilité, vis-à-vis notamment du rôle du juge.

§ 2. LA RESPONSABILITE : COMPLEMENT DES GARANTIES STATUTAIRES DE L' « INDEPENDANCE » ?

La contradiction qui semble exister entre la notion d'« indépendance », d'une part, et le mécanisme de la responsabilité civile, d'autre part, n'est pas exclusive des systèmes ayant « externalisé » la fonction de régulation de la concurrence. Puis, elle ne concerne que les autorités transversales ou sectorielles chargées de l'organisation de la concurrence. Si l'on étudie les opérateurs économiques présents sur un marché, leur indépendance est acquise à travers la liberté d'entreprise et du commerce¹³²⁷. Cette liberté leur donne un pouvoir d'action, dont ils rendront compte de l'usage qu'ils en font à travers leur responsabilité devant les régulateurs. De la même façon, les régulateurs (sectoriels ou transversaux) sont censés être indépendants pour assurer une certaine impartialité et neutralité vis-à-vis du gouvernement dans leur mission de garantir un « équilibre » collectif dans les marchés.

Mais, comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE, l'aporie entre la responsabilité et l'indépendance des acteurs de la régulation n'est qu'apparente. Tout effort visant à articuler les deux notions doit commencer par les distinguer¹³²⁸. L'indépendance suppose la liberté de fonctionnement qui résulte d'« un degré de décrochage » par rapport au gouvernement, garantie par un dispositif statutaire. Confrontée à cette idée de l'indépendance, la responsabilité peut se montrer comme une garantie statutaire de la liberté décisionnelle de l'autorité de concurrence. En effet, seule l'autorité qui est « indépendante » peut être appelée à répondre de l'exercice qu'elle fait de ses pouvoirs et, dans le même temps, être à l'abri des encadrements et instructions gouvernementaux. Dès lors, « la responsabilité est à la fois l'indice et la conséquence de la liberté d'agir »¹³²⁹.

¹³²⁷ Comme bien l'indique Marie Anne FRISON-ROCHE, cette liberté caractérise tout système libéral de marché, fonctionnant sur la liberté d'acteurs, aussi bien offreurs que demandeurs. Marie Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 60.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 67.

¹³²⁹ Marie Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 67. En outre, comme l'indique Aude ROUYERE, « l'indépendance structurelle des autorités de concurrence est complétée par une indépendance

En outre, le mécanisme de la responsabilité peut contribuer à légitimer l'autorité de concurrence « indépendante », vis-à-vis des exigences du principe démocratique. Le problème, exprimé dans des termes politiques plutôt que juridiques, est celui du déséquilibre que l'indépendance de l'autorité de concurrence, au sens strict du terme, peut comporter au système de checks and balances. Le choix paraît être le suivant : soit on réinsère l'autorité de concurrence « indépendante » dans le système politique ordinaire, soit on le rend davantage directement responsable pour que son indépendance soit supportée.

Le mécanisme de la responsabilité civile pourra devenir alors une garantie statutaire permettant d'avancer vers l'externalisation de la régulation de la concurrence, c'est-à-dire, vers un majeur degré de « décrochage » de l'autorité colombienne vis-à-vis du gouvernement¹³³⁰. Il apparaît autrement vis-à-vis du contrôle judiciaire.

Mais, comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE, « cette présentation harmonieuse ne prend pas en cause le temps, à savoir la projection que les acteurs font de l'exercice de leur pouvoir, liant pour leur part naturellement le passé et le présent. En effet, le principe de rationalité et d'anticipation n'est pas le propre des opérateurs, le régulateur y puise aussi des raisons de faire des choix et de prendre des décisions »¹³³¹. Suivant cette approche, l'autorité de concurrence qui anticipe peut

fonctionnelle réalisée par le procédé de la responsabilité ». Aude ROUYERE, « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *Revue Lammy de la concurrence*, août - octobre 2005, n° 4, p. 332. Dans cet article, madame ROUYERE revient sur l'assertion donnée par KELSEN dans sa théorie pure du droit, « on n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute ». Ici, la capacité d'imputation est présentée comme condition et caractéristique de la liberté (et par une extension qu'elle s'autorise, de l'indépendance). Pour l'auteur, cette analyse apparaît comme essentielle, lorsque l'on s'interroge sur les conséquences de l'acquisition de la personnalité morale par les autorités chargées de l'organisation de la régulation, dans la mesure où celle-ci comporte la capacité à être le siège d'une obligation née d'un raisonnement d'imputation. Dans cet article, le mot imputation est défini dans un sens général comme « l'établissement à la charge d'un sujet de droit d'une implication dans la réalisation d'un dommage » et, dans un sens comptable, comme « le choix du compte débiteur ». En somme, le principe d'une responsabilité assumée directement par une entité apte à être sujet d'une imputation juridique est présenté comme une condition de son indépendance.

¹³³⁰ Ce mécanisme de la responsabilité peut être accompagné – et, en quelque sorte renforcé – par l'attribution de la personnalité morale ; Montserrat CUCHILLO, *op.cit.*, p. 121.

¹³³¹ Marie Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 67.

avoir tendance à brider l'exercice de ses pouvoirs, en fonction de la responsabilité qui peut y être ultérieurement associée.

Pour soutenir l'indépendance du régulateur qui exerce un pouvoir de régulation transversale ou sectorielle de la concurrence, il faut qualifier le type de pouvoir qu'il exerce, pour opérer alors un lien plus ou moins nécessaire avec sa responsabilité. En effet, si l'autorité de concurrence se contente d'exercer un pouvoir technique, à travers des normes, ou une application neutre des textes à travers les sanctions ou l'arbitrage et le règlement des différends, alors sa responsabilité est moins nécessaire, puisque son activité apparaît en quelque sorte « neutre ». Mais si l'autorité de concurrence élabore des politiques de construction et de développement des secteurs, et les normes techniques façonnent ces secteurs, influant sur les stratégies commerciales des opérateurs économiques, il est possible d'apercevoir une sorte de pouvoir de type « politique »¹³³². Il faut alors y associer une responsabilité de type politique, outil de « reddition des comptes » qui intègre, avec le mécanisme de la responsabilité civile, la notion d'*accountability*¹³³³.

La « reddition des comptes » de l'autorité de concurrence colombienne se réalise aujourd'hui par moyen des rapports, des auditions, des conférences et des réponses à des questions posées. Il suffit de regarder le site institutionnel de la SIC pour un emploi progressif de ces outils (qu'on peut désigner comme *Soft Law*). Ce phénomène a vocation à s'accroître tout d'abord parce que cette procéduralisation de la « reddition des comptes » correspond à la même procéduralisation des instances devant l'autorité de concurrence. Plus encore, la reddition des comptes ne semble être plus à la charge de ceux qui traditionnellement demandent des comptes, par exemple les juges, les parlementaires, les ministres, les consommateurs, ou l'opinion publique, mais elle apparaît à la charge de l'autorité de concurrence elle-même¹³³⁴.

Une autre considération alourdit la responsabilité du régulateur : les critères à l'aune desquels les comptes seront rendus. Dans une conception assez juridique, voire comptable, le régulateur satisfait à son obligation lorsque son action est conforme aux

¹³³² Aude ROUYERE, « Responsabilité civile et régulation », *op. cit.*, p. 36.

¹³³³ Hubert DELZANGLES, *op.cit.*, p. 435.

¹³³⁴ Marie Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 68.

textes, aux ratios, etc. Mais, dans la mesure où le droit de la régulation est téléologique, l'autorité de concurrence, qui est au centre de celui-ci, doit voir son action appréciée de la même façon, c'est-à-dire, à travers des objectifs visés et atteints. Le régulateur devient dès lors responsable non plus de la conformité des moyens qu'il a employés, mais des résultats qu'il a atteints¹³³⁵.

Associer le mécanisme de la « reddition des comptes » à celui de la responsabilité civile semble donner à l'autorité de concurrence une place précise dans le système politique. Par une « reddition des comptes » à la charge de l'autorité de concurrence, elle est censée devenir plus diligente dans son activité d'organisation de la concurrence, ce qui peut atténuer le nombre d'affaires portées devant le juge (et même l'intensité du contrôle judiciaire). Selon cette approche, l'autorité de concurrence n'apparaît tenue par le gouvernement ou par les juges que dans la mesure où elle ne saurait atteindre les résultats de son action. La « reddition de comptes » peut rendre supportable et efficace économiquement l'« indépendance » de l'autorité de concurrence¹³³⁶.

L'activité qui a causé le dommage se rattache nécessairement à l'une des trois fonctions de l'Etat : administrative, législative ou juridictionnelle. Les autorités de concurrence combinent ces trois fonctions lors de leur activité d'organisation de la régulation de la concurrence. Il est dès lors permis de se demander si la responsabilité de l'autorité de concurrence peut être engagée indifféremment et dans les mêmes termes et conditions à l'occasion de l'une de ces trois fonctions.

Section 2

LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE TIRES DE LEUR ACTIVITE

En droit colombien, l'activité qui a causé le dommage se rattache nécessairement à l'une des trois fonctions de l'Etat : administrative, législative ou juridictionnelle. Les autorités de concurrence combinent ces trois fonctions lors de son activité d'organisation de la régulation de la concurrence. Il est alors permis de se

¹³³⁵ Marie Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 69.

demander si la responsabilité de l'autorité de concurrence peut être engagée indifféremment et dans les mêmes termes et conditions à l'occasion de l'une de ces quelconque trois fonctions. A l'origine, seule la fonction administrative donnait lieu à la responsabilité de l'Etat colombien, et encore dans des conditions assez limitées¹³³⁷. Puis, la responsabilité s'est considérablement développée à l'intérieur de la fonction administrative. Elle a ensuite été admise, dans certaines conditions limitées en ce qui concerne la fonction législative ainsi que la fonction juridictionnelle¹³³⁸.

La SIC est dotée des pouvoirs administratifs classiques, des pouvoirs quasi-juridictionnels et des pouvoirs quasi-législatifs pour assurer ses missions, dont celle de l'organisation de la régulation de la concurrence¹³³⁹. Mis à part ces pouvoirs, la SIC est dotée des pouvoirs décisionnels relevant des compétences juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs¹³⁴⁰.

Pour identifier quels sont les fondements tirés de l'activité de l'autorité de concurrence colombienne, il faut qualifier le type de pouvoir qu'elle exerce, pour opérer alors un lien plus ou moins nécessaire avec sa responsabilité. Nous essayerons de déterminer, dans un premier temps, quels sont les fondements de la responsabilité de l'autorité de concurrence colombienne dans le cas du fonctionnement défectueux des activités juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs (§ 1), avant de déterminer quels sont les fondements de la responsabilité de la SIC pour fonctionnement défectueux de son activité d'organisation de la régulation de la concurrence (§ 2).

§ 1. LA RESPONSABILITE DANS LE CAS DU FONCTIONNEMENT DEFECTUEUX DANS SON ACTIVITE JURIDICTIONNELLE

Malgré la nature administrative de la Superintendance de l'industrie et du commerce, la loi 446 de 1998 lui attribue des fonctions juridictionnelles en matière de

¹³³⁶ Et, de manière générale, des autorités de régulation, *ibid.*, p. 69.

¹³³⁷ V. pour cet historique, Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 de 2001.

¹³³⁸ V. Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 037 de 1996 et de tutelle T- 731 de 1998.

¹³³⁹ Voir *supra*, p. 196 et s.

¹³⁴⁰ Loi 446 de 1998.

concurrence déloyale et de protection des consommateurs¹³⁴¹. Ces missions juridictionnelles de la SIC divergent de sa mission générale de défense de la concurrence. En effet, tandis que les fonctions juridictionnelles de la SIC en matière de concurrence déloyale visent à protéger des intérêts particuliers, la mission générale de défense de la concurrence vise à protéger l'intérêt général¹³⁴². En outre, les procédures juridictionnelles devant la SIC se déroulent conformément aux dispositions du procès verbal prévues dans la nouvelle loi de décongestion de la justice de 2010¹³⁴³ et non pas à celles contenues au code du contentieux administratif. La mise en œuvre d'une procédure analogue à celle qui se déroule devant les tribunaux spécialisés en droit commercial ou, à défaut, civils du circuit, apparaît comme une garantie de l'indépendance et de l'impartialité exigées par la jurisprudence constitutionnelle¹³⁴⁴. Puis, les décisions juridictionnelles de la SIC en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs sont appelées directement devant le juge civil et échappent, par conséquent, des voies procédurales applicables aux actes administratifs individuels (*vía gubernativa*). Dès lors, dans son activité juridictionnelle en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs, la SIC peut être assimilée à une juridiction.

Pour l'exercice de ses attributions juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs, l'autorité de concurrence colombienne apparaît comme une juridiction ; d'un point de vue strictement fonctionnel. A l'origine en droit colombien, la responsabilité de l'Etat dans le domaine juridictionnel n'était admise que de façon exceptionnelle. Le principe de l'irresponsabilité de l'Etat, en raison notamment de la souveraineté de l'acte juridictionnel – autorité de chose jugée –, a longtemps été opposé aux réclamations indemnitaires des particuliers. Des assouplissements du régime ont été progressivement admis jusqu'à la consécration

¹³⁴¹ Rappelons-nous comment la réforme générale de l'administration de la justice de 1998, lui a formellement conféré des fonctions juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs ; Loi 446 de 1998. Certaines de ces fonctions lui avaient déjà été attribuées en pratique.

¹³⁴² V. Juan David GUTIERREZ RODRIGUEZ, *El derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe*, Thèse, Alfonso MIRANDA (dir.), Bogotá: Universitè Javeriana, 2006.

¹³⁴³ Loi 1395 de 2010. Il faut noter qu'un projet de loi visant introduire un nouveau code de procédure civile a été élaboré en mars 2011 par le Ministre de l'intérieur.

¹³⁴⁴ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 1071 de 2002, précité. Pourtant, nous devons regretter l'absence d'aménagement institutionnel lors du transfert des compétences juridictionnelles à la SIC en 1998 et lors de la réforme opérée en 2005 (Loi 962 de 2005, loi pour la simplification et rapidité de démarches administratives). Voir supra, p. 242.

expresse de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux des services de justice, dans la Constitution de 1991 et dans la loi statutaire de l'administration de la justice.

Si l'existence d'un principe de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux des services de justice ne fait plus aujourd'hui l'objet de débats, son extension à une autorité de nature administrative, pour déterminer le régime applicable lorsqu'elle exerce des attributions juridictionnelles, n'est pas toujours aisée. Contrairement au cas français, le débat apparaît moins présent en droit colombien. Ensuite, pour le cas des autorités qui exercent des fonctions quasi-juridictionnelles, telles que la SIC (à côté de celles juridictionnelles), ces fonctions sont souvent confondues avec leurs pouvoirs de surveillance, sanction et contrôle. C'est seulement à partir de 1998, que quelques autorités de nature administrative se sont vu attribuer des fonctions juridictionnelles (fonctions qui n'ont été rendues plus claires qu'à partir de 2005). Au delà de la question de savoir si la SIC agit ou non comme une juridiction en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs juridictionnelle, il est possible de constater un principe général de procédure, qui existe intrinsèquement quelle que soit la nature de l'organe destiné à remplir une fonction juridictionnelle, selon une procédure proche de celle suivie par une juridiction, et offrant la plupart des garanties que l'on peut s'attendre à y trouver, comme devant une juridiction.

Indépendamment des sanctions pour fautes personnelles qui peuvent atteindre le Superintendant et les Superintendants délégués – et notamment celui délégué pour des affaires juridictionnelles –, il faut admettre le principe de la responsabilité civile de l'autorité de concurrence en tant qu'organe étatique ayant pour fonction de rendre la justice, pour les fautes ou négligences qui sont commises par ses membres. Le principe de responsabilité pour défaillance du service public de la justice, peut être considéré comme faisant partie des principes généraux gouvernant la justice colombienne¹³⁴⁵.

¹³⁴⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 037 de 1996.

Pour le juge constitutionnel colombien, sous le modèle de l'Etat social de droit, le juge est le premier appelé pour garantir le respect de la Constitution et de la loi au profit de ceux qui, pour des raisons justifiées, demandent sa protection. La justice est passée d'un service public pour devenir une véritable fonction publique, aux termes de l'article 228 de la Constitution¹³⁴⁶. Par conséquent, les juges et magistrats, de toutes les instances, sont responsables d'assurer leur administration d'une façon rapide, efficace et impartiale pour tous les citoyens¹³⁴⁷.

L'article 65 de la loi statutaire de l'administration de la justice dispose la responsabilité patrimoniale de l'Etat colombien pour les dommages causés par l'action ou par l'omission des agents judiciaires. Selon cette disposition, l'Etat est appelé à répondre pour le fonctionnement défectueux de l'administration de justice, pour l'erreur juridictionnelle et pour la privation de la liberté injustifiée. De surcroît, les dommages subis par les opérateurs économiques peuvent résulter de toutes les mesures juridiques ou matérielles, préparatoires ou consécutives aux actes de juridiction de l'autorité de concurrence ou bien des actes juridictionnels proprement dits¹³⁴⁸.

Lors de l'examen de la constitutionnalité de cet article, le Conseil d'Etat colombien a considéré que l'article 65 doit être déclaré inconstitutionnel s'il est interprété comme établissant la seule responsabilité pour faute dans le service. En effet, pour le Haut tribunal administratif, l'article 90 de la Constitution, article qui institutionnalise la responsabilité de l'Etat, comporte un changement dans son régime : il déplace la responsabilité pour comportement irrégulier du fonctionnaire (formule antérieure affirmée par la jurisprudence), pour la placer dans le dommage non juridique causé par l'action ou par l'omission de l'autorité publique. Pour le Conseil, « ce changement montre comme la responsabilité en Colombie peut surgir non seulement du comportement irrégulier ou illégal de l'autorité publique (faute

¹³⁴⁶ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 037 de 1996.

¹³⁴⁷ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-037 de 1996. La responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux des services de justice signifie en outre que celui-ci est responsable, conformément à ce qui est prévu à l'article 229 de la Constitution, pour garantir le droit de toute personne d'accéder à l'administration de justice. Cette obligation ne doit pas être circonscrite aux aspects procédurux qui fixent les règles pour solliciter une procédure devant le juge. Il est également nécessaire d'adopter toutes les mesures d'infrastructure et de logistique des tribunaux, de sorte que l'accès libre et aisé soit assuré aux particuliers.

dans le service dans la doctrine traditionnelle), mais également du comportement ajusté à l'ordonnancement [juridique] »¹³⁴⁹.

La Cour constitutionnelle estime que si l'article en question ne se réfère qu'à la responsabilité de l'Etat –au travers de ses agents judiciaires – pour faute dans le service, ceci n'exclut pas, l'application de l'article 90 de la Constitution à l'administration de justice. Le principe de l'article 90 ne saurait pas être limité par une norme hiérarchique inférieure, comme c'est le cas d'une loi statutaire. Ceci amène à une interprétation plus large de l'article 65 du projet de loi statutaire, dans le sens où ce dernier ne saurait pas écarter l'application du cadre constitutionnel du régime de la responsabilité de l'Etat¹³⁵⁰. La constitutionnalité de cette disposition a été conditionnée pour cette interprétation.

En application de ces règles, la légitimité des décisions juridictionnelles de l'autorité de concurrence en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs paraît dépendre, en grande mesure, de leur motivation objective et raisonnable. La décision de l'autorité de concurrence, même si elle a été prise en suivant toutes les formalités requises et garanties procédurales, peut recouvrir une illégalité dès lors que celle-ci obéit plus à la volonté du Superintendant ou du Superintendant délégué qu'aux règles applicables au litige devant eux. L'autorité de concurrence est en conséquence invitée à borner son activité juridictionnelle aux postulats du modèle d'Etat du droit, tels que celui de la bonne foi. La démonstration du comportement dolosif ou gravement fautif des membres de la SIC compromet sa responsabilité – ainsi que le devoir de répéter contre l'agent responsable du dommage
_1351.

En outre, la vulnération des droits subjectifs et libertés économiques des opérateurs par l'action sans fondement objectif et raisonnable de l'autorité de

¹³⁴⁸ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 037 de 1996.

¹³⁴⁹ Intervention du Conseil d'Etat lors de l'examen de la constitutionnalité du projet de loi statutaire de l'administration de la justice (n° 58/1994, Sénat et n° 264/1995, Chambre) ; v. Cour constitutionnelle arrêt de constitutionnalité C-037 de 1996.

¹³⁵⁰ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-731 de 1998.

¹³⁵¹ Article 90 de la Constitution colombienne.

concurrence – qui obéit par exemple à des motivations internes –, méconnaît la protection constitutionnelle des droits subjectifs – de sorte que l’opérateur peut présenter une action de tutelle – et la prévalence du droit substantiel de l’article 228 de la Constitution. Dans ce cas, il correspond au juge administratif colombien – agissant en tant que juge constitutionnel – d’examiner l’efficacité et la pertinence de la tutelle en défense des droits et libertés lésés par une soi-disant voie de fait de la SIC, autorité publique¹³⁵².

Si les recours des décisions juridictionnelles de la SIC en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs sont de compétence judiciaire, l’organe juridictionnel compétent pour connaître le contentieux indemnitaire qui pourrait naître à l’encontre de l’autorité de concurrence est le juge administratif. Pour certains, le problème de la responsabilité de l’Etat à l’occasion de l’exercice de la fonction juridictionnelle apparaît complexe et difficile de l’existence de la dualité des juridictions¹³⁵³. Il est dès lors permis de s’interroger s’il faut éventuellement faire prévaloir la compétence judiciaire pour connaître ce contentieux. Par analogie au droit français, un principe général de responsabilité de la puissance publique semble s’appliquer presque identiquement aux autorités administratives et aux autorités judiciaires. Puis, les mêmes conditions de mise en œuvre du principe de réparation semblent être exigées par les différentes autorités susceptibles de se prononcer sur la responsabilité de l’Etat¹³⁵⁴. Mais, comme en droit français, le choix d’une compétence judiciaire peut éventuellement être favorisée dans le cas où on cherche à répondre à un souci d’unification des solutions rendues dans le domaine du contentieux en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs juridictionnelles, relevant du contrôle du juge judiciaire colombien¹³⁵⁵.

¹³⁵² Cour constitutionnelle, 2e Chambre de révision, arrêt numéro T-079/93. Magistrat rapporteur, Eduardo CIFUENTES MUÑOZ.

¹³⁵³ Tel que l’explique le professeur Yves GAUDEMET à propos du cas français, « on a vu en effet que la juridiction administrative se déclare incompétente pour connaître le contentieux soulevé par le fonctionnement des tribunaux judiciaires ; de ce fait coexistent deux jurisprudences différentes selon que la mise en jeu de la responsabilité de l’Etat est recherchée à l’occasion des dommages causés par l’action des juridictions administratives ou celle des juridictions judiciaires ». Yves GAUDEMET, *op.cit.*, t. 1.

¹³⁵⁴ Il suffit de regarder la jurisprudence constitutionnelle, telle que celle examinée dans la section précédente ; v. *supra*, not., p. 394 et s.

¹³⁵⁵ V. pour le cas de l’autorité de concurrence française, Jean-Jacques MENEURET, *op.cit.*, p. 527.

Le principe de la légalité dirige l'exercice des fonctions publiques¹³⁵⁶ et constitue une condition de l'existence des emplois publics¹³⁵⁷, dont la méconnaissance compromet la responsabilité des autorités publiques. Par conséquent, les décisions de la SIC doivent respecter l'égalité de tous devant la loi, principe qui imprime à l'action de l'autorité de concurrence un caractère raisonnable. Il s'agit ici d'une véritable limite substantielle à la discrétionnalité de l'autorité de concurrence qui, dans l'exercice de ses attributions juridictionnelles, ne peut pas interpréter et appliquer de manière arbitraire les dispositions en matière de concurrence déloyale et protection aux consommateurs. Si nous admettons que l'exercice de ces attributions juridictionnelles constitue une manière d'organiser la concurrence, une action arbitraire de la SIC se traduit par une voie de fait, contrairement au modèle de l'Etat social de droit, modèle qui sert à légitimer l'activité de régulation de la concurrence. D'où le fait que ce même raisonnement soit transposable au cas de la responsabilité pour fonctionnement défectueux de la SIC dans son activité de régulation.

§ 2. LA RESPONSABILITE POUR FONCTIONNEMENT DEFECTUEUX DANS SON ACTIVITE D'ORGANISATION DE LA REGULATION DE LA CONCURRENCE

Mis à part les pouvoirs décisionnels relevant des compétences juridictionnelles en matière de concurrence déloyale et protection des consommateurs, la SIC dispose de compétences assez dispersées pour organiser la concurrence dont l'énumération n'est pas l'objet du présent paragraphe. Ces compétences peuvent être regroupées de la manière suivante : les attributions de la SIC comprennent d'une part les pouvoirs pour édicter des normes générales et impersonnelles (A) et, d'autre part, le pouvoir de surveillance et contrôle des marchés, qui peut aboutir à des décisions et sanctions individuelles (B).

¹³⁵⁶ Article 121 de la Constitution de 1991.

A- LES FONDEMENTS DERIVES DE SON POUVOIR REGLEMENTAIRE

La question de la responsabilité de l'Etat colombien à l'occasion des activités normatives est classique en droit administratif¹³⁵⁸. Elle concerne les dommages causés par les lois, au sens formel du terme, mais également, d'une manière plus générale, par tous les actes ayant une valeur législative. En droit colombien, la responsabilité de l'autorité de concurrence pour les dommages causés par les actes à portée générale est susceptible d'être engagée soit sur le fondement de la faute, lorsque le règlement ou circulaire est illégal, soit sans faute de l'administration sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹³⁵⁹.

Dans la première hypothèse, toute illégalité dans l'acte à portée générale est constitutive d'une faute¹³⁶⁰ et, par conséquent, susceptible de fonder la responsabilité civile de l'autorité de concurrence colombienne. Dans le cas de faute (règlement ou circulaire illégale), la responsabilité est en jeu même si le préjudice n'est pas spécial¹³⁶¹.

La jurisprudence administrative connaît aussi l'hypothèse d'une responsabilité sans faute déterminée par une rupture de l'égalité devant les charges publiques. La doctrine française s'est attachée à souligner que le problème est différent dans ses données théoriques, de celui de la responsabilité du législateur¹³⁶². Mais, comme le suggère Yves GAUDEMET, ils demeurent des points de rencontre entre ces deux théories, tels que la généralité de l'acte à portée générale de l'autorité de nature administrative (analogue à celle de la loi). Cette généralité est susceptible d'exclure la responsabilité de son auteur par suite de l'absence de spécialité du préjudice.

¹³⁵⁷ Article 122 de la Constitution de 1991

¹³⁵⁸ V. par exemple, Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, p. 368.

¹³⁵⁹ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, auto du 14 avril 2010.

¹³⁶⁰ V. pour un exemple récent, Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 17 mars 2010.

¹³⁶¹ V. pour le cas français, Conseil d'Etat français, arrêt du 21 mai 1954, société *Brodard*, concl. Letourneur, *Droit social*, 1954, p. 468, citée par Yves GAUDEMET, *op.cit.*, p. 834.

¹³⁶² Yves GAUDEMET, *op.cit.*, t. 1.

A l'origine, la solution retenue par la jurisprudence était celle de l'irresponsabilité de l'Etat en raison de l'activité normative de ses agents. Un obstacle résidait dans l'idée que, vu leur portée générale, les actes normatifs du législateur et des organes administratifs remplissant des missions quasi-législatives ne pouvaient causer que des dommages communs à tous les particuliers qu'ils concernent¹³⁶³. Par conséquent, ces dommages étaient considérés comme des charges publiques, auxquels manquait la condition de spécialité pour être réparables. L'idée d'égalité devant les charges publiques a permis d'abandonner le principe de l'irresponsabilité de l'Etat¹³⁶⁴, de telle sorte que la responsabilité de l'autorité de concurrence pour les actes à portée générale qu'elle adopte en exercice de ses fonctions quasi-législatives peut être actuellement recherchée devant le juge administratif.

