



Extrait de :

Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence

Accéder à cette revue :

<http://dx.doi.org/10.1787/16843452>

Droit et politique de la concurrence au Mexique, 2004

Jay C. Shaffer

Merci de citer cet article comme suit :

Shaffer, Jay C. (2007), « Droit et politique de la concurrence au Mexique, 2004 », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 8/3.

<http://dx.doi.org/10.1787/clp-v8-art9-fr>

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

Droit et politique de la concurrence au Mexique, 2004

par

Jay C. Shaffer*

Ce rapport sur le droit et la politique de la concurrence du Mexique qui a servi de fondement à l'examen par les pairs en 2004 fait suite à l'évaluation de l'OCDE de 1998. La Commission mexicaine de la concurrence (CMC) est maintenant une autorité parvenue à maturité et respectée. Cependant, le soutien que recueille en général la politique de la concurrence au Mexique demeure problématique. La CMC a connu des difficultés avec les tribunaux, et ses ressources ont décliné en dépit d'une charge de travail accrue. Le rapport de 2004 et l'examen par les pairs ont recommandé un certain nombre de changements tant dans le mode opératoire que dans la législation pour rendre plus efficace l'application de la loi ainsi que les actions de plaidoyer. En 2006, le Mexique a révisé sa loi pour y incorporer beaucoup de ces recommandations, telles que le renforcement des pouvoirs d'enquête dans le cas d'inspections in situ, l'alourdissement des sanctions (y compris la faculté d'ordonner des désinvestissements d'actifs dans le cas de violations sérieuses et répétées), et soumettant les nominations à la CMC à l'approbation du Sénat. En réponse à la décision d'inconstitutionnalité prise par les tribunaux à propos de la mise en œuvre de la loi précédente, la loi révisée précise dans quels cas des pratiques telles que les prix prédateurs, l'exclusivité, les subventions croisées et la discrimination par les prix constituent des violations de la loi. Le système de notification des fusions a été simplifié. Les amendements ont également renforcé le rôle de la CMC s'agissant de la défense de la concurrence et des avis qu'elle donne dans le cadre de l'élaboration de la loi, de la réglementation et à l'égard d'autres échelons gouvernementaux.

* Ce rapport a été préparé par Jay C. Shaffer, consultant auprès de l'OCDE et précédemment de la Division Antitrust de l'US Department of Justice et Conseiller général adjoint de l'US Federal Trade Commission.

Synthèse

Ce rapport étudie le développement et l'application, au cours des cinq dernières années, du droit et de la politique de la concurrence au Mexique. Il actualise un rapport rédigé en 1998 dans le cadre d'une vaste étude de l'OCDE sur la réforme de la réglementation. Le Rapport de 1998 parvenait à la conclusion que la loi sur la concurrence adoptée par le Mexique en 1993 reflétait une synthèse bien conçue de plusieurs principes économiques contemporains. La loi a créé une Commission fédérale de la concurrence (la CFC) qui détient à la fois de vastes pouvoirs de mise en œuvre et la capacité de déterminer si l'absence de concurrence effective dans un secteur du marché justifie une intervention réglementaire de la part du gouvernement. Le rapport précédent notait, toutefois, qu'il n'existait aucune base claire de soutien de la politique de la concurrence, et que la vigueur des décisions prises par la Commission fédérale de la concurrence pour la mise en œuvre de cette politique pouvait être sujette à caution.

Cinq ans plus tard, les points forts identifiés dans le Rapport initial persistent et les doutes à propos de la volonté de la CFC de s'affronter à de puissants intérêts économiques se sont largement dissipés. En outre, la Commission a mûri et est devenue une agence crédible et très respectée, qui peut s'enorgueillir d'un palmarès remarquable sachant les difficultés de l'environnement dans lequel elle opère. L'agence se trouve encore confrontée à un vaste éventail de défis et d'opportunités d'amélioration. Le degré de soutien général de la politique de la concurrence demeure toujours une question ouverte, et certaines déficiences des systèmes d'exercice de l'autorité légale et des procédés de contrôle judiciaire limitent la capacité de la CFC à traiter des situations anticoncurrentielles de manière effective et efficiente. La Commission a également souffert d'une baisse de ses ressources en dépit d'une charge de travail croissante, et certaines caractéristiques des procédures et méthodes d'interface de la CFC avec d'autres entités gouvernementales réduisent son efficacité en tant qu'autorité chargée de la double mission de mise en œuvre de la loi et de sensibilisation à l'impératif de la concurrence.

Ce Rapport suggère des changements que la Commission peut opérer elle-même, ainsi que certaines modifications des pouvoirs et procédures du gouvernement que la Commission est exhortée à solliciter auprès d'autres

Synthèse (suite)

branches du gouvernement. Dans la première catégorie, le Rapport recommande que la CFC :

- fournisse aux défendeurs dans le cadre des procédures devant la Commission de meilleures incitations à régler les affaires par voie transactionnelle, de manière à réduire le volume des actions en amparo (révision judiciaire) engagées contre la Commission ;
- ouvre un dialogue avec l'Ordre national des avocats mexicains pour répondre à la perception de certains avocats ont l'impression que les décisions de la Commission manquent de transparence et d'impartialité à l'égard des défendeurs à des affaires de plaintes devant la CFC ;
- établisse un programme afin de contrôler étroitement les projets de réglementation soumis à l'examen de la COFEMER et de soumettre des commentaires appropriés sur les projets qui menacent d'avoir des effets anticoncurrentiels ;
- entretienne des relations beaucoup plus étroites avec le PROFECO, à la fois pour obtenir une assistance afin de détecter et poursuivre des conduites collusives et plus important encore, pour employer les outils offerts par le PROFECO afin de médier les avantages de la concurrence plus efficacement auprès du public ;
- inflige des amendes rigoureuses dans les affaires d'ententes, renvoie les dirigeants d'entreprises devant le ministère public en vue de poursuites pénales, et emploie d'autres outils pour promouvoir les sanctions en cas de pratiques collusives ;
- assure une plus grande interaction avec les organisations professionnelles nationales et les groupements de chambres de commerce, afin d'expliquer et de défendre la politique de la concurrence ;
- fournisse une explication plus détaillée de ses décisions de condamnation à des amendes afin d'éviter leur annulation devant le Tribunal fiscal ;
- emploie toutes les ressources supplémentaires qui lui seront allouées pour embaucher du personnel supplémentaire, en mettant tout particulièrement l'accent sur des juristes spécialisés ;
- adopte des critères pour évaluer l'importance des situations d'entreprise en quasi faillite dans les affaires de fusions ;
- édicte des règlements appropriés en matière de confidentialité pour éviter une divulgation intempestive d'informations commerciales sensibles par des magistrats, lors des actions en amparo engagées contre la CFC ;
- modifie les règlements de notification préalable des fusions afin de clarifier les circonstances dans lesquelles cette notification n'est pas exigée, pour les opérations de restructuration réalisées par des entreprises étrangères avec des filiales mexicaines ;

Synthèse (suite)

- encourage l'identification d'économistes ayant une expertise professionnelle appropriée pour être retenus en tant qu'experts, dans les actions en *amparo* engagées contre la CFC.

Dans la seconde catégorie, ce Rapport recommande que la Commission sollicite l'intervention du Congrès (ou, s'il y a lieu, du pouvoir judiciaire) pour :

- exiger que le Sénat approuve les nominations de Commissaires à la CFC et consacre l'indépendance budgétaire de la CFC par rapport à l'exécutif ;
- augmenter la dotation budgétaire de la Commission ;
- donner à la CFC le pouvoir de bloquer des décisions anticoncurrentielles dans des procédures de droit commercial ;
- conférer à la CFC des pouvoirs d'investigation étendus afin d'instaurer des mesures de clémence au profit des membres d'ententes qui révèlent spontanément des accords de collusion ;
- habiliter la CFC à remédier directement aux problèmes de monopole structurel, ou, au moins, doter la Commission du pouvoir d'étudier des industries suspectes et de recommander des remèdes appropriés au Congrès ;
- garantir que la CFC ait une occasion appropriée de participer à toutes les procédures conduites par des agences réglementaires fédérales, et exiger que les agences réglementaires répondent publiquement aux commentaires de la Commission ;
- créer un tribunal spécialisé dans les actions en *amparo* doté de l'expertise économique nécessaire pour statuer sur les affaires émanant de la CFC et d'autres autorités traitant de questions économiques ;
- empêcher les tribunaux saisis d'actions en *amparo* d'accorder des sursis à exécution inappropriés des décisions de la CFC jusqu'à l'issue de ce recours judiciaire ;
- rationaliser les procédures qui s'appliquent au recouvrement des amendes à l'issue des recours en révision judiciaire ;
- modifier les règles procédurales à la fois pour les actions en *amparo* et devant le Tribunal fiscal de telle sorte que les parties sollicitant la révision judiciaire des décisions de la Commission infligeant des amendes devront constituer une caution garantissant le paiement si la décision de la Commission est confirmée ;
- supprimer pour les affaires de la CFC le taux de ressort existant exigé pour pouvoir faire appel des décisions défavorables du Tribunal fiscal.

1. La politique de la concurrence au Mexique : fondements et contexte

Ce rapport étudie le développement et l'application du droit et de la politique de la concurrence au Mexique depuis 1998. Il actualise le « Rapport de référence sur le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation », préparé par l'OCDE en 1997-98 dans le cadre d'une vaste étude de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Mexique (ci-après dénommé : le « Rapport de 1998 »)¹. Comme le faisait déjà le précédent Rapport, cette étude commence par une description de l'historique de la politique de la concurrence au Mexique et du contexte dans lequel elle s'inscrit.

La politique mexicaine de la concurrence fait partie de la vaste action réformatrice engagée au milieu des années 80 pour mettre en place une économie fondée sur les principes du marché en renonçant à la protection et au contrôle central. Le gouvernement a mis fin à la plupart des contrôles des prix intérieurs et a réduit les restrictions à l'entrée sur les marchés. En outre, pour ouvrir l'économie aux échanges et à l'investissement, le Mexique a supprimé la plupart des licences obligatoires à l'importation, éliminé les prix officiels à l'importation, abaissé les droits de douane, et adhéré au GATT. Par ailleurs, le Mexique a conclu en 1994 l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), suivi ultérieurement d'accords de libre échange avec l'Union européenne et une litanie de pays d'Amérique latine, de telle sorte que la quasi-totalité des échanges commerciaux du Mexique sont actuellement couverts par des accords de cette nature. Les échanges avec les États-Unis et le Canada ont triplé après la mise en application de l'ALENA, et, pendant la période comprise entre le début du processus de libéralisation en 1984 et 2002, les importations annuelles ont augmenté de plus de 1 000 pour cent, tandis que les exportations ont cru de 555 pour cent. Comme prévu, la libéralisation des importations a fortement stimulé la concurrence intérieure au Mexique dans les secteurs produisant des biens échangeables.

Le gouvernement a également entrepris de privatiser des centaines d'entreprises d'État. La mesure la plus importante dans ce domaine a été la privatisation, en 1990, du monopole dans le secteur du téléphone, pour un montant de 6 milliards de dollars des États-Unis. Dix-huit banques commerciales ont été privatisées en 1991 et 1992, pour un montant total de 13 milliards de dollars des États-Unis. Des entreprises publiques qui opéraient dans le secteur de la sidérurgie, du sucre, des transports aériens, de la télévision, des services satellitaires et des chemins de fer appartiennent aujourd'hui à des investisseurs privés. Les autorisations et concessions pour des activités autrefois exécutées par l'État, notamment les ports maritimes, et le stockage, le transport et la distribution du gaz naturel et du gaz de pétrole liquéfié (GPL), ont été attribuées

aux enchères au secteur privé, comme l'ont été des licences de bandes de fréquence couvrant différents services de télédiffusion.

La privatisation s'est parfois heurtée à des complications, et le processus n'est pas encore achevé. La crise du peso au milieu des années 90 et ses dislocations économiques associées ont conduit le gouvernement à réacquérir des participations directes ou indirectes dans des entreprises opérant dans la banque, le transport aérien, les routes à péage et la transformation du sucre. L'effondrement de certaines banques au cours des années suivantes a restauré la propriété privée dans ce secteur, mais les trois autres secteurs attendent toujours une solution. En outre, la privatisation n'a pas fait beaucoup de progrès dans l'industrie du pétrole. En conséquence, la société nationalisée Pemex qui occupe une position monopolistique, impose toujours des inefficiences et distorsions au gouvernement et à l'économie. Enfin, peu de progrès ont été accomplis dans le secteur de l'énergie électrique, bien que quelques licences aient été concédées pour créer des centrales électriques indépendantes².

Sachant que certains des secteurs privatisés présentaient des caractéristiques de monopole naturel, des régimes réglementaires ont été instaurés pour remédier aux défauts du fonctionnement du marché. Des difficultés ont surgi dans certains secteurs où les systèmes réglementaires n'ont pas été suffisamment bien conçus ou n'ont pas été mis en œuvre au bon moment. Dans le secteur des télécommunications, le leurre de la maximisation des recettes a conduit le gouvernement à vendre le système existant à une seule entité, et les insuffisances réglementaires dans ce secteur ont conduit à des années de querelle sur le prix que les concurrents devraient payer au monopole, dans la téléphonie à longue distance et cellulaire, pour avoir accès au réseau. Dans le secteur des transports ferroviaires, le gouvernement a vendu des segments géographiques entiers du système national à différents acquéreurs, ce qui a produit de meilleurs résultats que dans le secteur de la téléphonie, mais des conflits se sont néanmoins élevés entre les opérateurs de segment à propos des droits d'accès à payer pour pouvoir emprunter les voies ferroviaires des régions adjacentes.

L'élément clé de la réforme économique du gouvernement a été l'adoption de la loi générale sur la concurrence. La suppression des obstacles officiels aux échanges ne pouvait garantir la concurrence si des obstacles de source privée prenaient tout simplement le relais, et la libéralisation des importations ne pouvait pas assurer la concurrence dans les secteurs ne faisant pas l'objet d'échanges internationaux. En outre, en tant que partie à l'ALENA, le Mexique s'était engagé à adopter des mesures interdisant les comportements anticoncurrentiels³. En 1993, le Mexique a donc adopté la Loi fédérale sur la concurrence économique (LFCE)⁴, et créé la Commission fédérale de la concurrence (CFC) chargée de sa mise en œuvre. Les rédacteurs

de la LFCE se sont engagés à intégrer les idées et les pratiques les plus en pointe dans le reste du monde. La loi est animée d'un souci d'équilibre entre un traitement vigoureux des restrictions les plus nocives à la concurrence et une analyse économiquement rationnelle des formes plus ambiguës de conduite, et elle repose sur un traitement intégré du pouvoir de marché, en permettant d'invoquer l'exception tirée de l'efficacité. La LFCE se signale par l'élégance de sa structure logique et la clarté de ses concepts ; elle est le produit d'une expertise technique, bien plus que le résultat d'artifices ou de compromis politiques.

Les objectifs de la politique de la concurrence sont clairement énoncés dans la LFCE : « préserver le processus concurrentiel et la libre participation aux marchés en empêchant les monopoles, les pratiques monopolistiques et autres restrictions au bon fonctionnement des marchés des biens et services. »⁵ L'efficacité est le critère fondamental – et peut-être le seul – utilisé pour l'application de la loi sur la concurrence. L'analyse fondée sur l'efficacité englobe les autres préoccupations habituelles touchant à la concurrence. Par exemple, aucune doctrine ni aucune interprétation ne sont imposées pour les questions d'« équité » ou de « concurrence loyale », ni pour les questions de protection des intérêts des petites entreprises ou de limitation des concentrations industrielles. Par ailleurs, bien que la loi forme partie d'un programme visant à développer une économie plus orientée sur le marché, la loi ne fait pas expressément mention de l'objectif qui consiste à promouvoir la croissance économique. Le raisonnement sous-jacent à la loi prévoit que la croissance découlera d'une concurrence et d'une efficacité accrues⁶.

L'environnement plus large dans lequel la loi opère n'est pas totalement favorable. Le Rapport de 1998 observait ce qui suit : « On ne sait pas très bien quel est le soutien dont bénéficie la nouvelle orientation de la politique de la concurrence de la part des entreprises et de l'opinion publique. »⁷ Cinq ans plus tard, la même remarque vaut encore. Le développement d'une opinion favorable à la politique de la concurrence au Mexique doit lutter avec le fait que les concepts de concurrence sur le marché sont nouveaux dans la culture des entreprises et du gouvernement mexicains. La Constitution mexicaine interdit les monopoles depuis sa ratification en 1917⁸ (et, en fait, depuis la Constitution de 1857). Historiquement, toutefois, l'animosité contre les monopoles était focalisée sur la concession de brevets monopolistiques à des intérêts privés par des largesses du gouvernement. L'objectif traditionnel de la politique mexicaine de la concurrence était d'éliminer les méfaits des monopoles privés et ce but était mis en œuvre au moyen d'un contrôle des prix et d'un régime de propriété publique.

Avant la réforme, dans les secteurs de l'économie qui n'étaient pas occupés par des entreprises nationalisées, les entreprises privées étaient organisées en chambres du commerce et de l'industrie qui fixaient les prix

sous l'égide des autorités gouvernementales. Ces chambres ont manifesté, et cela n'est guère surprenant, une forte inclination à continuer de fixer les prix, même après que la participation et l'approbation du gouvernement ait pris fin. Dans ces conditions, même après la réforme, les autorités de réglementation du secteur public semblaient parfois exercer leur autorité pour obtenir des résultats jugés souhaitables pour des motifs totalement étrangers à l'efficacité, par exemple pour développer des champions nationaux.

La LFCE et les réformes d'ouverture du marché ont été lancées pendant l'administration du président Carlos Salinas, du Parti révolutionnaire institutionnel (PRI). Son successeur, le candidat du PRI Ernesto Zedillo, qui est arrivé au pouvoir en 1994, s'est trouvé confronté presque immédiatement à l'effondrement du peso et à la crise économique qui s'en est suivie. Bien que de fortes exportations aient ensuite aidé à la reprise de l'économie mexicaine, l'ex-président Salinas a été blâmé pour avoir contribué à la crise et au titre de sa prétendue complicité dans une série de méfaits. Dans la dynamique politique du Mexique, la politique de la concurrence et la CFC n'ont été d'aucune aide, dans la mesure où elles sont considérées comme un produit de l'ère Salinas ou une exigence imposée au Mexique par l'ALENA.

Marquant un virage historique après plus de 70 ans de règne du PRI, Vicente Fox, candidat du Parti d'action nationale (PAN), a gagné les élections nationales de 2000. Le PRI et le PAN ont chacun gagné les deux cinquièmes des sièges à la Chambre des députés, tandis que le PRI s'est assuré près de la moitié des sièges au Sénat. Lors des élections de 2003 à la Chambre basse des députés, la part des sièges détenue par le parti de l'administration Fox (PAN) est tombée de 30 % tandis que celle du parti de l'administration précédente (PRI) progressait de 44 %. L'équilibre égal des pouvoirs a rendu difficile d'adopter toute législation significative. Bien que la nouvelle administration soit en place depuis plus de deux ans, il existe encore peu d'éléments pour déterminer son attitude réelle à l'égard de la politique de la concurrence. L'impression générale semble indiquer que les ministres proviennent désormais plus des milieux d'affaires ou politiques, que de l'école technocratique qui fournissait habituellement l'essentiel du corps ministériel sous les deux dernières administrations du PRI. Récemment cependant, en juin 2002, le président Fox a annoncé que le gouvernement prépare un programme de développement économique dans lequel la politique de la concurrence jouera un rôle prééminent.

Depuis son accession au pouvoir, le président Fox a nommé un commissaire à la CFC. Il aura la possibilité de pourvoir un plus grand nombre de sièges, car les mandats de trois autres commissaires prendront fin avant la prochaine élection présidentielle de 2006. La législation actuellement à l'étude devant le Congrès, proposée par des députés affiliés au PRI et plusieurs petits

partis, donnerait au pouvoir législatif un rôle dans le processus de nomination en exigeant que le Sénat approuve les nominations présidentielles à la CFC.

Le Rapport de 1998 n'a pas seulement noté le caractère incertain du soutien public de la politique de la concurrence, mais également exprimé une préoccupation à propos de la perception publique de la CFC, qui semble s'être dissipée au cours des années suivantes. Le Rapport faisait observer ce qui suit :

L'opinion a l'impression que la CFC ne s'est pas véritablement affirmée et ce pour plusieurs raisons : son approche économique, son respect scrupuleux de procédures qui prennent parfois beaucoup de temps, les retards imputables à des recours fréquents devant les tribunaux et le sentiment que certaines décisions de la CFC ont sacrifié la concurrence à d'autres facteurs⁹.

Depuis 1998, la CFC a démontré à maintes reprises sa volonté d'affronter de puissants acteurs économiques et de leur appliquer énergiquement la loi, et rares sont certainement ceux qui pensent encore que la CFC est faible sur ce plan. Toutefois, il reste difficile de produire des résultats démontrables, spécialement depuis que la pluie de recours judiciaires auxquelles la CFC a dû faire face en 1998 s'est muée en un véritable orage. La CFC a gagné pratiquement chaque affaire portée devant la Cour suprême mexicaine, laquelle a reconnu la constitutionnalité de nombreuses parties de la LFCE et n'a rendu aucun arrêt définitif constatant l'existence de vices constitutionnels¹⁰. Néanmoins, les juridictions inférieures n'ont pas été manifesté un soutien aussi vif, et la CFC est considérée comme une instance dont les décisions peuvent être aisément attaquées, afin d'en retarder l'exécution, et qui a donc beaucoup de difficultés à réaliser ses objectifs de poursuites. Ce problème ne s'étend pas seulement aux recours judiciaires exercés à l'encontre des procédures et décisions de la CFC, mais également au recouvrement des amendes imposées par la CFC pour conduite illégale.

L'arrivée de l'administration Fox est le changement le plus significatif intervenu depuis 1998 dans l'environnement de la politique de la concurrence et de la CFC. La Cour suprême a consacré la constitutionnalité du statut légal de la CFC. Par ailleurs, le pouvoir législatif n'a pas amendé la LFCE au cours des cinq dernières années. Au contraire, de puissants intérêts ont échoué à plusieurs reprises dans leurs efforts pour échapper à la surveillance de la CFC en faisant modifier la loi. À la fois en 2000 et en 2001, le Congrès a rejeté des propositions visant à modifier la LFCE en exemptant les services de transports aériens commerciaux de son application. La CFC s'est opposée à cette réforme de la loi, qui visait à permettre aux actifs des compagnies aériennes détenus par le gouvernement d'être consolidés dans une seule et même compagnie aérienne. De la même manière, en 2001 et 2002, pendant l'élaboration de la

réforme de la législation sur les télécommunications par une conférence du Congrès, la CFC a résisté avec succès aux tentatives visant à dépouiller la CFC de son pouvoir de déclarer l'existence d'un pouvoir de marché substantiel dans ce secteur. Pour leur part, les règlements d'application de la LFCE n'ont pas été modifiés depuis leur promulgation initiale en mars 1998. La législation s'est enrichie d'un nouveau texte qui concerne la CFC (et le gouvernement fédéral dans son ensemble). La Loi fédérale sur la transparence et l'accès public aux informations gouvernementales a été promulguée en 2002, mais ses dispositions les plus importantes sont entrées en vigueur le 11 juin 2003. Cette loi impose un degré de transparence accru de la part des autorités gouvernementales, thème sur lequel ce Rapport reviendra ultérieurement à propos de la CFC.

2. Champ d'application de la loi sur la concurrence

La LFCE vise à mettre en application les dispositions antimonopole de l'article 28 de la Constitution mexicaine ; en conséquence, l'exposé du champ d'application de la loi mexicaine sur la concurrence doit commencer par un rappel de ce texte constitutionnel. L'article 28 commence par énoncer une prohibition de principe des « monopoles, pratiques monopolistiques [et] monopoles d'État. » Toutefois, il ajoute que certains « secteurs stratégiques » réservés à l'État échappent à l'interdiction des monopoles (bien qu'ils soient en fait des monopoles). Les secteurs stratégiques actuellement énumérés à l'article 28 sont le service postal, la télégraphie et la radiotélégraphie, le pétrole et les autres hydrocarbures, la pétrochimie de base, les minerais radioactifs, l'énergie nucléaire et l'électricité, ainsi que les fonctions d'émission de la monnaie réservées à la banque centrale. La liste ne peut être réduite qu'en vertu d'une modification de la Constitution, qui exige la majorité des deux tiers des deux chambres du Congrès et l'approbation de la majorité des assemblées législatives. Le Congrès peut allonger la liste simplement en légiférant à condition que soit dûment établi le fondement requis de « domaine stratégique ». D'autres dispositions de l'article 28 stipulent en outre que les privilèges exclusifs accordés aux titulaires de droits d'auteur et de brevets ne constituent pas des monopoles, et le même régime d'exemption est également accordé aux syndicats de travailleurs et aux associations à l'exportation.

