



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/47
16 septembre 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes

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

Sixième session

Genève, 8-10 novembre 2004

AFFAIRES DE CONCURRENCE RÉCENTES*

Résumé

Le présent rapport passe en revue un certain nombre d'affaires importantes touchant les pratiques anticoncurrentielles et les fusions dans des pays développés et en développement, y compris des affaires faisant intervenir d'autres pays ou des entreprises étrangères. Il ressort de ces affaires que le droit de la concurrence commence à être mieux appliqué dans certains pays en développement, et que la coopération entre les autorités chargées de la concurrence dans certains pays ou régions, développés ou en développement, est en train de se renforcer. Cela étant, certaines de ces affaires donnent aussi à penser que de nouveaux efforts au plan national et des progrès dans le domaine de la coopération internationale seraient nécessaires pour répondre efficacement aux pratiques commerciales anticoncurrentielles qui touchent le commerce international et le développement économique.

* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de la nécessité d'y faire figurer le plus grand nombre possible de communications.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Introduction et considérations générales	3
1. Pratiques anticoncurrentielles.....	4
1.1 Afrique du Sud: Abus de position dominante dans le secteur des télécommunications	4
1.2 Brésil: Possibilité d'entente pour l'obtention de marchés de génie civil	5
1.3 Province chinoise de Taiwan: Abus présumé de position par la société Microsoft Taiwan Corporation.....	6
1.4 Pérou: Entente sur la tarification dans le secteur de l'assurance automobile (SOAT).....	7
1.5 Allemagne: Abus de position sur le marché par Lufthansa	8
1.6 Mexique: Mesures ayant une incidence sur les services de télécommunication	8
1.7 République de Corée: Boycott commun de sociétés de production de ciment.....	10
2. Fusions et acquisitions.....	11
2.1 Brésil: Fusion AmBev/Interbrew	11
2.2 Venezuela: Acquisition de Daewoo par General Motors.....	12
2.3 Zimbabwe: Achat de l'hôpital St. Anne par CAPS Holdings Limited	13
2.4 Zambie: Prise de contrôle de Cadbury Schweppes par la Zambia Bottlers Ltd	14
2.5 République de Corée: Fusion PointNix/UBCARE	16

Introduction et considérations générales

1. Le présent rapport fait partie d'une série de rapports préparés par le secrétariat de la CNUCED sur des affaires dans le domaine de la concurrence¹. Il a été préparé conformément aux paragraphes 9 et 12 de la résolution adoptée par la quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (TD/RBP/CONF.5/15). Au paragraphe 9 de ladite résolution, la Conférence a prié le Secrétaire général de la CNUCED de «recenser les affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant des incidences dans plus d'un pays, ainsi que les problèmes rencontrés en matière d'enquête sur ces affaires, afin d'étudier le degré d'efficacité de la coopération entre les autorités chargées de la concurrence et les pouvoirs publics concernant le règlement de ces affaires» et, au paragraphe 12, a demandé au secrétariat de continuer à publier périodiquement et à diffuser sur Internet «une note d'information sur les affaires de concurrence importantes et récentes et, en particulier les affaires intéressant plusieurs pays, établie en tenant compte des informations communiquées par les États membres». En outre, au paragraphe 7 c) des conclusions concertées qu'il a adoptées à la séance plénière de clôture de sa cinquième session, le 5 juillet 2002, le Groupe intergouvernemental d'experts a demandé au secrétariat de la CNUCED de préparer, pour examen par le groupe à sa sixième session «une note d'information sur les affaires récentes importantes, et en particulier sur celles concernant plus d'un pays, compte tenu des informations reçues des États membres au plus tard le 31 janvier 2003».

2. Conformément à ces demandes, les affaires examinées dans le présent rapport sont tirées de la documentation fournie par les États membres en réponse à la demande de renseignements qui leur a été adressée par le secrétariat de la CNUCED et d'autres documents publics. Compte tenu du mandat susmentionné et du nombre relativement limité d'affaires intéressant des pays en développement à propos desquels il a été possible d'obtenir des informations, le secrétariat a sélectionné pour examen une gamme relativement large d'affaires comprenant celles: a) qui ont des effets sur les marchés d'un ou de plusieurs pays, dont un pays en développement; b) qui font intervenir des entreprises non domiciliées dans le pays en développement où l'affaire a été examinée; ou c) qui renvoient à des enjeux ou secteurs ayant une importance au plan international, en particulier pour les pays en développement.

3. Il ressort des affaires examinées dans le présent document que, dans un contexte de mondialisation et de libéralisation, le droit et les politiques de la concurrence sont en train de devenir un élément clef de la politique économique de certains pays en développement. Cela étant, l'ensemble relativement peu nombreux d'affaires et de pays d'où cet échantillon a été tiré donne à penser que davantage de pays doivent faire un effort accru pour adopter et faire appliquer une législation sur la concurrence et créer ou renforcer une culture de la concurrence sur les marchés. Certaines des affaires examinées montrent que des pratiques anticoncurrentielles telles que la collusion, l'abus de position dominante ou la constitution de cartels existent dans divers secteurs et que dans de nombreux cas elles font intervenir un ensemble d'actions

¹ Voir le rapport de 1995 intitulé «Cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays, notamment des pays en développement, et conclusions générales concernant les questions qu'ils soulèvent» (TD/RBP/CONF.4/6) et le rapport de 1998 intitulé «Competition cases involving more than one country» (TD/B/COM.2/CLP/9).

verticales et horizontales illégales ayant un impact au niveau international. Pour leur part, les autorités chargées de la concurrence sont de plus en plus souvent amenées à évaluer les éventuels effets négatifs de fusions et d'acquisitions, qui ont fréquemment une dimension internationale, sur la concurrence.