Pour le juge constitutionnel colombien, la rupture de l'égalité devant les charges publiques trouve ses fondements dans l'article 209 de la Constitution. Cette disposition déclare que le principe d'égalité – avec les principes d'efficacité et rapidité – dirige la fonction administrative. L'égalité implique l'exigence constitutionnelle alors que la gestion de l'administration publique n'établit pas de distinctions injustifiées entre les administrés. Ceci vise le respect des particuliers et leurs intérêts, pour garantir à tous, dans les mêmes circonstances, l'accès à la fonction administrative et aux bénéfices de cette activité de l'Etat¹³⁶⁵.

L'application de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques en matière législative n'a jamais été mise en cause, à notre connaissance, pour l'autorité de concurrence colombienne. Par comparaison, le juge communautaire fait preuve d'une prudence extrême dans le contentieux de la responsabilité de la Commission dérivée de son activité normative¹³⁶⁶. De même, en droit français, l'application de cette responsabilité en matière législative demeure rare¹³⁶⁷. L'hypothèse d'une responsabilité sans faute du fait des actes réglementaires réguliers

¹³⁶³ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 26 mai 2010.

¹³⁶⁴ Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 26 mai 2010.

¹³⁶⁵ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-043 de 2004.

¹³⁶⁶ Ce qui a été rappelé pour le juge communautaire depuis l'arrêt HNL de 1978 (CJCE, arrêt du 25 mai 1978, affaires jointes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77).

¹³⁶⁷ De même, Yves GAUDEMET souligne que la responsabilité de l'Etat pour ses fonctions normatives « demeure difficile à mettre en jeu de sorte que ses applications positives sont relativement rares ». Yves GAUDEMET, *op.cit.*, au point 1742.

a été consacrée par la jurisprudence administrative française en 1963 à propos d'un règlement de police ayant eu des conséquences fâcheuses sur l'activité d'un commerçant¹³⁶⁸. Pourtant, les conditions de mise en œuvre exprimées par cette jurisprudence réduisent le champ d'application de la responsabilité sans faute à peu d'exemples : le caractère de spécialité et d'anormalité du préjudice sont un premier obstacle¹³⁶⁹. Puis, le rattachement du préjudice à un aléa normalement envisageable ou auquel la victime, opérateur économique destinataire de l'acte, s'est elle-même exposée permettent de refuser la réparation¹³⁷⁰. En outre, l'objet de la réglementation représente une limite non négligeable, puisqu'il est exclu que soit retenue une responsabilité sans faute en raison d'une réglementation visant à satisfaire un intérêt général prééminent¹³⁷¹. Il faut alors tenir compte des intérêts au nom desquels l'actée à portée générale de l'autorité de concurrence intervient, ainsi que la nature des missions qu'elle remplit. Ces missions comprennent également celles de tutelle et de contrôle administratif, propres à leur activité de police.

B- LES FONDEMENTS DERIVES DE SON ACTIVITE DE POLICE

Pour l'activité de contrôle exercé par l'autorité de concurrence, la jurisprudence a historiquement consacré le principe selon lequel les activités de contrôle exercées par les autorités administratives n'engagent la responsabilité de celles-ci que lorsqu'une faute lourde leur est imputable.

Pour le juge constitutionnel colombien, il constitue un principe fondamental dans la Constitution de 1991, celui de la responsabilité de l'Etat de maintenir « en tout cas, la régulation, le contrôle et la vigilance » des secteurs économiques ouverts au libre jeu de la concurrence, tels que certains services publics en réseaux¹³⁷². Cette responsabilité en matière de contrôle et vigilance vise à assurer « la protection [par l'Etat] des droits et libertés des administrés »¹³⁷³. La concurrence est considérée, d'un côté, comme un intérêt collectif garantie par l'activité de police de la SIC et par la

¹³⁶⁸ Les conditions de mise en œuvre de cette solution réduisent les cas d'applications positives à peu d'exemples. Aude ROUYERE, « Responsabilité civile et régulation », *op. cit.*, p. 40.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 41.

¹³⁷¹ Yves GAUDEMET, *op.cit.*, point 1742.

¹³⁷² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 de 2001.

sanction des comportements pouvant la restreindre. La concurrence est considérée, de l'autre côté, comme un droit subjectif dont l'activité de police de la SIC garantit sa pleine jouissance¹³⁷⁴. Ces deux côtés peuvent se trouver néanmoins en conflit ; car tout abus dans l'exercice du droit individuel à concurrencer peut léser la concurrence collective – et, par extension, les droits d'un ou de plusieurs concurrents –. Dans ce contexte, toute omission ou acte de la SIC, dans sa fonction de police de la concurrence, peut comporter une restriction (soit directement par l'autorité de concurrence, soit indirectement par le fait des concurrents sur le même marché) aux droits des entreprises, capable d'engager sa responsabilité extracontractuelle¹³⁷⁵.

La responsabilité de l'autorité de concurrence, située en amont de l'action de l'opérateur, et dans le cas des actes individuels qu'elle produit, est susceptible d'être engagée soit sur le fondement de la faute, lorsque la décision à portée individuelle est illégale, soit sans faute de l'administration sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Une telle responsabilité peut être admise par exemple lorsque le fait dommageable a pour origine l'octroi ou le refus régulier d'une autorisation. Ce peut être par exemple le cas si la SIC agit de façon illégale en interdisant à tort un comportement ou une opération de concentration entre entreprises. A cette fin trois conditions doivent être réunies. Premièrement, l'autorité de concurrence doit avoir agi d'une façon illégale, c'est à dire avoir commis une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. L'appréciation du caractère « suffisamment caractérisé » doit être faite à l'aune de deux paramètres. Elle dépend d'une part de la marge d'appréciation de l'institution et, d'autre part, de la complexité de la situation examinée. Par comparaison, le juge communautaire, en application d'une règle d'échelle mobile, considère que plus ces deux paramètres sont élevés, plus l'illégalité

¹³⁷³ Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-354 de 1994.

¹³⁷⁴ V. article 333 de la Constitution de 1991; SIC, *Peer Review*, OCDE, précité.

¹³⁷⁵ Pour le juge constitutionnel, l'autorité de concurrence (en tant qu'autorité administrative de régulation) « *tiene la responsabilidad, exigible coercitivamente, de hacer uso eficiente de los recursos y medios a su disposición para garantizar que, en el área a su cuidado, los derechos de las personas, en especial los fundamentales, serán objeto prioritario de su actividad* »; Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-731 de 1998.

doit être grave¹³⁷⁶. Deuxièmement, le requérant doit prouver avoir subi un préjudice réel et certain. En harmonie avec les principes classiques du droit de la responsabilité, le préjudice peut constituer en un *damnum emergens* (perte subie) ou un *lucrum cessans* (manque à gagner). En principe, la preuve du montant chiffré du préjudice appartient au requérant¹³⁷⁷. Troisièmement, le requérant doit apporter la preuve d'un lien de causalité direct et immédiat entre le dommage subi et l'action de l'institution.

Quant aux sanctions individuelles de la SIC, le juge constitutionnel colombien déclare que les différents régimes de sanctions – tel que celui en matière de concurrence – doivent respecter les garanties constitutionnelles liées au procès équitable. Ces principes communs à toutes les procédures pour l'exercice du *ius puniendi* de l'Etat – légalité, typicité, prescription, caducité, culpabilité, proportionnalité, non bis in idem – résultent applicables au régime des sanctions en matière de concurrence¹³⁷⁸. La responsabilité de l'autorité ayant des pouvoirs de sanction vise à renforcer le respect de ces garanties procédurales¹³⁷⁹.

En outre, les cas des actes non décisifs, tels que les recommandations, rapports et avis, invitent à des réflexions particulières. La question de la portée

¹³⁷⁶ A l'inverse, si la marge d'appréciation est réduite, une simple illégalité semble suffire. CJCE, arrêt du 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 40 et 42 à 44.

¹³⁷⁷ Il a été cependant admis, dans des circonstances particulières, que le préjudice ne soit pas chiffrable précisément ; v. par exemple en droit communautaire TPICE, arrêt du 10 juillet 1990, *Automec Srl. c. Commission*, T-64-89, Rec. 1990, p. II-367 aux §§ 75-76 : « Il y a lieu de constater que la requérante n'a pas chiffré le montant du préjudice qu'elle estime avoir subi ni indiqué des éléments de fait qui permettraient d'en apprécier la nature et l'étendue. Elle s'est bornée, dans ses mémoires, à alléguer, en termes abstraits et généraux, un « dommage grave » qui lui aurait été causé parce qu'elle n'était plus approvisionnée par BMW. Elle n'a fourni aucune indication quant au chiffre d'affaires qu'elle réalisait à l'époque où ses liens contractuels avec BMW existaient encore, ni quant à l'incidence qu'a eue la résiliation du contrat de distribution sur ses activités commerciales, ni, en particulier, l'évolution de son chiffre d'affaires après l'introduction de sa plainte auprès de la Commission. Il est vrai que la Cour a reconnu que, dans des circonstances particulières, il n'est pas indispensable de préciser dans la requête l'étendue exacte du préjudice et de chiffrer le montant de la réparation demandée. En l'espèce, cependant, la requérante n'a pas établi, ni même invoqué, l'existence de telles circonstances » ; Le requérant doit néanmoins fournir une approximation sérieuse (v. Jean-Victor LOUIS, Georges VANDERSANDEN, Denis WAELBROECK et Michel WAELBROECK, *Commentaire Mégret – La Cour de justice, les actes des institutions*, 10, 1993, p. 305.

¹³⁷⁸ « En la doctrina se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del *ius puniendi* del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 233 de 2002.

¹³⁷⁹ Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 233 de 2002.

juridique de la *Soft Law* n'apparaît pas encore comme faisant l'objet d'analyses doctrinales et jurisprudentielles significatives en droit colombien. Par comparaison, le juge administratif français a récemment reconnu que les recommandations émanant des autorités ayant des pouvoirs consultatifs puissent, en raison de leur contenu, constituer une faute engageant la responsabilité de leur auteur¹³⁸⁰. Cette question mérite d'être considérée à l'avenir, notamment en raison des majeures attributions consultatives attribuées à la SIC pour accomplir ses missions de promotion et d'abogacía de la concurrence¹³⁸¹.

S'agissant de la responsabilité du régulateur en aval de l'action de l'opérateur, la responsabilité de l'autorité de concurrence ne semble envisageable qu'en présence d'un dommage directement imputable à l'opérateur mais indirectement rattachable à son activité de contrôle¹³⁸².

Tel que nous pouvons le voir en droit français, le principe d'une responsabilité de l'autorité de concurrence, en cas de préjudices résultant directement des agissements des opérateurs économiques placés sous son contrôle et surveillance, ne se pose pas avec évidence¹³⁸³. Si le débat portant sur les bénéfices et les inconvénients que l'on peut attendre d'une responsabilité des régulateurs est absent en droit colombien, il en est autrement concernant le cas européen. Comme le suggère Aude ROUYERE à propos du régulateur bancaire français, autorité ayant des traits communs avec l'autorité de concurrence, l'arrêt rendu par la CJCE -décrétant que les règles communautaires qui régissent le statut des banques et des entreprises

¹³⁸⁰ Conseil d'Etat, arrêt du 31 mars 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/Laboratoires Bergaderm*, req. n. 18883; publié au Recueil: « considérant enfin que de nombreuses études et publications scientifiques ont, à partir de 1981, fait état des risques pour la santé des consommateurs engendrés par les produits solaires contenant des psoralènes et notamment du 5-MOP, tels que les produits *Bergasol* fabriqués par la *S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm* ; que ces faits justifient que la Commission de la sécurité des consommateurs se saisisse de cette question ; qu'en recommandant l'interdiction de tels produits, cette commission, en l'état des connaissances scientifiques de l'époque, n'a pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat, qu'en confirmant cet avis en 1995, alors même que son avis du 17 septembre 1986 n'avait été suivi d'aucune interdiction ou limitation de l'emploi des psoralènes dans les produits solaires et que le Conseil supérieur de l'hygiène publique en France avait émis en 1993 un avis plus favorable à ces produits, la commission de la sécurité des consommateurs n'a pas davantage commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat (...) ».

¹³⁸¹ V. article 7, loi 1340 de 2009.

¹³⁸² Comme le souligne Aude ROUYERE pour le cas des régulateurs français, *op.cit.*, p. 31.

d'investissement ne font pas obstacle à l'exclusion de toute responsabilité du régulateur vis-à-vis des clients des organismes contrôlés¹³⁸⁴ - permet de se demander si la fonction de contrôle n'implique pas, en elle-même, un principe de responsabilité en cas de faute, notamment lorsque le dommage subi est au moins en partie rattachable à l'autorité des marchés financiers. La marge d'immunité qui semble avoir été reconnue par le juge communautaire apparaît en contradiction avec les principes qui gouvernent la responsabilité civile en droit français¹³⁸⁵. Pour madame ROUYERE, la décision du juge communautaire n'empêche pas que cette responsabilité soit volontairement reconnue par les Etats membres. Dans cette hypothèse, la responsabilité intervient si l'activité de l'opérateur contrôlé a été génératrice d'un dommage que le contrôle qui a été ou qui aurait du être effectué n'a pas permis d'éviter. L'implication de l'autorité de concurrence apparaît indirectement, soit d'une activité de contrôle « insuffisante » ou erronée, soit de son omission de contrôler l'activité du compétiteur génératrice d'un dommage¹³⁸⁶.

A notre connaissance, une seule affaire s'est présentée en matière de concurrence en droit colombien. Cette affaire, dont le contentieux se déroule actuellement devant le Tribunal administratif de Cundinamarca, concerne précisément une prétendue omission de l'autorité de concurrence pour contrôler l'activité des opérateurs de téléphonie mobile. Le requérant, l'entreprise ORBITEL, estime que l'omission de la SIC d'ouvrir une enquête et de sanctionner un soi-disant accord des prix entre les principaux opérateurs de téléphonie mobile, les entreprises COMCEL et TELEFONICA-MOVISTAR, aurait affecté considérablement ses opérations commerciales et la possibilité de gagner des parties du marché¹³⁸⁷. Dans ce cas, les responsabilités se montrent liées car si la faute directe n'est pas commise, celle du contrôleur n'advient pas, faute de support. Il est probable que l'entreprise ORBITEL assimile les contributions de l'opérateur et du contrôleur au dommage. La responsabilité de l'autorité de concurrence procède, dans l'esprit de l'entreprise

¹³⁸³ V. Alain SEBAN, « La responsabilité de l'Etat à raison de la surveillance des banques, maintien de la faute lourde », Conclusions sur Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, in *Responsabilité et régulations économiques*, *op.cit.*, p. 97.

¹³⁸⁴ CJCE, 12 octobre 2004, *Peter Paul et autres*, aff. C-222/02.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 34.

requérante, d'une substitution de responsabilité. Il est dès lors permis de se demander si la confusion des rôles de l'opérateur et du contrôleur est-elle possible ?

Dans le cas français, la solution retenue par la jurisprudence semble être celle de la non-substitution des responsabilités. Le Conseil d'Etat français, dans l'arrêt *Kéchichian*¹³⁸⁸, d'après l'analyse du commissaire du gouvernement Alain SEBAN, établit la non-substitution de ces responsabilités et il est ajouté que la responsabilité du contrôleur ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde¹³⁸⁹. Pour AUDE ROUYERE, « cette qualification de la faute est un moyen d'éviter un glissement vers une confusion des actions et une substitution des responsabilités ».

D'ailleurs, en droit français, le juge administratif a réitéré à plusieurs reprises l'exigence de commission d'une faute lourde de l'organisme de contrôle¹³⁹⁰. Cette même exigence existe en droit colombien¹³⁹¹. Si l'on applique ce qui a été dit à propos du contrôleur bancaire français, dans le cas de l'autorité de concurrence colombienne, il apparaît que, par une conception rigoureuse du lien de causalité unissant une action donnée et un dommage, le risque de substitution des responsabilités dans l'affaire ORBITEL pourra être évité par le juge colombien¹³⁹². Pourtant, tel que nous le verrons lors de l'examen de la mise en œuvre de la responsabilité des autorités de concurrence, l'exigence d'une faute lourde pour les activités de contrôle ne fait pas l'unanimité. Cette exigence a été qualifiée de « très théorique et incertaine », car elle semble laisser le fautif à la merci d'une appréciation du juge plus ou moins sévère de la faute : « qu'est-ce alors que ce moyen de régulation qui est en fait déterminé par l'appréciation du juge ? »¹³⁹³.

Si l'« indépendance » de l'autorité de concurrence n'est pas, en soi, menacée par l'existence et l'usage d'un procédé placé entre les mains d'une autorité

¹³⁸⁷ V. recours contre l'auto qui admet la demande présenté par la SIC le 12 avril 2008.

¹³⁸⁸ Conseil d'Etat français, arrêt du 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Kechichian* et autres, *RFDA*, 2002, p. 742.

¹³⁸⁹ Alain SEBAN, *op.cit.*, p. 103.

¹³⁹⁰ Aude ROUYERE, *op.cit.*, p. 35.

¹³⁹¹ V. par exemple, Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 26 mai 2010, Conseiller rapporteur Enrique ESCOBAR GIL.

¹³⁹² Aude ROUYERE, *op.cit.*, p. 36.

juridictionnelle elle même indépendante. En revanche ceci pourrait le devenir car certaines variables sont susceptibles de produire des effets indésirables. Ces variables tiennent à la manière dont les demandeurs exploitent le recours et à l'état d'esprit qui les anime, à la réception de cette sanction juridictionnelle par les opérateurs économiques présents dans le marché concerné et par l'autorité de concurrence et, en général, à l'étendue des pouvoirs du juge.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 37.

Chapitre 2

LES LIMITES A LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE

On a souvent présenté le maintien d'une possibilité de mise en jeu de la responsabilité de l'autorité de concurrence comme une manière de rassurer les auteurs du marché. Un opérateur économique peut théoriquement introduire un recours ayant pour fin d'engager la responsabilité de la SIC lorsqu'un acte ou une omission de cette dernière dans le domaine du droit de la concurrence lui a fait subir un préjudice. Ce peut être par exemple le cas si l'autorité colombienne agissait de façon illégale en interdisant à tort un comportement ou une opération de concentration entre entreprises.

La doctrine colombienne s'est peu intéressée à la question de la mise en jeu de la responsabilité extra contractuelle de l'autorité de concurrence et, en général, des autorités de régulation. Ceci reflète le manque de jurisprudence sur le sujet. Aucun recours en responsabilité en droit de la concurrence ne semble jusqu'au présent avoir abouti. Une des principales raisons semble être celle de la satisfaction des conditions prévues par la jurisprudence administrative pour engager la responsabilité de l'autorité de concurrence. Cette difficulté n'est pas exclusive au cas de l'autorité colombienne. Tel que le juge communautaire avait pu le rappeler au sujet de l'activité normative des institutions européennes dans l'affaire *HNL*, une ouverture trop grande des recours en indemnité en droit de la concurrence pourrait entraver de façon excessive l'action de l'autorité de concurrence dans sa mission de protection de l'intérêt générale communautaire¹³⁹⁴.

Une ouverture trop grande des recours en indemnité peut en outre assécher les ressources financières de l'autorité de concurrence – ou comporter une assignation de ces ressources à un travail non productif en matière de défense et promotion de la

¹³⁹⁴ V. CJCE, arrêt du 25 mai 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c. Conseil et Commission*, aff. jointes, 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. 1978, p. 1209. Pour William G. WEAVER et Thomas LONGORIA, l'autorité de concurrence (souverain) a besoin d'une liberté pour sauvegarder l'intérêt général sans un harcèlement juridique constant.

concurrence –¹³⁹⁵. Sous cet angle, les limites à la mise en œuvre de la responsabilité de l'autorité de concurrence remplissent une fonction fiscale¹³⁹⁶.

En outre, le rôle croissant de l'analyse économique consacré par les réformes récentes¹³⁹⁷ a fait atteindre au droit de la concurrence un degré de technicité tel que l'on pourrait craindre que le juge colombien, en sa qualité de généraliste, ne soit pas en mesure d'exercer un contrôle de légalité approfondi aux cas soumis à son examen. Cette évolution peut constituer un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité de la SIC. En l'absence d'une jurisprudence colombienne fournie en la matière, nous devons tourner notre regard sur des expériences étrangères.

Les contraintes à la mise en œuvre de la responsabilité de l'autorité de concurrence ne sont pas exclusivement juridiques (section 1). Elles peuvent également être repérées dans les capacités des organes impliquées dans le maniement du mécanisme de la responsabilité civile en matière de concurrence (section 2).

Section 1

LES CONTRAINTES JURIDIQUES A LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE

Il ne semble pas exister une approche commune sur les contraintes à la mise en jeu de la responsabilité des autorités de concurrence. De manière générale, les contraintes juridiques à la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'autorité de concurrence ont été dégagées par la jurisprudence (§ 1). Ces contraintes apparaissent comme des garanties à la discrétionnalité de l'autorité de concurrence. Elles constituent dès lors une forme de « déférence » judiciaire¹³⁹⁸. Une alternative moins répandue consiste à la consécration directe par le législateur d'une exception

¹³⁹⁵ William G. WEAVER et Thomas LONGORIA, op. cit., p. 339.

¹³⁹⁶ James R. LEVINE, « The Federal Tort Claims Act: A Proposal for Institutional Reform », *Colum. L. Rev.*, 2000, p. 1538.

¹³⁹⁷ Loi 1340 de 2009.

¹³⁹⁸ Pour une présentation de cette notion, v. Randolph J. MAY, « Defining Deference Down: Independent Agency and Chevron Deference », *Admin. L. Rev.*, 2006, vol. 58, p. 429; Lisa SCHULTZ BRESSMAN, « Deference and Democracy », *Geo. Wash. L. Rev.*, juin 2007, vol. 75, p. 761; « *to yield to the opinion of* », conformément à la définition donnée par le *Black Law's Dictionary*, 8e éd., 2004.

de discrétionnalité au profit des organes remplissant des fonctions discrétionnaires (§ 2).

§ 1. LA SATISFACTION DES CONDITIONS JURISPRUDENTIELLES

Un requérant, ici un opérateur économique, peut théoriquement introduire un recours aux fins d'engager la responsabilité de l'autorité de concurrence lorsqu'une décision de celle-ci lui a fait subir un préjudice. Trois conditions doivent être réunies à cette fin. Premièrement, l'autorité de concurrence doit avoir agi de façon illégale, c'est-à-dire avoir commis une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers¹³⁹⁹. Deuxièmement, le requérant doit prouver avoir subi un préjudice réel et certain. En principe, la preuve du montant chiffré du préjudice appartient au requérant¹⁴⁰⁰. Troisièmement, le requérant doit apporter la preuve d'un lien de causalité direct et immédiat entre le dommage subi et l'action de l'institution.

Aucun recours en matière de responsabilité de la SIC en droit de la concurrence ne semble jusqu'à présent avoir abouti. Une des principales raisons peut être que les trois conditions prévues par la jurisprudence administrative sont difficiles

¹³⁹⁹ L'appréciation du caractère « suffisamment caractérisé » doit être faite à l'aune de deux paramètres. Elle dépend d'une part de la marge d'appréciation de l'institution et, d'autre part, de la complexité de la situation examinée. Par comparaison, le juge communautaire, en application d'une règle d'échelle mobile, considère que plus ces deux paramètres sont élevés, plus l'illégalité doit être grave. A l'inverse, si la marge d'appréciation est réduite, une simple illégalité semble suffire. CJCE, arrêt du 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 40 et 42 à 44.

¹⁴⁰⁰ Le préjudice peut constituer en un *damnum emergens* (perte subie) ou un *lucrum cessans* (manque à gagner). Il a été cependant admis, dans des circonstances particulières, que le préjudice ne soit pas chiffrable précisément. V. par exemple en droit communautaire TPICE, arrêt du 10 juillet 1990, *Automec Srl. c. Commission*, T-64-89, Rec. 1990, p. II-367 aux §§ 75-76 : « Il y a lieu de constater que la requérante n'a pas chiffré le montant du préjudice qu'elle estime avoir subi ni indiqué des éléments de fait qui permettraient d'en apprécier la nature et l'étendue. Elle s'est bornée, dans ses mémoires, à alléguer, en termes abstraits et généraux, un « dommage grave » qui lui aurait été causée parce qu'elle n'était plus approvisionnée par BMW. Elle n'a fourni aucune indication quant au chiffre d'affaires qu'elle réalisait à l'époque où ses liens contractuels avec BMW existaient encore, ni quant à l'incidence qu'a eue la résiliation du contrat de distribution sur ses activités commerciales, ni, en particulier, quant à l'évolution de son chiffre d'affaires après l'introduction de sa plainte auprès de la Commission. Il est vrai que la Cour a reconnu que, dans des circonstances particulières, il n'est pas indispensable de préciser dans la requête l'étendue exacte du préjudice et de chiffrer le montant de la réparation demandée. En l'espèce, cependant, la requérante n'a pas établi, ni même invoqué, l'existence de telles circonstances » ; Le requérant doit néanmoins fournir une approximation sérieuse (v. Jean-Victor LOUIS, Georges VANDERSANDEN, Denis WAELEBROECK et Michel

à satisfaire. Ceci semble, de manière générale, être le cas pour des autorités administratives d'ordre central et qui remplissent des fonctions de surveillance et contrôle. En l'absence de solutions particulières pour les autorités de concurrence colombiennes, nous devons tourner notre regard vers des expériences étrangères. Par comparaison, une affaire récente *Holcim* contre Commission fournit un exemple très net de ces difficultés en droit communautaire. En l'espèce, la Commission européenne avait infligé dans sa décision *Ciment* des amendes à des entreprises s'étant livrées à des accords de cartel¹⁴⁰¹. Cette décision a été frappée d'un recours en annulation devant le TPICE. Le juge a annulé partiellement la décision de la Commission en constatant notamment que deux entreprises, ALSEN et NORDCEMENT, n'avaient pas enfreint l'article 81 TCE. Ces entreprises avaient constitué des garanties bancaires afin de ne pas devoir payer immédiatement les amendes en cause, et ont demandé notamment à la Commission de leur rembourser les frais résultant de la constitution des garanties susmentionnées. Après s'être vues opposer un refus de la Commission, les entreprises ont introduit un nouveau recours en indemnité devant le TPICE. Ces entreprises – qui avaient entretemps fusionné et donné naissance à l'entreprise *Holcim* – ont prétendu que la décision de l'autorité de concurrence leur avait fait subir un préjudice constitué du paiement de frais bancaires. Le Tribunal examina si les conditions précitées ont été réunies et conclut à l'absence de violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers et du lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice allégué¹⁴⁰². Cette affaire est un révélateur de la prudence dont fait preuve le

WAELBROECK, Commentaire Mégret – La Cour de justice, les actes des institutions, 10, 1993, p. 305).

¹⁴⁰¹ V. décision de la Commission 94/815, du 30 novembre 1994, IV/33.126 et 33.322, *Ciment*, JOCE L 343, p.1.

