

Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE

VIET NAM

2018

**EXAMENS PAR LES PAIRS DU
DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA
CONCURRENCE DE L'OCDE :**

VIET NAM

2018



Merci de citer cet ouvrage comme suit :
OCDE (2018), Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Viet Nam, <http://oe.cd/vtn>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE, des gouvernements de ses pays membres ou de l'Union européenne.

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.

© OCDE 2018

Avant-propos

Les examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence jouent un rôle important par leur contribution au renforcement des institutions chargées de la concurrence et à l'amélioration des performances économiques du pays. Alors qu'un consensus international se dessine sur les bonnes pratiques d'application du droit de la concurrence et sur l'importance des réformes en faveur de la concurrence, les examens par les pairs font partie intégrante du processus de diffusion de ces bonnes pratiques.

Les examens par les pairs sont un élément essentiel des activités de l'OCDE et reposent sur la volonté d'un pays de soumettre ses lois et politiques à l'examen d'autres membres de la communauté internationale. Cet exercice fournit de précieuses indications sur le pays examiné et favorise la transparence et la compréhension mutuelle pour le bien de toutes les parties prenantes. Il contribue aussi beaucoup à renforcer les institutions chargées de la concurrence. En acquérant force et efficacité, celles-ci se trouvent en mesure de promouvoir et de protéger la concurrence dans toute l'économie, et d'améliorer ainsi la productivité et la performance économique dans son ensemble.

L'OCDE tient à remercier le gouvernement du Viet Nam de s'être porté volontaire pour un examen par les pairs au 15^e Forum mondial sur la concurrence, tenu à Paris les 7 et 8 décembre 2017. Elle remercie également les auteurs du rapport, Nick Taylor et Ruben Maximiano, ainsi que les examinateurs principaux, M. Marcus Bezzi, directeur général exécutif, Commission australienne de la concurrence et de la consommation ; Mme Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité française de la concurrence France ; M. Reiko Aoki, commissaire de la JFTC au Japon et M. Bogdan Chiritoiu, Président du Conseil de la concurrence de Roumanie.

Enfin, l'OCDE souhaite saluer le gouvernement australien pour son aide, en particulier son ambassade à Hanoi, et lui adresser tous ses remerciements.



António Gomes
Chef de la Division de la concurrence, OCDE

Table des matières

Avant-propos.....	3
Table des matières.....	6
1. Introduction et contexte	11
2. Entreprises publiques	15
2.1. Incitations et neutralité concurrentielle	19
2.2. Séparation entre fonctions réglementaires et gestion d'entreprise	25
2.3. Structuration du marché	29
3. Concurrence et réglementation	33
3.1. Obstacles réglementaires à la concurrence	35
3.2. Lois nouvelles et existantes concernant les entreprises.....	37
4. Le cadre législatif actuel en matière de restrictions à la concurrence.....	40
4.1. Panorama du droit, de la jurisprudence et des réformes proposées	40
4.2. Interdictions actuelles en matière de restrictions à la concurrence	42
4.3. Interdictions actuelles visant les abus de position dominante et de monopole	45
4.4. Administration actuelle des concentrations.....	49
4.5. Les dispositions de fond d'application du Décret n° 116.....	53
4.6. Modalités d'application du droit et résultats obtenus.....	57
4.7. Interaction avec d'autres autorités et d'autres législations	61
4.8. Actions civiles	64
4.9. Récapitulatif des problèmes liés à la Loi sur la concurrence de 2004.....	66
5. Le cadre législatif actuel en matière de concurrence déloyale.....	68
6. Les propositions de réforme de la Loi sur la concurrence	72
6.1. Dispositions de fond.....	72
6.2. Détection et investigations	79
7. Réforme institutionnelle : structures d'application du droit	81
7.1. Institutions actuelles de la politique de la concurrence	81
7.2. Évaluation du cadre institutionnel actuel	85
7.3. Moyens et personnel.....	97

7.4. Récapitulatif des principaux problèmes posés par la structure institutionnelle	101
7.5. Questions institutionnelles : contenu du projet de loi.....	102
7.6. Recours judiciaire.....	110
8. Conclusions et recommandations	119
8.1. Forces et faiblesses du régime de concurrence dans le secteur public ...	119
8.2. Forces et faiblesses des mesures d'élimination des dispositions anticoncurrentielles de la réglementation	122
8.3. Forces et faiblesses des dispositions de fond du droit de la concurrence	123
8.4. Autres forces et faiblesses de la gestion de la loi et de la politique de la concurrence par les autorités de la concurrence	126
8.5. Forces et faiblesses des dispositifs institutionnels en matière de concurrence	128
8.6. Autres forces et faiblesses concernant le recours judiciaire dans les affaires de concurrence.....	132
Annexe I - Secteurs soumis à licence	133
Annexe II - Matériel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence... 140	
Annexe III - Dispositions du Code pénal	143
Références	146

Résumé

Le Viet Nam cherche aujourd'hui à moderniser son droit et sa politique de la concurrence, en s'intéressant en particulier au rôle des entreprises publiques dans l'économie. Des questions continuent de se poser dans ce domaine et le pays doit faire face à de nombreux autres défis, par exemple pour réaliser systématiquement des évaluations des règles et réglementations de la concurrence, adapter le droit de la concurrence pour qu'il se fonde davantage sur les effets et faire en sorte que les autorités de la concurrence soient indépendantes et disposent des ressources et compétences nécessaires pour améliorer le cadre de la concurrence. Les projets de modification du droit de la concurrence en cours au Viet Nam offrent l'occasion d'adapter la législation et les institutions en la matière pour en assurer la conformité aux bonnes pratiques internationales.

Au milieu des années 80, le pays a décidé d'abandonner la planification centrale de l'économie pour se tourner vers l'économie de marché. En 2004, il a adopté une législation complète et détaillée sur la concurrence et a créé deux autorités de la concurrence – la Direction de l'administration de la concurrence (Vietnam Competition Administration Department – VCAD), rebaptisée plus tard Autorité de la concurrence (Vietnam Competition Authority – VCA, devenue VCCA) et le Conseil de la concurrence (Vietnam Competition Council – VCC). La loi actuelle sur la concurrence et les deux autorités principales qu'elle a établies ont beaucoup contribué à l'évolution de l'économie vietnamienne. Cependant, un certain nombre de caractéristiques du système actuel ont pour effet de fortement restreindre, limiter et ralentir les bienfaits que la politique de la concurrence peut apporter à l'économie. Les affaires relatives à l'application des dispositions fondamentales de la législation sur la concurrence qui ont fait l'objet d'un règlement sont d'ailleurs peu nombreuses.

Afin de poursuivre les réformes, le Premier ministre a demandé à l'Institut central de gestion économique (Central Institute for Economic Management - CIEM), un groupe de réflexion gouvernemental, de préparer une politique globale de la concurrence qui porte en particulier sur les mesures à prendre au sujet des entreprises publiques, des réglementations anti-concurrentielles et de la réforme du droit de la concurrence à mettre en œuvre pour la fin de l'année 2018.

C'est dans ce contexte qu'a été réalisé le présent examen, qui vise à apporter une contribution utile à la révision en cours du droit et de la politique de la concurrence. Il se propose ainsi d'analyser : la situation actuelle de la politique

de la concurrence dans les domaines de la neutralité concurrentielle, compte tenu de l'importance du rôle des entreprises publiques ; la situation des lois et réglementations d'évaluation de la concurrence au Viet Nam ; et les lois et institutions actuellement en place en matière de concurrence. À cette fin, le document analyse à la fois la Loi sur la concurrence de 2004 qui s'applique à l'heure actuelle et le projet de loi mis à la disposition de l'OCDE au deuxième semestre de 2017.

Plusieurs institutions ont participé activement à l'ensemble du processus d'examen, en particulier le VCC, la VCCA, le CIEM et le ministère de la Justice.

À l'occasion d'une visite sur place, l'équipe chargée de l'examen a rencontré de nombreux représentants du gouvernement et d'autres acteurs, des juristes du secteur privé et des représentants de l'Assemblée nationale.

Au cours du Forum mondial sur la concurrence, tenu à l'OCDE, à Paris (en décembre 2017), quatre pays, l'Australie, la France, le Japon et la Roumanie, ont assumé les fonctions d'examineurs principaux. Les responsables des institutions de ces pays ont procédé à l'examen par les pairs du Viet Nam en se fondant sur le présent examen. Mme Ho Phuong Chi, commissaire auprès du VCC, a conduit la délégation vietnamienne, composée de personnel de haut niveau de la VCCA, du CIEM et du ministère de la Justice. La délégation a répondu aux questions des examineurs principaux et fourni une évaluation du droit et de la politique de la concurrence du Viet Nam.

Les recommandations de l'OCDE répondent à la nécessité pour le pays de disposer d'un cadre de neutralité concurrentielle et d'un cadre d'évaluation de la concurrence, d'améliorer le cadre du droit de la concurrence pour qu'il tienne mieux compte de l'économie et se fonde davantage sur les effets, et de réfléchir à la réforme, à la limitation des ressources et à l'indépendance des institutions.

Mise en œuvre d'un cadre complet de neutralité concurrentielle

Le Viet Nam a beaucoup progressé sur le chemin qui doit l'amener du statut d'économie en développement socialiste et planifiée vers celui d'économie de marché en voie d'industrialisation rapide. Les vagues de réformes successives ont fortement réduit l'envergure du secteur des entreprises publiques, amélioré la gouvernance et atténué les distorsions de la concurrence. Il reste cependant beaucoup à faire. L'examen recommande de poursuivre les efforts de mise en œuvre d'un cadre clair et complet de neutralité concurrentielle jusqu'à ce que les recommandations des Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des

entreprises publiques soient pleinement et efficacement prises en compte, notamment par l'instauration de conditions de concurrence adéquates dans les cadres juridique et réglementaire applicables aux entreprises publiques. L'autorité de la concurrence ou un organe de politique économique comme le CIEM pourrait jouer un rôle précieux en fournissant à l'appui de la politique de la concurrence des recommandations sur la privatisation à venir des entreprises publiques, afin que les problèmes anticoncurrentiels hérités du passé ne persistent pas sur les marchés où ces entreprises publiques exerçaient un pouvoir de marché considérable.

Mise en œuvre de mécanismes d'évaluation de la concurrence

Le Viet Nam a sensiblement amélioré la qualité de ses processus d'élaboration de la réglementation, notamment au moyen de mécanismes de consultation efficaces. Bien que la VCCA recommande depuis longtemps de supprimer ou de réformer les obstacles inutiles à la concurrence, elle n'a été que très rarement invitée à prendre part aux débats sur la réglementation. Il reste donc deux importantes questions à régler : tout d'abord, il faut renforcer nettement la contribution de l'autorité de la concurrence à l'élaboration de la réglementation, sur le plan du nombre et de l'intensité des interventions, et institutionnaliser la procédure qui s'applique à sa participation à ces débats. En outre, il convient de prêter attention aux nombreuses réglementations adoptées avant la mise en place des contrôles de qualité qui existent aujourd'hui. L'examen recommande au pays de créer des mécanismes pour : associer l'autorité de la concurrence ou un autre organisme compétent à l'étude des obstacles à la concurrence dans la législation ou la réglementation en vigueur ; pour tous les projets de loi qui touchent les entreprises, alerter l'autorité de la concurrence ou un autre organisme compétent et l'inviter à formuler un avis sur la base d'une liste de référence pour l'évaluation de la concurrence. Il recommande également de réviser les lois et réglementations en vigueur dans les secteurs clés de l'économie.

Amélioration du cadre juridique de la concurrence

Le Viet Nam a été l'un des premiers pays de l'ASEAN à adopter une loi complète sur la concurrence, qui en couvre les trois grands domaines d'action : les accords anticoncurrentiels ; l'abus de position dominante ; et les fusions anticoncurrentielles. Cependant, les dispositions de la législation en vigueur en matière de concurrence se fondent généralement sur des critères de forme plutôt que d'effet, de sorte que les parts de marché y jouent un rôle plus déterminant que les effets sur le marché en question. En outre, les ententes injustifiables ne sont

généralement interdites que si elles touchent 30 % du marché, ce qui n'est pas conforme aux bonnes pratiques internationales. Même si l'approche fondée sur la forme pouvait présenter des avantages au moment où le pays amorçait tout juste sa transition vers l'économie de marché et venait d'adopter sa législation en matière de concurrence, il faut maintenant adapter et faire évoluer les dispositions de fond de cette législation pour que l'économie du Viet Nam puisse déployer toutes ses potentialités. Les autorités en ont pris conscience et un projet avancé de nouvelle loi est présenté devant l'Assemblée nationale. L'examen comprend plusieurs recommandations qui soulignent la nécessité de faire en sorte que ce nouveau texte de loi se fonde davantage sur les effets et que les pouvoirs d'enquête soient renforcés, notamment par un système obligatoire et efficace d'inspections inopinées.

Réforme des institutions, limitation des ressources et indépendance

Le Viet Nam s'appuie toujours pour l'application générale du droit de la concurrence sur deux entités distinctes, l'une chargée des enquêtes et l'autre des décisions. Il en résulte que les ressources disponibles, déjà très limitées, ne sont pas utilisées de manière optimale. L'examen a mis en évidence plusieurs autres problèmes institutionnels qui compromettent gravement l'efficacité des autorités de la concurrence, comme leur manque d'autonomie et d'indépendance, de ressources et de personnel, ainsi que l'absence de transparence des procédures. Il recommande par conséquent différentes mesures pour y remédier, et conseille également de prévoir un soutien financier pour que les juges puissent suivre des formations sur les questions de concurrence.

1. Introduction et contexte

Au milieu des années 80, le Viet Nam a abandonné la planification centrale de l'économie pour se tourner vers l'économie de marché. Durant cette période, le pays disposait des premiers pans d'une politique de la concurrence, logés dans différentes législations concernant les prix et certaines industries.

En 2004, le Viet Nam a adopté une législation complète et détaillée sur la concurrence, à l'occasion de son adhésion à l'OMC (sans obligation imposée par celle-ci). L'adoption de cette loi avait pour premier objectif de prouver au monde que le Viet Nam était déterminé à appliquer un système économique fondé sur le jeu des forces du marché et ouvert aux échanges internationaux¹. Cette loi a établi deux autorités de la concurrence – la Direction de l'administration de la concurrence (Vietnam Competition Administration Department – **VCAD**), rebaptisée plus tard Autorité de la concurrence (Vietnam Competition Authority – **VCA**), et le Conseil de la concurrence (Vietnam Competition Council – **VCC**).

Comme indiqué ci-dessous, la VCA exerçait une large gamme de fonctions, couvrant le droit et la promotion de la concurrence, la protection des consommateurs et la résolution des différends commerciaux, tandis que le VCC n'était compétent qu'en matière de contrôle d'application de la loi. En août 2017, la VCA a été scindée en deux organismes – l'Autorité de la concurrence et de la consommation (Viet Nam Competition and Consumer Authority – **VCCA**), qui a hérité des fonctions de la VCA liées à la concurrence et à la protection des consommateurs, et l'Autorité chargée de la résolution des différends commerciaux (Viet Nam Trade Remedies Authority – **VTRA**), qui a repris les fonctions de la VCA en la matière. Du fait que cette réorganisation s'est produite au moment où la rédaction du présent rapport touchait à sa fin, une grande partie des données et des informations historiques présentées ici concernent la VCA plutôt que la VCCA².

¹ Parmi les dispositions générales figurant au début du texte de loi, les articles 5 et 6 formulent certaines exigences à l'égard des organismes publics afin qu'ils s'abstiennent d'appliquer des politiques qui pourraient introduire un biais dans les échanges internationaux.

² Dans ce rapport, le sigle VCCA s'applique à la fois à l'organisme en place à l'heure actuelle et à toute l'histoire de l'application de la loi avant la séparation d'avec la VCA. Les références à une affaire ou à une action particulière relevant du VCAD ou de la VCA avant la formation de la VCCA continueront de mentionner le VCAD ou la VCA selon le cas.

Par ailleurs, le Viet Nam est l'un des principaux participants à l'ASEAN qui ait accompli des progrès significatifs dans l'adoption d'une législation et d'une politique de la concurrence dans le cadre de la construction de l'un des plus grands marchés communs intégrés au monde.

La loi actuelle sur la concurrence et les deux autorités principales qu'elle a établies ont contribué de façon importante à l'évolution de l'économie vietnamienne. Leurs contributions consistent notamment à plaider en faveur de politiques proconcurrentielles dans d'autres secteurs de l'administration, mais aussi à œuvrer afin que les entreprises adoptent un comportement plus favorable à la concurrence.

Cependant, un certain nombre de caractéristiques du système actuel ont pour effet de fortement restreindre, limiter et ralentir les bienfaits que la politique de la concurrence pourrait apporter à l'économie.

Un indicateur de l'efficacité du système est le nombre et la nature des décisions de nature répressive qui ont été adoptées – des statistiques partielles mais qui peuvent néanmoins être révélatrices. Le nombre d'affaires conclues concernant l'application des dispositions centrales de la Loi sur la concurrence est plus faible que prévu. En douze années, une enquête initiale a été ouverte sur plus de 80 affaires d'atteinte à la concurrence, dont seulement huit ont fait l'objet d'une enquête officielle, six ont atteint le stade de la décision formelle, tandis que seulement une affaire d'abus de position dominante et une affaire d'entente ont abouti à une décision finale assortie de sanctions. Il est très peu probable que ce maigre bilan d'application de la loi puisse avoir un effet dissuasif sensible à l'encontre des comportements anticoncurrentiels.

Il est à noter que le faible nombre de décisions finales relatives aux dispositions de la Loi sur la concurrence ne doit pas être interprété comme signifiant que la petite équipe d'enquêteurs de la VCA n'accomplit pas son travail avec diligence. Outre les 80 affaires de concurrence ayant fait l'objet d'une enquête initiale, la VCA est parvenue à une issue conclusive dans un nombre plus grand d'affaires de concurrence déloyale. Ces statistiques reflètent plus probablement d'autres problèmes, tels que le libellé des interdictions fondamentales, la structure institutionnelle à deux niveaux qui est chargée de faire respecter les dispositions centrales de la Loi sur la concurrence, ou encore les ressources limitées dont dispose l'organe de répression.

D'autres indications laissent penser que le droit et la politique de la concurrence, dans leur forme actuelle, pourraient fournir une contribution beaucoup plus importante à l'économie et aider le Viet Nam à poursuivre sa trajectoire de croissance et de prospérité. En voici quelques exemples.

- En dépit de plusieurs réformes importantes, les entreprises publiques demeurent très présentes sur de nombreux marchés, ce qui limite les possibilités, pour les concurrents privés, de participer effectivement à ces marchés.
- Si la VCA a obtenu quelques succès en conseillant l'administration centrale et les autorités régionales pour qu'elles évitent d'adopter des politiques réglementaires anticoncurrentielles, ces cas sont relativement isolés. De fait, il existe dans l'économie d'innombrables règlements et politiques qui entravent la concurrence.
- Bien que des enquêtes laissent penser qu'une proportion non négligeable des entreprises ont connaissance de la loi et de la politique en matière de concurrence, il est notable qu'un très grand nombre de sociétés ont soit une idée inexacte de ce qu'est la concurrence, soit aucune conscience de l'existence de ces textes.

Dans d'autres pays en développement rapide, l'économie a pu accomplir de grandes avancées en peu de temps, en l'absence de législation et de politique solides en matière de concurrence. Cependant, dans le parcours de développement économique de tous les pays, il arrive un moment où l'économie ne peut plus progresser davantage sans se doter d'une législation et d'une politique de la concurrence pleinement effectives.

Le Viet Nam a aujourd'hui atteint ce point.

Une politique nationale de la concurrence en bonne et due forme est essentielle pour que l'ensemble des acteurs économiques soient intégrés à l'économie – qu'il s'agisse des jeunes, prêts à apporter des idées nouvelles et à travailler dur, ou des investisseurs étrangers, qui peuvent fournir technologies et capitaux.

Une loi de la concurrence fixant des normes fondamentales de comportement économique qui soient compatibles avec d'autres lois, et qui en transcendent les détails, devrait fonctionner comme une constitution pour l'économie de marché.

Comme le décrit le présent rapport, les quatre grandes contraintes qui doivent être surmontées pour que le système concurrentiel fonctionne pleinement et efficacement sont les suivantes.

- Le cadre réglementaire n'est actuellement pas favorable à la concurrence, ou du moins pas autant qu'il le devrait.
- La structure de nombreux marchés clés n'est pas concurrentielle.

- Le cadre institutionnel des autorités de la concurrence, d'autres organes réglementaires concernés et des tribunaux jugeant des recours restreint l'efficacité du système d'application de la loi.
- Le contenu technique des lois sur la concurrence elles-mêmes comporte de graves défauts.

Le gouvernement vietnamien a reconnu l'existence de tels problèmes, et chargé le ministère de l'Industrie et du Commerce de préparer une nouvelle législation sur la concurrence, en coopération avec la VCA, le VCC ainsi que d'autres parties prenantes et organismes concernés. Avant et pendant la rédaction du présent rapport, plusieurs versions du projet de loi ont été établies. Elles n'ont pas toutes été traduites en français ou en anglais, et certaines d'entre elles n'ont pas été rendues publiques. Néanmoins, l'OCDE a reçu une traduction non officielle de la deuxième version du projet, ainsi que plusieurs rapports sur les principaux points qui ont posé des problèmes dans les diverses versions établies après la deuxième. C'est une version ultérieure qui a été soumise au Comité permanent de l'Assemblée nationale en septembre 2017 et est en cours d'examen. La version définitive de la loi révisée devrait être votée lors de la prochaine séance plénière, en mai 2018.

Il reste donc une importante marge de manœuvre pour apporter de nouvelles améliorations au projet de loi actuel.

Le projet de loi n'aborde pas explicitement la question des moyens. À cet égard, il est judicieux d'utiliser les deniers publics avec parcimonie ; de fait, si les problèmes susmentionnés étaient résolus, le niveau actuel de dépenses publiques permettrait d'en faire beaucoup plus. Celui-ci est néanmoins très faible, par comparaison internationale, pour un pays de quelque 90 millions d'habitants et un PIB de 192 millions EUR. Il est très probable que, moyennant une dérogation au moratoire actuel sur la création de nouveaux organismes publics et de modestes dépenses de personnel supplémentaires, l'économie en retirerait de grands avantages.

Le présent rapport aborde les questions suivantes.

- Les entreprises publiques sont actuellement les opérateurs les plus importants sur toute une série de marchés essentiels. Il est nécessaire de mener des réformes afin que ces entreprises adoptent un comportement concurrentiel et n'empêchent pas les autres sociétés de livrer une concurrence effective.
- Les politiques, actions et réglementations administrées par les différents ministères, au niveau central et régional, dressent actuellement

d'importants obstacles à la concurrence. Des réformes sont requises à cet égard, afin que les marchés puissent fonctionner de manière concurrentielle.

- La teneur technique du droit de la concurrence lui-même doit être actualisée pour se conformer aux bonnes pratiques internationales.
- La structure, les dispositions institutionnelles et les ressources des organismes chargés de la concurrence doivent être revues en profondeur.

Bien entendu, la simple existence d'un droit de la concurrence et d'une politique en la matière ne suffit pas à engendrer une économie pleinement inclusive et prospère. La réussite dépend aussi d'autres réformes, menées en parallèle et en interaction. Le présent rapport met en lumière plusieurs de ces interactions essentielles.

Si les deux derniers aspects mentionnés sont au cœur de ce rapport, les deux premiers mériteraient une analyse spécifique plus approfondie, qui dépasse toutefois la portée d'un tel rapport.

2. Entreprises publiques

Les entreprises publiques peuvent offrir une précieuse contribution à l'économie – en particulier si celle-ci est en développement et dépourvue d'un marché des capitaux très étoffé –, mais l'investissement public à grande échelle peut constituer une lourde charge pour le budget de l'État. En outre, il convient de mettre en place de solides garde-fous afin que ces entités opèrent avec efficacité et n'empêchent pas d'autres participants de jouer leur rôle dans l'économie.

Si la plupart des pays ont un nombre limité d'entreprises publiques d'envergure notable³, très peu de pays ont des entreprises publiques aussi nombreuses et aussi puissantes que le Viet Nam. Ainsi, en 2015, il existait au Viet Nam plus de 780 entreprises entièrement détenues par l'État, présentes dans tous les grands secteurs de l'économie. Bien que leur nombre ait baissé depuis, on estime qu'elles représentent encore plus du tiers de l'actif total des entreprises

³ Par exemple, c'est l'État fédéral qui détient le service postal aux États-Unis et le fournisseur national d'accès à internet en Australie ; en France, le principal producteur d'électricité appartient à l'État ; et en Nouvelle-Zélande, l'État est l'actionnaire principal de la compagnie aérienne nationale.

vietnamiennes, et que, sur les 700 sociétés cotées sur les places boursières de Ho Chi Minh Ville et de Hanoi, 450 sont des entreprises publiques actionnarisées.

Les autorités vietnamiennes ont pris récemment d'importantes décisions de rationalisation et de restructuration du secteur des entreprises publiques. Elles ont annoncé en 2016⁴ que le nombre d'entreprises entièrement détenues par l'État serait ramené en 2020 à 103 et ont expliqué en 2017⁵ (alors que ce rapport était en cours d'élaboration) que 406 entreprises publiques seraient cédées au cours de la période 2017-2020. Si ces projets sont menés à bien, ils contribueront de façon déterminante à l'élimination de certaines contraintes préjudiciables à la performance de l'économie vietnamienne.

Ces instruments couvrent un très grand nombre d'aspects, dont certains présentent un intérêt particulier sur le plan de la concurrence :

- Diverses considérations sont prises en compte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les entités à maintenir dans le giron de l'État et sur la proportion de capital à conserver. Par exemple, les critères applicables pour conserver 100 % du capital incluent les considérations sur les monopoles naturels dont bénéficient les réseaux des secteurs de l'électricité, du transport ferroviaire ou du contrôle du trafic aérien. Autre justification de la conservation par l'État de la propriété d'une entreprise : le fait qu'elle soit l'unique fournisseur d'un produit ou d'un service d'utilité publique dans une région donnée. D'un autre côté, l'État peut aussi maintenir sa présence dans certaines entreprises pour des raisons sans rapport avec la concurrence. Les entreprises de production d'explosifs ou d'organisation de loteries, par exemple, sont conservées pour d'autres motifs.
- Dans le cas des entreprises qui restent la propriété de l'État, l'article 2(c) de la résolution de 2017 prévoit l'adoption d'un décret qui éliminerait les décisions administratives agissant directement sur les marchés, telles que subventions ou accès préférentiel à des ressources telles que crédit, terrains, ressources naturelles, possibilités d'investissement, financement et fiscalité.

Cela étant, il a déjà été décidé que l'État resterait propriétaire de certaines entreprises publiques clés, comme le groupe pétrolier et gazier des entreprises Petrovietnam (un financement extérieur majoritaire sera cependant recherché pour

⁴ Décision n° 58 de 2016.

⁵ Décision n° 1232/QD-TTg de 2017.

certaines filiales et un intérêt minoritaire cédé dans sa filiale d'exploration) et il reste à régler de nombreux détails de la suppression des privilèges publics pour ceux qui subsistent.

Par ailleurs, la Banque mondiale a expliqué en quoi les réformes déjà annoncées et celles qui suivront étaient importantes. Elle a en effet constaté⁶ que la productivité du segment des entreprises publiques était nettement inférieure à celle du secteur privé et que la prédominance du secteur public dans l'économie en général pesait sur la productivité potentielle globale.

De plus, le besoin de capitaux de ce vaste ensemble d'entreprises constitue une lourde charge pour l'État vietnamien. Ce sont tous ces facteurs, et d'autres encore, qui ont suscité l'adoption de précédentes réformes. Le nombre d'entreprises détenues à 100 % par l'État a déjà considérablement diminué, puisqu'il est passé de 12 000 en 1991 à 780 aujourd'hui, au moyen de privatisations, fusions, fermetures et ventes. Par exemple, entre 2011 et 2016, 537 entreprises publiques ont été transformées en sociétés par actions, pour un capital total de 789 900 milliards VND (35 milliards USD).

Les entreprises publiques occupent aussi une place importante sur de nombreux marchés qui présentent des caractéristiques oligopolistiques. Celles-ci sont souvent détenues par le ministère chargé de la politique et de la réglementation du secteur, ou par des ministères exerçant un pouvoir sur l'ensemble de la sphère publique. Par exemple, le secteur des télécommunications compte trois grands acteurs, qui sont trois entreprises publiques. Deux sont détenues par le ministère des Communications et la troisième par le ministère de la Défense. De même, les plus grandes banques du pays sont publiques, et il existe aussi des entreprises publiques qui fabriquent du ciment.

De même que les entreprises publiques en situation d'oligopole, de nombreuses autres entreprises publiques vietnamiennes opèrent sur des marchés caractérisés par un plus faible degré de concentration ou par des obstacles à l'entrée moins importants, où la concurrence est déjà possible, voire vigoureuse. Par exemple, le secteur public compte des hôtels, des brasseries et des entreprises du bâtiment.

Lorsque des ministères fonctionnels sont responsables de la réglementation des opérateurs sur un marché tout en détenant des parts des opérateurs importants, il en résulte souvent des situations réelles ou supposées de favoritisme. Celles-ci peuvent se produire lorsqu'une entreprise publique demande explicitement à

⁶ Banque mondiale, 2016, p. xxvi.

bénéficier d'un traitement favorable ou simplement lorsque le ministère actionnaire agit dans l'intérêt de l'entreprise en question. Deux effets anticoncurrentiels en découlent à leur tour : d'une part, cette situation peut décourager les opérateurs privés d'essayer de pénétrer le marché et, d'autre part, si des opérateurs privés sont présents, le favoritisme fausse la concurrence.

La Compagnie d'investissement des capitaux publics (State Capital Investment Corporation – SCIC) a été créée pour détenir des participations au capital des entreprises publiques. Le transfert à la SCIC de la propriété des entreprises publiques permet une gestion commerciale plus rigoureuse, il constitue une étape en direction de la privatisation et réduit les possibilités de favoritisme de la part des ministères fonctionnels. La SCIC a rétrocédé ses intérêts dans d'importantes entités, c'est-à-dire qu'elle s'est entièrement désengagée de plus de 100 entités dont le capital s'établit à 4 300 milliards VND approximativement (190 millions USD)⁷. Fin 2016, la SCIC détenait des participations dans 150 entreprises environ. À ce jour, elle n'a cependant pas pris de participations dans les entreprises publiques les plus importantes⁸. À l'heure actuelle, 54 % environ des entreprises publiques du Viet Nam sont gérées par les collectivités locales, 27 % par différents ministères et 19 % par des entités économiques d'État (comme la SCIC).

Les principaux problèmes qui se posent au sujet des entreprises publiques du Viet Nam sont les suivants.

- Les entreprises publiques sont-elles incitées à jouer le jeu de la concurrence de façon efficiente et efficace, sans évincer leurs concurrents ? (Problème n° 1)
- Dans les secteurs où l'État est à la fois l'autorité de réglementation et le propriétaire d'une entreprise réglementée, la réglementation est-elle impartiale ? La réglementation s'applique-t-elle de façon *réellement* équitable aux entreprises publiques et privées, et est-elle *perçue* comme

⁷ www.scic.vn/english/index.php/investment/16-investment/portfolio.html.

⁸ En 2005, le gouvernement vietnamien a créé la SCIC, dont le rôle est de détenir les participations de l'État dans les entreprises. Entité économique spéciale dépendant de l'État, elle est structurée comme une holding. Ses fonctions et responsabilités sont définies par la loi. La SCIC reçoit et détient les participations de l'État dans les entreprises dont les capitaux sont entièrement ou partiellement publics

équitable, de sorte que les sociétés privées ne sont pas dissuadées d'entrer sur le marché ? (Problème n° 2)

- Est-il justifié, du point de vue des politiques publiques, que l'État maintienne sa participation au capital ? Si tel est le cas, comment les entreprises publiques devraient-elles être structurées, et si ce n'est pas le cas, comment l'État devrait-il organiser son désengagement pour réduire les risques de comportement anticoncurrentiel à la suite de ce retrait ? (Problème n° 3)

Ces trois problèmes interdépendants sont des questions de politique de la concurrence qui dépassent largement le cadre de l'application de la loi, mais qui peuvent aussi avoir des conséquences très importantes à cet égard. Si ces problèmes ne sont pas correctement traités, les entreprises publiques peuvent acquérir un haut degré non seulement de pouvoir politique mais aussi de pouvoir de marché. Les affaires d'abus de position dominante sont parmi les plus difficiles à juger, tant du point de vue juridique qu'institutionnel. L'absence de traitement approprié des conséquences de la structuration des entreprises publiques sur la politique de la concurrence se traduira par de fortes tensions dans le système d'application de la Loi sur la concurrence et par l'utilisation de ressources qui ne seront pas consacrées à d'autres domaines importants d'application des lois.

2.1. Incitations et neutralité concurrentielle

Un aspect fondamental du jeu des forces du marché est qu'il sous-tend l'*efficience technique, allocative et dynamique* du marché, du moins en l'absence de défaillance du marché. Ainsi, lorsque les acteurs du marché sont en mesure de conserver l'excédent de recettes par rapport aux dépenses, ils sont encouragés à simultanément économiser les intrants et produire de telle sorte que leurs biens et services seront recherchés par les consommateurs. Les mécanismes de marché incitent aussi à trouver le niveau optimal d'activité sur un marché donné : le sous-investissement fait monter les prix et encourage l'entrée et l'expansion des entreprises sur le marché, tandis que le surinvestissement favorise la consolidation, les réductions d'effectifs et la réallocation des ressources vers d'autres utilisations.

Lorsqu'une entreprise est détenue par des intérêts privés, le fait que le propriétaire soit en droit de percevoir des bénéfices en cas de réussite l'amène à gérer son affaire de manière efficiente, ou à choisir et récompenser un gérant qui en fera autant à sa place. Si c'est l'État qui est propriétaire, il importe de mettre en place des politiques explicites pour atteindre les objectifs suivants.

- Adoption d'un profil de société commerciale : dès lors que les recettes dépassent les dépenses (ce qui est généralement le cas pour toute entreprise d'une certaine taille), il convient de créer une entité distincte et identifiable, avec une comptabilité et une gestion propres, de donner pour but à la direction de gérer l'entreprise sur une base commerciale et rentable, et de la rémunérer en conséquence.
- Neutralité concurrentielle et aides de l'État : les sommes que l'entreprise publique doit déboursier pour financer ses emprunts et son capital, ses terrains et les autres ressources utilisées aux fins de la production doivent refléter les tarifs en vigueur sur le marché et correspondre à ce que devrait payer une entité du secteur privé. Elle ne doit bénéficier, au motif que l'État est propriétaire, d'aucun avantage qui lui permettrait de se substituer à d'autres producteurs sans gain d'efficacité. Elle doit payer des impôts (ou verser à l'État des dividendes à hauteur des impôts que paierait une société privée), c'est-à-dire qu'elle ne doit pas percevoir de subventions implicites qui lui permettraient d'évincer des concurrents plus efficaces.

En 2012, l'OCDE a publié un document de 70 pages intitulé *Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices concerning Competitive Neutrality*, qui rassemblait des années de travaux sur le sujet, et en particulier les principaux points suivants.

- Rationalisation du modèle opérationnel des entreprises d'État.
- En ce qui concerne les entreprises publiques, les directives de l'OCDE exposent une série de recommandations. Dans des secteurs réglementés tels que l'énergie, les communications, les transports et la banque, les fonctions réglementaires devraient être logées dans une structure cantonnée, séparée des entités menant des activités commerciales. Les entités commerciales devraient relever du droit des sociétés et, lorsque ce n'est pas possible, les dispositions prises devraient refléter au maximum le droit des sociétés. Les organes de gouvernance devraient être clairement habilités à diriger l'entreprise en fonction des considérations commerciales ordinaires, et pleinement conscients que l'entreprise publique a l'obligation de respecter les règles du marché.
- Recensement des coûts directs de toute fonction donnée.
- Pour atteindre la neutralité concurrentielle, il est essentiel de pouvoir définir les coûts directs. Le but est d'éviter les subventions implicites en distinguant les cas où le secteur public supporte des coûts

supplémentaires (par exemple, s'il est tenu de fournir un service d'utilité publique) des cas où l'entreprise publique tire parti de son statut d'entité appartenant à l'État.

Dans de tels cas, les coûts en question sont les coûts économiques : toutes les dépenses explicites de l'entité doivent être répertoriées, de même que tous les avantages dont elle bénéficie et les ressources qu'elle utilise sans devoir les payer explicitement. Par ailleurs, l'entité devrait verser un rendement juste ou de niveau commercial, habituellement sous forme de dividende, pour les capitaux employés. Le recensement des coûts de l'activité d'une entreprise publique est nécessaire également pour vérifier qu'elle paie sa part d'impôt (ou un versement fiscal équivalent à l'État).

Il est nécessaire aussi de connaître les coûts directs pour établir une tarification au coût qui soit efficiente, en particulier lorsque l'activité ne peut pas être (entièrement) traitée comme une activité commerciale ou que l'entité ne peut pas être (entièrement) transformée en société commerciale.

- Dégager un taux de rendement commercial.

Comme dans toute entreprise, il n'est pas nécessaire que chacune des transactions soit rentable ni que toutes les transactions soient également rentables. Néanmoins, l'entreprise devrait globalement opérer selon le principe qu'elle doit dégager un bénéfice et verser à l'État un rendement de niveau commercial (c'est-à-dire un dividende) sur les capitaux employés.

C'est important pour plusieurs raisons : si l'entité verse moins qu'un rendement commercial, il s'agit d'une subvention implicite de l'État (ou de l'application de prix d'éviction), ce qui signifie peut-être qu'une entreprise publique inefficace se substitue à une société privée, plus efficiente. En outre, si l'entité ne peut pas dégager un rendement commercial normal, alors l'utilisation des fonds publics n'est pas optimale et la société en souffre.