4. Étant donné que le présent rapport présente plus particulièrement des cas de succès, on pourrait se demander dans quelle mesure et par quel moyen les pays où les autorités chargées de la concurrence n'existent que depuis peu, en particulier les pays en développement et en transition, seraient en mesure de lutter contre ces pratiques et d'évaluer les effets de fusions mondiales. Les efforts des pays en développement pour combattre les pratiques anticoncurrentielles ou les fusions dont l'initiative revient à une société située à l'étranger devraient être complétés par une coopération internationale. Toutefois, bien qu'un grand nombre d'affaires d'une dimension internationale aient été étudiées, seul un petit nombre contiennent des informations explicites quant au rôle clef joué par la coopération internationale. Dans la plupart des affaires anticoncurrentielles ou des cas de fusion et acquisition à l'échelle internationale examinés, les instruments de coopération internationale disponibles semblent ne pas avoir été utilisés ou n'avoir été utilisés que de façon très limitée. Compte tenu des problèmes inhérents aux enquêtes sur les affaires anticoncurrentielles et les fusions et acquisitions transfrontières, on ne peut dire si un recours plus important à la coopération internationale a paru inutile ou si au contraire la coopération internationale a été gênée par l'absence d'instruments efficaces en matière de politique de concurrence.

5. L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives prévoit que les États devraient rechercher des mesures correctives ou préventives appropriées pour empêcher et/ou réprimer l'emploi de pratiques commerciales restrictives relevant de leur compétence quand ils constatent que ces pratiques sont préjudiciables au commerce international (par. E.4); instituer des procédures ou améliorer celles qui existent déjà aux fins d'obtenir des entreprises, notamment des sociétés transnationales, les renseignements nécessaires au contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives (par. E.6); mettre en place, aux niveaux régional et sous-régional, des mécanismes appropriés pour favoriser l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives et sur l'application des législations et politiques nationales en la matière, et pour s'entraider dans l'intérêt commun en ce qui concerne le contrôle des pratiques commerciales restrictives aux niveaux régional et sous-régional (par. E.7); et, sur demande, ou de leur propre initiative quand ils en constatent la nécessité, fournir aux autres États, en particulier s'il s'agit de pays en développement, les renseignements auxquels le public a accès et, dans la mesure où leur législation et la politique établie des pouvoirs publics le permettent, les autres renseignements nécessaires pour le contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives (par. E.9).

1. Pratiques anticoncurrentielles

1.1 Afrique du Sud: Abus de position dominante dans le secteur des télécommunications²

6. Après enquête à la suite de plaintes déposées en 2002 contre Telkom par la South African Value Added Network Services Association (SAVA), Omnilink et d'autres, la South African

² Sur la base d'informations disponibles sur le site Web de la South African Competition Commission.

Competition Commission a conclu que la conduite de Telkom à l'encontre des fournisseurs de services Internet à valeur ajoutée était anticoncurrentielle et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de la concurrence.

7. Un service de réseau à valeur ajoutée est, pour l'essentiel, un service de télécommunication assuré à un consommateur par le biais d'une infrastructure (y compris tout câble pouvant être utilisé pour des télécommunications) et offrant une valeur ajoutée: courrier électronique, échange de données électroniques et accès Internet.

8. Telkom détient un monopole de fait sur l'infrastructure nécessaire aux fournisseurs pour offrir leurs services à leurs clients. En outre, il est en concurrence avec eux sur le marché des services à valeur ajoutée. D'après la commission de la concurrence, Telkom a abusé de sa position dominante en tant que prestataire monopolistique et s'est livré à plusieurs pratiques anticoncurrentielles (ventes liées, refus de vendre et tarification discriminatoire) sur le marché des services de réseau à valeur ajoutée.

Commentaire

9. Dans de nombreux pays en développement, le secteur des télécommunications, et notamment le marché des services mobiles, des services de données et de l'accès à Internet, a été progressivement libéralisé. Les télécommunications sont un élément essentiel de la révolution des technologies de l'information que de nombreux gouvernements essaient d'intégrer à leur stratégie de développement du commerce électronique, de l'éducation, de la formation et de la création d'emplois. L'affaire suggère que les sociétés en place, qui jouissent d'un monopole sur des installations clefs, peuvent parfois favoriser leurs propres fournisseurs d'accès à Internet au moyen de diverses pratiques (subventionnements croisés, discrimination en matière de prix et autres, etc.). L'affaire Telkom traduit l'importance qu'il y a à veiller à ce que le marché des services de réseau à valeur ajoutée ne soit pas victime de pratiques anticoncurrentielles.

1.2 Brésil: Possibilité d'entente pour l'obtention de marchés de génie civil³

10. Le 16 juillet 2003, le Secrétariat du droit économique du Ministère de la justice (SDE) a mené pour la première fois dans l'histoire du Brésil un raid à l'aube dans les locaux de l'Association des industries minières de l'État de São Paulo (Sindipedras) à la recherche de preuves de l'existence d'un cartel sur le marché des pierres concassées (qui est l'un des principaux matériaux de base dans le secteur du génie civil). Les sociétés minières concernées assuraient ensemble 70 % de la production de pierres concassées dans l'État de São Paulo, et auraient constitué un cartel depuis plus de deux ans, augmentant les prix au détriment du secteur, y compris des travaux publics.

11. Au cours du raid, des documents, des rapports, des bandes magnétiques, des manuels, des transparents, des logiciels destinés à surveiller l'activité des entreprises qui auraient constitué un cartel, des reçus et des avis d'appels d'offres ont été saisis. D'après le SDE, un premier examen de ces documents montrait que: a) les entreprises saisissaient les prix proposés au moyen d'un

³ Sur la base d'informations recueillies par le secrétariat de la CNUCED auprès de diverses sources.

programme informatique et conservaient les données dans un fichier central à Sindipedras; b) le cartel présumé prenait ses décisions lors de réunions organisées au siège de l'Association; c) un logiciel permettait de suivre les chiffres de vente quotidiens des 17 sociétés et était destiné à suivre les activités du cartel présumé; d) une amende était imposée à toute société qui ne respectait pas les décisions du groupe; e) les membres du cartel se répartissaient les clients et chaque société se voyait attribuer un quota, y compris concernant les soumissions aux appels d'offres; et f) chaque société conservait la liste de ses clients dans un dossier appelé la «Bible» et un membre du cartel ne pouvait vendre aux clients d'un autre membre qu'en proposant un prix plus élevé (en règle générale 2,00 reais brésiliens au-dessus du prix demandé par l'autre membre).