¹⁴⁰² Le Tribunal examina si les trois conditions précitées étaient en l'espèce réunies. Il estima que la première condition n'était pas satisfaite dans la mesure où « compte tenu du fait que l'affaire *Ciment* était une affaire particulièrement complexe, impliquant un nombre très important d'entreprises et notamment une quasi-totalité de l'industrie européenne du ciment, que la structure de *Cembureau* rendait l'enquête difficile de part l'existence des membres directs et indirects, et du fait qu'il a été nécessaire d'analyser un nombre important de documents, et ce y compris s'agissant de la situation spécifique de la requérante, il y a lieu de considérer que la défenderesse se trouvait confrontée à des situations complexes à régler [...]. Enfin, il convient de tenir compte des difficultés d'application des dispositions du traité CE en matière d'ententes. Ces difficultés d'application étaient d'autant plus importantes que les éléments factuels de l'affaire en cause, y compris pour la partie de la décision concernant la requérante, étaient nombreux. Pour l'ensemble de ces motifs, il y a lieu à considérer que la violation du droit communautaire, constatée dans l'arrêt *Ciment*, pour ce qui est de la partie de la décision concernant la requérante, n'est pas suffisamment caractérisée ». Le recours en

juge communautaire dans le contentieux économique de la responsabilité. En particulier, en insistant sur les difficultés d'application des dispositions du traité en matière d'ententes, le tribunal semble placer le droit de la concurrence sur un terrain particulier¹⁴⁰³.

La prudence du juge dans la mise en jeu de la responsabilité de l'autorité de concurrence nous semble justifiée, notamment face aux questions d'imputation du préjudice à l'action de cette dernière. A manière d'exemple, par un recours en indemnité introduit par *Mytravel* (anciennement *Airtours*) à la suite de l'arrêt *Airtours*, cette entreprise réclama indemnisation du fait qu'elle n'ait pas pu s'approprier les profits réalisés par l'entreprise ciblée à l'issue de la décision de la Commission. Si l'opération n'avait pas été prohibée, ces profits seraient en effet revenus à l'entreprise acquérante. Cette argumentation semble pour le moins spéculative. Les profits que l'entreprise requérante aurait pu prétendument réaliser si la fusion n'avait pas été interdite pourraient en effet provenir de stratégies commerciales indépendantes que la cible n'aurait peut être pas poursuivie si l'opération avait été autorisée¹⁴⁰⁴.

Il apparaît également que l'évaluation du préjudice économique subi par un requérant à raison d'une violation du droit de la concurrence est pour le moins un exercice complexe. Il suffit en effet de rappeler les difficultés auxquelles sont confrontées les juridictions américaines lorsqu'elles se penchent sur les questions de réparation des dommages économiques résultant des violations de droits de propriété

responsabilité a été par conséquent rejeté. Le TPICE a conclu aussi à l'absence de lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice allégué dans la mesure où la constitution de garantie bancaire ne constitue qu'une option non obligatoire laissée à la discrétion des parties. V. TPICE, arrêt du 21 avril 2005, *Holcim AG c. Commission*, T-28/03, au § 23.

¹⁴⁰³ Il est cependant possible d'affirmer que les règles gouvernant le droit des ententes comptent parmi les plus claires et précises du droit de la concurrence. L'arrêt *Holcim* permet d'émettre des réserves quant à l'admissibilité au fond, d'un recours en indemnité formée à l'encontre d'une intervention illégale de l'autorité de concurrence dans un domaine aussi technique et spéculatif, que, par exemple, le contrôle des concentrations. De telles considérations du juge communautaire n'ont pas dissuadé certains plaideurs d'introduire des actions, sur la base de l'article 288 TCE, aux fins d'engager la responsabilité de l'autorité communautaire dans le domaine du contrôle des concentrations. La sévérité des attendus du TPICE dans les arrêts d'annulation *Airtours c. Commission* et dans *Schneider Electric contre Commission* auraient conduit les parties aux concentrations avortées à introduire des recours sur le fondement de l'article 288 TCE.

industrielle¹⁴⁰⁵. Des difficultés similaires existent dans le domaine du droit de la concurrence¹⁴⁰⁶. Dans son recours, *Mytravel* réclame « la perte d'une économie de coûts synergiques dont elle aurait bénéficié grâce à la fusion ». Les praticiens du droit de la concurrence s'accordent cependant unanimement sur la difficulté d'évaluer les gains d'efficience résultant d'accords de coopération ou d'opérations de concentrations¹⁴⁰⁷. Une affaire en cours comporte déjà ces mêmes difficultés pour le cas de l'autorité colombienne.

Le juge administratif colombien est actuellement confronté pour la première fois à la question de la responsabilité de la SIC dans le domaine de la concurrence. Dans l'espèce, l'entreprise ORBITEL estime que le fonctionnement défectueux de la SIC dans son activité de contrôle lui a causé un préjudice économique (de manière indirecte). Premièrement, par une résolution de 2001, la SIC accepte les garanties offertes par des entreprises concurrentes de téléphonie mobile, arguées d'avoir pratiqué une discrimination tarifaire, sans tenir en considération les intérêts des concurrents affectés¹⁴⁰⁸. Deuxièmement, l'omission de la SIC de sanctionner « un évident manquement des garanties acceptées et accordées pour fermer l'investigation » aurait permis que la discrimination tarifaire alléguée continue dans le temps ; ce qui aurait aggravé la situation économique d'ORBITEL. Troisièmement, la négligence du Superintendant délégué pour la concurrence, par rapport à une deuxième plainte pour discrimination tarifaire en matière de téléphonie fixe-mobile. Pour ORBITEL, trois ans après, le Superintendant délégué n'avait pas prononcé une décision sur le fond. Au delà de la question posée par la défense sur la pertinence de l'action de réparation directe ou de la caducité de l'action de celle-ci¹⁴⁰⁹ – questions

¹⁴⁰⁴ V. pour la question de la perte de chance, Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Madrid: Thomson, 2007, p. 470.

¹⁴⁰⁵ V. Roger D. BLAIR et Thomas F. COTTER, « Rethinking Patent Damages », *Tex. Intell. Prop. L.J.*, 2001, n° 1, p. 10.

¹⁴⁰⁶ Elles sont souvent surmontées, dans le cadre d'actions privées impliquant des requérants particuliers, par l'octroi de dommages forfaitaires de nature punitifs ; *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁰⁷ V. par exemple, Damien GERADIN, « Efficiency claims in EC Competition Law and Sector Specific Regulation », *Paper Prepared for the First Workshop on Comparative Competition Law*, Florence, novembre 2004, « Art of Science: Assessing Efficiencies under the Commission's Article 81 (3) Notice », disponible sur le site Internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617922&rec=1&srcabs=617263.

¹⁴⁰⁸ Résolution n° 019444 du 10 juin 2001.

¹⁴⁰⁹ L'avocat de la SIC estime en fait que s'il existait des motifs d'illégalité attribuables à la décision administrative en question, l'action pertinente était celle de nullité de l'acte (annulation) et la

qui peuvent être également considérées comme des conditions juridiques pour engager la responsabilité de la SIC –, l'évaluation des préjudices économiques alléguées par ORBITEL peut résulter d'un exercice complexe pour le juge administratif colombien¹⁴¹⁰.

La prudence du juge dans la mise en jeu de la responsabilité de l'autorité de concurrence se manifeste encore dans le maintien de l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité du contrôleur. Tel que le droit français, la jurisprudence administrative colombienne a traditionnellement consacré le principe selon lequel les activités de contrôle exercées par les personnes publiques, n'engagent la responsabilité de celles-ci que lorsqu'une faute lourde leur est imputable¹⁴¹¹.

Parmi les motifs du recours à la faute lourde se trouvent celui de la difficulté de l'action visée ou le respect de manœuvre conférée au décideur¹⁴¹². Pour certains auteurs, ces justifications seraient difficilement tenables au vu des hypothèses dans lesquelles la faute lourde a disparu – domaine médicale, certaines activités de contrôle – en dépit des difficultés de l'action et des marges de choix qu'elles

conséquente indemnisation de ses préjudices. Pour la défense, la résolution de la SIC constitue un acte administratif qui est présumé conforme au droit, de telle sorte qu'il n'est pas pertinent, par l'action de réparation directe, de discuter la légalité de cette résolution. La jurisprudence du Conseil d'Etat, citée par l'avocat de la SIC, lorsqu'il se réfère à la responsabilité de l'Etat dérivée d'une soi-disant omission administrative a signalé que « (...) car l'action de l'administration qui, selon la requérante, cause le préjudice est réellement l'acte administratif dans lequel il a été déclaré que, pour des motifs de finances publiques le crédit ne va pas être reconnu (...). Par conséquent, ce n'est pas vrai que l'action contestée soit une omission administrative, il s'agit d'une expression de la volonté avec des effets juridiques ». Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, auto du 3 août 2000, exp. 18.392 Conseiller Rapporteur Maria Elena GIRALDO GOMEZ ; v. recours de la défense contre l'auto qui admet la demande du 21 avril 2008.

¹⁴¹⁰ Il s'agit dans l'espèce de questions tarifaires assez techniques, dont l'expertise des autorités transversale et sectorielle (car c'est la CRC qui détermine les tarifs maximales) peut être décisif.

¹⁴¹¹ Conseil d'Etat Colombien, arrêt du 26 mai 2010. Pour une présentation du droit français, v. Yves GAUDEMET, *op.cit.*, point 1688.

¹⁴¹² Pour Yves GAUDEMET, la justification de l'exigence de la faute lourde ne doit pas être cherchée dans la considération que les activités de contrôle en cause présenteraient des difficultés particulières eu égard à leurs caractéristiques propres et aux moyens dont les contrôleurs disposent en fait pour les exercer. La justification d'une responsabilité limitée à la faute lourde pour les activités de contrôle, toujours selon le professeur GAUDEMET, répond au souci de ne pas confondre le contrôle et la gestion administrative. « Il faut laisser à l'administration une marge d'action libre « en franchise de responsabilité » ; c'est, techniquement, le système de la faute lourde qui, faisant reculer le seuil de responsabilité, le permettra » ; *op.cit.*, p. 1689.

supposent¹⁴¹³. Un autre élément déterminant consiste à éviter de faire supporter au contrôleur toutes les conséquences des actes qui ne sont pas les siens¹⁴¹⁴.

Lorsqu'on situe ces réflexions sur le terrain de la régulation de la concurrence, on peut défendre l'idée selon laquelle un régime de faute simple retirerait à l'autorité de concurrence (contrôleur), toute marge de manœuvre et d'initiative en faisant peser sur elle la crainte d'une mise en cause, mais affecterait également la situation des opérateurs économiques (contrôlés) soumis de ce fait à une pression excessive de l'autorité de concurrence¹⁴¹⁵.

Quoique pragmatique, les fondements de cette vision sont discutés par Aude ROUYERE, pour qui la responsabilité des contrôleurs et celle des opérateurs sont inassimilables¹⁴¹⁶. Plutôt que de trouver un rapport entre la modulation des caractères de gravité de la faute exigée et la distinction entre les responsabilités du contrôleur et du contrôlé, elle propose une conception rigoureuse du lien de causalité unissant une action donnée et un dommage afin d'éviter un risque de confusion entre les deux responsabilités. Cette approche permet de considérer l'ensemble des causes du dommage et d'attribuer à chacune d'entre elles la part qu'elle a effectivement joué dans la réalisation du dommage. Il faut dès lors cerner chaque fait générateur en le

¹⁴¹³ Aude ROUYERE, *op.cit.*, p. 35.

¹⁴¹⁴ Conseil d'Etat français, arrêt Kechichian, précité. L'idée est exposée par le Commissaire du gouvernement, « aussi ne serait-il pas satisfaisant que la responsabilité de l'Etat puisse être systématiquement mise en jeu à chaque fois qu'une banque tombe en déconfiture. C'est à nos yeux, l'argument décisif pour reconnaître une certaine spécificité au régime de la responsabilité de la puissance publique du fait d'activités de contrôle ou de tutelle ». M. SEBAN ajoute plus loin : « si l'on admet trop aisément que puisse être recherchée la responsabilité du contrôleur, le risque est grand que, singulièrement lorsque le contrôlée est une personne privée, la responsabilité de ce dernier ne soit absorbée par celle de l'Etat dont la solvabilité est assurée ».

¹⁴¹⁵ Une telle situation semble contraire au principe de la régulation, lequel « exige une marge d'initiative et d'action, que contribuerait à assurer l'octroi d'une « franchise de responsabilité », Aude ROUYERE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴¹⁶ Pour l'auteur, « ce qui est redouté est en réalité un déplacement artificiel de l'imputation comptable. On comprend cette crainte car le phénomène est plus que fréquent en contentieux administratif de la réparation. Toute la jurisprudence relative à la faute de l'agent est tendue vers l'objectif de fournir à la victime un débiteur solvable. Les notions qui servent cette finalité entretiennent avec les faits un rapport plutôt distancée et ceci ne gêne personne d'autant que la personne publique, évidemment sollicitée prioritairement, peut, par le jeu d'une action récursoire, obtenir une nouvelle répartition de la charge. Dans le cadre des rapports existant entre l'autorité de régulation et l'opérateur les rapports ne sont pas les mêmes mais on peut imaginer que les créanciers tentent de récupérer auprès de la première ce qu'ils n'ont pas réussi à obtenir du second ».

qualifiant afin de prendre en compte son caractère direct ou indirect et son poids réel dans la réalisation du dommage¹⁴¹⁷.

Il a été également avancé que l'exigence d'une faute caractérisée pour engager une responsabilité n'introduit pas une véritable reconnaissance d'une liberté de choix dans l'action de l'autorité de concurrence¹⁴¹⁸. Toujours selon Madame ROUYERE, « l'élément déterminant ne se situe pas dans la gradation des fautes mais dans l'établissement ou non d'une faute »¹⁴¹⁹.

En revanche, pour Alain SEBAN, il faut conserver une place à la faute qualifiée dans le droit administratif de la responsabilité, – solution qui aurait vocation à être applicable à toutes les autorités de régulation – en raison de son utilité pratique¹⁴²⁰. Suivant cette approche, l'exigence de la faute qualifiée permet de guider l'appréciation du juge¹⁴²¹. Puis, l'admission du régime de la faute simple peut se traduire par une pression des usagers qui peut conduire le contrôleur à restreindre drastiquement la liberté du commerce et de l'industrie par un excès de réglementation. « Du risque bien connu de capture du régulateur par les opérateurs, on tomberait dans le risque-tout aussi redoutable de capture du régulateur par les usagers »¹⁴²².

L'exigence d'une faute lourde aurait, toujours selon Alan SEBAN, vocation à être maintenue en ce qui concerne les activités juridictionnelles¹⁴²³. Il faut noter

¹⁴¹⁷ Aude ROUYERE, *op.cit*, p. 37. « Pourquoi ne pas accepter de reconsidérer une théorie de la causalité qui a été très simplifiée, voire schématisée, par le juge administratif dans un souci d'efficacité notamment du point de vue de la réparation ? ».

¹⁴¹⁸ Aude ROUYERE, « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *op. cit.*, p. 2.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p.37

¹⁴²⁰ Pour cet auteur, en matière de responsabilité civile, s'il est vrai que, sauf des cas exceptionnels, toute faute engage la responsabilité de son auteur, le régime de réparation dépend souvent de la qualification de la faute. Alain SEBAN, *op.cit*, p. 105.

¹⁴²¹ « Le juge a besoin de catégories mentales, de « standards », qui lui permettent de guider son appréciation des circonstances pour tenir compte de ce simple fait que les différentes activités humaines exercent dans des conditions bien différentes et que les régimes de responsabilité qui en découlent sont nécessairement différenciés ». *Ibid.*, p. 106.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 111.

¹⁴²³ Conseil d'Etat, arrêt du 14 janvier 1998, *Dagorn*.

cependant que cet argument ne fait pas l'unanimité¹⁴²⁴. Ceux qui justifient le maintien de la faute lourde soulèvent à cet égard la préoccupation d'éviter que, par le jeu de l'action en responsabilité, on puisse ouvrir de nouveaux débats sur un procès qui a été définitivement « jugé ». On vise à protéger la liberté décisionnelle du contrôleur. Il s'agit de ne pas paralyser leurs initiatives ou les inciter à un excès de zèle par crainte d'un contentieux. Mais le maintien de cette exigence ne semble pas assurer un tel objectif¹⁴²⁵. Si l'exigence de la faute lourde peut blinder les « pressions » des groupes d'intérêt publics ou privés, tels que les associations des consommateurs, elle paraît laisser l'autorité de concurrence à la merci d'une appréciation plus ou moins sévère de la faute par le juge¹⁴²⁶.

La détermination du lien de causalité entre la faute du contrôleur, autorité de concurrence, et les dommages subis par les concurrents des opérateurs économiques ou par les consommateurs peut servir à éviter que l'autorité de concurrence (si elle est dotée de la personnalité morale) ne devienne un « débiteur de substitution »¹⁴²⁷. Cependant, cette solution n'est pas directe et linéaire, car il faut déterminer en quoi la faute commise dans l'activité de contrôle a contribué à la faute de l'opérateur qui est elle-même à l'origine du dommage. Cet exercice nous semble délicat et il est toujours permis de contester la part d'implication attribuée à l'autorité de concurrence dans la réalisation du dommage. Et c'est peut être ce qui explique l'attachement du juge administratif à l'exigence d'une faute lourde, dans la mesure où cette dernière semble introduire une sorte de tempérament à la part de complexité qui entoure la causalité. Il faut dès lors se demander si la finesse d'analyse que suppose l'appréciation de la causalité (et non des critères de la faute) ne saurait pas constituer une difficulté pour le juge administratif ?

¹⁴²⁴ V. Martine LOMBARD, note sous Conseil d'Etat, Ass., 29 décembre 1978, n° 96004, *Darmont*, *AJDA*, 1979, p. 45 ; M. DEGUERGUE, « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA*, numéro spécial, 2001, *Les sanctions administratives*, p. 81.

¹⁴²⁵ Comme le souligne Aude ROUYERE, une lecture de l'affaire Kechichian, par exemple, montre comment les insuffisances rapprochées à la Commission bancaire dans l'exercice de son contrôle et la marge offerte par la faute lourde jouent plutôt dans le sens d'une certaine inertie. Aude ROUYERE, *op.cit.*, p. 37.

¹⁴²⁶ v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 60.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p. 37.

Ces difficultés persistent même dans les systèmes où le législateur a expressément consacré la discrétionnalité des autorités de régulation pour exclure la mise en jeu de leur responsabilité extracontractuelle.

§ 2. L'EXCEPTION DES « FONCTIONS DISCRETIONNAIRES »

A l'origine, comme en droits français et colombien, le principe était celui de l'irresponsabilité du gouvernement américain. La Cour suprême a longtemps affirmé le principe de la *Sovereign Immunity*, par lequel le gouvernement fédéral ne pouvait être demandé sans son consentement¹⁴²⁸. Sous le régime de la *Common Law*, la seule alternative laissée aux particuliers endommagés par une action gouvernementale était celle de demander au Congrès la réparation, par le biais d'une « *private bill* ». Mais une telle possibilité n'était pas aisée à mettre en place. De même, avec une majeure activité du gouvernement, ceci entraîne une majeure complexité et demandes au législateur qui ont fini par alourdir ce procédé¹⁴²⁹. Afin de résoudre ce problème, le Congrès adopte en 1946 le *Federal Tort Claims Act* (FTCA). Le FTCA lève l'immunité du gouvernement pour les recours en indemnisation des particuliers qui allèguent avoir subi un préjudice causé par l'activité gouvernementale. En application des dispositions du FTCA, la responsabilité extracontractuelle de l'autorité de concurrence américaine peut être engagée, en principe, pour son activité, dans les mêmes circonstances où un particulier serait responsable, selon les règles applicables dans l'endroit où l'acte ou l'omission de l'autorité ont eu lieu¹⁴³⁰. Le FTCA a été

¹⁴²⁸ *United States v. Lee*, 106, U.S. 196, 204, 1882; Ce concept dérivait de la fiction juridique britannique « *the King can do no wrong* ». Les raisons par lesquelles les Etats-Unis a adopté cette doctrine royale ne sont pas toutefois évidentes (v. Erwin CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, § 9.2.1, au 545, 2d éd. 1994), « *Throughout American history, United States courts have applied this principle, although they often have admitted that its justification in this country is unclear* » (v. l'affaire Lee à manière d'exemple). Une des raisons de cette immunité est qu'elle protège le gouvernement contre un contentieux encombrant. Sous cette approche, le gouvernement ne peut pas être demandé car le droit à demander n'existe sans une loi qui l'octroie et la fonction législative correspond uniquement à l'Etat (v. l'explication du juge Oliver Wendell HOLMES dans le sens que « *there can be no legal right against the authority that makes the law on which the right depends* », affaire *Kawananakoa v. Polyblank*, 205 U.S. 349, 353 (1907).

¹⁴²⁹ James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1540.

¹⁴³⁰ « *The government should be liable for tort claims under circumstances where United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred* »; 28 U.S.C., §1346 (b), 1994. Les tribunaux fédéraux appliquent dès lors le droit de la responsabilité extracontractuelle des Etats fédérés.

néanmoins sujet à certaines exceptions légales¹⁴³¹. Parmi ces exceptions se trouve l'exception pour des « fonctions discrétionnaires » (*discretionary fonction exception*).

Par cette exception, la responsabilité de l'autorité de concurrence ne peut pas être engagée dans l'exercice d'une fonction discrétionnaire¹⁴³². Le législateur américain visait d'une part à protéger certaines activités gouvernementales du contentieux de la responsabilité économique et, d'autre part, à éviter que le juge interfère ou conditionne le procès décisionnel des agences de l'ordre fédéral¹⁴³³. Si l'intention du législateur américain apparaît assez nette, les développements jurisprudentiels et doctrinaux de cette exception expriment quelques difficultés.

Une première difficulté consiste en la détermination de ce qui constitue une « fonction discrétionnaire ». Dans deux affaires *Berkowitz v. United States*¹⁴³⁴ et *United States v. Gaubert*¹⁴³⁵, la Cour suprême américaine a développé le test applicable pour déterminer si une activité de l'autorité de concurrence est considérée une « fonction discrétionnaire », excluant sa responsabilité extracontractuelle. Selon l'approche retenue par le juge américain, il faut satisfaire deux critères. D'une part, l'activité de la FTC doit comporter un élément de jugement ou de choix¹⁴³⁶ et, d'autre part, l'activité de l'autorité de concurrence doit être fondée sur « des considérations de politique publique » (ou être au moins susceptible de *policy analysis*)¹⁴³⁷. Pour engager la responsabilité de l'autorité américaine, le requérant doit prouver – au moins –, qu'un de ces deux critères n'est pas satisfait.

¹⁴³¹ Telles que les demandes pour des activités militaires en temps de guerre, pour la transmission négligente du matériel postal, des décisions de quarantaine, des opérations fiscales du trésor, les activités de l'autorité pour la vallée du Tennessee, la compagnie du canal du Panama et quelques dommages intentionnels causés par certains fonctionnaires ; v. 28 U.S.C. § 2680.

¹⁴³² *Idem*, §2680 (a).

¹⁴³³ *V. United States v. Varig Airlines*, 467 U.S. 797, 808 (1984)

¹⁴³⁴ 486 U.S. 531 (1988).

¹⁴³⁵ *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991).

¹⁴³⁶ “*Discretionary in nature*”, c’est à dire, comporter “*an element of judgment or choice*”; *V. United States v. Gaubert* at 322.

¹⁴³⁷ “*Susceptible to policy analysis*”; *Idem*, at 323, 325. V. pour une définition de *policy analysis*, Walter WILLIAMS, *Social Policy Research and Analysis*, American Elsevier, New York, 1971; « *Policy analysis is a social science discipline which uses multiple methods of inquiry and argument to produce and transform policy-relevant information that may be utilized in political settings to resolve policy problems* ». Pour d'autres, il s'agit même d'une activité professionnelle, v. les travaux de Norman BECKMAN, « *Policy Analysis in Government: Alternatives to « Muddling -Through* »,

Pour certains, le juge américain, en application de ce test, a permis, à l'exception des « fonctions discrétionnaires », de limiter la responsabilité que le FTCA entendait instaurer¹⁴³⁸. Il semble que l'exception est devenue, sous un plan pratique, la règle pour ces activités discrétionnaires¹⁴³⁹. Les critiques à ces contraintes à la mise en jeu de la responsabilité sont parfois virulentes. Sous un angle plus politique que juridique, il a été avancé que l'exception de discrétionnalité peut avoir pour effet d'empêcher un jugement et, en conséquence, de priver le public des certaines informations (données qui semblent nécessaires dans le cadre d'une « reddition des comptes »)¹⁴⁴⁰.

S'agissant du premier critère, le requérant peut démontrer que l'activité n'est pas discrétionnaire en alléguant que l'autorité de concurrence a violé une régulation, directive ou procédure qui était exigée¹⁴⁴¹. Lorsque le comportement est prévu dans une régulation fédérale, l'autorité ou les fonctionnaires chargés de son application n'ont pas d'autres options que celle d'adhérer à ce qui y est consacré. Le problème réside dans la complexité pour le requérant de démontrer une telle violation¹⁴⁴². En l'absence d'une telle violation, les tribunaux trouvent l'activité de l'autorité de concurrence comme étant « *discretionary in nature* ». La seule opportunité pour le requérant est de démontrer que l'activité n'était pas susceptible d' « analyse des politiques publiques ».

En ce qui a trait au deuxième critère, une décision est susceptible d'analyser des politiques publiques s'il y a des considérations de politiques publiques qui ont pu être impliquées, même si l'autorité de concurrence ne les a pas considérées¹⁴⁴³. En

Public Admin. Rev., 1977, vol. 37, p. 221 à 222; Arnold J. MELTSNER, *Policy Analysis in the Bureaucracy*, Berkeley: University of California Press, 1976.

¹⁴³⁸ James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1544.

¹⁴³⁹ Le langage du FTCA impose la responsabilité extracontractuelle dans les circonstances dans lesquelles les particuliers seraient aussi responsables. L'application de cette exception semble s'éloigner de cette approche ; Walter GELHORN et C. NEWTON SCHENCK, « Tort Actions Against the Fédéral Government », *Colum. L. Rev.*, 1947, pp. 722 -740. Il est possible d'affirmer, par comparaison, que les critères dégagés par le juge communautaire, français et colombien mènent aussi à circonscrire, au moins dans la pratique, la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'autorité de concurrence à des cas assez ponctuels.

¹⁴⁴⁰ James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1545.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 1545.

¹⁴⁴² A titre d'exemple, en *Irving v. U.S.A.*, 162, F3d., 154, 157, 169 (1st. Cir., 1998).

¹⁴⁴³ James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1548.

outre, les tribunaux entendent par « policy » non seulement les considérations qui sont publiques ou gouvernementales, mais également les décisions ainsi que les stratégies commerciales et de gestion qu'un privé aurait adoptées. Cependant, il ne semble pas exister une ligne jurisprudentielle claire. Dès lors, quelques décisions complexes ont été chassées du champ d'application de cette exception, aux motifs d'un « standard of care », tandis que d'autres qui ont peu d'implications de police publique ont été abritées par cette même exception¹⁴⁴⁴. Le résultat est un cadre incohérent¹⁴⁴⁵.

L'exemple américain montre en fait les difficultés que les tribunaux rencontrent lorsqu'ils sont confrontés à la question de la mise en jeu de la responsabilité des autorités de régulation. Pour certains auteurs, une réponse naturelle à ce problème consisterait à circonscrire l'interprétation judiciaire de l'exception des fonctions discrétionnaires¹⁴⁴⁶. D'autres ont même envisagé la possibilité d'une réforme institutionnelle, par laquelle la compétence du juge en matière de responsabilité administrative pourrait être transférée à une autre autorité¹⁴⁴⁷. Cette proposition d'aménagement intentionnelle soulève des questions sur les moyens dont disposent les organes qui participent au contentieux de la responsabilité en matière économique.

¹⁴⁴⁴ Bruce A. PETERSON & Mark E. VAN DER WEIDE, « Susceptible to Faulty Analysis: *United States v. Gaubert*, and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity », *Notre Dame L.Rev.*, 1997, vol. 72, note, p. 448.

¹⁴⁴⁵ James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1546. En ce sens, « *the core language of the FTCA – that the federal government shall be liable in tort like a private actor – has been severely undermined by its application* ».