La LFCE reflète et détaille les limites des exemptions constitutionnelles. L'article 4 reformule l'exclusion relative aux secteurs stratégiques, mais ajoute une réserve importante, en disposant que les entreprises nationalisées sont soumises à la loi en ce qui concerne les pratiques monopolistiques qui ne relèvent pas spécifiquement du domaine d'activité du secteur stratégique concerné¹¹. Les articles 5 et 6 de la LFCE réaffirment le principe que les syndicats de travailleurs et associations à l'exportation légalement constitués ne constituent respectivement pas des monopoles. Néanmoins, cette dernière

exception est soumise à plusieurs réserves, notamment celle que l'appartenance à l'association soit totalement volontaire, et que l'organisation de l'association soit conforme à la loi de l'état dans lequel l'association a son siège¹².

Sous réserve de ces exceptions, la LFCE est applicable, en vertu de ses dispositions, à « tous les agents économiques », incluant expressément les agences gouvernementales (article 3), ainsi qu'à « tous les secteurs de l'activité économique » (article 1). Elle s'applique donc à l'État, à ses agences et à toutes les entreprises commerciales nationalisées opérant hors des secteurs stratégiques. Cependant, lorsqu'une agence gouvernementale agit en tant qu'autorité réglementaire et non en tant qu'agent économique, la CFC n'a généralement aucun pouvoir d'application de la loi à son encontre. Si l'entité gouvernementale adopte une conduite réglementaire qui restreint abusivement la concurrence, la Commission peut notifier un avertissement à l'agence en question, mais non une injonction ayant force de loi. Par ailleurs, la LFCE ne prévoit aucune exception ni protection pour les conduites anticoncurrentielles privées au motif que la conduite en question est autorisée par une agence ou un fonctionnaire gouvernemental. La CFC écarte cette défense par principe, mais peut néanmoins infliger une sanction moins lourde au contrevenant.

La CFC est autorisée à intervenir pour s'opposer à des mesures réglementaires anticoncurrentielles dans un cas : lorsqu'une autorité fédérale ou locale prend une mesure limitant le commerce inter-États ou extérieur. L'article 17, section IV de la Constitution mexicaine réserve la réglementation de ce commerce au gouvernement fédéral et prohibe l'interférence des États. L'article 14 de la LFCE met cette disposition constitutionnelle en œuvre en disposant que « sont nuls et nonavenus les actes des autorités des États qui ont directement ou indirectement pour objet d'empêcher l'entrée de biens ou de services sur le territoire des États ou la sortie de biens ou de services du territoire des États, que ces biens ou services soient d'origine nationale ou étrangère ». Bien que la Commission ne puisse pas ordonner à l'État d'abroger la réglementation contrevenante, l'article 15 de la LFCE habilite la CFC à déclarer que la réglementation constitue une barrière aux échanges entre États. Ceci rend dans les faits la réglementation nulle au titre de l'article 117, alinéa v et les parties privées peuvent l'ignorer en toute impunité légale. La CFC a pour pratique habituelle de commencer par formuler une recommandation d'abrogation. Si l'autorité locale n'agit pas de son propre chef, la CFC alors publie une déclaration selon laquelle la réglementation constitue une barrière aux échanges entre États¹³.

Plusieurs organismes sectoriels de régulation indépendants ont été créés ; pour les télécommunications (la Commission fédérale des télécommunications, COFETEL, au sein du ministère des Communications et des Transports), pour l'électricité et le gaz naturel (la Commission de régulation de

l'énergie, CRE)¹⁴, pour les assurances (la Commission nationale des assurances), et pour les organismes de retraite (la Commission nationale du système des organismes de retraite). Le secteur des transports, y compris le transport ferroviaire, aérien et routier et les ports maritimes, est directement régulé par le ministère des communications et des transports, sans l'intermédiation d'une commission. Le secteur financier relève à la fois du ministère des Finances, de la Commission nationale pour les banques et les valeurs mobilières et de la Banque centrale du Mexique. Aucun de ces organismes publics n'est compétent pour l'application de la LFCE, et tous ces secteurs sont soumis à cette loi. L'une des principales caractéristiques d'un grand nombre de ces organismes sectoriels de régulation est qu'ils créent un rôle explicite pour la CFC. Plus précisément, la CFC doit déterminer l'absence de concurrence effective sur un marché (ou, uniquement pour le secteur des télécommunications, déterminer qu'un agent économique détient un pouvoir de marché substantiel) avant que l'organisme sectoriel de régulation puisse imposer des contrôles des prix. En outre, dans certains secteurs, les agents économiques qui souhaitent participer à un appel d'offres lancé par un organisme sectoriel ou qui veulent se porter directement candidat, à travers une procédure administrative, à une concession doivent d'abord obtenir un avis favorable de la CFC. La CFC peut désapprouver la demande ou lorsque des règles d'enchères en disposent ainsi fixer des conditions qui s'appliqueront au candidat, s'il veut l'emporter.

Une dernière forme de régulation du marché par le gouvernement découle d'une autre disposition de l'article 28 de la Constitution mexicaine. Outre l'interdiction des monopoles et la création des exemptions en faveur des « secteurs stratégiques » et autres exemptions précédemment évoquées, l'article 28 habilite le gouvernement fédéral à plafonner les prix des biens ou services jugés « nécessaires à l'économie nationale ou répondant à des besoins essentiels. » L'article 7 de la LFCE met cette disposition constitutionnelle en œuvre. L'exécutif fédéral est autorisé à déterminer les produits assujettis à ce régime, et le ministère de l'Économie fixe le plafonnement des prix après négociation avec les parties intéressées. L'article 7 dispose que les accords conclus entre le ministère et les producteurs ou distributeurs pour appliquer ces plafonnements de prix ne constituent pas une violation de la LFCE. Au milieu des années 80, 70 pour cent environ des produits étaient soumis, sous une forme ou une autre, à un contrôle des prix. Lors de la rédaction du Rapport de 1998, il n'y avait plus que deux produits, les tortillas et les médicaments, qui figuraient sur la liste. Les tortillas ont été ultérieurement supprimées, et le ministère de l'Économie étudie actuellement la suppression des médicaments de la liste. Toutefois, et comme ce rapport l'analysera ultérieurement, la distribution de gaz de pétrole liquéfié (GPL) a été ajoutée à la liste en 2001.

Un dernier aspect du champ d'application de la LFCE mérite attention, à savoir son applicabilité extraterritoriale. La loi n'établit aucune distinction entre les acteurs étrangers et nationaux, et la CFC a déclaré d'emblée que la LFCE « s'applique à tous les agents dont les actes produisent un impact dans le territoire mexicain »¹⁵. La CFC reconnaît cependant que la volonté de fonder des mesures d'exécution forcée de la loi sur un critère lié aux « effets » se heurte à de nombreuses difficultés, depuis l'obtention d'une compétence personnelle jusqu'au traitement des réactions adverses des pays étrangers concernés. La Commission a évité d'adopter une posture d'affrontement sur cette question, et préféré obtenir compétence à l'égard d'entités étrangères, dans plusieurs cas, par la soumission volontaire des parties à cette compétence.¹⁶ Elle a également traité les questions d'exécution transfrontières de la loi par des accords de coopération avec des autorités étrangères chargées de l'application de la législation antitrust, et en adoptant des réglementations destinées à exempter certaines opérations étrangères des obligations de notification préalable des fusions.

3. Contenu et application de la loi sur la concurrence et de ses dispositions corrélatives

La LFCE met en œuvre l'interdiction constitutionnelle frappant les monopoles, non pas en rendant les monopoles illégaux en soi, mais en prohibant et pénalisant les pratiques permettant d'atteindre ou de renforcer un pouvoir de monopole. Les Règlements d'application de la LFCE, publiés en mars 1998, développent des aspects spécifiques des dispositions de la loi, tant substantiels que procédurales. La LFCE distingue les pratiques absolues (article 9) ou relatives (article 10). Les pratiques monopolistiques « absolues » sont interdites en soi et les accords visant à les mettre en œuvre sont juridiquement nuls. Les parties à ces pratiques ne peuvent pas faire valoir qu'elles sont efficaces ; la présomption d'inefficacité de ces pratiques est irréfragable. En revanche, les pratiques monopolistiques « relatives » ne sont illicites que si les agents économiques exercent un « pouvoir substantiel » sur un marché en cause bien déterminé et ne peuvent pas rapporter la preuve de l'efficacité de la pratique.

La LFCE prévoit des sanctions administratives, y compris des mesures correctrices et des amendes, en cas de violation des dispositions légales en matière de pratiques monopolistiques. Les montants maximums d'amendes sont indexés, reflétant ainsi les tendances inflationnistes (ou déflationnistes) de l'économie. La référence utilisée est le salaire journalier minimum (SJM) pour le District fédéral de Mexico (c'est-à-dire, la ville de Mexico), qui a été fixé en dernier lieu en décembre 2002 à 43.65 pesos. En cas de pratiques monopolistiques absolues, le facteur maximum retenu pour le calcul de l'amende est fixé à 375 000 (de telle sorte que l'amende maximum s'élève à

environ 1.6 million USD). Pour les pratiques monopolistiques relatives, le facteur maximum retenu pour le calcul de l'amende s'élève à 225.000 pour la plupart des violations (932 000 USD). Le facteur maximum retenu pour le calcul de l'amende, en cas de violation découlant de la disposition « fourre-tout » de l'article 10, section VII, est fixé à un niveau plus bas, à savoir 100 000 (414 000 USD). Une disposition séparée, figurant dans l'article 37 de la LFCE, permet à la CFC d'imposer, dans des affaires à grand retentissement, une amende de remplacement égale au plus élevé de 10 % du chiffre d'affaires annuel du contrevenant ou 10 % des actifs du contrevenant. La CFC peut également renvoyer toute affaire de violation de la LFCE au procureur général pour examen des charges pénales pesant sur les personnes physiques responsables. Cette option s'applique dans des cas comportant 1) des pratiques monopolistiques qui affectent sévèrement le marché des produits de première nécessité, 2) la diffusion de fausse information à la CFC, et 3) l'incapacité à se soumettre à une résolution de la CFC aux termes de laquelle toutes les procédures d'appel ont été épurées.

3.1. Accords horizontaux : règles visant à empêcher la coordination à caractère anticoncurrentiel

Les pratiques monopolistiques absolues, qui sont illicites en soi en vertu de l'article 9, comprennent quatre types d'accords horizontaux injustifiables entre concurrents : la fixation des prix, les restrictions à la production, la répartition des marchés et les soumissions concertées. L'article 9 mentionne également certains agissements relevant de chaque catégorie générale. Par exemple, l'interdiction de fixation des prix couvre l'échange d'informations s'il a pour but ou pour effet de fixer ou de manipuler un prix : les dispositions concernant les restrictions à la production interdisent les engagements en termes de fréquence ou de volume ; les dispositions relatives à la répartition des marchés visent à la fois les marchés potentiels et les marchés effectifs ; enfin, les dispositions concernant les soumissions concertées couvrent aussi bien les accords qui ont trait à la participation que ceux qui portent sur le niveau des soumissions. Pour les pratiques monopolistiques relatives, une seule catégorie particulière d'accords horizontaux est visée : le boycott collusoire, mais grâce à une disposition « fourre-tout » figurant dans l'article 10, section VII, d'autres accords horizontaux peuvent être traités comme des pratiques relatives, s'ils « affectent ou altèrent indûment le processus de concurrence et le libre accès à la production, à la transformation, à la distribution et à la commercialisation de biens et de services ».

L'interdiction absolue par la LFCE de ces accords horizontaux injustifiables scelle une réforme essentielle, la suppression des contrôles des prix mis en place par des personnes privées et sanctionnés par les pouvoirs publics. Jusqu'au milieu des années 80, les prix de la plupart des biens et des services étaient

fixés au moyen de dispositions législatives ou réglementaires, et le niveau des prix réglementés était souvent le résultat d'un accord au sein de la profession. Les activités industrielles et commerciales étaient organisées en «chambres du commerce et de l'industrie», supervisées par le ministère de l'Économie¹⁷. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, la législation relative aux chambres du commerce et de l'industrie a été ultérieurement révisée pour limiter leur pouvoir en rendant l'adhésion volontaire et non obligatoire, mais leur propension à la collusion a persisté.

Une grande partie de l'action de la CFC a consisté, pendant ses premières années, à éradiquer les habitudes anticoncurrentielles que ce dispositif fondé sur l'existence de chambres du commerce et de l'industrie et de contrôles des prix avait contribué à créer. Les Règlements d'application de la LFCE de mars 1998 incluent des dispositions visant spécifiquement cette question. Ces dispositions précisent que la CFC considèrera que certaines circonstances (par exemple, l'existence de deux concurrents ou davantage adhérant à un prix annoncé par une chambre du commerce et de l'industrie) constituent une preuve circonstancielle d'un accord de fixation des prix. Depuis 1998, la CFC a continué à engager des actions pour fixation des prix impliquant des chambres du commerce et de l'industrie, mais en nombre considérablement réduit par rapport aux cinq années précédentes. Les actions récentes impliquaient des chambres du commerce et de l'industrie opérant dans des marchés comme les services de transport aérien de passagers, la pâte à tortilla, les services de courtage personnalisés, et l'agavé bleu (principal ingrédient de la tequila). Le seul cas de fixation des prix dans lequel la Commission ait renvoyé l'affaire au procureur général, en vue de poursuites pénales, s'est produit en 2000 et impliquait une association de producteurs de tortillas. Le procureur a refusé de poursuivre, car des sous-groupes de l'association étaient convenus de prix différents et il n'existait aucun accord entre les membres de l'association pour fixer un prix unique.

Les premières années d'application de la LFCE ont également été marquées par un grand nombre d'actions de la CFC pour collusion de petites entreprises (n'impliquant pas de chambre du commerce et de l'industrie). Les petites entreprises ignoraient souvent que la fixation des prix était illicite et prétendaient qu'une action conjointe était nécessaire pour faire effectivement concurrence à leurs grands rivaux. La prise de conscience que la loi existe et qu'elle ne permet pas de faire valoir ce fait justificatif semble s'être développée, puisque le nombre d'affaires impliquant de petites entreprises a chuté à un nombre extrêmement faible. Bien entendu, la raison tient peut-être au fait que les entreprises ont décidé de se faire concurrence comme la loi le prévoit, ou qu'elles sont devenues plus habiles à déguiser la collusion. Les petites entreprises sont autorisées à coordonner certaines activités sans enfreindre la LFCE en se regroupant dans des « sociétés d'intégration ». Ce dispositif, administré par le

ministère de l'Économie, a pour but d'aider les petites et moyennes entreprises à tirer partie d'économies d'échelle et à obtenir une plus grande efficacité pour leurs achats. Ces groupements sont généralement trop petits pour justifier une notification préalable conformément aux règles de la CFC sur la notification des fusions. La CFC considère que les petites entreprises participant en qualité d'associés ou d'actionnaires à ce type d'entités n'agissent pas en qualité de concurrents. En conséquence, l'établissement d'un prix unique auquel l'entité vend ses produits ne constitue pas une pratique monopolistique illicite en vertu de la LFCE.

En dehors de l'arène des chambres du commerce et de l'industrie et des petites entreprises, la CFC a engagé différentes actions pour pratiques absolues depuis 1997, y compris pour des soumissions concertées sur des offres de matériels médicaux, pour des ventes de produits chimiques de développement de radiographies à des établissements médicaux, et pour des affaires de fixation des prix impliquant la distribution de lait, sutures chirurgicales, bière et billets d'avion. Elle a également engagé des actions de suivi contre des filiales mexicaines de sociétés impliquées dans les cartels internationaux de la lysine et de l'acide citrique. La CFC continue de surveiller des secteurs récemment privatisés ou déréglementés, et a récemment engagé une action pour collusion horizontale impliquant le marché de la distribution du GPL. La CFC suspecte également l'existence d'une collusion dans différents autres marchés, mais n'a pas pu réunir des preuves suffisantes pour justifier des poursuites. La Commission estime qu'elle a besoin de meilleurs outils pour mettre au jour des ententes clandestines de fixation des prix, y compris le pouvoir de réaliser des perquisitions surprises qui lui permettent d'examiner la comptabilité des entreprises, et le pouvoir légal exprès d'exonérer des pénalités prévues par la LFCE les membres de ces ententes qui révèlent des accords de collusion.

3.2. Accords verticaux : règles visant à empêcher les arrangements anticoncurrentiels au niveau de l'approvisionnement et de la distribution

Les accords verticaux de tous types sont traités comme des pratiques monopolistiques relatives. L'article 10 identifie expressément cinq types d'accords verticaux : i) la répartition des marchés, ii) les prix de revente imposés, iii) les ventes liées, iv) la distribution exclusive, et v) le refus de traiter. La sixième et dernière catégorie spécifiée est le boycott collusoire, type d'accord horizontal qui comporte fréquemment un élément vertical. D'autres types d'accords verticaux peuvent être pris en compte au titre de la disposition «fourre-tout» de l'article 10, section VII. La disposition fourre-tout est mise en œuvre par le Règlement 7, qui ajoute cinq éléments à la liste des pratiques relatives : i) pratiques de prix prédatrices, ii) distribution exclusive en échange de rabais spéciaux, iii) subventions croisées, iv) discrimination en matière de

prix ou de conditions de vente, et v) renchérissement des coûts des concurrents. Les pratiques monopolistiques relatives ne sont illicites que s'il est démontré qu'elles sont nocives pour la concurrence. Aux termes de l'article 10, les pratiques en cause doivent «évincer indûment d'autres agents économiques du marché, limiter substantiellement leur accès, ou instaurer des avantages exclusifs en faveur de certaines personnes.» Plus important, une pratique monopolistique relative n'est illicite en vertu de la LFCE qu'à condition que son auteur détienne un pouvoir substantiel de marché sur le marché considéré¹⁸. Les Règlements clarifient les critères appliqués à la fois pour définir le marché considéré et l'existence d'un pouvoir de marché¹⁹, et disposent également que le défendeur peut invoquer l'efficacité comme moyen de défense (la charge de la preuve pesant sur le défendeur).

Les affaires dans lesquelles la CFC a engagé des poursuites en vertu de l'article 10 depuis 1997 reflètent une grande diversité de pratiques. Dans le domaine de la distribution exclusive, par exemple, les actions de la CFC ont abouti à la résiliation 1) d'un contrat entre une société de télédiffusion et la Fédération mexicaine de football, qui empêchait toute autre société de télédiffusion de diffuser les matches de l'équipe nationale de football, et 2) de contacts entre une société d'études de marché et des chaînes de grands magasins qui excluaient d'autres sociétés d'études de marché de l'accès aux données sur les ventes de ces chaînes. Dans une importante affaire impliquant Pemex, la CFC a attaqué des contrats entre Pemex et des opérateurs de stations de distribution de carburants qui imposaient aux stations de vendre exclusivement les marques de lubrifiants automobiles spécifiées par Pemex. Les lubrifiants ne font plus partie du « secteur stratégique » du pétrole et autres hydrocarbures depuis 1990, et cette affaire fournit donc un exemple frappant de comportement d'une entreprise monopolistique d'État qui était néanmoins soumise à la LFCE.

Les contrats de distribution exclusive dans le secteur des boissons ont été un motif récurrent d'intervention de la CFC. En 2000, en réponse à une plainte de PepsiCo et de deux producteurs mexicains de boissons non alcoolisées, la CFC a ouvert une enquête sur les contrats entre Coke et des milliers de petits points de vente, en vertu desquels ces derniers acceptaient de se limiter à la vente des marques Coke en échange d'un réfrigérateur gratuit ou d'une enseigne. Coke détient 72 pour cent du marché des boissons non alcoolisées du Mexique, et la CFC est parvenue à la conclusion, en 2002, que ces contrats étaient illicites. Entre-temps, la Commission a ouvert une enquête en 1999 auprès de deux grandes brasseries, Grupo Modelo (Modelo) et Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma (CGM, filiale de Femsa) à propos des contrats conclus avec des autorités fédérales et locales, qui imposaient la distribution locale exclusive de leurs marques. Les sociétés concernées ont accepté un règlement transactionnel en 2001, en s'obligeant à résilier les contrats en cause. Toutefois,

cette enquête ne s'est pas étendue à d'autres contrats exclusifs que les brasseurs avaient conclus directement avec des revendeurs. Tout récemment, le 29 mai 2003, la Commission a décidé d'ouvrir une enquête nationale sur les contrats exclusifs entre brasseurs de bière et revendeurs. Cette enquête fournira un forum à la Commission pour traiter les plaintes déposées au motif que les contrats de distribution exclusive des brasseurs mexicains ont été traités différemment des contrats exclusifs des fabricants étrangers de boissons non alcoolisées.

Bien que la LFCE ne mentionne pas les pratiques de prix prédatrices, les Règlements identifient comme une pratique monopolistique relative la « vente prolongée de biens ou services à des prix inférieurs à leur coût moyen total ou leur vente occasionnelle au-dessous de leur coût moyen variable ». Au cours des cinq dernières années, la Commission a traité trois affaires de prix prédateurs. Dans deux d'entre elles, l'une en 1998 et la seconde en 2002, la CFC a rejeté des plaintes alléguant des pratiques de prix prédatrices dans le secteur des transports interurbains par autobus. La troisième affaire est une procédure à épisodes engagée à l'encontre de Warner Lambert pour pratiques de prix prédatrices dans le marché du chewing gum. Après deux rounds de procédure qui ont commencé en 1994, la CFC a constaté et affirmé en 1998 que la société Warner Lambert dominait le marché du chewing-gum avec une part comprise entre 65 pour cent et 73 pour cent, qu'elle avait le pouvoir de contrôler les prix, que ses prix étaient durablement inférieurs au coût moyen total, et que la société plaignante avait perdu une part de marché mesurable en conséquence de la conduite de Warner Lambert²⁰. La décision de la CFC de 1998, qui a imposé une amende et prononcé une injonction, a ensuite été frappée d'appel, après quoi elle a été annulée et renvoyée devant une autre juridiction. En 2002, la Commission a prononcé une nouvelle décision, réaffirmant ses conclusions originelles.

Le Règlement de la CFC sur les pratiques de prix prédatrices, bien qu'il qualifie ces pratiques de dispositifs d'exclusion de la concurrence, ne fait aucune mention, dans la norme légale applicable, de la question de savoir si l'auteur pourra récupérer ultérieurement les pertes subies en raison des prix prédateurs pratiqués pour évincer un concurrent, lorsque ce concurrent sera sorti du marché. Le Rapport de 1998 concluait que le critère adopté par la CFC en matière de prix prédateurs était susceptible d'entraîner trop souvent des décisions économiquement erronées reconnaissant l'existence de ces prix et exhortait la CFC à imposer « un critère de récupération manifeste²¹. » La CFC n'a pris aucune mesure à la suite de cette recommandation jusqu'à la présente revue. Elle s'est en effet engagée à publier des critères de décision en vertu desquels la Commission devrait constater l'existence de « bonnes probabilités de récupération », avant de déterminer l'existence de pratiques de prix prédatrices. La Commission a déclaré qu'elle avait en fait appliqué ce critère

dans ses décisions précédentes. La Commission a également noté le faible nombre de dossiers de pratiques de prix prédatrices inscrits à son agenda, et observé que l'inquiétude à propos de fréquentes violations n'était pas fondée. Enfin, la Commission a exprimé des doutes sur la faisabilité d'appliquer « un critère de récupération manifeste », s'il devait exiger de constater la certitude de cette récupération. La Commission estime donc que son critère de récupération *probable* est plus approprié. La question est toutefois incertaine dans la mesure où la Cour suprême a rendu une décision le 25 novembre 2003 dans l'affaire Warner Lambert, déclarant inconstitutionnelle, la disposition fourre-tout de la loi (article 10, alinéa vii) sur laquelle la CFC avait fondé sa réglementation contre la fixation de prix.

La CFC a connu un très petit nombre d'affaires de pratiques de prix discriminatoires. Au cours des cinq dernières années, elle a rendu une décision en 1999 dans ce type d'affaire, en jugeant que l'autorité publique responsable de la gestion de l'aéroport de Cancun avait agi illégalement en facturant aux flottes de taxis des péages d'accès à l'aéroport inférieurs à ceux qu'elle facturait aux agences de transport. En 2002, la CFC a ouvert une enquête sur les allégations faisant grief à Wal-Mart de Mexico (Walmex) d'abuser de son pouvoir d'acheteur pour extorquer des prix discriminatoires aux fournisseurs. La CFC a examiné si Walmex exigeait des fournisseurs qu'ils lui consentent des prix plus faibles que ceux offerts à d'autres chaînes de détaillants. L'enquête a été clôturée début 2003 sans constater l'existence d'une violation. Walmex s'est engagé à aviser ses acheteurs qu'il fallait négocier les prix avec les fournisseurs, dans le cadre de la politique du groupe, en se focalisant exclusivement sur les prix facturés à Walmex, sans faire référence aux prix facturés aux concurrents de Walmex.

Une affaire intéressante mettant en jeu l'article 10 impliquait des actions entreprises par un groupe de sociétés de distribution de GPL afin de renchérir les coûts des concurrents. Le concurrent cible avait obtenu un permis pour construire une usine de stockage de gaz. La CFC a estimé que les auteurs avaient coopéré pour retarder l'inauguration de la nouvelle usine de douze mois, en saisissant le tribunal en référé afin de faire interdire la construction de « bâtiments dangereux » et en organisant des manifestations de rue devant les bureaux des autorités locales. Deux autres actions de la CFC ont également impliqué une pratique concertée de la nature d'un boycott collusoire. Une affaire examinée en 2000 impliquait la coopération entre un distributeur de blé et une association de fournisseurs de produits agricoles, en vertu de laquelle un concurrent du distributeur s'est vu refuser l'accès aux fournitures importées de blé dur à teneur élevée en protéines. Par ailleurs, une affaire examinée en 2001 a permis de constater que des producteurs de tortillas et des minotiers du Yucatan s'étaient entendus pour que la farine ne soit pas

vendue aux nouveaux producteurs de tortillas installés dans le voisinage des producteurs concernés.