Commentaire

12. Cette affaire montre combien il importe que les pays en développement disposent d'un cadre approprié pour enquêter au sujet d'activités telles que l'entente sur les prix, la répartition du marché, les restrictions à la production et les ententes en réponse aux appels d'offres. La législation brésilienne de la concurrence a été révisée en 2000 afin de permettre aux autorités compétentes de procéder par surprise à la fouille de locaux. Cette possibilité a été utilisée pour la première fois dans l'affaire Sindipedras et a montré son intérêt pour démontrer l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. L'affaire Sindipedras a également montré qu'il existait une bonne coopération entre les divers organismes ayant participé au raid, à savoir le SDE, la police fédérale, le parquet fédéral, le parquet de l'État et les magistrats. Les autorités brésiliennes ont également un autre outil important à leur disposition, à savoir la coopération avec les organismes étrangers compétents dans le cadre d'affaires ayant une dimension internationale. Les enquêtes au sujet de cartels prennent de plus en plus fréquemment une dimension transfrontière compte tenu de la présence de plus en plus internationale des entreprises concernées, dont les pratiques commerciales peuvent être ressenties (et avérées) dans différents pays simultanément. Il importe également de mentionner que depuis cette affaire, les autorités ont mené 10 autres raids à l'aube ce qui constitue un tournant dans les méthodes utilisées pour lutter contre les cartels.

1.3 Province chinoise de Taiwan: Abus présumé de position par la société Microsoft Taiwan Corporation⁴

13. En avril et en mai 2002, la Fair Trade Commission (FTC) a créé une équipe spéciale chargée de lutter contre les monopoles dans le domaine des logiciels afin de déterminer si la société Microsoft Taiwan Corporation avait profité de sa position particulière sur le marché des logiciels pour fixer les prix à un tarif anormalement élevé et incorporer certains produits à son progiciel Office. Après près de six mois d'enquête, Microsoft Taiwan a adressé le 3 octobre 2002 à la FTC une demande écrite de règlement administratif. Étant donné que la FTC n'était toujours pas en mesure de prouver juridiquement les faits soupçonnés, et afin de régler de manière efficace l'affaire, elle a accepté sur le principe la demande de Microsoft Taiwan et a engagé le processus de négociation. Après des négociations intenses et plusieurs propositions de Microsoft Taiwan, elle a approuvé une offre de règlement en février 2003. La FTC estimait que l'offre était

⁴ Sur la base de documents disponibles sur le site Internet de la FTC.

dans l'intérêt du public, assurait l'équité, protégeait les intérêts des consommateurs et encourageait le développement de l'industrie de l'information.

Commentaire

14. L'accord passé entre Microsoft Taiwan et la FTC présente en particulier les caractéristiques suivantes: a) la fixation du prix des logiciels pour les consommateurs et le secteur de l'éducation; b) la promotion des intérêts des consommateurs; c) l'encouragement de la concurrence au sein d'une même marque; d) la garantie d'un service après-vente pour les logiciels; e) un accès raisonnable aux codes source; f) l'extension à Taiwan de l'accord conclu par Microsoft aux États-Unis; et g) des mécanismes de consultation. Cette affaire a montré qu'un personnel et des moyens considérables étaient nécessaires pour traiter d'affaires complexes contre de grandes sociétés. La FTC a créé une équipe spéciale interdépartementale et engagé une recherche approfondie dans des domaines connexes, s'informant auprès de parties intéressées et tenant également compte des dernières tendances et évolutions s'agissant de la situation de Microsoft au plan international afin de pouvoir négocier sur une base solide.

1.4 Pérou: Entente sur la tarification dans le secteur de l'assurance automobile (SOAT)⁵

15. À l'issue d'une enquête concernant la tarification de l'assurance automobile obligatoire (SOAT), l'Institut national péruvien de défense de la concurrence et de protection des droits de propriété intellectuelle (INDECOPI) a condamné neuf sociétés d'assurance péruviennes et leur association. La première décision de la Commission de la libre concurrence a été prononcée le 11 décembre 2002. INDECOPI avait commencé son enquête afin de déterminer si les sociétés d'assurance s'étaient entendues pour échanger des informations sur les prix (primes d'assurance, dépenses administratives et majorations). Dans ses conclusions, la Commission a déclaré qu'au cours de la période ayant fait l'objet de l'enquête (juillet 2001 à avril 2002) les neuf compagnies d'assurance avaient manipulé les prix, et les a par conséquent condamnées, ainsi que leurs associations, à une amende globale d'environ 514 575 dollars É.-U.

16. Par la suite, les compagnies d'assurance ont fait appel devant le Tribunal pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle (deuxième chambre) qui a considéré que 8 des 10 premières compagnies d'assurance concernées avaient violé les articles 3 et 6 de la loi péruvienne sur la concurrence (décret législatif 701) en manipulant les prix de l'assurance automobile obligatoire au cours de la période décembre 2001-avril 2002, mais a cependant réduit le montant de l'amende imposée.

Commentaire

17. Des cas similaires de pratiques anticoncurrentielles par des compagnies d'assurance ont récemment fait l'objet d'enquêtes dans d'autres pays en développement. Le secteur des assurances n'est pas traité de la même façon dans toutes les juridictions: dans certains pays, il est surveillé par des organismes à compétence sectorielle alors que dans d'autres il bénéficie de diverses dérogations à la législation de la concurrence.