- Comptabiliser les obligations de service public.

Dans certains cas, les entreprises publiques sont tenues d'accomplir des fonctions de service public. Celles-ci devraient être comptabilisées séparément et, idéalement, financées directement par le budget de l'État, lequel devrait aussi recevoir un rendement normal pour les fonctions commerciales ordinaires.

Cette méthode est plus efficiente, non seulement pour les activités commerciales – dont le prix, le rendement et le volume ne sont pas biaisés par la nécessité de financer des obligations de service public –, mais aussi pour les services publics eux-mêmes – parce qu’elle peut mettre en évidence les cas où des options moins onéreuses sont disponibles pour assurer ces obligations, par exemple, en passant par un appel d’offres.

- Neutralité fiscale.

L’entreprise publique devrait normalement être soumise à l’imposition au même titre qu’une société ordinaire, mais, si ce n’est pas le cas, il convient d’instaurer des conditions de concurrence équitable en imposant à l’entreprise publique de verser à l’État un dividende spécial ou un paiement qui soit calculé sur la même base que l’impôt.

Ce principe devrait être appliqué de la même façon pour l’impôt sur le revenu, les droits, les redevances pour services rendus (par exemple, le dépôt de brevet) et les taxes indirectes telles que taxe sur la valeur ajoutée, taxes sur les biens et services, ou taxes sur la masse salariale.

- Neutralité de la réglementation⁹

Comme indiqué plus haut, les fonctions réglementaires devraient être séparées des activités commerciales et logées dans des entités distinctes. Les entreprises publiques devraient être soumises aux mêmes obligations réglementaires que les sociétés privées, sans bénéficier d’immunités ou d’exceptions à la loi. Les autorités de réglementation ne devraient pas établir de différence entre les entreprises publiques et les sociétés privées.

- Neutralité en matière d’emprunt et subventions explicites.

Dans de nombreux cas, les gouvernements (et les entreprises publiques) paient moins cher pour emprunter que les entités du secteur privé. Pourtant, les entreprises publiques ne devraient pas bénéficier d’un financement par l’emprunt moins onéreux, ce qui constitue une subvention implicite, et elles ne devraient pas non plus recevoir de subventions explicites. En effet, les subventions, explicites ou

⁹ Par exemple, comme décrit ci-après, le Viet Nam n’impose pas la neutralité réglementaire lorsque l’acquisition d’une entreprise publique par une autre n’est pas considérée comme devant répondre aux obligations d’enregistrement des fusions.

implicites, se traduisent par le fait que les entreprises publiques se substituent à des opérateurs privés efficaces.

Deux mécanismes permettent d'éliminer les subventions implicites que constitue l'accès des entreprises publiques à des emprunts à taux bonifié. Une méthode consiste, pour le gouvernement, à instaurer une fonction de trésorerie spécialement consacrée aux entreprises publiques, qui mène toutes les activités d'emprunt. Cette unité s'efforce d'emprunter sur les marchés de capitaux aux conditions les plus avantageuses possible et rétrocède ces fonds aux entreprises publiques à des taux comparables aux taux d'intérêt versés par les sociétés privées présentant des risques comparables.

Une autre méthode consiste à ce que l'entreprise publique lève elle-même des fonds aux meilleures conditions possible, mais verse un dividende supplémentaire spécial à l'État pour compenser la différence de taux d'intérêt avec celui que devrait payer une société privée, à risque comparable.

- Passation des marchés publics.

Les entreprises publiques ne devraient pas être obligées de fournir des biens ou services à l'État gratuitement, ou pour un prix inférieur au coût de revient, et la commande publique ne devrait pas privilégier les entreprises d'État. Enfin, les entreprises publiques devraient être soumises aux mêmes exigences que les fournisseurs privés lorsqu'elles participent à des appels d'offres.

L'OCDE a précédemment rendu compte¹⁰ de certaines préoccupations à cet égard : les entreprises publiques ont bénéficié d'une série d'avantages officiels et officieux tels qu'un accès privilégié au financement, aux prêts, aux capitaux via le budget de l'État, aux terrains et à d'autres ressources.

Les entreprises publiques vietnamiennes ont souvent été en mesure d'emprunter auprès de banques commerciales à des conditions de faveur. En outre, l'obtention de ces crédits ne nécessite que peu ou pas d'informations de la part de l'emprunteur et n'est pratiquement pas surveillée par les organes de contrôle du secteur financier (OCDE, 2016). En conséquence, le montant des prêts non productifs accordés aux entreprises publiques est inconnu. Il se peut que les sociétés plus efficaces du secteur privé soient ainsi évincées du marché du crédit.

¹⁰ OCDE 2016, page 320.

Les entreprises publiques bénéficient en outre d'un accès privilégié au financement, aux prêts, aux capitaux via le budget de l'État, aux terrains et à d'autres ressources, ce qui signifie que, pour elles, le coût du capital est inférieur à celui du marché et ne couvre pas pleinement les risques (Banque mondiale, 2016¹¹). Si une entreprise publique n'est pas en mesure de rembourser ses dettes, l'État ne la laisse pas faire faillite, mais va plutôt tenter d'assurer son sauvetage, de geler, restructurer, voire supprimer ses dettes, ou encore de transférer sa dette à d'autres entreprises publiques. Lorsque les entreprises publiques ne peuvent pas s'acquitter de leurs impôts, elles ont la possibilité d'accumuler des arriérés de paiement ou de voir leur dette réduite, voire effacée. Tous ces éléments amènent à penser que le Viet Nam a besoin d'adopter des politiques spécifiques pour mettre en place et préserver des conditions de concurrence équitables entre entités publiques et sociétés privées.

Comme indiqué plus haut, le gouvernement vietnamien a récemment adopté des réformes qui, si elles sont appliquées pleinement et efficacement, devraient aboutir à des améliorations majeures de la performance des entreprises publiques et, compte tenu de leur importance dans l'économie, de la performance économique nationale en général.

Dans certains pays, les autorités publiques ont l'interdiction de prendre des mesures qui limitent la concurrence ou créent une discrimination entre les acteurs du marché, et l'autorité de la concurrence a le pouvoir d'agir à l'encontre des entités publiques centrales ou provinciales qui le font. Cette interdiction s'applique à la discrimination entre entités publiques et autres entités. Elle existe par exemple en Lituanie, en Roumanie et en Italie.

Recommandation 2.1 :

Il faudrait poursuivre les efforts en vue de la mise en œuvre complète et efficace d'un cadre clair et complet de neutralité concurrentielle, notamment en appliquant les recommandations des Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques : inscription du principe de l'équité des règles du jeu dans le cadre juridique et réglementaire applicable aux entreprises publiques, distinction entre la fonction d'actionnaire et les autres missions qui incombent à l'État, respect de règles très strictes en matière de transparence et de diffusion de l'information, normes rigoureuses de redevabilité, comptabilité séparée des activités économiques et non économiques des entreprises publiques, surveillance et évaluation de la performance des entreprises publiques et de l'observation des normes de

¹¹ Page 84.

gouvernance d'entreprise. *Note : pour un éclairage complémentaire sur la mise en œuvre de la neutralité concurrentielle, on pourra se référer aux recommandations générales de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.*

Recommandation 2.2 :

Les dispositions juridiques qui prévoient que les entreprises publiques ne détiennent pas de droits préférentiels (par rapport aux entreprises privées), par exemple sous forme d'accès à des terrains ou à d'autres ressources dont dispose l'État, ne bénéficient pas de tarifs inférieurs aux tarifs commerciaux pour accéder à des capitaux, et ne sont pas exemptées de taxes ni de redevances, devraient être appliquées pleinement.

Recommandation 2.3 :

Chaque entreprise publique devrait être constituée de la même manière qu'une entreprise privée, ou, si ce n'est pas possible, adopter un régime de gouvernance aussi semblable que possible à celui d'une entreprise privée.

Recommandation 2.4 :

Les principes de neutralité concurrentielle devraient s'appliquer à tous les niveaux d'administration, en particulier aux niveaux central, provincial et municipal.

Recommandation 2.5 :

La Loi sur la concurrence devrait interdire aux autorités centrales et locales d'agir d'une manière qui limite la concurrence ou crée une discrimination entre les acteurs du marché, et l'autorité de la concurrence devrait être compétente pour prendre des mesures à l'encontre des administrations centrales et locales qui adoptent ou ont adopté des lois ayant pour effet de limiter la concurrence ou de créer une discrimination entre les acteurs du marché.

2.2. Séparation entre fonctions réglementaires et gestion d'entreprise

Lorsque l'État non seulement établit les politiques et la réglementation régissant un marché mais est aussi propriétaire d'entreprises opérant sur ce marché, un conflit d'intérêts peut se produire. Un tel conflit peut avoir deux séries d'effets néfastes sur l'économie.

- Du point de vue des bonnes pratiques réglementaires, le gouvernement peut être tenté d'envisager avec indulgence le non-respect des normes

réglementaires. Le cas échéant, le public ne sera peut-être pas protégé comme il devrait l'être par la réglementation.

- En outre, il arrive que les autorités de réglementation appliquent les règles avec plus de souplesse lorsqu'il s'agit d'entreprises publiques, ce qui constitue une subvention implicite. Une telle attitude peut soutenir des entreprises publiques inefficaces, ou encourager un comportement inefficace de la part d'entreprises publiques par ailleurs efficaces, en substituant une production inefficace à une production efficace, au détriment de l'ensemble de l'économie.

Le rapport de 2016 de la Banque mondiale évoque souvent les problèmes que posent les conflits d'intérêts suscités par le fait que certains organes gouvernementaux sont à la fois décideurs politiques et propriétaires d'entreprises publiques. Il explique que les entreprises publiques ont une influence disproportionnée sur la prise de décisions gouvernementales en général et sur la réglementation ayant des effets anticoncurrentiels en particulier¹².

De même, lors de la mission menée par l'OCDE au Viet Nam pour préparer le présent rapport, de multiples intervenants, à l'intérieur et à l'extérieur de l'administration, ont souligné le fait que les conflits d'intérêts, réels ou perçus comme tels, étaient un facteur qui dissuadait les entités privées d'investir, renforçait la position dominante des grandes entreprises publiques et, plus généralement, introduisait un biais dans l'élaboration des politiques et le fonctionnement des marchés.

Un aspect important des conflits d'intérêts est qu'il faut non seulement les résoudre sur le fond, mais aussi rendre apparent et explicite le fait qu'ils ont été résolus. Pour illustrer cet aspect, envisageons une situation dans laquelle un ministère est déterminé à être rigoureusement objectif dans le traitement réglementaire qu'il accorde à ses propres entreprises publiques et aux acteurs privés du marché, mais n'a mis en place aucune politique explicite ou structure démontrant sa totale objectivité. Les investisseurs du secteur privé pourraient hésiter à investir, par crainte d'être traités moins favorablement, et les clients pourraient penser qu'ils vont recevoir un service plus fiable de la part d'une entreprise publique, ayant ses entrées dans l'administration, que d'une entité du secteur privé.

Ainsi, un conflit d'intérêts perçu peut être tout aussi dommageable qu'un conflit effectif.

¹²

« *Narrow interests block a master plan* », pp. 58, 84 et 138.

Si l'OCDE n'a pas de preuves d'une inégalité de traitement entre entreprises publiques et privées de la part d'un ministère sur le plan des politiques et règles appliquées, il existe assurément des éléments témoignant de l'absence des garde-fous nécessaires pour éviter un conflit réel ou perçu.

Par exemple, la concurrence entre les compagnies aériennes est intense, tant sur les prix qu'au regard de la fiabilité des services. En 2010 (et à d'autres moments), une vive controverse a eu lieu au sujet des retards dans les services assurés par différentes compagnies aériennes au Viet Nam. Or, les clients ont parfois observé que les vols de Vietnam Airlines semblaient arriver plus souvent à l'heure que ceux d'autres compagnies. Lorsque le marché fonctionne correctement, les compagnies aériennes se livrent concurrence pour établir leur réputation en termes de ponctualité des services. Si Vietnam Airlines obtient de meilleurs résultats par ses seuls mérites, alors la compagnie devrait récolter les bénéfices de cette bonne performance.

Cependant, de nombreuses allégations circulent selon lesquelles Vietnam Airlines bénéficie d'un traitement de faveur de la part de son propriétaire et régulateur. La Banque mondiale note que¹³ :

« Dans les aéroports, la politique d'allocation des créneaux ne respecte pas la concurrence. La compagnie nationale, Vietnam Airlines, possède des droits acquis sur les liaisons internationales, tandis que les compagnies charters obtiennent des droits pour les liaisons nationales au cas par cas. »

Les voyageurs ont aussi l'impression¹⁴ (à tort ou à raison) que Vietnam Airlines bénéficie d'un traitement plus favorable en termes d'horaires du fait de son statut de compagnie publique, ce qui incite certains voyageurs à acheter leur billet auprès de cette compagnie plutôt que de ses concurrents privés.

Là encore, ces affirmations peuvent être exactes ou non. Il se peut que, aujourd'hui, Vietnam Airlines soutienne la concurrence de façon plus efficace et par ses propres mérites. Le problème est que, en l'absence de garde-fous explicites séparant le rôle réglementaire de l'État de son rôle d'investisseur dans le plus gros acteur du marché, les clients et les investisseurs sont susceptibles de participer au marché comme si leurs pires craintes en matière de traitement réglementaire inéquitable allaient se réaliser. Il se peut que les clients achètent à l'opérateur historique des vols à un prix plus élevé que nécessaire, et que les investissements réalisés soient au-dessous du niveau d'efficacité optimale.

¹³ Banque mondiale, 2016, p. 138.

¹⁴ Come and go Vietnam, Tripadvisor, 22 avril 2010.

De même, par le passé, lorsque le Conseil vietnamien de la concurrence (VCC) a été sollicité pour décider si les entreprises publiques avaient enfreint le droit de la concurrence, les ministères de tutelle ont été approchés par les entreprises publiques, qui leur demandaient d'intercéder en leur nom auprès du VCC. À plusieurs reprises au moins, les ministères concernés ont défendu la cause de leurs entreprises publiques auprès du VCC. Bien que le VCC assure qu'il n'a pas agi de façon déplacée, les dommages causés au processus concurrentiel naissent dès le moment où rien ne vient contredire l'impression qu'un ministère de tutelle peut être en mesure d'infléchir la trajectoire d'une prise de décision objective.

Pour cette raison, il est important que les parts du capital des entreprises publiques appartiennent à un organe gouvernemental distinct des ministères de tutelle chargés de la formulation des politiques et de la réglementation.

Le Viet Nam a créé un tel organe en 2005 (la SCIC), pour centraliser ou intégrer la propriété en tant que fonction, et la séparer clairement des fonctions réglementaires et d'élaboration des politiques, assurées, quant à elles, par les ministères de tutelle, même si, à ce jour, de nombreuses participations n'ont pas encore été transférées à la SCIC.

Le gouvernement a maintenant décidé¹⁵ d'opérer également une séparation entre propriété et fonction réglementaire pour la plupart des grandes entreprises publiques, voire toutes. Il s'est engagé à créer, d'ici 2018 au plus tard, une agence qui détienne les participations de l'État dans le capital de ces entreprises, afin de séparer plus clairement l'activité commerciale des fonctions réglementaires.

Plus précisément, les organes gouvernementaux intervenant dans la réglementation économique ne devront plus mener d'activité commerciale, quelle qu'elle soit, afin d'éviter tout conflit d'intérêts, réel ou apparent.

Recommandation 2.6 :

Le Viet Nam devrait s'assurer que la décision de transférer la totalité du capital de l'ensemble des entreprises publiques à la SCIC (ou à un autre organe similaire exclusivement chargé de gérer l'investissement public) est pleinement mise en œuvre. Cet organe devrait veiller à ce que les entreprises soient structurées et gérées, dans toute la mesure du possible, de façon commerciale et rentable.

¹⁵ Résolution du Parti 12-NQ/TW et Résolution du gouvernement 97/NQ-CP du 2 novembre 2017 sur la restructuration du secteur des entreprises publiques.

Recommandation 2.7 :

Les organes fonctionnels ou de décision politique (par exemple les ministères chargés de l'élaboration des politiques énergétiques, de télécommunications et de transport ou les organes chargés de l'application des lois dans ces domaines) devraient accomplir leurs fonctions sans favoritisme ni discrimination entre les entreprises publiques et privées.

2.3. Structuration du marché

Bien que le Viet Nam soit confronté à de nombreux problèmes sur le plan de la concurrence en raison du grand nombre d'entreprises publiques, la présence importante de l'État dans ce domaine offre aussi de précieuses opportunités. L'OCDE est informée que le gouvernement a entrepris une analyse systématique des actifs pour déterminer ceux qu'il estime devoir conserver dans le giron de l'État pour des raisons stratégiques et ceux qu'il souhaite céder.

Lorsque le gouvernement décide qu'il est important de conserver la propriété d'une entreprise, il peut la maintenir dans son état actuel, la fusionner avec une autre entreprise publique ou la scinder en plusieurs sociétés concurrentes. De même, si le gouvernement décide de vendre une entreprise publique, il peut la céder comme une seule entité ou la séparer en plusieurs sociétés aux fins de la vente. La politique de la concurrence devrait être au cœur de toute décision de cet ordre.

La création, en Australie, du marché national de l'électricité (National Electricity Market – NEM) illustre bien les avantages d'une telle démarche. Jusqu'en 1995, chaque collectivité territoriale (État ou Territoire) était propriétaire de sa propre compagnie d'électricité. Après cette date, quatre États continentaux et un Territoire sont convenus de créer un marché concurrentiel pour la production et la distribution d'électricité.

Deux États (Victoria et Australie-Méridionale) ont souhaité privatiser ces actifs, et deux États (Nouvelle-Galles-du-Sud et Queensland) ont conservé la propriété des actifs. Le Territoire de la Capitale australienne, quant à lui, a décidé de nouer un partenariat public-privé entre la compagnie d'électricité locale, publique, et la compagnie privée qui distribuait le gaz dans la région. Même si elles ont conservé leur droit souverain de choisir ou non la privatisation, ces cinq collectivités sont tombées d'accord sur les principes suivants.

- Les systèmes des États et Territoires étaient physiquement interconnectés, et la capacité technique d'acheminer l'électricité dans les

deux sens entre les collectivités participantes a été instaurée et soumise à une réglementation quant à la tarification et à l'utilisation du réseau.

- Les compagnies ont été scindées de sorte qu'une compagnie propriétaire d'un réseau de transport d'électricité ne possédait pas d'actifs de production ou de distribution.
- Les actifs de production, dans chaque collectivité, ont été répartis entre au moins trois sociétés concurrentes.
- Enfin, les sociétés de distribution et vente aux particuliers ont elles aussi été découpées en plusieurs entreprises, dont chacune avait environ un million d'abonnés et le droit de desservir la clientèle de toutes les collectivités. La plus petite de ces collectivités a commencé avec un seul distributeur au détail tandis que les plus grandes en avaient quatre ou cinq chacune, mais elles ont toutes commencé à vendre de l'électricité dans tous les États et Territoires participants.

Une fois ce dispositif mis en œuvre, le marché interconnecté comptait une dizaine de grands producteurs d'électricité, qui se livraient concurrence pour fournir de l'électricité en gros au système, et une dizaine de distributeurs desservant les abonnés. La moitié environ des compagnies étaient publiques, et les autres, privées. Grâce à une réflexion approfondie sur la structuration des actifs restés propriété de l'État et à une conception soigneuse des formules de désengagement, le secteur de l'électricité s'est transformé pour accueillir une concurrence vigoureuse.

L'électricité étant un facteur d'importance majeure pour tous les segments de l'économie, l'abaissement des coûts et l'amélioration de la fiabilité qui ont suivi la création de ce marché national de l'électricité ont été l'un des moteurs de la croissance nationale pendant une dizaine d'années.

Incidentement, il convient de noter que, comme dans de nombreux autres pays, l'alimentation en électricité de manière générale, et l'effet des politiques de décarbonisation de l'industrie en particulier, sont porteurs d'une lourde charge politique. Pourtant, la conception structurelle de ce marché a résisté aux perturbations et contribué à offrir un contexte stable tandis que le pays gérait l'évolution houleuse de la politique environnementale et des crises de fiabilité à court terme.

Dans le secteur des télécommunications, au contraire, lorsque l'Australie a décidé d'ouvrir cette activité à la concurrence, elle a choisi de conserver l'entreprise publique (Telstra) en une seule entité (à l'exception d'un actif relativement mineur). L'État a vendu ses parts dans l'entreprise progressivement,

sur une longue période. Les concurrents privés ont été autorisés à s'implanter sur ce marché, et ils l'ont fait. Dans certains domaines (les appels internationaux, par exemple), la concurrence est rapidement devenue vigoureuse, mais pendant de nombreuses années, la majorité des services ont continué à être fournis par le monopole. Les problèmes de concurrence ont persisté, et la régulation de cette seule activité a consommé plus de ressources de l'ACCC que toute autre tâche.

Il existe au Viet Nam un projet de réforme de la compagnie d'électricité verticalement intégrée, EVN, qui prévoit cependant qu'une seule entité continuerait de détenir le réseau de transport et les principaux producteurs. En 2001, le Conseil de l'OCDE a adopté une Recommandation invitant les pays membres à envisager les coûts et avantages d'une séparation structurelle entre les activités potentiellement concurrentielles et non concurrentielles des secteurs réglementés, au lieu de s'en remettre à des exigences comportementales. En d'autres termes, la question est de savoir s'il est préférable de laisser EVN posséder à la fois les producteurs et le réseau de transport, et s'en remettre à l'interdiction de l'abus de position dominante pour permettre à de nouveaux producteurs d'entrer sur le marché, ou s'il vaudrait mieux mettre en œuvre une propriété séparée, ou une séparation structurelle entre les activités de production et d'exploitation du réseau d'EVN.

Les solutions structurelles ont pour avantage une certitude beaucoup plus grande quant au fait que l'opérateur du réseau va se comporter de façon équitable et efficiente dans ses rapports avec les producteurs concurrents. De plus, l'aspect réglementaire est beaucoup plus simple, avec l'établissement d'une grille tarifaire optimale et un système de file d'attente pour les raccordements.

Suivant la Recommandation de 2001 sur la séparation structurelle, les pays de l'OCDE qui ont réformé leur secteur de l'électricité¹⁶ ont, pour la plupart, imposé une séparation structurelle entre le réseau et la production, ou la distribution, pour laisser la concurrence s'exercer dans les segments du secteur qui sont potentiellement concurrentiels, en ciblant la réglementation uniquement sur les activités qui représentent un monopole naturel.

Le Viet Nam a commencé à réfléchir à la possibilité et aux modalités d'une séparation entre :

¹⁶ Voir, par exemple, les conditions imposées par l'Union européenne à ses États membres (Rapport du Comité de la concurrence de l'OCDE sur les expériences relatives à la mise en œuvre de la Recommandation concernant la séparation structurelle, p. 10)

- d'une part, la propriété et l'exploitation des réseaux de transport et de distribution qui sont des monopoles naturels, devant être réglementés sur le plan des tarifs et de l'accès ;
- et d'autre part, de multiples producteurs et distributeurs (soit en tant qu'entités distinctes, soit comme producteurs-distributeurs), qu'il n'est pas nécessaire de réglementer si un marché de l'électricité bien conçu est en place.

De même, dans le secteur ferroviaire, il serait possible de séparer :

- la propriété et l'exploitation du réseau de chemin de fer qui sont un monopole naturel, devant être réglementé sur le plan des tarifs et de l'accès ;
- et des opérateurs ferroviaires concurrents, qui peuvent payer pour l'utilisation du réseau ferré.

Le Viet Nam a reconnu que, s'il est possible de privatiser non seulement les entités qui opèrent sur des marchés concurrentiels mais aussi celles qui possèdent et exploitent les réseaux, il est particulièrement judicieux de privatiser les segments des secteurs de l'électricité et des chemins de fer qui peuvent opérer sur un marché concurrentiel. Il a décidé de privatiser les éléments concurrentiels de ces entreprises mais pas les éléments de monopole naturel.

Pour ce qui est du financement, le gouvernement vietnamien envisage d'utiliser les ressources issues de la cession de grandes entreprises publiques pour les consacrer à une série d'objectifs nécessitant un financement. L'autorité de la concurrence ou un organe de politique économique comme le CIEM pourrait jouer un rôle précieux en fournissant des recommandations sur la privatisation à venir des autres entreprises publiques, afin que les problèmes anticoncurrentiels hérités du passé ne persistent pas sur les marchés où ces entreprises publiques exerçaient un pouvoir de marché considérable.

Recommandation 2.8 :

Lorsque le gouvernement décide de vendre des actifs dans les secteurs dans lesquels les entreprises publiques occupent une position dominante ou se trouvent en situation oligopolistique, il devrait prendre l'avis de l'autorité de la concurrence (ou d'un autre organe compétent dans le domaine du droit ou de la politique de la concurrence) pour faire en sorte que le marché visé soit soumis à une concurrence optimale après la vente.

L'avis prononcé devrait porter en particulier sur la meilleure solution de cession des actifs – en précisant s'il faut vendre l'entreprise en une seule ou en plusieurs entités, s'il est possible de supprimer les obstacles créés par la réglementation ou d'autres obstacles à l'entrée, et s'il faut adopter une réglementation sur le pouvoir de marché sous une forme ou sous une autre après la vente. L'autorité de la concurrence devrait disposer de ressources adéquates afin de pouvoir prononcer des avis rigoureux et avisés sur ces questions. L'avis de l'autorité de la concurrence devrait être suivi, à moins que des raisons impérieuses d'intérêt général ne s'y opposent. Si l'avis n'est pas suivi et que l'entité privatisée ou actionnarisée exerce une position dominante ou un important pouvoir de marché, il faudrait envisager d'adopter une réglementation qui permette de contrôler ce pouvoir de marché, notamment des règles qui garantissent l'accès aux installations essentielles à des conditions raisonnables.

3. Concurrence et réglementation

Le droit vietnamien de la concurrence interdit aux organismes publics et aux prestataires de services d'intérêt général d'adopter certains comportements qui restreignent la concurrence, comme :

- le fait d'attribuer des marchés ou d'empêcher indirectement la concurrence de s'exercer sur un marché donné ;
- la discrimination à l'encontre de certaines entreprises ;
- le fait d'obliger des associations professionnelles ou des entreprises à s'aligner les unes sur les autres en vue de limiter la concurrence ;
- d'autres comportements qui empêchent les entreprises de pratiquer leurs activités commerciales en toute légalité.

Cependant, il n'existe aucun mécanisme explicite pour porter ce type d'affaire devant l'autorité de la concurrence (VCCA) ni pour que la VCCA mène une action en réparation dans de tels cas. De fait, le Viet Nam a un problème de politique de la concurrence, qu'il s'agisse de la réglementation existante ou du processus d'adoption de nouveaux règlements et lois. Comme dans d'autres pays en développement, ce sont les structures réglementaires reposant sur les licences qui posent particulièrement problème.

Une réglementation bien conçue est très importante pour la performance de l'ensemble de l'économie. Dans certains secteurs, la réglementation est nécessaire

pour que la concurrence puisse s'exercer, et dans d'autres, elle est importante pour remédier aux défaillances du marché qui pourraient apparaître.

Parmi les exemples de réglementations qui favorisent la concurrence, on peut citer le secteur des télécommunications, où la législation permet aux abonnés d'opérateurs de téléphonie concurrents d'émettre et de recevoir des appels d'un réseau à l'autre, le secteur bancaire, où la réglementation autorise les paiements entre tous les détenteurs de compte, quelle que soit leur banque, ou encore le cas de l'interconnexion des réseaux d'électricité.

Une réglementation qui pallie les défaillances du marché sera par exemple celle qui rend obligatoire une formation médicale approfondie avant que les médecins soient autorisés à soigner des patients, qui n'ont pas, eux, de formation médicale et, bien souvent, ne sont pas en mesure de comprendre ou de négocier les services en question.

Une réglementation mal conçue peut entraver considérablement la performance de l'économie, en particulier si elle restreint inutilement la concurrence.

Les autorités de la concurrence peuvent jouer un rôle important dans l'allègement des restrictions imposées aux marchés par les pouvoirs publics ; celles-ci peuvent encourager l'activité informelle, dans la mesure où une lourde charge réglementaire peut pousser les entreprises à se tourner vers l'économie informelle. Pour ce faire, les autorités de la concurrence peuvent aider les pouvoirs publics à déceler les règlements existants qui entravent inutilement la concurrence, et elles peuvent collaborer avec les décideurs publics pour concevoir des règlements moins restrictifs sans sacrifier leurs objectifs d'action (OCDE, 2009¹⁷). Du fait qu'elles se soustraient à diverses règles économiques et dispositions réglementaires, les entreprises de l'économie informelle parviennent souvent, même en utilisant des techniques de production inefficaces, à vendre à des prix inférieurs à ceux des entreprises formelles et à s'emparer de leur clientèle. Il en résulte que les entreprises formelles sont moins en mesure d'exploiter pleinement les économies d'échelle, ce qui limite leur croissance et leur productivité.

À partir de l'expérience de ses membres, l'OCDE a mis au point un Manuel pour l'évaluation de la concurrence, qui existe actuellement en 16 langues¹⁸, afin

¹⁷ OCDE, Politique de la concurrence et économie informelle (2009).

¹⁸ La traduction des deux premiers volumes a, le plus souvent, été réalisée en coopération avec l'autorité de la concurrence des pays concernés. À ce jour, la traduction en vietnamien n'existe pas. Le volume 3 n'est pas encore traduit dans toutes les langues.

d'aider les pays à éviter les problèmes de concurrence qui peuvent naître d'une réglementation mal conçue. Il se compose de trois volumes, les Principes, le Guide, et le Manuel opérationnel pour l'évaluation de la concurrence. L'annexe II du présent document résume le contenu de ces trois volumes.

3.1. Obstacles réglementaires à la concurrence

Le Viet Nam compte tout un ensemble de réglementations comportant des dispositions qui font obstacle à la concurrence. Par exemple, la *loi sur l'investissement*¹⁹ (modifiée), prévoit dans 243 secteurs des conditions de participation qui créent dans certains cas des obstacles à la concurrence²⁰.

Les principes contenus dans le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence soulignent que le régime de licences est une forme de réglementation particulièrement susceptible de nuire à la concurrence, parce qu'il élève les barrières à l'entrée et limite le nombre de participants au marché.

Dans de nombreux secteurs réglementés par la loi sur l'investissement, il est important d'imposer des conditions pour préserver la sécurité publique ou promouvoir l'intérêt général. Dans un grand nombre de cas, cependant, les dispositions de la loi limitent l'entrée sur le marché sans avoir de justification claire ou suffisante en termes d'intérêt général.

Le gouvernement a maintenant reconnu qu'une réforme de la réglementation était indispensable et analyse de plus en plus souvent les dispositions réglementaires au regard du critère de nécessité. En octobre 2017, il a adopté une résolution²¹ qui oblige les ministères et les responsables de la réglementation à réduire la quantité globale de réglementations d'un tiers ou de moitié et, en décembre 2017, le ministère de la Planification et de l'Investissement a proposé que 21 secteurs soient purement et simplement exclus du champ de la loi sur l'investissement.

Cependant, le retrait de ces 21 secteurs du champ de la loi sur l'investissement, en l'absence de décision officielle, n'a pas encore pris effet et, certains des 222 autres secteurs présentent de nombreuses exigences inutiles ou disproportionnées au regard de la protection de l'intérêt général.

Pour appliquer la décision visée plus haut de façon à alléger sensiblement la charge réglementaire globale (ou répondre à d'autres objectifs), il faudra évaluer

¹⁹ Loi 67/2014/QH13.

²⁰ La liste figure à l'annexe I.

²¹ Résolution 98/NQ-CP du 3/10/2017.

les dispositions de chacun des secteurs couverts par la loi sur l'investissement au moyen de la méthode fournie par le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence. Les considérations suivantes seront examinées :

- Quel est l'objectif de la réglementation ?
- La disposition visée doit être purement et simplement éliminée sauf s'il existe une raison concrète et importante au regard des politiques publiques qui justifie son maintien (comme le critère de nécessité que le Viet Nam applique déjà).
- Il faudrait évaluer chaque disposition sur le fond afin d'éliminer ou de reformuler les éléments qui restreignent inutilement la concurrence ou qui sont disproportionnés par rapport à l'objectif de politique publique recherché.
- Chaque fois que possible, il est préférable de convertir l'obligation de licence en règles applicables à toute entreprise décidant de mener une activité donnée, de façon à éviter de créer un obstacle à l'entrée avant même que l'entreprise ne puisse engager la moindre activité.

Recommandation 3.1 :

La Commission nationale de la concurrence (*National Competition Commission* - NCC) (ou un autre organe compétent doté d'un mandat économique plus large comme le CIEM – ce qui s'applique aux autres recommandations de cette section) devrait être chargée de faire face au problème des obstacles à la concurrence dans la législation ou la réglementation en vigueur.

Il faudrait conférer à la NCC le pouvoir d'émettre des recommandations publiques ou interministérielles sur le rétablissement de conditions concurrentielles si les autorités centrales et locales ont mis en place/adopté des lois qui limitent la concurrence ou créent une discrimination entre les acteurs du marché.

La première étape consisterait à recenser les secteurs à soumettre à une évaluation détaillée en priorité. Il faudrait dresser la liste des secteurs prioritaires comme suit :

1. les 20 secteurs les plus importants de l'économie vietnamienne sur le plan de la contribution au PIB, de l'emploi, des exportations et d'autres critères jugés pertinents pour le Viet Nam ; et

2. tout autre secteur ayant proposé sa candidature après une vaste consultation ou une consultation avec la Chambre de commerce et d'industrie par exemple.

Dans un deuxième temps, des évaluations seraient réalisées chaque année dans un certain nombre de secteurs à l'aide du Manuel pour l'évaluation de la concurrence, et des recommandations seraient formulées en faveur de réformes destinées à faciliter la concurrence.

Dans un troisième temps, l'organisme responsable évaluerait les progrès du programme et indiquerait s'il faut réaliser ou non d'autres évaluations et comment désigner les candidats de façon à optimiser la contribution de ces efforts de réforme au bien-être économique du pays.

3.2. Lois nouvelles et existantes concernant les entreprises

En 2012, le Conseil de l'OCDE a adopté une recommandation importante concernant la politique et la gouvernance réglementaires. Elle porte notamment sur deux points :

- la formulation de nouveaux règlements : la réglementation doit être limitée aux cas où les objectifs justifient les coûts, et sa conception doit suivre une démarche transparente et rigoureuse ;
- des contrôles doivent être effectués périodiquement sur la réglementation existante pour vérifier qu'elle répond aux mêmes normes que la nouvelle réglementation, qu'elle apporte un bénéfice net, et qu'elle demeure la solution la plus efficace pour atteindre les objectifs de l'action publique.

Au Viet Nam, aux termes de la loi sur l'activité législative, un certain nombre d'organismes doivent être informés des projets de loi et consultés à ce sujet avant que le projet soit approuvé par le gouvernement pour être officiellement présenté à l'Assemblée nationale pour examen. Ces instances sont notamment la Chambre de commerce, le ministère de la Justice et de l'Industrie, et le ministère du Plan et de l'Investissement.

Tout projet de loi ayant une incidence sur la communauté des affaires doit être soumis à une analyse d'impact de la réglementation (AIR). Une AIR a pour objet de vérifier que la réglementation est efficace, c'est-à-dire qu'elle atteint son but pour un minimum de coûts de mise en conformité et de contrôle d'application de la loi. Elle sert aussi à rappeler aux instances pertinentes qu'elles doivent consulter les parties concernées pour s'assurer que les résultats, en termes de réglementation, sont optimaux. Elle n'est toutefois pas destinée à se concentrer

explicitement sur les effets des nouveaux règlements et lois en termes de concurrence.

Tout projet de loi ayant une incidence sur la communauté des affaires doit être soumis à l'autorité de la concurrence. Lorsque celle-ci détermine que cette loi créerait un obstacle majeur à la concurrence, elle doit fournir une opinion sur la manière d'éviter cette conséquence. Aux fins d'une telle analyse, l'autorité de la concurrence appliquerait normalement une procédure semblable à celle qui figure dans le Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence.

La VCCA a actuellement pour mandat d'examiner les projets de loi, mais seulement lorsqu'elle est spécifiquement sollicitée. En pratique, très peu de nouvelles lois sont soumises à la VCCA pour commentaires.

La VCA et le VCC ont aussi fourni des conseils aux pouvoirs publics en vue de réformer des lois existantes pour supprimer les obstacles à la concurrence. Par exemple, en 2010, la VCA a effectué une évaluation de la concurrence couvrant les dix secteurs suivants, qui a abouti à une série de recommandations, y compris une réforme de la loi.

Tableau 1. Secteur dans lesquels une réforme du droit est recommandée

Secteur manufacturier	Secteur des services
Profilés en acier pour le bâtiment	Distribution d'essence et de gazole
Ciment	Assurance (non-vie)
Urée (engrais)	Crédit bancaire
Alimentation animale (bétail et volailles)	Télécommunications (fixes et mobiles)
Lait en poudre	Transport aérien intérieur

Source : VCA

La VCA a également conseillé les pouvoirs publics au sujet de la réforme de lois régissant les secteurs pharmaceutique et des télécommunications dans une optique de promotion de la concurrence.

Par ailleurs, le VCC a formulé des recommandations pour faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents assurant la fourniture de carburant d'aviation aux aéroports, dans le cadre de sa décision dans l'affaire VINAPCO.

D'un autre côté, il existe de nombreuses lois qui restreignent la concurrence et sur lesquelles les autorités de la concurrence n'ont pas formulé d'observations. Ainsi, le VCA n'a pas pris part à la consultation organisée au sujet d'une circulaire

de 2011 du ministère de l'Industrie et du Commerce²² qui disposait qu'il n'était possible d'obtenir de licence d'importation de véhicule automobile que si le demandeur avait obtenu une autorisation du fabricant des équipements d'origine. De même, la VCCA n'a pas participé à la consultation relative à un décret gouvernemental de 2017²³ qui limite la possibilité de proposer un ensemble de services de garantie et d'entretien des véhicules automobiles aux entités autorisées par le fabricant des équipements d'origine. Ces réglementations entravent la concurrence que pourraient exercer des importations parallèles et des entités plus modestes cherchant à offrir des services d'entretien.