La CFC a également engagé une série d'actions contre des pratiques monopolistiques relatives de Telmex, entreprise dominante dans le secteur de la téléphonie. L'une de ces actions, engagée en 2000, a conduit la CFC à constater un refus illicite de traiter. Les consommateurs appelant 800 numéros « verts » opérés par les opérateurs de téléphonie à longue distance devaient acheter une carte pré-payée « Ladatel » de Telmex, s'ils voulaient appeler ces numéros d'une cabine publique Telmex. Les clients utilisant des cabines publiques pour appeler 800 numéros opérés par Telmex n'avaient pas à supporter cette dépense, et Telmex refusait de contracter avec des opérateurs concurrents pour qu'ils puissent absorber directement le coût de l'accès aux téléphones publics. Bien entendu, les concurrents ne pouvaient pas commercialiser effectivement l'accès à 800 numéros auprès des sociétés, ces dernières ne voulant pas que les appelants doivent payer pour l'accès aux téléphones publics lorsqu'ils appelleraient un « numéro vert ».

3.3. Abus de position dominante : règles visant à remédier à un monopole en tant que tel

Les monopoles sont interdits, tant par la LFCE que par la Constitution, mais la loi ne comporte pas d'article spécifique sur la monopolisation ou l'abus de position dominante. Dans la loi mexicaine, les pratiques pouvant être définies dans d'autres pays comme un abus de position dominante ou une monopolisation sont traitées comme des pratiques monopolistiques relatives. En particulier, la LFCE ne vise pas les prix abusifs (trop élevés). Elle ne définit pas les comportements illicites en termes d'exploitation du pouvoir de marché au détriment des consommateurs, mais en termes de pratiques d'exclusion au détriment des concurrents ou d'autres entreprises de la chaîne de distribution. L'idée est que si une entreprise exploite son pouvoir de marché en appliquant aux consommateurs des prix supérieurs au niveau de concurrence, ce comportement incitera normalement de nouveaux concurrents à entrer sur le marché ; d'où un mécanisme autocorrecteur. Le risque que de nouveaux concurrents soient empêchés d'entrer sur le marché par des conditions de marché intrinsèques est traité, non pas par la LFCE, mais par les dispositions de lois sectorielles spécialisées. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, les systèmes réglementaires établis pour le secteur des télécommunications et pour le transport routier, aérien, maritime et ferroviaire, prévoient tous un contrôle des prix si la CFC constate une absence de concurrence effective sur le marché considéré (ou, dans les télécommunications, l'existence d'un agent économique possédant un pouvoir de marché substantiel). L'implication de la CFC sur ces marchés sera analysée ultérieurement dans ce Rapport.

L'approche de la LFCE, qui consiste à traiter la domination uniquement dans le contexte de pratiques particulières, reflète le précepte, tiré de l'expérience d'autres pays, selon lequel l'utilisation de moyens légaux pour restructurer un monopole est une entreprise dangereuse qui risque de faire plus de mal économique que de bien. Le Rapport de 1998 relevait toutefois que des problèmes surgiraient si la CFC était confrontée à une industrie hautement concentrée caractérisée par des profits élevés et un manque de nouveaux entrants sur le marché, sans pouvoir trouver aucune preuve de pratiques monopolistiques illicites²². En l'absence de recours structurels disponibles en vertu de la LFCE, et hors des secteurs soumis à une réglementation spécialisée, il existerait peu de moyens d'exposer une telle industrie à une concurrence réelle. Le Rapport notait que l'introduction d'importations pourrait être une approche envisageable, mais reconnaissait que certaines industries concentrées sont protégées de la concurrence des importations par des contraintes de faisabilité économique ou des barrières légales. Les recommandations finales du Rapport incluaient le passage suivant :

[Il] vaudrait la peine d'étudier l'opportunité d'ajouter des dispositions à la LFCE pour traiter plus directement le problème du monopole, en tant que question structurelle. Il est certain qu'il est difficile d'instaurer des recours à un coût acceptable. Mais il pourrait être utile de disposer des outils, quitte à les tenir en réserve pour une utilisation occasionnelle dans des affaires exceptionnelles mais importantes, où il est difficile d'établir clairement une conduite monopolisante illégale (par exemple, au motif que les victimes hésitent à agir), tandis que le pouvoir structurel de marché demeure persistant dans des conditions inacceptables²³.

La CFC fait savoir qu'elle prépare actuellement un projet de législation sur la monopolisation de la nature envisagée par le Rapport. Cette législation amenderait la LFCE, habilitant la Commission à poursuivre les entreprises monopolistiques qui lèsent les consommateurs en exploitant leur pouvoir de marché pour augmenter les prix et restreindre les approvisionnements. La CFC considère que ce pouvoir lui permettrait d'agir dans des industries mexicaines hautement concentrées comme celle du ciment, où les marges bénéficiaires sont élevées et où les prix nationaux semblent excéder significativement ceux qui sont facturés pour le ciment mexicain exporté vers des marchés étrangers. La CFC a enquêté sur l'industrie du ciment à plusieurs reprises par le passé, sans détecter aucune pratique monopolistique illicite.

3.4. Fusions : règles visant à empêcher que des problèmes de concurrence ne découlent de la restructuration des entreprises

L'article 16 de la LFCE interdit les fusions qui ont pour but ou pour effet de réduire, fausser ou entraver la concurrence. L'article 17 exige que la CFC, lorsqu'elle évalue une fusion, examine notamment si les parties à la fusion

obtiendraient le pouvoir de fixer les prix unilatéralement ou de limiter sensiblement l'accès des concurrents au marché, ou de se livrer à des pratiques monopolistiques illégales. L'article 18 exige en outre de la Commission, lorsqu'elle analyse des fusions, identifie le marché considéré et détermine le pouvoir de marché. Les Règlements de la CFC de mars 1998 clarifient les critères à appliquer pour définir le marché en cause et pour déterminer l'existence d'un pouvoir de marché²⁴, et prévoient la possibilité pour les parties à la fusion d'invoquer l'argument d'efficacité, la charge de la preuve incombant à ces parties. La LFCE habilite la Commission à sanctionner une fusion illicite en ordonnant un démantèlement total ou partiel, ainsi que d'autres mesures de réparation, y compris une condamnation à une peine d'amende pouvant atteindre 225 000 SJM (salaire journalier minimum) (932 000 USD).

D'autres clarifications sur l'analyse des fusions figurent dans le chapitre « critères » des Règlements de la CFC. Le Rapport de la Commission de 1993-94 comporte un chapitre intitulé « Critères généraux d'évaluation des fusions » qui traite des questions de compétence, des procédures de notification et des dates limites, ainsi que de questions substantielles comme l'évaluation des effets concurrentiels et des engagements de non-concurrence. Le texte précisait que la Commission appliquera des « indices de concentration » pour déterminer si la concentration sur le marché en cause est significative après la fusion, mais ne donnait aucune information complémentaire sur les indices ou l'analyse employés. En juin 1998, la Commission a répondu aux préoccupations exprimées par les milieux d'affaires, lui reprochant d'appliquer des critères d'analyse des fusions qui étaient parfois peu transparents ou difficilement compréhensibles, en publiant une circulaire officielle sur les indices de concentration.²⁵ La circulaire, conçue pour compléter les critères de définition du marché figurant dans les Règlements de mars 1998, décrit deux indices de concentration employés par la CFC. L'un est l'indice de Herfindahl (HHI) ; c'est-à-dire la somme des carrés des parts de marché de toutes les entreprises opérant sur le marché. La circulaire fixe une « marge de tolérance » pour les regroupements qui augmentent l'indice HHI de moins de 75 points, ou qui se traduisent par un indice HHI inférieur à 2 000. Le second est un « indice de position dominante, » qui est calculé comme la somme des carrés de la part de chaque entreprise dans l'indice HHI. On considère qu'une opération n'est pas susceptible d'affecter défavorablement la concurrence si elle ne provoque pas une augmentation de l'indice de position dominante, ou si elle se traduit par un indice de position dominante inférieur à 2 500. La circulaire note que ces indices de concentration ne sont néanmoins pas déterminants, et que la CFC prendra également en compte d'autres facteurs permettant de déterminer si la fusion aboutirait à un pouvoir de marché substantiel, c'est-à-dire à la possibilité de contrôler les prix ou de limiter sensiblement l'accès de concurrents au marché.

L'article 20 de la LFCE impose une obligation de notification préalable d'une fusion, indexée, comme les amendes pour violations, sur le salaire minimum journalier (SMJ). Il y a notification obligatoire si l'opération dépasse 12 millions de fois le SMJ (environ 49 millions USD), ou si elle se traduit par la détention de plus de 35 pour cent des actions ou de l'actif d'une entreprise dont le chiffre d'affaires ou l'actif sont supérieurs à ce niveau. Il y a également notification obligatoire si l'actif des parties ou leur chiffre d'affaires annuel total dépasse 48 millions de fois le SMJ (199 millions USD) et si la fusion entraîne une accumulation supplémentaire d'actifs ou d'actions supérieur à 4.8 millions de fois le SMJ (19.9 millions USD). Le Règlement 20 prévoit le dépôt d'une notification abrégée si les parties certifient que l'absence de potentiel anticoncurrentiel de l'opération est « pleinement manifeste. » Le Règlement 21, section II, permet une notification encore plus sommaire, qui doit être déposée dans les cinq jours suivant la réalisation de l'opération de restructuration, sous réserve que l'entité mère ait détenu ou contrôlé 98 pour cent au moins des actions des filiales absorbées pendant les trois années précédentes.

Les fusions intervenant en dehors du Mexique doivent en principe être notifiées à la CFC si elles ont des effets dans le pays, mais le Règlement 21, section I, exempte de l'obligation de notification les fusions entre entreprises étrangères qui ne renforcent pas le contrôle d'une entreprise située au Mexique, au motif que l'acquéreur n'obtient pas d'actifs nouveaux ni d'actions nouvelles au Mexique. La principale situation couverte par cette exemption est l'acquisition par une entreprise étrangère d'une autre entreprise étrangère qui vend des produits au Mexique par l'intermédiaire de distributeurs indépendants. L'exemption s'applique même si l'acquéreur a une filiale mexicaine qui entre en concurrence avec l'entreprise cible, car l'opération implique uniquement des actions étrangères et l'acquéreur n'obtient aucun actif nouveau au Mexique. L'office des fusions de la CFC a récemment interprété cette exemption en jugeant qu'elle couvrirait certaines opérations de restructuration impliquant des entreprises étrangères ayant des filiales mexicaines. Par exemple, une société mère ayant une filiale au Mexique et une autre filiale ailleurs peut souhaiter fusionner les deux. Si la filiale étrangère est l'acquéreur, l'opération relève manifestement du champ d'application du Règlement 21, section I, car elle implique des actions mexicaines que l'acquéreur ne possédait pas auparavant. La CFC accepte néanmoins d'exempter de l'obligation de notification dans ce cas, au double motif que l'acquisition n'a aucune implication concurrentielle et que la société mère n'obtient aucun actif nouveau au Mexique, même si la filiale acquéreur en obtient pour sa part²⁶.

Toutes les opérations notifiées sont soumises à l'examen de la CFC, selon une procédure assujettie par la loi à des délais stricts. La CFC a réalisé un travail admirable pour honorer ses obligations pendant la période de 1993 à

2003, en traitant les affaires peu complexes en une moyenne de 27 jours, alors que la loi prévoit un délai limite de 45 jours. Les affaires dans lesquelles la CFC a demandé un supplément d'information ont été résolues en une moyenne de 60 jours, alors que la loi prévoit un délai limite de 80 jours. Par ailleurs, les affaires très complexes, pour lesquelles la loi institue un délai limite de 200 jours, ont été traitées en moyenne en 109 jours. La sanction maximale en cas de défaut de notification est de 100 000 fois le SMJ (414 000 USD). La LFCE n'interdit pas, en soi, la réalisation d'une fusion notifiée pendant son examen par la Commission. Toutefois, la CFC invoque l'article 19 de la LFCE pour mettre en attente les opérations suspectes jusqu'à ce que la Commission parvienne à une décision finale. Les opérations notifiées qui reçoivent le visa d'approbation de la CFC ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (à moins que le visa d'approbation n'ait été donné sur la base d'informations fausses), et, si la CFC peut contester une fusion qui n'était pas soumise à l'obligation de notification préalable, elle ne peut le faire que dans l'année suivant la réalisation de l'opération.

Entre sa création au milieu de l'année 1993 et la fin de l'année 1997, la CFC a examiné 544 opérations de fusion. Entre 1998 et 2002, le nombre d'opérations de fusion examinées s'est élevé à 1287, pour un total de 1 831²⁷. Seul un nombre relativement faible d'opérations (40) ont été assujetties à des conditions au cours des cinq dernières années, et un nombre encore plus faible (11) ont été rejetées d'emblée. Les opérations restantes ont été soit autorisées (1 094) soit considérées comme des opérations dont la notification a été retirée, classée sans suite ou non déposée (142). Ainsi, sur les 1 145 opérations soumises à un examen sur le fond, 51 (soit 4.5 pour cent) ont fait l'objet d'objections ou été subordonnées à des conditions. Parmi les opérations significatives rejetées par la CFC depuis 1997, on citera 1) Coke-Cadbury (la part de marché détenue par l'acquéreur sur le marché des boissons non alcoolisées aurait augmenté de sept points pour passer à 71 pour cent); 2) Televisa-Radio Acir (l'acquisition aurait réduit la concurrence sur le marché de la publicité radiodiffusée en créant une entreprise détenant des participations dominantes à la fois dans des entreprises de télévision et de radio), 3) Ferromex-Ferrosur (l'opération aurait regroupé les exploitants ferroviaires dans deux des trois segments géographiques adjacents dans lesquels le système ferroviaire mexicain avait antérieurement été divisé pour privatisation), et 4) Bestfoods-Kraft (acquisition par une entreprise dominante de son principal concurrent sur le marché des potages et bouillons-cubes).

Par ailleurs, la Commission n'a pas cherché à bloquer des opérations qui n'étaient pas fondamentalement anticoncurrentielles, même si elles impliquaient de grandes entreprises ou des acquéreurs étrangers. Ainsi, la Commission a donné son visa à la fusion entre Citicorp et Banamex, seconde plus grande banque mexicaine, sous réserve seulement de certains

désinvestissements sur des marchés accessoires de services bancaires. Parmi les autres affaires dans lesquelles la CFC a autorisé des opérations mais imposé des conditions, on citera 1) Guinness-Grand Metropolitan (fusion de producteurs de boissons alcoolisées créant une entreprise détenant une part du marché des whiskies de 65 pour cent, où la Commission a exigé que l'entreprise de défasse de la marque « J and B » de Metropolitan), 2) Sara Lee-Canon (acquisition donnant naissance à une entreprise détenant 56 pour cent du marché de la bonneterie, où la Commission a exigé le désinvestissement de certaines marques et capacités de production), 3) Monsanto-Cargill (acquisition d'actifs de Cargill donnant naissance à une entreprise détenant 60 pour cent du marché des semences hybrides de maïs et 56 pour cent du marché des semences hybrides de sorgho ; Monsanto a exigé de céder une usine de production de semences hybrides au Mexique, de cesser d'utiliser la marque Cargill et de concéder une licence de cinq ans pour la production de semences sous la marque Cargill) ; et Assa Abloy-Phillips (acquisition de quatre lignes de produits de marque Phillips conférant à Assa Abloy une position dominante sur le marché des enclos et produits similaires, exigeant le désinvestissement de deux marques).

En 2002, une affaire de fusion impliquant l'acquisition de licences de largeurs de bande pour des services de téléphonie mobile « pcs » illustre parfaitement les efforts de la CFC pour promouvoir la concurrence dans un secteur réglementé de l'économie. Initialement, les licences de largeurs de bande pour la téléphonie cellulaire ont été accordées par le gouvernement mexicain en 1990. Le pays a été divisé en neuf régions géographiques et deux licences ont été accordées dans chacune d'elles – l'une à Telmex et l'autre à un opérateur indépendant. En 1997, le gouvernement a offert des licences supplémentaires pour la téléphonie du service de communication personnel (« pcs »), technologie numérique concurrente de la téléphonie cellulaire mais qui utilise des fréquences différentes. La CFC a participé au développement de plafonds de fréquence qui limitaient le nombre de fréquences cellulaires et pcs qu'un même opérateur pouvait obtenir. Les plafonds ont été conçus pour encourager l'entrée de quatre à cinq opérateurs de téléphonie mobile (cellulaire et pcs) pour chaque région géographique. En 2002, Telefónica Moviles, entreprise espagnole exploitant des services de téléphonie cellulaire dans quatre des neuf régions du Mexique, a cherché à acquérir Pegaso Telecomunicaciones, entreprise mexicaine qui détenait des licences pcs pour l'intégralité des neuf régions. Après avoir analysé les conditions existantes sur le marché de la téléphonie mobile, et reconnu, en particulier, la difficulté de faire concurrence à Telmex sur ce marché, la CFC a décidé de permettre l'opération. Elle est parvenue à cette conclusion en dépit du fait que sa décision ait eu pour conséquence pratique de conférer à Telefónica Moviles un plus grand nombre

de fréquences que celui autorisé en vertu des plafonds appliqués dans le cadre de la procédure d'allocation de 1997.

Enfin, une autre affaire importante a été examinée au cours des cinq dernières années à la suite d'une demande d'avis présentée à la CFC, plutôt qu'à la suite d'une notification de fusion. Fin 1994, les deux grandes compagnies aériennes du Mexique, Aeroméxico and Mexicana, ont fait faillite et ont été reprises par des banques créancières. En 1995, les banques ont cherché à créer une société holding, sous l'acronyme de CINTRA, qui exploiterait les deux compagnies aériennes et s'engagerait à améliorer leur situation financière. Le regroupement exigeait le visa de la CFC, qui a autorisé la création de la société holding mais imposé des conditions destinées à maintenir la concurrence entre les deux compagnies aériennes ; comptabilité séparée, gestion indépendante et contrôle des performances par un consultant de la CFC. Des changements ultérieurs dans l'actionnariat des banques créancières pendant la crise du peso au Mexique ont conduit le gouvernement à détenir une participation de contrôle dans CINTRA par l'intermédiaire de l'IPAB (Institut pour la protection de l'épargne bancaire). En 2000, l'IPAB et plusieurs banques créancières qui détenaient encore des actions de CINTRA ont demandé l'opinion de la CFC sur leurs projets de céder leur participation au capital des compagnies aériennes à un seul et même acquéreur.

Dans sa réponse, la CFC a fait observer que les deux compagnies aériennes desservaient habituellement 80 pour cent du trafic passagers national du Mexique, et qu'une étude de 41 itinéraires reliant deux grandes villes révélait que les indices de concentration augmenteraient, sur de nombreux marchés, dans une mesure excédant largement les niveaux autorisés. La Commission en a conclu que les obstacles à l'entrée limitaient la concurrence sur le marché et que les économies d'échelle ne dictaient pas la conclusion qu'une seule compagnie aérienne pourrait être viable sur le marché du transport aérien intérieur mexicain. La CFC a donc décidé que les deux compagnies aériennes devraient être vendues séparément à des propriétaires indépendants, à défaut de quoi l'entité regroupée constituerait une concentration illicite susceptible d'être attaquée en vertu de la LFCE. La dissolution de CINTRA est encore en cours en raison de la crise de l'industrie du transport aérien, qui sévit depuis les événements du 11 septembre et la crise en Irak.

Ni la LFCE ni les Règlements de la Commission ne consacrent expressément le droit de justifier une fusion au motif de la « quasi-faillite de l'entreprise fusionnée ». Le Rapport de 1998 notait que la faiblesse financière d'une partie à la fusion « peut être prise en compte dans l'évaluation par [la CFC] des effets concurrentiels probables, mais qu'il n'est pas précisé quels sont les principes à appliquer et quelles sont, le cas échéant, les présomptions à retenir »²⁸. Le Rapport concluait en observant qu'« en matière d'examen des fusions, une plus grande transparence dans le traitement de l'effet concurrentiel

des difficultés financières d'une entreprise serait la bienvenue²⁹. » La CFC confirme que l'évaluation du dommage potentiel à la concurrence tient compte de l'argument tiré de la quasi-faillite de l'entreprise fusionnée. La Commission ajoute d'ailleurs que c'est l'un des facteurs qui a conduit à accepter la création de CINTRA en 1995, ainsi que la toute récente formation d'une société holding d'État pour exploiter plusieurs entreprises sucrières en faillite. Cependant, jusqu'à une époque récente, la Commission n'a pris aucune mesure pour édicter des critères ou autres orientations formelles concernant l'application de l'argument de défense tiré de la faillite de l'entreprise fusionnée. Le 26 juin 2003, la Commission a annoncé qu'elle prévoyait de publier des directives en matière de fusions avant juin 2004 et qu'elles incluraient des dispositions traitant des entreprises en quasi-faillite et en faillite.

Comme ses responsabilités en matière de contrôle des fusions en vertu de la LFCE, la Commission assume un rôle apparenté en vertu des réglementations sectorielles pour déterminer quels agents économiques peuvent participer à une procédure de privatisation et à des enchères en vue d'obtenir des concessions, licences et permis octroyés par le gouvernement fédéral. La Commission Interministérielle de privatisation (CIP) a établi comme règle qu'un avis favorable de la CFC était une condition nécessaire pour les participants éventuels à chaque enchère publique de se retirer d'entreprises publiques. De même, la loi fédérale sur les télécommunications, les réglementations sur le gaz naturel, la loi sur les services ferroviaires et la réglementation sur les services de satellite exigent tous un avis favorable de la CFC, comme condition pour les agents économiques intéressés à l'obtention de concessions ou de licences émanant de régulateurs sectoriels par le biais d'une enchère publique ou directement à travers une procédure administrative. Les procédures d'évaluation des candidats aux procédures de privation et d'enchères diffèrent des procédures en matière de fusion, et varient d'un programme à l'autre. Il n'existe aucun seuil d'actifs comparable à ceux qui s'appliquent aux notifications préalables aux fusions, et les délais limites d'action de la Commission dépendent des règles spécifiques à l'enchère concernée. Pour évaluer les participants éventuels à l'enchère, la CFC considère les conséquences sur les conditions de l'offre et le pouvoir de marché des participants. Comme en matière de fusions, un nombre relativement faible de candidats ont été bloqués ou soumis à des conditions.

Entre sa création au milieu de l'année 1993 et la fin de 1997, la CFC a résolu 322 affaires de privatisation et d'adjudication. Le nombre d'affaires réglées entre 1998 et 2002 s'est élevé à 1242, pour un total de 1564. Le total d'affaires pour la période la plus récente est faussé en raison du dépôt en 2002 de 738 déclarations d'intention de solliciter un permis de distribution de GPL. Les règlements applicables à ces permis exigent uniquement que la partie notifie préalablement à la CFC son intention de solliciter ce permis. La CFC a

la faculté de s'opposer à la participation de la partie concernée en notifiant une objection, mais aucun visa d'approbation n'est exigé de la CFC comme cela est le cas en vertu d'autres régimes réglementaires. La CFC n'a formulé aucune objection à l'égard de ces demandeurs de permis de distribution de GPL, et, en soustrayant ces notifications, le nombre total d'affaires résolues au cours des cinq dernières années est réduit à 504. Sur ces 504 affaires, 404 ont donné lieu à une approbation, 12 ont donné lieu à un refus, 16 ont été subordonnées à des conditions, et les 72 autres ont fait l'objet d'un désistement, d'un retrait ou d'un classement sans suite. Ainsi, sur les 432 demandes examinées sur le fond, 28 (soit 6.5 pour cent) ont été bloquées ou soumises à conditions, contre 4.5 pour cent pour les opérations de fusion.

Le volume des procédures de privatisation a diminué ces dernières années, sous l'effet de l'épuisement du processus dans toute l'économie mexicaine. Parmi les affaires importantes auxquelles la CFC a participé au cours des cinq dernières années, on citera la vente des actifs d'un système ferroviaire, et d'installations aéroportuaires et portuaires. Dans le cadre d'une procédure engagée en 1998, impliquant une installation nationale de stockage de céréales, la CFC a décidé qu'une société liée à une compagnie ferroviaire devrait vendre un terminal céréalier portuaire si elle remportait l'adjudication. Toujours en 1998, la CFC a examiné la privatisation de Grupo PIPSA, unique producteur de papier journal du Mexique. La Commission est parvenue à la conclusion qu'il était inutile de désagréger les usines de production de PIPSA, en raison de la disponibilité de papier journal importé, mais a recommandé que toute vente de PIPSA à une société d'édition soit subordonnée à la condition que l'acquéreur garantisse l'approvisionnement d'éditeurs concurrents en papier journal, à des conditions non discriminatoires. En 2000, la CFC a refusé la participation de Gas Natural de México (GNM) à des adjudications de permis de distribution de gaz naturel pour la région de Guadalajara. La Commission a noté que GNM détenait déjà six des vingt permis disponibles pour la région, et que l'acquisition d'un septième permis ferait de GNM un acteur dominant sur le marché.