⁵ Sur la base des informations communiquées par INDECOPI (Pérou).

18. Cette affaire montre également l'approche adoptée par les autorités péruviennes à l'égard des méthodes employées afin de déterminer si une pratique présumée anticoncurrentielle relève de la législation de la concurrence et les dommages qu'elle est susceptible de créer. Au cours de l'appel, le Tribunal a modifié les critères d'évaluation de la preuve dans le cas des accords horizontaux, passant de l'a priori à la «règle de la raison» et introduisant une nouvelle jurisprudence concernant les questions de procédure de façon à garantir le respect des droits et la transparence lors des enquêtes antitrust.

1.5 Allemagne: Abus de position sur le marché par Lufthansa⁶

19. Après un examen détaillé, le Bundeskartellamt a décidé de ne pas engager de poursuites contre Deutsche Lufthansa AG qui avait décidé de ne plus payer de commission aux agences de voyage. D'après le Bundeskartellamt, Lufthansa n'avait pas violé l'interdiction d'utiliser sa position dominante prévue par la législation sur la concurrence. En tant que principal transporteur aérien en Allemagne, Lufthansa fait l'objet d'un contrôle pour abus de position dominante, en particulier en ce qui concerne la dépendance des agences de voyage à l'égard de la vente de billets mais le Bundeskartellamt a considéré qu'elle avait tenu compte de la dépendance d'un grand nombre de petites et moyennes entreprises en leur laissant un certain temps pour se réorganiser avant que sa décision prenne effet. De plus, en prélevant un supplément en cas de vente directe, elle avait fixé un éventail de prix permettant aux agences de voyage de prélever une commission pour leurs services.

Commentaire

20. La restructuration du secteur du transport aérien et l'impact de cette restructuration sur les agences de voyage ont été à l'origine de nombreuses plaintes pour pratiques anticoncurrentielles (voir, par exemple, l'affaire Air France au Sénégal à laquelle il est fait référence dans le document de la CNUCED TD/B/COM.2/CLP/38, ou la décision de la Commission irlandaise de la concurrence concernant Aer Lingus). Un des arguments intéressants sur lesquels s'est fondée le Bundeskartellamt est le fait que, bien que la décision de Lufthansa pénaliserait sans aucun doute les agences de voyage, celles-ci disposaient d'une durée suffisante pour s'adapter et auraient la possibilité de prélever directement une commission auprès de leurs clients. En outre, le fait que cette commission sera à l'avenir payée directement par le client se traduira par une plus grande transparence et par une concurrence accrue entre agences de voyage.

1.6 Mexique: Mesures ayant une incidence sur les services de télécommunication⁷

21. Le 10 novembre 2000, conformément aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, les États-Unis ont demandé à l'Organe de règlement des différends de l'OMC de nommer un groupe chargé d'examiner les mesures adoptées par le Mexique s'agissant du commerce de services de télécommunication de base et à valeur ajoutée. D'après les États-Unis, le Mexique n'avait pas adopté de mesures destinées à empêcher la société Telmex, qui est l'un des principaux fournisseurs de services de

⁶ À la base d'informations disponibles sur le site Web du Bundeskartellamt.

⁷ Sur la base du document de l'OMC publié sous la cote WT/DS204/R (2 avril 2004).

télécommunication au Mexique, de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles, ce qui constituait une violation des obligations du Mexique en vertu de la section 1.1 du document de référence de l'OMC sur les télécommunications ainsi que d'autres obligations découlant d'accords de l'OMC. En particulier, les États-Unis arguaient que la réglementation du Mexique en matière de communications internationales (plus précisément l'article 13 ainsi que les articles 3, 6, 10, 22 et 23) permettait à Telmex de se comporter comme un cartel et de fixer elle-même les tarifs des liaisons internationales ainsi que de limiter l'offre de services de télécommunication de base.

22. L'OMC a conclu que le Mexique n'avait pas respecté l'engagement pris en vertu de la section 1.1 de son document de référence, à savoir appliquer des «mesures appropriées» pour empêcher toute pratique anticoncurrentielle, étant donné que les dispositions en vigueur imposaient des pratiques anticoncurrentielles entre fournisseurs qui, seuls ou conjointement, étaient de très importants fournisseurs des services concernés. Il a recommandé que l'Organe de règlement des différends prie le Mexique de prendre des dispositions afin de se mettre en conformité avec les obligations découlant de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

Commentaire

23. Cette affaire révèle l'interaction entre des dispositions contradictoires en matière de concurrence aux niveaux international et national, et en particulier plusieurs des conséquences d'accords de l'OMC pour la politique de concurrence et la réglementation intérieure. Tout d'abord, elle montre que les engagements pris à l'échelle internationale en vertu de l'AGCS afin d'empêcher les fournisseurs de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles ou de continuer de telles pratiques permettent de limiter les pouvoirs réglementaires des membres de l'OMC et, en l'espèce, l'applicabilité de certaines règles en matière de télécommunications internationales qui limiteraient la concurrence. Le groupe de l'OMC a conclu que les pratiques imposées par la législation mexicaine pourraient être des «pratiques anticoncurrentielles» au sens de la section 1 du document de référence du Mexique et étaient donc contraires aux règles de l'OMC.

24. Le groupe a également insisté sur le fait qu'il avait dûment tenu compte des dispositions de l'AGCS concernant le traitement différentiel et plus favorable des pays en développement. Il a conclu que sa décision n'empêchait pas le Mexique de chercher activement à atteindre les objectifs de développement énoncés dans lesdites dispositions en développant des réseaux de télécommunication et en offrant des services de télécommunication à un prix abordable et de manière compatible avec les engagements pris dans le cadre de l'AGCS.