¹⁴⁴⁶ Un auteur propose de limiter l'interprétation judiciaire à la formule des « *decisions of a uniquely governmental – i.e., policy – nature* » (v. Bruce A. PETERSON & Mark E. VAN DER WEIDE, *op.cit.*, p. 452). Un autre auteur propose une approche procédurale, en limitant l'exception à des décisions qu'impliquent politiques économiques ou sociales qui comportent une délibération substantielle de l'agence de régulation (v. Harold J. KRENT, « Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence : Federal Government Liability in Tort », *UCLA L. Rev.*, 1991, vol.38, pp. 871 à 914).

¹⁴⁴⁷ Ce mécanisme est censé protéger le principe de la séparation des pouvoirs, fondement de l'exception des « fonctions discrétionnaires ». James R. LEVINE, *op.cit.*, p. 1548.

Section 2

LES MOYENS DES INSTITUTIONS CHARGÉES DE SON MANIEMENT

Les contraintes à la mise en œuvre de la responsabilité de l'autorité de concurrence ne sont pas exclusivement juridiques. Elles peuvent dériver également des moyens dont disposent les institutions chargées de son maniement. Les limites à la mise en jeu de la responsabilité de l'autorité de concurrence émanent, d'une part, des capacités du juge administratif (§ 1) et, d'autre part, des ressources et pouvoirs de l'autorité de concurrence (§ 2).

§ 1. LES CONTRAINTES LIÉES AUX MOYENS DU JUGE

En droit administratif colombien, il faut passer par l'examen du contentieux de l'excès de pouvoir pour identifier la légalité de référence des actes en matière de régulation de la concurrence. Une fois l'illégalité constatée, l'appréciation du juge consiste à qualifier la faute. Cet exercice de qualification de la faute constitue un procédé juridique traditionnel, et non pas un moyen de régulation.

La régulation en matière de concurrence a une ou plusieurs finalités qui lui sont propres : l'ouverture à la concurrence, l'accès des tiers, la solidité des marchés ou la prévention des risques. Si nous admettons que le mécanisme de la responsabilité constitue un instrument de régulation en matière de concurrence (par exemple comme mode de gouvernement économique par l'autorité de concurrence sur les marchés), nous devons ensuite nous interroger sur la capacité du juge pour l'opérer¹⁴⁴⁸.

Les pouvoirs de l'autorité de concurrence pour engager la responsabilité des opérateurs économiques connaissent également des limites. Ces limites visent à préserver les opérateurs économiques des « abus » du contrôleur. Il est possible de citer le principe de proportionnalité ou le recours ouvert contre la décision devant une juridiction. En outre, la procédure de sanction elle-même, menée par l'autorité de

¹⁴⁴⁸ Prenons par exemple la mise en œuvre de la responsabilité des opérateurs économiques par l'autorité de concurrence. Ce mécanisme peut être considéré comme un instrument de construction des marchés par l'autorité de concurrence.

concurrence est fortement juridictionnalisée, par application directe d'un ensemble de garanties procédurales. La responsabilité de l'autorité de concurrence sert en quelque sorte à limiter la responsabilité maniée par le régulateur à l'égard des opérateurs.

De même, la prudence judiciaire dans la mise en jeu de la responsabilité de l'autorité de concurrence se manifeste dans le maintien de l'intensité de son contrôle. Pour certains, ceci constitue une forme d'autolimitation du juge¹⁴⁴⁹. Si le constat d'une illégalité est celui d'une faute, l'effectivité du recours en annulation conditionne celle du recours visant à engager la responsabilité de l'autorité de concurrence. Une fois la requête introduite, l'effectivité du recours en annulation est intrinsèquement liée à l'intensité du contrôle juridictionnel, c'est-à-dire, à l'étendue du contrôle exercé par le juge sur la décision de l'autorité de concurrence¹⁴⁵⁰. Elle paraît dépendre également de l'efficacité du contrôle juridictionnel ; du point de vue de sa rapidité¹⁴⁵¹.

Le rôle croissant de l'analyse économique consacrée par les réformes introduites par la loi 1340 de 2009 a permis au droit de la concurrence d'atteindre un degré de technicité tel que l'on pourrait craindre que le juge administratif, en sa qualité de juridiction généraliste, ne soit pas en mesure d'exercer un contrôle de légalité approfondi des cas soumis à son examen. Cette évolution récente pourrait avoir par ricochet l'effet d'augmenter le pouvoir discrétionnaire de la SIC.

Le juge administratif colombien s'est cependant montré soucieux, dans des affaires récentes en matière d'annulation, à l'instar de l'affaire Gatorade. Dans cette affaire¹⁴⁵², le Tribunal administratif de Cundinamarca a fait appel pour la première fois à des experts lors de l'appréciation de l'étude économique et technique apportée par la SIC. L'appel à des experts est une technique souvent utilisée dans d'autres systèmes, comme le système américain. En pratique, un recours plus fréquent aux mesures d'expertise indépendante aiderait certainement le juge administratif à exercer un contrôle plus étendu sur les arguments économiques complexes offerts par les

¹⁴⁴⁹ Martin COLLET, *op.cit.*, p.

¹⁴⁵⁰ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, p. 348.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 348.

¹⁴⁵² Affaire *Postobón /Quaker*, Résolution n° 16433, du 23 juillet, 2004 ; Tribunal administratif de Cundinamarca, 1ère section, sous-section A, arrêt du 20 septembre 2007.

parties. Le recours à des rapports d'experts est devenu particulièrement nécessaire pour le calcul du montant précis des dommages et intérêts¹⁴⁵³, tel que la pratique institutionnelle du Tribunal administratif de Cundinamarca le suggère en matière de responsabilité extracontractuelle¹⁴⁵⁴ de l'Administration colombienne.

L'étendue du contrôle du juge semble se borner à la constatation des erreurs « graves et manifestes » d'appréciation dans les décisions de l'autorité de concurrence. Prenons par exemple le cas du juge communautaire. Par l'identification du seuil à partir duquel la responsabilité extracontractuelle de la Commission peut être engagée pour comportement illégal, c'est-à-dire, lorsque se produit une négligence « grave et manifeste », le TPICE permet que des actions en dommages et intérêts soient désormais exercées dans des cas similaires¹⁴⁵⁵. C'est l'excès dans les pouvoirs d'évaluation de l'autorité de concurrence qui est sanctionné¹⁴⁵⁶. D'après cette jurisprudence, si les erreurs procédurales sérieuses peuvent servir de fondement à une action en réparation, les actions fondées sur une évaluation supposée erronée pourraient s'avérer évasives, en dépit d'un examen minutieux de l'analyse économique de l'autorité de concurrence. De même, ce jugement n'ouvre pas la voie aux requérants souhaitant argumenter que le quantum des dommages devrait s'approcher de la valeur de l'« affaire » perdue par l'acquéreur. Au contraire, le juge communautaire analyse le lien de causalité entre le comportement prétendument illégal de l'autorité de concurrence et les dommages réellement subis par la partie s'estimant lésée. Le TPICE semble alors exclure du domaine de dédommagement potentiel la perte subie du fait de la non-réalisation des synergies qui auraient résulté de la concentration, ou des bénéfices anticipées, tout comme d'ailleurs les pertes encourues par l'entreprise Schneider pour avoir dû se séparer de Legrand. Il semble cependant raisonnable, en cette espèce, de réclamer des dommages et intérêts au titre de la réduction du prix de la séparation des deux entités occasionnée par l'attente de la décision judiciaire¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³ V. Roger D. BLAIR et Thomas F. COTTER, « Rethinking Patent Damages », *Tex. Intell. Prop. L.J.*, 2001, n°1, p. 10.

¹⁴⁵⁴ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, op.cit, p. 325.

¹⁴⁵⁵ V. Michel BASEX, « La condamnation des autorités de contrôle à réparer le préjudice résultant d'une décision illégale, observations » (note ss. TPICE, 11 juill. 2007, aff. T-351/03, Schneider Electric SA/Commission) ; *D. Adm.*, octobre 2007, n° 10, p. 23.

¹⁴⁵⁶ TPICE, arrêt du 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c. Commission*, aff. T-351/03.

¹⁴⁵⁷ TPICE, arrêt du 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c. Commission*, aff. T-351/03.

Quant à la question du « standard » juridique applicable dans les cas où les autorités de concurrence aient commis des erreurs d'analyse, elle demeure également posée. En d'autres termes, les circonstances dans lesquelles le juge sera prêt à considérer que l'autorité de concurrence a excédé sa marge de manœuvre en interprétant des données économiques et a commis une erreur de jugement « grave et manifeste », restent à déterminer.

Malgré les récentes réformes en matière de concurrence, il n'est pas certain que le juge administratif colombien soit suffisamment équipé pour traiter de façon effective les recours en annulation prétextant des violations du droit de la concurrence et, en conséquence, constitutives d'une faute. La question des alternatives au système de contrôle de droit positif peut être alors posée. Un pouvoir de composition au profit de l'autorité de concurrence se présente comme une alternative, dont l'effectivité peut éventuellement servir à la sauvegarde des moyens financiers de la SIC.

§ 2. LES CONTRAINTES LIEES AUX MOYENS DE L'AUTORITE DE CONCURRENCE

Au problème de l'insuffisance des ressources de l'autorité colombienne¹⁴⁵⁸, il faut ajouter les coûts de la responsabilité civile liée à la personnalité morale. La personnalité morale s'accompagne d'une responsabilité juridique des conséquences et des décisions prises par l'autorité de concurrence¹⁴⁵⁹. Pour la SIC, la nécessité de faire face à d'éventuelles demandes de dommages en cas de contentieux portant sur des décisions faisant grief, au titre notamment de sa responsabilité civile, peut se traduire par un surcoût substantiel.

Une alternative permettant à l'autorité de concurrence colombienne d'éviter ces surcoûts consiste à disposer d'une équipe juridique et économique pour assurer une défense efficace, lors du contentieux de sa responsabilité. Par l'octroi de la responsabilité morale en 2007, l'autorité de la concurrence colombienne a la possibilité d'avoir recours à des avocats externes. C'est précisément le cas pour

¹⁴⁵⁸ Voir supra, note 1022.

l'affaire ORBITEL précitée. Non seulement ceci semble permettre de réduire des coûts, mais semble réduire également le risque de capture de l'autorité de concurrence par les groupes d'intérêts publics et privés. Le recours au conseil externe devra demeurer toutefois conditionné à son efficacité, par le moyen d'une analyse coûts-bénéfices. Les investissements en ressources humaines qualifiées doivent aussi faire l'objet d'un tel examen.

Pour assurer une plus grande efficacité dans la défense de ses ressources, il est également possible de doter l'autorité de concurrence d'un pouvoir de transaction plus étendu. La question du pouvoir de composition de l'autorité de concurrence comprend d'un côté la composition¹⁴⁶⁰ des sanctions que l'autorité de concurrence peut imposer aux opérateurs économiques. Il s'agit ici de l'hypothèse de l'opérateur, en tant que moyen d'organisation, pour la SIC, de la régulation de la concurrence¹⁴⁶¹. De l'autre côté, cette question concerne le pouvoir de l'autorité de concurrence pour régler les litiges nés ou à naître, prétendant engager sa responsabilité extracontractuelle. Seule cette dernière hypothèse est traitée dans ce paragraphe.

L'autorité de concurrence, au moment où elle est dotée de la personnalité morale, est censée lui permettre de mieux protéger ses intérêts. Elle engage en fait sa responsabilité et non celle de l'Etat, et doit, par conséquent, répondre avec son propre patrimoine des dommages causés par son activité ou omission. Si un recours est instauré devant le juge aux fins d'engager la responsabilité de l'autorité de concurrence, on admet qu'elle conteste les prétentions de la demande directement devant le juge. On doute même de l'existence d'une entité, autre que la même autorité de concurrence demandée, qui serait plus efficace pour assurer sa défense devant le juge administratif. C'est dans cette même logique qu'un pouvoir de règlement des différends en matière de responsabilité de l'autorité de concurrence peut être soutenu.

¹⁴⁵⁹ V. par exemple, Conseil d'Etat français délibéré du 8 septembre 2005.

¹⁴⁶⁰ Nous entendons par composition l'accord par lequel les parties mettent fin à un litige né ou à naître. L'engorgement contemporain des tribunaux a favorisé le recours à cette mesure alternative de règlement des différends dans des domaines divers, dont celui de la concurrence.

¹⁴⁶¹ Pour une présentation du mécanisme de la composition et ses effets sur la responsabilité des opérateurs économiques, v. Nicolas CELLUPICA et Charles JOSEPH OUDIN, « Le pouvoir de composition de l'autorité de marchés financiers », in *Responsabilité et régulations économiques*, *op.cit.*, 157.

Au demeurant, il existe, en droit colombien une exigence procédurale consistant à la réalisation d'une audience extra-juridictionnelle de conciliation préalable à toute action en nullité et rétablissement du droit et à toute action de réparation directe¹⁴⁶². Conformément à l'article 37 de la loi 640 de 2001, modifié par l'article 1 du décret 131 de 2001, la conciliation extrajudiciaire préalable est devenue une exigence pour l'exercice des actions de nullité, de réparation directe et des controverses contractuelles. L'omission de cette formalité est sanctionnée par le rejet de la demande (article 36, loi 640 de 2001).

C'est dans le cadre de cette audience, dont la procédure de l'audience de conciliation se trouve régulée par cette même loi, que l'autorité colombienne nous semble disposer d'un pouvoir de composition en matière de responsabilité extracontractuelle. Pourtant, cette audience continue à apparaître, malgré son caractère obligatoire, plutôt comme une formalité que comme un outil efficace en matière du contentieux de la responsabilité économique. Au delà du nombre limité des contentieux à l'encontre de l'autorité de concurrence, aucun cas ne semble avoir abouti à ce jour à un accord préalable entre la SIC et les opérateurs concernés. Ce qui permet douter de l'efficacité de cette audience. Les pouvoirs transactionnels de la SIC en matière du contentieux à son encontre devraient être au moins clarifiés. L'absence conséquente des moyens humains et financiers apparaît d'ailleurs comme une contrainte concernant la composition des litiges.

On attend de l'autorité de concurrence de mieux défendre ses propres intérêts lors de la réalisation de l'audience de conciliation. Ceci n'empêche pas cependant que l'intervention des membres et fonctionnaires de la SIC est soumis à d'éventuelles sanctions disciplinaires et/ou pénales. Pour certains, la doter d'un pouvoir de composition assez large à l'autorité de concurrence peut augmenter le risque de « contractualisation » de la régulation de la concurrence¹⁴⁶³. Dans le même ordre d'idées, il a été avancé que ce mécanisme augmenterait le risque de capture de l'autorité de concurrence par les groupes d'intérêts publics et privés¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶² C.C.A, et sa récente réforme introduite par le décret 1716 de 2009. V. également loi 640 de 2001.

¹⁴⁶³ Hubert DELZANGLES, *op .cit.*, p. 94.

¹⁴⁶⁴ Cass R. SUNSTEIN, « Interest groups in American Public Law », *Stanford L. Rev.*, 1985, vol. 38, p. 29.

En ce sens, afin de faire prévaloir l'intérêt général, tout accord entre les parties de l'audience de conciliation du Code du contentieux administratif colombien a lieu en présence des agents de la *Procuraduría* assignés à la juridiction contentieuse administrative¹⁴⁶⁵ et est soumis à approbation judiciaire¹⁴⁶⁶. Ces interventions du juge et du ministère public sont censées réduire des risques de capture.

Mais, le juge possède-t-il les capacités requises pour approuver la décision de mettre fin à un litige économique ?¹⁴⁶⁷ Son contrôle s'étend-il au seul constat du respect des garanties et formalités prévues dans la loi 640 de 2001 ? Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer quelques alternatives, le choix demeurant politique, telles que doter le juge colombien de moyens pour assurer un contrôle efficace ou le transfert de ce contrôle à un organe indépendant de l'exécutif ou bien à une juridiction spécialisée. Ces questions ne trouveront de réponses que lorsque le législateur aura exprimé son choix, vis-à-vis du régime de la responsabilité de l'autorité de concurrence colombienne.

¹⁴⁶⁵ Article 23, loi 640 de 2001; Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit*, t.1 p. 327.

¹⁴⁶⁶ Pour le juge constitutionnel colombien, « *La intervención tanto del Ministerio Público como del juez o corporación competente tienen precisamente por objeto garantizar la prevalencia del interés general, la preservación del patrimonio público y la observancia del debido proceso en este tipo de conciliaciones* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-338 du 3 mai 2006.

¹⁴⁶⁷ Réflexion qui applique également aux agents de la *Procuraduría* assignées à la juridiction contentieuse administrative.

CONCLUSION

Pour mener à bien une réflexion sur l'indépendance des autorités de concurrence, il est nécessaire de situer l'analyse dans une perspective déterminée, d'émettre une hypothèse constituant la base de la démonstration. En l'occurrence, l'hypothèse consiste à supposer qu'un plus grand degré d'indépendance des autorités de concurrence requiert un renforcement des contrôles des pouvoirs publics et des mécanismes de participation des citoyens dans la prise de décision. Si l'indépendance des autorités de concurrence peut constituer un moyen pour assurer une « expertise objective »¹⁴⁶⁸, pourtant elle ne suffit pas à le protéger contre les pressions exercées par des groupes d'intérêt et les préférences de ses propres membres¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁸ Selon l'expression utilisée par certains auteurs des principales écoles de pensée sur la bureaucratie politique. Voir par exemple, Kathleen BAWN, *op. cit.*, p. 63. Il s'agit ici d'une expertise à la fois scientifique, technique et apolitique. Elena KAGAN, « Presidential Administration », *Harvard L. Rev.*, juin 2001, vol. 114, p. 2258. L'idée d'expertise objective apparaît souvent associée à celle de « discrezionalità tecnica », voir par exemple, Franco GAETANO COCA et Filippo DEGNI, « Autorità amministrativa indipendente e sindacato giurisdizionale : il complesso rapporto tra esercizio del potere et effettività de la tutela », in *Authorities, imparzialità et indipendenza*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁶⁹ Intérêts particuliers et préférences sont souvent contraires aux orientations politiques majoritaires. Kathleen BAWN, *op.cit.*, p. 63 ; Mathew D. MCCUBBINS et Thomas W. MERRILL, « Capture Theory and the Courts: 1967-1983 », *Chi.-Kent L. Rev.*, 1997, vol. 72, p. 1039, 1050. Le problème n'est pas seulement que les membres de l'autorité de concurrence aient accès à des informations dont ne dispose pas le législateur ; le problème est aussi celui de la qualité de l'information qui est dans les mains des membres de ces autorités. Cette circonstance peut renforcer le pouvoir de l'autorité de concurrence en même temps qu'elle semble affaiblir la capacité du législateur à maintenir un contrôle adéquat sur l'organe administratif. Daniel B. RODRIGUEZ, « The Positive Political Dimensions of Regulatory Reform », *Wash. U. L.Q.*, 1994, vol. 72, p.34. Suivant la tradition de WEBER, la politique économique de l'information et l'incertitude (*political economy of information and uncertainty*) se centre autour de l'impact des asymétries des relations entre des acteurs suivant des intérêts particuliers (voir par exemple, Terry MOE, « The New Economics of Regulation », *Am. J.P.S.*, 1984, vol. 28, pp. 739-777; John ROBERTS, « Revue de l'ouvrage de Gary J. MILLER, *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy* », *Journal of Economic Literature*, 1994, vol. 32, n°1, pp. 159-161). Deux types différents d'asymétries peuvent être distingués : d'abord peuvent exister des informations « cachées » (voir par exemple Kenneth J. ARROW, « "The Economics of Agency" », in John W. PRATT and Richard J. ZECKHAUSER, *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston: Harvard Business School Press, 1985, pp. 37-51). Ces informations se référerait au fait que les autorités de concurrence peuvent contrôler des informations secrètes ou avoir une expertise technique que ni le président, ni le Congrès n'auraient. Peuvent aussi exister des « actions cachées ». Ces activités indiqueraient le fait que les autorités de concurrence peuvent agir d'une façon qui ne serait pas facilement suivie ou observable par les pouvoirs publics. Chacune de ces asymétries dans l'information permettrait à l'autorité de concurrence de poursuivre ses propres objectifs, même s'ils sont contraires à ceux des pouvoirs publics. Barry R. WEINGAST. « "The Political Control of Bureaucracies under Asymmetric Information," » *Am. J. P. S.*, 1992, vol. 36, p.509- 524.

L'indépendance est en effet la conséquence du compromis réalisé par le pouvoir politique entre expertise (réduction de l'incertitude technique de la régulation) et contrôle (réduction de l'incertitude procédurale de la régulation)¹⁴⁷⁰. Suivant une telle approche, le degré d'autonomie fonctionnelle des autorités de concurrence apparaît déterminé, d'une part, par l'étendue de leurs compétences et, d'autre part, par l'étendue des contraintes procédurales déterminées par le législateur¹⁴⁷¹. En admettant qu'une plus grande incertitude sur les effets de la régulation envisagée (incertitude technique) corresponde à un plus grand besoin d'information du pouvoir politique¹⁴⁷², on peut s'attendre à ce que la liberté d'appréciation et les pouvoirs d'enquête, d'alerte et d'analyse attribués à l'autorité de concurrence soient plus étendus. Par conséquent, le degré d'indépendance des autorités de concurrence reflète la volonté du pouvoir politique de réduire cette incertitude technique par la collecte et le traitement des informations « manquantes ». Mais, en contrepartie, l'incertitude qui entoure le résultat de l'activité des membres des autorités de concurrence (incertitude procédurale) doit s'accroître – surtout si la liberté fonctionnelle est accompagnée de pouvoirs de décision –¹⁴⁷³. Un compromis entre l'étendue de la liberté d'appréciation des membres des autorités de concurrence et l'étendue des contrôles sur leur activité devient alors nécessaire. Suivant ce raisonnement, ni les mécanismes de contrôle, ni l'indépendance des autorités de

¹⁴⁷⁰ Le terme « incertitude technique » ici employé désigne l'incertitude sur les conséquences possibles de la régulation de la concurrence envisagée. Il s'agit d'une incertitude technique et intrinsèque. Technique car elle est motivée par une situation de connaissance incomplète des réponses des variables économiques. Le qualificatif « intrinsèque » distingue ce niveau initial d'incertitude technique, supérieur à ce qui peut être dévoilée postérieurement, au cours de l'activité d'expertise de l'autorité de concurrence. Le terme « incertitude procédurale », quant à lui, fait référence à l'incertitude sur le comportement des membres des autorités de concurrence. Il s'agit d'une situation de connaissance incomplète des réponses et du comportement des experts des autorités de concurrence. L'adjectif « procédurale » indique les contrôles des pouvoirs publics, souvent sous la forme de procédures, qui leur permettent d'anticiper des comportements des membres des autorités de concurrence. Kathleen BAWN, *op. cit.*, pp. 64, 66.

¹⁴⁷¹ Le sens du mot « procédures » que nous utilisons ici est un sens large, qui comprend premièrement des procédures ex ante, souvent sous la forme de questions structurelles liées à la prise de décision des autorités de concurrence (telles que la manière dont elle est organisée, les qualifications requises de leurs membres et contraintes procédurales déterminées à l'avance pour la prise de décisions) et, deuxièmement, des procédures ex post, tels que le contrôle juridictionnel de leurs actes et des procédures qui déterminent comment l'autorité de concurrence se rapporte au reste de l'administration. Kathleen BAWN, *ibid.*, p. 62.

¹⁴⁷² « Under uncertainty there is a greater need for information », Mathew D. MCCUBBINS, « The Legislative Design of Regulatory Structure », *op. cit.*, p. 736-737. Plus favorable serait le climat politique, moins de conflits d'intérêts il y aurait. Mathew D. MCCUBBINS, *Id.*, p. 743.

¹⁴⁷³ Kathleen BAWN, *op. cit.*, pp. 65-67.

concurrence ne peuvent être raisonnés en termes de « tout-ou-rien », mais en termes de degrés¹⁴⁷⁴.

Cependant, l'idée d'un compromis législatif entre l'expertise des membres des autorités de concurrence et contrôle par les élus du peuple n'a pas les faveurs de tous. A une extrémité, l'on trouve ceux qui voudraient que l'organisation de la régulation de la concurrence soit confiée à des experts. Ainsi par exemple, selon l'approche retenue par l'école du *Public choice*, les politiques publiques choisies par les bureaucrates et les élus qui les contrôlent ne serviraient que certains intérêts particuliers, au détriment de l'efficacité économique, de la liberté et du droit de propriété des individus¹⁴⁷⁵. Ils proposent alors des limites strictes à la taille du gouvernement¹⁴⁷⁶, et/ou confier la régulation de l'économie à des organes composés de techniciens « isolés » du politique, qui tireraient leur légitimité de l'efficacité de leurs résultats¹⁴⁷⁷. A l'autre extrémité, l'on trouve ceux qui mettent l'accent sur le contrôle par les élus de l'activité des membres des autorités de concurrence. Suivant cette deuxième approche, il serait indésirable – voire illégitime au regard du principe démocratique – pour les autorités de régulation de poursuivre des finalités contraires aux orientations politiques majoritaires¹⁴⁷⁸. Les travaux de Lloyd CULTER et David JOHNSON caractérisaient les années 1970 comme un « échec dans la régulation » (*regulatory failure*) par le fait pour l'autorité de régulation de s'écarter des préférences des majorités politiques¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁴ Kathleen BAWN, *ibid.*, p. 71.

¹⁴⁷⁵ L'approche retenue par l'école du *Public choice* rejette un principe de Pareto « faible » (*weak Pareto principle*) pour définir le but de l'efficacité économique. Suivant cette approche, la liberté et les droits de propriété devraient toujours s'imposer à des mécanismes de justice distributive. La théorie du *Public choice* demeure en fait assez sceptique sur la capacité de la démocratie pour atteindre l'objectif d'efficacité économique. Voir par exemple, James M. BUCHANAN, *The Demand and Supply of Public Goods*, Rand McNally, Chicago, 1968 (disponible sur : <http://www.econlib.org/library/Buchanan/buchCv5Cover.html>).

¹⁴⁷⁶ Voir par exemple, Theodore J. LOWI, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, New York: Norton, 1969, 322 pp.

¹⁴⁷⁷ Les bureaucrates et les élus qui les contrôlent attribueraient les politiques publiques au groupe d'intérêt meilleur offrant, James M., BUCHANAN, Robert TOLLISON, et Gordon TULLOCK, *Toward a Theory of the Rent Seeking Society*. Texas A & M University economics series, 1980. La légitimité par les « inputs » est bousculée alors par une légitimité par les « outputs », liées aux résultats du travail gouvernemental. Y. MENY et Y. SUREL, *Politique Comparée. Les démocraties. Allemagne, Etats-Unis, France, Grande Bretagne, Italie*, 7e éd., Montchrestien, 2004, p. 24, cité par Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », in *Régulation économique et démocratie*, *op.cit.*, p. 18.

¹⁴⁷⁸ Richard J. PIERCE, « The Role of Constitutional and Political Theory in Administrative Law », *Tex. L. Rev.*, 1985, vol. 64, pp. 469, 520.