La fourniture de services de satellites géostationnaires par l'intermédiaire des trois satellites existants au Mexique a été privatisée au profit d'une seule entreprise, SatMex, en 1997. En 2000, la CFC n'a formulé aucune objection à l'encontre d'aucun des soumissionnaires qui avaient demandé une allocation directe de concessions pour utiliser des fréquences associées à des satellites étrangers. La Commission a adopté cette position quoique l'un deux soit Enlaces Integrales, une filiale de SatMex. Il y avait de nombreuses possibilités pour les concurrents de SatMex d'obtenir de telles fréquences, et la Commission a souligné qu'il était souhaitable d'ouvrir le marché des services à la concurrence étrangère. La CFC a ensuite rejeté une demande de SatMex qui sollicitait elle-même l'accès aux services de satellites étrangers. SatMex s'est plainte d'une

réduction de la concurrence sur le marché, au motif que le prix qu'elle payait pour accéder au système de satellites mexicains excédait le prix auquel ses concurrents pouvaient acheter l'accès aux services de satellites étrangers. Le ministère des Communications et des Transports (SCT) et la CFC examinent actuellement cette plainte.

En 2001, Radio Móvil Dipsa (Telcel), société de téléphonie mobile liée à Telmex, a sollicité une autorisation du SCT visant à élargir sa concession existante afin d'opérer un réseau de télécommunications. La requête sollicitait l'autorisation d'offrir des services de téléphonie cellulaire à longue distance, en supplément de son service de téléphonie cellulaire locale préalablement autorisé. En vertu des réglementations applicables, l'obtention d'un avis favorable de la Commission fédérale des télécommunications (COFETEL) constituait une condition nécessaire pour que le SCT approuve la demande. COFETEL a, à son tour, demandé l'avis de la CFC alors que la participation de la CFC n'était pas exigée. La CFC, ayant antérieurement déterminé que Telmex détenait une position dominante sur le marché des services à longue distance, est parvenu à la conclusion que le fait de permettre à la société liée Telcel d'assurer son expansion sur ce marché ne pourrait qu'aggraver la situation. En outre, COFETEL a le pouvoir de réguler les tarifs des services à longue distance, et la CFC a fait observer que le fait d'accueillir la demande de Telcel pourrait permettre à Telmex d'éluder la réglementation tarifaire en offrant à ses clients des services à longue distance via Telcel. COFETEL a décidé de recommander l'approbation de la demande de Telcel, mais imposé des conditions apparemment conçues (bien que d'une efficacité douteuse) pour répondre aux préoccupations de la CFC. Ainsi, le permis prévoit ce qui suit : 1) pendant les deux premières années, Telcel ne pourra fournir des services à longue distance qu'aux clients auxquels il fournit également un service local, 2) les tarifs des services à longue distance de Telcel doivent être approuvés par COFETEL, et 3) il est expressément interdit à Telcel de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

En 2002, la CFC a examiné les dossiers des soumissionnaires pour l'adjudication d'un marché de fourniture d'une capacité de production d'énergie électrique dans l'État de Tamaulipas. L'appel d'offre était lancé dans le cadre du programme Producteur d'Électricité Indépendant du Mexique (IPP). L'énergie électrique constitue un « secteur stratégique » au Mexique, réservé au gouvernement fédéral en vertu de l'article 28 de la Constitution, et deux entreprises nationalisées sont responsables de la fourniture d'électricité au public. La plus grande, la Commission fédérale de l'électricité (CFE) est responsable de tout le territoire national, à l'exception du District Fédéral et de certaines zones adjacentes, qui sont desservies par la seconde entreprise, Luz y Fuerza del Centro (LFC). L'investissement privé est autorisé pour le financement de capacités de production d'électricité, mais uniquement pour assurer l'auto-

approvisionnement et la cogénération à petite échelle. Les participants au premier des trois éléments du permis sont requis de vendre toute la production excédentaire à la Commission fédérale d'électricité, alors que les participants à l'IPP vendent toute leur production à la CFE dans le cadre d'un contrat à long terme. Le programme IPP est jugé légal en vertu de l'article 28, car les producteurs privés ne sont pas réputés se livrer à la fourniture d'électricité dans le cadre du « service public ». Dans la procédure Tamaulipas, la CFC a défini le marché en cause comme celui de la génération et de la vente d'électricité dans la région nord-est du réseau électrique national, et a examiné le dossier des soumissionnaires pour évaluer si l'un d'eux détiendrait un pouvoir de marché substantiel si le marché de l'électricité était ultérieurement ouvert à la concurrence. Estimant que ce risque n'existait pas, et observant que le prix de vente de l'électricité à la CFE est soumis à un contrôle tarifaire, la Commission a décidé de ne formuler aucune objection.

3.5. Détermination de l'existence d'un pouvoir de marché : règles déclenchant un contrôle des prix pour remédier au pouvoir de marché

La plupart des régimes réglementaires sectoriels du Mexique autorisent l'organisme sectoriel de régulation à imposer une régulation des prix, des contrôles d'accès et d'autres exigences à la charge des acteurs du secteur, si la CFC détermine l'absence de concurrence effective sur un marché (ou, uniquement pour le secteur des télécommunications, détermine qu'un agent économique détient un pouvoir de marché substantiel). La Commission peut également décider ultérieurement qu'en raison de changements intervenus sur le marché, une concurrence effective a été restaurée, de telle sorte que les contrôles réglementaires peuvent être supprimés. Lors de la privatisation de différentes installations de services aéroportuaires et connexes entre 1998 et 2000, la CFC est parvenue à la conclusion qu'il n'existait aucune concurrence effective et qu'il était donc opportun d'instaurer un contrôle des prix à la fois pour l'exploitation des aéroports eux-mêmes et pour la fourniture de tous les services aéroportuaires connexes. Dans la ville de Mexico, l'aéroport est toujours exploité par l'État, mais les services aéroportuaires connexes sont fournis par des sociétés privées et ne font pas l'objet d'un contrôle des prix, en l'absence de la détermination préalable requise de la CFC. En 2000, la CFC est parvenue à la conclusion qu'il n'existait aucune concurrence effective dans la ville de Mexico pour la fourniture des services de transport intérieur de passagers (corridors télescopiques et passages mobiles). En ce qui concerne le secteur des transports aériens, le Rapport de 1998 notait (p. 183) que la CFC enquêtait pour déterminer si les tarifs des billets d'avion révélaient l'exercice d'un pouvoir de marché pour certaines liaisons interurbaines. La CFC a finalement conclu, en octobre 1998, à l'absence de concurrence effective sur les marchés de 26 liaisons interurbaines. En ce qui concerne les ports maritimes,

la CFC a considéré qu'il n'existait pas de conditions concurrentielles dans ce secteur et a ainsi concouru à la loi de privatisation de 1993 conférant au ministère des Communications et des Transports le pouvoir de réglementer les tarifs dans toute l'industrie. En 1998, trois ans après la vente des ports, la société exploitant le port de Veracruz a demandé à la CFC de déterminer si une concurrence effective s'était développée sur ce marché, mais la Commission a constaté que tel n'était pas le cas.

En 2001, la Commission a examiné les conditions concurrentielles dans le secteur de la distribution de GPL. Le Mexique est le premier consommateur mondial de GPL à usage domestique, et les sociétés de distribution privée qui ont obtenu l'autorisation, au milieu des années 1990, de livrer du GPL provenant des terminaux de pipeline de Pemex, ont initialement négocié des accords avec le gouvernement pour fixer les prix facturés aux consommateurs. Ces accords sont venus à terme en 2000, et les prix ont immédiatement augmenté d'une manière apparemment coordonnée. La CFC a ouvert deux enquêtes, l'une pour déterminer si les distributeurs étaient engagés dans une collusion horizontale, et l'autre pour déterminer s'il existait une concurrence effective. Fin 2001, la Commission a constaté une collusion dans 19 États et un manque de concurrence effective dans 20 des 35 marchés en cause. Cette dernière constatation aurait autorisé le ministère de l'Énergie à imposer une réglementation des prix dans ces 20 marchés, mais l'exécutif fédéral avait déjà décidé de réglementer les prix à l'échelle nationale en vertu de l'article 7 de la LFCE et de la clause de « services de nécessité publique » instituée par l'article 28 de la Constitution. Cette affaire de collusion a été réglée à l'amiable, les distributeurs de GPL s'obligeant à participer à un programme de formation à la politique de la concurrence et à coopérer à une étude économique sur le marché de la distribution de GPL.

Toujours en 2001, la CFC a réaffirmé la décision à laquelle elle était initialement parvenue début 1998, dans laquelle elle reconnaissait que Telmex détenait un pouvoir de marché substantiel dans cinq marchés de la téléphonie : service local, service national à longue distance, service international à longue distance, accès au réseau local et « services de transport interurbain » pour les appels émanant d'autres opérateurs. Telmex avait sollicité la révision judiciaire de la décision initiale de la Commission, et obtenu la suspension de la décision de la CFC en attendant des mesures réglementaires de COFETEL. Les réglementations édictées par COFETEL en 2000 avaient également été suspendues en conséquence de la procédure judiciaire engagée par Telmex. La CFC a ultérieurement retiré sa décision de 1998, procédé à une nouvelle détermination du pouvoir de marché afin de corriger les manques constatés par le tribunal saisi du recours en révision, et adopté une nouvelle décision. Comme prévu, Telmex a contesté la nouvelle décision de la CFC en justice. COFETEL n'a pas encore réengagé sa procédure ni édicté une nouvelle réglementation.

Le Rapport de 1998 exprimait un certain mécontentement à propos de la division des pouvoirs dans les secteurs réglementés, et concluait que la CFC devrait avoir jouer un rôle accru dès lors qu'elle aurait déterminé l'absence de concurrence effective. Le Rapport suggérait une première solution, à savoir exiger que la CFC approuve les réglementations sectorielles adoptées dans le sillage de ses conclusions. La seconde solution suggérée serait que la CFC assortisse sa détermination de l'existence d'un pouvoir de marché de normes fondées sur les performances, qui seraient incluses dans les réglementations. Enfin, la dernière solution suggérée par le Rapport était que la CFC ait le pouvoir d'intervenir dans les procédures d'application et d'exécution forcée des réglementations, de telle sorte qu'elle puisse promouvoir des réactions efficaces de la part des autorités de réglementation sectorielle³⁰. Aucune proposition de texte législatif visant à mettre ces idées en œuvre n'a été élaborée par la CFC ni examinée par le Congrès.

Au cours des cinq dernières années, la CFC a enregistré un palmarès mitigé de participation à des procédures visant à instaurer des contrôles des prix dans des secteurs du marché caractérisés par une concurrence non effective. Dans le secteur des transports aériens, bien que la CFC ait communiqué au ministère des Communications et des Transports la conclusion à laquelle elle était parvenue en 1998, à savoir l'absence de concurrence effective sur 26 liaisons interurbaines, le Ministère n'a jamais pris aucune mesure à la suite de cette conclusion. Aucune réglementation tarifaire n'a été imposée dans le secteur des transports aériens au cours des cinq dernières années. En ce qui concerne les aéroports, la CFC n'a pas participé à l'élaboration de réglementations de contrôle des prix, que ce soit pour l'exploitation des aéroports eux-mêmes ou pour la fourniture de services aéroportuaires connexes. Il en est de même de l'élaboration de réglementations de contrôle des prix pour les opérations portuaires et la distribution de gaz liquéfié. Par contre, la Commission a étroitement coopéré, à l'invitation de la COFETEL, à l'élaboration des réglementations édictées en 2000 pour le contrôle des cinq marchés de téléphonie sur lesquels la CFC avait constaté que Telmex détenait un pouvoir de marché substantiel.

3.6. Barrières au commerce instituées par les États : règles visant à empêcher toute limitation du commerce inter-États

Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, l'article 14 de la LFCE autorise la CFC à décider si une restriction imposée par un État mexicain constitue une barrière aux échanges entre États, et est, de ce fait, nulle. La Commission a résolu onze affaires de cette nature au cours des cinq dernières années, elle a publié des recommandations dans sept affaires et fait quatre déclarations publiques selon lesquelles des barrières entre états existaient. Souvent, les restrictions aux échanges rencontrées par la CFC sont des exigences sanitaires imposées

par des États à l'importation par des États voisins de produits alimentaires périssables (viande, volaille, lait et œufs). Les arguments soutenant que ces restrictions locales ne sont pas des barrières anticoncurrentielles, mais plutôt des exigences sanitaires raisonnables, sont généralement rejetés car les restrictions généralement font obstacles aux échanges entre États, plutôt que de mettre en œuvre des règles sanitaires. En 1999, la CFC a eu à connaître d'une affaire impliquant une modification du décret sur les transports locaux d'un District fédéral ; le décret modifié interdisait la participation étrangère au capital des entreprises fournissant des services de transport de marchandises dans le District fédéral. La CFC a décidé que cette restriction était une restriction inadéquate à la libre circulation des capitaux d'investissement entre les États, et relevait également qu'une loi fédérale en vigueur autorisait des propriétaires étrangers à détenir jusqu'à 49 pour cent du capital de sociétés mexicaines de transport de marchandises.

3.7. Protection des consommateurs : cohérence avec le droit et la politique de la concurrence

Les réglementations relatives à la protection de la concurrence et celles relatives à la protection des consommateurs sont appliquées, en droit mexicain, par deux organismes différents. La Loi fédérale sur la protection des consommateurs est mise en œuvre par le Procureur pour les consommateurs (PROFECO), dont les services sont situés au sein du ministère de l'Économie, auquel la CFC est également affectée à des fins administratives. Les objectifs de la loi sur la protection des consommateurs sont de promouvoir et protéger les droits des consommateurs et d'assurer l'équité et la sécurité juridique dans les relations entre les consommateurs et leurs fournisseurs. Le PROFECO applique également les contrôles des prix établis en vertu de l'article 28 de la Constitution (disposition relative aux « articles nécessaires ») et la législation sur les poids et mesures. La CFC estime qu'avec une telle conception de la politique à l'égard des consommateurs, il y a peu de recoupements avec les questions de politique de la concurrence. En conséquence, il n'y a que peu de contacts entre les deux organismes. Le Rapport de 1998 a suggéré que la CFC développe des liens plus étroits avec le PROFECO afin de sensibiliser les consommateurs aux bienfaits de la concurrence. Le Rapport a également recommandé que la CFC envisage, comme un autre moyen d'obtenir la reconnaissance des consommateurs, de poursuivre les affaires de publicité déceptive qui emportent des effets anticoncurrentiels³¹. Les relations entre la CFC et le PROFECO n'ont pas changé sensiblement depuis 1998. La Commission rapporte qu'elle a examiné plusieurs affaires de publicité déceptive en vertu de la LFCE, mais qu'elle n'en a rencontré aucune qui implique l'exercice d'un pouvoir de marché indispensable pour motiver des sanctions. La CFC fait également observer qu'elle a sollicité l'assistance du PROFECO pour enquêter sur plusieurs

affaires de pratiques monopolistiques et exprime l'espoir que cette coopération s'intensifiera à l'avenir.

4. Outils institutionnels : mise en œuvre de la politique de la concurrence

4.1. Institutions chargées de la politique de la concurrence : la Commission fédérale de la concurrence

La CFC, seule compétente pour l'application de la LFCE, est une entité indépendante. L'article 23 de la LFCE dispose qu'elle est « autonome sur le plan technique et opérationnel ». La Commission est rattachée au ministère de l'Économie pour les besoins de l'administration budgétaire. En d'autres termes, la CFC négocie ses demandes de budget avec ce ministère, lequel les transmet au ministère des Finances pour présentation au Congrès dans le cadre du collectif budgétaire de l'exécutif. Les amendes recouvrées à l'occasion des procédures de la CFC sont versées à un fonds du trésor public et non à la CFC. En outre, l'exécutif peut ajuster les budgets approuvés en cours d'année fiscale si les conditions financières l'exigent, et ces changements peuvent affecter la CFC. Le projet de loi examiné par le Congrès, visant à exiger l'approbation des nominations présidentielles à la Commission par le Sénat, contient également une disposition budgétaire. Si la loi est adoptée, la CFC sera transformée et, d'une autorité « déconcentrée », deviendra une autorité « décentralisée ». La CFC présenterait alors ses demandes budgétaires directement au ministère de l'Économie et toutes les amendes recouvrées seraient créditées au compte de la CFC.

L'autonomie décisionnelle de la CFC est protégée par la durée du mandat des commissaires. Le président de la CFC et quatre autres commissaires sont désignés par le président du Mexique pour une durée échelonnée de dix ans, et ils ne peuvent être révoqués que pour motif grave. Les commissaires de la CFC échappent donc à la pratique habituelle de la rotation quasi totale du personnel après les élections présidentielles tous les six ans. L'indépendance de la CFC résulte d'une loi et non d'un acte normatif de niveau inférieur, et les commissaires de la CFC sont désignés par le président, et non par des ministres.

Le président et quatre commissaires constituent la réunion plénière de la CFC, à laquelle la LFCE confère le pouvoir de prendre des décisions au nom de la CFC. La réunion plénière prend ses décisions à la majorité des voix. En cas de partage des voix au motif qu'un siège est vacant, le président dispose d'une voix supplémentaire. Le président préside les réunions plénières, dirige les travaux de la CFC, représente publiquement la CFC et peut recruter et congédier le personnel. Le secrétaire exécutif, désigné par le président de la CFC, est chargé de la coordination opérationnelle et administrative. Les travaux de la CFC incombent à ses directions générales (affaires juridiques, études économiques,

concentrations, enquêtes, privatisation et opérations régionales), assistées de cinq directions techniques (international, normes économiques, contrôle & suivi, administration et médias d'information).

Les bureaux de la CFC sont situés à Mexico. Elle n'a actuellement aucun bureau régional. La Commission a un accord avec le ministère de l'Économie, en vertu duquel les agents du ministère dans tout le territoire mexicain sont autorisés à recevoir des plaintes, demandes et notifications se rapportant à la LFCE et, plus généralement, à servir de points de contact dans les régions. La CFC a également signé des accords de coopération avec la plupart des gouvernements des États mexicains.

4.2. Mise en œuvre du droit de la concurrence par la CFC

Aux termes de l'article 30 de la LFCE, la CFC peut agir soit sur plainte soit de sa propre initiative (« *ex officio* ») pour la mise en œuvre de la loi ou toute autre procédure devant la CFC. Les plaintes pour pratiques monopolistiques absolues peuvent être déposées par n'importe quelle personne, tandis que les plaintes pour pratiques monopolistiques relatives et les fusions achevées ne peuvent être déposées que par une partie affectée³². Si la plainte répond aux conditions de forme et de fond posées par la loi et les Règlements, la CFC doit se saisir de l'affaire ; elle n'a pas pouvoir de rejeter une plainte sans être parvenue à une décision quelconque sur le fond. Le pouvoir de rejeter des plaintes entachées de vices juridiques a été délégué au président et au secrétaire exécutif, agissant conjointement (et sous réserve de révision par la réunion plénière). L'acceptation d'une plainte qualifie le plaignant pour participer à la procédure subséquente devant la Commission. Toutefois, le Règlement 26, section IV, dispose qu'une plainte à propos d'une opération de fusion en cours sera rejetée si une notification relative à cette opération a été déposée auprès de la Commission. Le Règlement dispose que la Commission tiendra compte des assertions du plaignant pour analyser la fusion, mais n'accordera pas au plaignant le statut de participant³³.

La procédure devant la Commission est assortie de délais stricts. Certains résultent de la loi même et d'autres ont été fixés par ses Règlements d'application. Pour les questions ordinaires d'application des lois, la CFC s'est engagée à rendre sa décision finale dans les 90 à 150 jours à compter de la réception de la plainte. Les décisions concernant les fusions doivent être rendues dans des délais différents, évoqués ci-dessus. Pour les demandes de réexamen (dans les 30 jours à compter de la décision de la CFC), la CFC doit se prononcer dans les 60 jours.

Lorsqu'une enquête est ouverte, la Commission publie au *Diario Oficial* (journal officiel du gouvernement fédéral), un avis annonçant, en termes généraux, les pratiques illicites en cause et identifiant le marché concerné,

mais sans nommer l'entreprise qui constitue la cible spécifique. L'avis sert à solliciter des informations pertinentes auprès des personnes intéressées. Pendant l'enquête, la Commission peut exiger la production de documents, recueillir des témoignages écrits et prendre des dépositions verbales de « toutes personnes ayant un lien avec les faits » objets de l'enquête. Dans les affaires de plainte, la Commission signifie habituellement une demande d'enquête préalable à l'entreprise cible, mais ne divulgue pas à ce stade l'identité du plaignant ni les preuves qu'il a produites. L'article 34, section II, de la LFCE autorise la Commission à infliger une amende pouvant atteindre 1 500 SJM (6 200 USD) en cas de non réponse aux demandes d'enquête préalable, et l'article 35, section III, de la LFCE lui permet d'infliger une amende pouvant atteindre 7 500 SJM (31 000 USD) en cas de présentation de déclarations ou d'informations fausses. La loi impose à la Commission de tenir « strictement confidentielles » toutes informations produites auprès d'elle ou obtenues par elle pendant sa procédure.

À l'issue de l'enquête, la Commission détermine s'il « existe des éléments suffisants pour établir l'existence de pratiques monopolistiques ou de concentrations prohibées »³⁴. Dans la négative, la Commission clôture la procédure et le notifie au plaignant. Dans l'affirmative, l'entreprise cible se voit signifier un acte de responsabilité alléguée (ou OPR, pour « *oficio de presunta responsabilidad* »), qui inclut l'énonciation de la violation alléguée et des faits cités à l'appui. L'identité du plaignant est divulguée au défendeur à ce stade. Le défendeur dispose alors de trente jours pour déposer sa réponse et faire une offre de preuves. Tant le plaignant que le défendeur peuvent demander à la Commission d'ordonner des mesures d'enquête complémentaires pour leur compte, en usant du pouvoir qui lui est dévolu à cet effet. Lorsque la Commission a statué sur l'offre de preuves du défendeur et toutes les demandes de mesures d'enquête, une audience a lieu, si besoin est, pour recueillir les dépositions des témoins. Le directeur général des Affaires juridiques préside l'audience, à laquelle peuvent assister tant le plaignant que le défendeur. La Commission peut ordonner un complément d'enquête, si besoin est, afin d'élucider pleinement toutes les questions en litige. La Commission invite ensuite les parties à soumettre leurs mémoires, et, clôture le dossier une fois ces mémoires reçus.

Le Règlement 35 de la Commission prévoit que des experts peuvent témoigner dans le cadre des procédures devant la CFC, mais la Commission adopte la position que l'offre de preuve par expert doit être limitée à des questions techniques, par exemple les détails d'un processus de fabrication pertinents pour calculer les coûts dans une affaire de prix prédateurs. La Commission refuse d'accepter le témoignage d'experts économistes, au motif que la Commission est elle-même un expert économique, et ne doit pas plus accepter le témoignage d'un économiste qu'un tribunal celui d'un expert

juridique. Toutefois, les participants sont libres de soumettre des analyses écrites d'économistes pour examen à la CFC, mais celle-ci n'est pas obligée de traiter ces analyses de la manière formelle dont elle serait tenue de le faire pour des déclarations de témoins. La position de la CFC sur le thème des témoignages d'experts économiques a été attaquée en justice, mais la Commission a triomphé en se fondant sur un précédent judiciaire dans lequel un tribunal spécialisé dans les affaires de marques a été autorisé à refuser le témoignage d'un expert sur le droit des marques.

En vertu du Règlement 41, le défendeur peut, à tout moment pendant la procédure mais avant que la Commission ne rende sa décision, présenter une offre écrite de règlement transactionnel de l'affaire, en cessant les pratiques illicites en cause et en adoptant des mesures préventives appropriées. La Commission peut accepter l'offre et clôturer l'affaire, mais le Règlement spécifie qu'aucun règlement transactionnel n'empêche la Commission d'infliger une amende ni le plaignant de solliciter des dommages-intérêts.

Une pratique de la Commission n'est pas expressément visée dans la LFCE ni dans les Règlements, à savoir le prononcé d'injonctions préliminaires. Le Règlement 1 de la Commission dispose que le Code fédéral de procédure civile mexicain s'applique aux procédures de la Commission, pour toute question qui n'est pas traitée par d'autres dispositions. Or, le Code de procédure civile contient des dispositions permettant le prononcé d'injonctions provisoires, et la CFC a invoqué ces dispositions à quelques occasions, en assortissant un OPR d'une injonction exigeant du défendeur qu'il mette fin aux pratiques monopolistiques attaquées pendant le déroulement de la procédure de la Commission. La Commission a adopté cette approche de manière très spectaculaire dans l'affaire de distribution exclusive Coke. Comme on pouvait s'y attendre, l'utilisation de cet outil est très controversée, et les parties qui ont fait l'objet de ces injonctions ont formé un recours judiciaire à leur encontre. La Cour suprême a établi une jurisprudence faisant autorité, selon laquelle le tribunal saisi de ce recours en révision ne peut pas suspendre une injonction provisoire de la CFC dans le cadre de la procédure judiciaire engagée pour la contester. Cependant, la question sous-jacente de savoir si la Commission peut invoquer le Code fédéral de procédure civile pour prononcer d'emblée une injonction, n'est toujours pas résolue. Les cours d'appel sont partagées sur ce point et l'affaire est actuellement pendante devant la Cour suprême. La CFC élabore actuellement un amendement à la LFCE destiné à lui conférer expressément le pouvoir de prononcer des injonctions. La Commission prévoit de proposer cet amendement indépendamment de la manière dont la Cour Suprême statuera, car elle préfère que tous les outils de mise en œuvre de la loi soient spécifiés dans la LFCE elle-même.