25. Troisièmement, le groupe a noté que l'article 19 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends stipulait que «dans les cas où un groupe spécial ... conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le membre concerné la rende conforme audit accord». Contrairement à certaines autres dispositions d'accords de l'OMC (telles que l'article XXIII:1 du GATT concernant l'article 3.8 du Mémorandum), l'AGCS ne prévoyait pas, en cas de plainte pour violation (art. XXIII:1 de l'AGCS), que le membre qui dépose la plainte invoque l'annulation ou la compromission des avantages découlant du traité et qu'un groupe se prononce à ce sujet. Alors que l'article XXIII:1 du GATT conditionne expressément l'accès aux procédures de règlement des différends de l'OMC à l'existence d'une allégation selon laquelle un «avantage» ou la «réalisation

d'un objectif» aurait été annulé ou aurait été compromis, la disposition correspondante de l'AGCS (art. XXIII:1) permet le recours au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends au cas où un membre «ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques» qu'il a contractés, ce qui est similaire à la règle de l'a priori dans le cadre de la lutte antitrust.

1.7 République de Corée: Boycott commun de sociétés de production de ciment⁸

26. En septembre 2003, la Korea Fair Trade Commission (KFTC) a décidé d'imposer une amende de 22 millions de dollars à sept sociétés de fabrication de ciment pour avoir ensemble conspiré afin de prévenir de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché du ciment. Ces sept sociétés – Ssangyong, Dongyang, Sungsin, Lapaz Halla, Hyunday, Hanil et Asia – auraient convenu par deux fois en 2002 de limiter leurs ventes à la Aju Industry Co. (Aju) et à la Yoojin Remicon Co. (Yoojin), producteurs de béton prêt à l'emploi dont le ciment est la principale matière première.

27. Aju et Yoojin avaient acheté du ciment auprès de ces sept sociétés. Yoojin, dont le béton prêt à l'emploi constitue la principale production, produit également de la poudre de scories, qui peut être utilisée à la place du ciment. La société Aju avait pour sa part prévu de construire une usine afin de produire de la poudre de scories en vue d'autres utilisations. La poudre de scories peut être obtenue en broyant des scories (sous-produit de l'élaboration d'acier). Les sept producteurs de ciment concernés craignaient que la production par Yoojin et Aju de grandes quantités de poudre de scories ne constitue une menace pour leur marché. Elles s'étaient donc mises d'accord pour limiter les quantités de ciment qui leur étaient vendues afin de les pousser à abandonner la production de poudre de scories.

28. Dans le cadre de son enquête, la KFTC est parvenue à la conclusion que Yoojin et Aju pourraient devenir des concurrents des sept producteurs de ciment concernés étant donné que si la poudre de scories était effectivement différente du ciment elle pouvait dans une certaine mesure remplacer celui-ci dans la production de béton prêt à l'emploi. Elle a également constaté que l'Association coréenne des fabricants de ciment (KOCMA), et en particulier un de ses principaux dirigeants, jouait un rôle important dans le cartel et lui a imposé une amende de 428 000 dollars. En outre, la KFTC a déposé des plaintes au pénal auprès du parquet contre les sept sociétés et la KOCMA.

Commentaire

29. Cette affaire est importante car il s'agit de la première dans laquelle des individus participant activement à un cartel ont été poursuivis. La KFTC a déposé plainte au pénal auprès du parquet contre le Vice-Président de la KOCMA, qui a été incarcéré pour sa participation particulièrement active à des pratiques illégales avec les fabricants de ciment. Elle a régulièrement augmenté le montant des amendes imposées pour lutter contre des cartels; mais cette affaire est la première dans laquelle le parquet a prononcé des peines contre des personnes physiques.

⁸ Sur la base d'informations communiquées par la KFTC.

30. Les sept sociétés concernées contrôlent ensemble plus de 90 % du marché du ciment en République de Corée, et ce depuis plusieurs années. Dans ces conditions, les décisions récentes de la KFTC et du parquet sont très importantes car, en mettant à jour l'existence d'un cartel, elles ont facilité la concurrence d'autres produits moins coûteux et de haute qualité sur le marché. Le ciment est un matériau clef du secteur du bâtiment.

2. Fusions et acquisitions

2.1 Brésil: Fusion AmBev/Interbrew⁹

31. Le Secrétariat du droit économique du Ministère brésilien de la justice (SDE) a recommandé d'approuver la fusion de la Companhia de Bebidas das Américas (AmBev) brésilienne et de la société belge Interbrew. Cette fusion, d'un montant de 11 milliards de dollars avait été décidée plus tôt dans l'année et donnera naissance au premier brasseur mondial en volume avec environ 14 % du marché mondial de la bière. La nouvelle société, InterbrewAmBev, produira plus de 190 millions d'hectolitres annuellement. La fusion a déjà été approuvée par le Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). La CADE, qui est le troisième organisme brésilien compétent en matière de concurrence, n'a toujours pas rendu sa décision. La société brésilienne concurrente Schinkariol a contesté le projet de fusion en invoquant le risque d'un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles, mais aussi bien le SDE que le SEAE ont approuvé la fusion sans condition, considérant que, la part d'Interbrew sur le marché brésilien étant quasiment insignifiante, rien ne pouvait donner à penser que la fusion aurait des effets anticoncurrentiels. Cette fusion continue de faire l'objet d'enquêtes antitrust dans plusieurs autres pays (Allemagne, Canada et Mexique).

Commentaire

32. L'affaire montre combien il importe que les pays en développement disposent de moyens leur permettant d'enquêter efficacement en cas de projets de fusion. Le marché de la bière s'est révélé particulièrement dynamique au cours des 10 dernières années, avec des changements permanents de propriétaires, l'apparition de nouveaux venus sur les différents marchés nationaux et d'autres modifications structurelles dues à des fusions et acquisitions, à des alliances stratégiques, etc. Les autorités de la concurrence de pratiquement tous les pays d'Amérique latine ont eu à connaître d'une ou plusieurs affaires dans le secteur de la bière. Les fusions dans ce secteur permettent d'étoffer un portefeuille de marques et éventuellement de dégager des synergies et des économies. Dans le même temps toutefois, elles peuvent réduire le nombre de marques en concurrence et créer des conditions de domination collective ou de collusion tacite. En outre, un marché concentré peut se traduire par une intensification de la concurrence dans d'autres domaines que le prix (par exemple, dans le domaine de la publicité et du marketing) et rendre plus difficile l'accès au marché pour des rivaux plus petits dont la croissance se trouvera ainsi pénalisée. Un portefeuille de marques important et le groupement des livraisons peuvent se traduire par la vente forcée de certains produits au stade du détail.

