



Droit et politique de la concurrence en République tchèque

UN EXAMEN PAR LES PAIRS



2008

**DROIT ET POLITIQUE
DE LA CONCURRENCE
EN RÉPUBLIQUE TCHÈQUE**

UN EXAMEN PAR LES PAIRS DE L'OCDE

-- 2008 --

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1er de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

© OCDE 2008

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tél. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

PRÉFACE

Ce rapport du Secrétariat de l'OCDE¹ a servi de base à l'examen par les pairs de la République tchèque au Comité de la concurrence de l'OCDE, le 11 juin 2008. Depuis le dernier examen du Comité en 2001, la République tchèque est devenue membre de l'Union européenne, et sa politique du droit et de la politique de la concurrence s'inscrit dans la droite ligne du droit et des pratiques européennes. L'Autorité de la concurrence tchèque, UOHS, a évolué sous l'effet d'un changement de direction et d'une modification de son approche. La politique de la concurrence s'est concentrée principalement sur les problèmes liés aux réseaux et secteurs des services, domaines où les résultats ont été mitigés. La lutte contre l'entente injustifiable que représente la fixation des prix s'est intensifiée. Un cas majeur en 2007 a fourni une occasion importante de montrer comment les ententes internationales clandestines opèrent et comment la clémence peut être utilisée pour les mettre à jour. L'application de la loi peut être encore renforcée par l'imposition de sanctions plus importantes.

¹ Ce rapport a été préparé par Michael Wise.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Fondements	8
1.1	Contexte et historique.....	8
1.2	Loi sur la concurrence.....	9
1.3	Objectifs de la politique de la concurrence.....	11
2.	Questions de fond : contenu de la loi sur la concurrence	12
2.1	Accords restrictifs.....	13
2.2	Accords horizontaux.....	14
2.3	Accords verticaux.....	17
2.4	Abus de position dominante.....	18
2.5	Fusions.....	23
2.6	Marchés publics et aide de l'État.....	30
2.7	Concurrence déloyale.....	31
2.8	Protection du consommateur.....	32
3.	Problèmes institutionnels : structures et mise en oeuvre	33
3.1	Processus et pouvoirs d'application.....	34
3.2	Sanctions et recours.....	37
3.3	Contrôle judiciaire.....	39
3.4	Initiatives émanant de parties privées.....	40
3.5	Coopération internationale.....	40
3.6	Ressources et priorités.....	41
4.	Limites de la politique de la concurrence : exclusions et régimes sectoriels	45
4.1	Questions sectorielles et régimes spéciaux.....	46

4.1.1	Télécommunications	46
4.1.2	Energie électrique.....	49
4.1.3	Gaz naturel	50
4.1.4	Agriculture.....	52
4.1.5	Transport ferroviaire	53
4.1.6	Services professionnels	53
5.	Politique de plaidoyer, consultation et études d'orientation.....	54
6.	Conclusions et options politiques	55
6.1	Suivi des recommandations formulées dans le cadre de l'examen de 2001	57
6.2	Options politiques envisageables	60
BIBLIOGRAPHIE		62
 Encadrés		
Encadré 1.	Synthèse.....	7
Encadré 2.	La méthodologie COMP.....	42

DROIT ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Encadré 1. Synthèse

En République tchèque, le droit et la politique de la concurrence convergent vers les pratiques européennes. Depuis le dernier examen par l'OCDE de la politique de la concurrence tchèque en 2001, le pays a nettement progressé sur la voie de la reconstruction et rejoint l'Union européenne. La loi sur la concurrence a été révisée à deux reprises et suit maintenant de très près les dispositions matérielles et les méthodes d'application du droit communautaire. L'organe chargé de veiller au respect des règles de concurrence, l'ÚOHS, a évolué à la suite d'un changement de direction et d'une modification de son approche en matière d'application.

La politique de la concurrence se concentre sur les problèmes dans le secteur des réseaux et des services. Les résultats sont mitigés. L'ÚOHS combat vigoureusement les abus dans les télécommunications en tirant avantage de son nouveau pouvoir d'appliquer le traité CE malgré l'exclusion de ce secteur de la loi tchèque sur la concurrence entre 2005 et 2007. Dans le domaine de l'énergie électrique et du gaz naturel, les décisions de privatisation ont conduit à la recréation d'entreprises intégrées de dimensions nationales. Des problèmes d'accès aux facilités de stockage freinent le renforcement de la concurrence dans le secteur du gaz naturel.

L'application aux accords injustifiables de fixation des prix est limitée, mais s'est récemment intensifiée. L'affaire des commutateurs, en 2007, a été une bonne occasion de montrer comment les ententes internationales clandestines opèrent et comment l'indulgence permet de les mettre à jour. Corriger et éliminer les accords de prix de revente constitue désormais une priorité. Concernant la plupart des affaires ne portant pas sur une violation injustifiable, l'ÚOHS est prêt à conseiller les entreprises pour les aider à se conformer à la loi et à résoudre les problèmes, de concert avec lui, en recourant à des mesures autres qu'un acte formel d'application : l'ÚOHS qualifie cette approche de « plaidoyer ».

La plupart des recommandations de l'examen de 2001 visaient l'amélioration des institutions financières et spécialisées dans la gouvernance d'entreprise ayant pour tâche de soutenir les marchés concurrentiels. Ce processus est désormais

parvenu à son terme. Une recommandation visant l'application encourageait la mise en oeuvre du programme d'indulgence proposé. Les premières applications pêchaient par leur inefficacité, mais le nouveau programme adopté en 2007 s'avère constituer un meilleur outil contre les ententes injustifiables. L'application pourrait être renforcée par des dispositions prévoyant des sanctions plus lourdes contre les individus s'adonnant à des pratiques d'entente ou impliqués dans une association servant à conclure des accords interdits.

1. Fondements

En République tchèque, le droit et la politique de la concurrence convergent vers les pratiques européennes. à l'époque du dernier examen par l'OCDE de la politique de la concurrence tchèque (OCDE, 2001 ; « Examen 2001 »), la principale tâche à abattre pour instaurer une vigoureuse concurrence de marché était encore la restauration et le renforcement des institutions financières ou spécialisées dans la gouvernance et la structure des entreprises, afin que l'économie tchèque demeure compétitive dans les conditions d'un marché moderne. L'examen de 2001 signalait que la politique de la concurrence joue un rôle secondaire dans cette entreprise. Le pays a en grande partie terminé son processus de reconstruction. L'organisme national indépendant chargé de la concurrence — l'Office pour la protection de la concurrence (« l'Office » ou, « l'ÚOHS » [acronyme tchèque]) — a évolué depuis 2001 à la suite d'un changement de sa direction et d'une modification de son approche en matière d'application. L'industrie manufacturière étant désormais concurrentielle et la distribution solidement établie, la politique de la concurrence se concentre dorénavant sur les secteurs des réseaux et des services.

1.1 Contexte et historique

La République tchèque est en train de reprendre sa position historique en tant que plaque tournante technique et logistique de l'Europe centrale, après avoir surmonté, dans les années 90, les problèmes liés à la transition tels qu'ils étaient décrits dans l'examen de 2001. La reconstruction du système institutionnel — économique et politique — antérieur aux années 90 a culminé avec l'adhésion à l'Union européenne en 2004. La privatisation est en grande partie achevée, sauf en ce qui concerne certaines holdings dans le secteur des réseaux. La banque établie pour faciliter la restructuration transitoire, la banque Konsolidacni, a été reconvertie en organisme public en 2001, avant

d'être fermée fin 2007, date de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi complète sur la faillite. Les bases institutionnelles d'une économie de marché moderne, compétitive et efficace sont désormais en place.

L'intégration aux marchés et aux institutions européennes, à l'issue de la période de transition, s'est soldée par de solides performances économiques et une croissance stable. Le taux de croissance annuel du PIB réel a dépassé 6 % pendant les trois dernières années, même si les prévisions pour 2008 font état d'une baisse. La production augmente régulièrement alors que l'inflation est restée modérée jusque fin 2007. Le chômage a sérieusement baissé pour tomber au-dessous de la barre des 5 % fin 2007. Le PIB tchèque par habitant atteint environ 75 % de la moyenne de la zone euro, en parité de pouvoir d'achat et, si la tendance se poursuit, l'écart avec cette zone pourrait être résorbé d'ici une décennie (OCDE, 2008). Cette amélioration économique repose sur l'impulsion donnée par une industrie manufacturière orientée vers l'exportation, composée notamment de chaînes de production d'automobiles et d'appareils électroniques. L'interaction avec d'autres grandes économies au sein de l'UE et les liens avec les marchés de ces pays, alliés au respect de la politique de la concurrence de Bruxelles, contribuent pour une bonne part à la vigueur compétitive de l'économie tchèque.

1.2 Loi sur la concurrence

La loi sur la concurrence a été profondément modifiée à deux reprises depuis l'examen de 2001. La première révision, en 2001, a permis d'actualiser le cadre de transition adopté en 1991. Cette version initiale de la loi était inspirée des modèles et des principaux concepts européens, mais comprenait aussi des dispositions visant à s'attaquer à des problèmes nationaux particuliers comme la structure historiquement monopolistique de la plupart des marchés à l'époque. Cette révision — qui battait son plein à l'époque de la préparation de l'examen de 2001 — avait permis de remplacer les dispositions pertinentes par les éléments fondamentaux de la législation communautaire. Le législateur tchèque a adopté un système de règlements accordant des exemptions (par catégorie ou individuelles) de l'interdiction générale de conclure des accords prohibés, ainsi que des modalités d'application basées sur des seuils *de minimis*. La définition de la « dominance » incluait des termes empruntés à la jurisprudence européenne et supplantait l'ancienne définition fondée sur une présomption de dominance à partir d'une part de marché de 30 %. La loi a été complétée par des dispositions

réglementant les fusions. Une règle visant les mesures anticoncurrentielles prises par des entités liées au gouvernement a été remplacée par des dispositions inspirées du Traité CE et appliquant le droit de la concurrence aux titulaires de droits exclusifs et aux fournisseurs de services publics.

La deuxième révision importante de la loi est celle adoptée au moment de l'entrée de la République tchèque dans l'UE en 2004². Elle a permis d'adapter la législation nationale aux exigences du mécanisme communautaire modernisé d'application. Aujourd'hui, en vertu des deux systèmes de droit, les critères d'exemption et les prohibitions s'appliquent directement. Les exemptions par catégorie prévues par la législation de l'UE sont automatiquement incorporées en droit tchèque. Dans le cadre de sa mission d'alignement de la pratique de mise en œuvre sur les nouvelles méthodes de l'UE, l'Office ne traite plus les demandes d'exemption individuelles. La norme relative aux fusions est désormais identique en droit tchèque et communautaire et les règles de notification nationales pertinentes ont aussi été révisées. La loi sur la concurrence autorise l'Office à appliquer aussi bien le droit communautaire que le droit interne. La première affaire d'abus de position dominante, au sens du traité CE, concernait le secteur des télécommunications et a été ouverte en 2004. L'Office ayant adopté les méthodes de mise en œuvre de l'UE, il a remplacé en 2007 son programme original d'indulgence — instauré en 2001, mais n'ayant pas généré de nombreux résultats — par un programme révisé qui suit le modèle du Réseau européen de la concurrence. Le but global des améliorations de la législation tchèque est clairement d'aligner ce système de droit sur les institutions et les pratiques communautaires.

Les propositions de loi visant à accorder un traitement spécial à des secteurs particuliers ont suscité des controverses. Le Parlement a exclu les télécommunications du champ d'application de la loi tchèque sur la concurrence en 2005. Cette exclusion n'a duré que deux ans avant d'être annulée en 2007. Une autre controverse fait rage actuellement concernant l'opportunité d'ajouter le concept de « dépendance économique » à la loi, afin de réglementer les disparités de pouvoir de négociation dans les relations au niveau de la distribution. Le Parlement a approuvé cet amendement, mais le Président y a opposé son veto.

² Loi n° 143/2001I, telle qu'elle a été amendée. Sauf indication contraire, les citations entre parenthèses renvoient à cette loi telle qu'elle a été modifiée en 2007.

L'Office soutient l'objectif énoncé, mais préférerait une mesure davantage ciblée.

Une législation visant à renforcer les pouvoirs de mise en œuvre est en préparation. Le gouvernement a proposé de prévoir des sanctions contre les directeurs et les agents publics. Lesdites sanctions seraient appliquées par le procureur dans le cadre d'une procédure pénale distincte mais coordonnée avec la procédure administrative engagée par l'Office à l'encontre des entreprises concernées. D'autres améliorations potentielles pourraient concerner un élargissement des pouvoirs d'enquête et des sanctions plus lourdes contre les associations.

1.3 Objectifs de la politique de la concurrence

Le préambule de la loi sur la concurrence est général et explique que l'objet du texte est de protéger la concurrence économique contre les éliminations, les restrictions ou les distorsions réelles ou perçues comme une menace. La liste des objectifs identifiés a été légèrement révisée dans le cadre des récents amendements qui soulignent que la loi vise également les menaces (article 1[1]). Cette précision permet d'adopter des mesures préventives sans attendre que des effets préjudiciables soient déjà réellement perceptibles, mais elle ne change en rien les objectifs énoncés. La loi ne précise pas davantage la notion de « concurrence économique », ni les aspects ou les résultats de la concurrence de marché qui devraient être considérés comme des buts particulièrement importants. L'Office a exposé sa conception des buts de la politique de la concurrence dans d'autres déclarations telles que le Décret sur le contrôle des fusions.

Les termes de concurrence « efficace » ou « suffisante » sont ceux utilisés pour décrire pragmatiquement l'objectif de la politique poursuivie. Les déclarations sur la valeur d'une concurrence efficace mettent en avant les avantages d'une concurrence efficace : promotion de l'innovation, réduction des coûts de production et stimulation des entreprises afin de pouvoir offrir un choix plus large et notamment des biens ou des services de meilleure qualité ou à un prix moindre.

L'équité du processus est en bonne place dans la liste des priorités de l'Office. Une partie importante du travail de cet organe consiste à appliquer la loi sur les marchés publics. Selon son site Web, l'objectif de l'action menée dans ce domaine est de veiller à l'utilisation efficace des fonds publics, au respect du droit de la concurrence et à l'évitement de toute discrimination en exigeant des organismes adjudicateurs qu'ils aient recours à des méthodes d'appel d'offres concurrentielles.

La structure concurrentielle de l'industrie et la protection des PME figurent aussi parmi les objectifs énoncés. À l'époque où la privatisation représentait encore une tâche essentielle, la politique de la concurrence cherchait à influencer sur la création et le renforcement d'un environnement concurrentiel, soit en éliminant les positions monopolistiques ou dominantes existantes, soit en empêchant la création d'une telle position. Pour l'Office, cet objectif s'inscrit dans ses efforts en vue de garantir l'efficacité de la structure du marché. La préservation des structures concurrentielles est un thème majeur. L'Office invoque cette nécessité pour justifier l'interdiction d'abus d'une situation de dépendance économique.

L'avantage pour le consommateur et l'innovation sont des éléments relevant de l'intérêt public incitant à prévenir les distorsions de la concurrence. En expliquant les motifs de la politique de la concurrence, l'Office fait aussi miroiter les avantages plus généraux inhérents à une concurrence effective du marché : meilleure répartition des ressources, croissance à long terme, progrès technologique, bien-être social accru, etc.

2. Questions de fond : contenu de la loi sur la concurrence

La loi tchèque sur la concurrence se fonde sur des concepts européens bien établis : interdictions des accords restrictifs et des abus de position dominante et nécessité d'une approbation des principales fusions. Les dispositions de la loi originale de 1991 conçues pour répondre aux problèmes de transition ont été abrogées ou révisées. Par conséquent, la loi est désormais presque identique aux normes de l'UE. La pratique de mise en œuvre est, elle aussi, maintenant intégrée au système communautaire. La loi tchèque sur la concurrence devrait dériver de plus en plus du droit de l'UE, à la fois sous l'angle du contenu et de la pratique, dans la mesure où les circonstances qui imposaient des règles nationales spéciales ont disparu. Mais les différences dans les pouvoirs et les priorités des organismes nationaux chargés de régir la concurrence dans les différents pays de l'Union pourraient demeurer importantes. L'Office, par exemple, s'il est très actif dans le domaine des accords verticaux et des abus de position dominante dans les industries de réseaux, n'a pas encore mis à jour des affaires importantes relatives à des ententes locales.

2.1 Accords restrictifs

L'interdiction des accords anticoncurrentiels et les dispositions relatives aux exemptions de cette interdiction sont conformes au Traité CE et à ses règlements d'application. La loi interdit les accords, décisions prises par des associations et pratiques concertées restreignant ou susceptibles de restreindre la concurrence (article 3[1]). Les accords améliorant la production ou la distribution ou bien promouvant le progrès technique ou économique — et répercutant sur le consommateur une part équitable de ces avantages — sont exemptés de l'interdiction. Mais, à supposer que ces avantages puissent être obtenus sans la levée des restrictions, l'accord n'est pas exempté. De plus, pour pouvoir bénéficier d'une exemption, l'accord ne doit pas conduire à l'élimination de la concurrence sur un segment important du marché concerné.