La loi sur les documents juridiques normatifs (adoptée en 2015) prévoit que toute personne ou organisation a le droit de formuler des commentaires sur les projets de loi, mais n'a pas pour autant entraîné de hausse sensible de la participation très limitée de la VCCA à l'élaboration des lois.

Dans certains pays, il n'est pas nécessaire de formaliser les dispositions pour qu'une autorité soumette un projet de loi à une évaluation de la concurrence, parce que le système offre déjà un degré important de visibilité à chaque projet de loi et que l'autorité de la concurrence assure un suivi régulier et transmet ses commentaires aux instances responsables de la formulation des lois. Dans d'autres pays (dont le Viet Nam), un tel examen ne constitue pas une activité de routine. Ces pays pourraient utilement instaurer un processus consistant à soumettre systématiquement les nouvelles lois commerciales à l'autorité de la concurrence afin qu'elle détermine si et comment elle peut contribuer à éviter des restrictions inutiles à la concurrence.

Recommandation 3.2 :

Il faudrait utiliser un mécanisme qui alerte précocement la NCC de toutes les nouvelles propositions de loi touchant les entreprises, et lui permettre de donner son avis sur la base d'une liste de référence pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence. La NCC devrait assumer cette fonction en s'appuyant sur les principes et la méthodologie du Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence.

²² 20/2011/TT-BCT.

²³ Décret n° 116/2017/ND-CP.

4. Le cadre législatif actuel en matière de restrictions à la concurrence

Différents aspects de la loi en vigueur sont examinés dans cette section. La recommandation relative aux modalités de traitement de ces aspects dans la nouvelle loi figure à la section 6.

4.1. Panorama du droit, de la jurisprudence et des réformes proposées

Les principaux instruments constitutifs du droit de la concurrence au Viet Nam, et leur dénomination respective dans le présent rapport, sont les suivants :

- Loi sur n° 27/2004/QH11 du 3 décembre 2004 sur la concurrence (la « **Loi sur la concurrence de 2004** »)
- Décret n° 116/2005/ND-CP sur les dispositions détaillées en vue de l'application de la Loi sur la concurrence (le « **Décret n° 116** »)
- Décret n° 71-2014-ND-CP d'application de la Loi sur la concurrence, relatif au traitement des infractions dans le secteur de la concurrence (le « **Décret sur les sanctions** »)
- Articles 217 et 220 du Code pénal n° 100/2015/QH13 (les « **Dispositions du Code pénal** »)
- Article 584 du Code civil (les « **dispositions sur les actions civiles** »)

Des interdictions légales en matière de concurrence se trouvent également dans divers autres textes, notamment la Loi sur les prix et les lois relatives à certains secteurs tels que ceux des télécommunications et de l'électricité. De plus, il existe aussi d'autres instruments qui touchent le système d'application du droit de la concurrence, tels que les dispositions administratives relatives aux organes d'application du droit et aux tribunaux.

Les interdictions stipulées par la Loi sur la concurrence de 2004 relèvent de deux domaines ;

- celles visant les « restrictions à la concurrence » comprennent des interdictions relatives aux accords anticoncurrentiels, aux abus de position dominante, aux abus de situation de monopole et au système de contrôle des concentrations ;

- celles visant la « concurrence déloyale » comprennent dix interdictions spécifiques (examinées ci-dessous).

Quoique la Loi sur la concurrence de 2004 fixe une peine maximale globale de 10 % du chiffre d'affaires total de l'entité concernée pour l'exercice précédant l'infraction, la Loi sur le traitement des infractions administratives et le Décret sur les sanctions établissent des maxima plus détaillés et inférieurs pour certaines infractions.

Surtout, les sanctions pour les infractions en restriction à la concurrence sont sensiblement plus élevées que celles pour les infractions en concurrence déloyale. Les premières sont de nature « punitive » tandis que les secondes sont de nature « administrative ». En conséquence, la Loi sur la concurrence de 2004 établit une structure d'application du droit à deux branches.

- La VCCA mène des enquêtes qui concernent aussi bien les infractions en restriction à la concurrence que celles relevant de la concurrence déloyale, mais elle ne peut elle-même statuer sur la responsabilité et sur les sanctions que pour ce qui concerne les affaires de concurrence déloyale.
- Pour ce qui est des enquêtes concernant les restrictions à la concurrence (pratiques telles qu'ententes et abus de position dominante), si la VCA, après enquête, conclut que la loi a été enfreinte, elle transmet le dossier au VCC, qui détermine si la partie mise en cause est responsable et quelles sanctions devraient s'appliquer.

Les parties intéressées peuvent faire appel des décisions de la VCCA ou du VCC, d'abord devant de l'un des 63 tribunaux de province, puis, de là, devant de l'une des trois Cours d'appel régionales/hautes Cours. La juridiction la plus élevée est la Cour suprême.

Comme exposé ci-dessous, il est largement reconnu qu'un certain nombre d'aspects de ce système nécessitent d'être réformés ; à cet effet, la VCCA a coordonné les travaux d'une commission de rédaction qui a produit plusieurs versions successives d'un nouveau projet de loi.

La police et le Parquet²⁴ ont la responsabilité de l'instruction des affaires et des poursuites pénales. Les Dispositions pénales concernant les accords qui

²⁴

« Parquet » est la traduction consacrée du terme vietnamien désignant l'organe chargé de poursuivre dans les affaires pénales.

restreignent la concurrence (article 217²⁵) et les pratiques de soumission concertée dans les marchés publics (article 222²⁶) prendront effet au 1^{er} janvier 2018.

4.2. Interdictions actuelles en matière de restrictions à la concurrence

Aux termes des articles 8 et 9 de la Loi sur la concurrence de 2004, huit types d'accords sont interdits. Il s'agit des accords visant à

- fixer directement ou indirectement le prix de biens ou de services ;
- allouer des marchés de consommation ou des sources d'approvisionnement de biens et de services ;
- restreindre ou contrôler la quantité ou le volume de biens ou de services produits, achetés ou vendus ;
- restreindre le progrès technique ou technologique ou restreindre l'investissement ;
- imposer à d'autres entreprises des conditions à la signature de contrats pour l'achat et la vente de biens et de services, ou forcer d'autres entreprises à accepter des obligations qui ne sont pas directement liées à l'objet du contrat ;
- empêcher, gêner ou bloquer la participation au marché ou le développement de l'activité d'autres entreprises ;
- exclure du marché d'autres entreprises qui ne sont pas parties à l'accord ;
- pratiquer la collusion pour permettre à une ou plusieurs parties de remporter un marché de fourniture de biens ou de services.

Précision importante : les accords visés aux points 1 à 5 ci-dessus ne sont interdits que si les parties à l'accord détiennent une part de marché combinée de

²⁵ 200 millions VND à 1 000 millions VND d'amende, jusqu'à deux ans de rééducation sans détention, ou de trois mois à deux ans d'emprisonnement. L'amende est de 1 000 millions VND à 3 000 millions VND et la peine d'emprisonnement d'un à cinq ans si certaines circonstances aggravantes sont réunies.

²⁶ Les sanctions ne sont prononcées qu'à l'encontre des personnes. Des peines d'emprisonnement de 20 ans au maximum peuvent s'appliquer en sus de l'interdiction d'exercer certaines professions pendant une durée maximale de cinq ans et de la confiscation des biens.

30 %. Pour les accords visés aux points 6 à 8, aucun seuil de part de marché ne s'applique.

En pratique, la VCA a constaté que le critère de 30 % de part de marché était un obstacle substantiel à la lutte contre les ententes. Contrairement à la plupart des autorités de la concurrence dans le monde, la VCA a dû effectuer des évaluations de détermination du marché complexes qui ont souvent été contestées par les défendeurs devant le VCC. Dans d'autres affaires, la détermination du marché était plus simple, mais il était difficile ou impossible d'obtenir des données sur le chiffre d'affaires permettant de calculer la part de marché avec suffisamment de rigueur pour résister à toute contestation. Obtenir ces données est particulièrement ardu dans un pays en développement où l'autorité compétente dispose de peu de moyens et n'a pas le pouvoir effectif de contraindre le défendeur et les autres parties disposant d'éléments de preuve essentiels à produire des preuves.

De plus, la condition des 30 % de part de marché a brouillé le message lorsque la VCA a cherché à éduquer le monde des affaires à propos d'un type de pratique qui, dans à peu près n'importe quel autre pays, serait strictement prohibé sans que des considérations complexes sur les aspects économiques ou les éléments de preuve n'entrent en ligne de compte.

Encadré 1. Étude de cas – L'entente dans le secteur de l'assurance automobile

La VCA a ouvert une enquête sur le marché de l'assurance automobile en 2008 après avoir été avisée de ce que plusieurs compagnies d'assurance s'étaient entendues afin de fixer, par un accord sur la couverture et la méthode de calcul, le niveau des primes pour leurs services d'assurance automobile haut de gamme.

L'enquête de la VCA a conclu que les compagnies d'assurance avaient passé un accord ayant pour effet de fixer directement le prix des prestations d'assurance. La collusion visant à fixer les prix n'est illégale que si elle touche 30 % du marché en cause, et rassembler les éléments prouvant cet élément de l'interdiction était particulièrement difficile pour la VCA.

La VCA a finalement transmis un dossier substantiel au VCC pour qu'il statue sur la responsabilité et les sanctions. Certaines des compagnies d'assurance en cause sont des établissements publics relevant du ministère des Finances. Plusieurs d'entre elles ont demandé au ministère d'intercéder en leur faveur.

Néanmoins, le VCC (dont l'un des membres nommés était un employé du ministère) a conclu qu'il y avait infraction à l'interdiction d'entente sur les prix aux termes des articles 8 et 9 de la Loi sur la concurrence de 2004, infraction qui a été sanctionnée par des amendes de 1.7 milliard VND au total.

Conformément à la Recommandation du Conseil de l'OCDE de 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables et aux rapports auxquels elle a donné lieu, le Viet Nam a introduit dans son code pénal le délit d'« entente caractérisée » désignant certaines pratiques. L'article 217 du Code pénal reprend les interdictions qualifiées aux points 1 à 6 ci-dessus, y compris la condition des 30 % de part de marché pour les éléments a) à e). L'article 222 reprend le point 8. Deux aspects supplémentaires sont à noter :

- la responsabilité pénale ne s'applique que si l'auteur de l'infraction tire de celle-ci un bénéfice illicite d'un montant supérieur ou égal à 200 millions VND ou si les victimes subissent un préjudice d'une valeur supérieure ou égale à 1 milliard VND ;
- les sanctions sont sensiblement augmentées en présence d'une des circonstances aggravantes suivantes : infraction en récidive, usage d'une tromperie élaborée, abus de position dominante, infraction donnant lieu à un bénéfice illicite personnel ou à un préjudice pour les victimes d'une valeur supérieure à ces montants.

Encadré 2. Le cas des restrictions à la concurrence dans l'assurance étudiant par 12 assureurs de la province de Khanh Hoa

La VCA avait découvert que douze compagnies d'assurance avaient signé en 2011 un accord fixant effectivement les primes d'assurance pour les étudiants dans la province côtière de Khanh Hoa, peuplée de 1 million d'habitants.

Étant donné que la fixation des prix n'est illégale que si elle touche au moins 30 % du marché, la VCA devait déterminer les limites économiques et géographiques du marché en cause. La VCA détermina que les limites économiques du marché en cause étaient définies par le produit « assurance étudiant » et que ses limites géographiques étaient celles du territoire de la province de Khanh Hoa. Elle constata que les 12 assureurs qui appliquaient l'accord détenaient ensemble 99.81 % du marché.

Neuf mois après la prise d'effet de l'accord illicite, les 12 compagnies d'assurance reconnurent avoir enfreint la loi ; elles dénoncèrent volontairement leur premier accord et acceptèrent de prendre des mesures correctives pour empêcher de futures infractions au droit de la concurrence.

Eu égard au fait qu'elles s'étaient montrées coopératives, les compagnies d'assurance ne furent pas sanctionnées par une amende, mais contraintes à payer des frais de justice de 100 millions VND.

L'article 10 de la Loi sur la concurrence de 2004 prévoit qu'une exemption peut être sollicitée pour une durée déterminée concernant des accords qui seraient normalement interdits par les articles 8 et 9 lorsque l'accord vise à

- rationaliser une structure organisationnelle ou l'échelle de l'activité, ou accroître l'efficacité ;
- promouvoir le progrès technique ou technologique ou améliorer la qualité de produits ou services ;
- favoriser l'applicabilité uniforme de normes de qualité et de cotes techniques de types de produits ;
- unifier les conditions sur l'achat ou la vente, la livraison de marchandises et le règlement, sans affecter les prix ou les facteurs tarifaires ;
- accroître la compétitivité de petites ou moyennes entreprises ;
- accroître la compétitivité des entreprises vietnamiennes sur le marché international.

Les articles 51 et 84 du Code pénal précisent qu'il convient de tenir compte des facteurs d'atténuation, en particulier de la coopération avec les autorités chargées de l'application de la loi, pour modérer les sanctions imposées. Cependant, rien n'indique pour l'instant s'il sera possible de créer un instrument garantissant clairement que candidats à la clémence qui coopéreront pleinement, dans le cadre de toute action pénale, seront entièrement exonérés de toute sanction (et non partiellement).

Il n'existe pas de disposition générale interdisant les accords dont l'objet ou l'effet seraient contraires à la concurrence, et il n'est pas possible actuellement de solliciter la clémence de la VCCA, du VCC, de la police ou du Parquet.

4.3. Interdictions actuelles visant les abus de position dominante et de monopole

Déterminer si une entreprise est en position dominante sur un marché se fait de la façon suivante :

- une entreprise est réputée de manière certaine être en position dominante sur son marché si elle y détient 30 % des parts de marché ;
- Des entreprises occupent collectivement une position dominante si elles agissent de concert dans le but de restreindre la concurrence et si elles forment l'un des cas de figure suivants : un duopole détenant 50 % du

marché, trois entreprises représentant 65 % du marché, ou quatre entreprises détenant 75 % du marché.

- Autre possibilité : une entreprise est en position dominante si elle est en mesure de restreindre de manière significative la concurrence.

Une situation de monopole existe lorsqu'une entreprise n'a aucun concurrent sur le marché concerné.

Une des caractéristiques constantes des législations sur l'abus de position dominante est que leur application est inévitablement complexe et sujette à un degré substantiel de jugement. Cela signifie qu'il existe un potentiel de faux positif – ou verdict positif à tort (situation également appelée « erreur de type 1 »), ou de faux négatif – ou verdict négatif à tort (également appelé « erreur de type 2 »).

La plupart des autres pays, soit

- utilisent des présomptions de part de marché réfragables caractérisant la position dominante ou le pouvoir de marché substantiel d'une entreprise qui sont énoncées dans la loi (pays en développement avec une législation récente, surtout) ou qui ressortent des décisions de justice ou des avis des autorités de la concurrence (pays à la législation plus ancienne) ; soit
- imposent à l'autorité d'établir effectivement, sur la base de preuves économiques, que l'entreprise occupe une position dominante ou détient un pouvoir de marché substantiel dans tous les cas.

Le problème avec la présomption irréfragable du Viet Nam selon laquelle une entreprise avec une part de marché de 30 % est considérée comme en position dominante quelles que soient les preuves économiques est que le seuil est très bas et rigide, et qu'il est presque inévitable qu'elle retienne beaucoup d'entreprises qui n'ont en réalité pas de pouvoir de marché. Par exemple, sur un marché avec seulement deux fournisseurs, un nouveau venu qui atteint une part de marché de 30 % sera peut-être en réalité faible s'il a en face de lui un acteur qui fait plus de deux fois sa taille.

De même, le fournisseur d'un produit tout nouveau peut avoir une part de marché de 100 % et pourtant avoir du mal à trouver des débouchés pour son produit. Autre cas de figure, dans un secteur moribond, il est possible que le dernier fournisseur en activité ne survive qu'avec difficulté alors qu'il détient 100 % de parts de marché.

Dans son état actuel, le droit vietnamien est donc hautement susceptible d'avoir une forte incidence de faux positifs. Un inconvénient particulier de ces

erreurs de type 1 est qu'elles ont pour effet de brimer le comportement d'entreprises non dominantes (du moins si la règle est appliquée et surtout si des sanctions élevées sont prononcées). Par exemple, cela peut fortement décourager une entreprise en position non dominante d'offrir une importante remise sur ses prix, par crainte de se voir poursuivie pour prix d'éviction.

Les ressources d'investigation et l'attention des organes d'application du droit devraient plutôt se concentrer sur la pratique qui produit réellement des effets pervers, et non sur la prévention de comportements particuliers (tels que les prix de vente à perte) qui peuvent être anticoncurrentiels ou non.

Concernant les pratiques légalement prohibées pour les entreprises dominantes ou monopolistes, l'article 13 prévoit qu'une entreprise qui détient une position dominante ou une position de monopole sur le marché ne doit pas :

- vendre des biens ou procurer des services à un prix inférieur à leur coût de revient total dans le but d'exclure des concurrents ;
- fixer un prix de vente ou d'achat déraisonnable ou fixer un prix de revente minimum pour les biens ou services avec pour effet d'occasionner une perte pour les clients ;
- restreindre la production ou la distribution de biens ou services, limiter le marché ou entraver le progrès technique ou technologique avec pour effet d'occasionner une perte pour les clients ;
- appliquer des conditions commerciales différentes à des transactions similaires dans le but de créer une inégalité dans la concurrence ;
- imposer des conditions à d'autres entreprises signant des contrats pour l'achat et la vente de biens ou de services, ou forcer d'autres entreprises à signer des contrats pour l'achat et la vente de biens ou de services, ou forcer d'autres entreprises à accepter des obligations qui ne sont pas liées de manière directe à l'objet du contrat ;
- empêcher la participation de nouveaux concurrents.

De plus, l'article 14 prévoit qu'une entreprise qui détient une position de monopole ne doit pas :

- imposer des conditions désavantageuses aux clients ;
- abuser de sa situation de monopole en modifiant ou annulant unilatéralement un contrat signé, sans une raison légitime.

Encadré 3. Abus de monopole sur le marché des carburants d'aviation

Vinapco (un fournisseur de carburants appartenant à la première compagnie aérienne nationale, Vietnam Airlines) était à une époque la seule entreprise autorisée à livrer du carburant d'aviation dans les principaux aéroports du Viet Nam.

En 2007, Vinapco a conclu un marché pour fournir en carburants d'aviation la compagnie Pacific Airlines ce qui, bien entendu, impliquait le paiement d'une redevance d'avitaillement en carburant. En 2008, le coût des carburants d'aviation ayant sensiblement augmenté, Vinapco a cherché à négocier un nouveau tarif de redevance d'avitaillement en carburant avec Pacific Airlines.

Pacific Airlines s'est ainsi vu imposer un prix plus élevé que celui demandé à son concurrent Vietnam Airlines, la société-mère de Vinapco. Convenant qu'une augmentation de la redevance d'avitaillement se justifiait, puisque les prix du marché avaient augmenté, Pacific Airlines a cependant demandé à être traitée à égalité avec Vietnam Airlines concernant les montants payés, ce que Vinapco a refusé.

Pacific Airlines a envoyé un courrier à Vinapco pour faire part de son opposition à cette pratique de tarifs différenciés, et demandé à ce que l'affaire soit portée devant l'État.

Vinapco a demandé par télécopie à Pacific Airlines d'approuver la nouvelle redevance d'avitaillement par écrit avant le 31 mars 2008. Pacific Airlines n'ayant pas donné suite à cette demande, Vinapco lui a envoyé une notification écrite l'informant qu'elle suspendait unilatéralement l'approvisionnement en carburants de Pacific Airlines à compter du lendemain.

Vinapco a accepté de reprendre temporairement la fourniture de carburants à Pacific Airlines. S'appuyant sur les menaces de suspension des livraisons préférées par Vinapco, la VCA a cependant décidé d'ouvrir une enquête, à l'issue de laquelle elle a transmis au VCC une recommandation de sanction (amendes).

Vinapco ayant demandé au ministère des Transports d'intercéder en sa faveur auprès du VCC, le ministère a essayé de jouer les médiateurs entre Vinapco et le VCC pour régler le différend. Le Premier ministre, saisi de l'affaire, a réaffirmé qu'il incombait au VCC de statuer sur l'affaire objectivement et selon le droit.

Un collège du VCC composé de cinq membres (dont un agent du ministère des Transports) a entendu l'affaire et conclu que Vinapco s'était rendu coupable d'abus de situation de monopole sur le marché des carburants d'aviation en violation de la loi qui interdit aux entreprises en situation de monopole :

- d'imposer des conditions désavantageuses aux clients ; et

- d'abuser de la situation de monopole dans le but de modifier ou d'annuler unilatéralement un contrat signé sans raison légitime.

À noter que la décision concluait à un abus de situation de monopole et non à un abus de position dominante.

Le VCC a décidé de sanctionner Vinapco par une amende de 3.378 milliards VND pour infraction, auxquels se sont ajoutés 100 millions VND de frais de justice.

Vinapco a fait appel pour que l'affaire soit rejugée par le VCC en assemblée plénière ; la décision en appel du VCC a confirmé la décision de première instance du collège de cinq conseillers.

Vinapco a ensuite déposé un recours administratif auprès de la Cour populaire de Ho-Chi-Minh-Ville, laquelle a confirmé la décision du VCC ; la société a fait de nouveau appel, cette fois devant la Cour populaire suprême.

Dans sa décision finale en audience d'appel, en 2011, la Cour populaire suprême a confirmé à son tour la décision du VCC, malgré les quelques irrégularités relativement mineures constatées dans la procédure d'audition du VCC.

Comme le montrent les dispositions ci-dessus, il existe une combinaison complexe d'éléments *per se* concernant certaines formes de comportement et de « règle de raison » ou d'éléments d'objet ou d'effet concurrentiel concernant un autre type de comportement.

Il n'existe pas d'interdiction générale quant au verrouillage du marché par une entreprise détenant une position dominante.

Une exemption des interdictions ci-dessus s'applique pour les secteurs avec monopoles d'État et les entreprises qui produisent ou fournissent des produits ou des services d'intérêt général dans le contexte de décisions prises par l'État quant aux prix ou aux quantités.

4.4. Administration actuelle des concentrations

Le système du Viet Nam pour le contrôle des concentrations économiques s'applique aux fusions, regroupements, acquisitions, co-entreprises et autres formes de concentration énoncées par la loi.

La notification à la VCCA est obligatoire si les parties à la concentration ont ensemble entre 30 % et 50 % de parts de marché sur le marché en cause à moins que l'entité fusionnée ne constitue toujours qu'une petite ou moyenne entreprise une fois la fusion concrétisée.

Encadré 4. Contexte de conformité : la non-notification de concentrations

Malgré l'obligation générale de notifier à la VCA tout projet de concentration qui aurait pour résultat de conférer à l'entité fusionnée une part de marché de 30 % et le fait que les fusions aboutissant à une part de marché de 50 % soient interdites à moins qu'elles ne puissent bénéficier d'une exemption, un nombre important de fusions ne sont pas notifiées.

« Le nombre de cas de fusion-acquisition notifiés au VCAD est assez limité et nous n'avons connaissance d'aucune décision rejetant une fusion ou une acquisition déclarée. Entre 2008 et 2011, seules 12 déclarations de fusion-acquisition ont été soumises au VCAD. Cela reflète toutefois mal le dynamisme du secteur des fusions-acquisitions au Viet Nam (évalué à 4.7 milliards USD en 2011) ces dernières années, en particulier dans les secteurs de la banque, de l'immobilier et de la distribution. »²⁷

Les statistiques actualisées indiquent que 32 fusions-acquisitions ont été notifiées de 2008 à 2016 mais le problème reste le même – ce chiffre très faible laisse supposer qu'un grand nombre de fusions qui devraient être déclarées en application de la loi ne le sont sans doute pas, ou s'accomplissent malgré l'interdiction qui les frappent.

Lorsqu'il y a interdiction stricte des fusions qui auraient pour résultat d'aboutir à une entité détenant 50 % de part de marché, il serait certainement tentant pour les parties de ne pas déposer de dossier au Viet Nam, particulièrement si les effets nationaux sont liés à une fusion mondiale que d'autres autorités de la concurrence ont approuvée après enquête sur les avantages de l'opération.

Un deuxième problème rapporté par plusieurs praticiens et commentateurs²⁸ est que les fusions entre entreprises publiques ne sont pas forcément soumises au contrôle de la VCCA ; ces observateurs citent à cet égard un certain nombre d'opérations qui démontreraient leur thèse, même si d'autres ne sont pas d'accord. Il est certain que la législation n'énonce pas explicitement si une fusion entre entreprises publiques doit être traitée comme une concentration ou non. Ce qui justifierait, selon certains praticiens, qu'une opération entre deux entreprises publiques ne constitue pas une concentration est que l'État est le propriétaire ultime des actifs concernés avant comme après l'opération.

La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions (2005) met en garde contre les seuils de parts de marché dans les régimes à notification obligatoire, parce que cela ne peut que donner lieu à un gaspillage de ressources

²⁷

T. Nuygen 2014, <https://www.linkedin.com/pulse/20140605040237-170865371-competition-law-in-vietnam-is-it-anti-trust-worthy-2012>.

(publiques) aux fins d'investigation et (privées) aux fins de mise en conformité. Dans de nombreux cas, la moitié de l'enquête sur le fond devra être consacrée à déterminer le marché, même dans une affaire qui, dans une perspective de politique publique, a très peu de chances de poser des problèmes. Les données concernant le chiffre d'affaires des autres parties peuvent être tout simplement indisponibles, instaurant une situation inéquitable entre les parties à la fusion, de sorte que beaucoup de parties peuvent être simplement tentées de s'affranchir de l'obligation de notification.

Sous réserve des trois exceptions, les fusions sont interdites *per se* si les parties à la concentration détiennent plus de 50 % de part de marché. Une fusion qui aura pour résultat que l'entité fusionnée détiendra une part de marché supérieure à 50 % n'est autorisée que si :

- l'entité fusionnée constitue toujours une petite ou moyenne entreprise ;
- une ou plusieurs parties courent le risque d'une dissolution ou d'une faillite ;
- la concentration a pour effet d'accroître les exportations ou de contribuer au développement socio-économique ou au progrès technique ou technologique.

L'exemption 1 est directement applicable ; l'exemption 2 fait l'objet d'une évaluation et d'une décision par le ministère de l'Industrie et du Commerce ; l'exemption 3 fait l'objet d'une évaluation et d'une décision par le Premier ministre.

28

Tan Loi Huynh, Anh Tuan Nguyen (LNT & Partners) (2015) « The Asia-Pacific Antitrust Review 2015 Vietnam: Merger Control » ; et Phan Cong THANH (Vietnam Competition Authority) (2015) « ERIA Discussion Paper Series: Competition Law Enforcement of Viet Nam and the Necessity of a Transparent Regional Competition Policy ». Ces commentateurs mentionnent plusieurs exemples comme celui de l'acquisition par Vietnam Airlines d'une part importante du capital de Jetstar Airlines et celui de l'acquisition par Viettel des activités de télécommunications d'EVN.

Encadré 5. Cas d'exemption de l'interdiction à la concentration économique : la fusion entre Banknet et Smartlink

La Société de commutation des cartes bancaires du Vietnam (Banknet.vn) et le réseau de cartes bancaires Smartlink (Smartlink) étaient les deux seuls prestataires de services de paiement intermédiaire au Viet Nam. En 2014, les deux sociétés se sont adressées à la VCA pour lui soumettre leur projet de fusion.

Étant donné que les deux sociétés détenaient une part de marché combinée de 100 %, la concentration était théoriquement interdite en vertu des dispositions de l'article 18 de la Loi sur la concurrence, sauf à bénéficier d'une exemption.

Les parties ont en effet sollicité de la VCA une exemption au motif que la fusion aurait pour effets :

- d'accroître les exportations ;
- de contribuer au développement socio-économique ;
- de contribuer aux progrès technique et technologique.

La VCA a évalué la demande et remis un rapport au décideur concerné en vertu de la Loi sur la concurrence – en l'espèce, le Premier ministre.

Sur la base de ses conclusions après examen du rapport de la VCA, le Premier ministre a accordé une exemption conditionnelle d'une durée de cinq ans, renouvelable automatiquement tous les cinq ans, sous réserve que les parties n'enfreignent pas certaines conditions, à savoir, que :

- i) l'entité fusionnée respecte les dispositions de l'article 14 de la Loi sur la concurrence ;
- ii) l'entité fusionnée ne pratique aucune discrimination dans le traitement des clients des services de paiement intermédiaire des deux parties ;
- iii) l'entité fusionnée fasse viser son modèle de contrat de service par la VCA et par l'autorité de réglementation du secteur bancaire avant de le proposer à ses clients.

En conséquence de la fusion de Banknet avec Smartlink, il n'existe plus aujourd'hui qu'un seul réseau unifié de cartes bancaires au Viet Nam.

Il convient de remarquer que beaucoup de fusions ayant pour effet d'améliorer l'efficacité peuvent aussi entraîner un dépassement de la limite de 50 % de part de marché sur un ou plusieurs marchés. La probabilité est plus forte si la fusion touche par exemple une vingtaine ou une trentaine de marchés localisés présentant peu d'obstacles à l'entrée. Il peut arriver qu'un marché de taille relativement faible ne comptant, à l'instant T, que deux intervenants, soit soumis à une contrainte concurrentielle exercée par l'un des deux intervenants ou puisse assez facilement faire l'objet d'une contestation de la part d'un nouvel arrivant venu d'une région voisine. De même, une fusion peut être préjudiciable à la concurrence même avec un niveau de concentration inférieur à 50 %.

Lorsqu'existent de fortes raisons de politique publique d'autoriser une fusion qui devrait être interdite selon le critère des parts de marché, l'interdiction en question peut inciter les parties aussi bien que l'organe d'examen à « contourner les règles » (voire à s'en affranchir purement et simplement) en considération d'un résultat raisonnable et économiquement avantageux. Une telle façon de procéder peut toutefois créer un mauvais précédent.

4.5. Les dispositions de fond d'application du Décret n° 116

Au Viet Nam, il est habituel que le droit dérivé fournisse des précisions détaillées sur l'application du droit primaire. Dans le cas du droit de la concurrence, les dispositions du Décret n° 116 ont sans doute une plus grande portée pratique que celles de la Loi sur la concurrence de 2004 elle-même.

Si cet exergue est important pour comprendre la portée et la nature du Décret n° 116, le présent rapport ne saurait prétendre à une analyse exhaustive de ce texte d'une quarantaine de pages.

Comme expliqué ci-dessus, le critère des parts de marché joue un rôle central dans la législation relative aux accords anticoncurrentiels, à l'abus de position dominante et aux concentrations économiques. On en trouvera une illustration dans l'examen de l'effet des dispositions du Décret n° 116 relatives à la détermination du marché et au calcul des parts de marché. Les dispositions significatives sont exposées ci-après.

4.5.1. Détermination du marché

On entend par « marché » un marché de produits ou de services « *que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ».

Concernant l'impératif d'isoler les « *caractéristiques* », le marché doit être défini à partir d'au moins un des déterminants suivants :

- caractéristiques physiques ;
- caractéristiques chimiques ;
- propriétés techniques ;
- effets secondaires pour les utilisateurs ;
- capacité d'absorption.

L'« *usage* » attendu doit être entendu comme l'« *usage principal primordial* » auquel le produit ou service est destiné.

Le « *prix* » est le prix « *de détail tel qu'il est facturé conformément aux dispositions de la loi* ».

L'« *interchangeabilité* » se définit comme suit :

« Des produits ou des services seront considérés comme interchangeables en raison de leurs caractéristiques s'ils présentent de nombreuses similitudes de par leurs propriétés physiques, chimiques, ou techniques, leurs effets secondaires sur les utilisateurs et leur capacité d'absorption. »

Des produits ou des services seront considérés comme interchangeables en raison de leur usage prévu si l'usage qui en est attendu ou les utilisations qui en sont prévues sont similaires.

Des produits ou des services seront considérés comme interchangeables de par leur prix si, dans le cas où une augmentation de plus de 10 % du prix de ces produits ou services perdure pendant six mois consécutifs, plus de 50 % d'un échantillon aléatoire de 1 000 consommateurs vivant dans une zone géographique utile passent à ou ont l'intention de passer à d'autres produits ou services présentant des caractéristiques ou un usage prévu similaires.

Dans le cas où le nombre de consommateurs vivant dans la zone de marché géographique en cause à ce moment est inférieur à 1 000, un échantillon aléatoire doit comprendre au moins 50 % du total de ces clients. »

Les dispositions ci-dessus constituent une forme extrêmement prescriptive du test SSNIP (augmentation faible mais non négligeable et non transitoire du prix) communément employé par de nombreuses autorités de la concurrence de par le monde. Dans le présent rapport, cette exigence est appelée le « critère *test SSNIP* du Décret n° 116 ».

Des dispositions prévoient en outre que, dans certaines circonstances précises, l'autorité de la concurrence peut statuer sur des cas pour lesquels l'examen ci-dessus n'a pas été probant.

Des exigences détaillées supplémentaires concernent les produits complémentaires, la substituabilité du côté de l'offre et la définition du marché géographique.

4.5.2. Parts de marché

La Loi sur la concurrence de 2004 elle-même stipule que la part de marché d'une entreprise pour un certain type de biens ou de services se caractérise par le

« pourcentage de chiffre d'affaires sur les ventes de l'entreprise en proportion du chiffre d'affaires total de toutes les entreprises exerçant une activité dans le même type de biens ou de services sur le marché en cause ou [par] le pourcentage de chiffre d'affaires des achats entrants de l'entreprise en proportion du chiffre d'affaires total des achats entrants de toutes les entreprises exerçant une activité dans le même type de biens ou de services sur le marché en cause pendant un mois, un trimestre ou une année ».

Le Décret n° 116 précise les conditions strictes ci-dessus par des dispositions expliquant comment calculer le chiffre d'affaires d'entreprises associées et indiquant le mode de calcul des parts de marché pour les compagnies d'assurance et les établissements de crédit.

Un point intéressant est que le Décret n° 116 modifie aussi effectivement le droit primaire en stipulant que la disposition ci-dessus de la Loi sur la concurrence de 2004 ne s'applique qu'aux entreprises ayant déjà réalisé un exercice complet ; le décret donne ses propres orientations à cet égard.

4.5.3. Autres exemples

Le Décret n° 116 fournit des précisions détaillées supplémentaires concernant chacune des formes prohibées d'accord anticoncurrentiel. Il contient aussi

plusieurs pages de précisions prescriptives concernant la façon de mesurer le prix dans le cas de pratique présumée de prix d'éviction résultant d'abus de position dominante, ainsi que d'autres relatives à d'autres pratiques abusives présumées telles que le refus de fourniture.

4.5.4. L'effet des interdictions de fond énoncées dans le Décret n° 116

Le Décret n° 116 a une influence notable sur ce que les plaignants doivent fournir afin de que leur plainte soit recevable par la VCCA. Il est à l'origine d'une proportion considérable de la charge de travail de l'organe d'enquête dans ses enquêtes, et l'incapacité à satisfaire à ses exigences normatives fait que pour certaines affaires, la procédure s'arrête à l'enquête préliminaire.

Par exemple, le test SSNIP préconisé par le Décret n° 116 pour les enquêtes peut se révéler coûteux, long à effectuer, ou impossible à entreprendre, empêchant ainsi la VCCA de déterminer le marché en cause. Même en ayant réussi à déterminer le marché, la VCCA peut consacrer un temps et des ressources considérables à calculer la valeur du chiffre d'affaires de chaque participant au marché afin de pouvoir établir le total de « toutes les entreprises exerçant une activité dans le même type de biens ou de services » comme l'exige la loi.

Un certain nombre d'enquêtes s'arrêtent net parce qu'un ou plusieurs participants au marché ont refusé de communiquer les données de leur chiffre d'affaires, en conséquence de quoi la VCCA est dans l'impossibilité d'établir les preuves requises pour une décision d'infraction.

4.5.5. Observations de l'OCDE sur le Décret n° 116

L'analyse de la concurrence effective doit prendre en considération les marchés et les comportements en cause ainsi que les données et les techniques d'enquête disponibles.

Ainsi la preuve la plus évidente peut être apportée par un ou plusieurs de ces éléments :

- Dans le cas d'un petit nombre de marchés, de bonnes séries chronologiques de données sur les prix, recouvrant des périodes riches en « expériences naturelles » et permettant une analyse économétrique.
- Les témoignages de tiers dans des activités concurrentes, montrant bien les contraintes de capacité et les structures de coûts des concurrents, et permettant de se fonder pour effectuer une analyse concurrentielle.

- L'examen de documents internes de l'entreprise mise en cause dans lesquels des professionnels expérimentés attestent de façon certaine de l'intention de, et des moyens mis en œuvre pour, aboutir à un résultat contraire à la concurrence.

Afin de poursuivre efficacement les pratiques les plus préjudiciables au plan économique, les spécialistes qui enquêtent sur la concurrence doivent se servir de leur jugement professionnel pour appliquer les meilleures techniques, à l'aide des meilleures informations disponibles, au cas d'espèce qui leur est soumis.

4.6. Modalités d'application du droit et résultats obtenus

La VCA, organisme placé sous la tutelle du ministère de l'Industrie et du Commerce, était perçue à ce titre comme une autorité administrative relativement subalterne, sous la tutelle d'un ministère lui-même actionnaire de nombreuses entreprises publiques importantes (voir la section 6.2.1 ci-dessous). Elle s'occupait des questions de dumping et de protection des consommateurs, ainsi que des affaires de concurrence déloyale et de restrictions à la concurrence. Son successeur la VCCA a le même profil, mais ne conserve que les portefeuilles « concurrence » et « protection des consommateurs ».