Une fois le dossier clôturé, la Commission doit rendre sa décision statuant sur l'affaire dans le délai de soixante jours prévu par la loi³⁵. Tout participant à la

procédure peut alors demander à la Commission de reconsidérer sa décision. L'article 39 de la LFCE dispose que le dépôt d'une telle requête entraîne automatiquement le sursis à exécuter la décision de la Commission, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cette requête. La Commission a traité 452 requêtes à fin de réexamen au cours des cinq dernières années, 40 en 1998, 41 en 1999, 49 en 2000, et 75 en 2001, et ce chiffre a bondi à 247 en 2002. Sur les 247 affaires traitées l'année dernière, 116 requêtes ont été déposées par des distributeurs de GPL dans le dossier « absence de concurrence effective » et 47 par des entreprises d'embouteillage dans le dossier distribution exclusive Coke. En faisant abstraction de ces deux dossiers, on obtient un total de 84 réexamens pour 2002. La Commission confirme sa décision dans environ 55 pour cent des cas, adopte des modifications dans un dixième des cas, et révoque sa décision dans un autre dixième des cas. Les 25 pour cent restants représente des requêtes qui sont retirées, rejetées pour vices de procédure, ou considérées comme non déposées. Pratiquement tous les cas dans lesquels la Commission révoque ou révisé sa décision impliquent la production de nouvelles preuves par le requérant.

Le tableau ci-dessous présente le nombre d'affaires « réglées » par la Commission entre 1993 et 2002 (c'est-à-dire des affaires dans lesquelles la procédure légale s'est intégralement déroulée devant la Commission), impliquant des pratiques monopolistiques et autres entraves à la concurrence. Au cours des

Tableau 1. **Pratiques monopolistiques et autres restrictions de la concurrence**
Activités de la Commission : 1993-2002

	Juillet-juin			Juillet- décembre 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
	1993-94	1994-95	1995-96								
Nombre total d'affaires réglées	30	16	27	17	52	50	41	63	64	68	428
Plaintes	19	6	14	8	25	33	26	55	46	59	291
Sanctions ou recommandations	4	1	5	–	2	9	3	7	6	20	57
Plaintes rejetées	1	1	1	3	1	10	12	33	–	–	62
Plaintes réglées en vertu du Règlement 41	–	–	–	–	–	1	1	2	2	3	9
Plaintes classées	–	–	2	2	5	2	–	1	17	17	46
Autres ¹	14	4	6	3	17	11	10	12	21	19	117
Enquêtes ex-officio	11	10	13	9	27	17	15	8	18	9	137
Sanctions ou recommandations	6	6	10	2	13	5	6	4	7	3	62
Enquêtes réglées en vertu du Règlement 41	–	–	–	–	–	–	1	–	3	3	7
Plaintes classées	5	4	3	7	14	12	8	4	8	3	68

1. Y compris les plaintes retirées, déclarées irrecevables et considérées comme non déposées.

cinq dernières années, la Commission a résolu 219 plaintes et 67 enquêtes *ex officio*. Sur ces plaintes, 45 (20.5 pour cent) ont abouti à des sanctions ou recommandations, et neuf autres plaintes (4.1 pour cent) ont fait l'objet d'un règlement transactionnel en vertu du Règlement 41. Si l'on considère uniquement les 54 plaintes qui impliquaient soit un constat de violation de la LFCE par la Commission soit un règlement transactionnel en vertu du Règlement 41, le pourcentage de plaintes ayant abouti à un règlement augmente à 16.7 pour cent. Sur les 67 affaires où la Commission s'est saisie *ex officio*, 25 (37.3 pour cent) ont abouti à des sanctions ou recommandations, et sept (10.4 pour cent) ont fait l'objet d'un règlement transactionnel. Si l'on considère uniquement les 32 affaires *ex officio* qui impliquaient soit un constat de violation de la LFCE par la Commission soit un règlement transactionnel, le pourcentage d'affaires ayant abouti à un règlement augmente à 21.9 pour cent.

La CFC publie ses décisions par voie de communiqué de presse, et sous la forme d'un court résumé de la décision dans le *Diario Oficial*, et affiche un résumé plus long sur son site web. Le texte intégral de la décision est publié dans l'édition suivante du bulletin trimestriel de la Commission, qui est également affiché sur le site web.

Les avocats qui interviennent devant la Commission expriment plusieurs préoccupations à propos des pratiques et procédures de la Commission (et déplorent également que le témoignage de certains experts soit écarté, ainsi qu'il a été dit ci-dessus). Ces préoccupations méritent qu'on leur porte attention, bien qu'elles ne soient pas universellement partagées, et peuvent être classifiées dans les catégories suivantes : 1) transparence et cohérence des décisions de la Commission, 2) problèmes d'impartialité, et 3) confidentialité. La préoccupation centrale, concernant la transparence et la cohérence, tient au fait que la Commission conserverait une trop grande faculté d'appréciation discrétionnaire, dans la mesure où elle ne divulgue pas suffisamment les raisonnements sous-jacents à ses décisions. Les parties aux affaires devant la CFC qui estiment que les décisions de la Commission sont insuffisamment détaillées peuvent les attaquer devant les tribunaux (ce qu'elles font), de telle sorte qu'il existe un frein légal à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire excessif par la Commission. Certains avocats se déclarent néanmoins mécontents de devoir ainsi exercer un recours judiciaire, et soutiennent qu'indépendamment des normes de réexamen judiciaire, la Commission devrait décrire son analyse de manière plus détaillée, et expliquer comment le raisonnement employé se rattache à celui d'affaires antérieures précédentes. La toute récente Loi sur la transparence ne résout pas cette controverse. La CFC publie déjà le texte intégral de ses décisions initiales et de ses décisions prononcées sur réexamen. Quelques impasses sont parfois faites pour protéger des informations confidentielles, mais elles n'affectent pas substantiellement l'exposition de l'analyse de la Commission³⁶.

La nouvelle loi étend les obligations de divulgation de la Commission pour couvrir les votes exprimés par les Commissaires dans des affaires individuelles, et toute opinion séparée ou dissidente qu'un Commissaire peut émettre lors d'une réunion plénière³⁷. La loi n'exige pas, cependant, que la CFC émette des opinions plus développées.

Le Rapport de 1998 notait que la circulaire de la CFC de 1998 sur les indices de concentration a été publiée, en partie, en réponse aux préoccupations des milieux d'affaires, qui considéraient que les critères d'analyse des fusions appliqués par la CFC étaient parfois « peu transparents ou difficilement compréhensibles »³⁸. Bien que les avocats considèrent que la circulaire de 1998 a marqué une étape dans la bonne direction, il n'en demeure pas moins que la Commission n'a publié aucun autre critère substantiel, ni aucune autre directive formelle depuis cette date. Néanmoins, ainsi qu'il a été noté ci-dessus, la Commission a annoncé, le 26 juin 2003, qu'elle prévoyait de publier des directives sur les fusions d'ici juin 2004, et préparait un projet qui serait publié pour commentaires publics. Ce texte devrait répondre aux préoccupations du secteur privé à propos des politiques de contrôle des fusions de la CFC. Les directives pourront également promouvoir la transparence en ce qui concerne la définition du marché et du pouvoir de marché dans d'autres affaires que les fusions.

Les préoccupations relatives à l'impartialité découlent de la manière dont certains avocats perçoivent l'approche de la Commission en matière d'enquêtes, et particulièrement les enquêtes découlant d'une plainte déposée par une partie tierce. La cible d'une enquête de la CFC n'apprend l'existence de cette enquête qu'au moment où elle reçoit la notification d'enquête préliminaire de la Commission. Ce document, bien qu'il ne soit pas formulé comme une mise en demeure, peut faire figure d'énigme pour la cible de l'enquête, car il ne décrit pas les allégations spécifiques qui ont motivé l'enquête, et ne divulgue ni l'identité du plaignant ni les preuves que le plaignant a soumises. Certains milieux estiment que la Commission n'a pas à enquêter sur une plainte pour déterminer s'il y a motif de croire à l'existence d'une pratique illicite, mais devrait simplement émettre un OPR dès qu'elle reçoit une plainte présumée valable³⁹. Quoi qu'il en soit, une fois l'OPR émis et la Commission investie d'un rôle décisionnel, il n'existe aucune restriction limitant les contacts entre les Commissaires et les participants, ou entre les Commissaires et le personnel de la CFC chargé des poursuites. En outre, rien n'exige que la teneur de ces discussions soit consignée dans le dossier de l'affaire. Le fait que des Commissaires individuels discutent des affaires en cours avec le personnel et les participants lors de réunions séparées peut également alimenter les doutes que la cible de l'enquête peut éprouver à propos de l'impartialité de la réunion plénière. En conclusion, ces pratiques ont pour effet de faire souvent passer la Commission pour un simple prétexte entre les mains du plaignant.

La CFC note que la Cour suprême a confirmé la constitutionnalité du processus d'enquête de la Commission. La Commission observe également que la pratique de communications sans restrictions entre les Commissaires, le personnel de la Commission et les participants à une affaire en cours est un principe consacré par la pratique judiciaire mexicaine, et qu'elle est la règle pendant les procédures devant toutes les juridictions, y compris la Cour suprême. En outre, bien qu'un participant à une affaire devant la CFC puisse parfaitement déposer une plainte administrative s'il a la preuve d'un manque d'impartialité d'un agent de la Commission, aucune plainte de cette nature n'a jamais été déposée dans le cadre d'une procédure devant la CFC.

En ce qui concerne la confidentialité, personne ne fait grief à la Commission de ne pas protéger convenablement les données commerciales sensibles qu'elle reçoit. La préoccupation exprimée tient plutôt au fait qu'il n'existe aucun Règlement de la Commission qui traite des questions de confidentialité. D'aucuns estiment que cette lacune risque de produire des effets indésirables lorsque les décisions de la Commission sont soumises à un réexamen judiciaire. Les tribunaux de réexamen sont enclins à ordonner une large divulgation des dossiers des affaires de la Commission, avec cette conséquence que des données commerciales peuvent tomber entre les mains des concurrents de l'une des parties.

Les participants (y compris les plaignants) impliqués dans des affaires devant la Commission ont de multiples opportunités d'exercer des recours judiciaires si elles ne sont pas satisfaites des décisions de la Commission. Deux recours sont potentiellement disponibles : une action en « *amparo* » devant un tribunal fédéral de district et un appel devant le Tribunal de justice fiscale et administrative (Tribunal « fiscal »). L'action en *amparo* est une procédure instituée par les articles 103 et 107 de la Constitution mexicaine, afin de conférer à toute personne une protection contre des actes inconstitutionnels du gouvernement. L'action en *amparo* peut être engagée par toute personne qui prétend être soumise à une loi inconstitutionnelle ou allègue que ses droits à une procédure régulière ont été violés. Dans ce contexte, la notion de procédure régulière a un spectre très large, et ne se limite pas à des questions « procédurales ». Les participants peuvent attaquer des décisions de la Commission sur le fond (ce qu'ils font, d'ailleurs) dans le cadre d'une action en *amparo*, car la clause relative à la garantie de procédure régulière contenue dans l'article 16 de la Constitution mexicaine exige que les décisions des autorités administratives articulent le « fondement légal et la justification de la décision prise ». Selon l'interprétation qu'en a donnée la Cour Suprême, cette clause permet l'abrogation judiciaire de toute décision administrative qui est arbitraire ou fantasque, qui n'est étayée par aucune preuve substantielle, ou qui repose sur un raisonnement illogique ou contraire aux principes généraux du droit⁴⁰. Dans le cadre des décisions de la CFC, des actions en *amparo* ont été

engagées pour attaquer 1) des demandes d'information émises lors de toutes les phases des enquêtes préliminaires et des procédures formelles, 2) le prononcé de l'OPR, 3) des décisions admettant ou rejetant des offres de preuves, 4) des injonctions préliminaires et autres ordonnances interlocutoires, 5) des amendes infligées pour défaut d'obtempérer à des ordonnances dans le cadre de l'enquête préliminaire, et 6) des déterminations et décisions finales de la CFC⁴¹. Certaines actions en *amparo* allèguent que la LFCE est inconstitutionnelle en soi, tandis que d'autres allèguent que la loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle dans le cas d'espèce, et d'autres encore allèguent une erreur entachant la décision finale de la CFC.

Le volume des actions en *amparo* a significativement augmenté au fil des ans. En 1997, 15 actions ont été engagées. Depuis cette date, le nombre d'actions est passé à 33 en 1998, 63 en 1999, 83 en 2000, 124 en 2001, et 117 en 2002, soit un total de 420 affaires entre 1998 et 2002 (contre 122 à la fin de l'année 1997). Sur les 420 affaires, 239 (57 pour cent) ont été engagées pendant le déroulement d'une procédure devant la Commission, tandis que les 181 autres (43 pour cent) l'ont été pour contester des décisions finales de la Commission. L'interface procédurale entre les actions en *amparo* et la procédure sous-jacente devant la Commission devient excessivement complexe. Les défendeurs peuvent déposer une série d'actions en *amparo* au fur et à mesure que l'action progresse devant la CFC, et des affaires devant la Commission impliquant plusieurs défendeurs peuvent entraîner une multitude d'actions en *amparo* devant différents tribunaux de district⁴². Lorsque des actions en *amparo* contestant une procédure interlocutoire est tranchée en faveur du défendeur, la Commission commence habituellement une nouvelle procédure, qui est elle-même susceptible d'être attaquée en *amparo*. Par ailleurs, les décisions des tribunaux de district dans les actions en *amparo* peuvent être frappées d'appel par l'une ou l'autre des parties devant une juridiction supérieure. Si le tribunal de district a statué sur la constitutionnalité de la LFCE, l'appel de cette décision relève directement de la Cour suprême. Les appels sur toutes autres questions sont tranchés par des cours d'appel où siègent trois magistrats, dont les décisions ne sont généralement pas susceptibles d'appel. Toutefois, la Cour suprême ne tranche pas seulement les questions de constitutionnalité de la loi, mais examine également les questions impliquant des conflits entre des décisions de plusieurs cours d'appel. Ainsi, les questions procédurales qui divisent plusieurs cours d'appel à propos de la LFCE peuvent être examinées, en dernier ressort, par la Cour suprême.

L'action en *amparo* retarde bien entendu l'issue des procédures devant la Commission. En outre, si l'action en *amparo* implique une décision de la Commission, les défendeurs sollicitent généralement, et les tribunaux de district leur accordent, le sursis à exécution de la décision de la CFC jusqu'à ce que le tribunal ait statué⁴³. Bien que la Commission ait presque toujours

trionphé dans le cadre des actions en *amparo* qui sont allées jusqu'à la Cour Suprême, les tribunaux de district se sont prononcés contre la CFC en de nombreuses occasions, généralement sur des points de procédure. Ces décisions défavorables comportent peut-être un biais, lorsque l'action en *amparo* implique à la fois des questions procédurales et une contestation de la décision finale de la CFC sur le fond. En effet, les tribunaux de district connaissent mal les questions de fond relatives au droit des ententes, et sont probablement peu rôdés à l'application de ce droit. En outre, le Mexique applique un système de droit civil qui a traditionnellement impliqué des textes législatifs détaillés, et les tribunaux ne sont pas habitués à manier une loi aussi courte et peu détaillée que la LFCE. En statuant défavorablement sur un point de procédure, le tribunal peut renvoyer l'affaire à la CFC et éviter d'avoir à statuer sur la question de droit des ententes.

Dans un petit nombre d'actions en *amparo* dirigées contre des décisions de la Commission, les parties contestant la décision de la Commission ont offert le témoignage d'experts économiques. Les tribunaux de district ne sont soumis à aucune règle empêchant la déposition d'experts économiques, mais les règles de procédures applicables aux actions en *amparo* exigent que le tribunal désigne son propre expert s'il décide d'admettre le témoignage de l'expert d'une partie. Cela pose un autre problème, en raison de la limitation du budget judiciaire disponible pour des services de cette nature, et du cercle très limité des économistes compétents en matière de droit des ententes. Dès lors, l'expert finalement retenu par le juge peut ne pas avoir l'expertise convenable pour une affaire impliquant une décision de la CFC. Néanmoins, les règles procédurales exigent que le juge, lorsqu'il statue sur le fond de l'affaire, s'appuie sur l'expert désigné par le tribunal plutôt que sur l'expert choisi par une partie.

Les problèmes posés par une action en *amparo* sont difficiles à résoudre. Au fil du temps, le volume d'affaires pourra diminuer au fur et à mesure que certains dossiers atteindront le niveau de la Cour suprême. Entre-temps, seule une modification de la constitution pourrait limiter le droit au réexamen judiciaire ; or, toute modification du schéma constitutionnel de contrôles de la constitutionnalité et de l'équilibre qui en résulte est nettement rejetée. Il a parfois été question de créer un tribunal spécialisé dans les actions en *amparo*, ayant l'expertise économique nécessaire pour connaître des affaires venant de la CFC et des autres autorités administratives traitant de questions économiques, mais aucune initiative n'a été prise pour avancer sur le projet.

La seconde forme de révision judiciaire ouverte aux parties lésées consiste à engager une action devant le Tribunal fédéral de justice fiscale et administrative. La fonction première de ce tribunal est d'examiner les affaires fiscales, mais il se reconnaît également compétent pour revoir toute décision d'une autorité administrative qui implique l'imposition d'une obligation de paiement d'une

somme d'argent à une partie privée. Ainsi, toute décision interlocutoire ou décision finale de la Commission qui inflige une amende est susceptible d'un recours devant ce tribunal. En outre, si une décision finale de la CFC est en cause, la partie privée peut demander au Tribunal fiscal de revoir également la partie injonction de la décision. La CFC a soutenu, parfois avec succès, que le Tribunal fiscal était uniquement compétent pour réviser des décisions et avis d'imposition ordinaires, et qu'il n'avait donc aucune compétence dans les affaires relevant de la CFC. La CFC soutient également qu'à supposer même que le Tribunal fiscal puisse légalement examiner des condamnations financières prononcées par la CFC, il ne peut réviser aucune autre disposition d'une décision de la Commission. Les cours d'appel sont partagées sur la question de savoir si la Commission est bien fondée dans cette interprétation, ou si le Tribunal fiscal a compétence pour revoir tout ou partie d'une décision de la CFC. La Cour suprême ne s'est pas encore exprimée sur ces questions.

Une partie privée qui n'est pas satisfaite d'une décision du Tribunal fiscal peut engager une action en *amparo* pour la contester devant une cour d'appel composée de trois magistrats. Le recours en révision de décisions judiciaires devant la Cour suprême n'est possible que pour les décisions sur la constitutionnalité ou des questions impliquant des conflits entre les décisions de différentes cours d'appel. La CFC, bien qu'elle puisse interjeter appel de décisions en *amparo* qui lui sont défavorables, ne peut pas elle-même engager d'emblée une action en *amparo*. Ainsi, le seul recours de la CFC, si elle n'est pas satisfaite d'une décision du Tribunal fiscal, consiste à engager une procédure d'appel conformément à la loi. Toutefois, la loi assujettit la compétence de la cour d'appel à un certain taux de ressort minimum, et les amendes infligées dans des affaires relevant de la CFC n'excèdent généralement pas ce seuil.

Comme les actions en *amparo*, le volume des actions devant le Tribunal fiscal a augmenté au fil des années, mais dans une mesure considérablement moindre. Seules trois actions ont été engagées entre 1993 et 1997. Depuis cette date, le nombre annuel s'est élevé à 6 en 1998, 9 en 1999, 14 en 2000, 13 en 2001, et 43 en 2002, soit un total de 85 affaires au cours des cinq dernières années. Le pic observé en 2002 s'explique par deux procédures devant la Commission qui avaient abouti à infliger des amendes à l'encontre de multiples parties pour défaut d'obtempérer à des injonctions d'enquête préliminaire. Vingt des affaires se rapportaient à la procédure de distribution exclusive Coke et les huit autres à une enquête sur les pratiques monopolistiques sur le marché de la téléphonie cellulaire. La Commission a perdu plusieurs affaires devant le Tribunal fiscal au motif que ses décisions infligeant des amendes n'avaient pas été convenablement justifiées.

Les décisions de la CFC qui infligent des amendes ne sont pas exécutées automatiquement, même si elles survivent à toutes les procédures de réexamen en *amparo* et devant le Tribunal fiscal. Une amende, même définitive et payable,

doit encore être recouvrée, tâche qui incombe aux services fiscaux de la ville du domicile de la partie condamnée à cette amende. Si le paiement n'est pas effectué spontanément, le trésorier municipal doit engager une procédure administrative pour prononcer un ordre d'exécution à l'encontre des actifs du débiteur, et cette procédure peut elle-même faire l'objet d'une action en *amparo*. Le résultat de ces complications judiciaires et procédurales est que seule une faible partie des amendes infligées par la Commission a été recouvrée. Jusqu'en 2002, la Commission a infligé 493 amendes s'élevant à 329 millions de pesos (environ 31.2 millions USD). Elle n'a recouvré que 9.5 pour cent de ce total (un peu moins de 3 millions USD) et révoqué ou perdu du fait de révisions judiciaires 18.5 autres pour cent, de telle sorte que les 72 pour cent restants (22.5 millions USD) sont restés non recouverts.

4.3. Autres méthodes et techniques de mise en œuvre

C'est la CFC qui contrôle l'application de la LFCE. Il n'y a pas d'autre source de droit substantiel en matière de politique de la concurrence, au niveau des États ou au niveau de la Fédération. Aux termes de l'article 38 de la LFCE, les personnes privées ne peuvent agir en justice que pour demander des dommages-intérêts, après que la CFC a conclu à l'existence d'une pratique monopolistique ou d'une fusion illicite. Le tribunal saisi peut tenir compte de l'estimation par la CFC du préjudice subi par le demandeur. Le Règlement 48 de la Commission dispose qu'après le prononcé de la décision finale de la Commission, une partie lésée peut saisir la CFC d'une procédure accessoire afin d'estimer les dommages-intérêts. À la fin de l'année 2002, aucune requête de cette nature n'avait été déposée en vertu du Règlement 48, et aucune action privée en dommages-intérêts n'avait été engagée en vertu de l'article 38 de la LFCE.

Le Rapport de 1998 suggérait qu'en raison des contraintes de ressources de la CFC, les personnes privées devraient avoir un droit indépendant de poursuivre en justice les violations du droit des ententes. Le Rapport notait que les tribunaux fédéraux (plutôt que d'États) seraient le meilleur forum pour ces affaires, mais ajoutait que la compétence des tribunaux fédéraux mexicains ne s'étendait pas actuellement aux conflits commerciaux entre personnes privées⁴⁴. La CFC n'a pas proposé d'adopter une législation sur la question, et l'expérience de la Commission devant les tribunaux de district fédéraux jusqu'à présent ne permet pas d'espérer un traitement subtil des questions de droit des ententes par les juges fédéraux. L'absence de toute action engagée par des personnes privées en vertu de l'article 38 de la LFCE suggère qu'il est nécessaire que l'environnement antitrust du Mexique parvienne à une plus grande maturité, particulièrement devant les tribunaux, avant que des actions privées ne puissent devenir une caractéristique significative de l'application de la politique de la concurrence.

Dans les affaires impliquant des entreprises ou transactions internationales, la CFC pourrait recourir à une technique de mise en œuvre qui pourrait être utile, voire même essentielle, à savoir solliciter l'assistance d'autorités antitrust d'autres pays ou coopérer autrement avec elles. Le Rapport de 1998 a noté que, bien que la CFC ait adhéré aux principes généraux de coopération définis dans l'ALENA et dans les autres accords commerciaux, ainsi qu'aux principes de coopération encouragés dans le cadre des organisations internationales, en particulier l'OCDE, elle n'a conclu aucun accord formel de coopération avec d'autres autorités antitrust⁴⁵. Le Rapport recommandait que la CFC conclue de tels accords pour être mieux à même de traiter les problèmes de mise en œuvre comportant des aspects internationaux⁴⁶. La Commission a été très active sur ce front ces dernières années. Elle a signé des accords de coopération dans le domaine des ententes avec les États-Unis (entré en vigueur en juillet 2000), avec l'Union européenne (entré en vigueur en juillet 2000) et avec le Canada (entré en vigueur en mars 2003). En 2002, la CFC a notifié environ 52 affaires aux États-Unis et environ 23 à l'UE, et engagé des consultations avec ces autorités pour des enquêtes en cours dans 26 affaires. Deux nouveaux accords de libre-échange contenant des dispositions relatives à la politique de la concurrence ont été signés par le Mexique depuis 1998 : Israël (entré en vigueur en juin 2000) et AELE (Association européenne de libre-échange : Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse ; entré en vigueur en juillet 2001). La Commission négocie actuellement des accords de coopération antitrust avec les autorités de concurrence du Brésil et du Chili, et participe également aux groupes de travail sur la concurrence dans le cadre des négociations commerciales en cours entre le Mexique et le Japon, l'Argentine et l'Uruguay. Enfin, la CFC participe activement à une série de groupes et projets internationaux qui traitent de la politique de la concurrence, y compris l'ICN (Réseau international de la concurrence), l'ALEA (Accord de libre-échange des Amériques), l'APEC (Coopération économique Asie-Pacifique), la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) et l'OMC (Organisation mondiale du commerce).