Les accords d'importance mineure ne sont pas interdits (article 6[1]). Ce critère s'appuie sur la part de marché des parties à l'accord. Le seuil au-delà duquel un accord ne saurait plus être qualifié de « mineur » varie selon sa nature. En général, il correspond à une part combinée de 10 % du marché détenue par l'ensemble des parties pour les accords horizontaux. Ce seuil est porté à 15 % pour les accords verticaux. Les accords injustifiables — y compris les prix imposés, les ententes horizontales sur les prix et la répartition du marché — ne peuvent pas bénéficier d'une exemption *de minimis*, quelle que soit par ailleurs la part du marché détenue par les parties. Ces seuils *de minimis* ont été relevés lors de la révision de la loi tchèque sur la concurrence afin de s'aligner sur le mécanisme modernisé de mise en œuvre de l'UE.

Une clause compliquée supprime la protection *de minimis* en présence d'un système d'accords visant un produit comparable. Elle s'applique principalement aux accords verticaux ayant un effet de « structure étoilée ». La règle tchèque relative à ces systèmes d'accords parallèles est formulée en termes légèrement différents de ceux de la règle correspondante de l'UE, mais son objet et ses effets sont identiques. La loi sur la concurrence décrit le degré requis de comparabilité en termes de « biens identiques, comparables ou substituables ». Lorsqu'une seule et même entité est partie à plusieurs contrats de ce type et que la part combinée de toutes les parties contractantes sur le marché pour le produit comparable est supérieure à 15 %, l'exemption *de minimis* ne s'applique pas aux contrats individuels. Si le système de contrats restreint l'accès au marché et s'il existe des réseaux parallèles de systèmes semblables dont l'effet cumulatif est de réduire la concurrence sur le marché concerné, l'exemption *de minimis*

ne s'applique qu'aux systèmes dans lesquels la part combinée des parties aux accords horizontaux ou à un accord vertical ne dépasse pas 5 % (article 6).

Les règlements d'exemption par catégorie adoptés par l'UE s'appliquent automatiquement, en vertu du droit tchèque, aux accords qui ne seraient pas couverts par les règlements communautaires dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (article 4[1]). L'Office jouit aussi, en vertu du droit tchèque, du pouvoir d'accorder des exemptions par catégorie d'accords restrictifs considérés comme admis. Il n'a cependant encore jamais usé de cette faculté.

Les critères d'exemption s'appliquent directement : une décision préalable d'exemption de l'Office n'est plus requise. L'Office a rendu quelques décisions négatives depuis 2004. Il peut en effet, dans le cadre de sa mission d'application, retirer le bénéfice d'une exemption et interdire un accord parce que celui-ci ne remplit pas les critères légaux d'exemption. Si les conditions ayant motivé une exemption par catégorie ne sont plus réunies, l'Office peut mettre fin à cette exemption (article 4[3]).

2.2 Accords horizontaux

Les accords constitutifs de restrictions caractérisées sont considérés isolément. Les accords sur les prix ou la répartition du marché sont spécifiquement interdits (article 3[2]). Le texte n'édicte pas cette interdiction à proprement parler mais, dans la mesure où la fixation directe ou indirecte des prix, les restrictions de la production et la répartition des marchés ou de la clientèle ne peuvent pas bénéficier de l'exemption *de minimis* en vertu de la loi sur la concurrence, l'Office décrit ces accords comme des pratiques interdites. L'Office considère aussi les soumissions concertées comme une pratique interdite en soi, même si elle ne figure pas sur la liste des accords ne pouvant pas bénéficier d'une exemption *de minimis*, ceci parce qu'une soumission de ce type est à la fois un accord sur les prix et une répartition du marché.

L'expérience acquise en matière de lutte contre les accords injustifiables de fixation des prix est limitée. La principale affaire marquante et importante, rendue publique en avril 2007, porte sur la contribution tchèque à l'application, au niveau de plusieurs juridictions, du droit de la concurrence contre une entente de soumission concertée dans le domaine des commutateurs à isolation gazeuse. L'UE avait rendu sa décision en l'instance en janvier 2007 et l'Office de la concurrence

hongrois — ainsi que d'autres homologues nationaux — avait aussi pris des mesures contre cette entente. D'autres mesures importantes ont aussi été adoptées en matière d'application horizontale depuis 2005, contre quatre sociétés pharmaceutiques en raison d'un accord de courte durée limitant la gamme des produits vendus à trois hôpitaux universitaires. Les sociétés prétendaient que cette mesure était justifiée, car elle visait à inciter les hôpitaux à payer leurs dettes, mais l'Office a décidé que les intéressées ne pouvaient pas adopter conjointement cette restriction de la production et les a condamnées à des amendes pour un total de 113 millions CZK.

Les affaires plus anciennes portaient généralement sur des échanges d'information, des prix communs ou des augmentations de prix simultanées. Parfois le schéma d'action était condamné comme une pratique concertée et parfois il était invoqué comme présomption d'accord interdit entre les parties. Une affaire notoire de « pratique concertée », datant de 2001, a débouché sur l'imposition d'une très lourde amende à des distributeurs de produits pétroliers qui s'étaient communiqué leurs niveaux de prix respectifs pendant une période d'augmentation des prix. (Cette affaire a fait l'objet d'un recours et n'a toujours pas été tranchée en appel, la juridiction de première instance ayant estimé — de manière curieuse — qu'une société ne peut pas être tenue responsable des agissements d'une de ses composantes qui agissait de manière autonome avant sa fusion). La même année, des éleveurs de bétail ont été jugés responsables d'un échange d'informations — sur leurs prix et leurs politiques de fixation des prix respectives — ayant eu pour conséquence le maintien d'un prix minimum. En 2003, l'Office a sanctionné trois boulangeries industrielles qui, de toute évidence, avaient coordonné leurs augmentations de prix, ainsi que des producteurs de sucre qui avaient échangé des informations tous les mois, dans le cadre d'une association professionnelle, sur leur production, leurs ventes, leurs exportations et leurs importations. Dans l'affaire du sucre, l'Office a conclu à l'existence d'un accord de répartition du marché. Les prix, le commerce et la production étant étroitement réglementés, le principal débouché pour la concurrence était l'accès aux clients.

Certaines situations de soumissions concertées ont été portées à l'attention de l'Office dans le cadre de son travail de supervision du système de passation de marchés publics. La plupart semblent avoir été traitées comme des violations des règles de ce système, mais quelques enquêtes — visant des forestiers et des entrepreneurs en construction — ont été ouvertes sur la base de la loi sur la concurrence.

L'autoréglementation est une question actuellement examinée ; plusieurs décisions sont pendantes concernant les règles des associations professionnelles en matière de publicité, d'honoraires et de sollicitation de clients. Une association fait l'objet d'une enquête pour avoir interdit, en tant que conduite déloyale, la pratique consistant à accorder une réduction aux nouveaux clients. Les sanctions contre les associations pourraient être insuffisantes pour décourager les mauvaises conduites. Les amendes sont calculées sur la base du budget de l'association elle-même et non de ses membres. L'ÚOHS travaille sur un projet de loi destiné à mettre fin à cette anomalie et à permettre des amendes reflétant mieux les intérêts économiques et les motivations en jeu.

Des amendes, plutôt que des engagements, ont la faveur de l'Office dans les affaires de restrictions caractérisées. La politique de cet organisme consiste à refuser d'accepter des engagements concernant la conduite des intéressés à l'avenir pour mettre un terme à une enquête sur un accord constitutif de restrictions caractérisées. L'Office insiste pour pouvoir infliger une amende ou rendre une ordonnance en pareil cas. L'amende la plus lourde jamais infligée jusqu'à présent concernait l'affaire de 2007 relative aux commutateurs à isolation gazeuse. Les 16 entreprises concernées ont été condamnées à des amendes d'un total de 941.9 millions CZK, la plus importante allant à Siemens (107.2 millions CZK). Cette sanction a été calculée pour produire un effet dissuasif sur la base de la violation — commise entre juillet 2001 et mars 2004 — au cours de laquelle les commandes de la République tchèque de ces produits avaient atteint une somme totale d'environ 700 millions CZK. L'amende totale tient compte de nombreux facteurs en dehors du profit retiré de la violation par les sociétés concernées. Elle prend notamment en considération un coefficient lié à l'improbabilité de sa détection. Certes, l'entente existant depuis les années 90, même une amende aussi importante ne dépasse peut-être pas les profits des parties. L'affaire des commutateurs est le seul dossier horizontal bouclé jusqu'à présent par l'Office dans le cadre de son programme d'indulgence. L'une des parties a pu échapper à l'amende en République tchèque, car elle répondait aux critères exigés pour bénéficier dudit programme. La première demande d'indulgence formulée au sujet de cette entente avait été adressée à la Commission européenne et s'était soldée par un raid éclair de la DG Concurrence en mars 2004.

Les sanctions contre les personnes physiques pourraient être alourdies. L'ÚOHS propose de tenir les individus pénalement

responsables de conduites relevant d'une entente. Le gouvernement a accepté d'inclure cette proposition dans le nouveau code pénal soumis actuellement au Parlement. La peine individuelle de base pour entente sur les prix serait un emprisonnement pouvant atteindre trois ans. La peine maximale pourrait être portée à huit ans si les dommages ou les gains illicites associés à la violation dépassent 5 millions CZK. La mise en œuvre serait confiée à la police et aux procureurs.

2.3 Accords verticaux

Les accords fixant les prix à la revente ne peuvent pas bénéficier d'une exemption de minimis (article 6[2]). Les accords délimitant des zones de revente exclusives ou conférant d'une autre manière une exclusivité, empêchant ainsi la concurrence au stade de la revente, sont également interdits, quelle que soit la part de marché des parties. Les autres formes communes d'accord vertical énumérées dans la liste des interdictions légales sont celles qui lient les ventes d'un produit ou service aux ventes d'un autre produit au service ou qui introduisent une discrimination envers les clients. Mais les accords de discrimination et de vente liée peuvent bénéficier de l'exemption de minimis.

La loi tchèque sur la concurrence incorpore les règlements communautaires d'exemption par catégorie pour s'attaquer aux accords visant la distribution et les autres relations verticales. Ce domaine inclut les accords transférant ou accordant des droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où la disposition qui visait spécifiquement ces transactions a été supprimée lors de la dernière révision.

La correction et l'élimination des accords de prix de revente sont désormais des tâches hautement prioritaires. L'Office estime que le milieu des affaires doit encore être éduqué dans ce domaine. Les entreprises se comportent comme si elles ignoraient que ces pratiques étaient interdites. L'Office combine une stricte application de la loi avec la volonté d'accepter des engagements lorsque les entreprises intéressées modifient les contrats incriminés. Par exemple, en 2005, l'Office a imposé à Tupperware une amende de 2,3 millions CZK pour avoir fixé les prix à la revente et empêché la revente ; ces décisions ont cependant été infirmées par le tribunal régional pour des raisons de procédure et de compétence, de sorte qu'un nouveau recours a été formé. En revanche, en 2006, des enquêtes pour restrictions de prix dans des accords de distribution de montres et de films ont été bouclées après correction des clauses incriminées. Une enquête pendante illustre la controverse courante relative au contrôle du prix de revente des œuvres publiées : un

éditeur tente d'imposer des ventes d'un best-seller probable à des librairies traditionnelles, au lieu de s'adresser aux chaînes de distribution de masse qui avaient déjà vendu à prix réduit les volumes précédents de la même série.

2.4 *Abus de position dominante*

La loi tchèque sur l'abus de position dominante ajoute certains détails au modèle proposé par le Traité CE. L'un de ces ajouts est un test mesurant les effets sur la concurrence : l'abus est interdit dès lors qu'il porte atteinte à d'autres entreprises ou aux consommateurs. La liste des abus figurant dans la loi sur la concurrence est plus longue. Ce texte décrit les conditions commerciales considérées comme « déloyales », et, par conséquent, constitutives d'abus, comme les exigences en matière de résultats « manifestement sans rapport » avec l'objet du contrat (article 11[1][a]). Les autres ajouts incluent la doctrine des installations essentielles et une clause sur les prix injustement bas (article 11[1][e], [f]).

Le pouvoir de marché — et par conséquent la position dominante — est déterminé par la part de marché d'une entreprise, ses capacités économiques et financières et son niveau d'intégration verticale, ainsi que par les caractéristiques du marché concerné (parts de marché des concurrents, barrières juridiques et autres à la pénétration dudit marché, etc.). En principe, ce pouvoir de marché ne doit pas influencer sur la décision de savoir si la conduite s'analyse ou pas en un abus de position dominante. Mais l'ampleur des dommages est prise en considération au stade de la fixation de l'amende, de sorte qu'un abus ayant affecté une large part d'un marché important risque d'être passible d'une amende plus lourde.

La part et la structure du marché sont des facteurs importants dans l'identification d'une position dominante, même si l'Office maintient que les preuves d'autres critères sont nécessaires (à moins que ladite part n'atteigne virtuellement 100 %). Une part de marché de 40 % ou moins est présumée ne pas représenter une position dominante (article 10[3]). Néanmoins, la dominance pourrait être constatée avec une part moindre, si tant est que la preuve d'autres facteurs corrobore cette conclusion. Les marchés où l'indice IHH dépasse 2 000 sont considérés comme concentrés et ceux où le même indice est inférieur à 1 000 comme non concentrés. La première version de la loi sur la concurrence, en vigueur de 1991 à 2001, définissait par conséquent la dominance comme une part de marché égale ou supérieure à 30 %. Une présomption mécanique et

irréfragable peut convenir comme point fixe de référence dans le cadre d'une restructuration, mais est de toute évidence trop rigide pour pouvoir s'appliquer de manière réaliste une fois ce cap dépassé. En outre, la part déclenchant ladite présomption est si faible qu'elle pourrait rapidement mener à une nouvelle réglementation inappropriée du secteur concerné si, comme cela s'est déjà produit en République tchèque, deux ou trois entreprises sur le marché, reconnues coupables individuellement d'abus de position dominante, étaient soumises à une surveillance plus stricte de leur conduite, y compris de leurs prix.

La dominance collective est mentionnée plusieurs fois dans la loi sur la concurrence, sans pour autant faire l'objet d'une définition distincte. Les caractéristiques de cet aspect collectif seront sans doute déterminées par référence à des interprétations et des applications des dispositions parallèles du Traité CE.

L'exploitation du pouvoir de marché en fixant des prix de vente élevés ou des prix d'achat bas n'est pas mentionnée spécifiquement dans la loi sur la concurrence. La seule mention des prix dans l'article consacré à l'abus de position dominante concerne les prix injustement bas et non pas les prix injustement élevés. Néanmoins, la loi peut être utilisée pour combattre les prix s'analysant en une exploitation abusive. Par exemple, une enquête récente portait sur une plainte dénonçant les prix et les conditions imposées par un monopole bilatéral basé sur des relations fournisseur-client exclusives. D'autres affaires ont porté sur les prix exigés du consommateur pour bénéficier de services proposés par des opérateurs de télécommunication et des banques.

L'« offre et la vente constantes de biens pour un prix injustement bas » est un abus si « elles entraînent ou risquent d'entraîner un faussement de la concurrence » (article 11[1][e]). Outre cette règle condamnant les politiques de prix agressives dans la loi sur la concurrence, la législation inclut aussi une interdiction de la vente à perte dans la loi sur les prix³. Cette dernière s'apparente à une loi sur la concurrence : elle interdit l'abus d'un pouvoir de marché important et notamment les ventes à perte. Bien que la loi sur les prix dépende par conséquent d'une circonstance semblable au pouvoir de marché, elle ne prévoit pas le même critère d'« effets sur la concurrence » que la loi sur la concurrence. Le ministère des Finances est chargé de l'application de la loi sur les prix, mais les tribunaux ont rejeté la thèse selon laquelle

³ Loi n° 526/1990 sur les prix, telle qu'elle a été modifiée.

l'ÚOHS ne saurait se saisir de violations de l'interdiction des politiques de prix agressives au motif que cette loi couvre le même sujet.

En vertu de la règle « des infrastructures essentielles », une entreprise dominante doit accorder l'accès, moyennant une contrepartie raisonnable à ses infrastructures, telles qu'un réseau de distribution ou un réseau de transport d'énergie électrique, dès lors que la partie requérante ne saurait opérer sur le marché comme l'entreprise dominante, pour des raisons juridiques ou autres, sans cet accès ou cette utilisation commune (article 11[1][f]). L'entreprise dominante peut éviter de voir sa responsabilité engagée en montrant que l'octroi de l'accès serait infaisable ou déraisonnable. L'accès à une propriété intellectuelle peut aussi être exigé compte tenu des mêmes considérations de contrepartie raisonnable et de proportionnalité.