⁹ Sur la base d'informations recueillies par le secrétariat de la CNUCED auprès de diverses sources.

33. D'un point de vue procédurier, cette affaire est la première dans laquelle le SDE et le SEAE ont appliqué les dispositions concernant l'évaluation des fusions adoptées le 28 janvier 2004.

2.2 Venezuela: Acquisition de Daewoo par General Motors¹⁰

34. Le Service vénézuélien de la promotion et de la protection de la libre concurrence (Procompetencia) s'est prononcé le 4 novembre 2003 en faveur de Daewoo Motors de Venezuela SA (DMV), Daewoo Motors Corporation Ltd. (DMC), General Motors de Venezuela SA (GMV) et General Motors Corporation (GMC) dans une récente affaire de concentration économique.

35. L'enquête avait été ouverte en août 2002 à la suite d'une plainte déposée le 19 juin par Avecon-Daewoo et Caribe Motors CA, deux membres du réseau de concessionnaires Daewoo au Venezuela, concernant les répercussions d'une vente d'actifs en République de Corée. En 2002, DMC, dans le cadre de la procédure de faillite, avait vendu deux usines et d'autres actifs à GM Daewoo Auto and Technology, coentreprise entre General Motors et certains créanciers de Daewoo. Cette transaction avait été approuvée par les autorités compétentes de la République de Corée. Bien qu'aucun actif n'ait été vendu au Venezuela, les plaignants estimaient que la transaction avait eu des effets négatifs sur le marché local et que Daewoo avait abusé de sa position dominante. Procompetencia a conclu que Daewoo Motors de Venezuela et Daewoo Motors Corporation ne s'étaient pas livrés à des pratiques d'exclusion ou des opérations de concentrations économiques, pas plus qu'elles n'avaient abusé de leur position dominante. Elle a considéré que la vente d'actifs ne se traduisait pas par un accroissement marqué de la concentration sur les marchés concernés et que, comme rien ne laissait supposer que telle était l'intention de Daewoo Motors de Venezuela, on ne pouvait dire que cette dernière s'était livrée à des pratiques visées à l'article 6 de la loi. La décision finale de Procompetencia a permis à l'opération de se dérouler sans aucune condition.

Commentaire

36. Les transactions entre sociétés étrangères sont devenues un aspect important de l'analyse des fusions, et sont de plus en plus fréquemment incorporées à la législation de la concurrence des pays en développement. Contrairement aux affaires de fusion entre sociétés étrangères notifiées et soumises à l'approbation dans diverses juridictions, l'importance de l'affaire susmentionnée tient principalement au fait que, bien que la fusion n'ait apparemment pas été notifiée au Venezuela, l'organisme compétent a tenu pleinement compte de l'impact de la fusion sur de soi-disant pratiques anticoncurrentielles.

¹⁰ Sur la base d'informations recueillies par le secrétariat de la CNUCED auprès de diverses sources.

2.3 Zimbabwe: Achat de l'hôpital St. Anne par CAPS Holdings Limited¹¹

37. En mai 2004, conformément aux dispositions de la section 34A de la loi sur la concurrence de 1996 (telle que modifiée par la loi de 2001), la Commission de la concurrence a reçu notification d'un projet de fusion prévoyant l'acquisition par CAPS Holdings Limited de l'hôpital St. Anne. CAPS Holdings est une société cotée à la bourse du Zimbabwe et dont plusieurs filiales exercent leurs activités dans différents secteurs de l'industrie pharmaceutique (fabrication, vente en gros, distribution et vente au détail). L'hôpital St. Anne exploite un seul hôpital, à Harare.

38. Pour la Commission, le principal marché pertinent était celui des soins de santé, avec deux sous-marchés, à savoir les services hospitaliers et la fabrication et la distribution de produits pharmaceutiques. Le marché géographique était l'ensemble du Zimbabwe dans le cas des produits pharmaceutiques, et Harare et ses environs dans le cas des services hospitaliers. CAPS Holdings Limited détenait 40 % du marché des produits pharmaceutiques, ce qui représente un taux de concentration élevé, avec un indice de Herfindahl-Hirschman (HHI) de 2 580 et un CR4 (taux de concentration de quatre entreprises) de 90 %. L'hôpital St. Anne détenait 6 % du marché des services hospitaliers du Grand Harare, ce qui représentait également un taux de concentration important avec un HHI de 3 024 et un CR4 de 88 %.

39. Les informations utilisées pour examiner la transaction étaient pour une large part celles communiquées par les différentes parties dans leurs avis de fusion. Des informations ont également été recueillies à l'occasion d'entretiens avec d'autres parties intéressées, telles que les sociétés concurrentes sur les divers marchés, les associations professionnelles concernées et le Ministère de la santé et du bien-être de l'enfant.