4.4. Activité, priorités, ressources et gestion de l'autorité de la concurrence

Le tableau ci-dessous présente le nombre d'affaires « réglées » par la Commission entre 1993 et 2002 (c'est-à-dire des affaires dans lesquelles la procédure légale s'est intégralement déroulée devant la Commission). Ce tableau, à la différence du tableau 1, n'est pas limité aux procédures de mise en œuvre de la loi, et englobe donc l'examen des notifications de fusions, les adjudications publiques, les consultations et les autres formes d'activité par lesquelles la Commission exerce ses pouvoirs légaux. Comme le présent Rapport l'a décrit ailleurs, les 784 affaires de concession énumérées pour 2002

incluent 738 notifications de demandes de permis de distribution de GPL. Si l'on soustrait ces affaires, le nombre d'affaires réglées en 2002 passe à 661, et le nombre de toutes les affaires réglées entre 1993 et 2002 passe à 4041. La distribution des affaires entre les différentes catégories est stable d'année en année et révèle une répartition louable des activités.

Le tableau ci-dessous détaille les affaires de mise en œuvre de la loi, réglées par la Commission dans le domaine des pratiques monopolistiques et d'autres restrictions à la concurrence. Ce tableau couvre la même catégorie de procédures que le tableau 1 ; néanmoins, tandis que le tableau 1 se concentre sur l'issue des procédures dans le domaine des pratiques monopolistiques, le tableau ci-dessous présente la distribution des procédures selon le type de conduite illicite en cause. Il convient de noter que le tableau 1 (et également le tableau 2) présente des données sur les affaires pour lesquelles la procédure judiciaire s'est intégralement déroulée et achevée devant la Commission lors de l'année spécifiée. Le tableau ci-dessous couvre, par contraste, toutes les procédures dans lesquelles la Commission a rendu une décision initiale pendant l'année spécifiée, et inclue donc des décisions récentes pour lesquelles des demandes de réexamen par la Commission peuvent être déposées ou résolues lors d'une année ultérieure, conformément à l'article 39 de la LFCE.

Tableau 2. **Dossiers réglés par la CFC 1993-2000**

	Juillet-juin			Juillet-décembre 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
	1993-94	1994-95	1995-96								
Nombre total de dossiers réglés	148	176	250	192	499	514	469	529	603	1 399	4 779
Fusions ¹	57	89	109	71	218	195	245	276	311	260	1 831
Pratiques monopolistiques et autres restrictions à la concurrence	30	16	27	17	52	51	41	63	64	68	429
Consultations	14	31	48	14	49	64	41	39	49	40	389
Privatisations, concessions, permis et déclarations sur le pouvoir de marché et les conditions de concurrence	34	25	31	78	154	164	101	102	104	784	1 577
Appels pour révision judiciaire ²	13	15	35	12	26	40	41	49	75	247	553

1. Depuis 1998, les données reflètent une procédure simplifiée de notification des fusions en vertu du Règlement 21 pris pour l'application de la LFCE.

2. Reconsidération de décisions initiales de la Commission en vertu de l'article 39 de la LFCE.

Le tableau 3 révèle une caractéristique intéressante, à savoir la répartition des enquêtes d'office de la Commission entre les affaires de monopole absolu et de monopole relatif. Pendant la période comprise entre 1993 et 1997, la Commission a réglé, à la suite d'enquêtes d'office, 15 affaires de pratiques monopolistiques absolues contre 96 affaires de pratiques monopolistiques relatives, soit un ratio de 6.4 affaires de pratiques relatives pour une affaire de pratique absolue. Pendant la période comprise entre 1998 et 2002, 18 affaires de pratiques monopolistiques absolues ont été réglées à la suite d'enquêtes d'office contre 22 affaires de pratiques monopolistiques relatives, soit un ratio beaucoup plus faible de 1.2 affaires de pratiques relatives pour une affaire de pratique absolue. Comme il fallait s'y attendre, la situation est tout à fait différente pour les procédures ouvertes à la suite de plaintes. Pour ces procédures, 18 affaires de pratiques absolues ont été réglées pendant la période de 1998 à 2002 contre 178 affaires de pratiques relatives, soit un ratio de près de dix affaires de pratiques relatives pour une affaire de pratiques absolues. La Commission est parfois critiquée au motif qu'elle engagerait trop de procédures pour pratiques verticales et trop peu de procédures pour pratiques horizontales, mais cette assertion ne semble pas étayée par les statistiques sur les procédures

Tableau 3. **Pratiques monopolistiques et autres restrictions à la concurrence**

Affaires réglées par la CFC par type de pratique, 1993-2002

Pratique ayant donné lieu à enquête	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
Total des affaires réglées	43	42	43	51	83	73	65	90	79	51	620
Plaintes	19	21	18	10	26	58	45	65	64	43	369
Pratiques monopolistiques absolues				2	1	4	1	3	9	1	21
Pratiques monopolistiques relatives	18	20	17	8	21	50	28	29	41	30	262
Pratiques monopolistiques absolues et relatives	1				3	2	2	6	1	2	17
Pratiques monopolistiques absolues et fusions illicites									1		1
Fusions illicites					1	1	14	25	10	7	58
Concentrations non notifiées		1	1							1	3
Enquêtes d'office	24	21	25	41	57	15	20	25	15	8	251
Pratiques monopolistiques absolues	1	2	1	7	4		6	7	2	3	33
Pratiques monopolistiques relatives	16	18	19	19	24	6	1	9	2	4	118
Pratiques monopolistiques absolues et relatives								1			1
Pratiques monopolistiques absolues et fusions illicites								1			1
Fusions illicites					1		1		7		9
Concentrations non notifiées	7	1	4	12	21	9	7	7	4	1	73
Barrières au commerce inter-États			1	3	7		3	2			16

d'office de la Commission⁴⁷. Quant aux procédures faisant suite à des plaintes, la nature et la teneur de ces plaintes échappent bien entendu au contrôle de la Commission⁴⁸.

En ce qui concerne les ressources financières de l'agence, le budget de la CFC a augmenté, passant de 52 millions de pesos en 1997 (6.8 millions USD) à 152.6 millions de pesos en 2002 (15.8 millions USD), soit une hausse de 132 pour cent exprimée en dollars. La part du budget de la CFC dans le budget national mexicain, hors dépenses de défense, a augmenté d'environ un cinquième entre 1998 et 2001 (passant de 0.0239 pour cent à 0.0284 pour cent), mais a quelque peu décliné (passant à 0.0255 pour cent) en 2002. En termes de ressources humaines, la Commission avait 208 employés en 1997, soit une hausse de 26 pour cent par rapport aux 165 personnes qu'elle employait en 1996 et les années précédentes. Les effectifs de personnel sont restés stables à 208 entre 1997 et 2000, puis ont légèrement diminué pour passer à 198 en 2001 et à 192 en 2002. Le volume d'activités de la CFC, en termes d'affaires réglées, a augmenté et est passé de 529 en 2000 à 661 en 2002 (chiffre net des 738 demandes de permis GPL). Ce chiffre traduit une augmentation de la productivité du personnel de 2.54 affaires par employé en 2000 à 3.44 en 2002.

Les cinq commissaires se composent de trois économistes et de deux juristes. Parmi ses agents, la CFC compte 39 économistes, 41 juristes, 10 experts comptables et environ 50 autres spécialistes. Les autres membres du personnel assurent des fonctions administratives et d'assistance. Environ 30 spécialistes des Directions des enquêtes et affaires juridiques s'occupent des enquêtes et poursuites de pratiques monopolistiques. Neuf spécialistes de la Direction des fusions se consacrent à l'examen des fusions, et un nombre égal de spécialistes de la Direction de la privatisation s'occupe des procédures de privatisation et d'adjudication publique. Environ 14 personnes de la Commission sont chargées des questions de réglementation ; elles formulent des avis sur les nouvelles réglementations, la politique commerciale et d'autres mesures gouvernementales. Le taux annuel de rotation du personnel de la CFC s'est élevé en moyenne à 14.5 pour cent pour la période de cinq ans entre 1998 et 2002. La CFC estime qu'elle n'a aucune difficulté à recruter et conserver du personnel qualifié aux niveaux de salaire qu'elle peut offrir, et considère que le taux de rotation de son personnel spécialisé est considérablement plus faible que celui observé au niveau du gouvernement fédéral dans son ensemble. Toutefois, le directeur général chargé des fusions a exprimé quelque inquiétude à propos de la capacité de la CFC à recruter et conserver des économistes ayant un niveau universitaire suffisamment élevé pour réaliser des contrôles effectifs des fusions.

La Direction des affaires juridiques emploie 17 juristes qui consacrent environ 40 pour cent de leur temps aux pratiques monopolistiques et aux demandes de réexamen par la Commission, 40 pour cent aux actions en

amparo et aux recours devant le Tribunal fiscal, et 20 pour cent aux demandes d'avis juridique présentées par le personnel de la Commission. Les milieux d'affaires du secteur privé ont tendance à croire que la Commission est totalement désarmée dans les actions en *amparo* et ne peut pas lutter face à l'arsenal juridique déployé contre elle. Cependant, au moins au niveau de la Cour Suprême, les statistiques sur les actions en *amparo* semblent démontrer que la Commission tient bon. Par ailleurs, traiter les quelque 180 actions en *amparo* qui ont été pendantes en 2002 avec seulement sept juristes travaillant à plein temps doit certainement avoir été un défi intimidant. La Direction générale des études économiques souffre également d'une pénurie de personnel, son effectif s'étant considérablement réduit par rapport aux années précédentes. Le directeur général des enquêtes estime qu'il serait fructueux et efficace de pouvoir mener des enquêtes sur le terrain (par opposition à l'examen des documents fournis à la Commission), mais que cette approche est impossible en l'état actuel de l'effectif de personnel. Ces circonstances, et le fait que la charge de travail totale de la Commission n'a cessé de croître, suggèrent qu'il faudrait augmenter, et non réduire, l'effectif de personnel de la CFC, et la doter de moyens budgétaires supplémentaires appropriés. Si le projet de loi visant à décentraliser la CFC et à la doter d'une autorité budgétaire indépendante est adopté, la Commission sera mieux à même de mobiliser des ressources supplémentaires.

Pour améliorer ses systèmes de gestion internes, la Commission a sollicité en 2000 et obtenu la certification selon la norme ISO 9002 (1994) pour ses processus de notification préalable des fusions, d'enquête, de requêtes à fin de réexamen par la Commission, de demandes de consultations, et d'évaluation des participants aux adjudications publiques. Les normes ISO établissent des exigences d'assurance qualité relatives à la performance des missions, couvrant des éléments comme la rapidité, la réactivité aux demandes des clients, la transparence et l'autoévaluation systématique. En mars 2003, la Commission a reçu la certification selon la norme ISO 9001 (2000), qui exige l'extension des mécanismes d'assurance qualité à tous les domaines de l'activité de la Commission.

En 2001, la Commission a engagé un auditeur externe pour évaluer la qualité des fonctions de la CFC qui impliquent une interaction avec des personnes privées. L'auditeur a enquêté auprès de quarante agents économiques choisis au hasard, qui avaient été impliqués dans une procédure de la Commission, de quelque nature qu'elle soit. Les résultats ont démontré que 93 pour cent des personnes interrogées jugeaient les employés de la CFC à la fois hautement professionnels et extrêmement honnêtes, que 82 pour cent pensaient que la CFC avait pris des décisions indépendantes et impartiales, et que 78 pour cent pensaient que la CFC pouvait améliorer la concurrence au Mexique. Par contre, 62 pour cent des personnes interrogées pensaient que la

CFC pouvait être soumise à des influences politiques, et 22 pour cent jugeaient le processus de règlement des affaires de la CFC excessivement lent.

Tout en ne se fixant pas expressément de priorités, la CFC déclare porter une attention particulière 1) aux allégations sur le fondement de l'article 14 de la LFCE au titre des obstacles officiels aux échanges inter-États imposés par les gouvernements des États, et 2) aux secteurs privatisés, particulièrement ceux qui impliquent des régimes réglementaires. Le Rapport de 1998 exhortait la Commission à continuer de porter une attention particulière aux secteurs réglementés et en cours de privatisation, et à entreprendre des actions de sensibilisation à l'impératif de la concurrence et de mise en œuvre de la loi dans ces secteurs, afin de promouvoir des activités proconcurrentielles⁴⁹. La Commission estime avoir satisfait à cette recommandation, et cite à cet égard sa participation fréquente au développement de réglementations sectorielles, son rôle dans l'évaluation des candidats à des adjudications publiques et privatisations, et des actions d'application de la loi comme l'affaire des lubrifiants Pemex, la procédure contre la fixation des prix par les distributeurs de GPL, et les nombreuses affaires impliquant Telmex.

5. Sensibilisation à l'impératif de la concurrence

Pour les besoins des développements qui vont suivre, la sensibilisation à l'impératif de la concurrence couvre toutes les activités de la CFC destinées à promouvoir la compréhension et l'application d'une bonne politique de la concurrence, mais à l'exclusion des actions de la Commission qui ont des effets juridiques indépendants. Il sera donc question, dans ce chapitre, des fonctions de la Commission en tant que consultant d'autres autorités gouvernementales, en tant que conseiller de personnes privées sollicitant des conseils, et en tant que défenseur des principes de la concurrence, chargé de les faire reconnaître et accepter par le public.

La LFCE confère expressément à la CFC le pouvoir de se livrer à différentes activités de sensibilisation à l'impératif de la concurrence. La CFC est habilitée à traiter les effets concurrentiels des projets de réforme des programmes et politiques fédéraux et, à la demande de l'exécutif fédéral, à commenter les implications concurrentielles des projets de loi présentés par l'exécutif au Congrès⁵⁰. La LFCE confère également à la Commission le pouvoir discrétionnaire d'émettre, de sa propre initiative, des avis non obligatoires traitant toute question de politique de la concurrence, dans le domaine des lois, réglementations, accords et autres actes gouvernementaux⁵¹. Le Règlement 49 prévoit l'émission d'avis non obligatoires similaires en réponse à une demande d'une personne privée ou d'une autorité administrative⁵². (La CFC vise ces deux types d'opinions sous le terme de « consultations. ») Traditionnellement, les avis de la Commission émis en vertu de ces dispositions n'étaient pas publiés, car

la CFC considérait que le destinataire était seul juge de l'opportunité de les divulguer. Toutefois, en vertu de la nouvelle Loi sur la transparence, la Commission traite toutes ces opinions comme des documents accessibles au public.

Plusieurs fonctions de la Commission produisant des effets juridiques, et qui n'entrent donc pas dans la définition précitée de la sensibilisation à l'impératif de la concurrence, comportent néanmoins un élément accessoire de sensibilisation à cet impératif. Par exemple, l'approbation de la Commission est exigée pour les candidats à la plupart des adjudications publiques dans les secteurs réglementés, et les décisions d'évaluation des soumissionnaires prises par la CFC produisent donc des conséquences juridiques indépendantes. Mais la Commission collabore également avec les autorités réglementaires sectorielles pour concevoir les adjudications publiques elles-mêmes et pour formuler les règles qui s'appliquent également à tous les soumissionnaires. De la même manière, bien que l'article 14 de la LFCE autorise également la Commission à déclarer que la réglementation d'un état constitue une entrave au commerce inter-États, la Commission exerce également son pouvoir discrétionnaire de formuler des recommandations aux gouvernements d'États et locaux à propos des réglementations affectant uniquement le commerce intra-États⁵³. Par exemple, comme l'analyse la section 3.6 de ce Rapport, la CFC a décidé en 1999, qu'un amendement au décret fédéral sur les transports régionaux empêchait le commerce inter-États, en limitant la propriété étrangère des entreprises locales de transport de marchandises. Cependant, lorsqu'elle a statué sur ce cas, la CFC a également noté que l'amendement remplaçait l'ancien système de permis par l'exigence d'un certificat de besoin et établissait un système de réglementation tarifaire. La Commission a recommandé que l'ancien système de permis soit conservé et que toute réglementation tarifaire soit subordonnée à la condition que la Commission reconnaisse l'absence de concurrence effective. La Commission a formulé des recommandations non obligatoires de cette nature aux gouvernements d'États et locaux dans une vingtaine d'États au cours des cinq dernières années, dans des affaires concernant la vente de produits pharmaceutiques, de services de taxi, de bière, de services funéraires et de tortillas, entre autres.

La CFC a un programme actif de consultation avec les autorités réglementaires sectorielles dans le cadre de projets visant à développer, revoir ou réviser des réglementations sectorielles. En 1998, la CFC a évalué un projet de système d'enregistrement des tarifs téléphoniques à longue distance destiné à empêcher des pratiques de prix prédatrices. La Commission a émis l'avis que ces mécanismes pouvaient restreindre la concurrence s'ils étaient appliqués universellement et qu'ils n'étaient donc appropriés qu'à l'égard d'agents économiques qui détenaient un pouvoir de marché. Entre 1998 et 2000, la CFC a participé à développer les réglementations dans le secteur des services de la

télévision payante et des services audio. Elle a exhorté avec succès les auteurs de ces réglementations à permettre aux sociétés de télédiffusion d'avoir accès, à des conditions équitables et non discriminatoires, aux programmes de télévision gratuite que les chaînes de télévision payante souhaitent retransmettre. Elle a également veillé à modifier la réglementation pour exiger que le transfert des droits de concession, soit par voie de vente soit en conséquence d'un abandon, soit soumis à l'approbation préalable de la CFC. Toutefois, la Commission n'a pas réussi à supprimer les délais limites imposés aux concessionnaires par les réglementations en vigueur, pour le développement d'infrastructures. La Commission a soutenu que ces exigences pouvaient fausser des décisions d'investissement qu'il vaudrait mieux laisser au libre jeu des forces de marché. La CFC a été impliquée dans d'autres projets de développement réglementaire au cours des cinq dernières années, dans le domaine de l'aviation civile, des services de messagerie de colis, de la production d'électricité, du gaz naturel et du GPL.

La CFC participe également à plusieurs commissions interministérielles visant à prôner les principes concurrentiels dans la conception et la mise en œuvre de politiques et programmes gouvernementaux. Ces commissions incluent :

- La Commission interministérielle pour les privatisations (CID), qui définit le cadre des procédures de privatisation industrielle.
- La Commission interministérielle pour les dépenses publiques et les finances publiques (CIGF), qui s'occupe de l'administration des grands projets de construction publics.
- La Commission nationale de normalisation, qui gère un système de comités consultatifs nationaux de normalisation. Les comités sont responsables du développement de normes sur le contenu des produits, de systèmes d'accréditation et de normes similaires qui, une fois promulguées par le gouvernement, peuvent avoir des effets d'exclusion anticoncurrentiels.
- La Commission pour le commerce extérieur (COCEX), qui revoit les propositions du ministère de l'Économie visant à établir des tarifs et à imposer des sanctions commerciales, tels des droits compensatoires et des pénalités anti-dumping.
- La Commission pour la réforme réglementaire fédérale (COFEMER), qui joue un rôle critique pour revoir toutes les réglementations proposées par les autorités gouvernementales fédérales.

La loi organique de la Commission interministérielle pour les privatisations dispose que la CFC est un invité permanent, et la CFC a participé à toutes les activités de planification de privatisations de la CID depuis mi-1993. En 2000, par exemple, la CFC a formulé des objections à un plan gouvernemental visant à privatiser Aseguradora Hidalgo (AHISA), compagnie d'assurances qui détenait le

droit exclusif de vendre des polices aux employés de l'État sous forme de déductions sur salaires. La Commission est parvenue à la conclusion que la clause d'exclusivité était anticoncurrentielle. Le projet de privatisation a ensuite été révisé pour limiter la clause d'exclusivité à une période transitoire de deux ans. La CFC n'a formulé aucune objection à l'égard du plan révisé ou de la participation de l'un ou l'autre des quatre soumissionnaires lors de l'adjudication ultérieure lancée pour AHISA en 2002. La Commission a également étroitement participé à la planification de la privatisation de 34 aéroports exploités par les autorités fédérales, qui ont été fédérés en trois groupes régionaux pour les besoins de leur vente.

Au sein de la Commission interministérielle pour les dépenses publiques et les finances publiques (CIGF), la Commission a participé en 2001 à une affaire impliquant la construction d'un gazoduc par Pemex. L'autorisation a été accordée à la condition que Pemex abandonne le contrôle du gazoduc à une société privée après un nombre d'années déterminé. Les récentes activités de la CFC dans le cadre de la Commission nationale de normalisation englobent des avis sur des normes techniques en matière de droits de roulage dans le secteur des transports ferroviaires, de contenu de l'huile comestible, et de restrictions de poids imposées aux véhicules de transport routier afin de réduire la détérioration des routes.

Les systèmes antidumping et de droits compensatoires adoptés par le Mexique dans le cadre du GATT sont administrés par l'Unité pratiques commerciales déloyales (UPCI) du ministère de l'Économie. La loi impose à l'UPCI de soumettre ses projets de décisions pour examen à la Commission interministérielle pour le commerce extérieur (COCEX), dont la CFC est membre statutaire. Les pouvoirs de la COCEX se limitent à commenter les propositions de l'UPCI, bien que la décision finale prise par cette dernière soit supposée tenir compte de tous commentaires de la COCEX. Bien entendu, la CFC s'inquiète que la mise en œuvre de lois sur les pratiques commerciales loyales ne puisse fausser la concurrence sur des marchés nationaux. Les droits antidumping imposés par l'UPCI ont parfois protégé des producteurs nationaux détenant une position dominante sur le marché national. Dans d'autres cas, les droits retardent simplement le jeu d'une concurrence effective en protégeant des entreprises locales inefficaces. La CFC ne considère pas que des pratiques de dumping alléguées menacent une saine concurrence, excepté dans les circonstances improbables où l'exportateur détiendrait un pouvoir suffisant pour monopoliser un marché au Mexique.

Le Rapport de 1998 a recommandé que la Commission joue un rôle vigoureux dans les questions impliquant le droit des échanges. Le Rapport suggérait que si la LFCE n'était pas modifiée pour conférer à la CFC le pouvoir de remédier à des monopoles structurels par voie de démantèlement, la CFC devrait avoir plus de pouvoir dans les processus impliquant le droit des

échanges commerciaux, afin d'éviter des conséquences anticoncurrentielles. Le Rapport concluait que la CFC devrait au minimum exercer sa fonction de sensibilisation de manière à garantir que les implications concurrentielles des questions d'échanges soient convenablement médiatisées⁵⁴. Au cours des cinq dernières années, la Commission s'est acquittée avec diligence de ses obligations de membre de la COCEX. Cependant, ne représentant qu'une voix au sein de cette commission composée de très nombreux membres, la CFC ne peut pas contrôler ses travaux. En outre, les arguments fondés sur des principes de concurrence qui sont incompatibles avec les objectifs sous-jacents des lois sur le commerce loyal, ne pèsent pas d'un très grand poids au sein de l'UPCI. Comme ce Rapport l'a fait observer à la section 2, la CFC élabore un projet de loi pour traiter la question des monopoles structurels. Cependant, aucune initiative n'a été prise pour accroître les pouvoirs de la Commission dans le processus d'élaboration du droit des échanges, et aucun effort spécial de sensibilisation n'a été déployé à propos de ces questions.

La Commission pour la réforme réglementaire (COFEMER) est la manifestation actuelle de l'Unité de déréglementation économique (EDU), service qui faisait antérieurement partie du SECOFI, prédécesseur de l'actuel ministère de l'Économie. L'EDU a élaboré le projet de loi qui est finalement devenu la LFCE promulgué en 1993, et a eu la responsabilité de promouvoir un vaste éventail d'activités de déréglementation. En mai 2000, l'EDU a été convertie en une commission indépendante, tout en restant logée au ministère de l'Économie. La COFEMER, bien qu'elle soit une commission, n'est pas dirigée par une assemblée plénière, mais par un directeur général nommé par le président du Mexique.

De son vivant, l'Unité de déréglementation économique était assistée par un groupe consultatif dénommé Conseil de déréglementation économique (CDE), comité composé de fonctionnaires gouvernementaux et de représentants du secteur privé qui se réunissait périodiquement pour discuter des questions pendantes de politique de déréglementation. Le CDE a été transformé en Conseil pour l'amélioration de la Réglementation, qui fait office d'organe consultatif de la COFEMER. Le Rapport de 1998 recommandait que la CFC soit nommée membre du Conseil de déréglementation économique pour « garantir que les questions de politique de la concurrence soient régulièrement examinées aux plus hauts niveaux dans le cadre des efforts de réforme réglementaire⁵⁵. » Cette recommandation a été suivie, au moins techniquement, puisque le Président de la CFC est membre permanent de l'actuel Conseil pour l'amélioration de la Réglementation. Cependant, le rôle du Conseil consultatif dans les activités de la COFEMER n'est pas aussi prééminent qu'il l'était auprès de l'EDU. En 1998, il n'existait aucun mécanisme procédural formel qui permette à la CFC d'identifier et de commenter des projets de réglementations. Cette situation a changé de manière spectaculaire en mai 2000 avec la création de la COFEMER.