Une entreprise dominante ne peut pas refuser de traiter à des conditions raisonnables et non discriminatoires, que l'installation réclamée soit considérée comme « essentielle » ou pas. Une décision de 2005 relative à l'accès à une gare routière a permis d'analyser la relation entre les deux obligations. L'exploitant de la gare avançait que la capacité de son installation était déjà saturée, de sorte qu'il ne pouvait pas accorder l'accès. Il faisait en outre valoir l'existence d'autres sites convenant au stationnement des autobus et à l'embarquement des passagers, sites que le plaignant utilisait en fait. La gare n'était donc pas une infrastructure essentielle puisque le plaignant était encore sur le marché. L'ÚOHS a estimé que l'offre d'un service dans une gare était largement supérieure à celle d'un arrêt au bord de la route, que la gare soit « essentielle » ou pas. Les enquêteurs envoyés sur place observer les activités de la gare pendant toute une journée avaient aussi constaté que cette installation, bien que très fréquentée, n'était pas saturée et absorbait le trafic des autobus exploités par son propriétaire. L'ÚOHS a conclu que la gare occupait une position dominante sur le marché local en raison de son unicité et devait donc rendre ses installations disponibles sur une base non discriminatoire. L'amende de 2 millions CZK a été réduite à l'issue d'un recours devant le président de l'Office, notamment parce que l'exploitant de la gare s'était laissé fléchir et avait défini de nouvelles conditions d'accès objectives et non discriminatoires. Un résultat analogue a été obtenu dans une affaire de télécommunication portant sur des cartes de téléphone portable prépayées. L'ÚOHS a exigé de la compagnie de téléphone qu'elle énonce des critères objectifs de sélection des distributeurs de carte et passe un contrat avec toute entreprise répondant à ces critères. La décision faisait suite à une enquête

ayant abouti à un refus de délivrance d'une attestation négative : Eurotel (devenue entre-temps Telefonica O2) avait demandé si le refus de vendre à un distributeur qui prévoyait de revendre directement les cartes aux consommateurs, sans passer par des revendeurs, constituerait un abus de déposition dominante.

Les problèmes liés au secteur des réseaux sont courants. La mise en œuvre de la loi sur la concurrence exige dans ce domaine la prise en considération de questions pouvant aussi relever de la réglementation économique. Par exemple, une affaire importante sur la fixation « loyale » des prix des télécommunications portait sur la contestation de la structure d'un tarif. L'Office a condamné Český Telecom à 205 millions CZK d'amende parce que son forfait avait freiné la concurrence. Ledit forfait comprenait une combinaison de services : sur certains l'entreprise occupait une position dominante et sur d'autres la concurrence se renforçait. En encourageant les consommateurs à percevoir des services comme « gratuits » dans le cadre du forfait, cette politique dissuadait les passages à d'autres fournisseurs. La thèse de l'accusation se fondait évidemment en partie sur l'analyse de la structure du tarif forfaitaire. Il s'avérait notamment que les clients n'obtenaient pas de crédit en échange de leur temps d'appel forfaitaire inutilisé et que le forfait ne distinguait pas entre le débit pour la ligne et le débit pour l'utilisation. Lorsque l'affaire a commencé, il y a plusieurs années, le cadre réglementaire du secteur n'était pas encore solidement fixé. L'Office avait retardé sa décision jusqu'en 2005, en raison de la prise en considération de plusieurs dispositions imbriquées relevant de la réglementation des télécommunications et du droit de la concurrence et de certains conflits de juridiction. L'amende a été confirmée par le tribunal régional et un deuxième appel a été interjeté. Cette affaire est la première dans laquelle l'ÚOHS invoque l'article 82.

Dans une autre affaire de télécommunications, l'Office a estimé que la préemption — en conférant un avantage excessif au premier arrivé sur le marché — peut s'analyser en un abus. Český Telecom avait annoncé le même jour (en novembre 2003) l'ouverture de son propre service ADSL au consommateur et les conditions dans lesquelles les revendeurs pouvaient accéder à son réseau. L'annonce précédait de cinq semaines l'entrée en vigueur des mesures. L'ÚOHS avait estimé ce délai trop court. L'entreprise dominante aurait dû octroyer plus de temps à ses concurrents potentiels sur le marché afin de leur permettre de négocier leur accès au réseau ADSL, ainsi que de planifier et de commercialiser leurs propres offres au public. Le problème sous l'angle de la

concurrence ne se posait pas en termes de politique agressive de prix ou de réduction des marges des concurrents, dans la mesure où le niveau des prix et la nature des conditions fixés n'auraient pas empêché les revendeurs de réaliser un profit. Il tenait plutôt au délai. L'ÚOHS a infligé une amende de 80 millions CZK. Une autre décision suggère qu'une entreprise dominante doit laisser à ses clients, ainsi qu'à ses concurrents, le temps de réagir aux changements de stratégie, au moins si l'entreprise fournit un service public. En 2006, une compagnie d'autobus avait annulé son service avec un préavis de cinq jours. Même après être convenu que les problèmes financiers de l'entreprise justifiaient l'arrêt de la ligne, l'ÚOHS a estimé qu'agir ainsi — sans donner aux usagers le temps de trouver des solutions de remplacement — constitue un abus de position dominante et a infligé une amende de 700 000 CZK.

L'application de la loi sur la concurrence renforce la réglementation des secteurs. Un exemple récent et important concerne une décision rendue en 2006 par l'ÚOHS dans le secteur du gaz naturel qui a conduit à l'amende la plus lourde infligée à ce jour par l'Office : 370 millions CZK. Les problèmes rencontrés par l'Office et l'organisme censé réglementer le secteur de l'énergie remontaient en fait à une décision antérieure de l'ÚOHS — autorisant une fusion — qui avait permis la création d'un monopole verticalement intégré dénommé RWE-Transgas. La décision constatait à la fois des violations de la loi sur la concurrence et de l'article 82 du Traité CE. Des contrats discriminatoires favorisaient les distributeurs régionaux membres du groupe RWE-Transgas par rapport aux autres. Des limitations territoriales empêchaient les distributeurs clients de revendre en dehors de leur zone. Des tarifs discriminatoires empêchaient l'accès aux infrastructures de stockage : le fait d'accorder le même prix aux clients « autorisés » que celui prévu par l'organisme de régulation de l'énergie pour les clients « protégés » a été considéré comme une pratique discriminatoire, dans la mesure où le coût inhérent à la fourniture de services à ces deux catégories de clients diffère. Outre l'amende, l'ÚOHS a rendu une ordonnance visant à modifier les contrats de manière à mettre fin à la discrimination contre les distributeurs non affiliés au groupe et à supprimer les barrières. L'ÚOHS et l'Office de régulation de l'énergie travaillent encore à la résolution des problèmes liés au stockage.

Les amendes infligées dans les affaires d'abus de position dominante sont souvent lourdes. Jusqu'à l'affaire des commutateurs à isolation gazeuse en 2008, le montant de ces amendes par rapport à celui des amendes plus légères infligées en cas de collusion illustre l'importance

plus grande accordée au problème de la domination ou, du moins, la nécessité de sanctions plus sévères en vue de dissuader les entreprises dominantes dotées d'infrastructures d'agir illégalement, compte tenu de la taille infiniment supérieure des entreprises et des marchés concernés. Les ordonnances prévoyant la réforme de clauses d'exclusion ou discriminatoires sont courantes. L'Office n'a pas encore fait usage de son droit de rendre des ordonnances provisoires en vertu du Traité CE (article 20a).

2.5 Fusions

Le critère décisif pour approuver une fusion est de savoir si la transaction projetée risque de fausser gravement la concurrence sur le marché concerné, notamment en créant ou en renforçant une position dominante. La norme de légalité a été modifiée afin de s'aligner sur la révision de réglementation communautaire pertinente. Le but du contrôle des fusions est d'empêcher les entreprises de créer des structures de marché dans lesquelles elles seraient en position d'affecter sensiblement la concurrence en augmentant les prix, ou bien en limitant la production ou le choix.

Les marchés de produits sont principalement déterminés par des considérations liées à la substituabilité aux yeux du consommateur sous l'angle, notamment, des caractéristiques, de l'utilisation envisagée et du prix des produits. La substituabilité au niveau de l'offre est considérée comme un critère plus pertinent pour identifier les marchés géographiques dans lesquels les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et distinguables des autres zones. Les critères de définition des marchés géographiques incluent la nature de la production et les coûts de l'expédition. Pour définir les marchés, l'Office se fonde évidemment davantage sur les caractéristiques des produits et de la production que sur les prévisions des réactions de l'offre et de la demande à d'hypothétiques changements de prix.

Bien que non absolue, la règle d'exonération structurelle suivante peut être énoncée : si la part combinée ne dépasse pas 25 %, on présume que la fusion n'aura pas d'impact négatif sur la concurrence. Cette présomption peut cependant être renversée par des preuves sur les effets probables de la fusion (article 17[3]). Les autres facteurs pris en considération par l'Office sont « l'efficacité de la structure du marché », les possibilités de gains d'efficacité dynamique et les effets sur les consommateurs. L'Office tient également compte des critères et des analyses énoncés dans les Lignes directrices de la Commission

européenne sur l'évaluation des fusions horizontales et non horizontales. Les effets sur la part de marché servent à identifier les affaires potentiellement importantes. L'Office a recours de toute évidence à une méthode empirique : il accorde plus d'attention aux fusions horizontales impliquant une part combinée de marché supérieure à 15 % et aux fusions verticales impliquant une part combinée de marché supérieure à 25 %. Dans les affaires de ce type, il sollicite généralement l'opinion des consommateurs, des fournisseurs et des concurrents.

Seul l'ÚOHS dispose d'un pouvoir de contrôle des fusions sous l'angle de la concurrence. Aucune autre disposition de la loi sur la concurrence ne prévoit la participation de ministres ou d'autres organes ou n'invoque l'intérêt public ou d'autres politiques. Les concentrations dans le secteur financier requièrent aussi l'approbation de la Banque nationale tchèque, mais ce contrôle ne comporte pas d'évaluation des effets sur la concurrence. Les décisions de l'Office en matière de fusion ne traduisent pas une prise en considération explicite d'autres politiques ou une mise en balance des restrictions sur la concurrence et de l'accroissement de l'efficacité. Certaines décisions, telles que l'approbation des transactions de privatisation ayant permis de reformer un monopole intégré dans le secteur du gaz naturel, sont plus facilement compréhensibles lorsqu'on les replace dans la perspective d'une anticipation de la production ou de la nécessité d'améliorer l'efficacité des importations voire d'autres préoccupations politiques. L'interdiction d'une fusion avant que l'ÚOHS n'ait terminé sa procédure a parfois été levée afin de permettre à des entreprises en proie à des difficultés financières de s'associer et d'éviter des licenciements massifs.

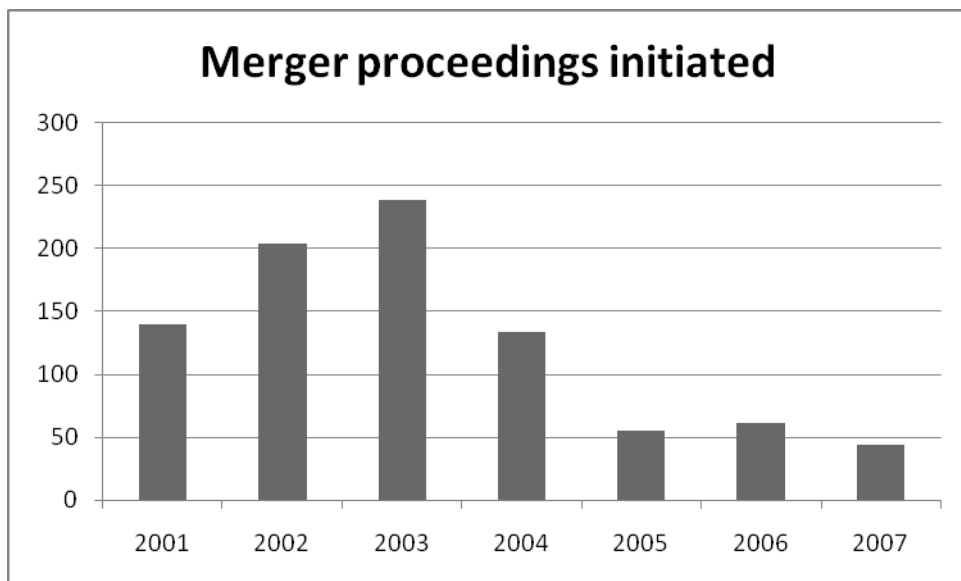
à l'issue d'une modification des normes de notification en 2004, de l'augmentation du seuil et de l'introduction d'un critère de « rattachement local », le nombre de dossiers que l'Office doit examiner a baissé. La loi établit un système de coordination entre l'Office et la Commission européenne en matière de fusions. Fidèle à son approche privilégiant la négociation et le dialogue avec le monde des affaires, l'Office encourage maintenant les contrats de pré-notification, afin que les parties à la fusion et le personnel de l'Office puissent identifier les problèmes potentiels à un stade précoce et accélérer le processus d'examen formel. Si la transaction atteint ou dépasse le seuil prévu, les parties doivent notifier l'Office avant de procéder à la fusion et acquitter un droit de dépôt de 100 000 CZK. L'Office dispose alors de 30 jours pour décider s'il convient ou pas d'engager une procédure. S'il décide que la transaction soulève de graves préoccupations, il doit notifier les

parties puis prendre une décision définitive — refuser la transaction ou l'accepter moyennant certaines conditions — dans un délai de cinq mois. Le délai est gelé en attendant la réponse de parties aux demandes d'informations complémentaires de l'Office. Il peut être prolongé de 15 jours en vue d'examiner les propositions d'engagement des parties. En l'absence de décision au bout du délai, l'Office est réputé avoir approuvé la transaction et les parties peuvent poursuivre l'exécution. La notification n'est pas confidentielle. L'Office publie des informations sur le dossier déposé sur son site Web et dans le Bulletin commercial, afin de permettre aux parties intéressées potentielles de lui faire part de leur avis et de leurs préoccupations.

Le critère élémentaire pour déterminer si une transaction doit être notifiée est le suivant : le chiffre d'affaires combiné des parties en République tchèque doit avoir dépassé 1.5 milliard CZK pendant le dernier exercice fiscal et chacune des parties doit avoir réalisé dans le pays un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions CZK. Ces niveaux sont supérieurs aux seuils appliqués avant 2004 (550 et 200 millions, respectivement). Un autre seuil est parfois appliqué : chiffre d'affaires supérieur à 1.5 milliard CZK en République tchèque pour une partie à une fusion ou à une coentreprise (ou bien pour la cible d'une acquisition ou d'un achat sur le marché public) et chiffre d'affaires mondial d'une autre partie à la transaction supérieur à 1,5 milliard CZK. Cette méthode d'évaluation représente une amélioration par rapport au critère de remplacement antérieur qui exigeait une notification dès lors que le chiffre d'affaires combiné mondial d'au moins deux parties dépassait 5 milliards CZK. La version initiale de la loi prévoyait une notification dès lors que la part de marché combinée des parties dépassait 30 % : une condition qui a été abandonnée pendant la révision de 2001.

Le nombre de fusions que l'Office doit examiner chaque année a diminué depuis l'adhésion à l'UE en 2004 et la révision du seuil de notification afin d'intégrer un critère de « rattachement local » et de réduire ainsi le nombre des dossiers déposés. Après un pic à 213 dossiers en 2003, le nombre total des demandes est descendu à 49 en 2007 (dont une seule concernant la procédure de deuxième phase).

PROCÉDURES DE FUSION ENGAGÉES



Source: ÚOHS

L'approbation peut être soumise à certaines conditions, mais l'Office ne dispose plus du pouvoir d'imposer des conditions de sa propre initiative. Depuis les amendements de 2004, ses prérogatives se limitent à approuver ou désapprouver les propositions des parties. Si l'Office estime que les engagements proposés sont insuffisants, il doit opposer un refus complet à la fusion. Les conditions visent normalement des engagements en matière de retrait structurel ou de conduite (par exemple, mettre un terme ou adhérer à des arrangements contractuels). L'Office peut aussi accepter des conditions quasi-structurelles sur l'exercice ou le transfert de droit de propriété intellectuelle. Sur les 687 décisions en matière de fusion rendues entre 2001 et 2007, l'Office n'a rejeté que 3 transactions. Sur les 22 décisions imposant des conditions, les demandes les plus fréquentes formulées par l'Office portaient sur la cession d'actions ou d'actifs (13), l'interdiction de la discrimination (9), le maintien des arrangements en matière de fourniture (9), l'interdiction des augmentations de prix (6) et le transfert de droits de propriété intellectuelle (4).

Le raisonnement poursuivi par l'Office lorsqu'il impose des conditions structurelles transparait clairement dans une décision rendue en 2003 et approuvant la combinaison de deux grands producteurs de produits

pharmaceutiques génériques. Les marchés de produits avaient été définis selon les classifications thérapeutiques internationales, comme c'est l'usage dans la jurisprudence européenne. L'Office craignait que le poids financier et la surface du portefeuille accrus de l'entreprise ne faussent la concurrence en renforçant son pouvoir de négociation et sa marge de manœuvre pour ajuster ses tarifs. L'entreprise résultant de la fusion s'était vu demander de renoncer à une partie de ses opérations de production et de distribution des produits pour lesquels sa part de marché dépassait 60 %.