40. La Commission a constaté que les deux parties avaient une relation verticale, en ce sens que CAPS Holdings fournissait l'hôpital St. Anne en produits pharmaceutiques. Au cours de l'exercice financier précédent toutefois, les achats de l'hôpital auprès de CAPS Holdings n'avaient représenté que 0,6 % du chiffre d'affaires de cette dernière, et environ 91 % des achats de produits pharmaceutiques de l'hôpital provenaient d'autres fournisseurs. La Commission a donc estimé que les craintes exprimées par les fabricants de produits pharmaceutiques concurrents, à savoir que CAPS Holdings aurait empêché l'hôpital St. Anne d'acheter des produits pharmaceutiques auprès d'autres fabricants, étaient irréalistes et sans fondement. Sa conclusion était confortée par le fait que les filiales de vente en gros et de détail de CAPS Holdings (Geddes (Pvt) Limited and QV Pharmacies, respectivement) distribuent davantage de marchandises produites par des concurrents de CAPS Holdings que par celle-ci. Elle a également constaté que la part de marché détenue par l'hôpital St. Anne n'était pas suffisamment importante pour avoir une incidence profonde sur l'activité d'autres fabricants, même si l'hôpital effectuait tous ses achats auprès de CAPS holdings.

41. La Commission a par conséquent approuvé sans conditions l'achat proposé de l'hôpital St. Anne par CAPS Holdings Limited, au motif que cet achat n'empêcherait pas ou ne diminuerait pas substantiellement la concurrence au Zimbabwe ou dans une partie quelconque du Zimbabwe.

¹¹ Sur la base d'informations communiquées par la Commission de la concurrence du Zimbabwe.

Commentaire

42. Les fusions et autres formes d'acquisition ont représenté plus de 80 % des investissements étrangers directs en Afrique australe. Les transactions transfrontières, y compris les investissements et les concentrations et alliances commerciales, deviennent maintenant la norme dans la région, ce qui justifie un contrôle des fusions au niveau national. Dans les pays en développement, si les fusions ne sont pas contrôlées comme il convient, elles peuvent produire des structures très concentrées, ce qui rend plus facile pour une entreprise ou un groupe d'entreprises d'abuser d'une position dominante ou de s'entendre. Les mesures destinées à réglementer les fusions ont par conséquent un impact fondamental sur la structure du marché et le développement des entreprises dans les pays en développement. L'expérience suggère qu'un pays qui ne dispose pas de système approprié de réglementation en la matière peut se priver des moyens juridiques de contester des fusions entre sociétés étrangères et intérieures, qui pourraient avoir un impact négatif sur son territoire et donc affaiblir la compétitivité, aussi bien au niveau national qu'au niveau mondial, des entreprises exportatrices. Une fusion qui fait l'objet d'un contrôle approprié de la part des autorités compétentes peut déboucher sur un environnement plus favorable aux investissements étrangers directs et aux programmes de privatisation, et donc bénéficier à l'ensemble de l'économie.

2.4 Zambie: Prise de contrôle de Cadbury Schweppes par la Zambia Bottlers Ltd¹²

43. Les sociétés Coca Cola et Cadbury Schweppes Plc ont signé un accord en vertu duquel Coca Cola achète à Cadbury Schweppes ses marques de boisson ainsi que les marques commerciales hors des États-Unis, d'Europe occidentale continentale et de quelques autres pays. En Zambie, comme prévu à l'article 8 de la loi applicable, Coca Cola a déposé une notification de rachat de la société Cadbury Schweppes Zambia Limited (CSZ). En Zambie, Coca Cola produit des boissons non alcoolisées gazeuses, alors que Cadbury Schweppes produit des boissons gazeuses et non gazeuses ainsi qu'une bière blonde (whisky black). Coca Cola détenait 92 % du marché des boissons gazeuses non alcoolisées en Zambie et CSZ en détenait 8 %. Leurs produits sont presque parfaitement interchangeables. Les importations de produits concurrents sont négligeables et sont principalement le fait de Kazuma Enterprises sur un marché de niche, y compris l'importation de produits Pepsi Cola à partir de la Namibie. Le rachat des marques de Cadbury Schweppes par Coca Cola en Zambie aurait pour ainsi dire éliminé toute concurrence et toute possibilité d'entrer sur le marché des boissons gazeuses en Zambie, d'autant plus que la propriété et/ou l'utilisation de brevets et de savoir-faire est indispensable au succès dans ce secteur. Des tiers se sont déclarés préoccupés par la concentration du pouvoir économique en faveur de Coca Cola en Zambie ainsi que par l'avenir de la société Goldspot à Ndola, qui est une PME disposant d'une franchise de Coca Cola pour des marques secondaires.

44. La Commission a conclu qu'il existait des obstacles à l'entrée sur le marché des boissons gazeuses non alcoolisées en Zambie avant même l'annonce de la transaction, qui se serait traduite par l'élimination d'un concurrent actif, la consolidation de la puissance Coca Cola et probablement des abus de cette dernière à l'égard des distributeurs et des négociants. Toutefois, Cadbury Schweppes Plc n'avait pas effectué d'investissements importants en Zambie et n'avait accordé à sa société sur place qu'une franchise pour l'utilisation de sa marque commerciale

¹² Sur la base d'informations communiquées par la Commission zambienne de la concurrence.

et des marques de boisson. Sa filiale zambienne avait besoin d'une recapitalisation. Les parties ont défendu l'argument selon lequel Coca Cola apporterait son expertise et aiderait Cadbury Schweppes Zambia à améliorer sa productivité. Cadbury Schweppes avait déjà vendu ses marques à Coca Cola, et sa filiale en Zambie ne disposait pas d'une franchise pour produire les marques dans le pays. En outre, la fermeture de Cadbury Schweppes Zambia aurait eu des conséquences défavorables sur la situation économique et sociale du pays.

45. L'opération a donc été autorisée, avec les conditions suivantes:

- Coca Cola devait mettre fin à tout accord d'exclusivité et de limitation territoriale en Zambie;
- Coca Cola ne devait pas fixer les prix de vente ni procéder à des campagnes de publicité excessives quant aux prix de vente recommandés;
- Coca Cola et les sociétés d'embouteillage qui coopéraient avec elle en Zambie continueraient de respecter les dispositions de la loi sur la concurrence et le commerce équitable.

