NATIONS
UNIES

TD

Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement

Distr.
GENERALE

TD/B/RBP/INF.37
8 mars 1996

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DEVELOPPEMENT
Groupe intergouvernemental d'experts du
droit et de la politique de la concurrence

POLITIQUE ET LEGISLATION EN MATIERE DE CONCURRENCE

Bulletin No 21

Cette note du secrétariat de la CNUCED tente de clarifier les aspects juridiques de la politique de la concurrence et de résumer les principales caractéristiques de la législation en la matière.

TABLE DES MATIERES

		Page
Introduction	NECESSITE D'UNE POLITIQUE ET D'UNE LEGISLATION EN MATIERE DE CONCURRENCE	3
	Politique de la concurrence et compétitivité	3
	Politique et droit de la concurrence	3
	Droit de la concurrence et économies d'échelle . . .	4
	Droit de la concurrence et investissement étranger .	4
Chapitre I	LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES LOIS ET NOTIONS S'Y RAPPORTANT	5
	A. Protection des consommateurs	5
	B. Réglementation des prix	5
	C. Droits de propriété intellectuelle (DPI)	5
	D. Lois sur le commerce	6
	E. Investissements étrangers directs	6
	F. Publicité mensongère	7
	G. Concurrence déloyale	7

GE.96-50589 (F)

TABLE DES MATIERES (suite)

Page

Chapitre II LES DIFFERENTES APPROCHES DE LA LEGISLATION SUR LA CONCURRENCE 10

A. Lois existantes et en préparation 10
B. Mesures structurelles ou action sur les comportements 11
C. Terminologie et structure de la législation 11
de base sur la concurrence 11
i) Objectifs 12
ii) Définition 13
iii) Champ d'application 14
iv) Exemptions et exceptions 14
D. Pratiques horizontales et verticales prohibées . . 16
E. Contrôle des fusions 17
F. Protection des consommateurs 18
G. L'autorité compétente en matière de concurrence . . 18
H. Sanctions 19
I. Dommages-intérêts 19
J. Actions catégorielles 19
K. Procédures d'appel 19

Chapitre III PRINCIPALES PROCEDURES D'ENQUETE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES OU LES FUSIONS 20

A. Ouverture et conduite de l'enquête 20
i) Sources d'information 20
ii) Examen préliminaire 21
iii) Analyse du marché 21
B. Recherche de preuves 23
i) Perquisitions 23
ii) Questionnaires aux entreprises 23
iii) Diffusion d'annonces dans la presse 23
iv) Auditions 23
v) Mesures provisoires 24
C. Décisions et recours 24

Annexe 1 - Liste récapitulative d'arguments souvent avancés contre l'adoption de lois sur la concurrence 25

Annexe 2 - Difficultés et obstacles souvent rencontrés par les administrations de la concurrence 26

Introduction

NECESSITE D'UNE POLITIQUE ET D'UNE LEGISLATION EN MATIERE DE CONCURRENCE

Politique de la concurrence et compétitivité

1. La politique de la concurrence a une connotation plus vaste que la législation sur la concurrence, la seconde étant un moyen d'atteindre les objectifs de la première. Il existe aussi une différence terminologique entre concurrence et compétitivité. On entend dire parfois que les économies compétitives n'ont pas besoin de politique ou de législation en matière de concurrence. Par exemple, dans les pays qui procèdent à des réformes axées sur le marché, on pensait au départ que l'ouverture du marché intérieur à la concurrence des importations suffirait pour créer un marché compétitif sans distorsions. Certains pays possédant des secteurs très dynamiques capables de soutenir la concurrence sur les marchés mondiaux n'ont pas éprouvé le besoin d'adopter une législation en matière de concurrence pour garantir leur compétitivité internationale; en revanche, ils se sont attaqué à certaines pratiques anticoncurrentielles en réglementant certains secteurs et activités comme les marchés publics (afin d'empêcher les soumissions collusoires). Toutefois, sous l'effet de la libéralisation et de la mondialisation des marchés, les pays sont de plus en plus nombreux à reconnaître que la politique de la concurrence, et partant, la législation en la matière, constituent un élément essentiel de la compétitivité des nations. Ce fait est aussi largement reconnu dans l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives 1/, adopté en 1980 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

Politique et droit de la concurrence

2. On a fait valoir aussi que, étant donné le coût de la mise en place de mécanismes de régulation de la concurrence (législation et autorité compétente) et compte tenu de la difficulté d'appliquer convenablement des notions aussi complexes, il était peut-être préférable d'éviter purement et simplement les mesures de réglementation et de laisser au marché le soin de supprimer, à terme, les entraves temporaires à la concurrence. Par ailleurs, les détracteurs de la politique de la concurrence dans les pays développés ont aussi avancé parfois qu'il était peut-être encore plus hasardeux d'utiliser des notions aussi complexes dans les pays en développement ou dans les pays les moins avancés. Il faut noter cependant qu'une politique de la concurrence sans une législation effective en la matière est comparable à une automobile sans moteur. Même si dans les premières années, l'application de la loi sur la concurrence se fait progressivement, il se produit un processus d'apprentissage indispensable, qui prend un certain temps. En effet, pour de nombreux pays en développement et pour les pays qui avaient auparavant une économie planifiée, la notion de concurrence est toute nouvelle.