Les affaires de restrictions à la concurrence peuvent être engagées à l'initiative d'un plaignant qui aura remis un formulaire complet, authentifié par signature ou empreinte digitale et accompagné du paiement des frais de dépôt de dossiers – soit, à l'heure actuelle, 100 millions VND. La VCCA n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour rejeter une demande dûment étayée. La VCCA peut aussi agir d'office ou sur signalement par un tiers.

La VCCA distingue entre les enquêtes « précontentieuses », les enquêtes initiales et les enquêtes approfondies.

Le stade « précontentieux » correspond à une démarche informelle exploratoire qui sert à établir s'il y a suffisamment d'indications d'un problème pour que le directeur général soit assuré de l'intérêt de l'ouverture d'une enquête initiale ou d'une enquête approfondie.

La bonne application du droit est entravée en particulier par le problème des accords anticoncurrentiels conclus dans d'autres pays que le Viet Nam, qui permettent à certaines parties d'échapper à toute enquête.

Par ailleurs, la VCCA est habilitée sur le papier à faire des perquisitions afin d'obtenir des preuves par contrainte, mais elle ne peut exercer cette prérogative qu'après que la partie accusée a été informée des allégations portées à son

encontre. Il n'est pas surprenant, par conséquent, que l'autorité ne cherche pas à faire usage de ces pouvoirs.

En outre, certaines dispositions imposent des échéances irréalistes aux enquêteurs.

À la conclusion de cette enquête, la VCCA envoie un dossier complet de preuves au VCC pour qu'il prenne une décision. En un certain nombre d'occasions, le VCC a retourné des dossiers à l'autorité (alors la VCA) en demandant à ce qu'ait lieu une deuxième ou une troisième enquête.

Le VCC comprend 11 membres siégeant à temps partiel et a connu deux grandes campagnes de renouvellement de ses membres depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la concurrence de 2004. Les décisions en première instance sont rendues par un collège de cinq (ou sept) membres et les décisions en appel sont prises par les 11 membres du comité siégeant au complet.

En dépit des graves faiblesses institutionnelles constatées (voir la section 6.3 ci-dessous), le VCC a pris une série de décisions imposant des sanctions ou demandant des mesures correctives alors que le collège statuant comptait des personnes nommées par des organismes possédant des entreprises publiques mises en cause. Le VCC a rendu deux décisions impliquant des peines, et plusieurs autres affaires se sont soldées par des engagements, dans certains cas avec le consentement du plaignant et dans d'autres sans l'accord du plaignant.

Dans la seule affaire d'abus de monopole, l'entreprise défenderesse a fait appel auprès du tribunal de province, puis devant la Cour suprême.

Les statistiques sur les affaires de restrictions à la concurrence se présentent comme suit.

Tableau 2. Statistiques relatives aux affaires de restriction de la concurrence

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Enquête initiale de la VCA	5	3	7	7	10	10	14	12	10	5
Enquête de la VCA	0	1	1	1	1	2	1	0	1	0
Décision du VCC	0	0	0	1	2	0	0	1	1	0
Sanction prononcée par le VCC	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0
Appels devant le tribunal de province	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0
Appels devant la Cour suprême	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0

Source : VCA

Les actions privées restent elles aussi extrêmement limitées. On ne sait pas très bien si, en vertu des dispositions du Code civil qui permettent les recours privés, le VCC doit établir l'existence d'une infraction avant qu'une action privée ne puisse être engagée, ou s'il est possible d'engager une action de manière « autonome ». L'OCDE a cependant été informée d'une affaire de recours autonome notifiée en 2010, au sujet d'un accord entre une agence de gestion d'impression de photos et un fournisseur de services d'impression de photos bénéficiant d'un contrat d'exclusivité, dans le district de Chau Doc de la province d'An Giang. D'après les informations reçues, les trois autres fournisseurs de services d'impression ont engagé des poursuites à l'encontre de l'agence de gestion. Bien que le tribunal de première instance ait conclu que l'accord n'enfreignait pas le droit de la concurrence, le tribunal de province ne s'est pas rangé à cet avis, a constaté une violation du droit et accordé des dommages et intérêts d'un montant de 300 millions VND²⁹.

D'autres éléments laissent clairement apparaître un faible niveau de dissuasion et de conformité.

Alors que la loi était en vigueur depuis sept ans, la VCA a mené une vaste enquête sur la connaissance du droit de la concurrence. L'enquête couvrait les deux premières villes du pays, les petites et les grandes entreprises, les entreprises publiques et les entreprises privées et les cabinets d'avocats. Ses résultats ont été publiés sur le site web de la VCA en 2013.

²⁹

<http://plo.vn/thoi-su/doc-quyen-rua-anh-359555.html>.

Plus de la moitié des entreprises interrogées ont déclaré connaître ou comprendre « un peu » le droit de la concurrence. À la question des types de pratiques visés par le droit de la concurrence, une petite majorité des sondés ont su désigner l'abus de position dominante et les actes de concurrence déloyale. Une minorité des sondés avaient conscience que ce droit traite aussi des accords qui restreignent la concurrence et seule une petite minorité savaient qu'il s'applique dans le contexte des fusions-acquisitions.

Moins d'un tiers des entreprises interrogées avaient un programme interne de conformité et une proportion encore plus faible avaient adapté leurs activités pour les mettre en conformité avec le droit de la concurrence.

Chez les répondants, la VCA était plus connue pour son action anti-dumping que pour ses fonctions d'application du droit de la concurrence. Un certain nombre de répondants étaient en mesure de citer correctement le nom d'une entreprise convaincue d'infraction au droit de la concurrence, mais un nombre non négligeable confondaient la victime et l'auteur de l'infraction dans l'affaire Vinapco.

L'enquête éclairait aussi d'autres problèmes qui influent sur l'application effective de la Loi sur la concurrence de 2004. Ainsi, comme évoqué précédemment, la part de marché tient un rôle central au regard des interdictions visant les accords anticoncurrentiels, l'abus de position dominante et les fusions. Un nombre élevé d'entreprises ont répondu que :

- la difficulté d'établir le niveau de part de marché requis rendait compliqué le dépôt de plainte (56.8 % des entreprises) ;
- les exigences relatives à la part de marché signifiaient que certains types, importants, de comportements qui sont effectivement préjudiciables à la concurrence n'étaient pas illégaux (48.8 % des entreprises) ;
- dans d'autres cas, le comportement était prohibé sur la base des parts de marché alors que dans les faits, il n'y avait pas d'atteinte à la concurrence (29.0 %).

La VCA et le VCC ont publié des comptes rendus de leurs affaires principales – pour chaque affaire, les informations publiées tiennent généralement en une seule page imprimée. Les exemples rappellent très utilement les faits essentiels, tant concernant le comportement en cause que les procédures d'enquête et de décision. Cependant, les organes ne publient pas leur raisonnement, à savoir, les raisons qui les ont amenés à appliquer le droit aux faits de telle ou telle manière. Dans les affaires où l'enquête a révélé des faits tombant sous le coup d'interdictions *per se* ou d'interdictions applicables sur la base du test de la part

de marché, cette forme de divulgation procure à la collectivité un bon niveau de transparence qui peut contribuer à faciliter l'apport d'avis juridiques et à permettre à la communauté des entreprises de se conformer à la loi.

Par ailleurs, lorsque l'interdiction concernée suppose d'appliquer un élément de discrétion ou d'analyse (comme dans l'affaire Vinapco d'abus de position dominante), ne pas dévoiler les faits détaillés et le raisonnement de l'autorité a pour résultat que la collectivité souffre d'un manque de transparence et que le niveau de discipline risque d'être affaibli.

Un problème plus sensible concerne l'accès aux décisions de justice. Les tribunaux ont instruit des affaires de droit de la concurrence en au moins trois occasions, mais leurs décisions ne sont pas accessibles au public. Si le ministère de la Justice considère que les autorités compétentes sont autorisées à communiquer les décisions judiciaires sur demande, ces mêmes autorités ne savent pas vraiment si elles sont tenues de diffuser une copie de leurs décisions ; ce qui est sûr, c'est qu'il n'y a pas de publication³⁰. La question ne devrait plus se poser à l'avenir si les réformes sur la publication des décisions de justice dont il est question ci-dessous sont maintenues et améliorées.

4.7. Interaction avec d'autres autorités et d'autres législations

Le Viet Nam a longtemps été un pays de contrôle administratif des marchés par l'État et cette situation n'a pas pris fin avec l'entrée en vigueur de la Loi sur la concurrence de 2004. Des exemples types d'intervention administrative sont présentés ci-dessous.

Il y a quelques années, le prix des œufs facturé par les nombreux fermiers en concurrence dans une certaine province s'est envolé brutalement sans aucune raison apparente. Avant même que la VCA n'ouvre une enquête approfondie, le ministère de l'Agriculture est intervenu et a ordonné aux agriculteurs concernés de ramener les prix à leur ancien niveau. Divers ministères ont à l'occasion donné des ordres similaires dans leur domaine de compétence. À première vue, cela peut apparaître comme une solution plus rapide qu'une longue enquête en droit de la concurrence.

Cependant, un tel contrôle administratif a des inconvénients non négligeables. Premièrement, il est certes tout à fait possible que des gains d'efficacité et des réductions de prix supplémentaires soient réalisables, mais seule la concurrence créera une situation d'équilibre dans laquelle les producteurs

³⁰ Cette question est examinée plus avant à la section 7.4 ci-dessous.

sont suffisamment récompensés – mais pas sur-récompensés – pour que l’investissement soit encouragé. Deuxièmement, une telle fixation centralisée de prix se fait généralement à un niveau qui permet à tous les producteurs de recouvrer leurs coûts et de s’en sortir, et elle ne chasse pas du marché les producteurs inefficients. Troisièmement, il est probable que le besoin d’une intervention administrative se fera à nouveau jour chaque fois qu’il y aura un changement dans les conditions de marché.

Une autre forme typique d’intervention administrative qui est presque l’inverse de la situation ci-dessus, est illustrée par une affaire³¹ de 2013, dans laquelle les trois principales compagnies de téléphone avaient fortement augmenté leurs tarifs simultanément, du jour au lendemain. L’affaire a été portée devant la VCA pour investigation et cette dernière a statué que les augmentations des prix s’étaient faites en conformité avec un décret gouvernemental de juillet 2012. Les opérateurs avaient soumis des propositions de relèvement de leurs tarifs au ministère des Communications, qui les avait cautionnées en approuvant les hausses de prix. Il convient de souligner que les trois principales compagnies de téléphone étaient des entreprises publiques, deux d’entre elles détenues par le ministère des Communications et la troisième par le ministère de la Défense. Bien évidemment, les opérateurs ont décidé de maintenir leurs hausses de tarifs.

Un problème plus explicite se pose concernant les dispositions de la législation spécifique à un secteur d’activité. Dans un rapport de 2014, la VCA et l’Agence japonaise de coopération internationale (JICA) ont recensé 30 législations sectorielles contenant des dispositions liées à la concurrence, dont beaucoup sont contraires à la politique de la concurrence et à la Loi sur la concurrence de 2004. Au minimum, ces incompatibilités font naître les problèmes suivants :

- confusion quant à la norme positive que les entreprises opérant dans ces secteurs sont censées respecter ;
- confusion quant à l’autorité responsable de la conduite de l’affaire lorsque des questions similaires se posent au titre de deux droits distincts ;
- risque de duplication du travail d’enquête ;
- possibilité qu’une loi sache explicitement la réalisation d’une autre – par exemple, une politique de clémence qui n’exempte les entités

³¹ *Thanhnhien News*, 31 décembre 2013, « Vietnam authorities call 3G fee hike legal ».

déclarantes que des interdictions civiles au titre du droit général de la concurrence ne fonctionnera pas efficacement si les entités assujetties s'exposent à des poursuites en vertu d'interdictions sectorielles spécifiques au titre du droit de la concurrence ;

- les entreprises peuvent être exposées à un double danger ou être en mesure d'échapper à la responsabilité sur la base du fait qu'elles ont fait l'objet d'une enquête et été innocentées, ou fait l'objet d'une enquête et été sanctionnées seulement légèrement, au titre d'un test similaire en substance dans une législation sectorielle.

Les autres pays ont en général trois façons distinctes de traiter les problèmes de conflit juridique avec les secteurs réglementés.

- Seule l'autorité générale de la concurrence est compétente en matière de droit de la concurrence et des organes spécifiques ont les autres pouvoirs réglementaires sectoriels.
- L'autorité de la concurrence et les organes sectoriels détiennent le même pouvoir de faire appliquer une norme particulière de droit de la concurrence ; ils ont des accords pour décider lequel d'entre eux s'occupera d'une affaire donnée ;
- Il existe une « ligne de démarcation » dans la loi qui fait que seul l'organe sectoriel et non l'autorité générale de la concurrence a compétence pour faire appliquer les interdictions relatives à la concurrence.

Choisir quelle option, parmi les deux ci-dessus, est la plus adaptée pour le Viet Nam implique de prendre en considération un facteur : il y a clairement un problème de conflits d'intérêts effectif (ou perçu) entre des ministères qui sont à la fois actionnaires de grandes entreprises publiques opérant dans les mêmes secteurs que ceux dont ils sont responsables du point de vue de la réglementation. Même un conflit d'intérêts perçu peut dissuader des concurrents privés d'investir. Ces conflits d'intérêts effectifs ou perçus doivent donc être évités. Une façon pour ce faire est de confier à un organe de réglementation indépendant la responsabilité de l'ensemble de la réglementation de la concurrence.

D'un autre côté, des éléments de législation sectoriels peuvent être nécessaires pour suppléer aux interdictions générales figurant dans le droit de la concurrence – exemple : dans le secteur des télécommunications, la nécessité d'une connectivité universelle impose un mécanisme régulateur pour régler les différends d'interconnexion.

Recommandation 4.1 :

Des mesures devraient être prises pour : (i) harmoniser les exigences de fond des différentes lois qui comportent des dispositions sur la concurrence, (ii) « orienter le trafic » en fonction de l'autorité responsable de la réalisation des enquêtes et (iii) veiller à ce que la politique de clémence permette de s'affranchir des interdictions prévues par le droit de la concurrence dans la législation sectorielle.

Recommandation 4.2 :

Le Viet Nam devrait aussi envisager de faire passer toutes les interdictions visant les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante et le contrôle des fusions sous la responsabilité de l'autorité de la concurrence et d'abroger les interdictions relevant du droit de la concurrence qui figurent dans la législation sectorielle.

4.8. Actions civiles

Les États-Unis sont le territoire le plus connu pour la mise en œuvre de la responsabilité civile en matière de droit de la concurrence du fait du système de triple dédommagement, des processus d'établissement de la preuve et de la prévalence des actions collectives (« *class actions* »). Ces actions civiles, ou « actions privées », joue aussi un rôle, plus limité, certes, mais important, dans d'autres pays. Selon les pays, les actions civiles peuvent

- permettre aux parties lésées d'obtenir une indemnisation ou des dommages-intérêts qui contribueront à restaurer leur incitation à investir, en particulier lorsqu'une partie cherche à pénétrer un marché où domine un opérateur historique ;
- réduire la charge sur les ressources publiques consacrées à l'application du droit et/ou accroître le niveau global d'application du droit là où les ressources publiques sont limitées ;
- permettre une forme de redevabilité lorsque des particuliers peuvent se saisir d'une affaire dont un organe public d'application du droit n'a pas réussi à reconnaître l'importance (voire lorsque l'autorité en question en est dissuadée par des intimidations ou un conflit l'empêchant d'entamer des poursuites) ;

- rendre possible la judiciarisation d'affaires de droit de la concurrence alors même que des barrières culturelles ou autres découragent fortement les justiciables de faire appel de décisions des autorités de la concurrence.

La plupart des pays de droit coutumier ont des dispositions spécifiques pour permettre à des particuliers – personnes physiques – d'ester en justice contre une infraction au droit de la concurrence, ainsi que des dispositions qui aident la défense dans la communication de pièces pour mettre sur pied un dossier. D'importantes affaires en recours privé ont pu être portées en justice grâce à de telles dispositions en Australie, au Royaume-Uni et au Canada.

À l'inverse, la plupart des pays de droit civil ont des dispositions de droit générales qui permettent à des particuliers d'intenter une action en indemnisation contre des personnes morales qui enfreignent des interdictions stipulées par la législation générale, en ce compris les infractions au droit de la concurrence, mais pas de cadre pour l'établissement de la preuve. Ce cadre législatif a permis d'importantes actions au civil dans des pays aussi divers que l'Allemagne, l'Indonésie et la République populaire de Chine (ci-après « la Chine »).

Au Viet Nam, de telles dispositions existent, même si elles ne semblent pas être utilisées pour l'application en droit privé de la législation sur la concurrence.

L'Union européenne (UE), dans son droit – notamment dans ce qui est aujourd'hui, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – reconnaît implicitement aux citoyens de ses États membres la capacité d'intenter des actions civiles devant les tribunaux nationaux. Récemment, l'UE a reconnu que le droit à ester en justice à titre privé peut être gravement mis à mal en l'absence d'autres dispositions pratiques telles que la capacité à établir la preuve. Elle a par conséquent édicté une Directive dont l'objet premier est de prévoir de tels mécanismes subsidiaires.

Même s'il est peut-être peu probable qu'il puisse y avoir beaucoup d'actions civiles (en particulier à court terme), le Viet Nam pourrait tirer avantage d'une reconnaissance juridique plus explicite de la capacité d'action civile dans l'application du droit de la concurrence. Cela pourrait être utile notamment pour :

- permettre à l'application du droit d'exister au-delà des ressources très limitées des institutions publiques ;
- offrir une a soupape de sécurité pour les particuliers qui peuvent percevoir (à tort ou à raison) que, même après qu'une autorité indépendante a été établie, cette autorité peut être réticente à intenter une action contre une grande entreprise publique ;

- offrir un droit à l'indemnisation qui corrigerait le facteur de dissuasion pouvant sinon exister, pour des entrants potentiels, à tenter de pénétrer un marché dominé par une entreprise publique. À noter que le droit à obtenir réparation est tout à fait distinct de la capacité discrétionnaire d'une autorité à ordonner une indemnisation pour ce qui est de contrer l'effet dissuasif à l'investissement par les nouveaux entrants.

Pour qu'un tel mécanisme soit (pleinement) efficace, il serait souhaitable de permettre à des particuliers d'en appeler à un tribunal pour obliger le défendeur à rendre disponibles les preuves essentielles aux fins de la détermination de sa responsabilité (c'est-à-dire, permettre le droit à la preuve).

Recommandation 4.3 :

Le Viet Nam devrait envisager de reconnaître explicitement que les plaignants privés peuvent engager des poursuites pour faire appliquer la loi et demander réparation pour les conséquences des infractions au droit de la concurrence, à la fois :

1. à la suite de la découverte d'une infraction de la NCC en vertu du droit civil ou après des poursuites en vertu du Code pénal ; et
2. de manière autonome lorsque les autorités chargées de l'application de la loi n'ont pas en mené d'enquête ou découvert d'infraction.

Une telle disposition s'accompagnerait de la possibilité pour les plaignants qui déposent une plainte semblant a priori raisonnable d'accéder aux preuves.

Recommandation 4.4 :

Il faut veiller tout particulièrement à ce que les candidats à la clémence ne se trouvent pas désavantagés dans les actions privées en dommages et intérêts par rapport aux entreprises qui ont décidé de ne pas coopérer, et en même temps à ce qu'ils ne soient pas dispensés de leur responsabilité civile pour ce qui concerne les préjudices causés par leur conduite anticoncurrentielle. Le choix d'un régime privé d'application devrait contribuer à la solidité et à l'efficacité du système public d'application et non servir à le fragiliser.

4.9. Récapitulatif des problèmes liés à la Loi sur la concurrence de 2004

Comme on l'a vu, il est très rare que des affaires atteignent le stade final auquel une sanction est prononcée. De fait, le nombre des affaires et le faible

montant total des sanctions prononcées sont tels qu'il est peu probable qu'ils aient donné lieu à un niveau de dissuasion optimal.

Plusieurs années après, à l'époque du dixième anniversaire de la Loi sur la concurrence de 2004, un représentant de la direction de l'application du droit de la concurrence a fait un exposé contenant l'illustration ci-dessous relative aux limites des dispositions actuelles.

Graphique 1.



Sur la base des sujets examinés dans les sections précédentes du rapport et, donc, sans considération des questions institutionnelles abordées à la section 6.2 ci-dessous, les problèmes essentiels associés à la Loi sur la concurrence de 2004 actuellement en vigueur peuvent être résumés comme suit :

- les dispositions de fond de la loi sont imparfaites puisqu'aucune des interdictions n'est fondée sur les normes courantes de bonnes pratiques concernant les concentrations, l'abus de position dominante ou les accords anticoncurrentiels ;
- la plupart des ententes caractérisées sont soumises à des obligations relatives au critère de la part de marché qui sont déraisonnables et difficiles à satisfaire ;

- les dispositions de la Loi sur la concurrence de 2004 contredisent des dispositions des lois sectorielles ;
- la VCCA est entravée dans ses pouvoirs de détection et d’investigation des affaires parce qu’elle n’a pas latitude en matière d’immunité ou de clémence et qu’elle ne peut procéder à des perquisitions qu’après que la partie mise en cause a été informée de l’ouverture d’une enquête ;
- les moyens d’investigation de la VCCA sont excessivement restreints (en l’occurrence, onze enquêteurs de première ligne que l’autorité perd bien souvent une fois qu’ils ont acquis l’expérience leur permettant de se faire embaucher par un cabinet d’avocats privé) ;
- les ressources de la VCCA sont, dans une large mesure, affectées à l’application du droit de la concurrence dans des affaires de concurrence déloyale qui relèveraient de prime abord de différends commerciaux entre entreprises ;
- le Décret n° 116 lie si étroitement les mains de la VCCA que nombre d’affaires qui sont caractérisées par une atteinte à la concurrence ne peuvent faire l’objet d’investigations appropriées, tandis que dans d’autres affaires, les enquêteurs doivent se charger de tâches fastidieuses qui les distraient de l’examen du préjudice central en cause ;
- il n’apparaît pas que les particuliers puissent forcément se prévaloir de l’article 584 du code civil d’une manière équivalente à ce qui est possible dans d’autres pays de droit civil pour l’application en droit privé de la législation sur la concurrence, tandis que les dispositions subsidiaires telles que le droit à la preuve n’existent visiblement pas.

Le projet de réforme de la loi en cours traite un certain nombre de ces problèmes, mais pas tous.

5. Le cadre législatif actuel en matière de concurrence déloyale

La Loi sur la concurrence de 2004 contient aussi dix interdictions visant la « concurrence déloyale » qui ne figurent pas dans les interdictions centrales prévues par le droit de la concurrence ailleurs dans le monde ; elles concernent :

- la tromperie sur les marques, logos, dénominations commerciales et emballages du fournisseur (parfois qualifiées de « substitution » dans d’autres pays) ou l’origine géographique des produits ;
- la consultation ou la récupération de secrets commerciaux de concurrents sans autorisation, ou l’utilisation d’informations confidentielles de ce

type obtenues de manière illicite aux fins de la réalisation de ses propres objectifs ;

- les pratiques commerciales coercitives vis-à-vis des clients ou des fournisseurs ;
- la diffamation de concurrents par la production de déclarations mensongères les concernant ;
- la désorganisation volontaire des activités d'un concurrent par entrave à ou interruption de ses activités commerciales légales ;
- la publicité comparative (quelle que soit sa véracité), l'imitation d'un concurrent ou la présentation aux clients d'informations fausses ou dénaturées sur les propres produits de l'entreprise ;
- la présentation fautive des prix et des promotions ou la discrimination entre les clients de zones de promotion différentes au sein d'une même campagne promotionnelle ;
- la discrimination par associations professionnelles ;
- la vente multiniveau illicite (parfois appelée également « vente pyramidale » dans certains pays) ;
- toute autre pratique concurrentielle déloyale définie par les autorités en vertu de la clause 4 de l'article 3 de la Loi.

Les points 1, 4 et 6 ci-dessus répondent aux obligations du Viet Nam au titre de l'article 10bis relatif à la concurrence déloyale de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, à laquelle la République socialiste du Vietnam est adhérente, en tant que successeur de la République du Vietnam du Sud qui y avait adhéré en 1949. Aux termes de cet article, les pays signataires sont tenus d'assurer aux ressortissants des autres pays signataires une protection effective contre la concurrence déloyale, attendu que

« constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. »

Devront notamment être interdits

« i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. »

La Convention laisse à chaque pays signataire le soin d'adopter, conformément à sa constitution, les mesures nécessaires pour assurer l'application et le respect de ses dispositions.

Les dispositions du droit vietnamien en la matière vont bien au-delà des dispositions centrales nécessaires pour satisfaire à l'article 10bis de la Convention, mais chacune des interdictions ainsi édictées se trouve aussi sous une forme ou une autre dans le droit d'autres pays.

La VCCA est à la fois l'organe d'investigation et l'autorité qui statue sur la responsabilité et sur la sanction applicable dans les affaires de concurrence déloyale. La VCCA compte actuellement sept enquêteurs « de première ligne » à plein temps travaillant dans ce domaine. De fait, la VCCA s'est saisie de beaucoup plus d'affaires dans ce domaine que dans celui des interdictions aux pratiques restrictives.

La VCCA considère en particulier la vente multiniveau, encore appelée vente en réseau par cooptation, comme un domaine prioritaire pour l'application du droit. La vente multiniveau est une forme assez « spéciale » de pratique préjudiciable pour la société en ce qu'elle implique généralement d'amener les consommateurs à croire qu'ils pourront développer une micro-activité florissante, alors qu'ils découvrent ensuite rapidement que la rentabilité dépend de leur capacité à recruter toujours plus de clients-vendeurs dans le réseau, au lieu de réaliser une activité socialement utile de fourniture de biens et de services. À ce titre, elle pourrait être considérée comme une question de protection des consommateurs se présentant comme une question purement commerciale.

Contrairement à la position du Viet Nam en la matière, en France, les éléments 1, 4 et, dans une certaine mesure, 6 ci-dessus sont prohibés et généralement considérés comme relevant de la concurrence déloyale ; pour autant, ce terme lui-même n'est pas défini en droit et recouvre d'autres concepts (par exemple, le fait d'obtenir un avantage concurrentiel en ne respectant pas la législation du travail ou d'autres obligations associées à l'exercice légal d'une activité commerciale). Il est important de remarquer que ces interdictions sont

mises en œuvre dans les juridictions civiles par les entreprises victimes du comportement incriminé, non par l'autorité de la concurrence³².

En Australie et en Nouvelle-Zélande, les éléments 1, 3, 4, 6 (mais uniquement si les informations sont mensongères), 7 et 9 sont prohibés. Ces interdictions figurent dans les textes relatifs à la protection du consommateur, quoique les victimes du comportement déloyal ne doivent pas forcément être des consommateurs. Les particuliers autant que les autorités compétentes (en l'occurrence l'ACCC et la NZCC) ont des pouvoirs concurrents pour faire appliquer ces dispositions, même si l'ACCC et la NZCC, dans les cas où la victime est une entreprise commerciale bien dotée en ressources, laisseront généralement l'affaire à l'action civile.

Il ne fait pas de doute que certaines de ces interdictions sont dans l'intérêt du public – même si l'utilité sociale de l'interdiction de la publicité comparative objective, au minimum, est discutable. Trois questions centrales se posent néanmoins.

- Ces interdictions doivent-elles être mises en œuvre exclusivement (ou principalement) dans des actions de droit commercial entre entreprises ou par des actions d'application du droit de la concurrence par l'autorité publique ?
- Si l'autorité publique d'application du droit entre en jeu, ces interdictions doivent-elles être traitées comme relevant du système d'application du droit en matière de restrictions à la concurrence, du système de protection des consommateurs, du système de protection de la propriété industrielle ou de son propre système ?
- Si l'autorité publique d'application du droit entre en jeu, avec quel degré d'attention, du point de vue de l'application du droit, faut-il traiter ces activités, par rapport aux dispositions concernant la protection des consommateurs et l'interdiction des restrictions à la concurrence, compte tenu des ressources limitées disponibles dans un pays en développement ?

³²

Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi 2016, « *Chefs d'entreprise, la concurrence déloyale : c'est votre affaire* ».

6. Les propositions de réforme de la Loi sur la concurrence

Depuis 2014, la VCCA travaille à une importante réforme de la législation et un projet de loi devrait être soumis à l'assemblée nationale en octobre 2017. Pendant la rédaction du présent rapport, cinq versions de projet de texte ont été élaborées par un comité de rédaction interinstitutionnel en vue de la présentation d'un projet de loi à l'assemblée nationale. D'après ce que comprend l'OCDE, l'assemblée nationale vietnamienne travaillerait à une série d'amendements supplémentaires.

Les principaux sujets traités dans ces projets successifs entendent :

- réformer les dispositions techniques concernant les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante et le contrôle des concentrations ;
- instituer le pouvoir de clémence et des pouvoirs réels en matière de perquisition ;
- fusionner la VCCA et le VCC en une seule « autorité de la concurrence » (voir le point 6.2.4 ci-dessous).

La présente partie examine chacune des dispositions de fond (section 6.1) et des dispositions relatives à la détection et à l'investigation (section 6.2). Les dispositions relatives aux institutions sont abordées à la section 7.6.

6.1. Dispositions de fond

6.1.1. *L'interdiction des accords anticoncurrentiels*

Pour ce qui est des interdictions relatives aux accords anticoncurrentiels, les propositions visent à

- supprimer la condition de 30 % de part de marché pour les pratiques d'entente caractérisée et les autres formes d'accords anticoncurrentiels (un thème constant de tous les projets de texte) ;
- instaurer une interdiction d'application large à l'encontre des accords qui « produisent ou peuvent produire des effets contraires à la concurrence sur le marché » (thème figurant dans certains projets seulement).

Ces deux réformes constitueraient des améliorations considérables par rapport à la Loi sur la concurrence de 2004.

Cependant, les dispositions maintiendraient la formulation actuelle consacrant l'interdiction *per se* des accords d'exclusivité. Ce traitement n'est pas recommandé, car les accords d'exclusivité peuvent constituer une pratique favorable à la concurrence, par exemple lorsque des « partenariats verticaux » stimulent la concurrence intermarques.

Enfin, la nouvelle loi proposée ne réformerait pas les articles 217 et 222 du Code pénal, qui conserveraient leur formulation actuelle dans la loi de 2004.

Recommandation 6.1 :

Les ententes injustifiables (fixation des prix, répartition des marchés, accords de limitation des capacités) sont par nature préjudiciables et doivent être interdites, quelle que soit la part de marché touchée. En d'autres termes, l'interdiction des ententes dans la Loi sur la concurrence et dans le Code pénal ne doit pas se fonder sur la détention d'une part de marché de 30 %.

Recommandation 6.2 :

Les accords d'exclusivité devraient être retirés de la liste des dispositifs illégaux *per se* et n'être interdits que s'ils portent fortement atteinte à la concurrence.

Recommandation 6.3 :

Tous les accords qui présentent un effet anticoncurrentiel important devraient faire l'objet d'une interdiction générale.

Recommandation 6.4 :

La NCC devrait avoir un pouvoir efficace de contrôle obligatoire (pouvoir de procéder à des perquisitions surprises). Elle devrait pouvoir ainsi pénétrer de manière inopinée dans les locaux des entreprises sur lesquelles elle enquête pour rechercher et saisir des preuves d'infraction, sous quelque forme que ce soit. Un certain degré de protection d'ordre procédural devrait être assuré (obligation de demander une autorisation ou un mandat judiciaire par exemple) sans que les obligations pesant sur la NCC ne compromettent l'efficacité de ces pouvoirs d'investigation.

Recommandation 6.5 :

La loi devrait prévoir une politique de clémence, en particulier une immunité complète pour la partie qui dénonce une entente en premier. La législation principale devrait fournir une base juridique solide à l'appui de cette immunité mais les détails du programme devraient être définis dans des dispositions d'application susceptibles d'être élaborées, adoptées et ajustées au fil du temps en fonction de l'expérience acquise par la NCC ou le gouvernement

sans qu'il soit nécessaire de porter un nouveau projet de loi devant l'Assemblée nationale concernant ces détails.

Recommandation 6.6 :

Il faudrait parallèlement procéder à une réforme du Code pénal (ou instaurer un autre mécanisme tel qu'un accord entre la NCC et le Procureur) afin qu'une partie qui dénonce une entente ne soit exposée à aucune sanction, ni au titre du droit de la concurrence ni au titre des dispositions du Code pénal sur la concurrence.

6.1.2. *Les interdictions visant les pratiques unilatérales*

La réforme proposée

- supprimerait la distinction entre abus de monopole et abus de position dominante (proposition figurant dans certains des projets seulement) ;
- instaurerait une interdiction d'application large visant les « autres actes d'abus de position dominante qui produisent ou peuvent produire des effets anticoncurrentiels substantiels sur le marché » (proposition figurant dans des projets antérieurs, mais, selon les informations fournies par les autorités vietnamiennes, pas dans celui actuellement examiné par l'assemblée nationale).

Ces deux réformes constitueraient une nette avancée vers l'harmonisation avec les normes internationales.

Cependant, il faudrait que le texte final reprenne la disposition d'application large proposée dans des versions antérieures du projet et résolve ces problèmes associés à la loi actuelle :

- le seuil de 30 % de part de marché resterait le critère pour déterminer de manière irréfutable qu'une entreprise est en position dominante, sans qu'il soit possible de prouver le contraire ; dans certaines versions du projet de loi, cette situation serait exacerbée par des dispositions supplémentaires permettant d'établir la preuve de la domination exercée par deux, trois, voire quatre entreprises à partir d'un certain seuil de part de marché ;
- certains comportements d'entreprise en position dominante resteraient illégaux per se – la tarification discriminatoire, notamment.

Si les présomptions de part de marché réfragables peuvent être utiles, en particulier dans un pays en développement, conclure de manière irréfutable qu'une entreprise (ou un groupe d'entreprises) est en position dominante simplement parce qu'elle(il) détient une certaine part de marché n'est pas recommandé. Cela peut

exercer un fort effet dissuasif à certaines activités en réalité favorables à la concurrence.

Un autre aspect de la nouvelle législation proposée constitue un recul. En effet, dans beaucoup de cas, les interdictions spécifiques de la Loi sur la concurrence de 2004 sont modulées par des critères de concurrence sous une forme ou une autre. Par exemple, la clause n° 2 de l'article 13 stipule actuellement que le critère ci-dessous est constitutif d'un comportement illicite par une entreprise en position dominante :

« (...) fixer un prix de vente ou d'achat déraisonnable ou fixer un prix de revente minimum pour les biens ou services avec pour effet d'occasionner une perte pour les consommateurs » (non souligné dans le texte).

Le projet de texte actuel omet en revanche le concept de préjudice pour les consommateurs en ne soulignant pas le critère :

« (...) fixer un prix de vente ou d'achat déraisonnable ou fixer un prix de revente minimum pour les biens ou services avec pour effet d'occasionner une perte pour les clients. »

Recommandation 6.7 :

Il faudrait procéder à un examen approfondi pour déterminer si l'interdiction d'abus de monopole doit être supprimée, de façon que seule l'interdiction d'abus de position dominante s'applique aux comportements unilatéraux. La notion d'abus de position dominante a été longuement débattue et affinée dans la plus grande partie des pays du monde. La notion complémentaire d'abus de monopole n'est pas reconnue dans d'autres pays et il ne semble pas exister de justification propre au Viet Nam pour appliquer une telle interdiction.

Le seuil de part de marché à partir duquel s'exerce l'abus de position dominante doit être supérieur à 30 % ; une part de 50 % serait sans doute plus appropriée (pour les tribunaux de l'Union européenne, par exemple, il existe une présomption réfragable de position dominante au-delà de 50 % de part de marché).

Ce seuil de part de marché doit constituer une présomption réfragable, de sorte que la loi doit donner clairement aux entreprises qui dépassent ce seuil la possibilité de démontrer qu'elles n'exercent pas en fait de position dominante.

Recommandation 6.8 :

Tous les comportements interdits des entreprises dominantes explicitement mentionnés devraient inclure une composante importante d'atteinte à la concurrence (consistant par exemple à vendre des produits ou des services pour un prix inférieur à leur coût primaire total, dans le but d'exclure des concurrents tout aussi efficaces, au détriment des consommateurs).

Recommandation 6.9 :

Il faudrait aussi une disposition générale interdisant tout autre comportement qui fasse intervenir des pratiques d'exclusion et des abus préjudiciables.

6.1.3. Le contrôle des concentrations économiques

La réforme proposée

- prévoit, à partir de la version 5 du projet, que le seuil pour l'obligation de notification ne serait plus 30 % de part de marché, mais un montant pécuniaire correspondant au chiffre d'affaires, à la valeur des actifs ou à la valeur des transactions ;
- stipule qu'une concentration serait interdite dans les cas où elle « causerait, ou pourrait causer, une importante restriction de la concurrence sur un marché du pays sans qu'il ait été pris de mesure suffisante pour remédier à cet effet restrictif, réel ou potentiel ».

Les modifications ci-dessus constitueraient des améliorations notables par rapport à la législation existante, notamment :

- les concentrations non préjudiciables dans lesquelles les entités obtiennent une part de marché supérieure à 50 % seraient désormais autorisées ;
- les concentrations préjudiciables déclenchant des seuils pécuniaires seraient interdites même si la part de marché de l'entité fusionnée n'atteint pas 50 % ;
- La tentation de ne pas notifier une fusion en raison de la rigidité du seuil de 50 % devrait disparaître.

Ensuite, il conviendrait de s'intéresser aux implications de ces changements pour les ressources. Les régimes de déclaration obligatoire des concentrations

dans des pays et territoires riches tels que les États-Unis, l'Union européenne ou l'Espace économique européen et certains États membres européens ne semblent pas poser de problème majeur au plan des ressources. En revanche, la Chine et l'Inde ont du mal à faire face pleinement et efficacement à la charge de travail que l'obligation de notification engendre.