L'amende maximale pour violation des règles d'examen de la transaction (défaut de notification de la fusion ou exécution de l'opération avant la fin de l'examen par l'Office) s'élève à 10 millions CZK ou 10 % du chiffre d'affaires. La première sanction pour mise en œuvre prématurée remonte à 2002, et concerne « la hâte excessive » avec laquelle les dirigeants d'une des parties à la fusion avaient fait voter cette dernière lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires alors que l'Office n'avait pas encore donné son accord. Cette conduite avait valu à l'entreprise concernée une amende de 100 000 CZK. En 2003, deux entreprises ayant mis en œuvre une fusion avant la décision de l'ÚOHS ont été condamnées à une amende de 10 millions CZK. Sur le fond, l'ÚOHS a désapprouvé la fusion proposée au motif qu'elle réduirait la concurrence sur le marché de l'eau minérale en bouteille et a donc ordonné la cession des actions de l'entreprise acquise. Il s'agit de l'une des rares fusions jamais désapprouvées par l'Office. L'entreprise acquéreuse disposait d'une part de marché de plus de 50 % et d'une capacité excédentaire, mais la part de la cible n'était que de 2-3 %. Les importations à cette époque n'étaient pas encore importantes, car les prix en République tchèque étaient largement inférieurs à ceux des autres pays d'Europe pour des produits comparables. Lorsque les parties ont relancé leur projet de fusion en 2006, l'Office l'a approuvé moyennant certaines conditions en invoquant les changements intervenus sur le marché pour justifier ce revirement. Pour n'en citer que quelques-uns, les importations avaient sensiblement augmenté (un scénario que l'Office n'avait pas prévu en 2001) et les parts de marché des marques privées avaient grandi (révélant que les barrières à l'entrée étaient basses). Néanmoins, l'Office a exigé de l'entreprise résultant de la fusion de maintenir la séparation entre ses marques pendant cinq ans et de conserver les parts de marché respectives des marques les moins chères au niveau qui était le leur avant la transaction.

Deux autres transactions ont été carrément interdites. L'une, notifiée en 2004, ressemblait à l'opération tentée dans le domaine de l'eau en bouteille l'année précédente, à la fois sous l'angle de la configuration du marché et des craintes infondées sur les possibilités d'entrée. La proposition d'une combinaison des deux plus grandes boulangeries industrielles — fournissant

les chaînes de magasins — a été rejetée. La part de marché combinée des deux entreprises n'aurait pas dépassé 30 %, mais l'Office craignait que l'entreprise résultante dispose d'avantages — tels qu'un service national, une large gamme de produits et un pouvoir de négociation renforcé — de nature à chasser des concurrents du marché et à lui permettre d'augmenter ensuite ses prix. L'Office avait également estimé que la réduction du nombre de concurrents importants représentait en soi une distorsion anticoncurrentielle de la structure du marché. À l'époque de la fusion, il avait conclu que les chaînes n'avaient pas de solutions de remplacement ; cependant, au bout de deux ans, certaines chaînes avaient mis sur pied leurs propres boulangeries internes. L'autre fusion rejetée aurait réduit le nombre d'entreprises sur les marchés du sucre industriel et ménager de trois à deux. Les entreprises concernées étaient aussi des facteurs importants sur les marchés géographiques voisins (qui avaient été considérés séparément en raison de la lourde réglementation en vigueur dans chaque pays) et sur celui des édulcorants industriels (pouvant être partiellement considérés comme des produits de substitution). L'Office slovaque de la concurrence a également rejeté la fusion tandis que son homologue hongrois a imposé des conditions strictes. Face à l'opposition des organismes nationaux pertinents, les parties ont finalement abandonné leurs projets.

La restructuration et la privatisation des secteurs de l'électricité et du gaz naturel ont été le thème des décisions les plus importantes et les plus difficiles que l'Office a dû prendre. Pendant les délibérations sur le plan de restructuration du secteur de l'électricité, l'Office a émis des objections au rétablissement du monopole par le biais du niveau de distribution, mais n'a pas emporté gain de cause. Il a permis à ČEZ d'acheter la plupart des compagnies régionales de distribution d'électricité. En dépit de l'appui gouvernemental au plan global, l'Office a imposé certaines conditions à son approbation des acquisitions de ČEZ. La première condition était une cession partielle de ses intérêts dans le réseau monopolistique de transport d'énergie électrique. La deuxième était de vendre sa part dans trois compagnies d'électricité. La troisième était de se dessaisir des cinq entreprises de distribution acquises auprès d'un tiers, de manière à ne plus détenir que quatre des huit distributeurs régionaux. La dernière condition a cependant été finalement abandonnée. ČEZ ne s'est pas dessaisi des entreprises concernées et n'a dû que se conformer à l'obligation de créer des « centrales électriques virtuelles » afin de rendre de l'énergie disponible sur le marché de gros.

Dans le secteur du gaz naturel, l'ÚOHS a approuvé une transaction créant un monopole national intégré verticalement. La fusion de RWE Gas AG et de Transgas a eu pour effet d'unir le seul importateur et le propriétaire unique du réseau de transport à six des huit compagnies

régionales de distribution. La principale condition à l'approbation était d'interdire à la nouvelle entreprise d'acquérir le seul producteur de gaz du pays : un engagement d'autant plus important que ledit producteur possédait un champ de gaz pouvant servir au stockage. De plus, la nouvelle entreprise a dû renoncer à faire des acquisitions ou des investissements dans le secteur de l'énergie électrique et du chauffage pendant une période de transition de cinq années consécutives, jusqu'en 2007, l'Office prévoyant que ces secteurs seraient libéralisés d'ici là. Les controverses actuelles sur l'accès au stockage prouvent que les conditions imposées n'étaient pas suffisantes pour protéger la concurrence et que les espoirs de l'Office de voir la libéralisation formelle déboucher sur une vraie concurrence étaient peut-être irréalistes.

Plusieurs transactions importantes de privatisation ont été soumises à l'examen de l'Office. Excepté dans le secteur des services inter-réseaux, aucune n'a soulevé de grands problèmes sous l'angle de la concurrence. La plupart concernaient des nouvelles entrées à la suite de l'absorption d'actifs par des entreprises et des investisseurs venus d'autres marchés. La combinaison de la Société Générale et de la banque Komerční, par exemple, est le résultat d'une OPA amicale. Une privatisation dans l'industrie lourde a entraîné plus tard des litiges sous l'angle de la concurrence : au moment de la privatisation d'une entreprise sidérurgique, la fabrication avait été répartie entre deux sociétés dont l'une était demeurée au sein d'une opération intégrée. Les fabricants non intégrés avaient dénoncé un étranglement de leurs marges et l'entreprise intégrée avait demandé à l'Office une attestation négative concernant ses pratiques de détermination des prix.

L'Office rédige actuellement des lignes directrices en matière de notification et d'analyse au fond. Elles devraient voir le jour fin juillet 2008. Elles porteront sur des questions techniques visant le calcul du chiffre d'affaires et la définition des types de parties et des objets de transaction soumis à l'obligation de notification. L'Office prévoit aussi des lignes directrices sur les critères d'évaluation de l'impact sur la concurrence, de sorte que les parties auront une meilleure idée de son avis probable sur leurs transactions.

Un amendement à loi sur la concurrence — portant sur l'examen des fusions — est en préparation. Il devrait notamment aligner cet examen sur les processus déjà utilisés pour les autres sujets relevant de la concurrence, en introduisant l'étape formelle d'« énoncé des objections » si l'Office désire bloquer une fusion ou y imposer des conditions pour certains types de combinaisons soulevant rarement des problèmes, le processus sera simplifié. Le délai requis pour décider s'il convient de procéder à une enquête complète de phase 2 sera ramené de 30 à 20 jours. Les types de transactions implicitement réputés peu susceptibles d'affecter la concurrence et soumis par conséquent à une procédure simplifiée seront : les changements de

contrôle, les fusions au sein d'un conglomérat, les fusions verticales se soldant par une part de marché combinée inférieure à 25 % et les fusions horizontales se soldant par une part de marché combinée inférieure à 15 %.

2.6 Marchés publics et aide de l'État

Les marchés publics relèvent de la responsabilité de l'Office depuis 1995. L'objectif politique de ce contrôle réglementaire est de veiller à ce que les fonds publics soient utilisés convenablement et efficacement. Le sujet est important parce que les sommes impliquées sont considérables. Les règles pertinentes s'appliquent notamment aux personnes morales, aux entités passant des contrats financés par des fonds publics et les personnes morales ou autres organismes exerçant des droits exclusifs dans des secteurs relevant du service public comme le gaz naturel, le chauffage, la production d'électricité, l'eau, les transports publics, les ports et les aéroports, la poste, ainsi que la prospection et l'extraction pétrolières. Lorsque l'Office découvre une violation portant sur un contrat n'ayant pas été mis en œuvre, il peut annuler le processus d'adjudication ou en ordonner un nouveau. Autrement, la principale sanction est une amende. La législation adoptée en 2004 pour se conformer aux normes de l'UE avant l'adhésion a été révisée en 2006. Les deux lois relatives respectivement aux contrats publics et aux procédures de concession transposent les directives sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁴. Ces textes étendent leur champ d'application aux petits contrats publics et prévoient (notamment) des procédures simples et plus souples. Une autre directive de l'UE de 2007 imposera une modification supplémentaire du droit tchèque ; elle vient moderniser deux directives plus anciennes (datant respectivement de 1989 et 1992) relatives aux recours et aux procédures et prévoit, entre autres, que les contrats résultant de violations particulièrement graves pourront être déclarés nuls.

La synergie potentielle entre la surveillance des marchés publics et l'application des dispositions relatives aux soumissions concertées est reconnue et a été notamment signalée dans l'examen de 2001. Cependant, rares sont les affaires de soumissions concertées déclenchées en vertu de la loi sur la concurrence dans le cadre de la mission de l'ÚOHS de réglementation des marchés publics. Cette mission est l'une des tâches auxquelles l'Office consacre le plus de temps, mais elle n'est pas intégrée dans le reste de l'opération. Le service des marchés publics sera le dernier à être transféré dans un bâtiment abritant les nouveaux bureaux de l'ÚOHS.

⁴ Loi n° 137/2006 sur les contrats publics et Loi n° 139/2006 sur les contrats et les procédures de concession ; Directive 2004/18/CE et Directive 2004/17/CE.

L'Office n'est plus responsable de l'application des dispositions relatives aux aides de l'État. Lorsque la République tchèque est devenue membre de l'Union européenne en 2004, ses responsabilités en matière de contrôle de l'utilisation des aides de l'État ont été transférées à la Commission européenne et les parties correspondantes de la loi sur la concurrence tchèque ont été abrogées. L'Office s'était vu confier en 2000 cette responsabilité préalablement assumée par le ministère des Finances. Il a cependant conservé un personnel spécialisé après 2004, de manière à pouvoir conseiller les autorités et les entreprises tchèques en matière de conformité à la réglementation communautaire.

2.7 Concurrence déloyale

Les règles relatives à la concurrence déloyale sont considérées comme relevant du droit privé⁵. Une clause générale du Code du commerce la définit comme une conduite contraire aux bonnes manières en matière de concurrence et susceptible de causer des dommages à d'autres entreprises ou aux consommateurs. La liste des types de conduites s'analysant en une concurrence déloyale inclut la publicité trompeuse, la corruption, le dénigrement d'un concurrent, la violation du secret commercial et la mise en danger de la santé des consommateurs ou de l'environnement. Les liens avec le droit et la politique de la concurrence ne sont pas clairement reconnus. L'Office a eu peu d'occasions de vérifier si les recours contre de prétendues pratiques déloyales pourraient décourager la concurrence légitime.

Les disparités au niveau du pouvoir de négociation ne sont pas abordées pour l'instant dans la loi sur la concurrence, mais l'ÚOHS estime qu'un texte de loi serait nécessaire pour s'attaquer aux entreprises qui obtiennent unilatéralement des avantages commerciaux dans les contrats passés avec leurs partenaires, même si elles n'occupent pas de position dominante sur un marché. L'ÚOHS prétend que l'exploitation abusive de la dépendance économique des partenaires pourrait créer de graves distorsions de la concurrence. Il a proposé une loi incorporant ce principe, mais a retiré son appui au projet après l'insertion d'un amendement du Parlement tendant à élargir la responsabilité au titre de l'acceptation d'une offre de prix discriminatoire. En général, l'ÚOHS s'oppose aux mesures visant à ériger une nouvelle interdiction des ventes à perte dans la mesure où cette question est déjà couverte par la loi sur la concurrence (sous l'angle de l'abus de position dominante) et par la loi sur les prix. Sur les conseils de l'ÚOHS, le président a opposé son veto au projet de loi en juin 2006. Le Parlement

⁵ Code du commerce (Loi n° 513/1991, telle qu'elle a été modifiée); Règles de procédure civile (Loi n° 99/1963, telle qu'elle a été modifiée).

envisage désormais d'adopter des règles sur le commerce équitable qui s'appliqueraient aux revendeurs dont le chiffre d'affaires net dépasse 2 milliards CZK, c'est-à-dire les chaînes de supermarché.

2.8 Protection du consommateur

La relation entre la politique de la concurrence et la protection du consommateur est raisonnablement bien comprise, mais elle n'est guère suivie d'effet sous l'angle de la mise en oeuvre. La politique de défense des consommateurs — en matière d'équité des contrats, de sécurité des produits, ainsi que de publicité et de marketing — est fixée par le ministère de l'Industrie et du Commerce. L'organisme chargé de sa mise en oeuvre est l'Inspection du commerce. De plus, le ministère de l'Agriculture fixe pour les produits alimentaires des normes qui sont appliquées par l'Inspection des produits agricoles et alimentaires et le Service vétérinaire, le ministère du Développement régional étant responsable des questions de protection du consommateur dans le secteur des voyages, le ministère de la Santé dans les secteurs des produits pharmaceutiques, des jouets, des cosmétiques et des produits pour enfants et le ministère des Finances de l'affichage des prix. La loi sur la protection du consommateur définit désormais les pratiques commerciales déloyales comme celles énumérées dans la législation communautaire relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs⁶. L'ÚOHS participe à des programmes menés sous l'égide de l'UE et visant à améliorer l'interconnexion entre les politiques de la concurrence et de protection des consommateurs.

Les associations de la société civile conseillant les consommateurs et luttant pour la protection de leurs droits incluent l'Association de la République tchèque (CDA), l'Association des consommateurs tchèques, l'Association civique des consommateurs (TEST) et l'Association des centres de services consultatifs. L'ÚOHS et la CDA ont signé, en octobre 2005, un protocole d'accord dans lequel ils s'engagent à se consulter dans les affaires pouvant affecter les consommateurs. Les organisations de consommateurs ont participé à la conférence parrainée par l'ÚOHS sur la réforme des professions libérales en mars 2006. Lors d'une rencontre avec la CDA en novembre 2007, l'ÚOHS a proposé une stratégie générale de travail avec les organisations de consommateurs. Il s'est notamment engagé à essayer de calculer les dommages subis par ces derniers afin de faciliter les actions judiciaires engagées par des particuliers et d'impliquer des groupes de consommateurs dans les propositions visant à mettre un terme à une enquête en échange d'engagements. Il procédera aussi à des analyses

⁶ Loi sur la protection du consommateur (n° 634/1992) ; Directive 2005/29/CE.

d'impact détaillées sur les marchés où la distorsion de la concurrence est particulièrement susceptible d'affecter les consommateurs : secteurs nouvellement libéralisés, télécommunications et médias électroniques, produits alimentaires, services financiers, vente d'automobiles et services professionnels.

3. Problèmes institutionnels : structures et mise en oeuvre

L'ÚOHS est la seule autorité responsable de l'application de la loi sur la concurrence. Ses bureaux sont situés à Brno où il est en train d'aménager dans un bâtiment rénové afin de pouvoir loger tous ses services sous le même toit. Il compte trois unités organisationnelles principales chargées, respectivement, de la concurrence, des marchés publics et de l'administration. Le service chargé des marchés publics est encore logé dans un autre bâtiment, mais devrait rejoindre les autres dès que les travaux seront complétés. Le service chargé de l'administration inclut également ce qui reste du bureau chargé de contrôler l'utilisation des aides de l'État.

La loi organique créant l'ÚOHS remonte à 1996 et visait à retransformer l'ex-ministère de la Concurrence économique, établi en 1992, en un office indépendant⁷. Son président est nommé par le Président de la République sur proposition du gouvernement et peut être démis selon la même procédure (mais uniquement pour des raisons prévues par la loi, à savoir jeter le discrédit sur l'ÚOHS ou porter atteinte à son indépendance ou à son impartialité). Son mandat de six ans ne peut être renouvelé qu'une seule fois. Le président actuel a été nommé en 2005 et succède à l'ancien qui a terminé son mandat, mais n'a pas été reconduit dans ses fonctions. Le président ne peut pas être membre d'un parti politique, ce qui ne signifie pas que seuls des universitaires ou des fonctionnaires de carrière peuvent aspirer à ce poste. Le président actuel a été successivement homme d'affaires, vice-ministre du Commerce et responsable de la politique énergétique, avant d'occuper son poste au sein de l'ÚOHS.

L'Office a été un ministère entre 1992 et 1996. D'un côté, ce statut lui permettait de prendre part de l'intérieur aux décisions importantes en matière de politique ou de structures. D'un autre côté, le même statut pouvait soulever des questions sur l'impartialité et l'indépendance de ses décisions en matière d'application des dispositions légales. Actuellement, l'Office est totalement indépendant du gouvernement officiel ou du contrôle politique sous l'angle de son processus décisionnel. Son indépendance à

⁷ Loi n° 273/1996 du 10 octobre 1996 sur la portée des activités de l'Office pour la protection de la concurrence.

l'égard du gouvernement est soulignée par le fait que ses bureaux sont situés hors de la capitale (c'est d'ailleurs pour des raisons similaires que la Cour constitutionnelle siège, elle aussi, à Brno).

Les décisions de l'Office sont maintenant publiées sur son site Web, ainsi que dans un abrégé annuel relié accessible au grand public. L'Office publie régulièrement un rapport annuel rendant compte de ses décisions et de son travail. Les relations publiques sont devenues une tâche hautement prioritaire. L'Office a publié 134 communiqués de presse (dont 75 consacrés à des questions de concurrence) en 2007, contre seulement 12 en 2002.