Commentaire

46. La fusion à l'échelle mondiale de Coca Cola et de Cadbury Schweppes a été examinée dans la région du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) par les autorités de la concurrence de Zambie et du Zimbabwe, auxquelles elle a été notifiée séparément bien qu'elle ait des effets régionaux compte tenu de la situation de quasi libre-échange entre États membres du marché commun. Dans le cas du Zimbabwe, la fusion a été approuvée sous certaines conditions, à savoir des investissements partiels et un engagement de la part des deux parties concernées à développer les marques de boissons locales. En Zambie, la fusion a également été approuvée sous conditions, celles-ci étant destinées à renforcer la concurrence, et notamment à obliger la société Coca Cola à faire part de ses accords d'exclusivité et de limitation géographique et à ne plus déterminer les prix de vente. Ce faisant, les autorités de concurrence ont cherché à faire en sorte que la fusion ne nuise pas au développement des entreprises.

47. Il convient toutefois de noter que si la fusion touchait d'autres pays du COMESA, comme l'Ouganda et le Malawi, du fait de l'absence de dispositions en matière de contrôle, ces pays n'ont pas été notifiés du projet de fusion et n'ont pas procédé à un examen. Par conséquent, contrairement à la Zambie et au Zimbabwe, ils n'ont pu obtenir de concessions, et leurs entreprises n'ont pas pu être protégées contre d'éventuels effets négatifs de la fusion. Il est intéressant de noter que la même opération, qui s'étendait à l'échelle mondiale, a également été examinée par la Commission zambienne de la concurrence, et qu'aussi bien le Zimbabwe que la Zambie ne l'ont autorisée qu'à la condition que la nouvelle entité résultant de la fusion ne se livre pas à des pratiques commerciales restrictives afin de s'approprier le marché. Le Zimbabwe a également posé comme condition que la nouvelle société s'engage à faire plus largement appel à des fournisseurs locaux pour les matières premières nécessaires à l'élaboration des produits finis.

48. Il est clair que les autorités de la concurrence se sont attachées à encourager le développement des entreprises et les liens avec les PME. Cette affaire montre que, lorsqu'ils imposent des conditions à une fusion, certains pays en développement approuvent parfois une fusion normalement considérée comme anticoncurrentielle si l'une des entreprises concernées est sur le point de faire faillite. Il est en effet généralement considéré que dans un tel cas la fusion se traduit par un accroissement du bien-être, étant donné qu'elle entraîne une utilisation plus efficace des capacités existantes, un redéploiement de cette capacité en vue d'utilisations ayant une valeur sociale accrue, ou par la préservation d'emplois et par d'autres conséquences encore bénéfiques pour la société. Il s'agit alors d'évaluer avec soin les gains d'efficacité d'une part et les effets anticoncurrentiels d'autre part, et il n'existe aucun moyen simple qui permette de s'assurer que les premiers seront plus importants que les seconds.

2.5 République de Corée: Fusion PointNix/UBCARE¹³

49. Un dossier médical électronique est un système informatique utilisé par les hôpitaux et les dispensaires recouvrant l'admission, le traitement et le diagnostic au moyen d'un programme et d'un réseau informatiques. UBCARE et PointNix sont les deux principales entreprises du secteur avec des parts de marché de 56,6 % et 10,9 %, respectivement.

50. PointNix est devenu en juin 2004 le principal actionnaire de UBCARE après avoir acquis 24,55 % du capital de cette dernière dans le cadre d'une prise de participation hostile. Les deux entreprises concernées n'étaient pas tenues de notifier cette transaction avant son achèvement car la participation de PointNix ne dépassait pas le seuil fixé à cet effet. Toutefois, la KFTC a examiné l'opération après que UBCARE se fut plainte des effets anticoncurrentiels qu'elle aurait sur le marché.

51. La KFTC a conclu à l'issue de son examen que la fusion des deux principales sociétés du secteur se traduirait par une position dominante sur le marché des dossiers médicaux électroniques, et que les autres sociétés présentes sur le secteur ou les autres concurrents potentiels ne seraient pas en mesure de lutter contre les éventuels abus que cette position dominante pouvait susciter. D'autre part, elle a noté que la prise de participation de PointNix pourrait se traduire par des gains d'efficacité sur d'autres marchés où les deux sociétés avaient des activités complémentaires. Sur la base de ces différents éléments, elle a décidé de ne pas s'opposer à la transaction déjà réalisée et, après avoir examiné les mesures correctrices proposées par PointNix, a ordonné à cette dernière de vendre à des tiers dans un délai de six mois ses activités dans le domaine des dossiers médicaux électroniques et les droits de propriété intellectuelle connexes.

Commentaire

52. Une fusion concerne fréquemment deux entreprises qui interviennent sur de nombreux marchés différents, et qui peuvent être en concurrence sur certains de ces marchés mais pas sur d'autres. Pratiquement toutes les fusions sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels et de se traduire par des collusions tacites ou explicites et la création

¹³ Sur la base d'informations publiées dans la livraison de mai 2004 du *Monthly News* de la KFTC.

de monopoles, mais également par des gains d'efficacité économiques tels qu'économies d'échelle, meilleure intégration des gammes de produits, spécialisation des centres de production et réduction des coûts de commercialisation et de distribution.

53. Dans l'intérêt des consommateurs et des sociétés concernées, le meilleur moyen d'évaluer les avantages et les inconvénients d'une fusion consiste à appliquer la règle «régler les problèmes d'abord». L'organisme chargé de veiller au respect de la concurrence peut approuver une fusion sous réserve que la nouvelle entreprise vende certains actifs dans les secteurs où il y a un chevauchement d'activités. Afin d'assurer le respect des conditions et d'éviter tout tâtonnement inutile, l'accord ou la participation de l'entreprise au processus d'approbation conditionnelle est indispensable. En outre, qu'une fusion soit amicale ou hostile n'a pas d'importance, étant donné que toute fusion se traduit aussi bien par des effets anticoncurrentiels que par des gains d'efficacité économique. L'important est de trouver un juste équilibre entre les deux.