D'autres pays de petite taille et aux ressources par conséquent limitées, comme Singapour et la Nouvelle-Zélande, ainsi que des pays plus grands tels que l'Australie et le Royaume-Uni, ont opté pour un système reposant sur le volontariat (c'est-à-dire, l'auto-évaluation) pour pouvoir satisfaire aux exigences en ressources liées à un système d'administration des concentrations. Il va de soi qu'un système d'auto-évaluation n'est efficace qu'en présence d'une forte incitation à pratiquer une auto-évaluation responsable. Au nombre de ces éléments d'incitation doivent généralement figurer des mesures fortes imposant la cession d'actifs et/ou une amende en cas de concentration contraire à la concurrence qui serait concrétisée sans notification et sans l'obtention d'une approbation préalable.

Quoi qu'il en soit, il serait avisé pour le Viet Nam d'envisager des stratégies afin de distinguer rapidement les concentrations qui sont peu susceptibles d'avoir un effet préjudiciable de celles qui justifient une enquête approfondie. En Chine, par exemple, le ministère du commerce (MOFCOM) a mis en place une procédure accélérée pour les fusions dont il est peu probable qu'elles posent un problème. Le Viet Nam pourrait envisager de faire de même.

Une autre option s'offre au titre de la coopération avec d'autres pays. Le Viet Nam pourrait envisager d'instituer une procédure de notification simplifiée assortie de frais de dépôt de dossier légèrement réduits pour les concentrations internationales ou transfrontières, par laquelle les parties

- désigneraient une autorité de la concurrence étrangère auprès de laquelle elles ont déposé leur notification (par exemple, aux États-Unis, en Europe, en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Japon, en Corée ou un dans pays de l'ASEAN) ;
- fourniraient une déclaration expliquant pourquoi les effets de la concentration au Viet Nam sont peu susceptibles d'être différents des faits dans l'autre pays ;
- mettraient en œuvre un formulaire de décharge standard pour permettre aux autorités vietnamiennes de discuter du dossier avec leurs homologues de l'autre pays ;

- s'engageraient à ne concrétiser la concentration qu'après avoir obtenu l'approbation de l'autorité de la concurrence étrangère et en avoir transmis un exemplaire à l'autorité de la concurrence vietnamienne.

L'approche ci-dessus pourrait, à terme, à la fois réduire le niveau des ressources mises en œuvre par l'autorité et offrir aux autorités vietnamiennes une solution « sans obligations » pour collaborer avec des homologues de pays plus grands ou plus riches et bénéficier de leur expérience et de leurs ressources. Elle devrait aussi contribuer à établir un régime favorable aux entreprises et propice à l'investissement qui ne diminuerait pas sensiblement l'efficacité de l'évaluation de la fusion.

Recommandation 6.10 :

Les seuils de notification des fusions devraient se fonder uniquement sur des seuils de chiffre d'affaires ou de valeur des transactions.

La décision d'approuver ou d'empêcher une fusion ne devrait pas se fonder sur un seuil de part de marché. Il s'agit plutôt de déterminer si la fusion risque de restreindre fortement la concurrence.

Recommandation 6.11 :

La loi devrait contraindre l'autorité de la concurrence à publier des lignes directrices qui décrivent le mode de mise en œuvre des dispositions, lequel devrait être conforme aux normes internationales en matière de gestion des fusions.

6.1.4. Les « fantômes » du Décret n° 116

Plusieurs des propositions de réforme de la loi auraient pour but d'élever au rang de législation nombre des dispositions du Décret n° 116 ou de permettre la promulgation d'un autre décret du même ordre. Certains projets comprendraient notamment

- des dispositions fixant dans le détail la méthode à utiliser pour la détermination du marché et de la part de marché ;
- des dispositions étendues précisant le rôle de chacune des parties dans une enquête et la façon dont les investigations doivent être menées ;
- une disposition stipulant que « les autorités fixeront les détails de cet article » concernant l'interdiction des accords anticoncurrentiels.

Pour les raisons exposées ci-dessus, et sauf dans un cas, il convient d'éviter de prescrire à l'excès dans le détail les procédures à suivre pour la conduite des enquêtes et l'analyse des dossiers dans les affaires de concurrence. Au besoin, lorsque des détails supplémentaires sont nécessaires, il est préférable de les inclure dans des orientations explicatives plutôt que dans le droit dérivé (voir le point 6.2.4 ci-dessous).

Le cas qui fait exception est celui de la politique de clémence, abordée dans les paragraphes ci-après.

Recommandation 6.12 :

Le Viet Nam devrait accorder à l'autorité de la concurrence plus d'autonomie et de souplesse dans la réalisation de ses enquêtes, la recherche et l'utilisation d'information, et l'analyse des questions d'application du droit de la concurrence. Lorsqu'une nouvelle loi sera adoptée, aucune des dispositions actuelles du Décret n° 116 ne devrait être intégrée ni reprise dans la loi principale, et le texte équivalant au Décret n° 116 devrait conférer à l'autorité de la concurrence davantage de pouvoirs d'investigation et d'autonomie dans ses travaux d'analyse. Chaque fois que possible, le contenu du Décret n° 116 (par exemple sur les moyens de parvenir à une définition appropriée du marché) devrait se présenter sous forme de ligne directrice descriptive et non contraignante proposée par l'autorité et non comme une instruction impérative qui lui serait adressée. Le texte équivalant au Décret n° 116 devrait être révisé tous les cinq ans de façon à réduire encore les dispositions prescriptives, à mesure que se constituera un corpus de jurisprudence qui guidera l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Pour autant qu'il soit nécessaire de disposer d'un nouveau décret de cet ordre, il faudra veiller à consulter tous les acteurs compétents (l'autorité nationale de la concurrence, les entreprises, les organisations de consommateurs et les juristes) de façon à éviter les ambiguïtés qui existent dans le décret en vigueur.

6.2. Détection et investigations

La nouvelle loi proposée prévoirait une politique de clémence. La disposition est suffisamment large pour prévoir une immunité complète (qui s'appliquerait à la première partie seulement) ou une indulgence partielle pour coopération.

C'est une réforme très importante qui a le potentiel d'améliorer sensiblement la capacité de l'autorité de la concurrence d'enquêter sur les affaires d'ententes, en particulier.

Cependant, une telle politique ne saurait être efficace que si :

- le niveau global d'application du droit, tant par le nombre d'affaires que par le montant total des sanctions prononcées, s'accroît nettement de sorte que l'immunité n'a quasiment aucun attrait, le temps et la dépense en frais juridiques associés à l'autodéclaration (et peut-être le profit tiré du comportement illicite) étant coûteux et les avantages de l'autodéclaration devant peser plus lourds que ses inconvénients ;
- de très nombreux détails supplémentaires sont promulgués dans les textes d'application ; à maintes reprises, en effet, les autorités d'application du droit de la concurrence constatent que l'autodéclaration est peu probable à moins que ne soit disponible pour l'informateur un très haut niveau de garantie écrite qu'il ne s'expose à aucune sanction (ou, si une enquête est déjà en cours, qu'il obtiendra un avantage concret et mesurable à coopérer).

Ensuite, il est quasiment impossible que la politique réussisse à faire une différence significative à moins qu'une protection équivalente pour les informateurs ne soit prévue dans les dispositions du Code pénal, articles 217 à 222. Il serait totalement illogique qu'un informateur qui s'auto-déclare coure le risque de se voir infliger une peine de prison de 20 ans.

Certains pays ont réussi à obtenir ce résultat en mettant en place un protocole d'accord ou une politique conjointe entre l'autorité de la concurrence et le Parquet. Dans de nombreux pays, la mise en place de telles dispositions ne requiert aucune législation explicite, le Parquet ayant déjà les pouvoirs nécessaires ; dans d'autres, il faut une législation explicite.

Il faudrait en outre modifier les délais relatifs aux enquêtes ainsi que les dispositions sur le lien juridictionnel pour éviter que des parties ne contournent la loi en appliquant en dehors du Viet Nam des pratiques anticoncurrentielles dont les effets se feraient sentir sur le territoire vietnamien.

Recommandation 6.13 :

Si la Loi sur la concurrence (ou un décret d'application) prévoit que l'autorité de la concurrence doit rendre sa décision dans un délai donné, il faudrait aussi un dispositif de suspension de cette condition lorsque l'auteur présumé de l'infraction n'a pas fourni les informations nécessaires à l'enquête dans le délai requis.

Recommandation 6.14 :

Pour lutter contre le contournement, il faudrait que la Loi sur la concurrence s'applique à tout comportement ayant un effet matériel sur le marché vietnamien, quel que soit l'endroit où sont domiciliés les acteurs de ce marché, et même s'ils quittent le pays pour se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

7. Réforme institutionnelle : structures d'application du droit

Cette section examine les problèmes posés par les dispositifs institutionnels en place. Les recommandations qui en résultent sont analysées à la section 7.5.

7.1. Institutions actuelles de la politique de la concurrence

Le Viet Nam, comme beaucoup de pays d'Asie (Chine, Japon, Corée, Indonésie, Singapour, par exemple), a adopté un modèle administratif d'application du droit dans lequel c'est l'autorité de la concurrence qui enquête sur les allégations, et c'est elle également, et non un tribunal, qui décide si oui ou non il y a eu infraction à la loi et qui détermine en général la sanction applicable. Dans un tel modèle, les tribunaux fonctionnent comme des organes de recours pour les affaires de concurrence qui ont fait l'objet d'une décision par l'autorité de la concurrence ou par l'autorité chargée de la réglementation. Le Viet Nam a cependant adopté une variante de ce modèle administratif, puisqu'il possède un système à deux étapes et deux organes, ou modèle d'autorité bipartite, avec un organe d'investigation et un organe juridictionnel.

Ce modèle était censé aider à créer la confiance dans l'équité de la décision en matière de concurrence, en particulier compte tenu du fait que l'autorité de la concurrence était placée sous la tutelle du ministère de l'Industrie et du Commerce. L'idée était alors qu'établir un organe spécialisé aiderait à assurer l'équité du processus et à créer le savoir-faire et l'expertise au sein de l'organisme décisionnel qui serait plus efficace puisque cela limiterait aussi l'intensité en ressources associée à la judiciarisation systématique des affaires.

Au moment où la législation actuelle du Viet Nam était rédigée, la France³³, le Royaume-Uni³⁴ et le Brésil avaient déjà eux-mêmes un système de contrôle administratif bipartite à deux étapes pour les affaires de restrictions de la concurrence ; depuis, toutefois, ces trois pays sont passés au modèle à organe unique. Le modèle de l'organe unique ou de l'autorité intégrée est également répandu dans toute l'Asie (exemples : Japon, Corée, Indonésie, Malaisie, Singapour) ; il est aujourd'hui proposé que le Viet Nam adopte lui aussi ce modèle.

Les deux organes chargés de l'application de la législation sur la concurrence au Viet Nam sont la VCA et le VCC. Pour les affaires de restrictions de la concurrence (dans lesquelles une amende « punitive » peut être prononcée), la VCCA est responsable de la détection, de l'investigation et de la preuve ; lorsqu'elle considère qu'il y a des preuves suffisantes d'une infraction à la loi, elle transmet le dossier au VCC pour qu'il statue sur la responsabilité et sur les peines ou les autres sanctions à prononcer. Les décisions au sein du VCC sont prises par un collège ad hoc d'au moins cinq membres ; les parties peuvent faire appel de ces décisions, qui sont alors réexaminées par le collège des membres du Conseil au complet.

³³ En France, une grande réforme a été opérée par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (« LME »), complétée ensuite par voie d'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. Selon la contribution de la France à la table ronde de 2014 de l'OCDE sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence ([DAF/COMP/WD\(2014\)104](#)), le nouveau dispositif créé par la réforme de 2008 a mis « fin au système bicéphale qui prévalait depuis l'origine de la régulation concurrentielle en France (...) et opéré un véritable saut qualitatif sur le terrain de l'indépendance, étendant les pouvoirs de l'Autorité en même temps qu'elle renforçait sa responsabilité ».

³⁴ En 2011, le Royaume-Uni a lancé un vaste programme de réformes couvrant les régimes de la concurrence, de la protection des consommateurs et du crédit à la consommation, dont le but était le transfert des fonctions de l'Office of Fair Trading (OFT) et de la Competition Commission (CC) à plusieurs organismes successeurs, notamment la Competition and Markets Authority (CMA) pour les fonctions de la CC et de l'OFT relatives à la concurrence. En analysant les résultats de cette réforme, les autorités britanniques ont mis en évidence de nombreuses efficiences et synergies découlant du transfert de fonction à une institution unique – y compris, dans le cas du contrôle des concentrations, la continuité dans la composition de l'équipe chargée d'une affaire et certaines efficiences de calendrier (résumé de la discussion de la table ronde de l'OCDE sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence, p. 12).

La VCCA se charge aussi d'évaluer les demandes d'exemptions et leur admissibilité, et de faire à leur propos des recommandations transmises au ministère de l'Industrie et du Commerce ou au Premier ministre (en fonction de la nature de l'exemption sollicitée) pour décision³⁵.

Dans les affaires de concurrence déloyale (pour lesquelles des amendes administratives de niveau inférieur peuvent être prononcées), la VCCA est responsable de la détection, de l'investigation, de la détermination de la responsabilité et du choix des sanctions à prononcer.

Concernant la VCCA, il s'agit sur le plan institutionnel d'une direction³⁶ dépendant du ministère de l'Industrie et du Commerce, lequel est par ailleurs responsable de la politique industrielle au Viet Nam.

L'organisation interne de la VCCA est déterminée par le ministre de l'Industrie et du commerce. Le directeur général de la VCCA est nommé par le Premier ministre sur recommandation du ministre de l'Industrie et du commerce. Étant rattachée au ministère de l'Industrie et du Commerce, la VCCA dépend aussi directement de lui pour son budget. Pour 2017, elle a un budget équivalent à approximativement 720 000 EUR, hérité de son prédécesseur la VCA au moment de sa formation le 18 août 2017. À l'avenir, la VCCA aurait moins que ce montant (en tenant compte de la séparation des fonctions), à moins d'une décision de politique visant à accroître le niveau de financement pour les activités d'application du droit de la concurrence.

Depuis sa création, la VCA a vu son effectif croître régulièrement, d'une soixantaine de personnes à environ 110 agents au moment de la scission en deux entités, la VCCA et la VTRA. L'effectif actuel (43 agents) de la VCCA se répartit comme suit :

- 1 directeur général par intérim ;
- 25 agents affectés aux activités sur la concurrence, dont :
 - 18 sont des agents « de première ligne » responsables des fonctions « concurrence » (7 à la division Pratiques déloyales,

³⁵ Voir la décision n° 848/QD-BCT du 5 janvier 2013 du ministère de l'Industrie et du Commerce.

³⁶ Officiellement la « direction de l'administration de la concurrence », même si, aux termes du décret n° 848/QD-BCT, Hanoï, 5 février 2013, son nom en anglais était « Viet Nam Competition Authority » jusqu'à la scission portant création de la VCCA.

5 à la division Pratiques anticoncurrentielles et 6 à la division Concentrations économiques) ;

- 7 sont du personnel de soutien ;
- 14 agents affectés à la protection des consommateurs (« première ligne » et soutien) ;
- 3 agents au bureau régional de Ho-Chi-Minh-Ville, affectés à la concurrence et à la protection des consommateurs.

Le VCC est un organe à part de la VCCA et ses statuts le définissent comme un organe exécutif indépendant, organiquement séparé du ministère de l'Industrie et du Commerce.

Le VCC est principalement responsable pour ce qui est d'entendre et de juger les affaires en restrictions de la concurrence³⁷. Plus spécifiquement, le VCC est investi des pouvoirs et responsabilités suivants³⁸ : (a) imposer des amendes et traiter les infractions aux dispositions de la Loi sur la concurrence relatives aux actes restrictifs de concurrence ; (b) contraindre les personnes morales et physiques à fournir des informations et les données nécessaires au Conseil pour exécuter les tâches qui lui sont confiées ; (c) résoudre les plaintes en recours concernant les décisions prises en première instance par son collège de cinq membres. Comme la VCCA, le VCC n'a pas le pouvoir de promulguer des règlements ou des directives précisant la façon dont la Loi sur la concurrence peut être appliqué en pratique.

De même, comme la VCCA, le VCC relève du ministère de l'Industrie et du Commerce pour son budget, et son organisation interne est soumise à l'approbation de son ministère de tutelle. La direction du VCC se compose de 11 à 15 membres à temps partiel (y compris le président) nommés et révoqués par le Premier ministre sur recommandation du ministre de l'Industrie et du commerce. Il n'y a aucune limite légale au pouvoir du Premier ministre en matière de révocation des membres du Conseil.

Actuellement, le Conseil compte onze membres, dont trois nommés parmi les agents du ministère de l'Industrie et du Commerce et le reste issu d'autres ministères, dont celui de l'Industrie et du Commerce lui-même et ceux de la Justice et des Finances. À plusieurs reprises précédemment ont été nommés au VCC des membres venant de sphères extérieures au gouvernement – par exemple, du monde

³⁷ Articles 2 et 3 du décret n° 05/2006/ND-CP du 9 janvier 2006.

³⁸ Décret n° 07/2015/ND-CP du 16 janvier 2015.

universitaire – mais ce n’est pas le cas pour les membres actuellement en place. Les membres du VCC sont nommés pour un mandat de cinq ans (renouvelable).

Les membres du VCC ne sont pas explicitement payés pour le travail qu’ils accomplissent dans le cadre de cette fonction ; le coût de leur rémunération est supporté par le ministère d’où ils sont issus. Les membres du Conseil sont assistés d’un secrétariat comptant actuellement neuf personnes. Diverses parties prenantes ont exprimé l’opinion qu’il y a chez certains des membres du Conseil un faible niveau d’engagement dans leur rôle au sein du VCC, du fait que leurs devoirs premiers sont envers leur ministère de tutelle et qu’ils ne sont pas rémunérés dans ce rôle.

Cette configuration suggère une profonde dépendance – structurelle, opérationnelle, organisationnelle et financière – envers le ministère de l’Industrie et du Commerce, une vision qui est aussi le sentiment général au sein de la communauté des entreprises et des autres parties prenantes au sens large, et qui est avancée comme l’une des principales raisons de l’inefficacité du système actuel (voir la section 7.2. ci-dessous). Elle génère certaines tensions entre les membres du VCC non issus du ministère de l’Industrie et du Commerce et les ministères qui les nomment, puisque, d’abord, le Conseil peut être appelé à prendre des décisions qui n’auront pas le soutien des ministères en question ou des entreprises publiques qu’ils détiennent et, ensuite, ce sont les ministères respectifs qui paient les salaires de ces membres.

7.2. Évaluation du cadre institutionnel actuel

7.2.1. Indépendance

Il est généralement admis par la communauté internationale que l’indépendance des autorités de la concurrence à l’égard du pouvoir politique est un élément essentiel du bon fonctionnement du régime de concurrence (OCDE, 2016)³⁹. Dans ce contexte, l’indépendance signifie que l’autorité est libre de toute influence extérieure et fonde ses décisions de lancer une enquête ou d’appliquer et d’interpréter les règles de la concurrence dans tel ou tel cas sur les preuves et sur

³⁹

Indépendance des autorités de la concurrence – Des intentions aux pratiques, note de référence par le Secrétariat de l’OCDE. De même, les autorités de la concurrence devraient bien entendu aussi pouvoir être indépendantes du pouvoir économique afin de préserver l’intégrité de leur activité d’application du droit.

son raisonnement en la matière⁴⁰. Parallèlement, l'indépendance ne signifie pas que l'autorité de la concurrence élabore ses actions ou programme ses politiques en ignorant le gouvernement, mais plutôt que ce n'est pas le gouvernement qui détermine les actions d'application du droit de la concurrence.

Établir l'autorité de régulation de la concurrence avec un degré d'indépendance, tant vis-à-vis des entités qu'elle réglemente que du pouvoir politique, peut renforcer l'assurance que les décisions réglementaires sont prises avec intégrité. Un haut niveau d'intégrité améliore les effets des décisions réglementaires⁴¹. Un certain degré d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique est important pour les autorités de la concurrence, car l'application du droit et de la politique de la concurrence comporte des appréciations juridiques et économiques complexes qui supposent un certain pouvoir discrétionnaire pour hiérarchiser et traiter les faits de l'espèce et évaluer la dynamique et les caractéristiques du marché et ses évolutions. Parallèlement, « la crédibilité, la stabilité, l'impartialité et l'expertise sont des facteurs extrêmement importants pour les autorités de la concurrence, c'est pourquoi elles remplissent toutes les conditions citées » dans les Principes de bonnes pratiques de l'OCDE sur la gouvernance des régulateurs (OCDE, 2014) étayant la nécessité d'un organisme réglementaire juridiquement indépendant et structurellement séparé.

⁴⁰ Ainsi, comme l'expliquent B. Kovacic et M. Winerman, les branches politiques de l'État « ne devraient pas être en mesure de : a) dicter, par la règle ou par la coutume, quels établissements peuvent faire l'objet d'investigations de l'autorité ; b) déterminer si l'autorité poursuivra ces parties ; ou c) influencer la façon dont des différends particuliers seront réglés, y compris dans le choix de la sanction pour les auteurs d'infractions présumés. (...) Plus la sévérité du pouvoir punitif de l'autorité s'accroît, plus l'importance de ces conditions augmente. » Voir W.E. Kovacic et M. Winerman (2015), « The Federal Trade Commission as an independent agency: Autonomy, legitimacy and effectiveness », Iowa Law Review, vol. 100, p. 2085.

⁴¹ Cela concorde avec la Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la politique et la gouvernance réglementaires (2012), selon laquelle « la création d'organismes de réglementation indépendants devrait être envisagée dans les cas où : il faut que l'organisme de réglementation soit indépendant afin de préserver la confiance du public ; les entités publiques et privées sont réglementées dans le même cadre, ce qui rend indispensable la neutralité sur le plan de la concurrence ; les décisions des organismes de réglementation peuvent avoir des impacts économiques importants sur les parties réglementées et il faut protéger l'impartialité de l'organisme. » (section 7.3). Voir également les Principes de bonnes pratiques de l'OCDE sur la gouvernance des régulateurs.

Cette indépendance favorise en fin de compte l'établissement d'un régime de politique de la concurrence plus sain et efficace qui procure un environnement économique et réglementaire stable et prévisible, propice au développement des investissements.

Le degré réel d'indépendance de l'autorité de la concurrence varie considérablement d'un territoire à l'autre et il n'existe pas de modèle unique applicable à tous les pays. En effet, pour être efficace, une institution doit respecter et être imprégnée de la culture juridique du pays dont elle fait partie intégrante. Il n'y a pas de principes uniformes et nombre de pays recherchent des solutions qui soient adaptées à leur propre histoire politique et institutionnelle. Établir une autorité de la concurrence indépendante est un processus dynamique, et la création de capacités institutionnelles au Viet Nam, pour être une réussite à moyen-long terme, doit absolument tenir compte de la culture et des cadres juridiques et politiques du pays, ainsi que de son évolution vers une économie davantage fondée sur les principes de marché et du développement de son application du droit et de sa culture en matière de concurrence.

Parmi les principaux facteurs qui sont généralement considérés comme ayant une influence sur l'indépendance des institutions, citons les questions suivantes : i) Qui nomme leur président ? Est-ce le parlement ou le chef du gouvernement ? ii) Sont-elles intégrées à la structure du gouvernement ou placées hors de cette structure (par exemple, non rattachées à un ministère) ? iii) Ont-elles l'autonomie budgétaire ?

Quoiqu'il en soit, selon l'OCDE (2016), « il est largement admis qu'une séparation structurelle entre les autorités de la concurrence et l'État offre à celles-ci une plus grande protection face aux tentatives de contrôle de la part du pouvoir politique. La séparation structurelle devrait servir de rempart contre toute récupération politique et limiter la portée des ingérences politiques ou ministérielles dans les activités de l'autorité. »

Par conséquent, la situation dans laquelle l'autorité de la concurrence fait partie d'une direction ministérielle comme c'est le cas pour la VCCA, ou est clairement placée dans son orbite comme c'est le cas pour le VCC, peut aller à l'encontre de l'indépendance des autorités de la concurrence.

Au Viet Nam, cette situation est exacerbée par le rôle que joue le ministère de l'Industrie et du Commerce. Ce dernier gère des entreprises et soutient de nombreux secteurs d'activité, et la Loi sur la concurrence elle-même lui confère les pouvoirs décisionnels en matière d'exemptions liées à la politique

industrielle⁴². Ces rôles peuvent parfois être en conflit et gênent par conséquent l'application équitable et transparente du droit de la concurrence dans ces secteurs, en particulier à l'encontre des entreprises publiques (voir le chapitre 2. Entreprises publiques, ci-dessus), une intervention au titre des règles de la concurrence par, dans les faits, le même ministère pouvant apparaître comme contradictoire. Ce problème se pose d'autant plus au Viet Nam que le niveau de compréhension de la nature et de la finalité du droit de la concurrence est très bas parmi les entreprises et les consommateurs. Reléguer le droit de la concurrence dans les compétences d'un organe qui (jusqu'à récemment) était aussi responsable des questions de dumping et des questions commerciales au titre du portefeuille de l'industrie sape la capacité de l'autorité à transmettre un message clair et puissant quant à l'importance de la concurrence pour l'économie nationale.

Soustraire les organes chargés de la concurrence à la tutelle du ministère de l'Industrie et du Commerce, sur les plans structurel, financier et opérationnel, augmentera donc leur indépendance.

Un certain nombre d'autres facteurs contribuent en outre au manque d'efficacité du système actuel et confortent le sentiment général des parties prenantes que le VCC n'a peut-être pas les moyens de contrôler la qualité et le volume du travail effectué par la VCCA. Les membres du Conseil n'exercent qu'à temps partiel, c'est-à-dire qu'ils ont un second emploi, dans un ministère, et ont donc moins de temps à consacrer aux dossiers. Par ailleurs, il s'agit de hauts fonctionnaires nommés par les ministères, et cela se traduit par un niveau d'expertise moindre que celui envisagé par le législateur au moment de mettre en œuvre ce modèle d'autorité à deux branches.

En outre, ces facteurs les exposent à un risque non négligeable de conflits d'intérêts. En particulier, puisqu'ils sont nommés et qu'ils travaillent pour des ministères spécifiques susceptibles de contrôler des entreprises publiques opérant sur des marchés, les conflits sont relativement évidents. Les dossiers des deux seules affaires dans lesquelles des sanctions ont été prononcées (et, très certainement, d'autres qui n'ont pas atteint le stade de la conclusion et de la sanction) montrent que ces conflits peuvent poser des problèmes lorsque les

⁴²

Les exemptions ont essentiellement deux buts : « améliorer l'efficacité et la compétitivité des PME sur le marché intérieur, et renforcer les capacités des sociétés exportatrices sur le marché international ». Voir P.C. Thanh, Vietnam Competition Authority, « Competition Law Enforcement of Viet Nam and the Necessity of a Transparent Regional Competition Policy », ERIA Discussion Paper Series, ERIA-DP-2015-86, décembre 2015.

infractions aux règles de la concurrence impliquent des entreprises publiques détenues par les ministères dont relèvent les membres du VCC (ou, plus généralement, des secteurs réglementés par ces ministères). Bien qu'il y ait un engagement explicite envers l'objectivité dans la prise de décision (et, d'ailleurs, des entreprises publiques appartenant à des ministères dont dépendaient des membres du Conseil ont été sanctionnées par une amende dans les deux affaires qui se sont conclues par une décision), le besoin se fait régulièrement jour, parmi les organismes et les entreprises publics, d'une intervention à haut niveau pour réaffirmer la notion que les membres du VCC ne sont pas les « représentants » d'intérêts sectoriels et qu'une prise de décision objective est impérative.

Même si une prise de décision complètement objective pouvait être obtenue dans le cadre institutionnel actuel, il règne au sein de la communauté nationale et internationale un grand scepticisme quant à l'objectivité des décisions sachant que les membres du VCC sont issus de ministères sectoriels détenant des entreprises publiques. Ce scepticisme sape la confiance indispensable aux investissements – particulièrement dans les secteurs où le développement de nouveaux acteurs est crucial pour toucher des marchés où des entreprises publiques sont en position dominante. Comme décrit dans l'étude de cas de la section 3, non seulement on perçoit un conflit d'intérêts entre les obligations des conseillers envers leur ministères de tutelle et leur rôle de juge face à des entreprises publiques détenues par leur employeur primaire, mais des entreprises publiques poursuivies ont effectivement sollicité leur ministère de tutelle pour qu'il intercède en leur faveur auprès de membres nommés du VCC.

Qui plus est, les motifs d'auto-récusation ou de retrait des procédures d'instruction et de prise de décision ne protègent pas contre ce type de conflits, puisqu'ils concernent seulement les liens familiaux, les circonstances où le conseiller a des droits ou des obligations au regard de la société objet de l'enquête, ou les situations où il existe d'autres motifs évidents de partialité – ce qui est assez vague⁴³. Dans les deux seules affaires dans lesquelles des peines ont été prononcées, loin de se récuser, les conseillers concernés ont participé à l'instruction – dans l'affaire Vinapco, le collège initial de cinq membres du VCC ayant rendu une décision comprenait un employé du ministère des Transports et, dans l'affaire des compagnies d'assurance étudiante, un employé du ministère des Finances – précisément parce qu'ils pouvaient s'appuyer sur leur expertise du secteur concerné pour évaluer les preuves.

43

Article 83 de la Loi sur la concurrence.

Le fait qu'ils exercent à temps partiel signifie en outre que les membres du VCC ne peuvent bien souvent consacrer qu'un temps limité à une fonction qui exige d'examiner des dossiers volumineux, contenant de très nombreux éléments factuels et techniquement complexes, préparés par la VCA. La structure à deux branches est conçue pour séparer les fonctions d'instruction et de décision. Un effet secondaire de cette structure est que les deux autorités semblent avoir une idée différente du niveau de preuve qu'il est possible de collecter pour une instance d'instruction et des critères de preuve qui doivent s'appliquer. La conséquence est que le traitement des affaires est victime, à un degré assez conséquent, d'un jeu de ping-pong entre la VCA et le VCC, ce qui en retarde la résolution.

Tous ces facteurs affaiblissent les deux organes, de sorte que la structure institutionnelle actuelle associée au ministère de l'Industrie et du commerce soulève un certain nombre d'inquiétudes chez les parties prenantes vietnamiennes quant à l'indépendance de ces autorités, jetant le doute sur la spécialisation, l'équité, la transparence et la redevabilité du dispositif. Ce type de facteurs est considéré comme la principale cause de l'inefficacité de l'application du droit de la concurrence dans de nombreux pays.

Le Viet Nam aurait beaucoup à gagner d'un cadre juridique dans lequel l'autorité de la concurrence ne dépendrait d'aucun ministère sectoriel⁴⁴.

7.2.2. Reddition de comptes

Cependant, une plus grande indépendance s'accompagne de plus de responsabilité, notamment de la nécessité de répondre devant les tribunaux, le gouvernement et le grand public ; c'est ainsi que l'autorité de la concurrence peut asseoir et maintenir la légitimité de ses actions et continuer à fonctionner longtemps. Sans l'obligation de rendre des comptes, sans la redevabilité, l'autorité de la concurrence risque de perdre son indépendance et sa capacité à prononcer des sanctions sérieuses⁴⁵. De plus, si « une autorité de la concurrence est complètement déconnectée du processus politique, elle court le risque que sa voix ne soit pas entendue lorsque les décisions de ce type sont prises⁴⁶ », à propos

⁴⁴ C'était là l'une des raisons avancées par les autorités vietnamiennes pour la réforme proposée du régime de concurrence dans le pays.

⁴⁵ Frédéric Jenny, « The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends ».

⁴⁶ William E. Kovacic, « Competition Agencies, Independence and the Political Process ».

des réformes de politique et d'économie qui jouent un grand rôle dans le niveau de compétitivité qu'atteignent les marchés.

En règle générale, l'autorité de la concurrence devrait dialoguer avec l'assemblée nationale au moins une fois par an – à l'instar de ce que font déjà, au Viet Nam, d'autres instances de réglementation – pour répondre dans ce contexte à des questions orales et écrites des parlementaires.

7.2.3. Considérations d'efficacité dans la prise de décision

Le système actuel à deux branches (VCCA et VCC) impose que deux équipes distinctes se familiarisent avec tous les détails des affaires et que les plaignants et les accusés aient la possibilité de présenter leurs arguments, ce qui accroît le coût du système pour l'État, pour les plaignants et pour les entreprises faisant l'objet d'enquêtes. De plus, le fait que les deux entités ne soient pas intégrées signifie que le processus global d'investigation et de prise de décision n'est pas aussi optimal qu'il pourrait l'être, les deux organes n'ayant peut-être pas la même compréhension ou les mêmes objectifs⁴⁷. De fait, il y a souvent des périodes où le personnel de la VCCA se trouve débordé dans la phase d'investigation des enquêtes alors qu'au même moment, le secrétariat du VCC n'a rien à faire parce que les dossiers ne sont pas encore prêts pour l'étape de la prise de décision. Ce problème a été désigné par certaines parties prenantes parmi les raisons expliquant le faible nombre de décisions prises au cours des dix dernières années et la longue durée du processus, les deux autorités compétentes, souvent, n'étant pas d'accord ou arrivant à des conclusions différentes. Les rapports annuels montrent qu'en dix ans, sur plus de 300 affaires instruites à titre officieux et plus de 80 enquêtes officielles, seules six décisions ont été rendues. Ces chiffres peuvent être comparés à ceux d'autres autorités de la concurrence de par le monde, telles que la KPPU en Indonésie, qui, au cours des dix premiers mois de 2016, a mené 59 enquêtes et 29 audiences d'instruction, tandis qu'elle a rendu 228 décisions depuis 2006. Entre janvier et octobre 2016, la KPPU a recouvré des amendes (pour le budget de l'État) d'un montant total de 18 milliards IDR (environ 1.35 million USD⁴⁸).

Certains régimes confient la fonction d'investigation et la fonction décisionnelle à des organes différents. D'autres en font des fonctions séparées au

⁴⁷ À quoi l'on peut ajouter la nomination par les ministères, la nature à temps partiel du poste et l'insuffisance des règles sur les conflits d'intérêts pour les membres du VCC.

⁴⁸ Taux de change au 22 août 2017.

sein d'un même organisme. Les deux systèmes ont leurs avantages et leurs inconvénients ; de la vaste expérience internationale avec des organes unifiés, on conclut qu'il est possible d'obtenir un système non seulement efficace, mais aussi équitable, à partir d'une organisation avec séparation interne des fonctions.

L'OCDE note qu'en considération des observations ci-dessus, les projets de texte successifs du Viet Nam pour sa Loi sur la concurrence prévoient un système unique, intégré, d'autorité compétente.

7.2.4. *Transparence de la VCCA et du VCC*

Un sentiment très répandu parmi les parties prenantes est celui d'une transparence limitée quant aux activités de la VCCA et du VCC dans l'application des règles de la concurrence telles que stipulées par le droit de la concurrence.

La transparence est fondamentale pour étayer la crédibilité de l'application du droit de la concurrence ainsi que pour assurer une large compréhension de la mission de l'autorité de la concurrence et de la culture de la concurrence d'un pays. Pour que le processus soit équitable et efficace⁴⁹, il faut qu'il existe des mesures pour assurer et la transparence générale⁵⁰ et la transparence particulière propre à une enquête. De même qu'un cadre institutionnel bien conçu, une bonne garantie des droits procéduraux est fondamentale pour assurer une application effective du droit de la concurrence⁵¹. Selon le rapport *Procedural Fairness and Transparency 2012* de l'OCDE, cela vaut pour tous les pays quel que soit le système en place.⁵²

⁴⁹ ICN-RIC 2013.

⁵⁰ Des mesures types sont la publication d'orientations, de règlements et de guides pratiques ; des décisions, discours, articles et ouvrages ; des communications et mémoires d'*amicus curiae* ; des avis de l'autorité sur des questions de fond et jurisprudence des tribunaux ; l'adhésion aux meilleures pratiques d'organismes multilatéraux en matière de concurrence (ICN-RIC 2013 et OCDE 2012).

⁵¹ Ceci est largement admis au sein de la communauté internationale des autorités de la concurrence ; voir, par exemple, le manuel 2015 *Guidance on Investigative Process* de l'ICN-RIC : « des outils d'application du droit efficaces, des garanties procédurales et une cohérence des processus et des procédures au sein de l'autorité contribuent à une application du droit effective, efficace, fiable et prévisible par les autorités de la concurrence ».

⁵² Ce rapport conclut qu'il existe « un large consensus sur le besoin de transparence et d'équité procédurale – et leur importance – dans l'application

La transparence peut aussi accroître l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, puisqu'elle peut agir comme « une barrière utile contre l'intrusion de l'État et des entreprises » dans les activités de l'autorité. Plus le processus décisionnel de l'autorité de la concurrence est transparent, plus le résultat d'une influence induite sera visible et moins il y a de chances que l'autorité de la concurrence se laisse influencer par des forces extérieures.⁵³ »

Pour ce qui est de transparence générale, c'est-à-dire non liée à des dossiers particuliers, comme expliqué ci-dessus, ni la VCCA ni le VCC ne sont dotés du pouvoir d'approuver des règlements qui précisent ou mettent en œuvre la Loi sur la concurrence. Ensuite, les affaires de concurrence ne sont pas publiques, de sorte que les entreprises n'ont pas accès aux informations y relatives et n'ont à leur disposition aucune indication publique sur la façon dont la loi peut être interprétée et appliquée. Si les dossiers et les rapports de la VCCA peuvent se révéler des références utiles, ils n'ont aucune valeur juridique et ne peuvent fournir aucune orientation officielle.