L'Office entretient des contacts formels avec les décideurs politiques et contribue au travail des organes consultatifs du gouvernement et des commissions ad hoc chargées d'élaborer d'autres politiques. Il est consulté dans le cadre de la discussion et de l'élaboration de la législation et ses membres siègent dans divers groupes de travail et de rédaction. Une résolution du gouvernement lui confère le pouvoir de commenter les implications au niveau de la concurrence des actions menées par d'autres organismes publics et un texte législatif celui de participer au processus d'élaboration des projets de loi.

3.1 Processus et pouvoirs d'application

Depuis la modernisation du système d'application de la Commission européenne, l'Office n'accorde plus d'exemptions individuelles à l'interdiction de conclure des accords restreignant la concurrence. Les procédures engagées par l'Office obéissent aux règles générales fixées par la loi sur la procédure administrative, à moins que la loi sur la concurrence ou un autre texte législatif ne prévoit des règles spéciales. La loi sur la procédure administrative a été révisée en 2004.

Les affaires relevant de la concurrence font l'objet d'une enquête et d'une préparation confiées à des agents de l'Office conformément à ses règles internes et supervisées par le directeur du service de la concurrence. L'enquête ou le dossier peuvent être ouverts à l'initiative de l'Office ou à la suite d'une plainte formulée par un tiers tel qu'une association de consommateurs ou un autre organisme officiel. Une procédure formelle est engagée dès qu'un examen préliminaire révèle qu'il existe un soupçon raisonnable de conduite anticoncurrentielle. Les actions entreprises dans le cadre de l'application des dispositions relatives à l'abus de position dominante ou aux ententes sont traitées comme des affaires ouvertes de « la propre initiative » de l'Office, même si elles ont une plainte pour origine. L'Office informe néanmoins le plaignant de l'issue de la procédure (article 21[3]). Dans les affaires d'entente, le premier acte formel (et la

première fois que le futur défendeur probable entend parler de l'enquête) est une inspection surprise sur place.

Une audition orale peut être tenue à la demande d'une partie si l'Office l'estime nécessaire (article 21[9]). La procédure sert principalement à entendre les parties, mais l'Office peut également appeler d'autres témoins. Qu'une audition orale ait lieu ou pas, les parties doivent avoir l'occasion de communiquer leur position sur l'affaire et de répondre aux conclusions de l'enquête éventuellement ouverte par l'Office. Une décision définitive et motivée doit être rendue concernant le fondement juridique de la décision et préciser les faits corroborant la thèse de l'Office, ainsi que les facteurs pris en considération dans le cadre de l'évaluation des preuves. Elle doit aussi expliquer aux parties comment faire appel.

Les pouvoirs d'enquête incluent l'entrée dans les locaux professionnels, la visite de ces locaux, la copie de documents et la demande d'explications orales. L'Office peut apposer des scellés sur les locaux jusqu'à l'inspection, même s'il n'a pas encore usé de cette faculté. Les réponses doivent être complètes, correctes, honnêtes et faites en temps utile. Les pouvoirs d'enquête de l'Office s'appliquent aux entreprises et aussi à tous les organes de l'administration publique (sauf à ceux spécifiquement exclus par une autre loi). L'Office est tenu d'énoncer le fondement juridique et l'objet de son enquête lorsqu'il réclame des documents et des informations. Le refus de prêter son concours à l'enquête est passible d'une amende infligée par l'Office et pouvant atteindre 300 000 CZK ou 1 % du chiffre d'affaires. Toute personne physique faisant obstruction à la procédure ou refusant de témoigner ou de comparaître à une audience peut se voir infliger une amende maximale de 100 000 CZK.

Les autres locaux — tels que le domicile d'un membre du personnel ou de la direction — peuvent faire l'objet de l'enquête s'il existe une raison de croire que des preuves ont été placées hors des locaux professionnels. Cette perquisition suppose une autorisation préalable du tribunal. L'Office n'a pas encore eu l'occasion de perquisitionner des habitations pour retrouver des preuves.

La confidentialité est généralement protégée, mais les parties à la procédure ont accès aux documents confidentiels figurant dans le dossier. Les agents et les salariés de l'ÚOHS ne peuvent pas divulguer des secrets professionnels ou commerciaux et les entités ou personnes faisant l'objet de l'enquête peuvent exiger que certains documents cités dans les pièces de procédure soient désignés comme confidentiels (article 21[11]). Cependant, les parties à la procédure et leur conseil jouissent d'un accès illimité au dossier, de sorte que l'ÚOHS est incapable de garder secrète l'identité des informateurs. La loi sur la procédure administrative ne permet pas de

restreindre l'accès à des documents contenant des secrets professionnels ou commerciaux, à moins qu'une législation particulière ne définisse une catégorie de documents ou d'informations méritant une protection particulière. La loi sur la concurrence prévoit que, si le dossier contient des informations ainsi protégées et si ces informations constituent la base de la décision que l'Office se propose de rendre, les parties et leur conseil peuvent en prendre connaissance mais sans prendre de notes ni faire de copies.

La décision de première instance dans une enquête est prise par le directeur du service de la concurrence et peut être contestée, dans un délai de 15 jours, devant le président de l'Office. La décision du président — rendue en deuxième instance — est prise sur la base d'une proposition formulée par le comité d'appel : un organe consultatif permanent comprenant 16 à 18 membres et composé de praticiens, d'économistes, d'universitaires et de salariés de l'Office. Ces derniers ne forment pas la majorité du comité dont les membres sont désignés annuellement et, pour beaucoup d'entre eux, occupent cette fonction depuis plusieurs années. Le rôle du comité est consultatif, mais la décision en deuxième instance du président suit son avis.

Outre ses décisions et ses ordonnances formelles, l'Office adopte désormais beaucoup de mesures. Il a le pouvoir d'accepter les engagements proposés et d'arrêter une enquête sans conclure sur la responsabilité des suspects (article 7[2], article 17[4]). Les parties peuvent proposer de tels engagements dans un délai de 15 jours à compter de la réception de l'énoncé des objections de l'Office. Ce dernier doit alors déterminer si le respect desdits engagements suffira à protéger la concurrence et à éliminer le problème de concurrence. À supposer qu'il estime les engagements proposés insuffisants, l'Office doit signifier, par écrit, aux parties les raisons de son rejet. De plus, il prône activement la résolution des problèmes — liés aux restrictions verticales — dénoncés dans des plaintes relativement mineures par la négociation, afin de faire l'économie d'une procédure formelle. L'Office désigne ce processus sous le terme de « plaidoyer », ce qui peut prêter à confusion.

Aucun délai ne pèse sur l'Office pour boucler un dossier portant sur une question de concurrence, excepté en cas d'examen d'une fusion. À une certaine période, les procédures d'application des dispositions relatives à la concurrence devaient très rapidement aboutir pour se conformer aux délais fixés par la loi sur la procédure administrative. Les décisions devaient être rendues dans les 30 jours (ou dans les 60 jours en présence d'une affaire compliquée). Cet aspect des activités de l'Office n'étant plus régi par la loi précitée, les procédures se sont allongées. La durée moyenne d'une procédure antitrust jusqu'à la décision de première instance était d'environ quatre mois en 2005 et de six à huit mois en 2006 et 2007.

3.2 Sanctions et recours

Les principes de fixation du montant des amendes sont ceux généralement appliqués en Europe dans le cadre du droit de la concurrence. L'amende de base consiste en un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise contrevenante sur le marché affecté. Les ententes horizontales sur les prix, les soumissions concertées, les répartitions de marché, les abus de positions dominantes affectant un marché important ou les fusions sans autorisation sont passibles d'une amende pouvant atteindre 3 %. Les violations « graves » telles que les prix imposés sont passibles d'une amende pouvant atteindre 1 % et les violations moins graves d'une amende pouvant atteindre 0.5 %. Cette amende de base est augmentée lorsque la violation persiste. Le coefficient de durée varie de 1 (pour une violation commise pendant un an ou moins) à 3 (pour une violation ayant persisté pendant au moins dix ans). Des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes peuvent entraîner, respectivement, un supplément ou une réduction allant jusqu'à 50 %. Le montant calculé peut être augmenté pour garantir que l'amende dépasse les gains illicites découlant de la violation commise ou des dommages qu'elle a causés (lorsqu'ils se prêtent à une estimation). Dans les cas exceptionnels, l'Office peut réduire une amende lorsque l'acquiescement de l'intégralité du montant risque de mettre en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée. En tout cas, le montant maximal ne peut pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires total (mondial) de l'entité au cours de l'exercice précédent.

Les amendes imposées jusqu'à présent ne s'inscrivent généralement pas dans la tranche supérieure des montants autorisés par la loi. Jusqu'en 2005, l'Office avait la réputation, dans le public, d'imposer de lourdes amendes ou du moins des amendes difficiles à accepter pour les entreprises. Le président actuel a annoncé, dès son entrée en fonction, qu'il entendait modifier cette stratégie tout en ne faisant preuve d'aucun laxisme concernant les ententes injustifiables. Malgré cet engagement à faire preuve d'une attitude plus accommodante, l'Office s'est montré plus sévère à l'égard des entreprises concluant des accords injustifiables de fixation des prix et abusant de leur position dominante. Le total des sanctions infligées en 2007, dans le cadre de décisions de première instance, a atteint le chiffre record de près d'un milliard CZK. La plus grande partie de ce total revient à l'affaire d'entente sur les prix impliquant des fabricants de commutateurs à isolation gazeuse. Concernant les décisions de seconde instance, le total a atteint près de 1.4 milliard CZK, mais ce montant correspond à des amendes dupliquant ou corrigeant des amendes déjà infligées en première instance.

La responsabilité pénale des individus pour pratique d'entente est prévue par le nouveau Code pénal en cours de rédaction. Cette disposition a été proposée par l'ÚOHS et approuvée par le gouvernement. La sentence

dépendra de l'effet de l'entente. Elle pourrait atteindre huit ans d'emprisonnement pour peu que les dommages ou les profits illicites dépassent 5 millions CZK. Dans le cas contraire, la peine maximale sera de trois ans. Les entreprises ne feront pas l'objet de poursuites pénales. L'ÚOHS envisage de s'attaquer aux affaires d'entente sur deux fronts en même temps : il se chargera d'appliquer lui-même les dispositions administratives aux entreprises, tandis que les procureurs se chargeront, si besoin est, d'appliquer les dispositions pénales aux personnes physiques.

Une nouvelle politique d'indulgence a été adoptée en 2007. Comparée au programme précédent de 2001, elle garantit une sécurité judiciaire accrue aux candidats remplissant les conditions requises. À la différence du programme précédent, la politique d'indulgence actuelle s'applique uniquement aux accords horizontaux. Une immunité complète d'amende est accordée à la première entreprise soumettant des preuves suffisantes pour permettre à l'Office d'enquêter sur une entente, avant que l'Office n'ait ouvert une enquête sur la même affaire de sa propre initiative. L'Office peut accorder l'immunité à une partie se manifestant ultérieurement en fonction de la qualité des preuves fournies et de la question de savoir si une autre partie a déjà bénéficié d'une immunité conditionnelle dans la même affaire. Les parties ne remplissant pas les conditions requises pour bénéficier intégralement du programme d'indulgence, mais qui admettent leur participation et fournissent des preuves pesant lourdement dans le dossier à charge, peuvent bénéficier d'une réduction des amendes allant jusqu'à 50 %. Une entreprise ayant pris l'initiative de l'entente, exercé un rôle important dans celle-ci ou contraint d'autres entreprises à y participer ne peut pas demander à bénéficier du programme d'indulgence. L'admission à ce programme est en outre subordonnée au respect d'autres conditions générales de coopération avec les enquêteurs de l'Office et de cessation de participation à la violation. Le programme suit généralement le modèle standard du Réseau européen de la concurrence à une exception près. Il interdit aux parties concernées de poursuivre leurs agissements (dans le but de ne pas éveiller les soupçons des conspirateurs avant l'ouverture de l'enquête). En vertu de la jurisprudence tchèque, les tribunaux n'accepteraient pas l'engagement par l'autorité chargée de l'application de la loi sur la concurrence de ne pas poursuivre une conduite illégale (ou une déclaration dans laquelle elle s'engage à tolérer pareille conduite), du moins formellement. Concrètement, l'ÚOHS pourrait envisager de s'accommoder de la politique européenne consensuelle de tolérance, surtout si elle intervient dans le contexte d'une enquête et de demandes d'indulgence devant être coordonnées et cohérentes au niveau de plusieurs juridictions.

Aucune application importante du programme d'indulgence de 2001 n'a été enregistrée. Une demande précoce visant un accord de réseau dans les

télécommunications n'a pas été suivie d'effet, l'Office ayant déjà appris l'existence de cet accord avant que les parties ne le contactent. Deux autres applications visaient des accords verticaux. Le recours à l'indulgence, en tant que justification de la réduction des amendes, dans ce contexte caractérisé par un dommage potentiel nul ou faible sur la concurrence n'a rien à voir avec la principale raison de l'adoption des programmes d'indulgence qui est de détecter et de déstabiliser les ententes clandestines horizontales. L'une de ces affaires verticales a été fermée après l'acceptation des engagements proposés par les parties. Une autre visait un accord de vente exclusive d'un produit grand public. Le producteur qui avait proposé le contrat l'avait porté à l'attention de l'Office et n'avait pas été condamné à une amende.

3.3 *Contrôle judiciaire*

Le premier niveau d'appel contre une décision définitive de l'ÚOHS est le tribunal administratif compétent, à savoir le tribunal municipal de Brno. Les recours doivent être formés dans un délai de 15 jours à compter de la décision. Un second appel peut être interjeté ensuite devant la Cour administrative suprême. En outre, la Cour constitutionnelle peut se saisir de l'affaire si un droit constitutionnel fondamental a été violé. La structure des juridictions administratives a été modifiée depuis l'examen de 2001 (cette année-là, cette portion du nouveau système judiciaire n'avait pas encore été totalement mise en place).

Les tribunaux sont principalement compétents concernant les points de droit, mais peuvent aussi vérifier le caractère suffisant des preuves. Le tribunal d'appel peut confirmer la décision ou bien l'annuler et renvoyer le dossier à l'Office pour complément de procédure. Le tribunal n'a pas le pouvoir de rédiger sa propre décision contredisant les conclusions de l'Office sur la responsabilité des parties. Il peut cependant réduire le montant d'une amende.

Le tribunal régional n'est pas une juridiction formellement spécialisée dans les affaires de concurrence. Concrètement, il est parvenu à accroître ses connaissances ou du moins à se familiariser avec ces problèmes. Tous les recours visant des décisions rendues par l'Office aboutissent ici et le taux d'appel ne cesse de s'accroître, de sorte que les juges ont maintes occasions d'apprendre « sur le tas ». Une partie de ces magistrats faisaient auparavant partie de l'ÚOHS, de sorte qu'ils ont pu apprendre les sujets liés à la concurrence avant de rejoindre cette juridiction.

Maintenant que la loi sur la concurrence de 2004 l'y autorise, l'Office a pu s'occuper de trois cas d'application des dispositions du Traité CE. L'appareil judiciaire a accueilli cette juridiction concurrente avec un certain

scepticisme. Le tribunal régional a jugé que l'Office n'était pas habilité à décider qu'une conduite violait à la fois le droit national et l'article 82 du Traité CE. Il a dénoncé les procédures parallèles engagées par l'Office et d'autres organes communautaires d'application de la loi, au motif que cette pratique viole le principe de l'autorité de la chose jugée (*ne bis in idem*). L'Office a contesté ces jugements devant la Cour administrative suprême.

3.4 Initiatives émanant de parties privées

Une action peut être engagée par un particulier, en vertu des procédures de droit civil généralement applicables, devant l'un des huit tribunaux régionaux. La loi sur la concurrence ne contient plus de disposition séparée visant les actions civiles. Les remèdes que le tribunal peut ordonner dans une action civile incluent les dommages, la récupération des gains illégitimes, l'invalidation d'un contrat ou une injonction dictant la conduite à tenir à l'avenir. Le tribunal a le pouvoir de décider si les interdictions de la loi sur la concurrence ont été violées ou pas. Il peut suspendre la procédure en attendant une décision de l'Office sur la responsabilité, mais il n'est pas tenu d'attendre ladite décision pour agir. Si l'Office a retenu la responsabilité, cette conclusion s'impose cependant au tribunal. Une décision préalable de l'Office pourrait donc, du moins en théorie, faciliter l'aboutissement d'une action en dommages et intérêts. L'Office n'a eu vent jusqu'à présent que de deux cas de tentative d'application des dispositions de droit privé. Dans l'une, le tribunal a demandé son avis à l'Office concernant la question de savoir si la conduite dénoncée s'analysait en une violation. L'autre concernait le suivi d'une action en dommages et intérêts après que l'Office eût constaté une violation. Le prochain amendement de la loi sur la concurrence inclura une disposition explicite sur les contentieux civils, en vue de faciliter le dédommagement des consommateurs en abaissant le niveau de la preuve.

Les clients, concurrents et fournisseurs portant plainte contre l'Office ne sont pas traités formellement comme des parties. Ils sont informés de l'issue de la procédure, mais n'ont pas le droit de contester la décision de l'Office si celle-ci leur déplait.