Les autorités publiques fédérales du Mexique sont désormais tenues par la loi de soumettre tous leurs projets de réglementations à la COFEMER, accompagnés d'une déclaration d'impact réglementaire. La COFEMER publie dorénavant les réglementations et la déclaration d'impact pour commentaires par les parties intéressées, et émet ensuite une évaluation de la proposition à l'intention de l'autorité administrative dont elle émane. L'autorité administrative répond alors à cette évaluation, et la COFEMER émet un avis final soit approuvant la proposition soit faisant part de ses objections subsistantes. Tous les commentaires échangés entre l'autorité administrative et la COFEMER peuvent être consultés par le public et sont examinés par le Conseil juridique du président qui doit approuver les réglementations avant leur promulgation.

La caractéristique frappante de l'interface entre la CFC et la COFEMER est que la CFC n'a apparemment formulé qu'un seul commentaire public spontané dans le cadre d'une procédure de revue réglementaire depuis mai 2000. Il s'agissait d'un projet de modification des règles sur la distribution de gaz naturel, en vertu de laquelle les entreprises se livrant à l'exploitation de gazoducs en auto approvisionnement auraient été empêchées de servir tous clients autres qu'eux-mêmes. Le commentaire de la CFC concluait que le projet de réforme aurait un effet anticoncurrentiel en protégeant les distributeurs de gaz concernés. À quelques occasions, la CFC a également formulé des commentaires à l'invitation expresse de la COFEMER. On citera, à titre d'exemple, les réglementations impliquant la transmission bidirectionnelle par les sociétés de télévision payante, l'administration de la sécurité sociale et les exportations de café. Toutefois, la COFEMER n'a pas pour habitude d'envoyer des notifications ou invitations à la CFC ni à quiconque autre, au double motif que toutes les actions en cours sont affichées sur le site WEB de la COFEMER, et que la COFEMER suppose qu'une partie intéressée déposera un commentaire public sur toute question qu'elle jugera importante.

La CFC affirme que la « collaboration CFC-COFEMER n'est pas rare », citant la participation de son Président au Conseil pour l'amélioration de la Réglementation et les quatre commentaires que la Commission a formulés dans la procédure COFEMER décrite au paragraphe précédent. La CFC note également qu'elle participe fréquemment avec l'autorité administrative auteur à l'élaboration de projets qui sont ultérieurement examinés par la COFEMER, et qu'il n'existe aucun besoin de participer au stade de la COFEMER à ces projets, puisque le projet de réglementation reflète déjà la contribution de la Commission.

La Commission joue également un autre rôle de sensibilisation à l'impératif de la concurrence en identifiant et en s'opposant aux caractéristiques anticoncurrentielles des projets de lois. La Commission est couramment invitée à participer à l'examen de projets de lois émanant à la fois du Congrès et des différents rouages du pouvoir exécutif, bien qu'aucune disposition légale

n'exige ces consultations. Ainsi que l'indique la section 1 de ce Rapport, la Commission a résisté avec succès au cours des cinq dernières années à plusieurs tentatives anticoncurrentielles visant à modifier la LFCE elle-même. Par ailleurs, la Commission a été consultée sur de nombreux projets de lois impliquant des thèmes autres que la LFCE depuis 1997. En 1999, la CFC a conseillé que la législation visant à privatiser la production d'électricité contienne des dispositions garantissant un accès non discriminatoire aux réseaux de transmission à des prix réglementés, accordant des concessions par voie d'adjudications publiques auxquelles participeraient des candidats examinés par la CFC, et imposant une tarification basée sur les coûts pour les services aux clients privés, commerciaux et industriels afin d'éviter des subventions croisées faussant la concurrence. Une autre législation a retenu l'attention de la CFC, à savoir des projets concernant les transports maritimes (restreignant l'entrée en imposant aux navires étrangers des cautions très élevées et différentes restrictions), les transports routiers (réglementation tarifaire et restrictions à l'intégration verticale des transporteurs inter-modaux) et télédiffusion (mécanismes imparfaits pour l'allocation de nouvelles concessions, y compris des limites d'éligibilité fondées sur des parts de marché existantes, mesurées par des taux d'audience).

Outre sa participation aux processus législatifs, la Commission a récemment organisé des conférences pour examiner des questions en cours dans des secteurs réglementés. Les conférences, financées par un Programme de l'APEC en vue de promouvoir la concurrence économique dans des secteurs réglementés, sont des événements de deux jours s'adressant aux autorités réglementaires, fonctionnaires gouvernementaux, législateurs et universitaires. Deux conférences, traitant de l'électricité et des transports, ont été tenues à ce jour. En mai 2002, lors d'une conférence parrainée conjointement par la CFC et la Commission de réglementation de l'énergie, 150 participants ont examiné les alternatives possibles pour un développement efficient du secteur de l'électricité au Mexique. Lors d'une conférence de septembre 2002 organisée sous les auspices conjoints de la CFC et du ministère des Communications et des Transports, 200 participants ont traité des exigences de marchés fonctionnant effectivement dans le secteur de l'aviation, des chemins de fer, des transports maritimes et des ports, sans oublier le transport multi-modal. Deux autres conférences, consacrées aux télécommunications et aux services financiers, sont prévues pour fin 2003 et début 2004.

Enfin, la sensibilisation à l'impératif de la concurrence passe par une communication publique convaincante des avantages de la concurrence. Le Rapport de 1998 faisait observer que la CFC « n'a pas de programme destiné à sensibiliser les consommateurs aux bienfaits de la concurrence et de la mise en œuvre de la loi sur la concurrence⁵⁶ ». Le Rapport recommandait que la Commission cherche à élargir sa base de soutien en médiatisant ses actions

plus largement qu'auprès de presse économique, particulièrement pour les affaires impliquant des bienfaits démontrables pour les consommateurs⁵⁷.

À l'époque du Rapport de 1998, la Commission communiquait principalement avec le public au moyen de son site WEB⁵⁸. Le site donne accès à une vaste gamme de matériels de la Commission, y compris les textes complets de la LFCE, des Règlements de la commission et de ses statuts, les rapports annuels, les communiqués de presse, et certains discours et déclarations publiques sélectionnés. Le site web inclut également la *Revue sur la Concurrence économique* de la CFC, journal trimestriel contenant le texte complet de toutes les décisions dans des affaires réglées par la CFC, les critères de la réunion plénière en matière d'application de la LFCE, et d'autres documents expliquant l'approche de la CFC en matière de politique de la concurrence.

Actuellement, le site web continue d'être très détaillé et très complet⁵⁹, et la Commission se livre également à de nombreuses activités supplémentaires de diffusion. À titre d'exemple, son bureau des relations publiques publie désormais des communiqués de presse non techniques dans des affaires revêtant un intérêt particulier pour les consommateurs. La responsabilité principale des relations extérieures est confiée à la Direction générale de la coordination régionale. En 2001, le personnel de cette Direction a fait environ 40 visites dans différentes régions du Mexique, afin de faire connaître et promouvoir la politique de la concurrence et la mission de la CFC. Ces présentations ont été faites à des chambres de commerce locales, des associations professionnelles, des universitaires et des fonctionnaires des gouvernements locaux et d'États. La Commission rapporte que 172 de ces présentations ont été faites entre fin 1998 et 2002, soit une moyenne de 43 par an. Le président et les commissaires font également des discours et présentations sur la politique de la concurrence auprès des différents auditoires mexicains, notamment lors des conférences sur l'électricité et les transports décrites ci-dessus.

Ce Rapport suggère des changements que la Commission peut opérer elle-même, ainsi que certaines modifications des pouvoirs et procédures du gouvernement que la Commission est exhortée à solliciter auprès d'autres branches du gouvernement. Dans la première catégorie, le Rapport recommande que la CFC :

6. Conclusions et recommandations

6.1. Forces et faiblesses actuelles

Le Rapport de 1998, s'exprimant à propos de la politique de la concurrence du Mexique, parvenait à la conclusion que la qualité des analyses sur lesquelles reposent la LFCE et ses Règlements d'application représentait

un point fort significatif. Il identifiait un second point fort, à savoir la dévolution à la CFC de l'autorité nécessaire pour déterminer l'existence d'un pouvoir de marché, déclenchant ainsi l'intervention du gouvernement dans des opérations de marché. Le pouvoir de la Commission d'opérer ces déterminations s'applique non seulement à ses propres affaires de fusions et de pratiques monopolistiques, mais également aux concessions de licences sectorielles et à la réglementation des monopoles structurels⁶⁰. La faiblesse essentielle identifiée par le Rapport de 1998 tenait au manque de soutien dont bénéficiait la politique de la concurrence de la part du gouvernement et de l'opinion publique. Le Rapport suggérait que ce manque de soutien pouvait expliquer ce qui paraissait être une « attitude de temporisation » de la CFC lors de ses premières décisions, et le fait que, dans les sphères gouvernementales et dans le secteur privé, la CFC soit encore considérée comme un organisme faible. Par ailleurs, le Rapport reconnaissait néanmoins que la CFC pouvait se prévaloir d'actions visibles et vigoureuses contre d'importants intérêts économiques⁶¹.

Cinq ans après, les forces identifiées dans le Rapport initial méritent toujours cette qualification, et l'impression d'une réticence institutionnelle de la CFC à affronter de puissants adversaires s'est largement dissipée. D'autres points forts sont simultanément apparus. La Commission a mûri et est devenue un organisme crédible, considéré avec respect tant au Mexique que sur la scène internationale. Elle poursuit sa mission selon les meilleurs principes de management et les plus hautes normes de service public, et a mobilisé ses ressources limitées de manière efficace, afin de se concentrer sur les questions les plus à même de promouvoir la politique de la concurrence au Mexique. Les réalisations de la CFC sont remarquables, sachant l'environnement difficile dans lequel elle opère.

Certains points forts de la CFC ont évolué, dans des domaines où le Rapport de 1998 formulait des recommandations, et il convient de les mentionner ici. Ainsi qu'elle y était exhortée, la CFC a continué de mettre l'accent sur les secteurs réglementés et privatisés, cherché à élargir sa base de soutien en médiatisant ses actions auprès d'une audience plus large et en menant des actions de sensibilisation, conclu d'importants accords de coopération internationale dans le domaine du droit des ententes, et accepté d'adopter des critères politiques en ce qui concerne la récupération dans les affaires de prix prédateurs⁶² et les entreprises en quasi faillite dans les affaires de fusion. Ces actions, et d'autres initiatives de la CFC⁶³, ont contribué dans une mesure significative à améliorer sa réputation.

Cette médaille a toutefois un revers : en effet, on peut toujours se demander quel est le degré de soutien général dont bénéficie la politique de la concurrence et cette question demeure une source de vulnérabilité potentielle. Plusieurs indices révèlent que la CFC bénéficiera d'un soutien accru de la part de l'exécutif, mais cela ne devrait pas dispenser la Commission de poursuivre ses efforts pour

développer sa base de soutien populaire. Plusieurs faiblesses supplémentaires découlent de lois et processus judiciaires qui limitent la capacité de la CFC à remédier à certaines conduites anticoncurrentielles et conditions de marché, et proviennent d'une réduction du budget et de l'effectif de personnel de la Commission. Enfin, plusieurs lacunes entachent les propres procédures de règlement des affaires dont la Commission est saisie, et son interface avec d'autres entités gouvernementales, qui réduisent l'efficacité de la CFC en tant qu'autorité chargée de la mise en œuvre de la loi et de la sensibilisation du public à l'impératif de la concurrence.

6.2. Recommandations

6.2.1. Relation de la CFC avec l'exécutif et le législatif

Il conviendrait que le projet de loi prévoyant que les nominations présidentielles à la CFC soient soumises à l'approbation du Sénat soit adopté. Dans son fonctionnement quotidien, la Commission est une autorité indépendante, qui ne reçoit aucune directive de la part de l'exécutif ou du législatif. Toutefois, elle n'est ni ne devrait pas être complètement isolée de la dynamique politique du Mexique. Son indépendance est assurée par une variété d'interactions avec ces deux branches du gouvernement, y compris par la voie du processus budgétaire et des auditions devant le Congrès. Le moment où un siège vacant à la Commission doit être pourvu pour un mandat de dix ans offre une occasion importante de modulation politique. Le fait de conférer au pouvoir législatif un rôle dans le processus de nomination rehaussera la légitimité de la Commission en tant qu'autorité habilitée à exercer un pouvoir fédéral significatif.

Il conviendrait également d'étendre le projet de loi faisant de la CFC une autorité « décentralisée » pour la doter d'une complète indépendance budgétaire. Ceci lui permettrait de présenter ses demandes budgétaires directement au Congrès plutôt qu'aux ministères de l'Économie ou des Finances. Si l'exécutif juge la demande de la CFC excessive, il serait obligé de présenter ses arguments au Congrès, plutôt que pratiquer unilatéralement des coupes budgétaires dans la demande de la CFC. Cette réforme, liée à la disposition exigeant l'approbation des nominations à la Commission par le Sénat, équilibrera mieux les pouvoirs du législatif et de l'exécutif au titre de la CFC et renforcera la stature de l'agence.

6.2.2. Ressources de la CFC

La Commission a employé en 2002 un effectif de personnel réduit de 8 pour cent par rapport à 2000, en dépit d'un accroissement de la charge de travail de 25 pour cent (mesuré en volume d'affaires réglées) pendant la même période. La capacité de la Commission à assumer efficacement toutes ses

responsabilités est compromise par des ressources limitées, et il conviendrait d'augmenter son budget dans une mesure appropriée. Les ressources supplémentaires allouées à la Commission devraient essentiellement servir à embaucher du personnel spécialisé supplémentaire, en mettant tout particulièrement l'accent sur des juristes hautement qualifiés. Le fait que pratiquement chaque acte important de la Commission soit soumis à une révision judiciaire critique exige la mobilisation de collaborateurs juridiques méticuleux, pour préparer et défendre ses décisions et procédures.

6.2.3. Pouvoirs de mise en œuvre de la CFC

- *Outils pour détecter et attaquer la collusion*

La Commission a intérêt à obtenir le pouvoir de réaliser des enquêtes surprise, pour perquisitionner dans les locaux des entreprises et contrôler leur comptabilité ; ce pouvoir se heurte toutefois à un obstacle significatif dans la Constitution mexicaine, qui limite les pouvoirs de perquisition et de saisie des autorités publiques aux seules enquêtes pénales. En l'état actuel, la Commission pourrait solliciter, et légitimement espérer obtenir, un mandat judiciaire autorisant les agents de la CFC à perquisitionner dans les locaux d'une entreprise après en avoir avisé l'entreprise cible. Mais cet avis préalable aurait le double effet d'éliminer l'effet de surprise et de permettre à l'entreprise cible de solliciter la révision judiciaire de cette mesure. Ce mandat de perquisition et de saisie permettrait essentiellement à la Commission de détecter une collusion clandestine, mais le type de mandat que la Commission est susceptible d'obtenir, en l'état actuel du droit, ne peut guère être efficace à cet effet. Les efforts déployés par la CFC pour acquérir des pouvoirs d'enquête plus étendus sont louables, mais la Commission devrait recourir à d'autres moyens pour accroître ses chances de détecter la collusion. L'un de ces moyens, déjà identifié par la Commission elle-même et évoqué au paragraphe suivant, consisterait à instaurer un programme de clémence.

La CFC souhaiterait que la LFCE prévoie expressément que les membres d'une entente qui révèlent volontairement des accords collusoires à la Commission soient exemptés de pénalités financières (ou bénéficient d'une réduction significative de celles-ci). L'article 36 de la LFCE dispose actuellement que la Commission doit, lorsqu'elle fixe le montant des amendes, « prendre en considération la gravité de la violation, le dommage causé, le degré d'intentionnalité, la part de marché de l'auteur de la violation, la taille du marché affecté, la durée de la pratique ou de la concentration, l'état de récidive ou le passé de l'auteur de la violation, et sa capacité financière ». Bien que la loi n'interdise pas de prendre d'autres facteurs en considération (notamment la coopération avec la CFC), la Commission estime que des décisions qui infligeraient des pénalités différentes aux divers membres de l'entente seraient exposées au risque d'annulation judiciaire, si le tribunal saisi reconnaissait

qu'elles reposent sur des motifs non spécifiés à l'article 36. La Commission devrait poursuivre cette initiative, mais reconnaître également que l'attrait de tout programme de clémence dépend fortement de la gravité des pénalités infligées aux parties qui n'ont pas coopéré. En conséquence, dans les affaires de collusion injustifiable impliquant de grandes sociétés, la Commission ne devrait pas seulement envisager d'infliger des amendes pouvant atteindre le maximum permis en vertu de l'article 35 IV de la LFCE (environ 1.6 million USD), mais également d'invoquer l'article 37 de la LFCE pour condamner à une amende alternative égale au plus élevé des deux montants suivants : 10 pour cent du chiffre d'affaires annuel de l'auteur de la violation ou 10 pour cent de ses actifs. En outre, la Commission devrait exercer énergiquement ses pouvoirs en vertu de l'article 24 III de la LFCE pour renvoyer des dirigeants d'entreprise devant le procureur général en vue de poursuites pénales, et engager le ministère public dans un projet visant à définir des critères pour le dépôt de plaintes pénales dans le cadre d'affaires devant la Commission.

Plusieurs autres outils devraient également être envisagés pour mettre au jour des cas de collusion, notamment 1) obtenir le pouvoir d'offrir des récompenses financières à des employés d'échelon hiérarchique inférieur, qui révèlent des accords d'entente illicite à la CFC ; 2) envoyer des enquêteurs sur le terrain pour interroger les clients sur les marchés suspects ; 3) examiner les adjudications impliquant des marchés publics de construction, la fourniture de produits de base à des installations gouvernementales, et d'autres domaines particulièrement exposés à des soumissions concertées ; 4) suivre attentivement des enquêtes sur des ententes internationales (et y participer à un stade précoce) ; et 5) examiner des industries nationales protégées contre la concurrence à l'importation par des droits anti-dumping. Enfin, la Commission devrait étudier la possibilité d'analyser les informations sur les prix et les données connexes obtenues d'autres autorités publiques pour faciliter les enquêtes sur la fixation des prix. Une attention particulière devrait être portée aux données sur les prix détenues par le PROFECO.

- *Pouvoir d'attaquer et de démanteler des monopoles structurels*

Le Rapport de 1998 suggérait, comme l'analyse la section 3.3., qu'il pourrait être approprié de donner à la CFC le pouvoir d'attaquer des monopoles structurels. Ce pouvoir serait exercé dans des circonstances où aucune pratique monopolistique illicite ne pourrait être établie. La CFC pourrait ainsi poursuivre une entreprise dominante qui aurait manifesté une capacité persistante à léser les consommateurs en restreignant l'offre et en augmentant les prix.

L'instauration d'une réparation appropriée constitue la plus grande difficulté rencontrée lorsqu'il s'agit de poursuivre des monopoles structurels. Traditionnellement, cette réparation prend la forme d'un démantèlement ou de la mise en place d'une certaine forme de contrôle des prix. Dans les deux

cas, il s'agit de mesures problématiques difficiles à appliquer de manière efficiente, et qui lèsent généralement les actionnaires de la société concernée en diminuant la valeur d'actif de l'entreprise. Le Rapport de 1998 exprime des préoccupations de cette nature, en observant que tout pouvoir de réparation de cette nature conféré à la CFC devrait être « gardé en réserve en vue de son utilisation occasionnelle dans des cas exceptionnels, mais importants ».

Le projet de loi actuellement élaboré par la CFC sur les monopoles structurels risque de susciter une vive controverse lorsqu'il atteindra le Congrès. La Commission pourrait envisager de présenter un second texte de remplacement moins controversé qui pourrait être une première étape vers l'octroi ultérieur d'un pouvoir complet. Actuellement, la CFC ne peut faire usage de ses pouvoirs d'enquête qu'afin de déterminer l'existence de pratiques qui sont illicites en vertu de la LFCE. Dès lors, elle ne peut pas enquêter pour déterminer simplement si un marché est entravé par un pouvoir de monopole structurel. Il est incontestable que la CFC doit détenir, et donc demander, un pouvoir légal lui permettant de conduire des enquêtes afin d'examiner les caractéristiques pratiques et économiques des activités d'une industrie. En exerçant ce pouvoir, elle pourrait déterminer s'il existe un monopole structurel sur un marché donné, et soumettre un rapport au Congrès formulant des solutions proposées. En démontrant l'existence d'un monopole structurel existant, et en proposant des mesures de réparation effectives, praticables et fixées au cas par cas, la CFC serait en meilleure position pour obtenir le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation nécessaires.

6.2.4. Politiques et réglementations de mise en œuvre de la CFC

La CFC confirme qu'elle prend en considération l'argument tiré de la quasi-faillite de l'entreprise fusionnée lorsqu'elle examine les affaires de fusion, et précise qu'elle élabore des directives en matière de fusions qui incluront des dispositions traitant des entreprises en quasi faillite et en faillite. La définition de critères appropriés pourrait raisonnablement partir de la discussion que les rédacteurs de la LFCE ont consacrée à l'argument de défense tiré de la quasi-faillite de l'entreprise. Ils ont suggéré qu'une acquisition qui serait autrement anticoncurrentielle ne devrait être autorisée qu'à condition que l'entreprise prétendument en quasi faillite 1) soit incapable d'honorer ses obligations financières ou de bénéficier d'un plan de redressement, 2) ait fait toutes diligences pour trouver un acquéreur de remplacement qui lui permettrait de rester sur le marché en cause, et 3) soit contrainte d'abandonner le marché en cause en cas de refus de l'acquisition en cours d'examen⁶⁴.

La Commission devrait modifier son règlement 21 I pour clarifier les circonstances dans lesquelles aucune notification préalable de la fusion n'est exigée pour les opérations de restructuration réalisées par des entreprises étrangères avec des filiales mexicaines.

6.2.5. Procédures devant la Commission

Il est de l'intérêt de la CFC de traiter la question des préoccupations exprimées par certains avocats à propos de la transparence et de l'impartialité des procédures devant la Commission. Ces deux questions sont étroitement liées ; en effet, une décision de la CFC perçue comme dénuée de fondement pleinement motivé, peut aisément être considérée comme reflétant une idée préconçue de la CFC. La question n'est pas de savoir si les décisions de la CFC sont réellement trop laconiques, ou si la Commission se rallie trop rapidement aux thèses des plaignants lorsqu'elle conduit des enquêtes. Le fait que certains avocats perçoivent la situation de cette manière a des conséquences qui gênent la Commission dans l'accomplissement de sa mission. En premier lieu et surtout, la réaction immédiate d'une partie qui s'estime injustement traitée est d'engager un recours en révision judiciaire. Or, une autorité chargée d'appliquer le droit des ententes ne peut pas fonctionner effectivement si chaque enquête qu'elle entreprend est attaquée devant les tribunaux. En second lieu, une partie convaincue que la Commission a présumé sa responsabilité avant même que l'affaire ne commence sera plus encline à engager une guerre des tranchées qu'à rechercher des possibilités de règlement amiable. Les autorités chargées d'appliquer le droit des ententes ont fortement intérêt, sur le plan économique, à régler à l'amiable une partie substantielle des affaires dont elles sont saisies. Comme la CFC l'a elle-même constaté, les procédures ne sont pas seulement onéreuses et épuisantes, mais provoquent généralement la poursuite des pratiques anticoncurrentielles pendant toute la durée de la procédure. En revanche, un règlement transactionnel comporte un avantage de taille, à savoir l'arrêt rapide de la pratique illicite.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué dans les commentaires du tableau 1, la Commission a obtenu, au cours des cinq dernières années, des règlements transactionnels dans environ 17 pour cent des 54 affaires de plaintes qui impliquaient soit le constat par la Commission d'une infraction à la LFCE, soit une transaction en vertu du Règlement 41. Le chiffre comparable pour les affaires engagées d'office par la CFC s'est élevé à environ 22 pour cent. Bien que ces pourcentages ne soient pas négligeables, la CFC devrait chercher à obtenir un règlement transactionnel dans un nombre de cas significativement plus élevé⁶⁵.

Les perceptions de manque de transparence et d'impartialité ne sont pas les seules raisons qui expliquent le volume relativement faible de règlements transactionnels. Certaines des règles procédurales de la Commission limitent également le taux de des règlements. Par exemple, une société faisant l'objet d'une enquête de la Commission pourrait vouloir modifier volontairement ses pratiques pour répondre aux préoccupations de la Commission, mais, en vertu des pratiques actuelles, la cible de l'enquête n'est même pas informée des

préoccupations spécifiques de la Commission jusqu'à l'issue de l'enquête préliminaire, et jusqu'à ce que la Commission émette un OPR ouvrant la procédure officielle.