¹⁴⁷⁹ Lloyd CULTER et David JOHNSON définissent une « *regulatory failure* » comme la situation dans laquelle « *an agency has not done what elected officials would have done had they exercised the power conferred on them by virtue of their ultimate political responsibility* ». Lloyd N. CUTLER &

Mais l'on se satisfait de moins en moins de l'idée selon laquelle les décisions sont prises par les élus et d'autres agents sous leur contrôle. La seule considération de l'investissement démocratique des autorités de concurrence par des chaînes de contrôle qui les reliait à la représentation nationale ne suffit plus à satisfaire les exigences contemporaines de la démocratie politique¹⁴⁸⁰. La démocratie a aujourd'hui acquis une dimension procédurale : « c'est dans le tissu continu des processus de production des décisions publiques qu'elle doit se nicher, pas dans les seules pièces de l'élection et des procédures parlementaires »¹⁴⁸¹. Suivant cette approche, l'exigence démocratique actuelle comporte une revalorisation et un relèvement du concept et du rôle du citoyen dans la sphère publique, ainsi qu'un renforcement et une démocratisation des voies de représentation¹⁴⁸². A titre d'exemple, le contrôle effectif des citoyens sur l'activité des autorités de concurrence demande une action positive de la part de ces autorités, c'est-à-dire, assurer des voies d'accès aux informations

David R. JOHNSON, « Regulation and the Political Process », *Yale L. J.*, 1975, vol. 84, pp. 1395-1399. Cette définition de l'échec dans la régulation repose sur deux prémisses, une normative et une autre positive. La prémisses normative consiste en ce que la régulation doit refléter au maximum les préférences de la majorité d'électeurs. La prémisses positive consiste en ce que la meilleure façon d'assurer que l'activité des autorités de régulation reflète les préférences des majorités politiques serait d'imposer des contrôles de la part des pouvoirs publics. Matthew C. STEPHENSON, « Optimal Political Control of Bureaucracy », *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁸⁰ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », in *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, pp. 18-19. La théorie démocratique nous invite à comprendre que l'exigence démocratique ne pourrait pas se satisfaire du schéma des économistes selon lequel le peuple (*principal*) fait de délégations à un Congrès et à un président élus (*agent*), qui, à leur tour, jouent le rôle de *principal* en déléguant leurs pouvoirs à une autorité administrative (*agent*). Les formes et les ressorts de la démocratie auraient évolué. Pour une présentation de cette évolution, voir Jean-Bernard AUBY, *id.*, p. 17.

¹⁴⁸¹ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *ibid.*, p. 19. S'agissant concrètement du cas colombien, le préambule de la Constitution colombienne de 1991 énonce que le régime constitutionnel colombien se développe dans un cadre juridique, démocratique et participatif. Son article 1, quant à lui, établit que la Colombie est un Etat social de droit organisé sous le modèle d'une République démocratique, participative et pluraliste, et l'article 2 consacre quant à lui comme l'une des finalités fondamentales de l'Etat celle de faciliter la participation de tous les citoyens, dans les décisions qui les concernent et dans la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation. Voir à cet égard, Cour constitutionnelle colombienne, arrêt de constitutionnalité C-1175 du 24 novembre 2004.

¹⁴⁸² Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-394 du 29 septembre 2004. Conformément à la Cour constitutionnelle, la démocratie participative ne comprend pas simplement la consécration des mécanismes pour que les citoyens puissent prendre des décisions dans des referendums ou dans des consultations populaires ou pour révoquer le mandat de ceux qui ont été élus, mais elle implique également que le citoyen puisse aussi participer pleinement dans les processus décisionnels non électoraux. Cour constitutionnelle, *Ibid.*, point 3; voir également Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-180 de 1994.

collectées et traitées ; rendre disponible aux citoyens l'accès des archives et documents dans lequel sont recueillis, jour après jour, leur activité¹⁴⁸³.

La légitimité des autorités de concurrence résulte d'une conjonction de divers facteurs, dont aucun ne peut s'imposer aux autres. C'est pourquoi notre réflexion sur l'indépendance des autorités de concurrence est allée au-delà de la seule considération des aspects internes de ces autorités. Dans ce contexte, il s'agissait de montrer que même dans son acception stricte, la notion d'indépendance ne constitue pas seulement qu'une situation d'autonomie fonctionnelle « fortifiée » en pratique. A une plus large autonomie des autorités de concurrence correspondent plus de contrôles des pouvoirs publics et/ou des citoyens sur leur activité. C'est en conservant cette approche que nous avons formulé un regard critique à la place qu'occupe l'indépendance dans la configuration organique et fonctionnelle des autorités de concurrence en Colombie. C'est aussi en suivant cette approche que nous avons proposé quelques évolutions, lorsqu'elles sont apparues souhaitables.

Une évolution vers un degré plus important de liberté décisionnelle de l'autorité transversale colombienne a été récemment reconnue par le gouvernement dans le Plan National de Développement. Le Plan adopté pour les années 2010-2014, *Prosperidad para todos*, identifie comme l'une des priorités pour améliorer la compétitivité nationale, le renforcement de l'indépendance de l'autorité colombienne, par le biais de certaines garanties statutaires accordées aujourd'hui à ses homologues française et américaine. A côté d'un renforcement des ressources de l'autorité transversale – visant notamment à lui permettre d'assurer les nouvelles missions confiées par la réforme opérée en 2009 –, il a été proposé d'adopter une structure collégiale, composé des experts dans les domaines économique, industrielle et juridique, dont les membres auront un mandat fixe pour une période différente à celle du gouvernement. En outre, pour résoudre la difficile question du partage des compétences entre l'autorité transversale et les autorités sectorielles, il a été proposé

¹⁴⁸³ Selon la Cour constitutionnelle colombienne, « *El fortalecimiento de una democracia constitucional guarda una estrecha relación con la garantía del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley* ». Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-872 du 30 septembre 2003, point 3.

de « concentrer » davantage les activités de défense et promotion de la concurrence au profit de la SIC.

Si ces propositions ont le mérite d'attirer l'attention sur le besoin d'un plus grand degré d'indépendance de l'autorité colombienne, en permettant d'ouvrir le débat autour des garanties statutaires à instaurer, nous devons regretter l'absence de fondements du choix formulé par le gouvernement, ainsi que des références à la possibilité d'avancer vers l'« externalisation » de la SIC. De même, la proposition du gouvernement colombien ne semble pas inclure des réflexions autour des procédures et mécanismes de contrôle permettant de légitimer cette indépendance ; du point de vue des exigences du principe démocratique.

Quels mécanismes de contrôle permettent-ils de mieux arriver à un compromis entre expertise, d'une part, et réduction de l'incertitude du comportement des membres des autorités de concurrence, d'autre part ? Qui doit contrôler l'activité des membres des autorités de concurrence ? Pour certains, le président semble l'acteur institutionnel qui répondrait le mieux aux orientations des majorités politiques¹⁴⁸⁴. Ce qui peut être plus ou moins vrai dans des systèmes présidentielistes comme la Colombie ou les Etats-Unis¹⁴⁸⁵. Mais le contrôle présidentiel nécessite, dans la pratique, un ensemble de dispositions légales d'ordre institutionnel visant à réduire l'« isolement » des autorités de concurrence de l'exécutif¹⁴⁸⁶. En revanche, pour d'autres, le Congrès doit avoir une influence dominante sur ces autorités, car c'est bien ce dernier l'organe représentatif par excellence¹⁴⁸⁷. A cet argument s'ajoute également le fait que certaines formes de contrôle présidentiel peuvent manquer de transparence¹⁴⁸⁸. Enfin, un troisième groupe souligne que c'est le contrôle juridictionnel des actes des autorités de concurrence qui pose le moins de contraintes

¹⁴⁸⁴ « Because the President has a national constituency, he is likely to consider in setting the direction of administrative policy on an ongoing basis, the preferences of the general public, rather than merely parochial interests », Elena KAGAN, *op.cit.*, n° 2335, p. 2287.

¹⁴⁸⁵ Lawrence LESSIG et Cass R. SUNSTEIN, « The President and the Administration », *Colum. L. Rev.*, 1994, vol. 94, n° 1, p. 103; voir également Cass R. SUNSTEIN, « Changing Conceptions of Administration », *BYU L. Rev.*, 1987, n° 3, pp. 927-938.

¹⁴⁸⁶ Matthew C. STEPHENSON, *op.cit.*, pp. 61-62.

¹⁴⁸⁷ Jide NZELIBE, « The Fable of the Nationalist President and the Parochial Congress », *UCLA L. Rev.* 2006, vol. 53, p. 1217.

¹⁴⁸⁸ Thomas O. MCGARITY, « Presidential Control of Regulatory Agency Decision-making », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, pp. 443 et 451.

à son activité d'expertise¹⁴⁸⁹. Une approche critique du contrôle juridictionnel des actes des autorités de concurrence soulève toutefois le problème de la neutralité du contrôle judiciaire. Les juges peuvent avoir leurs propres orientations sur ce qui doit être le contenu de la régulation¹⁴⁹⁰.

A la construction de l'indépendance des autorités de concurrence, dans ses dimensions organique et fonctionnelle, doit succéder des contrôles sur l'activité des autorités de concurrence. Plusieurs auteurs soutiennent qu'aujourd'hui la priorité doit être donnée à d'autres valeurs, telles que le respect de la loi, des garanties procédurales et le bien-fondé des décisions des autorités de concurrence, et pas seulement à la question du respect des orientations politiques majoritaires¹⁴⁹¹. Une diversité et un équilibre des contrôles peuvent être non seulement un facteur de légitimité de ces autorités, mais aussi un moyen pour renforcer le degré d'autonomie des autorités de concurrence. En définitive, c'est au regard de ce double mouvement qu'il a été possible de parvenir à montrer que l'indépendance requiert des limites, sous la forme de contrôles et de mécanismes de participation des citoyens dans la prise de décision.

¹⁴⁸⁹ David S. LAW, « A Theory of Judicial Power and Judicial Review », *Geo. L.J.*, Vol. 97, 2008 p. 723 et s. Ce qui voudrait surtout dans le cas où le contrôle judiciaire se limiterait à un contrôle de proportionnalité et rationalité de la décision de l'autorité de concurrence. Franco GAETANO SCOCA et Filippo DEGNI, *op.cit.*, p. 46.

¹⁴⁹⁰ Au delà du débat entre le "gouvernement des juges" et le "gouvernement des experts" (voir sur cette discussion, Martin COLLET, Thèse, *op.cit.*, p. 163), les juges auraient leurs propres préférences sur ce que devraient être les contours de la régulation. Lisa SCHULTZ BRESSMAN, « Procedures and Politics in Administrative Law », *Colum. L. Review*, 2007, vol. 107, p. 1749; Ernest A. YOUNG, « Judicial Activism and Conservative Politics », *U. Colo. L. Rev.*, 2002, vol. 73, pp. 1139, 1144-1182.

¹⁴⁹¹ « Possible normative constraints on majoritarian decision making include protecting the interests of those who are not represented, or cannot adequately protect their interests, in the political process », Matthew C. STEPHENSON, *op.cit.*, note n°5 ; voir également, John Hart ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press, 1980.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

ACTON Harry B. *The Morals of Markets and Related Essays*. Indianapolis : Liberty Fund, 1993.

ARAGON REYES Manuel. *Constitution y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1999.

AREEDA Phillip E., HOVENKAMP Herbert. *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 3e éd. New York, NY : Aspen Publishers, 2006, vol. I.

ARGAÑAS Manuel J. *Tratado de lo contencioso administrativo*. Buenos Aires : Tipografía Editora Argentina, 1955.

AUBY Jean-Bernard. *La globalisation, le droit et l'Etat*. Paris : Montchrestien, 2003.

AUTIN Jean-Louis, RIBOT Catherine. *Droit administratif général*. 5e éd., Paris : Litec , LexisNexis, 2007, 415 p.

BEJARANO Ramiro. *Los procesos declarativos*. 4e éd. Bogotá : Temis, 2009.

BETANCOUR JARAMILLO Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín : éd. Señal, 2000.

BIENAYME Alain. *Les nouvelles approches de la concurrence*. Paris : Economica, 2002.

Black's Law Dictionary / Bryan A. Garner editor, St. Paul, Minn. : West Group, 2004.

BLAISE Jean-Bernard. *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*. 5e éd. Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2009, 653 p.

BERNSTEIN Marver. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton, NJ : Princeton University Press, 1955.

BRUNET François, CANIVET Guy. *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*. Paris : LGDJ, 2008, 723 p.

BUCHANAN James M., TOLLISON Robert, TULLOCK Gordon. *Toward a Theory of the RentSeeking Society*. College Station : Texas A & M University, 1980.

BUCHANAN James M. *The Demand and Supply of Public Goods*. Chicago : Rand McNally, 1968.

CHAPUS René. *Droit administratif général*. 15e éd. Paris : Montchrestien, t.1, 2001.

CHAPUS René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. 2eme éd. Paris : LGDJ, 1957.

CHEMERINSKY Erwin. *Federal Jurisdiction*. 2d éd. Boston : Little, Brown, 1994.

CHEVALLIER Jacques. *L'Etat postmoderne*. Paris : L.G.D.J./MSH, 2003.

CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. 8e éd. Paris : Association Henri Capitant/Quadrige/PUF, 2007.

COT Jean-Mathieu, DE LA LAURENCIE Jean Patrice. *Le contrôle français des concentrations*. 2e éd. Paris : LGDJ., 1997, 432 p.

CULP DAVIS Kenneth. *Administrative Law and Government*. 2e éd., St. Paul : West Publishing, 1975, XVIII -391 p.

DECOCQ André, DECOCQ Georges. *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*. 4e éd, Paris : LGDJ – Lextenso, 2010, 637 p.

DE OTTO Ignacio. *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona : Ariel S.A., 1991.

DEVOLVE, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris : Dalloz, 1998, coll. « Précis ».

DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 3e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2011, 683 p.

DRAGO, Guillaume, LOMBARD Martine. *Les libertés économiques*. Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2003, 169 p.

DU MARAIS Bertrand. *Droit public de la régulation économique*. Paris : Presses de Sciences Po. / Dalloz, 2004, 612 p.

ESTEVE PARDO José. *Autoregulación: génesis y efectos*. Navarra : Editorial Aranzadi, 2002, 184 p.

ELY John Hart. *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1980.

FIORINA Morris P. *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority, California Institute of Technology*. Pasadena, California : Mimeo, 1982.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. *Droit de la concurrence*. Paris : Dalloz, 2006, 451 p.

- FROMONT Michel. *Droit administratif des Etats européens*. PUF, 2006, coll. Thémis-droit, 364 p.
- GAROFOLI Roberto, FERRARI Giulia. *Manuale di diritto amministrativo*. Roma : Neldiritto, 2010, 539 p.
- GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*. 16e éd. Paris : LGDJ, 2001, t.1
- GELLHORN W., BYSE C. *Administrative Law: Cases and Comments*. 6e éd. St. Paul, Minn : West Publishing Co.,1974.
- GLAIS Michel. *Concentration des entreprises & droit de la concurrence*. Paris : Economica, 2010, 555 p.
- GOLDSMITH Jack L., POSNER Eric A. *The Limits of International Law*. New York : Oxford University Press, 2005.
- GONZALEZ RODRIGUEZ Miguel. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá : Ediciones Rosaristas, 1986, t. II.
- HENAO PEREZ Juan Carlos. *El daño*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HERNANDEZ Juan Carlos. *Regulación y competencia en el sector eléctrico*. Navarra : Editorial Aranzadi, 2005, 241 p.
- HINESTROSA Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2007, n° 47. t. II.
- HINESTROSA Fernando. *Derecho de obligaciones*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1967.
- HOOGENBOOM Ari, HOOGENBOOM Olive. *A History of the ICC: From Panacea to Palliative*. New York : Norton /W. W. & Company, 1976, 207 p.
- HUERTA OCHOA Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Mexique : Ediciones Instituto de investigaciones jurídicas - Universidad Autónoma de México, 1998.
- KOLKO Gabriel. *Railroads and Régulation: 1877-1916*. Princeton : Princeton University Press, 1965:
- LANDIS James. *The Administrative Process*. New Haven : Yale University Press, 1938.
- LEHMAN SCHLOZMAN Kay, TIERNEY John T. *Organized Interests and American Democracy*. New York : Harper and Row,1986.
- LOMBARD Martine. *Droit administratif*. 8e éd., Paris : Dalloz, 2009, 633 p.

LOPEZ-GARAVITO Luis Fernando. *Intervencionismo de estado y economía en Colombia*. Bogota : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1995.

LOPEZ GARAVITO Luis Fernando. *Pensamiento económico y fiscal colombiano*. Bogota : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998.

LOWI Theodore J. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*. New York : Norton, 1969, 322 p.

MAINGUY Daniel, RESPAUD Jean-Louis. *Droit de la concurrence*. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2010, 355 p.

MALAURIE-VIGNAL Marie. *Droit de la concurrence interne et communautaire*. 4e éd. Paris : Sirey , Dalloz, 2008, 439 p.

MANGINI Vito, OLIVIERI Gustavo. *Diritto antitrust*. 3e éd. Torino : G. Giappichelli, 2009, 239 p.

MARÉCHAL Camille, BONET Georges. *Concurrence et propriété intellectuelle*. Paris : Litec, 2009, 475 p.

MAURIN André. *Droit administratif*. 5e éd. Paris : Sirey, 2005, 272 p.

MEDINA ALCOZ Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Madrid : Thomson, 2007.

MELIN François. *Les programmes de clémence en droit de la concurrence : droit français et droit communautaire*. Paris : Joly éd., 2010, 297 p.

MELTSNER Arnold J. *Policy Analysis in the Bureaucracy*, Berkeley University of California Press, 1976.

MENY Y., SUREL Y. *Politique Comparée : Les démocraties : Allemagne, Etats-Unis, France, Grande Bretagne, Italie*. 7e éd. Paris : Montchrestien, 2004.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso. *El régimen general de la libre competencia*. Bogotá : Centro de estudios en derecho de la competencia – Universidad Javeriana, 1999.

NOLL Roger G. *Reforming regulation: An Evaluation of the Ash Council Proposals*. Washington D.C. : Brookings Institution Press, 1971.

PALACIO Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. Medellín : Ediciones Librería Jurídica Sánchez, 2004.

PAYET Marie-Stéphane. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*. Paris : Dalloz, 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

PEREZ ROYO Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 4e éd. Madrid : Ediciones Jurídicas Sociales S.A., 1997.

PERI Arnold E. *Making The Managerial Presidency: Comprehensive Reorganization Planning*, 2e éd. Lawrence : University Press of Kansas, Rév. 1998.

QUAGLIA Marcelo Carlos. *Grupos de empresas, derecho de la competencia y defensa del consumidor*. Buenos Aires : Ediciones Ley, 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22e éd Madrid : Espasa Calpe S. A., 2001.

RODRIGUEZ LOZANO Amador. *La reforma del poder legislativo en Méjico*. México D.F. : UNAM - Corte de constitucionalidad de Guatemala, 1998.

SANCHEZ DE DIOS Manuel. *La moción de censura: un estudio comparado*, Madrid : Publicaciones del Congreso de Diputados, 1992.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. 3e éd. Bogotá Ediciones Universidad Externado de Colombia, t. I, 2002.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. 3e éd. Bogotá Ediciones Universidad Externado de Colombia, t. II, 2003.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. 3e éd. Bogotá Ediciones Universidad Externado de Colombia, t. III, 2004.

SIERRA PORTO Humberto. *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998.

SKOWRENEK Stephen, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge : Cambridge University Press, 1982.

TAMAYO JARAMILLO Javier. *Las acciones populares y de grupo*. Bogotá : Ediciones Baker & Mackenzie, 2001, 400 p.

TIMSIT Gérard, COLLIARD Claude-Albert (dir.), *Les autorités administratives indépendantes, les voies du droit*, Paris : PUF, 1988.

TOMASI Martin. *La concurrence sur les marchés financiers : aspects juridiques*. Paris : LGDJ., 2002.

TRUCHET Didier. *Droit administratif*. 3e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2010, 462p.

VELANDIA Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2008.

VOGEL Louis. *Droit européen de la concurrence*. éd. 2010, Paris : LawLex, 2009, 985 p.

VOGEL Louis (dir.). *Droit Global Law : Unifier le droit : Le rêve impossible ?* Paris : Editions Panthéon-Assas, 2001.

WALINE Jean, *Droit administratif*, 22e éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Précis ».

ZAGREBELSKY Gustavo. *Giustizia Costituzionale*. Bologna : éd. Il Mulino, 1998.

ZIPPELIUS Reinhold. *Teoría general del Estado*. México D.F. : éd. Porrúa et Universidad Autónoma de México, 1998.

ZWEIGERT H., KOTZ H. *An introduction to Comparative Law*. trad. T. WEIR. 3e éd. Oxford : Clarendon Press, 1998.

II. THESES ET MONOGRAPHIES

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA), Section of Antitrust Law. *The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: The Role of Section 5 of the FTC Act in Antitrust*. Monographie n°5, vol. I, ISBN 0-89707-041-0.

CALANDRI Laurence. *Recherche sur la notion de régulation en droit français*. Thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse I. Paris : LGDJ, 2008, 733p.

COLLET Martin. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. Thèse de doctorat en droit. Université Paris II Panthéon-Assas. Paris : LGDJ, 2003, coll. Bibliothèque de droit public.

DELZANGLES Hubert. *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat en droit. Bordeaux : Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008, Professeur Loïc GRARD (dir.), 903 p.

GUTIERREZ Juan David, *El derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe*, Mémoire de fin d'études en droit, Alfonso MIRANDA (dir.), Bogotá : Universidad Javeriana, 2006.

MANSON Stéphane. *La notion d'indépendance en droit administratif français*. Thèse de doctorat en droit. Paris : Université Panthéon-Assas, Paris II, Professeur Didier TRUCHET (dir.), 1995.

MENURET Jean-Jacques, *Le Contentieux du Conseil de la Concurrence*. Thèse de doctorat en droit. Université Panthéon-Assas, Paris II. Clermont-Ferrand : Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002, XVIII-846 p.

SELINSKY Véronique. *L'entente prohibée, à travers l'avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes : (décret du 9 août 1953, ord. du 28 septembre 1967, loi du 19 juillet 1977)*. Thèse de doctorat en droit. Paris : Librairies Techniques, 1979.

SIBONY Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Thèse de doctorat en droit. Université Paris Dauphine. Paris : LGDJ, 2008, 890p.

SOFIANATOS Gerasimos Alex. *Injonctions et engagements en droit de la concurrence, étude de droit communautaire, français, grec*. Thèse, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Jacques GHESTIN (dir.), Paris : LGDJ, 2009, coll. bibliothèque de droit privé, tome 506, 689 p.

III. RAPPORTS, TRAVAUX ET ENTRETIENS

ALESINA Alberto, CARRASQUILLA Alberto, STEINER Roberto, « The Central Bank in Colombia », *Working Paper Series – Fedesarrollo*, document de travail n° 003568, 2000.

ASSEMBLÉE AMÉRICAINE - *Report of House of Representatives Committee on Interstate Commerce*. H.R. Rep, n°. 533, 63d Cong. 2d Sess. 2 (1914).

ASSEMBLÉE AMÉRICAINE. *Report of House of Representatives Committee on Interstate Commerce*. H.R. Rep., n° 1142, 63d Cong 2d Sess. 19 (1914).

ASSEMBLEE NATIONALE FRANÇAISE, *Rapport d'information n 2925 du 28 octobre 2010, sur les autorités administratives indépendantes (AAI)*. [En ligne], disponible sur le site institutionnel de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>.

BARNEY Jay, AGARWAL Rajshree, FOSS Nicolai J. *Heterogenous Ressources and the Financial Crisis: Implications of Strategic Management Theory*. Strategic organization, forthcoming, 29 juillet 2009. [En ligne], disponible sur le site Web du SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1440851>

BOY Laurence. *Le droit de la concurrence : régulation et ou contrôle des restrictions à la concurrence*. EUI Working Paper Law, n°2004/9.

CARSBERG Brian. *The regulatory State: ensuring its accountability*. Vol. I. House of Lords, select Committee on the Constitution, 6e rapport de la session 2003-2004, HL Paper 68-I, 2004.

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2008*. Bruxelles : COM(2009) 374 final, 2009, [en ligne], disponible sur le site institutionnel : http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html.

COMMISSION HOOVER. *Report sur l'organisation de la branche executive du gouvernement*. HOOVER Commission Report on Organization of the Executif Branch of the Governement, 431, 1949; U.S.

COMMISSION PRESIDENTIELLE EN MANAGEMENT ADMINISTRATIF- President's Comm. *Report On Administrative Management*. Administrative Management in the Government of the United States, 1937.

CONSEIL ASSESSEUR DU PRESIDENT AMERICAIN SUR L'ORGANISATION DE L'EXECUTI (President's Advisory Council on Executive Organization – PACEO –). *Rapport sur l'organisation de l'exécutif: A New Regulatory Framework: Report on Selected Independent Regulatory Agencies*. 41-43, 1971, U.S.

CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, *Rapport public 2002 sur les collectivités publiques et concurrence*. Etudes et documents n°53, La documentation française, [en ligne], 465 p., disponible sur le site institutionnel : <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=419>

CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, *Rapport public de 2001 sur les autorités administratives indépendantes (AAI)*. Etudes et documents n°52, La documentation française, [en ligne], 462 p., disponible sur le site institutionnel : <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=432>.

CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, *Rapport public de 1999 sur l'intérêt général*. Etudes et documents, n° 50, La documentation française, 1999.

CURRIE Lauchlin. *Informe sobre la reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia*. Bogotá : Imprenta nacional, 1952.

DEPARTAMENTO DE PLANEACION NACIONAL (DPN). *Plan nacional de desarrollo (PND) 2006 – 2010*. Estado Comunitario: desarrollo para todos. Bogotá : [en ligne], 2006, disponible sur le site institutionnel : <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/PND/PND20062010.aspx>.

DEPARTAMENTO DE PLANEACION NACIONAL (DPN). *Plan nacional de desarrollo (PND) 2010 – 2014*. Prosperidad para todos. Bogotá : [en ligne], 2010, disponible sur le site institutionnel : <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/PND/PND20102014.aspx>.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. *Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*. Etude établie pour le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation du sénateur Patrice GELARD. *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*. Rapport Assemblée nationale n° 3166, Rapport Sénat n° 404, 2006.

GELARD Patrice. *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation. Rapport Assemblée nationale n° 3166, Rapport Sénat n° 404, 2006, t. I.

GERADIN Damien. *Efficiency claims in EC Competition Law and Sector Specific Regulation*. Florence°: Paper Prepared for the First Workshop on Comparative Competition Law, [en ligne], novembre 2004, "Art of Science: Assessing Efficiencies under the Commission's Article 81 (3) Notice", disponible sur le site Internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617922&rec=1&srcabs=617263.

HALL, Jhon Wesley. *The History of Section 6 of the FTCA*. New York°: 27 Rec. of the Ass'n of the Bar of the City of New York, n° 221, 1972.

HAMMOND Thomas, MILLER Gary. *A Social Choice Perspective on Expertise and Authority in Bureaucracy*. Chicago°: Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, 1983.

LANDIS J. *Report on Regulatory Agencies to the President Elect*. 137-139, 1960, U.S. Comm'n Organization of the Executive Branch of the Government.

LEMAIRE Christophe, RONZANO Alain. *Interview au président de l'autorité de concurrence Bruno LASSERRE*. *Concurrences*, n°1, 2009, p. 6.

LEVIN Adam. *Priceless? Costs of Credit Card Merchant Restraints*. Working Paper, November 11, 2006.

MIRANDA Alfonso. *Comentarios al proyecto de ley n 165 de 2008, recomendaciones y sugerencias*. Bogotá : Université Javeriana, Présentation au cours des deuxièmes journées de droit économique, octobre 2008.

MONTI Mario. *Rapport élaboré dans la perspective de l'élaboration d'une stratégie visant à relancer, avant 2012, le marché intérieur*. Bruxelles : [en ligne], 2009, disponible sur le site institutionnel : http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf.

OECD. *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. [en ligne], 2005, disponible sur le site institutionnel : <http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf>

OECD. *Report: Fighting Hard Core Cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*. [en ligne], 2002, disponible sur le site institutionnel : <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>.

RESEAU EUROPEEN DE LA CONCURRENCE (REC). *Brief*, [en ligne], n 2, disponible sur le site Internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

REVUE SEMANA. Entretien du dimanche 12 septembre 2010 à Juan Manuel SANTOS, président colombien, *hebdomadaire*.