3.5 Coopération internationale

Dans la mesure où le critère des « effets » s'applique, toute conduite menée hors de la République tchèque mais ayant des effets anticoncurrentiels à l'intérieur de ce pays peut faire l'objet d'un acte d'application. Cependant, l'Office n'aurait aucun moyen de percevoir l'amende administrative qu'il aurait infligée à une entreprise hors du pays (alors que le jugement d'un tribunal peut être exécuté, dans certaines

conditions, de façon extraterritoriale). L'Office n'a pas le pouvoir d'enquêter hors du pays. En Europe, il peut profiter du système de coopération instauré entre les organismes de contrôle de la concurrence pour demander à un homologue de mener certaines enquêtes en son nom.

Le principal véhicule de la coopération internationale aujourd'hui est le Réseau européen de la concurrence. Jusqu'à présent, cependant, l'Office n'a presque pas profité des possibilités d'application transnationale de ce mécanisme. Il a tout de même sollicité l'aide de son homologue slovaque dans une enquête visant des restrictions verticales pour obtenir des informations et des documents émanant de distributeurs situés en République slovaque.

3.6 Ressources et priorités

Les effectifs ont légèrement augmenté au cours des dernières années. En 2008, l'Office espère atteindre sa pleine capacité avec l'installation de tous ses services dans un seul et même bâtiment. Le taux de rotation du personnel, perçu comme un grave problème pendant l'examen de 2001, a chuté pendant le mandat du président actuel. Le budget de fonctionnement a quelque peu augmenté depuis 2005. (Les chiffres du tableau 1 ne comprennent pas les 218 millions CZK affectés au bâtiment abritant les nouveaux bureaux). Les droits de dépôt de demande d'approbation de fusion représentent désormais environ 5 % du budget et les droits administratifs perçus dans le cadre des contrôles des marchés publics environ 3 millions CZK chaque année. Sur l'ensemble du personnel affecté à des tâches d'application particulières, environ 40 personnes travaillent dans le service de la concurrence, 30 dans le service des marchés publics et 8 dans le service des aides de l'État.

Tableau 1. Tendances de la politique de concurrence

	Personnes par an	Budget (en millions CZK)
2007	120	98.8
2006	115	95.5
2005	111	73.8
2004	114	73.0
2003	114	69.2

Source : ÚOHS

Le personnel opérationnel compte plus de juristes que d'économistes. Sur un effectif total d'environ 125 personnes en janvier 2008, quelque 40 étaient des économistes et environ 60 des juristes. L'Office a disposé d'une petite équipe séparée d'économistes pendant de nombreuses années mais, jusqu'à une période récente, cette équipe souffrait du caractère un peu vague de sa mission ; censée initialement rendre compte directement au président, elle est désormais rattachée au service de la concurrence où elle aide aux enquêtes portant sur des affaires particulièrement compliquées ou problématiques. Cette unité travaille aussi sur des questions de politique générale, y compris l'élaboration de méthodologies d'évaluation de l'impact des interventions et l'évaluation des conditions de la concurrence sur un marché spécifique, en tirant parti des statistiques et de l'expérience de l'Office.

Le nombre d'affaires et le montant total des sanctions visant des accords horizontaux ont baissé depuis le début de la présente décennie. L'augmentation très importante enregistrée en 2007 est due à une seule affaire, de même que la plus grande partie de l'accroissement des amendes pour abus de position dominante enregistré en 2006.

Encadré 2. La méthodologie COMP

Dans les années 1990, l'Office a créé et appliqué une échelle simple de mesure de la concurrence. Ce système « COMP » combinait cinq mesures :

- indice IHH,
- capital nécessaire pour entrer sur le marché,
- innovation (y compris l'accès à la propriété intellectuelle),
- intégration verticale, et
- capacité résiduelle ou excédentaire.

Une valeur comprise entre 1 et 5 était appliquée à chaque élément, un chiffre élevé étant le signe d'une plus grande concurrence. L'observation des conditions régnant sur un marché spécifique permettait de conclure à une concurrence suffisante dès lors que la note totale atteignait ou dépassait 16. La méthode COMP a été utilisée principalement dans le processus de prise de décisions relatives aux privatisations. Elle a été abandonnée, au moins en tant que pratique régulière, au bout d'environ sept ans, une fois la plus grosse vague de privatisations passée. Cette méthode ne saurait toutefois être considérée que comme une règle interne approximative. En tant qu'outil créé par l'Office, et non par la loi, elle ne saurait être invoquée pour justifier une décision ; par contre, une méthode analogue adoptée par la Commission européenne pourrait être acceptée comme faisant autorité par les tribunaux tchèques.

Tableau 2. Tendances de la politique de la concurrence : actions

	Accords restrictifs horizontaux verticaux		Abus de position dominante	Fusions	Marchés publics
2007 : nouveaux dossiers ouverts				44	321
Sanctions ou ordonnances					236
Autres questions régérées					
Total des sanctions infligées	1 000 000 000				10 802
2006 : nouveaux dossiers ouverts	4	1	3	61	293
Sanctions ou ordonnances	4	1	5	3	77
Autres questions régérées		1	1	2	
Total des sanctions infligées	168 000 000		407 000 000		3 467 000
2005 : nouveaux dossiers ouverts	2	3	4	55	334
Sanctions ou ordonnances	3	3	3	3	64
Autres questions régérées	1	1	6		
Total des sanctions infligées	279 250 000		212 850 000		2 349 000
2004 : nouveaux dossiers ouverts	3	4	11	134	340
Sanctions ou ordonnances	6	5	6	2	29
Autres questions régérées	1		6	4	
Total des sanctions infligées	1 065 000 000		160 500 000		1 470 000

	Accords restrictifs horizontaux verticaux		Abus de position dominante	Fusions	Marchés publics
2003 : nouveaux dossiers ouverts	11	2	6	239	334
Sanctions ou ordonnances	8	2	4	8	90
Autres questions réglées	2			2	
Total des sanctions infligées	326 050 000		119 500 000		3 768 000
2002 : nouveaux dossiers ouverts				217	379
Sanctions ou ordonnances	9	13	9	11	65
Autres questions réglées					
Total des sanctions infligées	382 800 000		72 700 000		4 666 000

Source : ÚOHS. Le montant des sanctions est exprimé en CZK. Pour 2002 et 2007, les données permettant de classer les affaires sont incomplètes. Pour 2003 et 2004, les chiffres ne comprennent pas les demandes d'exemption ou d'attestation négative. Pour les fusions, la rubrique « Sanctions ou ordonnances » recouvre les demandes rejetées (2 en 2002, 1 en 2003 et 1 en 2004) ou approuvées sous condition, tandis que la rubrique « Autres questions réglées » englobe toutes les autres questions de Phase II liées aux fusions. Concernant les marchés publics, la rubrique « Nouveaux dossiers ouverts » correspond au nombre de procédures administratives engagées et la rubrique « Sanctions ou ordonnances » au nombre d'amendes infligées ; en 2006, 37 injonctions préliminaires ont également été rendues. Pour 2002 et 2003, le total des sanctions inclut celles infligées dans le cadre de décisions antérieures mais n'étant devenues exécutoires que pendant la période considérée.

L'Office énonce ses priorités actuelles dans son dernier rapport annuel. Il compte mener des enquêtes concernant des accords de prix dans le secteur de l'art graphique et des discriminations dans la distribution, notamment entre les magasins ordinaires et les magasins en ligne (sur Internet). Parmi les autres marchés qui feront l'objet d'une attention particulière figurent la gestion des déchets et le lignite. Plusieurs questions visent les services vétérinaires, dans la mesure où la déontologie de cette profession interdit aux éleveurs d'employer des vétérinaires et de s'approvisionner en produits pharmaceutiques vétérinaires directement auprès des distributeurs. Dans les secteurs réglementés, l'Office continue à surveiller le marché des télécommunications afin d'essayer de s'assurer que le passage à la radiodiffusion numérique ne s'accompagne pas de violations de la loi sur la

concurrence et il contrôle aussi de près le respect des conditions relatives à la concurrence par les parties à la transaction ayant permis de soustraire le trafic marchandise à la Compagnie nationale des chemins de fer tchèques.

4. **Limites de la politique de la concurrence : exclusions et régimes sectoriels**

La seule disposition générale prévoyant une exclusion du champ d'application de la loi sur la concurrence concerne les entreprises assurant un service public. La formulation de ce texte est calquée sur celle de l'article 86 du Traité CE : la loi sur la concurrence ne s'applique pas aux « entreprises assurant, en vertu d'une loi spéciale ou d'une décision prise en vertu d'une loi spéciale, des services d'intérêt économique général » dès lors que cette application fait obstacle à la fourniture de ces services. La poste, la banque centrale, la radiodiffusion et les télécommunications sont citées, dans une note de bas de page, à titre d'exemples de lois autorisant ces services d'intérêt économique général. Pour savoir si un service peut bénéficier d'un tel traitement, il convient d'appliquer les principes généraux du droit européen, tels qu'ils ont été élaborés dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article 86. La Cour administrative suprême tchèque a confirmé que le droit tchèque doit être interprété conformément à la jurisprudence européenne relative à l'article 86. Il faut notamment que le service soit fourni de manière continue dans toute la zone concernée à un prix et à une qualité uniformes. La loi sur la concurrence tchèque n'inclut pas une clause, analogue à celle de l'article 86, étendant ce traitement aux services présentant le caractère d'un monopole fiscal.

Une conduite requise ou autorisée en vertu d'une autre loi n'est pas prohibée ou sanctionnée par la loi sur la concurrence, de sorte que des actions conformes à une réglementation sectorielle de fixation des prix et de contrôle des services ne sauraient être contestées en vertu de ladite loi.

Les opérations commerciales liées au gouvernement ne sont pas exclues du champ d'application de la loi sur la concurrence. Le terme « entreprise » — qui définit l'objet de la loi sur la concurrence — englobe les groupes et associations n'ayant pas la personnalité juridique ou les entrepreneurs qui participent à la concurrence ou pourraient influencer leurs activités. Cette notion recouvre les opérations commerciales menées par des organismes publics, mais non ces organes eux-mêmes lorsqu'ils agissent à titre officiel. La première version de la loi sur la concurrence interdisait aux organismes publics nationaux et municipaux de prendre des mesures restreignant la concurrence. L'Office n'était cependant doté d'aucun pouvoir coercitif pour appliquer cette interdiction qui a été levée en 2001 et remplacée par la disposition — inspirée de l'article 86 du Traité CE — relative aux services d'intérêt général.

4.1 Questions sectorielles et régimes spéciaux

Les fonctions des autorités de tutelle dans les secteurs des télécommunications et de l'énergie sont soigneusement définies comme distinctes du rôle d'application de l'Office. Dans la jurisprudence tchèque il est particulièrement important de définir clairement les compétences afin d'éviter tout chevauchement. Les autorités de tutelle agissent *ex ante* pour promouvoir la concurrence là où celle-ci n'existe pas encore et pour empêcher que les intérêts du public soient lésés là où la concurrence n'est pas possible. L'Office agit *ex post* pour protéger la concurrence en corrigeant et en décourageant les conduites qui la minent ou la restreignent. Les décisions rendues par les tribunaux dans tous ces secteurs confirment cette répartition des responsabilités et préservent le rôle *ex post* de l'Office dans l'application de la loi contre les restrictions de concurrence dans les secteurs réglementés. La plus récente confirmation de cette répartition des rôles est une décision datée de décembre 2007 dans laquelle la Cour administrative suprême a constaté l'absence de conflit entre la juridiction et les pouvoirs de l'ÚOHS d'une part et ceux de l'Office de régulation de l'énergie d'autre part, parce que ce dernier — en tant qu'autorité de tutelle — intervient *ex ante* tandis que l'ÚOHS agit *ex post*.

4.1.1 Télécommunications

Le monopole national, Cesky Telecom (anciennement SPT Telecom), a été transformé en société commerciale en 1994 et partiellement privatisé en 1998. En 2000, il était encore le seul opérateur dans la plus grande partie du pays et possédait un opérateur de téléphone mobile jouissant d'une part de marché de plus de 50 %. Les nouveaux opérateurs sont devenus plus nombreux après l'adoption en 2002 d'une législation facilitant le choix des consommateurs. La participation majoritaire de l'État dans Cesky Telecom a été vendue en 2005 ; le nouveau propriétaire, Telefonica, a aussi acquis une partie des autres actions en circulation. Telefonica détient toutes les infrastructures et 90 % du marché des lignes fixes et il est considéré — sous l'angle de la réglementation applicable — comme le titulaire d'un pouvoir de marché important dans plusieurs services. On compte trois opérateurs de téléphone mobile (Telefonica, T-Mobile et Vodafone) définis chacun comme une entreprise dotée d'un pouvoir de marché important pour la terminaison des appels effectués sur leurs propres réseaux respectifs. Le marché de l'émission des appels mobiles est considéré comme pleinement concurrentiel.

L'Office tchèque des télécommunications (CTU) a été établi sous sa forme actuelle par la loi de 2005 sur les télécommunications. Ses membres sont nommés et révoqués par le gouvernement sur proposition du ministère

de l'Industrie et du Commerce. Leur mandat dure cinq ans et il est renouvelable. Les intéressés sont protégés contre les révocations arbitraires dans des conditions analogues à celles applicables au président de l'ÚOHS. Les responsabilités du CTU englobent les communications électroniques, les services postaux et la radiodiffusion. La loi sur les télécommunications impose au CTU de consulter l'ÚOHS à propos des projets de règlement et de décision visant la protection de la concurrence, notamment ceux affectant les prix ou ayant un effet important sur les marchés pertinents⁸. À une époque, un protocole d'accord formel — relatif à la répartition de leurs compétences respectives — a été signé par les présidents des deux organismes. Les domaines où la consultation est la plus fréquente sont les analyses de marché visant à déterminer les entreprises jouissant d'un pouvoir de marché important et auxquelles le CTU peut donc imposer des règlements pour promouvoir la concurrence et les décisions relatives aux prix et aux recours. Le système réglementaire suit et met en œuvre les Directives de l'UE sur la concurrence dans les télécommunications.

Le secteur des télécommunications a largement échappé au champ d'application de la loi sur la concurrence entre mai 2005 et mai 2007. La loi sur les télécommunications en vigueur pendant cette période empêchait l'ÚOHS d'agir lorsque l'autorité de tutelle disposait du pouvoir d'infliger des amendes ou de réglementer la conduite des acteurs du marché en prévoyant que les plaintes relatives à l'accès aux infrastructures essentielles dans le secteur des télécommunications ne pouvaient pas s'analyser comme dénonçant un abus de position dominante au sens de la loi sur la concurrence. L'ÚOHS avait protesté contre cette limitation de la portée de la loi sur la concurrence et souligné que le droit communautaire de la concurrence s'appliquait toujours dans le secteur, même si ce n'était plus le cas du droit national. La Commission européenne avait, elle aussi, protesté contre cette exclusion et engagé une procédure pour violation du droit communautaire contre la République tchèque. Face à cette opposition, le Parlement a préféré abolir l'exclusion en 2007.

L'ÚOHS n'a pas ménagé ses efforts pour appliquer la loi sur la concurrence de manière à encourager la libéralisation et empêcher que le titulaire historique du monopole fasse obstacle à la concurrence. Cet activisme est peut-être le facteur ayant incité ce secteur à demander un régime d'exemption au Parlement. En 2002, l'ÚOHS a condamné deux des principaux opérateurs de téléphone mobile à 63 millions CZK d'amende pour tarification discriminatoire de nature à décourager les entrées de concurrents ; l'une de ces affaires a été renvoyée à l'Office à l'issue d'un appel interjeté devant les tribunaux et la décision est encore pendante. En

⁸ Loi sur les télécommunications, article 130.

septembre 2004, l'ÚOHS a condamné l'ensemble des trois opérateurs de téléphone mobile à un total de 44 millions CZK d'amende pour accord sur les pratiques d'interconnexion de nature à décourager le recours à d'autres solutions moins onéreuses. Deux mois plus tard, l'ÚOHS a imposé à Cesky Telecom une autre amende de 23 millions CZK pour abus de sa domination du marché des lignes fixes, parce que cette entreprise avait refusé de faire une proposition de vente en gros à des conditions techniques et commerciales qui auraient permis à d'autres fournisseurs éventuels d'accès ADSL de formuler des offres aux utilisateurs finals. En 2006, l'ÚOHS a infligé à Cesky Telecom une amende de 80 millions CZK dans le cadre d'un autre aspect des efforts déployés en 2003 par cette entreprise pour décourager les entrées de concurrents sur le marché des transmissions à large bande. Et, fin 2006, l'ÚOHS a infligé à Cesky Telecom une amende de 205 millions CZK parce que les avantages inhérents à la « loyauté » des petits abonnés à ses forfaits décourageaient l'entrée de concurrents : une décision prise en vertu de l'article 82 du Traité CE. Lorsque la société détenant un monopole historique sur les lignes fixes a pris le contrôle intégral du principal opérateur de téléphone mobile, l'ÚOHS a subordonné son approbation de la transaction à un engagement de non-discrimination. En 2004, l'ÚOHS a approuvé la fusion des deux autres principaux fournisseurs de services sur ligne fixe, afin de proposer une alternative plus solide à Cesky Telecom.