Un autre facteur influence l'attrait d'un règlement transactionnel, à savoir la capacité de la CFC à réduire ou supprimer des amendes prononcées à l'encontre d'un participant qui accepte un règlement transactionnel en vertu du règlement 41. Cette question, qui pèse le plus lourdement dans les affaires de pratiques verticales impliquant un seul défendeur, diffère des questions liées à l'octroi d'une immunité à un défendeur coopératif dans une affaire de collusion horizontale. Si la Commission dispose d'un défendeur coopérant dans une affaire horizontale, elle devrait tendre à prononcer des amendes beaucoup plus lourdes qu'auparavant à l'encontre des autres membres de l'entente, que ces parties expriment ou non la volonté de transiger en vertu du Règlement 41. Par contraste, la Commission devrait être disposée, dans une affaire verticale, à accepter une amende plus faible pour inciter à un règlement transactionnel. Si la Commission estime qu'elle ne peut pas offrir une réduction explicite de l'amende à un défendeur acceptant de transiger, elle devrait chercher à obtenir ce pouvoir en relation avec son initiative législative concernant la mise en place d'un programme de clémence⁶⁶.

La gamme complète des mesures d'incitation de nature à influencer la décision d'un participant à une procédure devant la CFC, c'est-à-dire son choix d'accepter un règlement transactionnel, d'exercer un recours judiciaire immédiat ou d'attendre l'issue de la procédure devant la Commission, est trop complexe pour pouvoir être intégralement analysée ici. Le fait est que la Commission devrait ouvrir un dialogue avec l'ordre national des avocats mexicains pour évaluer les pratiques et procédures de la Commission. L'ordre soutient la politique de la concurrence et est intéressé à coopérer à l'élaboration d'un système effectif et efficient pour que les affaires devant la CFC fassent l'objet d'enquêtes et de décisions impartiales.

Les préoccupations des avocats à propos de la divulgation de données confidentielles, lors des actions en *amparo* contre des décisions de la CFC, doivent être traitées en adoptant des règles de confidentialité appropriées. Ces règles devraient être calquées sur celles du droit commercial mexicain qui s'appliquent dans le cadre des procédures du GATT⁶⁷. Les décisions judiciaires ordonnant la divulgation d'informations dans le cadre des dossiers de la CFC pourraient alors utilement se référer à ces règles.

6.2.6. Mise en œuvre des décisions de la Commission

La création d'un tribunal spécialisé dans les actions en *amparo* ayant l'expertise économique nécessaire pour statuer sur les affaires de la CFC (et d'autres autorités publiques chargées de questions économiques) devrait être poursuivie. La CFC n'est pas la seule autorité dont les décisions soient revues

par des tribunaux qui ne sont pas spécialisés dans les analyses économiques, et elle devrait donc trouver des alliés dans sa recherche d'une action législative sur la question. L'existence d'un tel tribunal pourrait également conduire à des résultats plus cohérents avec la jurisprudence de la Cour suprême et des cours d'appel en ce qui concerne les questions procédurales en cause. Le regroupement de toutes les affaires de la CFC devant un même tribunal évitera, au minimum, les problèmes posés lorsque de multiples actions en *amparo* sont engagées devant différents tribunaux fédéraux. En outre, qu'un tribunal spécialisé soit ou non créé, il conviendrait de prendre des mesures (en modifiant la loi sur les actions en *amparo* ou autrement) pour empêcher les tribunaux saisis d'actions en *amparo* d'accorder des sursis à exécution inappropriés des décisions de la CFC pendant la durée de la révision judiciaire.

Il convient de mentionner une autre caractéristique des actions en *amparo*, à savoir l'obligation des tribunaux saisis de ces actions de désigner un expert, si l'une des parties demande avec succès le recours à un témoignage d'expert. Le Conseil judiciaire fédéral du Mexique dresse (et révisé annuellement, à l'issue d'une procédure publique) la liste des experts que les tribunaux fédéraux peuvent désigner dans le cadre de procédures judiciaires. La liste actuelle ne compte qu'un seul économiste. La CFC devrait encourager les universités à établir la liste de ceux de leurs membres qui peuvent être désignés comme experts judiciaires dans les affaires fondées sur la LFCE⁶⁸.

Dans les affaires devant le Tribunal fiscal, la Commission devrait expliciter davantage ses décisions condamnant à des peines d'amende, pour éviter l'annulation pour ce motif. Les règles procédurales applicables aux affaires devant le Tribunal fiscal devraient être modifiées, de telle sorte que les parties sollicitant la révision de décisions de la Commission les condamnant à des amendes soient obligées de constituer une caution garantissant le paiement de ces amendes si la décision de la Commission est confirmée. Cette mesure éviterait d'avoir à assurer le recouvrement de ces amendes à l'issue de la procédure de révision⁶⁹. Il conviendrait de modifier les règles procédurales régissant la révision des décisions du Tribunal fiscal par des cours d'appel pour supprimer le taux de ressort actuellement fixé pour les affaires de la CFC, de telle sorte que la Commission puisse obtenir la révision en appel des décisions défavorables du Tribunal fiscal. Enfin, la Commission devrait se joindre à d'autres autorités administratives pour rationaliser les procédures qui s'appliquent au recouvrement des amendes, une fois la procédure de révision judiciaire terminée.

6.2.7. Pouvoirs de la CFC de participer à l'élaboration des réglementations sectorielles

Les préoccupations exprimées dans le Rapport de 1998, s'inquiétant que la CFC n'ait pas la possibilité de participer convenablement (ou avec assez de

force) aux procédures d'élaboration des réglementations sectorielles, après que la Commission ait déterminé l'absence de concurrence effective dans les secteurs concernés, ont été en partie corroborées par les événements subséquents. La Commission n'a joué aucun rôle dans l'élaboration des réglementations tarifaires pour les aéroports et les ports, et aucune réglementation tarifaire n'a jamais été imposée au secteur des transports aériens. La CFC a toutefois été effectivement impliquée dans la fixation des plafonnements de prix pour la distribution de GPL et des réglementations COFETEL pour les cinq marchés sur lesquels il a été reconnu que Telmex détenait un pouvoir de marché substantiel. La suggestion formulée dans le Rapport de 1998, évoquant la possibilité de soumettre obligatoirement à l'approbation de la CFC toute réglementation sectorielle édictée après que la CFC ait constaté l'absence de concurrence effective sur un marché, demeure toujours une option attrayante et digne d'attention. Toutefois, il convient de noter que la COFEMER a été créée après 1998, et que toute réglementation sectorielle édictée à l'avenir suite à un constat pertinent de la CFC devrait obtenir l'approbation de la COFEMER à l'issue d'une procédure lors de laquelle la CFC pourrait formuler des commentaires. Ce processus peut être suffisant pour garantir une participation appropriée de la CFC.

Pendant, il serait souhaitable en toute hypothèse d'adopter la suggestion séparée formulée dans le Rapport de 1998, à savoir doter la CFC du pouvoir exprès de participer à des procédures sectorielles qui appliquent et mettent en œuvre des réglementations à la suite de la constatation par la Commission de l'absence de concurrence effective. Le pouvoir d'intervention de la CFC devrait encore être étendu pour inclure toutes les procédures conduites par des autorités de régulation sectorielle. En effet, il existe des circonstances réglementaires (autres que celles qui suivent la constatation par la CFC de l'absence de concurrence effective) dans lesquelles la CFC n'a encore aucun rôle formel, bien que son implication soit importante. Un exemple, évoqué à la section 3.4. de ce Rapport, impliquait la requête déposée par Telcel en 2001 visant à élargir sa concession existante pour pouvoir fournir une gamme supplémentaire de services. La CFC n'a pu exprimer son opinion dans cette procédure qu'au motif que COFETEL avait décidé, usant de son pouvoir discrétionnaire, de solliciter l'avis de la Commission. Or, bien que COFETEL ait subordonné l'expansion de la concession de Telcel à certaines conditions, manifestement pour répondre aux préoccupations concurrentielles exprimées par la CFC, aucune explication n'a été fournie sur la manière dont COFETEL a traité l'avis de la CFC. Au demeurant, aucune explication n'était exigée puisque la CFC n'était pas partie à la procédure. Afin de garantir un traitement approprié des questions de politique de la concurrence, la CFC devrait avoir le droit officiel de participer à toutes les procédures des autorités réglementaires, soit en formulant des commentaires publics pendant le délai

généralement disponible à cet effet, soit en utilisant les aménagements procéduraux spécialement prévus pour la CFC. En outre, il conviendrait que l'autorité de réglementation responsable de la procédure soit obligée de répondre publiquement aux commentaires de la CFC.

Le projet de la Commission d'élaborer une législation sur les monopoles structurels répond, en partie, aux recommandations du Rapport de 1998 sur l'implication de la Commission dans les procédures de droit commercial. Indépendamment de l'issue de ce projet, le programme de développement économique préparé par l'exécutif devrait inclure des dispositions conférant à la Commission le pouvoir de bloquer des décisions anticoncurrentielles dans l'application de la législation commerciale. Si l'exécutif maintient sa volonté que la politique de la concurrence joue un plus grand rôle dans le programme économique du Mexique, la CFC devrait être bien positionnée pour recommander une réforme du système de droit commercial du Mexique. Entre-temps, la Commission devrait rechercher des opportunités de médiatiser les coûts économiques que les procédures de droit commercial font peser sur l'économie mexicaine.

6.2.8. Sensibilisation à l'impératif de la concurrence

La COFEMER indique que son processus de revue réglementaire traite de nombreux projets de réglementation qui n'ont pas été préalablement adoptés par la CFC. La CFC ne devrait pas limiter son implication dans les activités de la COFEMER à la simple participation au comité consultatif et à la formulation de commentaires sur demande spécifique. La Commission devrait immédiatement mettre en place un programme de surveillance des publications réglementaires de la COFEMER, et d'identification des propositions qui méritent des commentaires et formuler des déclarations publiques appropriées avant la date limite applicable. Les procédures de revue publique de la COFEMER donnent une excellente occasion à la Commission d'accroître à la fois sa visibilité et son impact sur le fonctionnement journalier des processus réglementaires mexicains.

6.2.9. Développer une base de soutien de la politique de la concurrence

La CFC devrait nouer une relation beaucoup plus étroite avec le PROFECO. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, le PROFECO est une source de données sur le marché qui pourraient être utiles pour détecter des conduites collusoires. En outre, ce qui est plus important encore, le PROFECO a une capacité inégalée à communiquer avec le public des consommateurs, et est disposé à employer cette capacité pour aider la CFC. La Commission devrait exploiter cette opportunité, sachant surtout que le Mexique n'a aucune organisation nationale de consommateurs relevant du secteur privé. Le PROFECO est une autorité très visible, qui publie un magazine de consommation attrayant et populaire, présente

des programmes de radio et de TV, et coopère avec le ministère de l'Éducation pour développer des matériels éducatifs des consommateurs destinés à être utilisés dans les écoles. La CFC pourrait employer les outils offerts par le PROFECO pour appliquer un programme plus efficace de médiatisation des avantages de la concurrence. La CFC en soi, et la politique de la concurrence en général, bénéficieraient toutes deux de la publication, dans des magazines destinés aux consommateurs, d'articles sur les actions de la Commission qui ont un impact pratique sur la vie quotidienne. Les affaires de la CFC impliquant la fixation des prix des produits de consommation seraient parfaitement indiquées pour ce type d'articles, mais d'autres types d'affaires (par exemple celles impliquant des accords d'exclusivité dans le secteur des boissons) le seraient également. Par ailleurs, des questions de concurrence sur des marchés plus complexes, notamment les services de téléphonie et la distribution du GPL, pourraient également être expliquées d'une manière accessible au consommateur.

Enfin, la CFC devrait tenter de communiquer plus directement avec les grandes organisations commerciales internationales qui ne sont pas impliquées dans les secteurs réglementés de l'économie. Les conférences de l'APEC constituent un excellent modèle de forum de discussion des principes de la politique de la concurrence, tels qu'ils s'appliquent aux activités concrètes des entreprises, et la CFC devrait s'inspirer de ce modèle pour assurer et faciliter l'interaction avec des organisations commerciales nationales et les fédérations nationales de chambres de commerce.

Notes

1. Rapport de Référence : le Rôle de la Politique de la Concurrence dans la Réforme de la Réglementation, in OCDE, *la Réforme de la Réglementation au Mexique* (1999), également publié sous le titre de Wise, M., *Examen du droit et de la politique de la concurrence au Mexique, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 1, no. 4, p. 43 (1999). Voir les examens par pays à www.oecd.org/competition.
2. L'aéroport de la ville de Mexico, bien qu'il soit désigné pour privatisation, demeure néanmoins la propriété de l'État à l'heure actuelle. La situation pourra changer lorsque le site d'un nouvel aéroport sera choisi (et s'il est choisi). Le gouvernement gère également 23 autres aéroports qui fonctionnent à perte et dont la privatisation n'est pas prévue. Plusieurs lignes de voies ferrées à courte distance demeurent également dans les mains de l'État.
3. Accord de libre-échange nord-américain, art. 1501(1). La loi sur la concurrence était en cours de préparation au moment où le Mexique négociait l'ALENA, mais la loi a été adoptée avant que l'ALENA n'entre en vigueur.
4. La Loi sur la Concurrence a été publiée au *Journal officiel* de la Fédération le 24 décembre 1992, et est entrée en vigueur le 22 juin 1993.
5. Article 2, Loi fédérale sur la concurrence économique (LFCE).
6. Voir Fernando Sanchez Ugarte, président de la CFC, « La politique de la concurrence dans le développement économique » (2002). Cet exposé, présenté à

l'occasion du neuvième anniversaire de la CFC, est disponible sur le site web de la CFC à l'adresse suivante : www.cfc.gob.mx.

7. P. 185.
8. Constitution, article 28.
9. P. 185.
10. Une chambre de la Cour suprême a jugé que le pouvoir de la Commission d'imposer des amendes en vertu de l'article 34, section II de la LFCE, est inconstitutionnel car la loi ne contient aucune norme permettant de fixer le montant de l'amende. Cependant, cette décision entre en conflit avec la thèse établie par une autre chambre de la Cour suprême, qui considère que les dispositions légales en matière d'amendes sont constitutionnelles si elles limitent le pouvoir discrétionnaire de l'agence qui inflige ces amendes, en fixant un maximum.
11. Pemex, par exemple, a fait l'objet de plusieurs actions de la CFC pour des pratiques hors du secteur dans lequel il bénéficie d'une protection constitutionnelle.
12. Outre ces exigences légales concernant l'organisation des associations à l'exportation, l'article 6 de la LFCE précise également que le produit exporté par l'association doit constituer la première source de richesse de la région exportatrice, ne doit pas être un produit de base essentiel et ne doit pas être commercialisé dans le territoire mexicain.
13. Le statut de ce pouvoir est remis en cause à l'heure actuelle. Le 6 janvier 2004, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnels les articles 14 et 15 de la LFCE.
14. Le rôle de la CRE dans le secteur du gaz naturel et du GPL est plus prééminent que dans le secteur de l'électricité, car ce dernier secteur est toujours largement nationalisé.
15. 1994 Rapport annuel de la CFC, p. 28.
16. Le marché des vitamines fournit un bon exemple d'une action de la Commission, qui a été réglée par voie transactionnelle en 2002 (Dossier IO-09-99).
17. Jusqu'en 2001, le ministère de l'Économie était dénommé ministère du Commerce et de la Promotion de l'Industrie ou SECOFI.
18. Ainsi, à la différence de la plupart des autres pays de l'OCDE, les prix de revente imposés ne font pas l'objet d'une interdiction *per se*.
19. Règlements 9 à 13. L'analyse donnée dans ces dispositions vaut également pour les questions de marché considéré et de pouvoir de marché impliquées dans l'analyse des fusions. Il convient de noter que le traitement de la définition du marché dans le Règlement 9 dispose expressément que la Commission cherchera à identifier tous les produits de remplacement, « qu'ils soient nationaux ou étrangers ». Bien que la Commission définisse souvent les marchés comme nationaux, en raison des préférences des consommateurs, des conditions de distribution des produits et d'autres facteurs affectant l'offre et la demande, elle considère habituellement les implications des importations réelles et potentielles et des investissements étrangers pour évaluer le pouvoir de marché d'entreprises opérant au Mexique.
20. La norme relative aux pratiques de prix prédatrices posée dans le Règlement de 1998 a été élaborée à l'occasion de la décision rendue dans cette affaire.
21. P. 205.
22. P. 190.

23. P. 208.
24. Règlements 9 à 13.
25. Publiée au *Diario Oficial*, 24 juillet 1998, p. 20.
26. L'opération pourrait se qualifier pour bénéficier de la disposition prévoyant une notification après la réalisation de l'opération, applicable aux opérations de restructuration visées par le Règlement 21, section II, mais uniquement si la société mère a détenu les actions de contrôle au cours des trois années précédentes. Cependant, la CFC ne considère pas qu'une notification soit nécessaire, même après l'opération, dans les circonstances ainsi décrites.
27. Bien que la plupart des fusions examinées le soient après le dépôt d'une notification préalable, ces totaux reflètent également des affaires faisant suite à des plaintes déposées auprès de la CFC, et d'enquêtes ouvertes *ex officio* par la Commission elle-même.
28. P. 193.
29. P. 205.
30. P. 208. Développant cette discussion, le Rapport de 1998 suggérait également la création d'une autorité publique unique pour administrer les réglementations sectorielles de tous les marchés contrôlés. *Id.*
31. P. 194, 208.
32. LFCE 32. Les entreprises mexicaines et étrangères ont le même droit de déposer des plaintes selon les procédures applicables.
33. Deux cours d'appel ont jugé que la Commission n'a aucun fondement légal pour refuser le statut de participant à des plaignants dans le cadre d'opérations de fusion en cours. La Cour suprême ne s'est pas encore exprimée sur cette question, mais la Commission pourra devoir soit étendre le statut de participant en modifiant le Règlement 26 IV, soit solliciter un amendement de la LFCE 32.
34. Règlement 30.
35. LFCE 33, section IV.
36. La CFC estime que ces impasses ne concernent que 15 % des décisions prononcées, et que le volume de texte supprimé d'une décision donnée est extrêmement faible (moins de 2 pour cent).
37. Auparavant, la Commission ne rendait pas ces éléments publics, et ils n'étaient pas autrement divulgués à moins que le dossier de l'affaire ne soit publié pendant le réexamen judiciaire.
38. P. 191.
39. Cette approche, qui ferait effectivement de la CFC un tribunal jugeant des affaires anti-ententes privées, semble être légalement possible, dans le cadre procédural défini par l'article 33 de la LFCE, qui est réduit à sa plus simple expression.
40. Richard D. Baker, *Judicial Review in Mexico: A Study of the Amparo Suit* (1971) p. 128. Voir également *id.* p. 268, qui parvient à la conclusion qu'en ce qui concerne la révision judiciaire des décisions de la CFC, la compétence constitutionnelle du système judiciaire mexicain est comparable à la compétence judiciaire fédérale aux États-Unis.

41. Une action en *amparo* contestant une décision finale de la CFC ne peut pas être engagée avant que la partie concernée n'ait sollicité et obtenu de la Commission le réexamen de sa décision en vertu de l'article 39 de la LFCE.
42. Les règles procédurales de l'action en *amparo* prévoient un mécanisme permettant de joindre devant un tribunal toutes les actions en *amparo* se rapportant à la procédure d'une autorité administrative donnée. Cependant, cette jonction est laissée à la discrétion des magistrats concernés, et n'intervient pas de plein droit.
43. À cet égard, les tribunaux de district ont ignoré une série de décisions de cours d'appel jugeant que les tribunaux saisis d'une action en *amparo* ne peuvent pas ordonner le sursis à l'exécution des décisions de la CFC pendant la procédure de révision judiciaire.
44. P. 208.
45. P. 197.
46. P. 208.
47. Les ratios d'affaires de pratiques relatives par rapport aux affaires de pratiques absolues ne correspondent pas exactement aux ratios d'affaires de pratiques verticales par rapport aux affaires de pratiques horizontales, étant donné qu'en vertu de la LFCE, toutes les affaires de pratiques absolues sont horizontales, tandis que les affaires de pratiques relatives ne sont pas toutes verticales. En d'autres termes, les ratios réels d'affaires de pratiques verticales par rapport aux pratiques horizontales sont plus faibles que les ratios cités dans le texte.
48. Les données brutes concernant les amendes infligées par la Commission semblent démontrer une forte prépondérance des affaires de pratiques relatives par rapport aux affaires de pratiques absolues. L'amende moyenne infligée à titre de sanction par la CFC pendant la période de 1998 à 2002 pour les affaires de pratiques monopolistiques relatives s'est élevée à 4.20 millions de pesos (soit 399 000 USD). L'amende moyenne infligée pour les affaires de pratiques monopolistiques absolues n'atteignait que 44 pour cent du chiffre des affaires de pratiques relatives, soit 1.84 million de pesos (ou 175 000 USD). En réalité, cependant, la plupart des amendes infligées pour des pratiques monopolistiques relatives pendant cette période l'ont été contre Telmex ou sa société liée Telcel ; 15 amendes d'un total de 151.2 millions pesos (soit 14.3 millions USD), soit 86 pour cent de toutes les amendes pour pratiques relatives, ont été infligées à titre de sanction entre 1998 et 2002. Si l'on soustrait les amendes infligées à Telmex, l'amende moyenne pour pratiques relatives chute significativement à 930 431 de pesos (soit environ 88 300 USD).
49. P. 207.
50. LFCE article 24, sections IV et V. En vertu du règlement intérieur de la Commission, le pouvoir d'émettre des commentaires en vertu de la section IV est délégué au Président, la réunion plénière se réservant l'exercice du pouvoir conféré en vertu de la section V.
51. LFCE article 24, section VI. Ce pouvoir est également exclusivement réservé à la réunion plénière.
52. Le secrétaire exécutif, agissant avec l'accord du président, est autorisé à émettre des avis de ce type. Toutefois, la réunion plénière peut choisir de régler ces demandes elle-même, comme elle l'a fait dans les consultations concernant CINTRA et Radio Móvil Dipsa (Telcel), évoquées à la section 3.4 de ce rapport.

53. La CFC considère que la procédure en vertu de l'article 14 constitue une sensibilisation à l'impératif de la concurrence plutôt qu'une mise en œuvre de la loi, car la détermination par la Commission qu'une restriction officielle est nulle n'emporte aucun effet obligatoire.
54. P. 207.
55. P. 207.
56. La CFC juge que les actions au titre de l'article 14 constituent des actions de plaidoyer en faveur de la concurrence plutôt que de mise en œuvre du droit car l'analyse de la CFC selon laquelle une entrave aux échanges existe n'a pas d'effet obligatoire.
57. P. 208.
58. A l'adresse : www.cfc.gob.mx.
59. Une partie significative des documents disponibles sur le site Web est également disponible en anglais.
60. P. 205.
61. Pp. 205-06.
62. L'intention déclarée de la Commission, à savoir fixer ses critères de récupération en termes de « bonnes probabilités » de récupération du coût des pratiques prédatrices, semble hors de tout reproche. Si la Commission prend une initiative officielle sur le thème de la récupération, elle devrait également envisager d'inclure dans ses critères en matière de prix prédateurs les principes de détermination des coûts articulés dans la décision Warner-Lambert du 6 juin 1996.
63. On citera, à titre d'exemples passés relativement inaperçus mais néanmoins louables, les actions de la CFC visant à maintenir un excellent site Web, à obtenir la certification ISO et à organiser les conférences sectorielles parrainées par l'APEC.
64. Castañeda, Gabriel, Santiago Levy, Gabriel Martínez et Gustavo Merino. « Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica » *El Trimestre Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, vol. LX (1) (janvier-mars 1993), n° 237, pp. 230-256, en p. 247.
65. Par comparaison, pendant la période comprise entre 1998 et 2002, la Federal Trade Commission des États-Unis a résolu par voie transactionnelle 86 pour cent de ses affaires de droit des ententes, hors fusions.
66. Le programme de clémence et les transactions en vertu du Règlement 41 posent également des questions en ce qui concerne l'exposition des participants ayant coopéré au risque d'actions privées en dommages-intérêts en vertu de l'article 38 de la LFCE. La CFC devrait examiner l'opportunité de détenir des pouvoirs légaux supplémentaires pour traiter des questions de cette nature.
67. Voir titre 8, chapitres III et IV, des réglementations commerciales publiées au *Diario Oficial* le 30 décembre 1993.
68. *Diario Oficial*, 13 décembre 2002, p. 56. Il serait également bon de suggérer que les membres des facultés qui seraient inscrits sur la liste des experts envisagent de moduler leurs honoraires professionnels pour tenir compte des contraintes du budget judiciaire.

69. Dans les actions en *amparo* qui impliquent la révision de décisions de la CFC infligeant une amende, les règles procédurales applicables permettent déjà à la Commission de demander à l'appelant de constituer une caution pour le cas où la décision de la Commission serait confirmée. Toutefois, cette demande de caution relève de l'appréciation discrétionnaire du tribunal, et il conviendrait donc de réviser cette procédure de telle sorte que cette caution soit systématiquement exigée dans chaque affaire où la CFC prononce une peine d'amende.

Table des matières

Droit et politique de la concurrence au Mexique, 2004	7
<i>Jay C. Shaffer</i>	
Renforcer une concurrence profitable dans les professions de santé ..	83
1. Synthèse par le Secrétariat.....	83
2. Note de référence	91
<i>Sean Ennis</i>	
3. Compte rendu de la discussion	153
4. Contributions par pays	175
Concurrence et prestation de services hospitaliers	177
1. Synthèse par le Secrétariat.....	179
2. Note de référence	189
<i>Sean Ennis</i>	
3. Résumé de la discussion	257
4. Contributions par pays	287