1/ L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives a été adopté par l'Assemblée générale par la résolution 35/63 du 5 décembre 1980 (TD/RBP/CONF.10/Rev.1).

Il faut du temps et une formation pour changer les mentalités et créer une "culture de la concurrence". C'est pourquoi les premières mesures prises par les nouvelles autorités responsables de la concurrence ont souvent pour principal objectif d'éduquer les entreprises et les consommateurs.

3. Le processus législatif a lui-même un caractère évolutif. Les pays développés ont modifié et amélioré périodiquement leurs lois sur la concurrence. Un processus d'apprentissage analogue s'impose aux pays en développement. Mais pour que les réformes économiques axées sur le marché aient une chance de réussir, il faut adopter une politique de la concurrence, ce qui suppose l'adoption d'une législation en la matière et la mise en place d'une autorité compétente pour en suivre l'application.

Droit de la concurrence et économies d'échelle

4. En raison de la taille du marché et des économies d'échelle, l'existence d'un monopole peut être justifiée dans certaines circonstances. Mais dans le cas des biens et services marchands, la libéralisation des marchés et l'évolution technologique enlèvent toute raison d'être à la plupart des monopoles ou peuvent amener le "marché considéré" à se réorienter vers le marché mondial, transformant ainsi le monopole national en un fournisseur national unique sur le marché mondial, la situation de monopole ayant disparu par suite de la libéralisation du commerce.

Droit de la concurrence et investissement étranger

5. Il est dit aussi parfois que la législation sur la concurrence peut décourager l'investissement étranger. Au contraire, l'application rigoureuse d'une politique de la concurrence et l'existence d'une législation bien conçue et appliquée de façon équitable et non discriminatoire donnent aux entreprises étrangères l'assurance qu'elles seront traitées de la même manière que dans leur pays d'origine et qu'elles ne seront pas en butte à des pratiques commerciales restrictives de la part des concurrents locaux, privés ou publics.

6. Quelques arguments souvent avancés contre l'adoption d'une législation sur la concurrence sont cités dans l'annexe 1 de la présente note. L'annexe 2 expose certaines des difficultés et des entraves auxquelles les autorités responsables de la concurrence se heurtent bien souvent après leur création. Nonobstant ces arguments et ces difficultés, la présente note d'information vise à clarifier les aspects juridiques de la politique de la concurrence afin de convaincre le lecteur de la nécessité, pour tous les pays, d'adopter une législation en la matière pour mettre en oeuvre leur politique de la concurrence. Le chapitre premier cherche à préciser le rapport entre le droit de la concurrence et diverses lois et notions, comme l'investissement étranger direct, le commerce déloyal, les règles régissant la propriété intellectuelle ou la protection des consommateurs. Le chapitre 2 présente en détail la structure de base et le contenu de toute loi sur la concurrence et le chapitre 3 décrit de façon aussi pragmatique que possible les procédures de base pour enquêter sur les pratiques commerciales restrictives ou contrôler les fusions.

Chapitre premier

LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES LOIS ET NOTIONS S'Y RAPPORTANT

7. La législation sur la concurrence est liée d'une manière ou d'une autre à un certain nombre de lois et de notions, comme les lois sur le commerce et les règles régissant les investissements étrangers directs et la propriété intellectuelle. Les règles relatives à la protection des consommateurs, les lois sur la concurrence et les pratiques commerciales déloyales et sur la publicité mensongère ainsi que la réglementation des prix peuvent aussi avoir avec la législation sur la concurrence des dispositions ou des objectifs communs ou analogues. Toutefois, la connaissance trop vague d'une terminologie souvent floue peut être source d'une grande confusion. Les pays qui n'ont pas adopté de loi spécifique sur la concurrence pourraient tenter, dans une certaine mesure, d'appliquer des règles de droit qui traitent de certains aspects du droit de la concurrence, mais présentent des différences fondamentales.