Cette situation est en contraste flagrant avec les meilleures pratiques internationales, puisque la plupart des autorités de la concurrence publient, et actualisent régulièrement, des orientations qui expliquent la politique et la méthode d'application de l'autorité eu égard à diverses dispositions du droit national de la concurrence, tant sur les aspects de fond que sur les aspects de procédure. Des orientations peuvent servir des buts divers : interpréter et clarifier des aspects purement juridiques de la loi, aider à assurer la cohérence de l'application du droit, procurer des présomptions et des régimes de protection pour les comportements des entreprises, ou exposer l'approche de l'autorité sur des points qui ne seraient pas encore tranchés. Elles peuvent par conséquent amener les entreprises à s'attendre légitimement à ce que l'autorité de la concurrence applique les principes qu'elles définissent. Les orientations sont souvent élaborées à partir de l'expérience avec des affaires, tant de l'autorité de la concurrence que de l'autorité judiciaire.

En Malaisie, par exemple, la Malaysia Competition Commission (MyCC) a publié six jeux de directives (sur les plaintes, la détermination du marché, les

du droit, indépendamment des différences entre les systèmes judiciaires et administratifs et d'autres traits juridiques, culturels, historiques et économiques des membres ». Le rapport résume les discussions de trois tables rondes sur la transparence et l'équité procédurale qui se sont tenues en 2010 et 2011, et s'appuie sur 82 contributions écrites.

53

Jenny, 2013.

accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante, les sanctions pécuniaires et la clémence). Au Japon, la Japan Fair Trade Commission (JFTC) a publié des orientations sur le fond et la procédure dans l'application de la loi antimonopole, s'efforçant par-là de promouvoir l'équité et la transparence et de clarifier les règles d'application des dispositions de fond de sa Loi sur la concurrence⁵⁴. En Australie, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) a également édicté des orientations pour que le public, et particulièrement les parties concernées, comprennent leurs droits et leurs obligations au titre de la Loi sur la concurrence, ainsi que la philosophie et les méthodes de l'Autorité dans l'exercice de ses pouvoirs statutaires⁵⁵. Elle considère qu'elle augmente ainsi la transparence et la prévisibilité et la sécurité juridique, outre faire acte utile pour les entreprises.

Si, de prime abord, l'établissement de lignes directrices n'est peut-être pas aussi pertinent ou aussi pressant au Viet Nam, à terme, la capacité d'édicter de telles orientations devient un moyen puissant d'améliorer la sécurité juridique pour le monde des affaires. Les orientations ont, sur les lois et règlements, l'avantage d'être plus faciles à aménager au fil du temps pour intégrer l'évolution de la jurisprudence et actualiser le savoir-faire et les connaissances accumulées de à partir de l'application du droit de la concurrence par les organes administratifs et judiciaires compétents.

Étant donné qu'elles peuvent toucher une vaste palette de parties prenantes, aux perspectives et expériences variées, les orientations proposées sont, dans de nombreux pays, accessibles au public. La publication d'une version anglaise de ces documents préliminaires pourrait attirer des commentaires de la communauté

⁵⁴ Ainsi, des orientations et des règles procédurales expliquant les procédures d'enquête sont rassemblées dans les recueils intitulés *Rules on Administrative Investigations by the Fair-Trade Commission*, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharges* et *Rules on Compulsory Investigation of Criminal Cases by the Fair-Trade Commission*. Des explications détaillées sur la façon d'évaluer les accords anticoncurrentiels sont par exemple fournies dans les recueils de directives *Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices*, *Guidelines Concerning Joint Research and Development under the Antimonopoly Act* et *Guidelines for Exclusive Private Monopolization under the Antimonopoly Act*.

⁵⁵ Un exemple en est le recueil des lignes directrices en matière de concentration (« *Merger Guidelines* ») de 2008.

internationale, ouvrant des perspectives et des sources d'expérience supplémentaires.

La future Loi sur la concurrence devrait ainsi doter la nouvelle autorité des pouvoirs nécessaires pour émettre des orientations en lieu et place des décrets promulgués par l'assemblée nationale ou le gouvernement, et prévoir une phase obligatoire de consultation publique préalable à l'adoption de ces lignes directrices.

En outre, au titre des efforts pour procurer sécurité juridique et conseil à la communauté des entreprises, l'instance d'application du droit devrait aussi avoir l'obligation de publier, sur son site web ou son portail électronique, ses décisions finales pleinement motivées et accompagnées de toutes les constatations de faits et conclusions de droit utiles (dans le respect de la confidentialité des secrets d'affaires).

La transparence et l'équité des procédures au niveau particulier de chaque affaire permettent une meilleure compréhension des faits sous-tendant l'enquête et aident à améliorer la qualité des preuves et le raisonnement sur lequel l'autorité de la concurrence fonde ses actions d'application du droit. Dans le contexte du rapport *Procedural Fairness and Transparency* (2012) de l'OCDE, il est dit que de nombreuses autorités de la concurrence dialoguent avec les parties à une procédure pour partager la connaissance des faits éclairant l'enquête et donner l'occasion aux parties de présenter des arguments et des faits nouveaux⁵⁶.

La Loi sur la concurrence du Viet Nam prévoit un certain nombre de droits des parties à la procédure d'enquête, même si des droits plus larges sont offerts aux parties qui sont représentées par un avocat ; sont ainsi énoncés expressément leurs droits à être informées des charges retenues, à présenter des preuves et à en contester, à étudier des éléments du dossier et à être entendues en audience. La Loi contient aussi des dispositions protégeant la divulgation d'informations confidentielles contre toute utilisation par quiconque à toute autre fin que celle des besoins limités de l'enquête ou de l'instruction. Ces dispositions pourraient voir leur portée élargie et permettre, par exemple, que les parties qui ne sont pas représentées par un avocat aient les mêmes droits que celles qui bénéficient d'une représentation légale.

⁵⁶

Il peut s'agir de procédures formelles pour rencontrer des représentants officiels, telles que des réunions-bilan, qui permettent aux parties de rencontrer l'équipe chargée de l'affaire et les responsables principaux au sein de l'autorité de la concurrence à des moments prédéterminés de la procédure, ou de réunions informelles.

Dans les systèmes d'autorité administrative unique, la transparence au niveau des affaires est encore plus critique que dans le modèle avec séparation fonctionnelle des pouvoirs d'enquête et de décision. Dans la quasi-totalité des cas, les autorités concernées suivent un processus par lequel elles émettent un rapport une fois l'enquête principale conclue (généralement appelé « communication, ou notification, des griefs ») et qui donne à toutes les parties l'occasion de contester les conclusions de fait et l'analyse factuelle avant la prise de décision finale.

7.2.5. *Multiplicité des rôles*

Une autre raison avancée par les parties prenantes pour expliquer le nombre limité d'affaires est que la VCA traite de nombreuses sortes d'affaires différentes touchant à la protection des consommateurs, aux questions commerciales et à la concurrence déloyale, et que les affaires de concurrence pure ne sont pas prioritaires. Certains acteurs du droit de la concurrence et de la politique de la concurrence au Viet Nam considèrent que, compte tenu des ressources limitées, les dispositions relatives à la concurrence déloyale ne devraient pas rester dans le champ de compétence de l'institution responsable de l'application du droit de la concurrence, car cela a un effet de « distraction ».

Plusieurs autorités de la concurrence ont des rôles multiples et, si les pouvoirs relatifs à législation sur la concurrence et à la protection des consommateurs peuvent être perçus comme, somme toute, complémentaires, *« d'autre combinaisons de rôles accroissent le risque de conflit là où les politiques se contrarient plutôt que se compléter, par exemple, quand l'application du droit de la concurrence côtoie de la fonction de régulation des prix »* (Fels et Jennings, 2016).

La décision de retirer à la VCCA la gestion des mesures de sauvegarde commerciale pour qu'elle se consacre uniquement à la concurrence et à la protection des consommateurs devrait contribuer à améliorer le bilan très médiocre de la mise en œuvre de la Loi sur la concurrence. La VCCA reste cependant responsable de nombreuses fonctions de mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence, et doit aussi faire appliquer les dispositions d'interdiction de la concurrence déloyale et de protection des consommateurs. Il subsiste un risque qu'elle traite une part disproportionnée d'affaires de concurrence déloyale (dans lesquelles il est plus facile de faire respecter la loi) par rapport aux affaires d'infraction à la Loi sur la concurrence (souvent plus difficiles à détecter et à étayer par des preuves).

La VCCA devrait s'efforcer d'accroître la part des actions d'application du droit de la concurrence menées à terme par rapport à ses autres fonctions.

7.3. Moyens et personnel

7.3.1. Moyens

L'application effective du droit repose sur une combinaison de facteurs. L'un de ceux-ci est certainement la somme des moyens dont dispose l'autorité de régulation, le soutien de l'État, dans une perspective tant politique que financière, étant crucial. Il s'agit d'un investissement qui contribue à la croissance économique, à la productivité et à l'établissement d'un environnement des affaires propice aux investissements étranger et national. En l'absence de moyens suffisants, l'instance de régulation, que ce soit dans le modèle actuel VCCA-VCC ou dans le futur modèle après réforme, aura du mal à avoir quelque incidence que ce soit sur les marchés et à porter les gains d'efficience et de productivité qui sont les principaux objectifs de la législation sur la concurrence. Une application du droit de la concurrence fautive ou inadaptée fera plus de mal que de bien et sera coûteuse pour l'économie nationale.

Dans la sphère de la politique de la concurrence au Viet Nam, règne le sentiment que les moyens consacrés à l'application du droit dans le pays sont limités au regard des tâches à effectuer. Les comparaisons internationales sont compliquées et ne devraient servir que d'indicateur général, car elles peuvent être fortement influencées par le système juridique⁵⁷ ; néanmoins, comparer l'affectation des moyens à ce qu'elle est dans d'autres pays d'Asie et dans d'autres pays qui ont effectué la transition d'une économie planifiée à une économie de marché confirme qu'il y a probablement un déficit important dans le niveau optimal de moyens financiers affectés au système du droit et de la politique de la concurrence au Viet Nam.

⁵⁷

Par exemple, d'importantes implications pécuniaires sont en jeu dans le choix entre un traitement judiciaire et un traitement administratif des affaires et, si les affaires sont instruites par l'organe judiciaire, dans le choix du système de représentation – à savoir : système à une ou deux catégories d'auxiliaires de justice (de type avocats plaidants (*barristers*) / avocats (*sollicitors*)) – devant les tribunaux.

Tableau 3. Budget 2016 des autorités de la concurrence et PIB de différents pays

Autorité	PIB (en millions USD)	Budget de l'autorité de la concurrence (en millions EUR)
Australie	1 204 616	48
Indonésie	932 259	8
Japon	4 939 383	93
Malaisie	296 359	1
Corée	1 411 245	91
Roumanie	186 700	8
Singapour	296 966	11
Viet Nam	202 616	0.7

Sources : chiffres du PIB tirés des données de la Banque mondiale. Notes : chiffres du budget tirés du rapport Global Competition Review – Rating Enforcement 2017 pour l’Australie, le Japon, la Roumanie, Singapour et la Corée du Sud. Le chiffre du Viet Nam a été fourni par la VCCA et se rapporte à la VCCA uniquement. Le chiffre du budget pour la Malaisie est celui de 2015, tiré du rapport annuel 2015 de la MyCC. Le chiffre du budget pour l’Indonésie est celui de 2014, tiré du rapport annuel au Comité de la concurrence de l’OCDE ; taux de change au 18 octobre 2017.

Comme expliqué précédemment, les budgets de la VCCA et du VCC dépendent de celui du ministère de l’Industrie et du Commerce, qui est également responsable de la politique industrielle, laquelle peut parfois être en contradiction avec la politique de la concurrence. Par ailleurs, il se peut que le ministère de l’Industrie et du Commerce considère les autres fonctions de la VCA (la protection des consommateurs, par exemple) comme plus importantes au regard de son rôle global au sein de l’administration. Ce serait une explication à la faiblesse des ressources allouées à la politique de la concurrence au Viet Nam.

Ce budget réduit illustre la place relativement marginale que les questions de concurrence occupaient dans le programme de politiques publiques du Viet Nam. Les choses semblent avoir changé avec la résolution du XIIe congrès du Parti communiste vietnamien de 2016 qui fait une priorité nationale du développement et du perfectionnement d’une « économie de marché moderne et intégrée, à l’actionnariat diversifié – qui devra fonctionner pleinement et efficacement selon les principes de l’économie de marché ». Ce modèle d’économie de marché exigerait une autorité de la concurrence bien dotée en ressources.

À moins que l’institution nationale chargée de la concurrence ne se voie un surcroît substantiel de moyens, ainsi que l’autonomie suffisante pour en faire

usage, on voit mal comment le Viet Nam pourrait se doter d'une politique de la concurrence saine et performante, à la hauteur des défis de l'économie vietnamienne.

Ce surcroît de ressources devrait parallèlement assurer l'indépendance de l'autorité de la concurrence.

Une option possible est que l'autorité de la concurrence soit financée directement sur le budget de l'État, après une proposition de budget présentée par l'autorité à un ministère envers lequel elle est peut-être financièrement responsable, lequel ministère l'incorpore alors dans sa propre proposition de budget sans possibilité de modification. Les ressources finalement allouées à l'autorité résulteraient alors de la procédure normale d'élaboration et d'approbation du budget de l'administration centrale du pays. Autre possibilité : procéder comme au Royaume-Uni, par exemple, où budget de la CMA est fixé pour trois à cinq ans à l'avance, pour éviter toute influence (ou impression d'influence) induite dans le processus de prise de décision de l'autorité.

7.3.2. Personnel

Un des éléments les plus centraux d'une autorité de la concurrence, monobranche ou non, est son personnel. Étant donné que le droit de la concurrence se trouve à la confluence du droit et de l'économie, une bonne application de ses principes nécessite un volume suffisant de personnel qualifié aux compétences affûtées.

De l'aveu même de la VCA, l'institution souffre de « ressources limitées et d'un règlement mal conçu »⁵⁸.

Au total, le VCC et la VCCA comptent 20 personnes travaillant sur des affaires de concurrence (ce chiffre comprend le personnel administratif, mais pas les membres nommés du Conseil), et 37 si l'on inclut les tâches associées à la concurrence déloyale (voir la section 7.1).

C'est un effectif très réduit, en particulier si on le compare à celui d'autres institutions homologues dans le monde. Là encore, toute comparaison doit être traitée avec précaution, mais peut quand même fournir des indications utiles là où il y a d'importantes disparités. Dans les pays les mieux dotés financièrement, non seulement il y a davantage de moyens pour payer le personnel, mais aussi les salaires sont plus élevés. En revanche, le nombre d'entreprises à superviser, et le nombre d'organes centraux et provinciaux à conseiller, sont en général

⁵⁸

Rapport annuel 2013 de la VCA.

proportionnels à la population du pays. Par conséquent, la population totale du pays peut être une donnée utile dans toute comparaison.

Tableau 4. Effectif affecté à la concurrence et population totale pour différents pays en 2016

Autorité	Population totale (habitants)	Effectif affecté à la concurrence
Australie	24 millions	351
Indonésie	260 millions	358
Japon	126 millions	779
Singapour	5 millions	39
Corée du Sud	51 millions	482
Roumanie	20 millions	202
Philippines	104 millions	200
Viet Nam (VCCA et VCC)	93 millions	27

Source : chiffres d'effectifs tirés du rapport Global Competition Review – Rating Enforcement 2017 pour l'Australie, le Japon, la Roumanie, Singapour et la Corée du Sud. Viet Nam : données fournies par les autorités vietnamiennes pendant la rédaction du présent rapport. Le chiffre du budget pour l'Indonésie est celui de 2014, tiré du rapport annuel au Comité de la concurrence de l'OCDE. Les données des Philippines se rapportent à l'effectif au sein de la Philippine Competition Commission (PCC).

Qui plus est, la majorité du personnel de la VCCA est jeune et peu expérimenté, sans beaucoup d'expertise professionnelle ou de compétences dans le traitement des affaires. Cela s'explique sans doute par la politique de recrutement du ministère de l'Industrie et du Commerce, par le niveau relativement bas des salaires et par le taux élevé de rotation du personnel. De fait, dans la communauté de la concurrence au Viet Nam, on a le sentiment que le personnel affecté à la concurrence est mal payé, ce qui peut expliquer son faible niveau d'expérience et de qualifications. Dans son rapport annuel 2014, la VCCA elle-même fait état de difficultés dans ses investigations, liées à plusieurs limitations, au premier rang desquelles le manque de personnel.

Étant donné que, selon toute probabilité, la politique de la concurrence étant un instrument relativement nouveau au Viet Nam, le savoir-faire devra être trouvé à l'extérieur de la fonction publique, il importe de faire montre d'une certaine souplesse pour le recrutement, de façon que la nouvelle autorité puisse être à armes égales avec le secteur privé. En outre, le niveau des rémunérations dans la fonction publique est limité on constate un phénomène de « défection », les agents les plus expérimentés de la VCA-VCCA se faisant embaucher dans des cabinets d'avocats

privés. D'ailleurs, afin de pouvoir recruter et retenir le personnel hautement qualifié requis, il faut que les conditions d'embauche et les perspectives de rémunération soient attrayantes.

Le cadre législatif global doit permettre que l'autorité de la concurrence ait l'autonomie suffisante pour ce qui est des personnes à embaucher, du calendrier des recrutements, et des conditions d'embauche et de rémunération, y compris les perspectives de carrière. Cela peut se faire, par exemple, en alignant la grille des salaires avec celle d'un autre établissement public vietnamien performant, tel que la banque centrale (Banque d'État du Viet Nam, SBV) ou un autre organisme public de premier plan.

Le modèle d'autorité à deux branches exacerbe les problèmes de concurrence entre deux équipes handicapées par le fait qu'elles agissent à petite échelle.

Par conséquent, malgré les contraintes actuelles strictes que s'est fixé le Viet Nam quant à l'extension de l'appareil administratif d'État tant pour ce qui est du nombre d'entités distinctes que pour l'effectif, il faudrait donner à l'autorité de la concurrence des moyens supplémentaires en matière de ressources humaines et l'autonomie de recrutement.

Même si le droit de la concurrence est enseigné à l'université, cet enseignement est contraint de rester sur le terrain de la théorie, car le Viet Nam a très peu de jurisprudence à sa disposition et les raisonnements publiés sont très rares. En conséquence, la VCCA, le VCC et les bailleurs internationaux doivent fournir un gros volume de formation en situation.

7.4. Récapitulatif des principaux problèmes posés par la structure institutionnelle

- Le statut de la VCCA, placée sous l'autorité du ministère de l'Industrie et du Commerce, altère la perception qu'a le public de son niveau d'autorité et de son impartialité à l'égard des entreprises publiques détenues par le ministère.
- Le VCC souffre d'être composé uniquement de membres à temps partiel, qui doivent analyser les volumineux dossiers constitués par la VCAA, remplis d'éléments factuels et techniquement complexes, membres qui sont presque tous rattachés à des ministères par ailleurs à la tête d'entreprises publiques.

- Le VCC induit nécessairement un certain niveau de duplication et, les années où la VCCA ne lui renvoie aucune affaire, son personnel permanent est inemployé pour sa fonction première.
- Le VCC n'est pas constitué comme il faut ou doté des moyens adéquats pour défendre correctement ses décisions lorsqu'elles sont portées en appel devant les tribunaux.
- Ni la VCCA ni le VCC n'ont l'obligation de rendre publics leurs raisonnements (par opposition aux faits élémentaires qu'ils ont pris en considération dans les affaires).
- Ni la VCCA ni le VCC ne peuvent publier de directives d'application ou de règles procédurales afin d'apporter des éclaircissements supplémentaires sur le droit et de procurer une sécurité juridique sur leurs pratiques.
- La VCCA et le VCC ne disposent que de ressources limitées et manquent notamment de personnel qualifié.
- Les tribunaux administratifs qui instruisent les appels se concentrent exclusivement sur les questions de procédure et évitent de se prononcer sur le fond des litiges en droit de la concurrence. En outre, leurs jugements ne sont pas publiés, ce qui affaiblit la responsabilité, amoindrit la dissuasion et décourage la discipline pour les entreprises, et réduit la capacité des établissements d'enseignement à contribuer à l'instruction générale et à la préparation de diplômés qui pourront intégrer des entreprises, des administrations publiques, des cabinets d'avocats, des autorités et des tribunaux.

7.5. Questions institutionnelles : contenu du projet de loi

Parmi ceux qui s'intéressent au droit de la concurrence, beaucoup – y compris dans les institutions elles-mêmes, parmi les juristes, les chercheurs et les praticiens – s'accordent à dire que la structure institutionnelle actuelle est inadaptée et doit être améliorée pour que le Viet Nam profite des avantages d'un système de concurrence adéquat et efficace.

La principale réforme proposée dans le projet de loi⁵⁹ est la création d'une institution chargée de mener les enquêtes et de juger les affaires, qu'il est maintenant proposé d'appeler « Autorité nationale de la concurrence » (National

⁵⁹ Le texte auquel il est fait référence est le projet de loi n° 2, d'avril 2017.

Competition Authority, NCA). Ce sera l'instance responsable de l'application du droit de la concurrence. L'État conservera le pouvoir sur la structure et l'organisation de la NCA. Le contrôle opérationnel sera confié au président de la NCA, qui sera assisté dans cette tâche par le vice-président. Le président prendra la décision finale dans les affaires de restriction de la concurrence et conservera un contrôle quasi complet sur l'ensemble de la procédure (voir ci-dessous). Le président et le vice-président seront nommés et révoqués par le Premier ministre. Aucune disposition spécifique ne confère le statut d'autorité indépendante à la NCA ni ne définit ses sources budgétaires.

Pour réduire la possibilité de biais judiciaire, il est probable que les enquêtes seront menées par la branche « enquêtes sur la concurrence » (Competition Investigation Agency, CIA), chargée de toutes les étapes de l'investigation, puis que le dossier sera analysé par le « conseil d'instruction des affaires de concurrence » (Competition Case Handling Council, CCHC) constitué spécialement à cet effet. En vertu de l'article 43 du projet de loi, ce conseil doit se composer d'au moins trois membres (à temps partiel) dont la rémunération est fixée par le gouvernement.

Cependant, les décisions d'ouvrir (et de clore) l'enquête, de poursuivre en ouvrant une instruction et de prononcer le jugement final statuant qu'il y a eu ou non infraction au droit de la concurrence relèvent du président. Outre ces pouvoirs déjà très vastes, le président est aussi investi, en vertu des articles 65, 67, 71, 80, 87, et 95, de ceux de désigner et nommer le CCHC, autoriser des inspections surprises ou perquisitions (l'une des armes les plus importantes dans l'arsenal des moyens d'investigation face aux affaires d'entente, par exemple) ainsi que d'autres étapes de l'enquête, prendre les décisions finales d'autorisation ou d'interdiction des fusions, conclure à une infraction au droit de la concurrence, et ordonner aux parties de cesser le comportement incriminé, de s'en abstenir à l'avenir et d'acquitter les amendes fixées.

Le CCHC sera présidé par le vice-président de la NCA et comptera au moins deux autres membres, qui pourront être remplacés à tout moment et pour des motifs non précisés dans le projet de loi par le président jusqu'à ce que celui-ci décrète l'instruction ouverte. Ces membres sont rémunérés pour leur travail et doivent respecter les normes de qualification minimales stipulées dans la loi, en l'espèce un bagage universitaire et professionnel en droit, économie, finance ou toute autre discipline « convenable ». Le texte en son état actuel ne permet pas de dire si les règles en matière de conflits d'intérêts⁶⁰ s'appliqueraient au CCHC ou

⁶⁰ L'article 69 de la Loi de modification stipule qu'un remplacement doit se faire si un responsable est parent d'une des parties incriminées ou d'un plaignant, a

uniquement aux enquêteurs de la CIA. Aucune limite n'est indiquée concernant d'éventuels conflits entre ce rôle et d'autres emplois ou intérêts que ces membres pourraient détenir.

Cette répartition semble donc reproduire très largement la structure bipartite VCCA-VCC, même si les deux entités font partie d'une même institution.

Comme dans la Loi sur la concurrence actuellement en vigueur, le projet de texte ne fixe aucune limite aux pouvoirs du Premier ministre pour révoquer les membres du conseil, qui peuvent donc être révoqués à tout moment et pour tout motif. Plus encore, le projet de texte confère au président de la NCA, comme illustré ci-dessus, une grande quantité de pouvoirs. Il est par conséquent particulièrement important que les décisions du président soient fondées de manière indépendante sur le droit et libres de toute interférence politique, et que le président soit dûment redevable. L'une des façons de le garantir serait de limiter les possibilités de révocation de membres par le Premier ministre à certains motifs précis et pour de bonnes raisons – par exemple, comportement contraire à l'éthique ou manquement grave aux devoirs de la fonction⁶¹. Cela présente l'avantage que le président et les vice-présidents peuvent prendre des mesures sans craindre d'être démis de leurs fonctions.

De plus, si des exigences minimales de qualifications professionnelles et personnelles sont fixées pour les membres du CCHC et les enquêteurs⁶², aucune n'est édictée concernant le président ou le vice-président de la NCA. Il est courant dans les autorités de la concurrence que les responsables décisionnels doivent répondre à certains critères minimums de qualification. C'est le cas par exemple en Roumanie, où les membres de la commission de la concurrence doivent être désignés sur la base de « leur bonne réputation professionnelle et leur haute probité civique »⁶³, ou à Singapour, où ils sont nommés pour leurs « compétences et expérience dans l'industrie, le commerce ou l'administration ou leurs qualifications professionnelles, ou toute autre aptitude avérée à remplir la

des droits ou des obligations liés à l'affaire, ou a tout autre motif évident de partialité.

⁶¹ Au Japon, la loi antimonopole stipule que le président ou un membre de la commission ne peut être destitué que dans certaines circonstances précises (par exemple en cas de décision d'engager une procédure de faillite).

⁶² Articles 44 et 48 du projet de loi, respectivement.

⁶³ Contribution de la Roumanie au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, DAF/COMP/GF/WD(2016)58, paragraphe 27.

fonction »⁶⁴. Compte tenu de l'autorité du président pour rendre les décisions finales (même sans tenir compte des recommandations des membres du CCHC experts dans les domaines concernés) et du rôle important du vice-président, il serait hautement souhaitable de fixer, pour l'un et l'autre, des critères minimums de qualifications professionnelles et personnelles, et qu'ils soient aussi tenus à des règles concernant leur auto-récusation ou leur retrait de la procédure de prise de décisions⁶⁵.

Par conséquent, le projet de loi bénéficierait grandement de l'introduction de conditions relatives à la nomination des membres de l'organe de prise de décision et/ou de sa direction, aux règles régissant les questions de conflits d'intérêts et d'incompatibilité des membres de l'organe, à la durée maximale de leur mandat, et aux possibilités de révocation (pour des motifs dûment justifiés). De telles précisions ne feraient que contribuer à l'indépendance de la nouvelle autorité de la concurrence au Viet Nam.

Compte tenu des préoccupations très couramment exprimées par la communauté de la concurrence au Viet Nam à propos du cadre institutionnel actuel et de son manque (perçu, du moins) d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, un organe décisionnel fondé sur le principe de la collégialité pourrait lever certains doutes⁶⁶. Un organe collégial peut aussi sembler moins facile à « asservir » (à des intérêts commerciaux ou gouvernementaux) qu'un organe où toutes les décisions importantes sont prises par une même personne ou fonction. De plus, un organe collégial permet aussi de disposer d'une expertise plus étendue, ce qui le rend plus légitime pour prendre des décisions en matière de concurrence

⁶⁴ Contribution de Singapour au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, DAF/COMP/GF/WD(2016)56, paragraphe 9.

⁶⁵ Articles 69, 70 et 71 du projet de loi.

⁶⁶ L'autorité de la concurrence peut être organisée de nombreuses façons différentes ; ainsi il peut y avoir juste un commissaire à la concurrence (comme au Canada, ou dans le cas d'une direction antitrust au sein du ministère de la Justice) ou un organe collégial (comme la FTC aux États-Unis, la KPPU en Indonésie, la MyCC en Malaisie, la CC en Roumanie, etc..). La note du Secrétariat sur la Conception optimale d'une autorité de la concurrence, publiée à l'occasion du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence en 2003, énonce que « environ 90 % des autorités de la concurrence sont habilitées à prendre certains types de décision dans des affaires intéressant le droit de la concurrence, et parmi elles les deux tiers environ disposent d'une structure collégiale à qui cette fonction incombe. Pour le tiers restant, c'est le Chef de l'autorité de la concurrence qui a compétence pour prendre ce type de décision. »

exigeant différents ensembles de compétences⁶⁷. Le modèle collégial peut, si la nomination des membres du conseil est échelonnée, conférer une plus grande stabilité au processus de prise de décision. À l'inverse, le remplacement d'un unique responsable décisionnel ou de tous les responsables décisionnels en même temps peut engendrer des changements importants dans la prise de décision de l'autorité de la concurrence.

Concernant la durée pour laquelle les membres du conseil sont nommés, il conviendrait aussi de remarquer qu'elle doit être suffisamment longue pour qu'ils aient le temps d'acquérir les compétences requises afin de connaître d'affaires de droit de la concurrence comportant des volets juridiques et économiques. Cette durée peut aussi s'étendre au-delà de celle du mandat des parlementaires de l'assemblée nationale (cinq ans). Dans beaucoup de pays (Indonésie, Mexique, Roumanie, par exemple), les mandats sont de cinq ans ou plus.

La question de permettre le renouvellement des mandats devrait aussi être analysée avec attention, car cette latitude peut réduire l'indépendance des instances dirigeantes. Cette possibilité accroît le risque que les hauts dirigeants de l'organe soient davantage incités à prendre leurs décisions sur la base non pas d'éléments purement technique, mais de ce qui est le plus propre à favoriser le renouvellement de leur mandat.

L'équité dans la prise de décision est encore plus importante pour les systèmes juridiques où le droit de recours n'est pas un substitut pratique. Comme évoqué ci-dessus, les investisseurs étrangers et les entités internationales décrivent le système judiciaire vietnamien comme préoccupant au regard de l'« absence apparente d'indépendance de l'organe judiciaire et [du] manque d'efficacité du cadre juridique dans le règlement des différends »⁶⁸. Cela s'ajoute aux surcroûts habituels de temps, coûts, préjudice commercial et atteinte à la réputation associés à un recours en appel pour une entreprise dans tout système judiciaire.

Si le choix du législateur vietnamien est celui d'une institution unique (même s'il s'agit d'un organe collégial), il importe d'assurer une stricte vigilance et de garantir l'indépendance du processus décisionnel, pour éviter le risque de biais de confirmation entre les étapes de l'enquête et de la prise de décision. De fait, au-delà de l'importance d'assurer l'indépendance des responsables décisionnels vis-à-vis de toute influence politique, il importe, pour des procédures équitables, qu'existe une nette séparation entre les rôles des responsables de la conduite de

⁶⁷ Frédéric Jenny, 2013.

⁶⁸ European Chamber of Commerce in Viet Nam 2017, « EuroCham Whitebook - Trade/Investment Issues & Recommendations », p. 17.

l'enquête et ceux des responsables de la prise de décisions d'application du droit, pour éviter le biais judiciaire (perçu ou réel). Le projet de loi et sa concentration des pouvoirs dans les mains du président (et non d'un organe collégial) ne ferait rien pour supprimer ou réduire ces doutes ; bien au contraire, il pourrait les accentuer.

Il conviendrait d'envisager aussi d'autres mesures pour accroître l'équité réelle ou perçue de la prise de décision en veillant à ce que le système comporte un certain nombre de structures, garanties et mécanismes de contrôle internes pouvant contribuer à assurer un haut niveau de qualité dans la prise de décision. L'Union européenne fournit un exemple de système comportant de nombreux garde-fous intégrés. Elle a produit et publié des manuels de bonnes pratiques et des lignes directrices qui décrivent la façon dont se déroulent ses procédures, et qui préconisent aussi un certain nombre d'autres mécanismes de garantie pour un examen et une supervision adéquats des affaires de concurrence : la mise en place d'une équipe de soutien externe qui travaille séparément de l'équipe chargée de l'affaire (le but étant de veiller à la cohérence des politiques et de garantir la qualité de l'enquête) ; le chef économiste (doté d'un mandat indépendant) et son équipe ; un panel pour évaluer, avec un regard neuf, les conclusions de l'équipe chargée de l'enquête (composé de rapporteurs expérimentés non issus de l'équipe d'investigation originale) ; le commissaire à la concurrence ; le service ou département juridique ; des experts de la concurrence des États membres de l'UE siégeant au comité consultatif ; les autres services de la Commission chargés de la politique de concurrence et de la politique sectorielle concernée ; enfin, l'assemblée plénière du Collège des commissaires. Également intégrée dans ce cadre, une série de droits de la défense et de garanties procédurales dont la sauvegarde est confiée au conseiller-auditeur en vertu de textes spécifiques.

Il pourrait être envisagé dans le projet de loi d'introduire des mécanismes de garantie supplémentaires dans les fonctions d'investigation et de prise de décision, mais aussi viser d'établir d'autres garanties procédurales concernant l'audition des parties. Le délai de notification de cinq jours pour les parties à l'audition est trop court et ne leur permet pas de préparer correctement ce dont elles auront besoin, à savoir des faits et des arguments juridiques et économiques complexes.

Recommandation 7.1 :

La loi devrait affirmer explicitement l'indépendance de la NCC à l'égard de l'État et des entreprises. Elle devrait interdire complètement au gouvernement de donner des instructions sur le moment auquel ouvrir une enquête, la manière de procéder et les résultats des actions de mise en œuvre. Des études de marché pourraient être réalisées par la NCC à la demande du gouvernement, qui ne devrait pas être autorisé à influencer sur leurs résultats et leurs recommandations. Les conditions de ces demandes devraient être publiées et transparentes.

La NCC devrait rendre compte directement à l'Assemblée nationale ; son directeur serait tenu de se rendre au moins une fois par an à l'Assemblée et de répondre aux questions écrites et orales.

La NCC devrait être de nature collégiale et compter plusieurs commissaires dotés d'une grande expérience de l'entreprise, de l'économie et du droit. Le Viet Nam pourrait envisager de suivre l'exemple de la Thaïlande et de certains pays de l'OCDE (comme le Mexique) en adoptant une « procédure de sélection publique » pour s'assurer que les commissaires possèdent les connaissances et l'indépendance requises, que la procédure de sélection est transparente et qu'elle se fonde sur le mérite.

Les commissaires de la NCC devraient donc être nommés par un organe public dont les décisions doivent faire l'objet d'un large consensus (l'Assemblée nationale par exemple).

Bien qu'il puisse être intéressant de nommer à temps partiel quelques commissaires spécialisés dans un domaine particulier, la majorité des commissaires devraient être employés à plein temps, pour une durée déterminée, suffisamment longue pour que leurs compétences se renforcent au fil du temps, et supérieure à la durée de la législature de l'Assemblée nationale, de façon à isoler leurs travaux du processus politique.

Les motifs de révocation des commissaires devraient être limités et bien définis par la loi. La sécurité juridique et l'objectivité de la NCC seraient ainsi renforcées et le risque d'influence politique réduit.

Il faudrait interdire le renouvellement des mandats ou en limiter le nombre, en n'autorisant par exemple qu'un seul mandat supplémentaire, car la possibilité de renouvellement risque d'altérer la motivation et l'indépendance des commissaires.

Les commissaires ne devraient pas exercer leurs fonctions au-delà de l'échéance de leur mandat et une règle spécifique devrait obliger le gouvernement à nommer un nouveau membre dans un délai raisonnable en cas de vacance de poste. L'existence d'un ensemble de commissaires nommés pour une durée

déterminée contribue à maintenir l'indépendance de l'autorité de la concurrence et le bon fonctionnement du processus de prise de décision.

Les mandats des commissaires devraient être décalés dans le temps, de façon que la Commission compte toujours des membres expérimentés. Cette solution permettra de conserver l'expérience acquise et de renforcer la cohérence de la prise de décision et la sécurité juridique.

Recommandation 7.2 :

La NCC devrait en pratique disposer de ressources budgétaires et humaines suffisantes pour être en mesure d'appliquer avec efficacité les dispositions de la Loi sur la concurrence. Pour cela, il faudrait augmenter sensiblement le budget auparavant affecté à la VCCA et au VCC, pour que la Commission puisse accomplir correctement les fonctions existantes et prendre en charge les nouvelles tâches suivantes :

- réaliser des évaluations des fusions au moyen du test de la concurrence ;
- contribuer à la conception du programme de privatisation et formuler des avis à ce sujet (comme recommandé plus haut) ;
- réaliser des évaluations de la législation en vigueur et en projet au regard de la concurrence (comme recommandé plus haut).

L'indépendance conférée par le budget alloué devrait être renforcée de façon à garantir des ressources suffisantes et stables. L'une des solutions possibles consisterait à confier l'établissement du budget de la NCC à l'Assemblée nationale qui se prononcerait après avoir entendu le responsable de la NCC présenter le budget proposé. La NCC pourrait ainsi présenter son budget directement à l'Assemblée nationale plutôt qu'à un ministère. Si l'exécutif jugeait la demande de la NCC excessive, il devrait faire part de cet argument à l'Assemblée nationale plutôt que de réduire unilatéralement le budget demandé. Cette façon de procéder aurait aussi pour effet de renforcer l'autorité de la NCC.

Une fois le budget approuvé, la NCC l'emploierait en toute autonomie.

La NCC devrait disposer d'un effectif complet de personnel aux compétences adéquates, et procéder librement aux recrutements nécessaires, en choisissant qui et quand recruter, et à quelles conditions en termes d'emploi, de rémunération et d'évolution de carrière, dans le cadre de la gestion de son budget propre. La nécessité d'attirer et de conserver un personnel compétent doté des connaissances juridiques et économiques requises pour traiter les affaires et formuler des recommandations motivées devrait être reconnue. La procédure de recrutement ne devrait pas être entravée par des contraintes injustifiées, notamment des examens de la fonction publique ou le respect de quotas applicables aux fonctionnaires. Un secrétariat solide apporterait efficacité et efficacité. Le barème de salaires du personnel de la NCC devrait

tenir compte du fait que : (a) le travail à accomplir est hautement spécialisé ; et (b) la NCC se trouve en concurrence avec des cabinets juridiques privés et d'autres entreprises de consultation pour ce qui est de recruter et retenir un personnel de qualité.