ROSENTHAL Douglas E. *Entretien à Eleanor M. FOX*, professeur en Trade Regulation, N.Y.U. Law School, entretien réalisé en avril 2009, [en ligne], disponible sur le site de l'A.B.A., section en droit antitrust: <http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/at-peoh/videos.shtml>.

SÉNAT AMÉRICAIN - *Report of Senate Committee on Interstate Commerce*, S. Rep., n° 95, 62d Cong. 1st Sess. 12 (1911).

SÉNAT AMÉRICAIN - *Report of Senate Committee on Interstate Commerce*, S. Rep., n° 597, 63d Cong. 2d Sess. 8 to 11 (1914).

SENATEUR CUMMINS. *Report on Interstate Commerce*. 51 Cong. Rec. 13849 (1914).

SMITH Knox. *Annals of the American Academy of Political and Social Science, Corporate regulation - An Administrative Office*. 42 Annals, Am. Acad. of Pol. and Soc. Sci., 1912, p. 284.

STRAUSS Peter. *Rulemaking in the Ages of Globalization and Information: What America Can Learn from Europe, and Vice Versa*. Columbia Public Law Research Paper n°06-104, [en ligne], disponible sur le site: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=879770.

STRAUSS, Peter L. *Overseer, or 'The Decider'? The President in Administrative Law*. Paper Number 06-130, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, 2006.

SUPERINTENDANCE DE L'INDUSTRIE ET DU COMMERCE COLOMBIENNE (SIC), BID, OECD. *Competition Law and Policy in Colombia - Derecho y política de la competencia en Colombia: A Peer Review*. Bogotá, 2009.

SUPERINTENDANCE DE L'INDUSTRIE ET DU COMERSE COLOMBIENNE (SIC), *Compendio de normas de promoción de la competencia*, Bogota, présentation compendio SIC, Bogotá: ISBN 958-97735-1-6.

UNCTAD. *Manuel pour la formulation et l'application des lois de concurrence*. éd. en espagnol, 2004.

YATAGANAS Xénophon. *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies*. Jean Monnet Working Paper, [en ligne], mars 2001, disponible sur le site: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010301.html>

ZULETA Luis Felipe. *Rapport de la Corporacion Adnina de Fomento (CAF) : Competitividad e instituciones en Colombia (Compétitivité et institutions en Colombie)*, 2010.

IV. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ABI-SAAB Georges. « Eloge du “droit assourdi”. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 59-69.

AMAN Alfred C. Jr. « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », *Ind. J. Global Legal Stud.*, spring 2001, vol. 8, n°2, pp. 379 - 400.

AMSELEK Paul. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, pp. 275-294.

ANDERSON Frederick R. « Revising the Constitutional Status of the Adminsitrative Agencies », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, pp. 277-294, disponible sur: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/36/anderson.pdf?rd=1>.

ARANSON Peter, GELLHORN Ernest, Glen ROBINSON. « A theory of legislative délégation », *Cornell L. Rev.*, novembre 1982, vol. 68, n°1, pp.1-67.

ARROW Kenneth J. « "The Economics of Agency" », in PRATT John W., ZECKHAUSER Richard J., *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston^o: Harvard Business School Press, 1985, pp. 37-51.

AUBY Jean-Bernard. « Droit administratif et démocratie », in *Régulation économique et démocratie*, Martine LOMBARD (dir.), Dalloz, 2006, pp. 13-28, coll. Thèmes et commentaires.

AUBY Jean-Bernard. « Introduction », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la direction de Fabrice MELLERAY, Bruylant, 2007, p. 1-13.

AUBY Jean-Bernard. « Régulations et droit administratif », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 209 et s.

AUTIN Jean -Louis. « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements, Mélanges en honneur du Professeur Jean-Philippe COLSON*, P.U.G., 2004, pp. 445 et s.

BAGLEY Nicholas, REVESZ Richard L. « Centralized Oversight of the Regulatory State », *Colum. L. Rev.*, 2006, vol. 106, pp. 1260-1329, disponible sur : <http://www.columbialawreview.org/assets/pdfs/106/6/Bagley-Revesz.pdf>.

BARKOW Rachel E. « Insulating Agencies : Avoiding Capture Through Institutional Design », *Texas L. Rev.*, 2010, vol. 89, pp. 15-79, disponible sur : <http://www.texaslrev.com/issues/vol/89/issue/1/barkow>.

BARKOW Rachel E., HUBER Peter W. « A Tale of Two Agencies : A Comparative Analysis of FCC and DOJ Review of Telecommunication Mergers », *U. Chi. Legal F.*, Antitrust in the Information Age, 2000, pp. 29 - 83.

BAXTER Richard R. « International Law in "Her Infinite Variety" » *Int'l. & Comp. L. Quart.*, 1980, vol. 29, pp. 549-853.

BAZEX Michel, BLAZY S. « La condamnation des autorités de contrôle à réparer le préjudice résultant d'une décision illégale, observations » (note ss. TPICE, 11 juill. 2007, aff. T-351/03, Schneider Electric SA/Commission) ; *D. Adm.*, octobre 2007, n°10, pp. 23 et s.

BAWN Kathleen. « Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures », *A PS Rev.*, 1995, vol. 89, n°1, pp. 62-73.

BECKMAN Norman. « Policy Analysis in Government: Alternatives to « Muddling - Through », *Public Admin. Rev.*, 1992, vol. 37, pp. 1977 et s.

BERG Richard K. « Reexamining Policy Procedures: The Choice Between Rulemaking and Adjudication », *Admin. L. Rev.*, 2006, vol. 38, pp. 149 -180.

BERGER Marshal J., EDLES Gary J. « Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies », *Admin. L. Rev.*, 2000, vol. 52, pp. 1111 -1236.

BLACHY Frederick, OATMAN Miriam E. « Sabotage of the Administratif Process », *Public Admin. Rev.*, 1946, vol. 6; pp. 213 et s.

BLAIR Roger D., COTTER Thomas F. « Rethinking Patent Damages », *Tex. Intell. Prop. L.J.*, fall 2001, vol. 10, issue 1, pp. 95 et s.

BLEVINS John. « A Fragile Foundation – The Role of “Intermodal” and “Facilities-Based” Competition in Communications Policy », *Ala. L. Rev.*, March 2009, vol. 60, n° 2, pp. 241 -289.

BOCKEL A. « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, juillet-août 1978, pp. 355 - 370.

BONNARD Roger. « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Carrée de Malberg*, Paris : Sirey, pp.3 - 29.

BREYER Stephen (juge), « The legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State », *Yale Journal of Law*, Afterword, Symposium, 1983, vol. 92, pp. 1614 et s.

BRUFF Harold H. « Presidential Management of Agency Rulemaking », *Geo.Wash. L. Rev.*, 1989, vol. 57, pp.533 et s.

BRUFF Harold H. « On the Constitutional Status of the Administrative Agencies », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, pp. 491 et s.

BUSH Darren. « The Incentive and Ability of the FTC to Investigate Real State Markets: An Exercise of Political Economy », in *Real State Law Journal*, summer 2006, vol. 35, pp. 33-59.

CALVERT Randall L. Mathew D. MCCUBBINS, and Barry R. WEINGAST, « A Theory of Political Control and Agency Discretion », *A.J.P.S.*, août 1989, vol. 33, pp. 588-611.

CARBONELL Miguel. *Estado constitucional y fuentes del derecho en México: Notas para su estudio*; in *Ars Iuris*, México D.F. : Universidad Panamericana, 2000, n° 24, pp. 13-28.

CASSESE Sabino. « L'ordre juridique global », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 7 et s.

CHAMPAUD Claude. « Caractères du droit de la concurrence », *J.- Cl. Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30, spéc. n° 12, pp. 55 et s.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique. « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, pp. 93 et s.

CHARBIT Nicolas. « Le Conseil d'Etat juge de la concurrence ? », in *Lamy dr. aff.*, octobre 2001, n°42, n°2646.

CHEVALLIER Jacques. « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P., G.*, 1986, I, pp. 3254 - 3262.

CHINKIN Christine M. « The challenge of “soft law” : Development and change in international law », *Int'l. & Comp. L. Quart.*, 1989, vol. 38, pp. 850-866.

CRAVER Charles B. « The Clinton Board: Continuing a Tradition of Moderation and Excellence », *Labor Law Journal*, 2000, vol. 16, n° 1, pp. 126 et s.

CROLEY Steven P. « Theories of Regulation : Incorporating the Administrative Process », *Colum. L. Rev.*, 1998, vol. 98, p. 1.

COATE Malcolm B., HIGGINS Richard S.; McCHESNEY Fred S. « Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges », in *J.L. & Econ.*, octobre 1990, Vol. 33, n° 2; pp. 463-482.

COGLIANESE Cary. « Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future », in *Duke L. J.*, 2006, vol. 55, pp. 943-968.

COX Howard W. « Agency Investigations of Anticompetitive Conduct: Techniques and Focus », in *Antitrust L. J.*, 1988, vol. 57, pp. 579 -586.

CUCHILLO Montserrat. « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in *Régulation économique et démocratie*, Martine LOMBARD (dir.), Dalloz, 2006, pp. 97-131, coll. Thèmes et commentaires.

CURIEN Nicolas. « La libéralisation des Télécommunications en Europe », in Claude HENRY, Emile QUINET, *Concurrence et service public*, textes des Conférences Jules DUPUIT présidées par Marcel BOITEUX, Paris : L'Harmattan, Chap. 16, pp. 356.

CURRIE, « The Distribution of Powers after Bowsheer », *Sup. Ct. Rev.* 1986, vol.19; pp. 31 et s.

CUTLER Lloyd N., JOHNSON David R. « Regulation and the Political Process », *Yale L. J.*, 1975, vol. 84, pp. 1395-1399.

CUSTOS Dominique. « The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies », *Am. J. Comp. L.*, 2006, vol. 54, pp. 615-639.

DEGUERGUE M. « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA*, 2001, numéro spécial « Les sanctions administratives », p. 81.

DE LA CRUZ Dionisio. « De los legitimados para presentar acciones en competencia desleal », in *Contexto*, 2008, n° 25, Bogotá: ediciones Universidad Externado de Colombia, pp. 133-162.

DE LA VEGA GARCIA Fernando. « Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícito concurrenciales », *Rev. D.M.*, 2002, n° 246, pp. 1755-1794.

DEVINS Neal, LEWIS David E. « Not so Independent Agencies, Party Polarization and the Limits of Institutional Design », *B.U. L. Rev.*, 2008, vol. 88, pp. 459-498.

DEVINS Neal. « Political Will and the Unitary Executive : What Makes an Independent Agency Independent ? », *Cardozo L. Rev.*, octobre 1993, vol. 15, pp. 273-304.

DI LORENZO Thomas. « The Origins of Antitrust : An Interest-Group Perspective », *Intl. Rev. L & Econ.*, fall 1985, vol. 5, pp.73-90.

DOUVRELEUR Jean, DOUVRELEUR Olivier. « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, Libertés, pp. 323-343.

DUPUIS-TOUBOL Frédérique. « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites affiches*, 23 janvier 2003, n°17, pp. 17 et s.

DUPUY René-Jean. « Droit déclaratoire et droit programmatoire, de la coutume sauvage à la "soft law" », in *L'élaboration du droit international public*, Paris : Pedone, 1975, pp. 132-148.

EDWARDS Harry T. « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », *U. Pa. L. Rev.*, 2003, vol. 151, pp. 1639 et s.

EDWARDS Harry T. « Collegiality and Decision Making on the D.C. Circuit », *Va. L. Rev.*, 1998, vol. 84, pp. 1335 et s.

ELHAUGE Einer R. « Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? », *Yale L. J.*, 1991, vol. 101, pp. 31 et s.

ESKRIDGE William N. Jr., FERREJOHN John. « Super-Statutes », *Duke L.J.*, 2001, vol. 50, pp. 1215 et s.

ESTY Daniel C. « Toward Optimal Environmental Governance », *N.Y.U. L. Rev.*, 1999, vol. 74, pp. 1495 et s.

FERREJOHN John, SHIPAN Charles. « Congressional Influence on Bureaucracy », *J.L.E.O.*, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990, Vol. 6, pp. 1-21.

FIORINA Morris P. « Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process? », *Public choice*, septembre 1982, vol. 39, pp. 33-66.

FOURGOUX Jean Claude. « Est contraire au principe de l'égalité des armes prévu par la CEDH la participation des rapporteurs au délibéré de la décision du Conseil de la concurrence », *La Semaine Juridique, E. G.*, 16 février 2000, n 7, II 10254 Commentaires ; Arrêt de la CA de Paris du 15 juin 1999 Ch. 1 section H Canal Plus c/ TPS.

FREEMAN Jody, VERMEULE Adrian. « Massachusetts v. Epa: From Politics To Expertise », *S. Ct. Rev.*, 2007, pp. 51-91.

FREEMAN Jody, DESHAZO J.R. « The Congressional Competition to Control Delegated Power », *Texas L. Rev.*, 2003, vol.81, pp. 1443 -1502.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. « La régulation, objet d'une branche de droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), n° spéc. Petites Affiches, 3 juin 2002, pp. 3-7.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. « L'hypothèse de l'inter-régulation », in *Les risques de régulation*, Droit et économie de la régulation, Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, pp. 69-80.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Responsabilité et régulations économiques*. Paris : Presses de Science Po et Dalloz, 2007, pp. 55-70, coll. Thèmes et commentaires.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. « Régulateurs indépendants versus LOLF », *Revue Lamy de la concurrence*, avril-juin 2006, n° 7, pp. 69 et s.

FRISON-ROCHE Marie-Anne. « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, n 7, pp. 610-616, chron.

FONTANA David. « Reforming the Administrative Procedure Act: Democracy Index Rulemaking », *Fordham L. Rev.*, essay, octobre 2005, vol.74, pp. 81-127.

GAETANO SCOCA Franco, DEGNI Filippo. « Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale : il complesso rapporto tra esercizio del potere et effettività de la tutela », in *Authorities, imparzialità et indipendenza*, Luigi PAGANETTO (dir.), Donzelli Editore, Roma, 2007.

GARCIA ROCA Javier. « El control del gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución) », *Revista Vasca de Administración Pública*, Bilbao: agosto 1995, n 42, pp. 169.

GARRY Patrick M. « Accommodating the Administrative State : The Interrelationship between the Chevron and Non-delegation doctrines », in *Ariz. St. L.J.*, winter 2006, vol. 38, pp. 921-952.

GAUDEMET Yves. « Le pouvoir de reformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP éd. G.*, 1999, I, 188, p. 2243.

GAUDEMET Yves. « L'exportation du droit administratif français, brèves remarques en forme de paradoxe », in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999. pp. 431-441.

GAUDEMET Yves. « Les actions administratives informelles », *R.I.D.C.*, vol. 46, 1994, n° 2, pp.645-654.

GELHORN Walter, NEWTON SCHENCK C., « Tort Actions Against the Federal Government », *Colum. L. Rev.*, 1947, vol. 47, pp. 722 - 740.

GRARD Loïc. « L'inter-régulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *J.C.P. E.*, n°2, 20 février 2004, supplément à la semaine juridique n°19 du 6 mai 2004, p.11, cahier de droit de l'entreprise, Autorités de régulation et droit européen, GRARD, Loïc (dir.), Journée d'études Jean Monnet.

GERSEN Jacob. « Designing Agencies », in *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Daniel and Joseph O'CONNELL, University of California Berkeley, ed., 2010, pp. 333 - 347.

GERSEN Jacob E., POSNER Eric A. « Soft-Law : Lessons from Congressional Practice », *Stanford L. Rev.*, 2008, vol. 61, issue 3, pp. 573-628.

GIANNTI Luigi. « La experiencia del parlamento italiano, entre función legislativa y función de control », in *Las funciones de los parlamentarios en Italia y en España*, Madrid : Asociación española de Letrados de Parlamentos/Aranzadi, 2001, p. 111.

GIFFORD Daniel J. « The Separation of Powers Doctrine and the Regulatory Agencies after *Bowsher v. Synar* », *Geo. Wash. L. Rev.*, March 1987, vol. 55, pp. 441- 475.

GUASTINI Ricardo. «¿Separación de los poderes o división del poder? », in *Estudios de teoría constitucional*. Mexico D.F. : Ediciones doctrina jurídica contemporánea, 2001, p. 59.

HABA Enrique P. « Sciences du droit – quelle « science » ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *A.P.D.*, 1991, t. 36, p. 165.

HAMILTON Alexander. « The Command of the Military and Naval Forces, and the Pardoning Power of the Executive » in *The Federalist Papers*, n°74, [en ligne], disponible sur : <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html>.

HAMMOND Thomas H., KNOTT Jack H. « Who controls the Bureaucracy?: Presidential Power, Congressional Dominance, Legal Constraints, and Bureaucratic Autonomy, in a Model of Multi-Institutional Policy-Making », *J.L. Econ. & Org.*, April 1996, vol. 12, pp. 119-153.

HARTER Philip J. « Assessing the Assessors, the Actual Performance of Negotiated Rulemaking » [en ligne], 1999, disponible sur le site Internet du *Social Science Research Network*, SSRN, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=202808.

HARVARD LAW REVIEW, « Congressional Restrictions on the President's Appointment Power and The Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation », Notes, May 2007, vol. 120, pp. 1914-1932.

HICKMAN Kristin E. « Coloring Outside the Lines: Examining Treasury's (Lack of) Compliance with Administrative Procedure Act Rulemaking Requirements », *Notre Dame L. Rev.*, 2007, vol. 82, pp.1727 et s.

HO Daniel E. « Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord », *Journal of International Economic Law*, [en ligne], 2002, vol. 5, n 3, pp. 647 et s., disponible sur: <http://ssrn.com/abstract=329942>.

HOOD Christopher. « Concepts of control over Public bureaucracies : “Comptrol” and “Interpolable Balance” », in *The Public Sector*. Franz-Xaver Kaufmann. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1991, pp. 347 et s.

HOPKINS Cheyenne. « Wamu Vanishes, So May OTS and the Thrift Charter », in *American Banker*. [en ligne], Monday, September 29, 2008, disponible sur: http://www.americanbanker.com/issues/173_196/-362732-1.html.

IDOT Laurence. « A propos du « paquet transaction » présenté par la Commission », *Europe*, janvier 2008, Focus, p. 2.

IDOT Laurence. « Rapport de Synthèse », dans *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : évolutions et perspectives*. Litec, Guy CANIVET et Laurence IDOT (dir.), 2006.

JUNGUITO BONNET Roberto. « La independencia de la Banca central en America Latina », *Borradores Semanales de Economía*. Bogotá: Banco de de la República, 1994, vol. XV, n°2, pp. 127-141.

KAGAN Elena. « Presidential Administration », *Harvard L. Rev.*, June 2001, vol. 114, pp. 2245-2350.

KOVACIC William E. « The Quality of Appointments and the Capability of the Federal Trade Commission », in *Admin. L. Rev.*, fall 1997, vol.49, pp. 915-954.

KRENT Harold J. « From a Unitary to a Unilateral Presidency », *B.U. L. Rev.*, 2008, vol. 83, p. 523.

KRENT Harold J. « Preserving Discretion without Sacrificing Deterrence : Federal Government Liability in Tort », *UCLA L. Rev.*, 1991, vol. 38, pp. 871-914.

KRENT Harold J. « Reviewing Agency Action for Inconsistency with Prior Rules and Regulations », *Chi.-Kent L. Rev.*, 1997, vol. 72, p. 1187.

LAFFONT Jean-Jacques. « Intérêt général et intérêts particuliers », in *L'intérêt général - Rapport public 1999 du Conseil d'état*. La documentation française, 1999, n° 50, série études et documentes, pp. 412-428.

LANNOYE Paul. « L'approche comparatiste du Parlement européen », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*; Pesses Universitaires de Namur, 2003, n°25, n°25, pp. 27-39.

LAW David S. « A Theory of Judicial Power and Judicial Review », *Geo. L.J.*, 2008, vol. 97, p. 723.

LAWSON Gary. « The Rise of the Administrative State », *Harv. L. Rev.*, April 1994, vol. 107, pp.1231 -1254.

LEE Li Way. « Some Models of Antitrust Enforcement », *Southern Economic Journal*, July 1980, vol. 47, n°1, pp. 147-155.

LEGAL Hubert. « Le juge et les instruments d'analyse économique », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2003, n°134, p. 16.

LE GALL Arnaud. « La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : la libéralisation à reculons ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*. 22 mars 2007, n° 12, étude, p.1393; pt.49.

LE MESTRE Marie-Ange. « L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la direction de Fabrice MELLERAY, Bruylant, 2007, pp. 137-150.

LERIQUE Florence. « Le zonage de la politique de la ville », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la direction de Fabrice MELLERAY, Bruylant, 2007, pp. 95.

LESSIG Lawrence, SUNSTEIN Cass R. « The President and the Administration », *Colum. L. Rev.*, 1994, vol. 94, pp. 1-111.

LEVINE James R. « The Federal Tort Claims Act: A Proposal for Institutional Reform », *Colum. L. Rev.*, October 2000, vol. 100, n 6, pp. 1538-1571.

LEVY Andrew L. « Paperwork Reduction Act of 1980 : Unnecessary Burdens and Unrealized Efficiency », *J.L. & Com.*, fall 1994, vol. 14, pp. 99-117.

LOMBARD Martine. « Introduction générale », in *Régulation économique et démocratie*, Martine LOMBARD (dir.), Dalloz, 2006, p. 1-7, coll. Thèmes et commentaires.

LOMBARD Martine. « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 14 mars 2005, pp. 530 et s.

LOMBARD Martine. « Note sous Conseil d'Etat, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont* », *AJDA*, 1975, p. 45.

LOMBARD Martine. « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in *Régulation économique et démocratie*, Martine LOMBARD (dir.), Dalloz, 2006, pp. 203-217, coll. Thèmes et commentaires.

LONG William, SCHRAMM Richard, TOLLISON Robert. « The Economic Determinants of Antitrust Activity », *J.L. & Econ.*, October 1973, pp. 351-364.

LOZANO-VILLEGAS Germán. « Control político y responsabilidad política en Colombia », *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 2009, n°22, p. 231.

LUBEN Ivan. « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation de télécommunications », *A.J.D.A.*, 20 octobre 2001, n° spécial, pp. 121-129.

MALARET Elisenda. « La Comisión nacional del mercado de valores », *REDA*, Civitas, 1992, n°76, p. 557.

MANN Michael H., MEEHAN James W. Jr. « Policy Planning for Antitrust Activities: Present Status and Future Prospects », in *The Antitrust Dilemma*, Boston: éd. Heath, 1974, pp. 15-35.

MARCOU Gérard. « La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado », in *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Gérard MARCOU et Frank MODERNE (dir.), Bogotá: Universidad del Rosario, L'Harmattan, t. I, comparaciones y comentarios, 393 p.

MARCOU Gérard. « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, n°7, p. 347-353.

MARIN Hugo Alberto. « Norma regulatoria: ¿mito o realidad? », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, segundo semestre 2009, n°3; pp. 27-66.

MARTIN MATEO Ramon. « La inamovilidad de los funcionarios públicos », *Revista del CEPC*, 1966, pp. 9-32.

MAY Randolph J. « Defining Deference Down: Independent Agency and Chevron Deference », *Admin. L. Rev.*, 2006, vol. 58, p. 429.

MCCUBBINS Mathew D., Thomas W. MERRILL, « Capture Theory and the Courts: 1967-1983 », in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1997, vol. 72, pp. 1039-1050.

MCCUBBINS Mathew D., NOLL Roger G.; WEINGAST Barry R. « Administrative Procedures as Instruments of Political Control », *J.L.E.O.*, fall 1987, vol. 3, n°2, p. 243.

MCCUBBINS Mathew D. « The Legislative Design of Regulatory Structure », *Am. J. P. S.*, November 1985, vol. 29, n°4, pp. 721-748.

MCGARITY Thomas O. « Presidential Control of Regulatory Agency Decision-making », *Am. U. L. Rev.*, 1987, vol. 36, p. 443.

MCKELVEY Richard. « General conditions for global intransitivities in formal voting models », *Econometrica*, September 1979, vol. 47, n°5, pp. 1085-1111.

MCNOLLGAST. « The Political Origins of the Administrative Procedure Act », in *J.L.E.O.*, April 1999, vol. 15, p.180.

MEADE Alissa A. « Modeling A European Competition Authority », *Duke L. J.*, October 1996, vol. 46, p. 153.

MEISEL Adolfo. « Autonomía de la Banca central e inflación, la experiencia colombiana, 1923-1995 », *Borradores Semanales de Economía*, Banco de de la República, 1996, n°49, pp. 1-10.

MILLER Geoffrey. « Independent Agencies », *Sup. Ct. Rev.*, 1986, vol.41, pp. 41 - 45.

MILLER James C. « A Reflection on the Independence of Independent Agencies », *Duke L.J.*, April-June 1988, p. 297.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso. « Antitrust Merger Policy in Colombia », in *Revista de Derecho Competencia*, Bogotá: enero de 2009, vol. 5, n° 5, pp. 281-305.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso, GUTIERREZ RODRIGUEZ Juan David. « El control de las concentraciones empresariales en Colombia », in *Revista de derecho de la competencia*, 2007, vol. 3, n° 3, p.45.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso. « El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia », in *Revista de derecho de la competencia*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 245 - 268.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso. « El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas », in *Revista CEDEC- Centre d'études en droit de la concurrence*, Bogotá: Ed. Université Javeriana, 2002, n 3, p. 145.

MOE Terry. « The New Economics of Regulation », *Am. J. P. S.*, 1984, n° 28, pp. 739-777.

MODERNE Franck. « Etude comparée, les modèles étrangers », in Gérard TIMSIT, Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes, les voies du droit*, PUF, 1988, p. 186.

MONTAÑA PLATA Alberto. « Manifestaciones normativas de las Comisiones de servicios públicos », *R. J. A.*, Universidad Externado de Colombia, juillet 2001, n°1, p.32.

MORRISON A-B. « How Independent are Independent Regulatory Agencies ? », *Duke L.J.*, April/June 1988, pp252-256.

MUIR WATT Horatia. « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, n° 3, pp. 503-527.

MURIS Timothy J. « Looking Forward, The FTC and the Future Development of the US Competition Policy », *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, issue 2, p. 360, Milton Handler Annual Antitrust Review.

NIHOUL Paul. « Concurrence et respect du droit ? Pour une nouvelle articulation entre l'analyse juridique, le calcul rationnel et l'intérêt individuel ». *Ethique publique*, 1999, n°2, pp. 91-105.

NZELIBE Jide. « The Fable of the Nationalist President and the Parochial Congress », *UCLA L. Rev.* 2006, n° 53, p. 1217.

OSPINA-GARZON Andrés. « De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo : ¿un viaje de ida y vuelta? », in *Serie de derecho administrativo*, Bogotá : Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2009, n° 5.

PAGANETTO Luigi. « Per una « accountability » di standard europeo », in *Authorities, Imparzialita e indipendenza*, Luigi PAGANETTO (dir.), Roma: Donzelli Editore, 2007.

PATE R. Hewitt. « Antitrust Enforcement at the United States Department of Justice: Issues in Merger Investigations and Litigation », in *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, issue 2, pp.411-430.

PERCIVAL Robert V. « Presidential Management of the Administrative State : The Not-So Unitary Executive », *Duke L.J.*, essay, 2001, pp. 963-1013.

PETERSON Bruce A., VAN DER WEIDE Mark E. « Susceptible to Faulty Analysis: *United States v. Gaubert*, and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity », *Notre Dame L.Rev.*, note, 1997, n°72, p. 448.

PIERCE Richard J. « The Role of Constitutional and Political Theory in Administrative Law », *Tex. L. Rev.* 1985, n°64, pp. 469 - 520.