Le recours à la loi sur la concurrence pour régler le pouvoir de marché est illustré par une décision de l'ÚOHS de 2006 approuvant une fusion dans le secteur de la télévision par câble et des services connexes. La combinaison a créé une entreprise contrôlant les systèmes de télévision par câble dans toutes les grandes villes et proposant aussi un service Internet direct par satellite sur large bande. L'ÚOHS a, de toute évidence, supposé que l'entreprise résultante serait davantage disposée à investir aussi dans un autre système d'infrastructure pour services Internet afin de pouvoir concurrencer les futures technologies qui permettraient d'acheminer des données et des programmes de télévision sans recourir au satellite. Néanmoins, l'Office craignait que les effets anticoncurrentiels de la fusion, au moins dans un premier temps, et appréhendait que la transaction prive les fournisseurs de programmes de moyens alternatifs d'atteindre le consommateur et ce dernier de moyens alternatifs de recevoir les programmes. L'ÚOHS a donc énoncé cinq conditions avant d'approuver la combinaison. D'autres réseaux auraient accès aux programmes contrôlés par l'entreprise fusionnée et sa société mère à des conditions égales et non discriminatoires. Les prix des services incluant la programmation des émissions de l'entreprise fusionnée seraient bloqués. L'offre actuelle des programmes proposés aux consommateurs des territoires de la zone couverte par l'entreprise fusionnée ne serait pas modifiée. Les tactiques d'exclusion

contre les autres fournisseurs de programmes seraient interdites. Les subventions croisées par le biais de la télévision par satellite seraient interdites et les opérations devraient être comptabilisées dans des comptes séparés pour vérifier le respect de cette condition. Mais les consommateurs reprochent à l'entreprise fusionnée de ne pas respecter ses engagements. L'ÚOHS pourrait être tenu d'agir comme une autorité de tutelle pour contrôler le respect des conditions imposées.

4.1.2 Énergie électrique

Le secteur de l'énergie électrique est devenu très ouvert depuis 2006, date à laquelle tous les consommateurs ont été autorisés à choisir leur fournisseur. Le transport est un monopole d'État, la CEPS, et il est toujours réglementé de même que la distribution. Le successeur du monopole historique, ČEZ, possède toujours la plus grosse capacité du pays et la plus grande partie de l'énergie négociée. Mais sa part du marché est en déclin, dans la mesure où l'électricité fournie par les producteurs indépendants d'électricité et de chaleur/électricité mélangées a augmenté. Le réseau de transport d'énergie électrique est interconnecté aux autres pays d'Europe centrale ; cependant, les importations n'étaient pas un facteur concurrentiel important jusqu'à une période récente, parce que les prix en République tchèque sont inférieurs à ceux des marchés voisins. Par contre, ČEZ est depuis peu un important exportateur, notamment grâce à sa centrale de base nucléaire opérationnelle. Dans un marché européen libéralisé, la situation géographique de la République tchèque au milieu du réseau introduira une concurrence de nature à compenser les lacunes structurelles du marché domestique.

La production est structurellement séparée de la distribution depuis les années 1990. Cependant, dans le cadre de la privatisation partielle, le secteur s'est ultérieurement de nouveau largement regroupé par le biais d'acquisitions. Un projet de privatisation séparée de ČEZ et des sociétés régionales de distribution a été abandonné en 2002. ČEZ demeure sous le contrôle de l'État qui détient deux tiers de son capital. Le gouvernement a acquis la propriété du réseau de transport d'énergie électrique et ČEZ a acquis le contrôle de cinq distributeurs. Pour obtenir de l'ÚOHS l'approbation de cette combinaison — qui lui aurait conféré une part du marché national de l'ordre de 65 % — ČEZ aurait dû se défaire de l'un des cinq distributeurs. Cette procédure a pris un certain temps. Le Parlement a ensuite amendé la loi sur la concurrence pour permettre aux parties soumises à une ordonnance de solliciter sa révision en arguant d'une modification des conditions. L'amendement visait clairement à revoir les termes de cette ordonnance de retrait. En 2005, l'ÚOHS a révisé l'ordonnance en supprimant l'exigence de désinvestissement et en exigeant à la place une

simple « centrale électrique virtuelle ». En d'autres termes, ČEZ a été contraint de vendre aux enchères de l'énergie électrique à ses concurrents sur le marché de la distribution. Parmi les distributeurs que ČEZ ne contrôle pas figurent la société électrique de Prague et deux autres entreprises dont E.On. détient la majorité. Certaines participations croisées ont été éliminées afin d'établir une distinction plus nette entre les intérêts de ČEZ et ceux de ses rivaux potentiels.

On ne prévoit pas d'autres privatisations, du moins à court terme. En 2005, le vice-ministre responsable du commerce de l'énergie (aujourd'hui président de l'ÚOHS) a nié que le gouvernement s'apprête à vendre une partie de ses intérêts dans ČEZ et prévu que pareille opération ne se déroulerait pas dans les cinq prochaines années. Une proposition gouvernementale de vente de 7 % de cette participation sur le marché ouvert — couplée au rachat d'actions de ČEZ — qui aurait eu pour effet de maintenir le contrôle de l'État n'a pas abouti.

L'autorité de tutelle — l'Office de régulation de l'énergie (ERÚ) — réglemente les tarifs de transport et de distribution et surveille le respect des dispositions de la loi sur l'énergie relatives à l'accès non discriminatoire au réseau. Ces exigences figurent dans les règles opérationnelles de l'ERÚ relatives aux systèmes de transport et de distribution. L'ERÚ délivre des permis de transport et de commerce. Les participations croisées entre le transport et les autres fonctions sont interdites. Une bourse de l'électricité fonctionne désormais — et devrait faciliter le futur négoce de l'électricité générée en République tchèque — tandis qu'un courtier indépendant, placé sous l'égide du ministère de l'Industrie, supervise la compensation à court terme, le bouclage et le marché *spot* à 24 heures.

L'ÚOHS pourrait assumer un rôle résiduel, à savoir s'attaquer aux conduites abusives n'étant pas explicitement interdites dans ces règlements. Une décision ancienne a infligé une amende de 7.5 millions CZK à ČEZ au titre d'accords (contenant une interdiction de réimportation de son électricité) entre 1999 et 2003 : une restriction qui aurait ralenti le processus de libéralisation déjà entamé à l'époque.

4.1.3 *Gaz naturel*

Le marché du gaz est libéralisé depuis janvier 2007, date à laquelle tous les clients se sont vu reconnaître le droit de choisir leur fournisseur. Comme le secteur de l'énergie électrique, celui du gaz a été restructuré dans les années 1990 (afin de séparer le transport de la distribution), puis regroupé de nouveau par le biais d'acquisitions ; il comprend, lui aussi, huit distributeurs régionaux dont six appartiennent à RWE qui possède aussi le principal réservoir de gazoducs : RWE Transgas Net. Les deux autres

distributeurs régionaux sont contrôlés par E.On. RWE a conclu des accords de fourniture avec Gazprom et des sources exploitant des gisements en mer du Nord. Bien que les contrats avec les producteurs de la mer du Nord représentent 25 % de la consommation tchèque, leur mise en œuvre procède par substitution, de sorte que l'intégralité du gaz physiquement vendu par RWE en République tchèque provient de Russie. Les principaux fournisseurs de gaz autres que RWE sont une filiale de Gazprom et un petit producteur de Moravie. En 2002, l'ÚOHS a approuvé le rachat par RWE de la plupart des éléments du monopole intégré traditionnel. Dans sa décision, il faisait observer que l'ERÚ réglerait les prix et empêcherait par conséquent l'exploitation du pouvoir de marché, tandis que l'envergure accrue des opérations de l'entreprise permettrait d'améliorer le service et les produits proposés au client (notamment sous la forme de contrats à long terme et à des prix stables). L'ÚOHS avait aussi prévu l'apparition de concurrents une fois le secteur libéralisé au niveau européen. Elle n'avait pas prévu les mesures que RWE pourrait prendre pour empêcher cette concurrence de devenir effective.

L'ERÚ réglemente les tarifs de transport et de distribution et délivre des permis d'exploitation d'installations de transport, de distribution et de stockage. Il applique aussi les règles de fonctionnement définissant les modalités de l'accès non discriminatoire aux services de transport et de stockage. Le marché des gros clients s'étant ouvert en 2005, RWE a essayé d'imposer un tarif plutôt que de négocier individuellement avec chaque client. Plus d'une douzaine de litiges impliquant des clients et des entreprises de distribution régionales ont été portés devant l'ERÚ qui a plafonné les tarifs pour 2006. Le plafonnement des prix a été levé en 2007, mais l'ERÚ continue à surveiller la situation. L'accès au stockage dans des conditions raisonnables constitue aujourd'hui un point de friction important. RWE contrôle la quasi-totalité des installations de stockage souterraines. Les fournisseurs potentiels des petits clients ont besoin d'une capacité de stockage pour assurer leur service, mais RWE prétend avoir besoin de toute sa capacité pour honorer ses propres engagements. En 2007, l'ERÚ examinait encore les litiges — relatifs à l'accès au stockage — opposant RWE aux deux distributeurs que cette entreprise ne contrôle pas. Il est clair que des règles plus efficaces s'avéreront bientôt nécessaires, car les plans pour la prochaine saison de chauffage doivent être arrêtés avant l'été 2008.

L'application de la loi sur la concurrence a remplacé la réglementation ayant pour objet la promotion de la libéralisation, parfois dans le cadre d'une action simultanée visant le même abus. Dans une affaire, l'ERÚ a imposé une amende et l'ÚOHS à la fois une amende et des conditions prévoyant la suppression — dans les contrats — de certaines clauses de nature à décourager les transactions avec d'autres fournisseurs. L'ÚOHS a

estimé que RWE avait fixé des conditions — en matière de prix et de limitation des points de livraison — empêchant la concurrence et décourageant les arrangements visant à fournir les clients (récemment autorisés à choisir librement leur fournisseur). RWE a refusé de mettre un terme à cette violation des règles de concurrence en acceptant des conditions et a préféré porter l'affaire devant les tribunaux en excluant de faire l'objet de mesures d'application de la part à la fois de l'ERÚ et de l'ÚOHS. Mais la Cour administrative suprême a estimé que les deux bureaux assumaient des rôles différents : l'un est chargé de promouvoir la concurrence et l'autre de dissuader et de sanctionner les restrictions à la concurrence⁹. Les amendes pour violation des règles de concurrence peuvent largement dépasser les sanctions dont sont passibles les violations de la réglementation. En l'occurrence, l'amende infligée par l'ERÚ s'est élevée à 15 millions CZK et celle infligée par l'ÚOHS à 240 millions CZK.

4.1.4 Agriculture

Toute exclusion générale de certains aspects de l'agriculture se fonde sur la Politique agricole commune (PAC). La loi sur la concurrence ne s'applique pas aux actions des entreprises dans le domaine de la production et du commerce de produits agricoles, pourvu qu'elles soient conformes au droit communautaire (article 1[8]). Ce dernier prévoit que les règles de concurrence s'appliquent à la production et au commerce de produits agricoles à moins de relever intégralement d'une organisation nationale des marchés agricoles ou d'être nécessaire à la réalisation des objectifs de la PAC¹⁰. La Commission européenne se réserve le pouvoir de déterminer la portée de cette exclusion. Ladite exclusion a été ajoutée au droit tchèque en 2004, dans le cadre d'une série de mesures visant à aligner ce droit sur les pratiques communautaires. L'ÚOHS a dénoncé ce changement en faisant valoir que l'exclusion risquait de rester sans effets dans la pratique. Aucune affaire n'a encore été soulevée sur la base de cette exemption. L'amendement de 2004 essayait aussi de protéger les producteurs contre les pratiques déloyales des revendeurs telles que l'exigence d'un paiement en échange du placement des produits. Cette disposition a, depuis, été retirée de la loi.

Une autre disposition de la loi sur la concurrence exclut certaines pratiques propres au marché agricole sans mentionner la politique ou le droit européens, mais sa portée risque de s'avérer très limitée. En principe, les accords passés par les coopératives et organisations de vente regroupant des

⁹ Komp. 3/2006-511, *RWE Transgas*.

¹⁰ Règlement du Conseil (CE) n° 1184/2006, 24 juillet 2006.

producteurs agricoles et qui visent la vente de produits agricoles de base non traités ne sont pas couverts par l'interdiction générale des accords restrictifs (article 6[1][c]). Mais ce traitement ne s'étend ni aux accords horizontaux sur les prix, la production et la division du marché, ni aux accords verticaux fixant le prix de revente ou prévoyant une exclusivité. Pas plus qu'il ne couvre les accords individuels relevant d'un système d'accords relatifs à un produit de substitution, pourvu que le système remplisse les critères de part de marché applicables à l'exclusion *de minimis*.

4.1.5 *Transport ferroviaire*

L'examen par l'OCDE de la réforme de la réglementation comportait un chapitre consacré au transport et portant essentiellement sur la route et le rail (OCDE, 2001). Les seules questions qu'il soulevait à propos du transport routier de marchandises visaient les contraintes pesant sur l'interconnexion concurrentielle avec l'UE : un point qui n'est plus un sujet de préoccupation depuis que la République tchèque est membre de l'Union. Dans le domaine du rail, des réformes ont suivi les mesures prises par l'UE. Le service du fret est totalement libéralisé en principe depuis le début de 2007, mais aucun opérateur agréé dans d'autres États membres ne fournit encore de services dans le pays. Un programme est mis en route afin de restructurer le monopole historique intégré, la Compagnie des chemins de fer tchèques (CD), en sociétés holding séparées chargées respectivement du trafic marchandise, du trafic passagers et de la construction et de l'entretien des infrastructures. La filiale spécialisée dans le fret a été créée fin 2007. Une société chargée spécialement de gérer les infrastructures, SZDC, a été créée par décret en 2002, mais ses relations juridiques avec les autres entités demeurent compliquées. SZDC n'a pas encore obtenu toutes les autorisations, de sorte que les travaux d'infrastructure sont toujours exécutés par CD sous contrat avec SZDC. L'achèvement de la restructuration devrait améliorer la transparence et mettre un terme aux subventions croisées entre les opérations fret et passagers. L'entrée sur le marché du fret étant devenue théoriquement possible, l'UOHS a enquêté sur les pratiques tarifaires de CD pour s'assurer qu'aucun programme de fidélisation discriminatoire ne décourage les opérateurs en accaparant les clients rentables.

4.1.6 *Services professionnels*

La plupart des associations professionnelles ont modifié leurs règles de manière à éliminer les tarifs et les autres violations évidentes de la loi sur la concurrence. La Chambre tchèque des architectes fait toujours figure d'exception puisqu'elle jouit toujours de l'autorité — en vertu d'une législation spéciale remontant à 1992 — de publier un tarif des prix et émoluments escomptés.

5. Politique de plaidoyer, consultation et études d'orientation

L'Office considère l'analyse et le commentaire des propositions de règlement comme une fonction importante. Il fait partie des organismes régulièrement consultés, en vertu de la législation, pour émettre son avis sur des projets de règlement et commenter des propositions de privatisation. La législation formalise ce processus et garantit à l'Office la possibilité de participer à la consultation interministérielle sur les projets de loi et de décret.

Des études de marché — portant sur des secteurs importants par leur taille et par leur contribution à l'économie comme l'énergie, le transport et les banques — ont été entreprises. D'autres secteurs ont été étudiés parce qu'ils génèrent de nombreuses plaintes adressées à l'Office : eau, télévision par câble, télécommunication, etc. Les résultats de ces études ont été publiés dans les rapports annuels de l'Office qui les a également utilisés pour formuler sa doctrine du plaidoyer.

L'Office a participé aux négociations ayant mené à l'élaboration de la législation fondamentale relative à la restructuration du secteur du rail en 2002, mais pas — de toute évidence — de la législation récente plus détaillée visant à transformer CD en une société holding. À l'issue de la consolidation du secteur de l'approvisionnement en eau et des égouts par le biais de fusions et d'acquisitions, l'Office a proposé d'établir une autorité de tutelle indépendante pour surveiller ces monopoles locaux. Concernant les services postaux, l'Office a fait observer qu'une proposition parlementaire visant à étendre ce monopole au courrier direct serait non seulement anticoncurrentielle, mais violerait les directives de l'UE : le texte incriminé n'a pas été adopté. Son commentaire d'un projet de décret relatif à la gestion des déchets électroniques s'opposait à la création de systèmes collectifs uniques, de crainte que ceux-ci ne s'avèrent des monopoles inefficaces et empêchent les fabricants de recourir à des méthodes potentiellement supérieures, y compris s'occuper eux-mêmes du problème. Le ministère ne s'est pas déclaré convaincu et c'est désormais la Cour constitutionnelle qui est saisie de la question.

L'Office utilise aussi le terme « plaidoyer » dans un sens inhabituel pour désigner à la fois la sensibilisation du public aux avantages de la concurrence et sa volonté de résoudre les questions d'application de la loi par le biais de négociations et d'initiatives informelles, sauf en ce qui concerne les violations injustifiables. L'Office prépare des lignes directrices sur cette politique de « plaidoyer », afin d'expliquer plus clairement les types d'affaires pour lesquels il serait prêt à se contenter d'engagements voire à ne pas engager de procédure du tout.

6. Conclusions et options politiques

À l'époque de l'examen de 2001, l'établissement et le renforcement des institutions et des conditions de marchés concurrentiels étaient perçus comme l'objectif essentiel de la politique de la concurrence : une tâche réclamant l'application de la loi sur la concurrence au processus de privatisation et de restructuration. Ce processus est désormais pratiquement terminé. Une approche complète de la politique de la concurrence — à laquelle le prédécesseur de l'ÚOHS a largement contribué — a marqué la grande époque de la restructuration. Les performances économiques généralement bonnes enregistrées ces dernières années en République tchèque s'expliquent en grande partie par des politiques saines de marché et l'accueil favorable réservé aux investissements étrangers. Les consommateurs seraient enthousiasmés par l'entrée de chaînes efficaces de distribution à grande échelle.