Recommandation 7.3 :

Le fonctionnement de la NCC devrait comprendre des mécanismes de contrôle, sous la forme d'examens par les pairs ou d'avis formulés par le juriste principal et les économistes par exemple.

Recommandation 7.4 :

Il serait particulièrement utile de disposer d'un manuel des procédures internes obligatoires, notamment pour le traitement des affaires. Une telle mesure pourrait renforcer la prévisibilité et réduire ainsi les erreurs de procédure. Elle pourrait aussi contribuer à atténuer les effets de la forte rotation du personnel, dans la mesure où les procédures à suivre par l'ensemble du personnel seraient clairement définies.

Recommandation 7.5 :

La NCC devrait avoir le pouvoir de publier des lignes directrices offrant davantage de sécurité juridique aux entreprises sur les modalités d'application des dispositions de procédure et de fond du droit de la concurrence. Celles-ci devraient faire l'objet d'une consultation publique, y compris au niveau international, et devraient donc à ce stade être diffusées en anglais.

Recommandation 7.6 :

La NCC devrait publier toutes ses décisions, en veillant à préserver la confidentialité et les secrets commerciaux.

Recommandation 7.7 :

La NCC devrait avoir l'obligation d'établir des rapports annuels et de les diffuser auprès du public.

7.6. Recours judiciaire

Comme indiqué plus haut, les parties intéressées peuvent faire appel des décisions de la VCCA (dans les affaires de concurrence déloyale) ou du VCC (dans les affaires de concurrence), d'abord auprès de l'un des 63 tribunaux de province et, de là, devant l'une des trois Cours d'appel régionales/hautes Cours. La juridiction la plus élevée est la Cour suprême. Concernant la décision de la VCCA sur la façon de procéder une fois qu'une enquête officielle est engagée, les parties peuvent faire appel auprès du ministère de l'Industrie et du Commerce, qui

peut annuler la décision de l'autorité de la concurrence sur l'affaire et demander qu'une nouvelle décision soit rendue. L'application du droit de la concurrence fait donc intervenir la VCCA, le VCC et, en dernier ressort, le pouvoir judiciaire.

Le système judiciaire joue dans tous les pays un rôle majeur dans l'application du droit de la concurrence et la mise en œuvre de la politique de la concurrence. De fait, le rôle des tribunaux est crucial pour créer un environnement de sécurité et de prévisibilité dans les économies de marché. Plus généralement, un système judiciaire qui fonctionne bien garantit la sécurité du droit de la propriété et l'exécution des contrats. Pour ce qui concerne en particulier la politique de la concurrence, le pouvoir judiciaire assume l'importante fonction de veiller à ce que non seulement les garanties procédurales des droits de la défense⁶⁹ soient respectées, mais aussi à ce que les principes fondamentaux sous-jacents du droit de la concurrence soient appliqués de façon correcte et cohérente.

Pour cela, il faut que les tribunaux soient dotés de moyens et prêts à traiter de matières économiques. Compte tenu de la nature foncièrement économique du droit de la concurrence, l'instruction des affaires de concurrence nécessite de faire entrer des faits et des concepts économiques dans le raisonnement juridique, de manière à ce que soit appliqué le principe de la primauté du droit. Pour ce faire, les tribunaux doivent interpréter un droit de la concurrence dont les concepts centraux sont de nature économique – comme par exemple les notions de « marché », « pouvoir de marché », et « diminution significative de la concurrence », ou d'autres utilisées dans le système juridictionnel. Ils devront ensuite appliquer ces notions à des situations complexes, en évaluant les preuves et témoignages économiques, et examiner les conclusions de l'autorité de la concurrence qui a l'expertise et l'expérience de l'application de ce type de concepts. En même temps, les décisions doivent être accélérées, puisque les affaires de concurrence portent sur des comportements mis en œuvre par des entreprises sur des marchés qui ne restent pas en immobiles. Une décision qui prend trop de temps peut avoir des conséquences importantes et durables pour les marchés, et ainsi annuler les bénéfices de l'intervention par l'autorité de la concurrence pour le marché en question et pour l'économie en général.

Il est généralement accepté dans la communauté internationale que le réexamen judiciaire indépendant des décisions de la ou des autorité(s) de la concurrence est souhaitable pour garantir l'équité et l'intégrité de la prise de décision (voir, par exemple, OCDE 2012).

⁶⁹

La protection des droits fondamentaux dans la procédure – droit à la vie privée, droit à un procès équitable et impartial et confidentialité des informations.

D'après certaines des parties prenantes consultées, les tribunaux administratifs au Viet Nam hésitent à traiter du fond des affaires et sont plus enclins à s'intéresser uniquement à la procédure. C'est peut-être encore plus vrai dans les affaires de concurrence dans la mesure où les juges des tribunaux de province ne sont pas familiers de ce type d'affaires. Ce parti-pris pour la forme est la raison pour laquelle la compétence en matière de droit des marchés publics a été déplacée vers les tribunaux commerciaux.

Les observations reçues des parties prenantes sont corroborées par les constatations du Forum économique mondial qui classe le système judiciaire vietnamien assez bas par rapport à certains de ses homologues des pays partenaires de l'ASEAN. Le Viet Nam occupe ainsi la 88^e place, sur 144 pays, pour ce qui est de l'indépendance du système judiciaire vis-à-vis de l'influence de l'État, des particuliers ou des entreprises, et la 92^e, sur 138 pays, sur le plan de l'efficacité que présente le cadre juridique et judiciaire dans le règlement des différends pour les entreprises.

Tableau 5. Efficacité du système judiciaire dans plusieurs pays de l'ASEAN, 2016-2017 – Classement du Forum économique mondial (2016-2017)⁷⁰

Année	Indépendance des organes judiciaires	Efficacité du cadre juridique pour le règlement des différends
Brunei	61 sur 140	54 sur 140
Cambodge	123 sur 140	115 sur 140
Indonésie	60 sur 144	52 sur 144
Laos	77 sur 140	48 sur 140
Malaisie	45 sur 140	19 sur 140
Philippines	80 sur 140	110 sur 140
Singapour	23 sur 140	1 sur 140
Thaïlande	64 sur 140	54 sur 140
Viet Nam	92 sur 138	72 sur 138

Source : K. Schwab, Forum économique mondial, K. Schwab, « The Global Competitiveness Forum 2016-2017 », Forum économique mondial, 2016, p. 363. Disponible à l'adresse : http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf.

⁷⁰

Le Myanmar (Birmanie) n'est pas inclus dans ce rapport, ses réponses à l'enquête n'ayant pas respecté les critères minimaux requis.

Une caractéristique du système d'application du droit qui sape assez considérablement les chances de réalisation des buts du droit de la concurrence (et, au demeurant, de toutes les autres branches du droit) est qu'au Viet Nam, les décisions des tribunaux ne sont pas publiées. C'est l'une des principales préoccupations des investisseurs étrangers potentiels. Ainsi,

« Dans l'enquête annuelle sur la compétitivité mondiale réalisée par le Forum économique mondial, le Viet Nam se place régulièrement en bas du classement (et progresse peu) tant sur le plan de l'indépendance judiciaire que de l'efficacité du cadre juridique dans le règlement des différends. ... L'une des raisons pouvant expliquer cette perception négative du système judiciaire vietnamien est le manque de transparence. Les jugements rendus par les tribunaux vietnamiens ne font généralement pas l'objet de publications ou de rapports ; par conséquent, les investisseurs et leurs avocats n'ont accès à aucun corpus de jurisprudence susceptible de procurer orientations et prévisibilité quant à l'issue probable de différends individuels. »⁷¹

Un système judiciaire qui ne publie pas ses décisions en matière de droit de la concurrence, outre qu'il crée un risque souverain qui décourage les investissements étrangers, subit également bien d'autres conséquences négatives. Ainsi,

- il contribue à brouiller la compréhension de la loi par la communauté des entreprises et, par conséquent, à affaiblir son application. De fait, même les autorités de la concurrence les mieux dotées des pays occidentaux riches s'appuient beaucoup sur les comptes rendus d'affaires dans les médias pour donner de la publicité à leur action et accroître la discipline. En effet, la relation dans la presse d'une affaire importante ayant donné lieu à une enquête et une instruction complètes et abouti à une lourde sanction aura généralement un effet dissuasif et découragera de futures infractions ;
- il sape l'action de l'enseignement dispensé par les universités, ce qui a pour résultat de réduire le nombre de diplômés qui peuvent être recrutés

⁷¹ European Chamber of Commerce in Viet Nam 2017, « EuroCham Whitebook - Trade/Investment Issues & Recommendations ».

par les autorités de la concurrence, les directions des ministères et les cabinets d'avocats ;

- il facilite la corruption au sein des organes administratifs et judiciaires chargés de l'application du droit ;
- il décourage les investisseurs nationaux (tout comme les investisseurs étrangers), de sorte que les entreprises vietnamiennes qui souhaitent se développer à l'international sont handicapées du fait qu'elles n'ont pas le même niveau de compréhension des normes du droit international de la concurrence.

De fait, quoique les auteurs du présent rapport aient demandé des copies des décisions judiciaires significatives portant application du droit de la concurrence auprès d'une palette d'entités gouvernementales et non gouvernementales vietnamiennes, ils ont reçu diverses réponses, généralement vagues, des organismes concernés. Le ministère de la Justice a expressément fait savoir qu'une entité qui détenait un exemplaire d'une décision avait sans conteste le droit de la transmettre. Les autorités de la concurrence, en revanche, ont soit refusé de répondre, soit déclaré qu'elles n'étaient pas sûres d'être autorisées à fournir de tels documents.

À l'inverse, un grand nombre d'acteurs d'horizons variés connaissaient des points essentiels des décisions et se considéraient libres de transmettre ces informations.

Concernant en particulier l'application du droit de la concurrence par les tribunaux, il y a peu d'exemples. Dans l'affaire Vinapco, le tribunal de province a confirmé intégralement la décision du VCC. La Cour populaire suprême a estimé que le VCC avait commis une erreur dans sa procédure d'instruction, mais que cela n'entachait pas la validité de sa décision finale, qu'elle a confirmée.

Dans une autre affaire incriminant un brasseur accusé d'avoir usé d'accords d'exclusivité, le VCC avait accepté des engagements de l'entreprise mise en cause et arrêté les poursuites. Un plaignant qui n'était pas satisfait de cette issue a fait appel auprès du tribunal de Ho-Chi-Minh-Ville, qui a rejeté l'appel par un jugement interlocutoire sans instruire pleinement sur le fond.

Cependant, aucune de ces décisions n'a été publiée ni mise à la disposition du grand public.

Le Viet Nam s'est cependant engagé auprès de l'OMC et de certaines des parties aux accords bilatéraux de libre-échange qu'il a conclus à rendre publiques les décisions judiciaires en rapport avec les échanges, y compris, d'après les

informations recueillies par l'OCDE, toutes les décisions relevant du droit de la concurrence (notamment dans les affaires dont toutes les parties sont vietnamiennes). Ces engagements figurent dans la loi sur l'accès à l'information de 2016. En outre, la Cour suprême vient de lancer un site web sur lequel devraient à l'avenir figurer ses décisions.

En janvier 2018, l'OCDE a étudié le site web de la Cour suprême⁷² qui représente en effet un progrès considérable sur le plan de l'accès aux décisions de justice. À cette date, 47 017 décisions prises par les quatre niveaux de l'appareil judiciaire vietnamien étaient disponibles. Ces quatre niveaux sont les suivants : la Cour populaire suprême (toà án nhân dân (TAND) tối cao), la Cour populaire supérieure (toà án nhân dân cấp cao), le tribunal populaire de province (toà án nhân dân cấp tỉnh), et le tribunal populaire de district/de première instance (toà án nhân dân cấp huyện).

Les affaires ne sont pas en relation avec les entreprises pour la plupart mais c'est le cas néanmoins dans une minorité non négligeable de cas. La répartition par catégories de droit est la suivante : pénal (10 770), civil (7696), du mariage et de la famille (23 642), des entreprises (1007), du travail (245), des faillites (11), administratif (524) et demandes de décision administrative de sanction (3122).

La base de données n'est pas parfaite. Bien que certaines affaires aient été enregistrées dès 2001, la décision la plus récente date en fait de 2011, l'année au cours de laquelle a été jugée par la Cour suprême l'affaire Vinapco présentée plus haut, dont l'OCDE n'a cependant pas trouvé trace sur le site web.

En outre, les décisions écrites présentées se limitent pour l'essentiel aux conclusions, si on les compare à celles que publient de nombreux autres pays. En effet, elles énoncent les faits, le droit applicable, puis la conclusion, sans rendre compte du raisonnement du tribunal. Un grand pas en avant a néanmoins été franchi en ce qui concerne l'accès aux décisions de justice.

Un autre point faible de la législation actuelle concerne le rôle que le VCC devrait avoir au regard des appels interjetés contre ses décisions devant les tribunaux et les moyens dont il disposerait pour jouer le rôle requis. En particulier, en cas d'appels des décisions du VCC, les tribunaux adressent leurs convocations au président du VCC. On comprend aisément que ni ce dernier, ni les autres membres à temps partiel du Conseil ne considèrent qu'il leur incombe de venir en personne défendre leurs décisions devant le tribunal. Le personnel permanent a reçu l'instruction de le faire, mais il ne dispose pas d'un budget suffisant pour

72

<https://congbobanan.toaan.gov.vn/>.

engager des représentants légaux. En conséquence, dans ces affaires, le VCC ne bénéficie pas d'une représentation légale assurée par des professionnels.

Parallèlement aux faiblesses criantes de la législation actuelle concernant le rôle effectif des tribunaux et la nécessaire redevabilité des autorités de la concurrence, un autre aspect inquiète la communauté de la concurrence au Viet Nam. La centralisation proposée des pouvoirs dans une seule autorité qui sera responsable de l'ensemble de l'application du droit signifie que cette autorité exercera son pouvoir sans contrôle, puisque, actuellement, les tribunaux ont une expertise limitée et peu d'inclination à s'investir dans les disciplines du droit de la concurrence et de l'économie. Si cette inquiétude peut probablement être atténuée par le rôle des garanties procédurales et de la transparence dans la prise de décision de l'autorité de la concurrence (voir la section précédente), il est indéniable qu'en fin de compte, seul un système judiciaire actif et performant garantirait un régime d'application du droit qui soit de qualité.

Du fait de leur inexpérience du droit de la concurrence, les tribunaux sont peut-être encore plus mal préparés à connaître des affaires de concurrence. En pratique, il y a différentes manières de surmonter cette difficulté.

L'une de ces options est de concentrer l'expertise dans un seul tribunal, ou dans quelques tribunaux. Cela peut se faire spontanément, les entreprises étant naturellement concentrées autour de certains pôles urbains, mais cela devrait être encouragé au maximum de ce que permet la constitution vietnamienne.

Certes, l'expérience dans les différents pays montre que, pour être efficace, la mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence ne doit pas nécessairement être confiée ou à des tribunaux ou des juges spécialisés, ou à des tribunaux ou des magistrats généralistes⁷³ ; mais, compte tenu de la complexité du droit de la concurrence et de ses exigences spécifiques, on considère souvent qu'il serait avantageux de créer des instances qui se consacraient spécialement aux affaires de concurrence (ICN-RIC, 2015). L'un des avantages que présente la spécialisation des tribunaux et des magistrats est qu'ils n'auront pas à se former aux notions et concepts juridiques et économiques de la concurrence en jeu à chaque nouvelle affaire qu'ils traiteront. Cette courbe d'apprentissage et son coût constituent une difficulté qui s'est posée même à des systèmes bien développés où

⁷³ OCDE (1996) « Judicial enforcement of competition law /Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence. Policy Roundtables », disponible à l'adresse : www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf, p. 10.

le droit de la concurrence est l'affaire de tribunaux généralistes, puisqu'en l'absence de spécialisation, un juge peut ne traiter qu'une ou deux affaires de concurrence dans toute sa carrière. Les magistrats spécialisés – que ce soit dans le contexte de tribunaux spécialisés ou dans le cadre d'une liste ou d'une chambre spécialisée de juges appartenant à un tribunal généraliste – après une formation initiale, se familiariseront avec les concepts fondamentaux du droit de la concurrence à mesure qu'ils traiteront des affaires de concurrence. Ils seront ainsi mieux préparés que des juges purement généralistes à identifier les problèmes et à dégager et faire ressortir les preuves et les témoignages économiques les plus pertinents, et à ne pas s'arrêter ou se concentrer sur des questions purement administratives ou procédurales.

Plusieurs options possibles existent pour la spécialisation des magistrats, telles que le modèle à deux branches de l'Afrique du Sud, avec une commission et un tribunal (également adopté par des pays comme le Royaume-Uni et le Portugal, par exemple) et celui du tribunal de première instance spécialisé combiné à une juridiction d'appel généraliste, mis en œuvre à Hong Kong. Un autre exemple, cette fois, d'une instance partiellement spécialisée, est celui du système français, avec des tribunaux commerciaux spécialisés dans les questions commerciales, ce qui inclut des actes de commerce recouvrant des questions de concurrence économique. Parallèlement, la Cour d'appel de Paris a une double compétence, avec des chambres pénales et civiles, et, en particulier, une chambre spécialisée dans les affaires de concurrence. D'autre part, la Cour de Cassation, la plus haute instance civile et pénale du système judiciaire français, a également des chambres spécialisées – dont une chambre commerciale compétente en matière de concurrence. Comme évoqué ci-dessus, une solution similaire a déjà été adoptée au Viet Nam pour transférer l'application du droit des marchés publics vers les tribunaux commerciaux ; peut-être pourrait-elle être aussi appliquée pour les questions relevant du droit de la concurrence.

Une autre voie à explorer – que l'application du droit de la concurrence soit confiée à des juridictions spécialisées ou à des magistrats généralistes – est la constitution d'une expertise en matière de concurrence au travers d'un programme de formation continue des juges s'inspirant des meilleures pratiques d'autres juridictions ayant davantage d'expérience. La formation judiciaire peut, bien entendu, être dispensée à des juges plus généralistes sans qu'il soit besoin de créer des chambres ou des tribunaux spécialisés, mais cela requerra davantage de programmes pour établir un niveau d'expertise adéquat à l'échelle du système judiciaire. Cette approche nécessite de mettre des fonds à disposition pour que les juges susceptibles d'instruire et de juger des affaires de concurrence puissent suivre régulièrement les programmes de formation. L'OCDE anime déjà des

formations de ce type en Asie depuis 2010, dans le contexte de l'OECD/Korea Policy Centre, et le Viet Nam est encouragé à organiser et à participer à davantage d'initiatives de cet ordre avec l'OCDE ou d'autres organisations.

Enfin, un besoin particulier a été mis en évidence au Viet Nam : il faut que les tribunaux commencent à publier leurs décisions (dans le respect de la confidentialité et des informations commerciales sensibles) afin de renforcer la responsabilité du système judiciaire et de donner des éléments d'orientation aux entreprises. Un effort a récemment été fait par la Cour suprême, qui publie désormais certaines de ses décisions ; il faudrait qu'il soit repris par l'ensemble des juridictions et aboutisse à ce que toutes les décisions judiciaires en matière de concurrence soient publiées, afin d'améliorer la transparence du système judiciaire vietnamien.

Recommandation 7.8 :

Le gouvernement vietnamien devrait revenir sur le choix des tribunaux chargés des appels formés sur les jugements en premier ressort, sachant que le droit de la concurrence est un domaine technique et parfois complexe à forte composante économique.

Quel que soit le tribunal chargé d'entendre les appels en rapport avec le droit de la concurrence, les autorités vietnamiennes devraient veiller à ce que les juges les plus susceptibles de statuer dans ces affaires dispose du soutien nécessaire, notamment financier, pour accéder à une formation spécialisée, nationale ou internationale, sur les modalités d'application du droit de la concurrence - dans l'esprit des ateliers de l'OCDE à l'intention des juges.

8. Conclusions et recommandations

8.1. Forces et faiblesses du régime de concurrence dans le secteur public

Le Viet Nam a beaucoup progressé sur le chemin qui doit l'amener du statut d'économie en développement socialiste et planifiée vers celui d'économie de marché en voie d'industrialisation rapide.

Au début de ce processus, presque toutes les grandes entreprises étaient détenues par l'État. Elles constituaient d'importantes sources de revenu et d'influence politique pour les différents ministres qui les contrôlaient et bénéficiaient de nombreux avantages par rapport aux entreprises entrant sur le marché. Pendant de nombreuses années, des organismes internationaux comme l'OCDE ont fait observer que ces entités privilégiées, souvent en position dominante, empêchait le Viet Nam de tirer pleinement parti de toutes ses potentialités économiques.

Les vagues successives de réformes ont sensiblement réduit l'envergure du secteur des entreprises publiques, amélioré la gouvernance et atténué les distorsions de concurrence. L'un des indicateurs – jugé notable par les spécialistes de la concurrence – de la volonté du pays de progresser dans la mise en place de règles de concurrence équitables, est un jugement très connu rendu dans une affaire d'application du droit de la concurrence à l'encontre d'une entreprise publique bénéficiant de puissants appuis (une filiale de Vietnam Airlines).

Malgré les grands progrès accomplis face aux problèmes de concurrence posés par les entreprises publiques, il reste beaucoup à faire. Les autorités ont pris des décisions en vue d'adopter la plupart des éléments d'un cadre de neutralité concurrentielle conforme aux bonnes pratiques, au moyen de nouvelles privatisations, de la séparation des fonctions de contrôle et de réglementation de l'État et de règles d'interdiction du favoritisme.

D'importants efforts sont encore nécessaires pour appliquer pleinement, efficacement et en temps voulu ces décisions de réforme des entreprises publiques. En outre, il serait avantageux pour le Viet Nam de disposer d'un mécanisme de règlement des différends sur la bonne application ou non du principe de neutralité concurrentielle.

L'un des aspects hautement prioritaires de la vaste série de privatisations en cours consiste à s'assurer que les actifs sont vendus par lots, de façon à favoriser la concurrence sur les marchés, plutôt que de perpétuer les problèmes de concurrence en faisant passer les actifs aux mains d'entreprises privées. Il s'agit d'une occasion unique car, une fois les actifs privatisés, toute nouvelle intervention

ayant pour objet de restructurer les entreprises pour améliorer la situation sur le plan de la concurrence soulèvera des problèmes de risque souverain.

L'autorité de la concurrence ou un organe de politique économique comme le CIEM pourrait jouer un rôle précieux en fournissant des recommandations sur la privatisation à venir des autres entreprises publiques, afin que les problèmes de manque de concurrence hérités du passé ne persistent pas sur les marchés où ces entreprises publiques exerçaient un pouvoir de marché considérable.

Recommandation 1 :

Il faudrait poursuivre les efforts en vue de la mise en œuvre complète et efficace d'un cadre clair et complet de neutralité concurrentielle, notamment en appliquant les recommandations des Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques : inscription du principe de l'équité des règles du jeu dans le cadre juridique et réglementaire applicable aux entreprises publiques, distinction entre la fonction d'actionnaire et les autres missions qui incombent à l'État, respect de règles très strictes en matière de transparence et de diffusion de l'information, normes rigoureuses de redevabilité, comptabilité séparée des activités économiques et non économiques des entreprises publiques, surveillance et évaluation de la performance des entreprises publiques et de l'observation des normes de gouvernance d'entreprise. *Note : pour un éclairage complémentaire sur la mise en œuvre de la neutralité concurrentielle, on pourra se référer aux recommandations générales de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.*

Recommandation 2 :

Les dispositions juridiques qui prévoient que les entreprises publiques ne détiennent pas de droits préférentiels (par rapport aux entreprises privées), par exemple sous forme d'accès à des terrains ou à d'autres ressources dont dispose l'État, ne bénéficient pas de tarifs inférieurs aux tarifs commerciaux pour accéder à des capitaux, et ne sont pas exemptées de taxes ni de redevances, devraient être appliquées pleinement.

Recommandation 3 :

Chaque entreprise publique devrait être constituée de la même manière qu'une entreprise privée, ou, si ce n'est pas possible, adopter un régime de gouvernance aussi semblable que possible à celui d'une entreprise privée.

Recommandation 4 :

Les principes de neutralité concurrentielle devraient s'appliquer à tous les niveaux d'administration, en particulier aux niveaux central, provincial et municipal.

Recommandation 5 :

La Loi sur la concurrence devrait interdire aux autorités centrales et locales d'agir d'une manière qui limite la concurrence ou crée une discrimination entre les acteurs du marché, et l'autorité de la concurrence devrait être compétente pour prendre des mesures à l'encontre des administrations centrales et locales qui adoptent ou ont adopté des lois ayant pour effet de limiter la concurrence ou de créer une discrimination entre les acteurs du marché.

Recommandation 6 :

Le Viet Nam devrait s'assurer que la décision de transférer la totalité du capital de l'ensemble des entreprises publiques à la SCIC (ou à un autre organe similaire exclusivement chargé de gérer l'investissement public) est pleinement mise en œuvre. Cet organe devrait veiller à ce que les entreprises soient structurées et gérées, dans toute la mesure du possible, de façon commerciale et rentable.

Recommandation 7 :

Les organes fonctionnels ou de décision politique (par exemple les ministères chargés de l'élaboration des politiques énergétiques, de télécommunications et de transport ou les organes chargés de l'application des lois dans ces domaines) devraient accomplir leurs fonctions sans favoritisme ni discrimination entre les entreprises publiques et privées.

Recommandation 8 :

Lorsque le gouvernement décide de vendre des actifs dans les secteurs dans lesquels les entreprises publiques occupent une position dominante ou se trouvent en situation oligopolistique, il devrait prendre l'avis de l'autorité de la concurrence (ou d'un autre organe compétent dans le domaine du droit ou de la politique de la concurrence) pour faire en sorte que le marché visé soit soumis à une concurrence optimale après la vente.

L'avis prononcé devrait porter en particulier sur la meilleure solution de cession des actifs – en précisant s'il faut vendre l'entreprise en une seule ou en plusieurs entités, s'il est possible de supprimer les obstacles créés par la réglementation ou d'autres obstacles à l'entrée, et s'il faut adopter une réglementation sur le pouvoir de marché sous une forme ou sous une autre après la vente. L'autorité de la concurrence devrait disposer de ressources adéquates afin de pouvoir prononcer des avis rigoureux et avisés sur ces questions. L'avis de l'autorité de la concurrence devrait être suivi, à moins que des raisons impérieuses d'intérêt général ne s'y opposent. Si l'avis n'est pas suivi et que l'entité privatisée ou actionnarisée exerce une position dominante ou un important pouvoir de marché, il faudrait envisager d'adopter une réglementation qui permette de contrôler ce pouvoir de marché, notamment des règles qui garantissent l'accès aux installations essentielles à des conditions raisonnables.

8.2. Forces et faiblesses des mesures d'élimination des dispositions anticoncurrentielles de la réglementation

De manière générale, le Viet Nam a beaucoup amélioré la qualité de ses processus d'élaboration de la réglementation. Il a mis en place de vastes consultations, généralement efficaces, avec les acteurs concernés, à l'intérieur et à l'extérieur du gouvernement, ainsi que, dans le cas de la législation principale, de multiples niveaux de contrôle de la qualité selon différentes perspectives aux étapes de l'élaboration, de la rédaction et de l'adoption du texte.

L'autorité de la concurrence a depuis longtemps pour mission (au moins potentiellement) de préconiser la suppression ou la révision des obstacles inutiles à la concurrence mais, du fait des très nombreuses tâches qu'elle doit accomplir au moyen de ressources limitées, elle n'a pu être invitée qu'en de rares occasions à prendre part à des débats sur la réglementation.

Dans la perspective d'un examen par les pairs du droit et de la politique de la concurrence, il reste deux grandes questions à prendre en compte :

- Tout d'abord, la contribution de l'autorité de la concurrence à l'élaboration des politiques doit être considérablement renforcée, au moyen d'interventions plus nombreuses et plus poussées, et la procédure utilisée pour associer l'autorité de la concurrence à ces débats doit être institutionnalisée.
- Ensuite, il convient de s'intéresser au vaste ensemble des réglementations adoptées avant l'entrée en vigueur des contrôles de qualité.

Recommandation 9 :

La NCC (ou un autre organe compétent doté d'un mandat économique plus large comme le CIEM – ce qui s'applique aux autres recommandations de cette section) devrait être chargée de faire face au problème des obstacles à la concurrence dans la législation ou la réglementation en vigueur.

Il faudrait conférer à la NCC le pouvoir d'émettre des recommandations publiques ou interministérielles sur le rétablissement de conditions concurrentielles si les autorités centrales et locales ont mis en place/adopté des lois qui limitent la concurrence ou créent une discrimination entre les acteurs du marché.

La première étape consisterait à recenser les secteurs à soumettre à une évaluation détaillée en priorité. Il faudrait dresser la liste des secteurs prioritaires comme suit :

1. les 20 secteurs les plus importants de l'économie vietnamienne sur le plan de la contribution au PIB, de l'emploi, des exportations et d'autres critères jugés pertinents pour le Viet Nam ; et
2. tout autre secteur ayant proposé sa candidature après une vaste consultation ou une consultation avec la Chambre de commerce et d'industrie par exemple.

Dans un deuxième temps, des évaluations seraient réalisées chaque année dans un certain nombre de secteurs à l'aide du Manuel pour l'évaluation de la concurrence, et des recommandations seraient formulées en faveur de réformes destinées à faciliter la concurrence.

Dans un troisième temps, l'organisme responsable évaluerait les progrès du programme et indiquerait s'il faut réaliser ou non d'autres évaluations et comment désigner les candidats de façon à optimiser la contribution de ces efforts de réforme au bien-être économique du pays.

Recommandation 10 :

Il faudrait utiliser un mécanisme qui alerte précocement la NCC de toutes les nouvelles propositions de loi touchant les entreprises, et lui permettre de donner son avis sur la base d'une liste de référence pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence. La NCC devrait assumer cette fonction en s'appuyant sur les principes et la méthodologie du Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence.

8.3. Forces et faiblesses des dispositions de fond du droit de la concurrence

Le Viet Nam a été l'un des premiers pays de l'ASEAN à adopter une loi complète sur la concurrence. Celle-ci couvrait dès le départ les trois grands domaines d'action que doit englober le droit de la concurrence : les accords anticoncurrentiels ; l'abus de position dominante ; et les fusions anticoncurrentielles.

Cependant, les dispositions de la Loi sur la concurrence se fondent sur des critères de forme plutôt que sur les effets. Par exemple, les fusions doivent être notifiées si elles permettent à l'entité ainsi constituée de détenir 30 % du marché et celles qui auraient pour résultat d'aboutir à la détention de 50 % de part de marché sont interdites, sauf en cas d'exemption.

De même, certains comportements de la part des entreprises détenant une forte part de marché sont strictement interdits, même s'ils n'ont pas d'effet anticoncurrentiel. Il existe aussi dans ce domaine un système propre au Viet Nam d'interdictions à deux niveaux, l'un pour abus de monopole et l'autre pour abus de position dominante.

Les ententes jugées injustifiables dans d'autres pays qui les interdisent strictement ne sont généralement interdites au Viet Nam que si elles touchent 30 % du marché.

Même si cette approche présentait des avantages au moment où s'amorçait la transition vers l'économie de marché et où la Loi sur la concurrence venait d'être adoptée, le pays doit maintenant adapter et faire évoluer les dispositions de fond de cette législation pour que son économie puisse déployer toutes ses potentialités. Les autorités en ont pris conscience et un projet avancé de nouvelle loi a été présenté à l'Assemblée nationale.

Recommandation 11 :

Les ententes injustifiables (fixation des prix, répartition des marchés, accords de limitation des capacités) sont par nature préjudiciables et doivent être interdites, quelle que soit la part de marché touchée. En d'autres termes, l'interdiction des ententes dans la Loi sur la concurrence et dans le Code pénal ne doit pas se fonder sur la détention d'une part de marché de 30 %.

Recommandation 12 :

Les accords d'exclusivité devraient être retirés de la liste des dispositifs illégaux *per se* et n'être interdits que s'ils portent fortement atteinte à la concurrence.

Recommandation 13 :

Tous les accords qui présentent un effet anticoncurrentiel notable devraient faire l'objet d'une interdiction générale.

Recommandation 14 :

La NCC devrait avoir un pouvoir efficace de contrôle obligatoire (pouvoir de procéder à des perquisitions surprises). Elle devrait pouvoir ainsi pénétrer de manière inopinée dans les locaux des entreprises sur lesquelles elle enquête pour rechercher et saisir des preuves d'infraction, sous quelque forme que ce soit. Un certain degré de protection d'ordre procédural devrait être assuré (obligation de demander une autorisation ou un mandat judiciaire par

exemple) sans que les obligations pesant sur la NCC ne compromettent l'efficacité de ces pouvoirs d'investigation.

Recommandation 15 :

La loi devrait prévoir une politique de clémence, en particulier une immunité complète pour la partie qui dénonce une entente en premier. La législation principale devrait fournir une base juridique solide à l'appui de cette immunité mais les détails du programme devraient être définis dans des dispositions d'application susceptibles d'être élaborées, adoptées et ajustées au fil du temps en fonction de l'expérience acquise par la NCC ou le gouvernement sans qu'il soit nécessaire de porter un nouveau projet de loi devant l'Assemblée nationale concernant ces détails.

Recommandation 16 :

Il faudrait parallèlement procéder à une réforme du Code pénal (ou instaurer un autre mécanisme tel qu'un accord entre la NCC et le Procureur) afin qu'une partie qui dénonce une entente ne soit exposée à aucune sanction, ni au titre du droit de la concurrence ni au titre des dispositions du Code pénal sur la concurrence.

Recommandation 17 :

Il faudrait mener une réflexion approfondie sur la possibilité de supprimer l'interdiction d'abus de monopole de façon que seule l'interdiction d'abus de position dominante s'applique aux comportements unilatéraux. La notion d'abus de position dominante a été longuement débattue et affinée dans la plus grande partie des pays du monde.

La notion complémentaire d'abus de monopole n'est pas reconnue dans d'autres pays et il ne semble pas exister de justification propre au Viet Nam pour appliquer une telle interdiction.

Le seuil de part de marché à partir duquel s'exerce l'abus de position dominante doit être supérieur à 30 % ; une part de 50 % serait sans doute plus appropriée (pour les tribunaux de l'Union européenne, par exemple, il existe une présomption réfragable de position dominante au-delà de 50 % de part de marché).

Ce seuil de part de marché doit constituer une présomption réfragable, de sorte que la loi doit donner clairement aux entreprises qui dépassent ce seuil la possibilité de démontrer qu'elles n'exercent pas en fait de position dominante.

Recommandation 18 :

Tous les comportements interdits des entreprises dominantes explicitement mentionnés devraient inclure une composante importante d'atteinte à la concurrence (consistant par exemple à vendre des produits ou des services pour un prix inférieur à leur coût primaire total, dans le but d'exclure des concurrents tout aussi efficaces, au détriment des consommateurs).

Recommandation 19 :

Il faudrait aussi une disposition générale interdisant tout autre comportement qui fasse intervenir des pratiques d'exclusion et des abus préjudiciables.

Recommandation 20 :

Les seuils de notification des fusions devraient se fonder uniquement sur des seuils de chiffre d'affaires ou de valeur des transactions.

La décision d'approuver ou d'empêcher une fusion ne devrait pas se fonder sur un seuil de part de marché. Il s'agit plutôt de déterminer si la fusion risque de restreindre fortement la concurrence.

Recommandation 21 :

La loi devrait contraindre l'autorité de la concurrence à publier des lignes directrices qui décrivent le mode de mise en œuvre des dispositions, lequel devrait être conforme aux normes internationales en matière de gestion des fusions.

8.4. Autres forces et faiblesses de la gestion de la loi et de la politique de la concurrence par les autorités de la concurrence

Les autorités de la concurrence du Viet Nam ont réalisé de nombreuses enquêtes et pris un nombre limité de décisions finales importantes face à certaines infractions au droit de la concurrence. Il n'a été enregistré qu'une seule action privée d'envergure.

Plusieurs autres dispositions importantes tendent à compromettre l'efficacité des actions publiques et privées.

Recommandation 22 :

Des mesures devraient être prises pour : (i) harmoniser les exigences de fond des différentes lois qui comportent des dispositions sur la concurrence, (ii) « orienter le trafic » en fonction de l'autorité responsable de la réalisation des enquêtes et (iii) veiller à ce que la politique de clémence permette de s'affranchir des interdictions prévues par le droit de la concurrence dans la législation sectorielle.

Recommandation 23 :

Le Viet Nam devrait aussi envisager de faire passer toutes les interdictions visant les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante et le contrôle des fusions sous la responsabilité de l'autorité de la concurrence et d'abroger les interdictions relevant du droit de la concurrence qui figurent dans la législation sectorielle.

Recommandation 24 :

Le Viet Nam devrait envisager de reconnaître explicitement que les plaignants privés peuvent engager des poursuites pour faire appliquer la loi et demander réparation pour les conséquences des infractions au droit de la concurrence, à la fois :

1. à la suite de la découverte d'une infraction de la NCC en vertu du droit civil ou après des poursuites en vertu du Code pénal ; et
2. de manière autonome lorsque les autorités chargées de l'application de la loi n'ont pas en mené d'enquête ou découvert d'infraction.

Une telle disposition s'accompagnerait de la possibilité pour les plaignants qui déposent une plainte semblant a priori raisonnable d'accéder aux preuves.