PORTAFOLIO. « Superintendentes, bajo presión de los poderosos », Article publié dans la revue *Portafolio*, section économique, le 20 août 2007.

Eric A. POSNER & Adrian VERMEULE, « Constitutional Showdowns », *U. Pa. L. Rev.*, 2008, vol. 156, p. 991.

POSNER Richard A. « The Federal Trade Commission », *U. Chi. L. Rev.*, 1969, vol. 37, n°1, pp.47-89.

QUILICHINI Paule. « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1060-1069.

RABIN Robert L. « Federal Regulation in Historical Perspective », *Stan. L. Rev.*, 1986, vol. 38, pp. 1189-1326.

ROBERTS John. « Review to the work of Gary J. MILLER, *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy* », in *J. Econ. Lit.*, 1994, vol. 32, n°1, pp. 159-161.

RODRIGUEZ Daniel B. « The Positive Political Dimensions of Regulatory Reform », *Wash. U. L.Q.*, spring 1994, vol. 72, pp.1-110.

ROSENBERG Morton. « Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking?: A brief Overview, Assessment, and Proposal for Reform », *Admin. L. Rev.*, 1999, vol. 51, p. 1051.

ROSENBLOOM David H. « Whose Bureaucracy is This, Anyway ? Congress' 1946 Answer », *Political Science and Politics*, December 2001, vol. 34, n° 4, p. 773.

ROUYERE Aude. « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation ». *Revue Lammy de la concurrence*, août – octobre 2005, n° 4, p. 332.

ROUYERE Aude. « Responsabilité civile et régulation, éléments d'une rencontre », in *Responsabilité et régulations économiques*. Paris : Presses de Science Po et Dalloz, 2007, pp. 19-41, coll. Thèmes et commentaires

RUBIN Edward. « It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative », *Cornell L. Rev.*, 2003, articles, vol. 89, p. 95.

SCHAKADE David. « What Happened on Deliberation Day ? », *Calif. L. Rev.*, 2007, vol. 95, pp. 915 et s.

SCHILLER Reuel E. « The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law », *Mich. L. Rev.*, December 2007, vol. 106, pp. 399-442.

SCHINAIA Mario E. « Il quadro di riferimento », in *Authorities, Imparzialità e indipendenza*, sous la direction de Luigi PAGANETTO, Donzelli Editore, Roma, 2007, p. 9.

SCHULTZ BRESSMAN Lisa. « Deference and Democracy », *Geo. Wash. L. Rev.*, June 2007, vol. 75, pp. 761-781.

SCHULTZ BRESSMAN Lisa. « Procedures as Politics in Administrative Law », *Colum. L. Rev.*, 2007, vol. 107, p. 1749.

SCHULTZ BRESSMAN Lisa. « Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State », *Yale L.J.*, Essay, 2000, vol.109, p. 1399.

SCHULTZ BRESSMAN Lisa, THOMPSON Robert B. «The Future of Agency Independence», *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, pp. 599 -672.

SCHWARTZ Thomas. « No minimally reasonable collective-choice process can be strategy-proof », *Mathematical Social Sciences*, vol. 3, n° 1, p. 61.

SEBAN Alain. « La responsabilité de l'Etat à raison de la surveillance des banques, maintien de la faute lourde, Conclusions sur Conseil d'Etat, 30 novembre 2001 », in *Responsabilité et régulations économiques*. Paris : Presses de Science Po et Dalloz, 2007, pp.97-123, coll. Thèmes et commentaires.

SEIDENFELD Mark. « Bending the Rules : Flexible Regulation and Constraints on Agency Discretion », in *Admin. L. Rev.*, 1999, vol. 51, pp. 429-441.

SHANE Peter M. « *Independent Policy Making and Presidential Power : A Constitutional Analysis* », *Geo. Wash. L. Rev.*, 1989, vol. 57, p. 596.

SHAPIRO Martin. « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2001, n°8; pp. 369 -377.

SIMMONS A. John. « Liberties and Markets », *Va. L. Rev.*, octobre 2006, vol. 92, p. 1626.

SILVERMAN Ronald H. « Toward Curing Predatory Lending », *Banking Law Journal*, June 2005, vol. 122, pp. 483-669.

SPILLER Pablo T. « Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or “Let Them Be Bribed” », *J. L. & Econ.*, April 1990, vol. 33, n°1, p. 66.

SORACE Domenico. « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue italien », in *Régulation économique et démocratie*. Paris : Dalloz, 2006, p. 156, coll. Thèmes et commentaries.

STEPHENSON Matthew C. « Optimal Political Control of Bureaucracy », *Mich. L. Rev.*, octobre 2008, vol. 107, pp. 53-110.

STEWART. « The Reformation of Américain Administrative Law », *Harvard L. Rev.*, 1975, vol.88, n 8, p. 1667.

STIGLER George. « The Origin of the Sherman Act », *J. Leg. Stud.*, 1985, n° 14, p. 1.

STIGLER George. « The Theory of Economic Régulation », *Bell. J. Econ. & MGMT. Sci.*, 1971, n 3, pp. 3-18.

STORCH O. « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur » in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation : Droit et économique de la régulation*, Marie-Anne, FRISON-ROCHE (dir.), vol. 1, Paris : Presses de Sciences-Po/ Dalloz, 2004, p. 71.

STRAUSS Peter L. « The Rulemaking Continuum », *Duke L.J.*, 1992, vol. 41, p. 1463.

STRAUSS Peter L. « The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch », *Colum. L. Rev.*, 1984, vol. 84, n° 3 p. 573.

SUNSTEIN Cass R. « Deliberative Trouble? Why Groups go to Extremes », *Yale L. J.*, 2000, vol. 110, p. 71.

SUNSTEIN Cass R. « Changing Conceptions of Administration », in *BYU L. Rev.*, 1987, n° 3, pp. 927-938.

SUNSTEIN Cass R. « Interest groups in American Public Law », *Stanford L. Rev.*, 1985, n° 38, p. 29-67.

SWIRE Peter P. « Incorporation of Independent Agencies to the Executive Branch », in *Yale L. J.*, note, June 1985, vol. 94, p.1766.

TEITGEN-COLLY Catherine. « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.* 1990, n°1, pp. 153-260.

THUNIS Xavier. « L'empire de la comparaison », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Pesses Universitaires de Namur, 2003, n°25, p.10.

TUOT Thierry. « Quel avenir pour le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes ? », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2001, numéro spécial, p.135.

TROPER Michel. « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, sous la direction de P. AMSELEK, PUF, 1994, p. 316.

URIBE-PIEDRAHITA Carlos Andrés. «¿Los acuerdos horizontales de precios se resuelven en Colombia por la regla *per se*? El caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado.», *Universitas*, julio - diciembre 2006, n° 112, pp. 9-33.

VALL FRANCESC Paul I. « La función parlamentaria de control », in *Las Funciones de los Parlamentos en Italia y en España*. Asociación española de letrados de Parlamentos, Aranzadi éd., Madrid, 2001, p.131

VALBUENA-QUIÑONES Gustavo. Ex Superintendente de Industria y Comercio. « El papel del análisis económico en la aplicación de las reglas de competencia », dans *Ámbito jurídico*, mayo 2010, p.2.

VALADES Diego. « La Constitución y control político », in *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México D.F.: UNAM / Porrúa, 2000, note 2, p. 437, Miguel CARBONELL (compilador).

VARGAS Hernando. « Sobre las consecuencias de las a la independencia del Banco central », *Borradores Semanales de Economía*, Banco de de la República, 1994, pp. 1-31.

VERKUIL Paul R. « The Purposes and Limits of Independent agencies », *Duke L.J.*, 1988, p. 257.

VIDAL-PERDOMO Jaime. « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, n° 4, pp. 427-440.

VIDAL-PERDOMO Jaime. « Reforma administrativa de 1968, antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias », *Universitas*, n°108, diciembre 2004, n° 4, p. 323.

- VIRALLY Michel. « La distinction entre textes internationaux une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », *Ann. I.D.I.*, 1983, vol. 60-I, pp. 166-374.
- WAINWRIGHT Richard. « Use of the Comparative Legal Method in European Law », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Pesses Universitaires de Namur, 2003, n°25, p. 99.
- WEAVER William. « Bureaucracy that Kills : Federal Sovereign Immunity and the Discretionary Function Exception », *Am. P. S. Rev.*, June 2002, vol. 96, n° 2, pp. 335-349.
- WEIL Prosper. « Towards relative normativity in international law? », *Am. J. Int. L.*, 1983, vol. 77, pp. 413-442.
- WEINGAST Barry R. (publié sous "McNollgast") ; « The Political Economy of Law: Decision Making by Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies », in *Handbook of Law and Economics*, Stanford University, 2007, vol. 2, p. 1664.
- WEINGAST Barry R. « "The Political Control of Bureaucracies under Asymmetric Information" » in *Am. J. P. S.*, n°36, 1992, pp.509- 524.
- WILSON James Q. « Beliefs » (The determinants of Agency Behaviour), in *Bureaucracy*, ed. Basic Books Inc., 1989.
- WINERMAN Marc. « *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition* », *A.L.J.*, 2003, vol.71, pp. 1-92.
- YALE LAW JOURNAL, « The New Federal Trade Commission and the Enforcement of the Antitrust Laws », *Yale L. J.*, Comment, 1955, vol. 65, pp. 34-82.
- YALE LAW JOURNAL, note, « Incorporation of Independent Agencies into the Exécutive Branch », *Yale L. J.*, note, 1985, vol. 94, p. 1766.
- YOO Christopher S., CALABRESI Steven G., COLANGELO, Anthony E. « The Unitary Executive in the Modern Era », *Iowa L. Rev.*, article, January 2005, vol. 90, n° 2, p. 601.
- YOUNG Ernest A. « The Constitution Outside the Constitution », *Yale L.J.*, 2007, vol. 117, p.408.
- YOUNG Ernest A. « Judicial Activism and Conservative Politics », *U. Colo. L. Rev.*, 2002, vol. 73, p. 1139 et s.
- ZARING David. « Best Practices », *N.Y.U. L. Rev.*, 2006, vol. 81, p. 294.
- ZOLLER Elizabeth. « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 761.

VI. SOURCES JURISPRUDENTIELLES

A. Jurisprudence colombienne

1. Jurisprudence constitutionnelle

a. arrêts de constitutionnalité

Cour constitutionnelle, auto A-017 du 31 janvier 2007

Cour constitutionnelle, auto A-080 du 1er juin 2004

Cour constitutionnelle, auto A-053 du 19 mars 2003

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-537 du 30 juin 2010.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-228 du 24 mars 2010.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-722 du 22 septembre 2009.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-. 1194 du 3 décembre 2008.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-903 du 17 septembre 2008.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-713 du 15 juillet 2008.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1041 du 4 décembre 2007.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-910 du 31 octobre 2007.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-692 du 5 septembre 2007.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-691 du 5 septembre 2007.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-930 du 15 novembre 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-860 du 18 octobre 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-856 du 18 octobre 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-805 de 27 septembre 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-532 du 12 juillet 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-396 du 24 mai 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-338 du 3 mai 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-174 du 8 mars 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 038 du 1er février 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1172 du 17 novembre 2005.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1040 du 19 octobre 2005.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-874 du 23 août 2005.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-205 du 8 mars 2005.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1175 du 24 novembre 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-822 de 31 août 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-784 du 18 août 2004.

Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 570 du 8 juin 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-394 du 29 septembre 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-373 du 27 avril 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-351 du 20 avril 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-246 du 16 mars 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-198 de 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-121 du 17 février 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-043 du 27 janvier 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de Constitutionnalité C-1061 du 11 novembre 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-873 de 30 septembre 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-872 du 30 septembre 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-690 du 12 août 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-352 de 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-274 du 1er avril 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-150 du 25 février 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-035 du 30 janvier 2003.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1071 du 3 décembre 2002.

Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-917 du 29 octobre 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-865 de 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 du 8 octobre 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 426 du 29 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-415 du 28 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-389 du 22 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-372 du 15 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-319 du 2 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-285 du 23 avril 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-265 du 16 avril 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 233 du 4 avril 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-181 du 12 mars 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1258 de 29 novembre 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1191 du 15 novembre 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1149 du 31 octobre 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-892 du 22 août 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-840 du 9 août 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-832 du 21 août 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-827 du 8 août 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-805 du 1er août 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 775 du 25 juillet 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-710 du 5 juillet 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-649 du 20 juin 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-616 du 13 juin 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-560 du 31 mai 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-401 de 19 avril 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-381 de 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-333 du 28 mars 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-199 du 21 février 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-100 du 31 janvier 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1641 du 29 novembre 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1265 du 20 septembre 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-1162 du 6 septembre 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 727 du 21 juin 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-644 de 31 mai 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-566 du 17 mai 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-430 du 12 avril 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-384 du 4 avril 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 365 du 29 mars 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-208 du 1er mars 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-141 du 19 octobre 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-088 du 2 février 2000.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-561 du 4 août 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-672 du 9 septembre 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-509 de 14 juillet 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-506 du 14 juillet 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-372 du 26 mai 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-136 de 4 mars 1999.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-444 du 26 août 1998.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-274 du 3 juin 1998.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-617 du 17 novembre 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-570 du 6 novembre 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-350 du 29 juillet 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-290 de 16 juin 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-233 du 15 mai 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C- 220 du 29 avril 1997.

Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-209 du 24 avril 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité, C-192 du 15 avril 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-387 du 22 août 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-358 du 10 avril 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-341 du 5 août 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-333 du 1er août 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-081 du 29 février 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-060 du 15 février 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-037 du 5 février 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-04 du 18 janvier 1996.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-592 du 7 décembre 1995.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-473 du 27 octobre 1994.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-198 du 21 avril 1994.

Cour Constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-180 du 14 avril 1994.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-069 du 23 février 1994

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-050 du 10 février 1994.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C - 024 du 27 janvier 1994.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-337 du 19 août 1993.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C -530 du 11 novembre 1993.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-058 du 22 février 1993.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-592 du 7 décembre 1992.

Cour constitutionnelle, arrêt de constitutionnalité C-543 du 1er octobre 1992.

b. arrêts de tutelle

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-057 du 2 février 2006.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-1162 du 17 novembre 2005.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-983 A du 8 octobre 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-842 du 2 septembre 2004

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-200 du 4 mars 2004.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-358 du 9 mai 2002.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-873 du 11 juillet 2001.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-731 du 27 novembre 1998.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-678 du 12 décembre 1997.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-354 du 10 août 1994.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-079 du 26 février 1993.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-468 du 17 juillet 1992.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-443 du 6 juillet 1992.

Cour constitutionnelle, arrêt de tutelle T-001 du 3 avril 1992.

c. arrêts d'unification de critère

Cour constitutionnelle, arrêt d'unification des critères SU-039 du 3 février 1997.

2. Jurisprudence administrative

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, ass. pleine, explication de vote du Conseiller Libardo RODRIGUEZ à l'arrêt du 31 janvier 1992, exp. AC-01.

Conseil d'Etat colombien, section de contentieux, ass. pleine, arrêt du 9 mars 1971, Conseiller rapporteur, Lucrecio JARAMILLO VELEZ, LXXX, 429 y 430, 367.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°1831 du 5 juillet 2007.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt de 25 juillet 2002, n°7904

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°6637 du 14 mars 2002.

Conseil d'état colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 30 mars 2001, n°5522, Conseiller rapporteur Manuel Santiago URUETA AYOLA.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 28 septembre 2000, exp. 5995, Conseiller rapporteur, Gabriel MENDOZA MARTELO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 10 juin 1999, n°. 4812, Conseiller rapporteur Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 20 mai 1999, exp. 5256, Conseiller rapporteur, Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 5 novembre 1998, exp. 5145.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt n°1097 du 29 avril 1998.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 26 février 1998, exp. 3007, Conseiller rapporteur Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 29 octobre 1996, exp. S- 404, Conseiller rapporteur Daniel SUAREZ HERNANDEZ.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 11 juin 1979, Conseiller rapporteur, Jacobo PEREZ ESCOBAR, sans publier.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 6 décembre 1976, Conseiller rapporteur, Humberto MORA OSEJO, XCI, 451 et 452, 576.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 28 janvier 1976.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 3 décembre 1975, Conseiller rapporteur, Alvaro PEREZ VIVES, LXXXIX, 447 a 448, 307

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 22 octobre 1971, Conseiller rapporteur, Lucrecio JARAMILLO, LXXXI, 431, 493.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 14 juin 1964, Conseiller rapporteur, Carlos Gustavo ARRIETA, LXIII, 392.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, première chambre, arrêt du 14 juin 1961, Conseiller rapporteur, Carlos Gustavo ARRIETA, LXIII, 392 à 396.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 26 juin 2008, n° radication 54001-23-31-000-2001-00445-01(7793-05).

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 1^{er} juin 2006, n° 76001-23-31-000-2001-04797-01(5977-05).

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 9 juin 2005, n° radication 73001-23-31-000-1999-1873-01(1921-02).

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 15 novembre 1990, exp. 2339, Conseiller rapporteur, Alvaro LECOMPTE LUNA.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, deuxième chambre, arrêt du 14 avril 1971.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 26 mai 2010.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 17 mars 2010.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 22 janvier 2004, Conseiller rapporteur, Alier HERNANDEZ, n° 250002326000 2001 00527 03 AP.

Conseil d'Etat Colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt n° 63001-23-31-000-2001-0231-01 AP, Conseiller rapporteur, Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 20 septembre 2001, exp. 10.973, Conseiller rapporteur, Maria Elena GIRALDO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 30 août 2001, exp. 20608, Conseiller rapporteur, Maria Elena GIRALDO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 8 mars 2001, Conseiller Rapporteur Olga Inés NAVARRETE BARRERO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, auto du 3 août 2000, exp. 18.392 Conseiller Rapporteur Maria Elena GIRALDO GOMEZ.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 10 novembre 1997.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt n°11857 du 25 septembre 1997.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 14 septembre 1997, exp. 10239.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 28 août 1997, exp. 10315

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 24 octobre 1994, exp. 8235, Conseiller rapporteur, Carlos BETANCOUR JARAMILLO

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, arrêt du 28 avril de 1967, Conseiller rapporteur, Carlos PORTOCARRERO, ACE, T. LXXII, n 413-414, p. 257.

Conseil d'Etat, section du contentieux, troisième chambre, Exp. 10.775. Conseiller rapporteur Ricardo HOYOS DUQUE.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, troisième chambre, auto du 14 avril 2010.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, quatrième chambre, exp. 0471, Conseiller rapporteur, Hernan Guillermo ALDANA DUQUE.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, cinquième chambre, arrêt du 24 août 2001, exp. AP-124, Conseiller Rapporteur Dario QUIÑONEZ PINILLA.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 26 mai 2010, Conseiller rapporteur Enrique ESCOBAR GIL.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 28 janvier 2010, Conseiller rapporteur Maria Claudia ROJAS LASSO.

Conseil d'Etat colombien, section du contentieux, arrêt du 13 juillet 1993.

Conseil d'Etat, section du contentieux, arrêt du 28 octobre de 1976, Conseiller rapporteur, Jorge VALENCIA ARANGO.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 5 mars 2008.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 14 juillet 2005, n°1652.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt n°1587 du 21 octobre 2004.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 21 février 1996, n°774.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, arrêt du 11 mars 1968, Conseiller rapporteur, Alberto HERNANDEZ MORA, LXXIV, 417 et 419.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n° 11001-03-06-000-2007-00089-00(1861) de 12 décembre 2007.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n° 1649 de 23 juin 2005.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n°1454 de 16 octobre 2002.

Conseil d'Etat colombien, salle de consultation et service civil, concept n°159 de 28 octobre 1987.

Tribunal administratif de Cundinamarca, section du contentieux, sous-section A, arrêt du 20 septembre 2007, *Postobón /Quaker*.

Tribunal administratif de Cundinamarca, section du contentieux, arrêt du 27 novembre 2003, ANDEVIP.

Cour Suprême de Justice colombienne, chambre de cassation civile, arrêt du 30 avril 2009.

3. Jurisprudence de la Cour suprême

Cour suprême de justice, chambre de cassation civile, arrêt du 30 avril 2009.

Cour suprême de justice, arrêt du 22 octobre 1896.

B. Jurisprudence française

1. Jurisprudence constitutionnelle

Conseil constitutionnel, décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*.

Conseil constitutionnel, décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *loi relative à la liberté de communication*, JORF 19 septembre 1986 p. 11294, Rec. p. 141.

Conseil constitutionnel, décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, CSA, JORF 18 janvier 1989, p. 754, Rec. p. 18.

Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *loi de réglementation des télécommunications*.

Conseil constitutionnel. décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JORF 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121.

Conseil constitutionnel, décision n°2005-512 DC, 21 avril 2005, JORF 24 avril 2005, p. 7173.

2. Jurisprudence administrative

Conseil d'Etat français, 21 mai 1954, « Société Brodard », concl. Letourneur, *Droit social*, 1954, p. 468.

Conseil d'Etat, Sect., 27 janvier 1961, n° 38661 « Vannier », Rec. p. 60, concl. Kahn; Galabert et Gentot, *A.J.D.A.*, 1961, p.74.

Conseil d'Etat, Ass., 29 décembre 1978, n° 96004, « Darmont », *AJDA*, 1979, p. 45, note Martine *LOMBARD*.

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 15 octobre 1982, n° 20382, « Le Bihan et Fédération française des pompes funèbres », conc., J-M, PAUTI, *A.J.D.A.*, 1982, p. 254, note Michel *BAZEX*.

Conseil d'Etat, Ass., 7 juillet 1989, n° 56627, « Ordonneau », Rec. p. 161.

Conseil d'Etat, 9 avril 1994, n°191654, « Société Interbrew ».

Conseil d'Etat, Section S, 26 juillet 1996, n° 160481, « Association des utilisateurs de données publiques, économiques et sociales et autres », T. Rec.p. 686 ; *RFDA*, 1996, p. 1054 ; D. 1997, H, n°219, note H. *MAISL*.

Conseil d'Etat, Sous-sections 9 et 8 réunies, 3 septembre 1997, N° 156599, « Syndicat national du négoce indépendant des produits sidérurgiques », Rec. 722 ; *Gazette du Palais* 10 juin 1998, n° 161/162, Panorama, p. 61.

Conseil d'Etat, Sous-sections 1 et 4 réunies, 14 janvier 1998, n° 169344, « Dagorn », *Droit administratif* 1998, n° 5, Commentaire 176.

Conseil d'Etat, Sous-sections 5 et 3 réunies, 11 décembre 1998, n° 187710, « Société M6 ».

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 9 avril 1999, n° 201853, « Société The Coca-Cola Company ».

Conseil d'Etat, Sous-sections 1 et 4 réunies, 7 mai 1999, n° 194297, « CGT-FO », *DA*, 1999, n°201, obs. Christine *MAUGÜE*.

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 28 juillet 1999, n° 196861, « Société EMAP France ».

Conseil d'Etat, 31 mai 2000, n° 211871, « Société Koramic-Building-Product SA et société Wienerberger-Baustoffindustrie AG ».

Conseil d'Etat, 31 mai 2000, n°213161, 213352, « Société Cora et Société Casino-Guichard Perrachon », rec. 194.

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 6 octobre 2000, n° 216645, « Société *Pernod-Ricard* », rec. 397.

Conseil d'Etat, Sous-sections 3 et 8 réunies, 11 juillet 2001, n° 222039, « Syndicat CGT de la Société Clemessy ».

Conseil d'Etat, Sous-sections 10 et 9 réunies, 16 mars 2001, n° 221255, 221392 « Société coopérative Greenpeace Energy EG et Association de consommateurs Acter »

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 30 novembre 2001, n° 219562 « Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. ou Mme. Kechichian et autres », *RFD adm.*, 2002, p. 742.

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 31 mars 2003, n° 188833, « Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/Laboratoires Bergaderm »,

Conseil d'Etat, Section du contentieux, 27 octobre 2006, n° 276069, 277198, 277460, « M.P. et autres ».

3. Jurisprudence des juridictions civiles

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 22 janvier 1991, n° 88-14.915.

Cour de Cassation. Chambre commerciale, 5 novembre 1991, n° 89-13.506.

Cour de Cassation. Chambre commerciale, 30 mai 1995, *RJDA*, 12/95 n°1386.

Cour de Cassation, Ass. plénière, 5 février 1999; n° 97-16.441, Commission d'opération des bourse/Oury.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 octobre 2001, n° 99-13.717, *Bull. civ.* IV, n 16.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 juin 2004, n° 03-10.136.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 28 juin 2005, n° 04-15.279, Société Garage Gremeau /société Daimler Chrysler France, *Semaine juridique JCP E* – éd. entreprises et affaires, 2005, n° 47 1701, p. 2001.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 29 juin 2007, n°07-10.303, *RJDA*, novembre 2007, n°1153.

Cour d'appel de Paris, 10 mars 1998, BOCC du 19 mars 1988, p. 75.

Cour d'appel de Paris, 30 juin 1988, BOCC du 9 juillet 1988, p. 188.

Cour d'appel de Paris, 6 décembre 1990, BOCC du 29 décembre 1990, p. 445

Cour d'appel de Paris, 29 mars de 1996, BOCC du 24 mai 1996, p. 247.

Cour d'appel de Paris, 12 décembre 1996, *R.J.D.A.* 5/97 n°665.

Cour d'appel de Paris, Chambre commerciale économique et financière, 6 mai 1997, *BOCC* du 11 juin 1997, p. 404.

Cour d'appel de Paris, Chambre 1, section H, 15 juin 1999 ; SA Canal Plus c/SNC Télévision par Satellite (TPS) et autres, *JCP E*, 1999, p. 1966.

Cour d'appel de Paris, Chambre 1, section H, 27 novembre 2001, n° 2000/19180, 2000/19285, 2000/19376, 2000/19406, 2000/19418, 2000/19420, 2000/19433, 2000/19436, 2000/19437, SA Caisse nationale de crédit agricole.

Cour d'appel de Paris, Chambre 1, section H 24 juin 2003, n° 2002/05786, 2002/05789, Conseil Supérieur de l'ordre des Géomètres Experts.

Cour d'appel de Paris, Chambre 1, section H, 4 juillet 2006, n° 2005/23751, SA France Telecom

Cour d'appel de Paris, 6 novembre 2007, n° 2006/18379, Société Canal 9, SAS, G.I.E Les indépendants.

Cour d'appel de Paris, 25 février 2009, n°2008/02003, Société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations, SAS.

Cour d'appel de Paris, 9 juin 2009, n°2008/20337, Société Vedettes Inter-Iles Vendennes (VIIV), S.A.R.L.

Cour d'appel de Paris, 6 octobre 2009, n° 2008/21057, Canal 9-GIE Les indépendants.

Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/06049, Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes.

Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2010, n° 2009/03532, Adecco France, S.A.S, société Adia, société MANPOWER France holding, société MANPOWER France, société RANDSTAD.

Cour d'appel de Paris, 9 mars 2010, n° 2009/07930, Société nationale maritime Corse méditerranée (S.N.C.M.), S.A.

Cour d'appel de Paris, 20 janvier 2011, n° 2010/08165, X / Y société PERRIGAULT, S.A.

C. Jurisprudence américaine

Allstate Industries of North Carolina, Inc. v Federal Trade Com. (1970, CA4) 423 F2d 423.

American Cyanamid Co. v Federal Trade Com. (1966, CA6) 363 F2d 757, § 4.

ASARCO Inc. v. Air Quality Coalition, 92 Wash. 2d 685, 601 P.2d 501 (1979).

Association of Nat. Advertisers, Inc. v FTC, 627 F2d 1151, 5 Media L. Rep. (BNA) 2233, 1980 -1 Trade Cas. (CCH).