Mais l'enthousiasme pour la concurrence est moins apparent sous l'angle de la restructuration des monopoles de réseau. Après avoir promis la création des conditions essentielles d'une séparation structurelle — propice à la concurrence — dans les années 1990, le gouvernement a rendu des décisions de privatisation qui se sont soldées par la réapparition d'entreprises intégrées au niveau national. Dans le domaine de l'énergie électrique, l'ÚOHS a plaidé contre ces décisions et essayé de poser des conditions à l'autorisation des transactions, afin d'améliorer les perspectives de concurrence. Mais cette tactique n'a pas pleinement réussi ; en outre, le Parlement a indiqué qu'il soutient le refus de l'entreprise concernée de se soumettre à ces conditions. Dans le secteur du gaz naturel, la décision de l'ÚOHS de permettre la formation d'une entreprise intégrée dotée d'un quasi-monopole de fourniture pourrait refléter une anticipation réaliste de l'issue finale au cas où le législateur déciderait d'intervenir. Dans les télécommunications, après plusieurs décisions de l'ÚOHS condamnant le monopole historique pour abus, le Parlement a exclu le secteur du champ d'application de la loi sur la concurrence. Dans ce domaine, l'intégration accrue dans les institutions européennes s'est révélé un précieux atout : l'ÚOHS a pu appliquer le droit communautaire, tandis que les pressions exercées par Bruxelles ont incité le Parlement à abroger son amendement relatif à l'exclusion.

La loi sur la concurrence a continué à se fondre dans le courant européen. Soigneusement rédigée, elle est conforme au modèle de l'UE et l'ÚOHS participe au système d'application intégré. Concernant les priorités en matière d'application, une attention particulière a été portée aux industries de réseau ; l'action de l'ÚOHS a revêtu une importance d'autant

plus grande que les autorités de tutelle des secteurs concernés étaient encore en cours d'établissement.

Les politiques et les pratiques d'application ont évolué. Il y a quelques années, les conclusions de l'Office dans les affaires horizontales apparaissaient souvent reposer largement sur des augmentations parallèles de prix et des échanges d'informations. Certaines initiatives marquantes visaient à dénoncer l'augmentation des prix de produits de consommation. Ces actions ont peut-être retenu l'attention des milieux d'affaires et du grand public, mais il a fallu des années pour les résoudre en appel. Les décisions relatives aux fusions témoignent d'une propension aux justifications structurelles et aux conditions réglementaires. L'une semble consacrer la notion d'« efficacité délictueuse » et interdit une fusion en arguant notamment de ce que l'entreprise résultante serait en mesure de proposer une large gamme de produits largement accessibles. Dans deux décisions interdisant une fusion, les principaux postulats à l'appui de la faible probabilité de nouvelles entrées sur le marché se sont avérés incorrects. Dans l'une de ces affaires, l'Office a effectivement changé d'avis en permettant l'acquisition lorsque les parties ont de nouveau tenté une démarche trois ans plus tard.

Depuis 2005, la nouvelle direction de l'ÚOHS prône certaines approches novatrices. L'Office a accru ses efforts de relations publiques. Il a clairement affirmé qu'il était prêt à conseiller les entreprises sur la manière dont elles peuvent se conformer à la loi et à les aider à résoudre leurs problèmes les moins difficiles par le biais de mesures autres qu'un acte d'application formel. L'annonce de cette nouvelle approche a peut-être rassuré les milieux d'affaires sur la prévisibilité accrue de l'application. Cette évolution pourrait améliorer la définition des priorités en permettant à l'Office de consacrer davantage de ressources aux problèmes les plus graves. L'Office continue à se concentrer sur les abus du monopole des réseaux et ne s'est pas encore attaqué à de nombreuses ententes horizontales injustifiables et nées sur place. L'affaire récente des commutateurs a été une excellente occasion pour l'Office de montrer comment opèrent les ententes internationales clandestines et comment le recours à une politique d'indulgence permet de les mettre à jour. L'issue de cette affaire a aussi prouvé que de lourdes amendes — supérieures en l'occurrence au profit retiré de la violation — pourraient prévenir de futures violations.

La nouvelle direction s'efforce aussi d'améliorer la gestion de l'Office. Elle est ainsi notamment parvenue à réduire considérablement le taux de rotation du personnel tel qu'il avait été signalé dans l'examen de 2001. Le personnel est encouragé à être plus accessible aux parties. Auparavant, l'ensemble des communications et des contacts devait transiter par le président. À ses débuts, l'ÚOHS jouissait d'une réputation d'opacité sous

l'angle de ses décisions et de ses raisonnements. Cette approche novatrice et plus ouverte est l'une des mesures adoptées par l'ÚOHS pour accroître sa transparence. Mais la nouvelle approche en matière d'application — à savoir favoriser la résolution informelle des problèmes — pourrait se solder par des résultats moins prévisibles, à moins que les normes utilisées fassent l'objet de contrôles visant à renforcer la cohérence des décisions.

L'Office en est encore au stade du renforcement de ses capacités afin de pouvoir mener des enquêtes *ex post* efficaces. Il se heurte notamment au problème des secrets commerciaux. Les parties jouissent d'un accès total à l'intégralité du dossier, même si l'Office peut leur imposer des conditions telles qu'une consultation sans copie ni prise de notes. Un accès élargi aux documents pourrait accroître la réticence des plaignants à transmettre des informations, de peur que leur identité soit révélée et des représailles commerciales exercées contre eux. L'Office se demande également avec préoccupation comment il pourrait travailler avec le Réseau européen de la concurrence — au cas où celui-ci lui demanderait de divulguer des preuves confidentielles — sans révéler ses sources (même en imposant les conditions restrictives mentionnées ci-dessus). L'Office envisage de revenir à sa pratique antérieure : retirer les pièces particulièrement sensibles du dossier pour éviter leur divulgation intégrale et se contenter de décrire leur contenu général aux défenseurs. Les ministères de la Justice et de l'Administration publique craignent que ce procédé soit contraire aux exigences du droit administratif tchèque. Cette impasse risque de compliquer la coopération, au niveau de l'application, avec les autres juridictions.

6.1 Suivi des recommandations formulées dans le cadre de l'examen de 2001

L'examen de 2001 ne contenait que quelques recommandations relatives à la loi sur la concurrence et son application. Il insistait davantage sur l'importance de l'amélioration des institutions chargées de veiller à la qualité de la gouvernance et de la gestion financière des entreprises, en notant que les fondations et les buts de la politique de la concurrence — encouragent la capacité dynamique d'adaptation et le bien du consommateur — montrent la direction que les solutions à ces autres problèmes devraient emprunter, mais que les outils de la politique de la concurrence ne se prêtent pas bien à une résolution directe de ces problèmes. Depuis, l'intérêt de l'État dans l'économie a évolué et les institutions chargées de veiller à la qualité de la gouvernance et de la gestion financière des entreprises se sont renforcées. L'État n'est plus un facteur majeur dans le système bancaire. L'Agence de revitalisation, créée pour faciliter la réorganisation des structures industrielles héritées du régime précédent, a fermé ses portes et les dettes restantes ont été absorbées par l'État. La

version modifiée de la loi sur les faillites est entrée en vigueur en 2008. Les dernières possibilités en matière de privatisation demeurent les infrastructures : aéroports, compagnies aériennes, poste, etc.

L'examen de 2001 suggérait qu'il y aurait des occasions d'appliquer des règles de fond et des techniques d'enquête empruntées au droit de la concurrence pour aider à résoudre les problèmes soulevés par la restructuration industrielle. L'une des craintes évoquées — à savoir le contrôle croisé rendu possible par des investissements effectués après la privatisation — ne s'est, de toute évidence, jamais matérialisée. Tous les problèmes potentiels n'ont pas été anticipés. Ainsi, la restructuration de l'industrie sidérurgique a apparemment fourni à la société héritière (intégrée verticalement) des occasions d'exercer des pressions sur les coûts de ses concurrents en aval, au point que les sociétés concernées se sont plaint à l'ÚOHS.

La restructuration et la réglementation des secteurs de l'énergie électrique et du gaz naturel se sont accompagnées de consultations avec l'ÚOHS qui n'ont pas permis de suivre les recommandations formulées dans les chapitres sectoriels de l'examen de 2001. Ce dernier examinait les propositions émises à l'époque afin de rétablir les opérations intégrées dans les secteurs de l'électricité et du gaz dans le cadre de la privatisation d'une partie des entreprises séparées. Elle prévoyait que la réintégration désavantagerait les nouveaux producteurs indépendants d'énergie et les autres nouveaux venus potentiels et nuirait généralement à la concurrence et que le supplément de recettes généré par la privatisation serait compensé par l'augmentation des coûts et des insuffisances de nature à nuire aux performances économiques. Dans les deux secteurs, la République tchèque a raté l'occasion — rendue possible par sa séparation structurelle précoce des différents niveaux d'opération — de créer rapidement les conditions d'une solide concurrence dans le cadre de la libéralisation du marché européen. L'examen de 2001 appelait à une cession par Transgas de capacités de stockage suffisantes pour soutenir un marché concurrentiel ou, à défaut, à l'instauration d'un régime réglementaire efficace garantissant l'accès au stockage. Aucune de ces mesures n'a été adoptée avec, pour conséquence, l'empêchement de toute émergence d'une concurrence effective.

Afin d'améliorer la coordination en matière de réglementation des secteurs, l'examen de 2001 recommandait à l'Office d'envisager la formalisation de ses relations avec les nouvelles autorités de tutelle indépendantes. Pendant un moment, l'ÚOHS et la direction de l'organisme de réglementation des télécommunications avaient délimité leurs compétences respectives dans un protocole d'accord formel. Ce protocole n'est plus en vigueur aujourd'hui, mais les relations entre les deux organismes se sont stabilisées, dans la mesure où le Parlement n'est plus

autorisé à intervenir dans la délimitation de leurs compétences et où les tribunaux ont précisé leurs rôles et leurs attributions respectives.

Les contraintes imposées par le gouvernement à la concurrence ont été abrogées par l'article 18 de la version originale de la loi sur la concurrence tchèque. La République tchèque prévoyait, en 2001, de remplacer cette règle caractéristique d'une ère de transition par une disposition analogue à l'article 86 du Traité CE. L'examen de 2001 recommandait de revoir cette mesure, en faisant valoir la valeur potentielle d'une déclaration de principe plus forte. Mais l'article 18 a néanmoins été remplacé. L'ÚOHS estime que le régime général impliqué aujourd'hui fonctionne raisonnablement bien. Les restrictions se produisent pour la plupart au niveau municipal où l'ÚOHS a recours à sa politique de « plaidoyer ». Toutefois, l'ÚOHS peut aussi demander au ministère de l'Intérieur de persuader la municipalité concernée de modifier sa réglementation. Ce ministère peut suspendre les effets d'un décret municipal anticoncurrentiel et demander à la Cour constitutionnelle de l'examiner.

La seule recommandation formelle relative à l'application de la loi sur la concurrence dans l'examen de 2001 soutenait l'idée d'adopter un programme d'indulgence. Un programme a bien été adopté, mais il a fallu attendre longtemps (à savoir jusqu'à sa révision en 2007) pour qu'il serve à accroître l'efficacité de l'application de la loi sur la concurrence aux ententes. La première tentative de recours à l'ancien programme d'indulgence avait eu lieu dans un contexte inapproprié, même si le résultat avait été concret : infliger une légère pénalité en raison d'un accord d'exclusivité qui n'aurait probablement pas eu beaucoup d'effet anticoncurrentiel. Pour que le programme actuel soit efficace, l'ÚOHS doit veiller à passer des messages clairs. Les programmes d'indulgence encouragent le respect de la législation en instillant d'abord la peur qu'une autre partie à l'entente ne fasse des révélations. Promouvoir la résolution informelle des questions d'application encourage le respect de la législation par le biais de compromis, en faisant ainsi l'économie de mesures d'application pour peu que les entreprises soient désireuses de trouver une solution aux problèmes. Il est très important d'énoncer clairement les éléments constitutifs des violations graves pour lesquelles l'ÚOHS refuse de parvenir à une solution négociée sans avoir recours aux mesures formelles d'application, mais pour lesquelles la politique d'indulgence pourrait s'appliquer en ce qui concerne la première partie à dénoncer la violation.

6.2 Options politiques envisageables

6.2.1 Alourdissement des sanctions en vue de prévenir les violations graves.

La menace de sanctions contre des individus impliqués dans l'organisation et la gestion d'une entente peut renforcer l'efficacité de l'application. Le projet de Code pénal actuellement examiné par le Parlement inclut une nouvelle peine pénale. L'ÚOHS a relevé que cette initiative suit les tendances enregistrées dans d'autres pays. Cette peine concernerait uniquement les pratiques d'entente injustifiable, afin d'apaiser toute crainte de voir l'application d'autres aspects de la loi sur la concurrence faussée par la menace de peines excessivement lourdes. Pour que cette sanction s'avère efficace, il faudra établir de bonnes relations de travail avec les procureurs chargés de la requérir.

Il faudrait aussi envisager une autre amélioration du système de sanctions. Lorsque c'est par le biais d'une association que les parties concluent un accord interdit, la sanction contre cette association est déterminée en fonction de son chiffre d'affaires. Or, ce chiffre risque d'être bas, de sorte que l'amende résultante a peu de chances d'exercer un effet dissuasif sur les membres (même si, l'augmentation de la cotisation ou la fermeture de l'association qui pourraient en résulter accroîtraient le coût de l'organisation de futurs accords). Faire dépendre la sanction du chiffre d'affaires des membres de l'association — qui sont les vrais bénéficiaires de la restriction à la concurrence — aurait un effet plus dissuasif.

6.2.2 Accroître l'efficacité des pouvoirs d'enquête.

La loi sur la concurrence autorise l'Office à procéder à des inspections surprise. Ce pouvoir serait plus efficace si l'Office pouvait compter sur la collaboration des services répressifs dans les cas où les entreprises refusent d'ouvrir leurs portes aux enquêteurs de l'ÚOHS. Ce dernier constate que la police n'est pas en mesure de l'aider dans ces situations, apparemment parce qu'elle estime que ses autres tâches sont prioritaires. L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal prévoyant la sanction mentionnée plus haut pourrait améliorer globalement le niveau de coopération. Attribuer aux procureurs un important rôle dans l'application de la loi sur la concurrence pourrait aussi rallier les services répressifs à la cause de l'Office.

6.2.3 Éviter les objectifs contradictoires en excluant les différends relatifs au pouvoir de négociation du champ d'application de la loi sur la concurrence.

L'ÚOHS est désireux d'ajouter la responsabilité pour abus de « dépendance économique » à la loi sur la concurrence. Les propositions que l'Office soutient définissent la « dépendance » sous l'angle des positions de négociation respectives des parties et de l'absence pour ces derniers de solutions de remplacement rentables. Les critères d'évaluation de la dépendance incluent la part de marché, la proportionnalité de la rémunération, l'absence de solutions de remplacement, la spécialisation dans l'étiquetage ou l'emballage et le risque pour la concurrence découlant de la puissance économique et financière de la contrepartie. Essayer de régler ces différends propres aux chaînes de distribution pourrait conférer à la mission d'application des règles de concurrence un caractère excessivement technique et inhiber une forte concurrence au niveau des prix. À supposer que de gros revendeurs identifient des problèmes méritant l'attention mais ne relevant pas d'un abus de la puissance de marché, ces problèmes pourraient être résolus par d'autres mesures telles que des mécanismes plus clairs et plus efficaces de résolution des différends commerciaux.

6.2.4 Éviter les objectifs contradictoires en appliquant la loi sur les prix uniquement aux exploitations abusives.

Même si les tribunaux permettent la coexistence de la règle relative à la vente à perte édictée dans la loi sur les prix et de la surveillance des tentatives d'éviction prévue par la loi sur la concurrence, il serait préférable d'éliminer ce chevauchement en abrogeant la règle spéciale sur les prix. Cette dernière est soit déroutante (en se présentant comme une règle de concurrence échappant à la compétence de l'Office), soit le contraire d'une vraie règle de concurrence (puisque'il s'agit d'une mesure de nature à nuire à la concurrence plutôt qu'à la protéger ou à la renforcer). Abroger la règle séparée relative aux ventes à perte éliminerait des aspects « faussement positifs » du dispositif réglementaire. Il pourrait s'avérer opportun de laisser le reste de la loi sur les prix en place, afin de pouvoir y recourir pour soutenir une intervention contre des abus lorsqu'il existe des raisons de craindre qu'une nouvelle entrée ne suffise pas à les corriger suffisamment rapidement.

BIBLIOGRAPHIE

Gouvernement de la République tchèque, Office de la protection de la concurrence (ÚOHS), *Annual Reports*, 2001-2007.

OCDE (2001), *Regulatory Reform in the Czech Republic*, Paris.

OCDE (2008), *Etudes économiques de l'OCDE : République tchèque - Volume 2008-8*, Paris.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André Pascal, 75775 Paris Cedex 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(00 2008 1X 1P1) N° 88943 2008