Recommandation 25 :

Il faut veiller tout particulièrement à ce que les candidats à la clémence ne se trouvent pas désavantagés dans les actions privées en dommages et intérêts par rapport aux entreprises qui ont décidé de ne pas coopérer, et en même temps à ce qu'ils ne soient pas dispensés de leur responsabilité civile pour ce qui concerne les préjudices causés par leur conduite anticoncurrentielle. Le choix d'un régime privé d'application devrait contribuer à la solidité et à l'efficacité du système public d'application et non servir à le fragiliser.

Recommandation 26 :

Le Viet Nam devrait accorder à l'autorité de la concurrence plus d'autonomie et de souplesse dans la réalisation de ses enquêtes, la recherche et l'utilisation d'information, et l'analyse des questions d'application du droit de la concurrence.

Lorsqu'une nouvelle loi sera adoptée, aucune des dispositions actuelles du Décret n° 116 ne devrait être intégrée ni reprise dans la loi principale, et le texte équivalant au Décret n° 116 devrait conférer à l'autorité de la concurrence davantage de pouvoirs d'investigation et d'autonomie dans ses travaux d'analyse. Chaque fois que possible, le contenu du Décret n° 116 (par exemple sur les moyens de parvenir à une définition appropriée du marché) devrait se présenter sous forme de ligne directrice descriptive et non contraignante proposée par l'autorité et non comme une instruction impérative qui lui serait adressée. Le texte équivalant au Décret n° 116 devrait être révisé tous les cinq ans de façon à réduire encore les dispositions prescriptives, à mesure que se constituera un corpus de jurisprudence qui guidera l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Pour autant qu'il soit nécessaire de disposer d'un nouveau décret de cet ordre, il faudra veiller à consulter tous les acteurs compétents (l'autorité nationale de la concurrence, les entreprises, les organisations de consommateurs et les juristes) de façon à éviter les ambiguïtés qui existent dans le décret en vigueur.

Recommandation 27 :

Si la Loi sur la concurrence (ou un décret d'application) prévoit que l'autorité de la concurrence doit rendre sa décision dans un délai donné, il faudrait aussi un dispositif de suspension de cette condition lorsque l'auteur présumé de l'infraction n'a pas fourni les informations nécessaires à l'enquête dans le délai requis.

Recommandation 28 :

Pour lutter contre le contournement, il faudrait que la Loi sur la concurrence s'applique à tout comportement ayant un effet matériel sur le marché vietnamien, quel que soit l'endroit où sont domiciliés les acteurs de ce marché, et même s'ils quittent le pays pour se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

8.5. Forces et faiblesses des dispositifs institutionnels en matière de concurrence

Bien que les autorités de la concurrence aient réalisé de nombreuses enquêtes et pris des décisions sur diverses questions difficiles d'application du droit, divers problèmes institutionnels compromettent gravement leur efficacité :

- Le Viet Nam fait partie des quelques pays dans lesquels les enquêtes et les décisions d'application générale du droit de la concurrence relèvent toujours d'autorités différentes. Il en résulte que les affaires sont parfois traitées en double ou que l'organe chargé des enquêtes se trouve débordé alors que l'organe de décision n'a pas suffisamment d'enquêtes

terminées sur lesquelles se prononcer – d’où une utilisation peu optimale des ressources disponibles, déjà très limitées.

- Manque d’autonomie et d’indépendance des autorités de la concurrence – en particulier de la VCA (ou de l’organe chargé des enquêtes).
- Manque de ressources et de personnel des autorités de la concurrence.
- Manque de transparence des procédures.

Recommandation 29 :

La loi devrait affirmer explicitement l’indépendance de la NCC à l’égard de l’État et des entreprises. Elle devrait interdire complètement au gouvernement de donner des instructions sur le moment auquel ouvrir une enquête, la manière de procéder et les résultats des actions de mise en œuvre. Des études de marché pourraient être réalisées par la NCC à la demande du gouvernement, qui ne devrait pas être autorisé à influencer sur leurs résultats et leurs recommandations. Les conditions de ces demandes devraient être publiées et transparentes.

La NCC devrait rendre compte directement à l’Assemblée nationale ; son directeur serait tenu de se rendre au moins une fois par an à l’Assemblée et de répondre aux questions écrites et orales.

La NCC devrait être de nature collégiale et compter plusieurs commissaires dotés d’une grande expérience de l’entreprise, de l’économie et du droit. Le Viet Nam pourrait envisager de suivre l’exemple de la Thaïlande et de certains pays de l’OCDE (comme le Mexique) en adoptant une « procédure de sélection publique » pour s’assurer que les commissaires possèdent les connaissances et l’indépendance requises, que la procédure de sélection est transparente et fondée sur le mérite.

Les commissaires de la NCC devraient donc être nommés par un organe public dont les décisions nécessitent un large consensus (l’Assemblée nationale par exemple).

Bien qu’il puisse être intéressant de nommer à temps partiel quelques commissaires spécialisés dans un domaine particulier, la majorité des commissaires devraient être employés à plein temps, pour une durée déterminée, suffisamment longue pour que leurs compétences se renforcent au fil du temps, et supérieure à la durée de la législature de l’Assemblée nationale, de façon à isoler leurs travaux du processus politique.

Les motifs de révocation des commissaires devraient être limités et bien définis par la loi. La sécurité juridique et l’objectivité de la NCC seraient ainsi renforcées et le risque d’influence politique réduit.

Il faudrait interdire le renouvellement des mandats ou en limiter le nombre, en n'autorisant par exemple qu'un seul mandat supplémentaire, car la possibilité de renouvellement risque d'altérer la motivation et l'indépendance des commissaires.

Les commissaires ne devraient pas exercer leurs fonctions au-delà de l'échéance de leur mandat et une règle spécifique devrait obliger le gouvernement à nommer un nouveau membre dans un délai raisonnable en cas de vacance de poste. L'existence d'un ensemble de commissaires nommés pour une durée déterminée contribue à maintenir l'indépendance de l'autorité de la concurrence et le bon fonctionnement du processus de prise de décision.

Les mandats des commissaires devraient être décalés dans le temps, de façon que la Commission compte toujours des membres expérimentés. Cette solution permettra de conserver l'expérience acquise et de renforcer la cohérence de la prise de décision et la sécurité juridique.

Recommandation 30 :

La NCC devrait en pratique disposer de ressources budgétaires et humaines suffisantes pour être en mesure d'appliquer avec efficacité les dispositions de la Loi sur la concurrence. Pour cela, il faudrait augmenter sensiblement le budget auparavant affecté à la VCCA et au VCC, pour que la Commission puisse accomplir correctement les fonctions existantes et prendre en charge les nouvelles tâches suivantes :

- réaliser des évaluations des fusions au moyen du test de la concurrence ;
- contribuer à la conception du programme de privatisation et formuler des avis dans ce cadre (comme recommandé plus haut) ;
- réaliser des évaluations de la législation en vigueur et en projet au regard de la concurrence (comme recommandé plus haut).

L'indépendance conférée par le budget alloué devrait être renforcée de façon à garantir des ressources suffisantes et stables. L'une des solutions possibles consisterait à confier l'établissement du budget de la NCC à l'Assemblée nationale qui se prononcerait après avoir entendu le responsable de la NCC présenter le budget proposé. La NCC pourrait ainsi présenter son budget directement à l'Assemblée nationale plutôt qu'à un ministère. Si l'exécutif jugeait la demande de la NCC excessive, il devrait faire part de cet argument à l'Assemblée nationale plutôt que de réduire unilatéralement le budget demandé. Cette façon de procéder aurait aussi pour effet de renforcer l'autorité de la NCC.

Une fois le budget approuvé, la NCC l'emploierait en toute autonomie.

La NCC devrait disposer d'un effectif complet de personnel aux compétences adéquates, et procéder librement aux recrutements nécessaires, en

choisissant qui et quand recruter, et à quelles conditions en termes d'emploi, de rémunération et d'évolution de carrière, dans le cadre de la gestion de son budget propre. La nécessité d'attirer et de conserver un personnel compétent doté des connaissances juridiques et économiques requises pour traiter les affaires et formuler des recommandations motivées devrait être reconnue. La procédure de recrutement ne devrait pas être entravée par des contraintes injustifiées, notamment des examens de la fonction publique ou le respect de quotas applicables aux fonctionnaires. Un secrétariat solide apporterait efficacité et efficacie. Le barème de salaires du personnel de la NCC devrait tenir compte du fait que : (a) le travail à accomplir est hautement spécialisé ; et (b) la NCC se trouve en concurrence avec des cabinets juridiques privés et d'autres entreprises de consultation pour ce qui est de recruter et retenir un personnel de qualité.

Recommandation 31 :

Le fonctionnement de la NCC devrait comprendre des mécanismes de contrôle, sous la forme d'examens par les pairs ou d'avis formulés par le juriste principal et les économistes par exemple.

Recommandation 32 :

Il serait particulièrement utile de disposer d'un manuel des procédures internes obligatoires, notamment pour le traitement des affaires. Une telle mesure pourrait renforcer la prévisibilité et réduire ainsi les erreurs de procédure. Elle pourrait aussi contribuer à atténuer les effets de la forte rotation du personnel, dans la mesure où les procédures à suivre par l'ensemble du personnel seraient clairement définies.

Recommandation 33 :

La NCC devrait avoir le pouvoir de publier des lignes directrices offrant davantage de sécurité juridique aux entreprises sur les modalités d'application des dispositions de procédure et de fond du droit de la concurrence. Celles-ci devraient faire l'objet d'une consultation publique, y compris au niveau international, et devraient donc à ce stade être diffusées en anglais.

Recommandation 34 :

La NCC devrait publier toutes ses décisions, en veillant à préserver la confidentialité et les secrets commerciaux.

Recommandation 35 :

La NCC devrait être tenue d'établir des rapports annuels et de les diffuser auprès du public.

8.6. Autres forces et faiblesses concernant le recours judiciaire dans les affaires de concurrence

Les tribunaux jouent leur rôle en fournissant des mécanismes de contrôle dans l'examen des affaires de concurrence.

Il semble cependant que les autorités n'aient pas véritablement cherché à optimiser la contribution que pourraient apporter les tribunaux à l'application du droit de la concurrence. Il faudrait réfléchir plus avant aux attributions des tribunaux, à la meilleure façon de former les juges sur les notions spécialisées du droit de la concurrence et de garantir que les affaires sont jugées par ceux qui ont reçu la formation adéquate.

Recommandation 36 :

Le gouvernement vietnamien devrait revenir sur le choix des tribunaux chargés des appels formés sur les jugements en premier ressort, sachant que le droit de la concurrence est un domaine technique et parfois complexe à forte composante économique.

Quel que soit le tribunal chargé d'entendre les appels en rapport avec le droit de la concurrence, les autorités vietnamiennes devraient veiller à ce que les juges les plus susceptibles de statuer dans ces affaires dispose du soutien nécessaire, notamment financier, pour accéder à une formation spécialisée, nationale ou internationale, sur les modalités d'application du droit de la concurrence - dans l'esprit des ateliers de l'OCDE à l'intention des juges.

Annexe I - Secteurs soumis à licence

N°	Secteur d'activité
1.	Fabrication d'éléments d'étanchéité
2.	Vente (et réparation) d'équipement de combat
3.	Vente de feux d'artifice autres que les pétards
4.	Vente de logiciels et de matériels espions pour l'enregistrement audio et vidéo et géolocalisation
5.	Activités de pistolets à billes de peinture
6.	Vente de matériel et d'articles militaires pour utilisation par les forces armées, d'armes militaires, d'équipements et de véhicules militaires spécialisés pour utilisation par l'armée et la police ; composants, accessoires, matériel et équipements et éléments de génie militaire spéciaux
7.	Services de prêt sur gage
8.	Services de massage
9.	Vente de dispositifs de signalisation de détresse
10.	Services de recouvrement
11.	Services de sécurité
12.	Services de lutte contre les incendies
13.	Services d'avocat
14.	Services notariaux
15.	Évaluations judiciaires dans les domaines de la finance, de la banque, de la construction, des antiquités, des reliques, des œuvres intellectuelles
16.	Services de vente aux enchères
17.	Services d'arbitrage commercial
18.	Services d'huissier
19.	Liquidation et sauvegarde d'actifs d'entreprises et de coopératives pendant la procédure de faillite
20.	Services de comptabilité
21.	Services d'audit
22.	Services fiscaux
23.	Services de courtage douanier
24.	Vente de marchandises détaxées
25.	Activités d'entreposage et de stations d'affrètement de conteneurs
26.	Location de locaux pour les procédures douanières, la saisie, l'inspection et la surveillance en douane.
27.	Négociation de titres
28.	Services d'enregistrement, de mise en dépôt, de compensation et de liquidation par la Viet Nam Securities Depository et les sociétés s'occupant de négoce de titres cotés en Bourse et d'autres valeurs mobilières.
29.	Activités d'assurance
30.	Activités de réassurance
31.	Courtage en assurances

N°	Secteur d'activité
32.	Agents d'assurance
33.	Services d'estimation de biens
34.	Activités de loterie
35.	Jeux de casino et jeux vidéo pour les étrangers
36.	Services de négoce de titres de dette
37.	Services de notation
38.	Services de casino
39.	Services de pari
40.	Services de gestionnaire de fonds de pension
41.	Activités pétrolières et gazières
42.	Négoce de gaz
43.	Fabrication et réparation de bouteilles de gaz de pétrole liquéfié (GPL)
44.	Services d'évaluation commerciale
45.	Vente et destruction d'explosifs industriels
46.	Vente de précurseurs d'explosifs
47.	Activités liées aux explosifs et précurseurs d'explosifs industriels
48.	Services de dynamitage
49.	Vente de produits chimiques autres que ceux prohibés dans la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction
50.	Activités de boissons alcoolisées
51.	Vente de tabac, de cigarettes, d'outillage et de matériel pour l'industrie du tabac
52.	Vente de denrées alimentaires relevant de l'administration du ministère de l'Industrie et du commerce
53.	Exploitation de Bourses de marchandises
54.	Production, transport, distribution, vente en gros et au détail, importation, exportation d'électricité et conseil en la matière
55.	Exportation de riz
56.	Importation temporaire et réexportation de marchandises soumises à des droits d'accise spéciaux
57.	Importation temporaire et exportation d'aliments surgelés
58.	Importation temporaire et réexportation de marchandises faisant partie de la liste des marchandises utilisées
59.	Franchisage
60.	Service logistiques
61.	Vente de minéraux
62.	Vente de précurseurs industriels
63.	Activités de négoce de valeurs et de produits et activités directement liées au négoce de valeurs et de produits par des investisseurs étrangers et des entreprises à capitaux étrangers
64.	Activités de vente multiniveau
65.	Activités de commerce en ligne
66.	Activités pétrolières
67.	Audit énergétique

N°	Secteur d'activité
68.	Formation professionnelle
69.	Évaluation de la qualité de la formation professionnelle
70.	Services d'évaluation des compétences professionnelles
71.	Services d'inspection de la sécurité au travail
72.	Formation à la santé et à la sécurité au travail
73.	Agences d'emploi
74.	Services d'emploi à l'étranger
75.	Services de désintoxication volontaire
76.	Sous-traitance
77.	Services de transport routier
78.	Entretien automobile
79.	Construction, montage et importation d'automobiles
80.	Services d'inspection de véhicules à moteur
81.	Services de formation de conducteurs et chauffeurs
82.	Services de formation d'inspecteurs de sécurité routière
83.	Services d'examens de permis de conduire
84.	Services d'inspection de la sécurité routière
85.	Services de transport sur voies fluviales
86.	Construction, réparation et rénovation d'engins flottants
87.	Services de formation d'équipage et d'exploitants d'engins flottants pour voies fluviales
88.	Formation, recrutement et prestation d'équipages marins
89.	Services de sécurité en mer
90.	Services de transport maritime et agences de transport maritime
91.	Services de remorquage
92.	Importation et démolition de navires usagés
93.	Construction, réparation et rénovation de navires
94.	Activités d'exploitation de ports maritimes
95.	Activités de transport aérien
96.	Conception, fabrication, entretien et essai d'aéronefs, de moteurs et d'hélices d'aéronef et de produits et matériels avioniques au Viet Nam
97.	Activités d'exploitation d'aéroports
98.	Service d'aviation dans les aéroports
99.	Services de navigation aérienne
100.	Services de formation d'équipages d'aéronefs
101.	Activités de transport ferroviaire
102.	Activités d'infrastructures ferroviaires
103.	Activités ferroviaires urbaines
104.	Transport multimodal
105.	Transport de marchandises dangereuses
106.	Activités de transport par canalisations
107.	Activités immobilières
108.	Prestation de formations en courtage immobilier et activités de négoce immobilier

N°	Secteur d'activité
109.	Prestation de formations en activités de construction de logements
110.	Services de conseil en gestion de construction
111.	Services d'arpentage de construction
112.	Services de conception et évaluation (de construction)
113.	Services de supervision de construction
114.	Services de construction
115.	Activités de construction par des sous-traitants étrangers
116.	Services de gestion des coûts de construction
117.	Services d'évaluation de la qualité de construction
118.	Services d'expérimentation dans le domaine de la construction
119.	Services d'exploitation de construction de logements
120.	Services d'exploitation d'installations d'incinération
121.	Services de planification de construction
122.	Services de conseil en aménagement urbain prestés par des entreprises étrangères
123.	Vente d'amiante blanc du groupe de la serpentine
124.	Services postaux
125.	Services de télécommunications
126.	Certification de signatures numériques
127.	Édition
128.	Services d'imprimerie, hors industrie de l'emballage
129.	Services d'édition
130.	Services de constitution de réseaux sociaux
131.	Activités de jeux en ligne
132.	Services de radio et télévision rémunérés
133.	Services de développement de sites de presse en ligne
134.	Traitement, recyclage, réparation et rénovation de produits informatiques usagés de propriétaires étrangers inclus dans la liste des produits informatiques usagés interdits d'importation
135.	Fourniture d'informations par les télécommunications et l'internet
136.	Services d'enregistrement et de maintenance de noms de domaine « vn »
137.	Services et produits de cybersécurité
138.	Services et produits de cryptographie civile
139.	Vente d'appareils portatifs de brouillage
140.	Activités d'enseignement préscolaire
141.	Activités d'enseignement secondaire
142.	Activités d'enseignement supérieur
143.	Exploitation d'établissements d'enseignement à capitaux étrangers, de bureaux de représentation d'établissements d'enseignement étrangers au Viet Nam et succursales d'établissements d'enseignement à capitaux étrangers
144.	Activités de formation continue
145.	Exploitation d'établissements scolaires spécialisés
146.	Association d'enseignement avec des pays étrangers
147.	Évaluation de la qualité de l'enseignement

N°	Secteur d'activité
148.	Services de conseil en études à l'étranger
149.	Pêche
150.	Vente de produits aquatiques
151.	Vente d'aliments aquatiques et d'aliments pour animaux
152.	Services de test d'aliments aquatiques et d'aliments pour animaux
153.	Vente de préparations biologiques, micro-organismes, produits chimiques et agents d'assainissement du milieu utilisés en aquaculture
154.	Construction et rénovation de navires de pêche
155.	Reproduction, élevage, propagation artificielle d'animaux et plantes sauvages selon l'annexe de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
156.	Reproduction, élevage, propagation artificielle d'animaux et plantes sauvages d'espèces en danger et rares selon l'annexe de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
157.	Reproduction et élevage d'animaux sauvages normaux
158.	Exportation, importation, réexportation, transit et introduction de spécimens marins stipulés dans l'annexe de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
159.	Exportation, importation et réexportation de spécimens reproduits, élevés et propagés artificiellement selon l'annexe de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
160.	Vente d'animaux et plantes faisant l'objet de restrictions à l'usage à des fins commerciales
161.	Vente de produits de phytoprotection
162.	Traitement d'articles soumis à phytoquarantaine
163.	Services de test de pesticides
164.	Services de phytoprotection
165.	Vente de médicaments vétérinaires, vaccins, préparations biologiques, micro-organismes et produits chimiques utilisés en médecine vétérinaire
166.	Services techniques vétérinaires
167.	Examens et chirurgie vétérinaires
168.	Prestation de services de vaccination, diagnostic, prescription, traitement et soins vétérinaires
169.	Test et essai de médicaments vétérinaires (médicaments vétérinaires, médicaments vétérinaires aquatiques, préparations biologiques, micro-organismes et produits chimiques utilisés pour les médicaments vétérinaires et médicaments vétérinaires aquatiques)
170.	Élevage intensif
171.	Abattage
172.	Vente de denrées alimentaires relevant de l'administration du ministère de l'Agriculture et du développement rural
173.	Services de quarantaine d'animaux et produits animaux
174.	Vente d'engrais
175.	Services de test d'engrais
176.	Vente de variétés de plantes et de races animales
177.	Vente de races aquatiques

N°	Secteur d'activité
178.	Test de variétés de plantes et de races animales
179.	Services de tests de races aquatiques
180.	Tests et essais de préparations biologiques, micro-organismes, produits chimiques et agents d'assainissement du milieu utilisés en aquaculture
181.	Vente de produits génétiquement modifiés
182.	Traitement et examens médicaux
183.	Services de test VIH
184.	Services de banque de tissus
185.	Aide à la reproduction, cryoconservation de sperme et d'embryons
186.	Essais sur micro-organismes causes de maladies infectieuses
187.	Vaccination
188.	Traitement de substitution aux opiacés
189.	Chirurgie plastique
190.	Service de maternité par substitution
191.	Activités pharmaceutiques
192.	Production de cosmétiques
193.	Productions de cosmétiques
194.	Vente de denrées alimentaires relevant de l'administration du ministère de la Santé
195.	Vente de matériel médical
196.	Services de classification de matériel médical
197.	Services d'essai de matériel médical
198.	Expertise de propriété intellectuelle (estimation des droits de propriété intellectuelle et autres, de droits de propriété industrielle et de d'obteneur de variétés)
199.	Services de radiologie
200.	Aide à l'application de l'énergie atomique
201.	Évaluation de conformité
202.	Essais, calibrage et inspection d'instruments de mesure et de normes de mesure
203.	Fabrication de casques de motocyclistes
204.	Services d'évaluation et d'estimation de technologies
205.	Services de présentation de la propriété intellectuelle
206.	Production et distribution de films cinématographiques
207.	Services d'estimation d'antiquités
208.	Développement de plans, construction, supervision de de projets, entretien, rénovation et restauration de reliques
209.	Activités de karaoké et discothèque
210.	Services de voyage
211.	Activités professionnelles liées au sport et clubs de sport professionnels
212.	Activités relatives aux salons d'art, défilés de mode, concours de mannequinat et de beauté
213.	Vente d'enregistrements audio et vidéo de performances artistiques
214.	Services d'hébergement
215.	Publicité
216.	Négoce de reliques, antiquités et trésors nationaux

N°	Secteur d'activité
217.	Exportation de reliques et d'antiquités autres que celles appartenant à l'État, à des organisations politiques ou socio-politiques ; importations de biens culturels sous l'administration du ministère de la Culture, des sports et du tourisme
218.	Services muséaux
219.	Activités de jeux vidéo (autres que les jeux vidéo de casino pour les étrangers et les jeux vidéo de casino en ligne)
220.	Services de conseil en évaluation foncière et arpentage
221.	Services d'aménagement du territoire
222.	Services de développement de matériel et de logiciels informatiques dans le domaine foncier
223.	Services de développement de base de données foncières
224.	Services d'évaluation foncière
225.	Services de géodésie et de cartographie
226.	Services de prévisions météorologiques et hydrologiques
227.	Services de forage et d'exploration des eaux souterraines
228.	Extraction et utilisation de ressources hydriques, déversement d'eaux usées dans des sources hydriques
229.	Services élémentaires d'étude et de conseil pour la préparation de plans, de projets d'aménagement et de rapports concernant les ressources en eau
230.	Exploration minière
231.	Extraction minière
232.	Transport et traitement de déchets dangereux
233.	Importation de ferrailles
234.	Services de surveillance de l'environnement
235.	Vente de préparations biologiques pour le traitement des déchets
236.	Activités commerciales de banques commerciales
237.	Activités §commerciales§ d'établissements autres que les établissements de crédit
238.	Activités commerciales de coopératives, de fonds populaires de crédit et d'institutions de microfinance
239.	Services de paiement intermédiaire
240.	Services d'information sur le crédit,
241.	Activités de change par des établissements autres que les établissements de crédit
242.	Négoce de l'or
243.	Impression de billets et frappe de monnaies


Annexe II - Matériel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence

Le *Manuel pour l'évaluation de la concurrence-Principes* explique comment certaines formes importantes de restriction à la concurrence, répertoriées ci-dessous, peuvent être préjudiciables. Il indique aussi des solutions de rechange, moins préjudiciables, pour réaliser les objectifs de politique publique.

Graphique 2. Liste de référence pour l'évaluation de la concurrence

**LISTE DE RÉFÉRENCE POUR
L'ÉVALUATION DE LA CONCURRENCE**

Une évaluation approfondie de l'impact sur la concurrence est nécessaire quand une loi ou projet de réglementation:



<p style="text-align: center;">A</p> <p>Limite du nombre ou la diversité des fournisseurs</p> <p>Cela sera probablement le cas si le projet de réglementation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> A1 accorde des droits exclusifs à un fournisseur de biens ou services ; <input type="checkbox"/> A2 impose l'obtention d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'exercice de l'activité ; <input type="checkbox"/> A3 restreint les possibilités de fourniture d'un bien ou service par certains fournisseurs ; <input type="checkbox"/> A4 augmente sensiblement les coûts d'entrée ou de sortie pour un fournisseur ; <input type="checkbox"/> A5 crée un obstacle géographique empêchant une entreprise de fournir des biens et services, d'offrir de la main-d'œuvre ou d'effectuer des investissements. 	<p style="text-align: center;">B</p> <p>Limite la capacité de concurrence des fournisseurs</p> <p>Cela sera probablement le cas si le projet de réglementation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> B1 restreint la possibilité, pour les vendeurs, de fixer les prix des biens ou services ; <input type="checkbox"/> B2 limite la liberté des fournisseurs de faire de la publicité pour leurs biens et services ou de les commercialiser ; <input type="checkbox"/> B3 fixe des normes de qualité des produits qui confèrent un avantage à certains fournisseurs par rapport aux autres ou qui sont supérieures au niveau que choisiraient un grand nombre de clients bien informés ; <input type="checkbox"/> B4 augmente sensiblement les coûts de production de certains fournisseurs par rapport aux autres (tout particulièrement en traitant différemment les entreprises en place et les nouveaux entrants).
<p style="text-align: center;">C</p> <p>Réduction de l'incitation des fournisseurs à se livrer concurrence</p> <p>Cela pourra être le cas si le projet de réglementation :</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> C1 crée un régime d'autoréglementation ou de coréglementation ; <input type="checkbox"/> C2 oblige ou encourage à rendre publics les informations concernant la production des fournisseurs, leurs prix, leur chiffre d'affaires ou leurs coûts ; <input type="checkbox"/> C3 fait échapper l'activité d'un secteur ou d'une catégorie de fournisseurs au droit commun de la concurrence. 	<p style="text-align: center;">D</p> <p>Limiter les choix et l'information des clients</p> <p>Cela pourra être le cas si le projet de réglementation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> D1 limite pour les consommateurs la liberté de choix de leurs fournisseurs ; <input type="checkbox"/> D2 freine la mobilité des clients des fournisseurs de biens ou services en augmentant le coût explicite ou implicite d'un changement de fournisseur ; <input type="checkbox"/> D3 modifie fondamentalement les informations dont ont besoin les acheteurs pour faire efficacement leur choix.

Source : Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence, Vol. 1 Principes

Le Manuel pour l'évaluation de la concurrence–Guide fournit les outils conceptuels détaillés pour entreprendre une évaluation. Il explique par exemple comment différents types de réglementation peuvent avoir un effet sur le degré de pouvoir de marché auquel accèdent les participants, comment les différents types de réglementation influent sur les barrières à l'entrée (ou à la sortie), ou comment la réglementation peut freiner l'innovation ou nuire à l'efficacité des marchés.

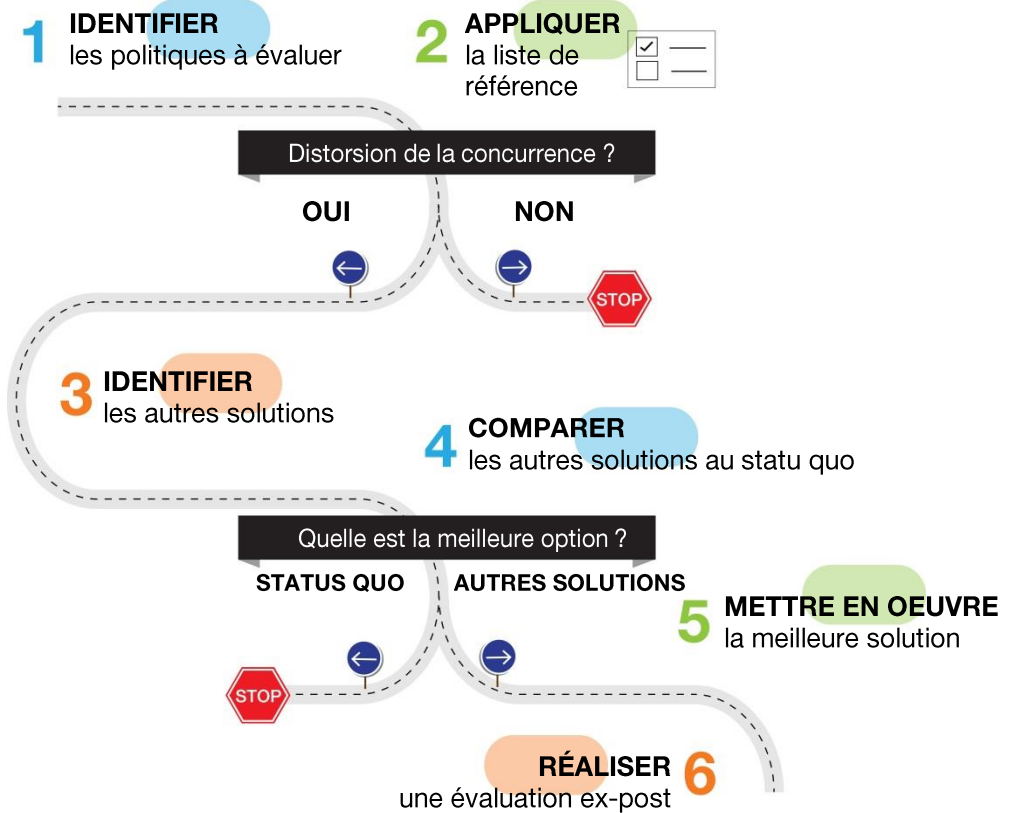
Le Guide contient également de nombreux conseils sur les différents buts des politiques publiques que les réglementations sont généralement conçues pour atteindre. Il fournit en outre des exemples concrets et des études de cas hypothétiques concernant la façon dont des types particuliers de réglementation peuvent être réformés pour mieux atteindre ces buts de politique publique tout en faisant diminuer le risque de préjudice pour la concurrence.

Le troisième volume, « *Operational Manual* » (en anglais seulement), donne une vue d'ensemble des étapes pratiques de la conception et de la réalisation de ces examens. Par exemple, il aborde séparément les raisons et les méthodes pour appliquer l'évaluation de la concurrence à :

- des propositions de nouveaux règlements ;
- la mise en œuvre d'études de marché ciblées concernant des secteurs qui ont été identifiés comme souffrant d'un manque de concurrence ;
- un examen sectoriel dans lequel les règlements qui s'appliquent à un secteur économique important sont examinés non parce qu'il y a une suspicion *a priori* de problème pour la concurrence, mais parce que le secteur est d'une importance telle qu'il est prioritaire que sa réglementation fonctionne bien.

Le processus de l'évaluation décrit par le Guide comporte les étapes indiquées ci-dessous.

Graphique 3. Étapes de l'évaluation de la concurrence



Source : Manuel de l'OCDE pour l'évaluation de la concurrence, Vol. 1 Principes

Annexe III - Dispositions du Code pénal

Article 217. Infractions à la réglementation découlant du droit de la concurrence

Toute personne qui participe à ou commet l'une des infractions suivantes à la réglementation de la concurrence et en tire un bénéfice illicite d'un montant compris entre 500 millions VND et 3 milliards VND, ou qui occasionne un préjudice d'un montant compris entre 1 milliard VND et 5 milliards VND sera passible d'une amende d'un montant compris entre 200 millions VND et 1 milliard VND ou d'une peine de deux ans de rééducation sans détention ou de trois à 24 mois d'emprisonnement.

1. s'entendre par accord pour empêcher une autre entreprise de participer au marché ou de développer son activité ;
2. s'entendre par accord pour éliminer une entreprise tierce, non-partie à l'accord, du marché ;
3. s'entendre par accord pour limiter la concurrence alors que les parties à l'accord ont une part de marché totale égale ou supérieure à 30 %. L'accord peut viser à : fixer directement ou indirectement le prix de biens ou services ; répartir un marché ou la fourniture de biens ou de services ; restreindre ou contrôler la quantité de biens ou de services ; restreindre le développement ou l'investissement technologique ; imposer à d'autres entreprises des conditions à la conclusion de contrats de vente ou forcer d'autres entreprises à accepter des obligations qui ne sont pas liées à l'objet du contrat.

L'infraction commise dans l'un quelconque des cas suivants sera punie d'une amende d'un montant compris entre 1 milliard VND et 3 milliards VND ou d'une peine d'un à cinq ans d'emprisonnement :

1. infraction en récidive ;
2. infraction impliquant l'usage de méthodes déloyales ;
3. exploitation par le contrevenant de sa position dominante ou de son monopole sur un marché ;

4. infraction ayant donné lieu à un bénéfice illicite d'un montant supérieur ou égal à 5 milliards VND ;
5. infraction ayant occasionné un préjudice à des tiers d'un montant supérieur ou égal à 3 milliards VND.

Le contrevenant s'expose en outre à une amende d'un montant compris entre 50 millions VND et 200 millions VND et à une interdiction d'exercer certaines fonctions ou activités professionnelles d'une durée d'un à cinq ans.

Sanctions encourues par une entreprise personne morale qui commet l'une des infractions énumérées dans le présent article :

1. Une entreprise personne morale qui commet cette infraction dans les circonstances précisées à la clause 1 du présent article sera passible d'une amende d'un montant compris entre 1 milliard VND et 3 milliards VND.
2. Une entreprise personne morale qui commet cette infraction dans les circonstances précisées à la clause 2 du présent article sera passible d'une amende d'un montant compris entre 3 milliards VND et 5 milliards VND ou à une interdiction d'exercer d'une durée de six à 24 mois.
3. L'entreprise contrevenante s'expose en outre à une amende d'un montant compris entre 100 millions VND et 500 millions VND et à une interdiction d'exercer dans certains secteurs d'activité ou de lever du capital d'une durée d'un à trois ans.

Article 222. Infractions aux dispositions de la Loi sur les appels d'offres ayant des conséquences graves

Toute personne qui commet l'un des actes suivants ayant pour effet d'occasionner un préjudice d'un montant compris entre 100 millions VND et 300 millions VND, ou qui occasionne un préjudice d'un montant inférieur à 100 millions VND, mais agit en récidive, sera passible d'une peine de trois ans au maximum de rééducation sans détention ou de un à cinq ans d'emprisonnement.

1. actes illicites visant à interférer dans un appel d'offres ;
2. collusion avec d'autres soumissionnaires dans un appel d'offres ;

3. fraude dans le cadre d'un appel d'offres ;
4. actes d'obstruction à un appel d'offres ;
5. infraction ayant pour effet de nuire à l'équité et à la transparence d'un appel d'offres ;
6. sélection de sous-traitants avant que les sources de financement soient déterminées, avec pour conséquence d'être dans l'incapacité de les payer ;
7. transmission illicite du marché ;

L'infraction commise dans l'un quelconque des cas suivants sera punie d'une peine de trois à 12 ans d'emprisonnement :

1. infraction visant la réalisation d'intérêts propres du contrevenant ;
2. infraction en bande organisée ;
3. infraction impliquant un abus de position ou de pouvoir du contrevenant ;
4. infraction impliquant l'usage de méthodes déloyales ;
5. infraction occasionnant un préjudice d'un montant compris entre 300 millions VND et 1 milliard VND.

Si l'infraction occasionne un préjudice d'un montant supérieur ou égal à 1 milliard VND, le contrevenant est passible d'une peine de dix à 20 ans d'emprisonnement.

Le contrevenant s'expose en outre éventuellement à une interdiction d'exercer certaines fonctions ou activités professionnelles d'une durée d'un à cinq ans, ou à la confiscation de tout ou partie de ses biens.

Références

- Banque mondiale (2015), *Taking Stock: An Update on Viet Nam's Recent Economic Developments*, Hanoi.
- Banque mondiale et Ministry of Planning and Investment of Vietnam (2016), *Vietnam 2035: Toward Prosperity, Creativity, Equity, and Democracy*, Washington, DC, Banque mondiale.
- Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (2016), *Chefs d'entreprise, la concurrence déloyale : c'est votre affaire*, DIRECCTE, décembre.
- European Chamber of Commerce in Viet Nam (2017), *Whitebook: Trade/Investment Issues and Recommendations*, 9^e édition, Eurocham.
- Fruitman, D., P. Hoang et A. Le (2016), *Viet Nam – Severe potential penalties for anti-competitive agreements*, DFDL, 27 avril.
- Nguyen, T. (2014), *Competition law in Viet Nam: is it anti-trust worthy? (2012)*, LNT & Partners, 5 juin.
- OCDE (2016), *Economic Outlook for Southeast Asia, China and India 2016: Enhancing Regional Ties*, Éditions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/saeo-2016-en>.
- Phuoc, D. (2016), « Cartel criminalised in Vietnam », *Viet Nam Investment Review*, 25 janvier.
- Vietnamese Competition Authority (2013), « Report on the Enterprises Survey and Experts Interview about Viet Nam Competition Law ».
- Vietnamese Competition Authority and the Japan International Cooperation Agency (2014), *Report - Review of competition related regulations in sectoral regulatory laws*, Hanoi.

www.oecd.org/competition