Atlantic Refining Co. v Federal Trade Com. 381 US 357, 14 L Ed 443, 85 S Ct 1498, reh den 382 US 873, 15 L Ed 114, 86 S Ct 18.

Berkowitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988).

Bowsher v. Synar, 106 S. Ct. 3181, (1986).

Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 127-31 (1976 -*per curiam*-).

Cafeteria and Restaurant Workers Union, Local 473, AFL-CIO v. McElroy, 367 U.S. 886, 81 S. Ct. 1743, 6 L. Ed. 2d 1230 (1961).

Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694, 21 Env't. Rep. Cas. (BNA) 1049, 14 Env'tl. L. Rep. 20507 (1984)

Cinderella Career & Finishing Schools, Inc. v Federal Trade Com. (1970) 138 App DC 152, 425 F2d 583.

Columbia Broadcasting System, Inc. v Federal Trade Com. (1969, CA7) 414 F2d 974.

E.C. Knight, United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895).

East St. Louis School Dist. No. 189 Bd. of Educ. v. East St. Louis School Dist. No. 189 Financial Oversight Panel, 285 Ill. Dec. 205, 811 N.E.2d 692, (App. Ct. 5th Dist. 2004).

Fashion Originators' Guild v. FTC, 312 U.S. 457 (1941).

Federal Trade Com. v Cement Institute (1948) 333 US 683, 92 L Ed 1010, 68 S Ct 793, reh. den 334 US 839, 92 L Ed 1764, 68 S Ct 1492.

Food and Drug Admin. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120, 120 S. Ct. 1291, 146 L. Ed. 2d. 121 (2000).

Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board, 537 F.3d 667 (D.C. Cir. 2008), cert. granted, 77 U.S.L.W. 3431 (U.S. May 18, 2009) [No. 08-861], in *Harvard Law Review*, vol.122; n° 8, 2009, p. 2267.

FTC v. Cement Institute - FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948).

FTC v. Gratz - 258 F. 314 (2d Cir. 1919), *aff'd*, 253 U.S. 421 (1920)

FTC v. Ruberoid Co., 343 U.S. 470, 487-88, (1952).

FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 223 (1972).

Harry & Bryant Co. v Federal Trade Com. (1984, CA 4) 726 F2d 993, 1984-1 CCH Trade Cases Par. 65805, cert den, (US) 83L Ed 2d 37, 105 S Ct. 91.

Heckler v. Chaney, 470 U.S. 821 (1985).

Hopper v. U. S., 176 Ct. Cl. 172, 1966 WL 8877 (1966).

Humphrey's Ex'r v. United States, 295 U.S., 602, 625, (1935)

Irving v. U.S.A., 162, F3d., 154, 157, 169 (1st. Cir., 1998).

Jones v. Colorado Dept. of Corrections, 53 P.3d 1187 (Colo. Ct. App. 2002).

J. W. Kobi Co. v Federal Trade Com. (1927, CA2) 23 F2d 41.

Kawananakoa v. Polyblank, 205 U.S. 349, 353 (1907).

Loughran v Federal Trade Com. (1944, CA8) 143 F2d 431.

Lowy v. Carter, 1993 WL 525121 [S.D.N.Y. 1993]).

Mackie v. Bush, 809 F. Supp. 144 (D.D.C. 1993), order vacated on other grounds, 10 F. 3d. 13 (D.C. Cir.1993).

Marquette Cement Mfg. Co. v Federal Trade Com. (1945, CA7) 147 F2d 589.

Martin v. Tobin, 451 F.2d 1335 (9th Cir. 1971).

Morgan v. Tennessee Valley Authority, 115 F.2d 990 (C.C.A. 6th Cir. 1940).

Morgan v. U.S., 304 U.S. 1, 58 S. Ct. 773, 82 L. Ed. 1129 (1938).

Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988).

National Federation of Federal Employees, Local 1309 v. Department of Interior, 526 U.S. 86, 119 S. Ct. 1003, 143, L. Ed. 2d 171, 160 L.R.R.M (BNA) 2577 (1999).

National Petroleum Ass'n v. FTC, 482 F.2d 672 (D.C. Cir. 1973), cert. denied, 415 U.S. 951 (1974).

Nixon v. Administrator of General Services 433 U.S. 425, 443, (1977)

Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904).

People ex rel. Lockyer v. Sun Pacific Farming Co., 77 Cal. App. 4th 619, 92 Cal. Rptr. 2d 115 (5th Dist. 2000).

Pillsbury Co. v Federal Trade Commission (1966, CA5) 354 F2d 952.

Safeway Stores, Inc. v Federal Trade Com. (1966, CA9) 366 F2d 795, cert den 386 US 932, 17 L Ed 2d 805, 87 S Ct 954.

Sears Roebuck & Co. v. FTC -258 F. 307 (7th Cir. 1919).

Shell Oil Co. v. F.T.C., 360, F 2d. 470 (5th Cir. 1966).

Sierra Club v. Costle, 657 F2d 298, 404, 405-6, D.C. Circuit (1981)

State ex rel. Stenberg v. Murphy, 247 Neb. 358, 527 N.W.2d 185 (1995)

Standard Oil Co. v. FTC, 340 U.S. 231, 249 (1951)

Standard Oil v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

Texaco, Inc. v Federal Trade Com. (1964) 118 App DC 366, 336 F2d 754.

United States v. Gaubert, 499 U.S. 315 (1991).

United States v. Lee, 106, U.S. 196, 204, 1882.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 707, (1974).

United States v. Varig Airlines, 467 U.S. 797, 808 (1984)

U. S. v. Professional Air Traffic Controllers Organization (PATCO), 438 F.2d 79, 75 L.R.R.M. (BNA) 2834, 64 Lab. Cas. (CCH) ¶11342 (2d Cir. 1970).

Verizon Communications Inc. v. La Offices of Curtis Trinko, 13 janvier 2004, 540 US., (2004), n°02-862.

Verrier v. Colorado Dept. of Corrections, 77 P.3d 875 (Colo. Ct. App. 200)

Viviano Macaroni Co. v Federal Trade Com. (1969, CA3) 411 F2d 255.

Wiener v. United States, 357 U.S. 349, 78 S. Ct. 1275, 2 L. Ed. 2d 1377 (1958)

D. Jurisprudence européenne

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 25 mai 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c. Conseil et Commission*, aff. jointes, 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. 1978, p. 1209.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 20 mars 1985, *République Italienne c. Commission*, aff. 41/83, concl. M. DARMON, du 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 19 mars 1991, *République française c. Commission*, aff. C-202/88, *AJDA*, 1991, p.538, note Pierre LEMIRE.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, aff. C-18/88, Concl. M. DARMON, 15 mars 1989, Rec., p. I-5941, pt. 20.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 17 novembre 1992, *Espagne c. Commission*, aff. C-271/90, C.J.C.E, arrêt du 27 octobre 1993, *Decoster*, aff. C-69/91.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 11 novembre 1997, *Commission et France c/Ladbroke Racing*, aff. C-359/95 ; Laurence IDOT, *Europe*, janvier 1998, p.18.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 40 et 42 à 44.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 12 octobre 2004, *Peter Paul et autres*, aff. C-222/02.

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), arrêt du 10 juillet 1990, *Automec Srl. c. Commission*, T-64-89, Rec. 1990, p. II-367.

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), arrêt du 6 juin 2002, affaire T-342/99, *Airtours plc*.

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), arrêt du 21 avril 2005, *Holcim AG c. Commission*, T-28/03.

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), arrêt du 23 février 2006, *Cementbouw c/Commission*. T- 282/2002

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), arrêt du 11 juillet 2007, affaire T-351/03, *Schneider Electric SA/Commission*.

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), arrêt du 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A, n°210.

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), arrêt du 29 avril 1998, *Belilos c/ Suisse*, série A, n°132.

VII. ACTES DES AUTORITES DE CONCURRENCE

A. Actes de la Superintendance colombienne

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 019444 du 10 juin 2001.

Superintendance de l'industrie et du commerce, circulaire externe n°10 (circulaire unique), JO Col., n°44511 du 6 août de 2001.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 25559 du 14 août 2002.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 29302 du 2 novembre 2002, *ANDIVEP*.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 8307/2003 de 2003.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n°. 16433, du 23 juillet, 2004, *Postobón /Quaker*.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution SIC n 51694 de 2008, *Cemento*.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 2005-00351 du 12 juillet 2008.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution 29497 du 19 août de 2008, *Redeban*.

Superintendance de l'industrie et du commerce, concept n°08-73156 du 22 août 2008.

Superintendance de l'industrie et du commerce, résolution n° 69901 de la SIC du 27 décembre 2009.

Superintendance de l'industrie et du commerce, concept n° 10-30888-2-0 du 25 mai 2010.

Superintendance de l'industrie et du commerce, concept n° 10-26703-0-0 de 2010.

B. Actes des autorités de concurrence françaises

a. Avis de l'autorité de concurrence

Conseil de la concurrence, avis n° 88-A-05 du 22 mars 1988, *Ferruzzi/Saint-Louis*.

Conseil de la concurrence, avis n° 89-A-05 du 21 février 1989, *Spontex/3M*.

Conseil de la concurrence, avis n° 98-A-09 du 29 juillet 1998, *Coca-Cola I*.

Conseil de la concurrence, avis n° 99-A-14 du 28 septembre 1999, *Coca-Cola II*.

Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-07 du 28 mars 2000, *Sara Lee/Benckiser*.

Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-01 du 5 janvier 2000, relatif à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Conseil de la concurrence, avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008, relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence.

Autorité de la concurrence française, avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011.

b. Décisions de l'autorité de concurrence

Conseil de la concurrence, décision n°02-D-62 du 27 septembre 2002.

Conseil de la concurrence, décision n°04-D-79 du 23 décembre 2004, *RDPEV*.

Conseil de la concurrence, décision n°05-D-59 du 7 novembre 2005.

Conseil de la concurrence, décision n°06-D-29 du 6 octobre 2006.

Conseil de la concurrence, décision n°07-D-48 du 18 décembre 2007.

Conseil de la concurrence, décision 08-D-32 du 16 décembre 2008.

Autorité de la concurrence française, décision n°09-D-10 du 27 février 2009.

Autorité de la concurrence française, décision n°09-D-19 du 10 juin 2009.

Autorité de la concurrence française, décision n°10-D-13 du 15 avril 2010.

c. Actes de la DGCCRF

DGCCRF, Arrêté du Ministre de l'économie du 13 avril 1988, *Ferruzzi/Saint-Louis*.

DGCCRF, Arrêté du Ministre de l'économie du 20 mars 1989, *Spontex/3M*.

DGCCRF, Arrêté du Ministre de l'économie 17 septembre 1998, *Coca-Cola I*.

DGCCRF, Arrêté du Ministre de l'économie arrêté du 24 novembre 1999, *Coca-Cola II*.

DGCCRF, Arrêté du Ministre de l'économie arrêté du 3 mai 2000, *Sara Lee/Benckiser*.

DGCCRF, Décision du Ministre de l'économie C 2003-155 du 17 octobre 2003.

DGCCRF, Projet des lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle, 2003.

C. Actes des autorités de concurrence américaines

Département of Justice (DOJ), *Non-Horizontal Merger Guidelines*, June 14 1984, disponibles sur : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>.

Federal Trade Commission (FTC), décision *Sterling Drug, Inc.* 62 FTC 1549 (1963).

Federal Trade Commission (FTC), *FTC Operating Manual*, OM release 89-1 [en ligne], disponible sur le site institutionnel: <http://www.ftc.gov/foia/ch01overview.pdf>.

Federal Trade Commission (FTC) / U.S. Department of Justice (DOJ), *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, disponibles sur: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm>.

D. Actes des autorités européennes

Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final).

Commission européenne, Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission (JOCE, 2005/C325/07).

Commission européenne, Communication de la commission du 11 novembre 2002 relative aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission et les parties intéressées - livre -, (COM (2002) 704 final).

Commission européenne, Communication de la Commission du 7 décembre 2000, relative à la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications (COM (2000) 814 final).

Commission européenne, Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E, n°C265 du 22 août 1998, p.2.

Commission européenne, Communication de la Commission relative à la tarification de l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, J.O.C.E, n° C 84 du 19 mars 1998, p. 3

Commission européenne, décision 94/815, du 30 novembre 1994, IV/33.126 et 33.322, *Ciment*, JOCE L 343, p.1.

Parlement européen, résolution du 9 mars 2010 sur le rapport relatif à la politique de concurrence 2008, disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0050+0+DOC+XML+V0//FR>

INDEX ALPHABETIQUE

- A -

Abogacía (de la concurrence) : 189, 214, 220, 406.

Abus de position dominante : 31, 109, 180, 185-186, 219, 230, 232, 238, 273.

Accord :

- *Des prix* : voir *infra* fixation des prix.
- *Commercial* : 228 et ss
- *De Carthagène* : 67, 344 et ss.
- *Horizontal* : 183-185, 236, 251-252.
- *Vertical* : 183-185, 223.

Accountability (Reddition de comptes /Responsabilité) : 284, 287, 293, 308, 381, 394.

Actes :

- *Acte administratif* : 215, 252.
- *Actes individuels* : 31, 262-263, 270-272, 275, 278, 333, 340, 342-343, 346-347, 350, 372, 389, 405.
- *Actes à portée générale* : 70, 77, 95, 101, 239, 258, 260, 262, 275-277, 328, 341, 402-404.

Administrative Procedure Act : 78, 147, 261, 449.

A.M.F.: 106, 164-165.

ANDEVIP: 361-362.

Antitrust: 14, 61, 66, 73, 166, 217, 232, 237.

ARCEP : 126-127.

Autonomie :

- *Administrative* : 16, 34-35, 56, 106, 113-114, 116-117, 162, 273, 295, 304, 305, 386-387.
- *Budgétaire* : 104, 106, 280 et ss.
- *Fonctionnelle* : 34-36, 77, 78, 80, 84, 100, 103, 167, 175-176, 287, 307, 323-265, 269, 273, 280, 324, 335-336, 353-354, 366, 429, 431.
- *Patrimoniale* : 36, 105, 106, 303.
- *Technique* : 36.

Autorégulation : 134, 289, 381.

Autorités administratives

indépendantes: 37, 66, 85, 92, 331, 333.

Autorités nationales de concurrence

- *Autorité de la Concurrence* : 75, 155, 196, 217, 226, 232, 234, 245-246, 249, 252, 364, 378, 382, 425.
- *Comisión nacional de la competencia* : 141.
- *Conseil de la concurrence* : 67, 111, 155, 161-162, 215, 217, 368.
- *Fédéral Trade Commission* : 59, 73, 78, 87-88, 132, 138, 141, 147, 154-157, 160, 162, 164-165, 171, 175, 193, 217, 418.
- *Superintendencia de l'industrie et du commerce* : voir *infra* SIC.

Avis :

- *Avis déterminant* : 222, 226.

- B -

Banque centrale : 36, 44, 142-144, 169.

Bundesnetzagentur : 124.

Budget : 99, 103-107, 113-116, 292, 302-308, 319-322, 389, 390.

- C -

CAN : 67, 230.

Capture: 41, 51, 100, 115-116, 123-124, 128, 129, 135, 143-144, 146,148, 168-169, 206, 416,425, 427.

Cartel: 184-185, 208, 213, 345, 411.

C.E.D.H. : 126, 155, 162, 164, 247.

Chambres de commerce: 68, 70, 74-75, 191, 194, 198-199.

Checks and Balances : 47, 89, 90, 94, 105, 172, 282, 293, 321,379, 392.

Collégialité : 118, 123, 124, 134.

Comisión de regulación: 17, 22, 26, 43, 54, 72, 80, 84, 102, 120, 121, 123, 130, 131, 136, 141, 144, 169-170, 173, 219, 221, 223, 258, 302, 316, 321, 369, 385.

Competition Appeal Tribunal: 365.

Compétences :

- *Autorités de concurrence* :20, 22, 24, 31-32, 69, 72, 75, 95-96, 98.

- *Autorités de régulation sectorielles* : 31, 72, 221, 223, 225-226, 273, 333.

- *De la SIC*: 181 et ss.

- *Juge administratif* : 342, 343, 361,370, 373, 375.

- *Juridictionnelles* : 154, 197, 244, 264, 324,327-329, 395, 401.

- *Normatives* : 22, 95-98, 198 et ss.

- *Quasi-juridictionnelles* : 22 et ss., 127, 204 et ss.

- *Techniques* : 136 et ss.

CNTV : 37, 133,169, 173.

Concurrence :

- *Autorités de*: (voir supra *autorités de concurrence*).

- *Déloyale* : (voir infra *concurrence déloyale*).

- *Pratiques anticoncurrentielles* : 23, 92, 155, 166, 215, 217, 228, 230, 240, 251, 257, 269.

- *Règles de concurrence* : 71, 83, 117, 217, 218, 222, 228, 230, 361, 376.

Concurrence déloyale :

- *Administrative* : 240, 361.

- *Juridictionnelle* : 238 et ss.

- *Procédure de sanction*: 270, 273, 422.

CONPES: 22, 194, 195.

Consommateurs : 28, 51, 57, 69, 71,75, 92, 128, 133-134, 152-154, 157, 158, 166, 169, 175, 186-187, 191-198, 215, 229, 240, 242, 250-253, 257, 261, 264, 327-329, 345, 347, 384, 393-401, 417.

Contrôle :

- *Administratif* : 181, 190.

- *Budgétaire* : 302 et ss., 319.

- *Gouvernemental*: 291 et s.

- *Judiciaire* : 31, 276-277, 286, 291,323 et ss.

- *Mécanismes de contrôle* : 79, 92, 104,181, 224,282-283, 286,428-434.

- *Parlementaire* : 79, 309 et ss.

- *Politique* : 50, 88, 99, 104,122, 139, 190, 286,289 et s., 315, 428.

Coordination administrative:

- *Coopération administrative*: 92, 97, 216.

- *Des chambres de commerce* : 68.

- *Echelle communautaire* : 227 et s.

- *Echelle nationale* : 97, 113, 226-227.

- *Principe de coordination*: 57, 62, 68, 85, 92, 95-97, 216.

- *Réseau Européen de la concurrence*: 231et ss.

Contrôle des concentrations : 92, 116, 152, 181, 187-188, 198, 202, 214, 219, 231-236, 238, 239-243, 253 et ss., 263,

Contrôle juridictionnel : 323 et ss.

CRC: 170, 189, 221.

CRE: 133, 137, 190.

CREG: 219, 221.

- D -

DANE : 206.

Deference: 77, 410.

Disqualification: 40, 129, 152 et ss.

DNP : 85.

DOJ: 56, 189, 217.

- E -

Ecole de Chicago: 15.

Ecole de la Virginie: 77.

Engagements: 208, 257, 259, 265, 266, 268, 364.

Equalizing Factors : 48.

European Competition Network (ECN): (voir infra Réseau européen de la concurrence).

Executive orders : 296.

Externalisation : 47, 51, 54, 77, 78, 80 et s., 122, 158, 172, 197, 203, 216, 305, 392, 432.

- F -

FCC : 132, 141.

Federal Tort Claims Act: 378, 409, 418.

Fixation des prix: 57-58, 189, 223.

FTC: (voir supra autorités de concurrence).

- G -

Gobierno en línea (GEL): 108.

Groupes d'intérêt: 41, 46, 48, 76, 128, 129, 133, 146, 152, 206, 240, 250-253, 261, 271, 278, 417, 425, 428.

- I -

Indépendance :

-Fonctionnelle : 177 et ss.

-Garanties : 151 et ss.

-Notion : 33 et ss.

-Statutaire : 50 et ss.

Incompatibilités : 129, 144 et ss., 167.

INCORA: 346.

Interstate Commerce Commission (ICC): 61, 80.

International Competition Network (ICN): 23, 32, 233.

Interrégulation : 125, 226.

Impartialité: 17, 33, 42, 82-90, 126, 129, 149, 152, 155, 159, 160, 164, 172, 212, 240, 243, 285, 305, 391, 396.

- L -

LME: 178, 207, 217, 246, 255.

Loi TIC: 58, 109, 118, 135, 136, 137, 169, 302, 303, 308, 372, 374, 376, 170, 389-390, 425.

- M -

Mesures conservatoires: 210, 269, 375

Ministerio de agricultura : 31, 223.

Ministerio de industria y comercio : 22, 51, 189-191, 207, 216, 244, 297-299.

Monopoles : 28, 84, 185.

- N -

Neutralité : 33, 129, 147, 152-153, 157, 159, 160, 162, 165, 172, 176, 391, 433.

- O -

OCC : 141.

OCDE : 23, 211, 404.

OIRA : 296.

OMB : 104, 108, 296.

ONAC : 194.

OTS : 107.

- P -

Parlement :

- *contrôle* : (voir supra contrôle parlementaire).

- *commissions* : 309, 310, 315, 318.

- *nomination* : 292 et ss.

Participation des citoyens: 24, 108, 127, 167, 286, 314, 428, 434.

Personnalité morale : 19, 21, 22, 30, 35-37, 68, 80, 92-93, 102-106, 131,

Personnel : (voir infra ressources humaines).

Pluralisme: 47, 120, 123 et ss.

Position dominante : 31, 180, 185-186, 188, 219, 230, 232, 273, 278, 369.

Pouvoirs :

- Consultatifs : 111, 155, 165, 406.

- De décision individuelle : 205, 217, 247 et ss., 263 et ss.

- De règlement des différends : 208 et ss., 377.

- Règlementaires : 166, 275 et ss.

- De sanction : 107, 109, 121, 126-127, 185 et ss., 201, 205-206.

PPT: 79.

Pratiques: (voir supra pratiques anticoncurrentielles).

Président :

- *contrôle* : 50, 58, 88, 291 et s.

- *nomination* : 22, 39, 115, 123, 128, 130-139, 292 et ss.

Principe de coordination: (voir supra coordination administrative).

Principe démocratique: 312, 430.

Procédure:

- *Administrative:* 253 et ss.

- *De contrôle des concentrations* : (voir supra contrôle de concentrations).

- *De expédition des actes à portée générale* : 257 et ss.

Propriété industrielle: 68, 70-71, 75, 191-195, 198, 229, 304, 336, 340, 342-345, 413.

Promotion de la concurrence : 23, 71, 74, 182, 189-190, 194-195, 198, 215, 218, 221, 222, 238, 244, 247, 409, 432.

PYMES : 184, 229.

- R -

REC : 231 et ss.

Recommandations :

- *Des autorités de concurrence (voir infra « Soft Law »)*.

Reddition de comptes : (voir *supra accountability*).

Règlements des autorités de concurrence : 275 et ss.

Régulation :

- *Autorégulation* : (voir *supra autorégulation*).

- *De la concurrence* : 29 et ss, 427.

- *Définition* : 25 et ss.

- *Economique* : 19, 26, 29, 30, 64, 69, 91, 105, 131-133, 140, 142, 160, 167, 202, 213, 216, 218, 258, 291, 298, 335, 351, 379, 383-384.

- *Ex ante* : 191, 204, 205, 227.

- *Ex post* : 191, 205, 227.

- *Interrégulation* : (voir *supra Interrégulation*).

Résolutions de la SIC: 263 et ss.

Ressources :

- *Humains* : 110 et ss.

- *Matériels* : 102 et ss.

Responsabilité : 60, 121, 255, 260, 278, 280, 283, 284, 318, 345, 372, 378 et ss.

RIC : 230.

Rulemaking : 24, 101, 167, 210, 279.

- S -
SDC : 137.

SEC : 172.

Séparation des pouvoirs : 20, 47, 88, 89, 94-95, 99, 172, 203, 282, 366, 379.

SERNAC : 229.

Servicios públicos domiciliarios: 25-26, 72, 84, 221, 258.

SFC : 151, 158, 16, 20, 62, 102, 31, 107, 151, 200, 222, 272, 273, 328, 329.

SIC :

- *Autonomie*: (Voir *supra autonomie*).:

- *Création* : 55 et ss.

- *Missions* : 182 et ss.

- *Organisation* : 120 et ss.

- *Ressources* : (voir ressources).

« **Soft law** » : 23 et ss., 261, 393, 405.

SRE : 58-60, 62-64, 65.

- T -

TDC : 137.

TIC : (voir *supra* « loi TIC »).

- U -

UNCTAD : 229.

Unitary executive theory: 290, 292.

USAID : 229.

- V -

Veedurías ciudadanas: 71, 289.



Résumé :

Si l'indépendance des autorités de concurrence est souvent justifiée par le besoin d'une expertise objective, ce besoin ne suffit pourtant pas à la légitimer. Créées en contradiction apparente avec le principe de séparation des pouvoirs, les autorités de concurrence « indépendantes » ne peuvent trouver leur légitimité que dans la conjonction de diverses garanties institutionnelles, et de différents mécanismes de contrôle et procédures. S'interroger sur la place de l'indépendance des autorités de concurrence en Colombie suppose alors l'identification de ces garanties et mécanismes. Leur analyse sera menée à travers une étude comparative de leur statut au regard de celui des autorités de concurrence française et américaine, dont les modèles ont influencé la constitution des autorités colombiennes. Elle permet de constater que les composantes de l'indépendance varient et qu'il n'en existe pas un seul modèle à travers le monde. La présente étude conduit aussi à relever que certaines garanties statutaires de l'indépendance, pourtant accordées aux autorités de concurrence française et américaine et leur permettant disposer d'un grand degré de liberté décisionnelle, ne sont pas octroyées aux autorités colombiennes. Assurer un degré plus important d'indépendance aux autorités de concurrence en Colombie, par l'attribution de certaines de ces garanties, requiert un renforcement des mécanismes de contrôle, procédures et voies de participation des citoyens dans la prise des décisions. L'étude de la construction de l'indépendance des autorités de concurrence, dans ses dimensions organique et fonctionnelle, doit donc être suivie par celle de ces contrôles. Un équilibre dans les contrôles constitue un facteur non seulement de légitimité, mais aussi un moyen de sauvegarder leur indépendance vis-à-vis des éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte.

Descripteurs : Indépendance - Autorité de concurrence - Régulation économique - Contrôle politique - Contrôle juridictionnel - Autonomie - Responsabilité - Principe démocratique – Participation des citoyens - Autorités de régulation sectorielles - Concurrence déloyale – Contrôle des concentrations – Superintendances.

The Independence of Competition Law Agencies, Comparative Analysis Colombia, France, United States :

Although Competition Agencies' independence is commonly explained through the necessity of objective expert decision-making, such necessity is not sufficient to legitimize their isolation from the government. Absent of democratic foundations and in apparent contradiction with the principle of Separation of Powers, "Independent" Competition Agencies attain their legitimacy from the conjunction of multiple institutional guarantees, control mechanisms and procedures, none of which may overshadow the others. Any effort to determine the role that the idea of independence plays in the institutional design of Colombian competition agencies requires an examination of these guarantees and mechanisms, as well as a comparison of their status to that of French and American agencies; whose institutional arrangement has influenced the constitution of Colombian authorities. Whilst the components of the independence vary in every analyzed jurisdiction (as there is not a unique institutional scheme of "Independent" Agency), this study reveals that certain institutional guarantees recognized to agencies in France and in the United States, which grant them vast discretionary decision-making power, are not present in the specific case of Colombian agencies. Assuring a higher level of independence for Colombian competition authorities, by conferring them some of these guarantees, lean on a simultaneous effort to reinforce control mechanisms, procedures and instruments for citizen participation in the regulatory process. The construction of the independence of Competition Agencies – in both its organizational and functional dimensions – commands the design of institutional constraints. Maintaining a balance over these constraints to agency discretion not only constitutes a source of legitimacy, but equally becomes an effective means to safeguard their independence from external factors.

Keywords : Indépendance – Competition Agency – Economic regulation – Political oversight – Judicial oversight - Judicial deference - Administrative discretion - Liability - Democracy -Citizen participation – Independent regulatory agencies - Antitrust – Unfair methods of competition - Federal Trade Commission.