A. Protection des consommateurs

8. De nombreux pays en développement adoptent des lois sur la protection des consommateurs avant ou au moment d'adopter des lois sur la concurrence. Comme leur nom l'indique, les premières ont pour objectif de garantir la sécurité des consommateurs et de protéger leur santé et leurs intérêts économiques, tandis que les secondes visent directement à promouvoir la concurrence et l'efficacité économique, la défense des intérêts des consommateurs n'étant qu'un objectif indirect. Toutefois, comme le montre le graphique 1, les lois sur la concurrence comportent parfois des dispositions expressément axées sur la protection des consommateurs, comme celles qui interdisent les pratiques commerciales déloyales (Inde) ou qui imposent l'affichage des prix (France).

B. Réglementation des prix

9. Certaines législations nationales contiennent des dispositions concernant les pratiques commerciales restrictives et la réglementation des prix. Dans de nombreux pays, les réformes économiques et la libération des prix ont entraîné la suppression progressive de la réglementation administrative des prix et son remplacement par une législation moderne sur la concurrence (Norvège, Suède, France, Thaïlande, par exemple), bien que certaines de ces lois prévoient encore la possibilité de réglementer les prix en cas d'urgence (en France, par exemple). Par ailleurs, les lois sur la concurrence interdisent toutes la pratique des prix de vente imposés ou de la fixation concertée des prix.

C. Droits de propriété intellectuelle (DPI)

10. Les DPI - brevets, droit d'auteur, dessins ou modèles industriels et marques de fabrique et de commerce - confèrent à leurs détenteurs (inventeurs ou acquéreurs) un monopole de fait. A première vue, les lois en la matière semblent en contradiction directe avec les lois sur la concurrence, qui luttent contre les monopoles. Mais une analyse approfondie montre que l'absence de protection des DPI décourage les investissements dans la R-D et freine l'innovation, qui est l'une des principales retombées bénéfiques de la concurrence. D'où la nécessité d'une protection des DPI, qui est censée

en fait favoriser la concurrence car elle encourage les entreprises qui en bénéficient à rivaliser en investissant dans la R-D. La procédure de concession de licences peut cependant imposer des restrictions, notamment sous la forme de pratiques commerciales restrictives. Les marques de fabrique ou de commerce peuvent être utilisées pour interdire l'accès à un marché et le monopoliser. Les avis diffèrent sur la question de savoir où se situe la frontière entre les droits de propriété intellectuelle qui favorisent la concurrence et ceux qui sont abusifs et anticoncurrentiels. La manière de concevoir la démarcation entre la loi sur la concurrence et le régime de protection des DPI doit être examinée de plus près.

D. Lois sur le commerce

11. En général, les lois sur le commerce sont étroitement liées aux lois sur la concurrence car elles ont sur celle-ci des effets importants. En principe, il est légitime de proscrire le dumping, pratique anticoncurrentielle qui équivaut, dans le cadre du commerce international, à la pratique de prix d'éviction. Toutefois, les règles antidumping peuvent, dans leur application, avoir d'importantes répercussions préjudiciables à la concurrence. Par exemple, dans certains cas, les mesures antidumping peuvent avoir pour effet de fermer les marchés locaux à la concurrence extérieure et de renforcer la domination de ces marchés par quelques entreprises ou par un cartel. Les subventions peuvent fausser le jeu de la concurrence; les droits compensateurs peuvent également avoir des incidences qui nuisent à la concurrence. Le dumping et les subventions sont généralement considérés comme des pratiques commerciales déloyales. Les sauvegardes peuvent aussi entraîner la fermeture des marchés à la concurrence des importations. Par ailleurs, les lois sur la concurrence interdisent - ou exemptent - les cartels d'importation et d'exportation qui ont un effet direct sur le commerce. On pourrait aussi imaginer que l'application discriminatoire de ces lois entraînerait un certain protectionnisme et aurait des effets préjudiciables sur le commerce.

E. Investissements étrangers directs

12. Les règles de la concurrence et celles qui régissent les investissements étrangers directs ont plus d'un point commun. Premièrement, l'application aux investissements étrangers directs de règles restrictives prescrivant, par exemple, la teneur en éléments d'origine locale ou un niveau minimal d'exportation a été un moyen, jusqu'à l'assouplissement de la plupart d'entre elles à la fin des années 80, de contrôler la conduite des sociétés transnationales opérant dans un pays par l'implantation d'une filiale.

13. Deuxièmement, les règles relatives aux investissements étrangers directs qui prévoient des exonérations fiscales temporaires ou des conditions spéciales pour l'importation de facteurs de production créent des conditions anticoncurrentielles au détriment des entreprises locales qui n'en bénéficient pas.

14. Troisièmement, les fusions et les acquisitions d'entreprises locales par des sociétés étrangères peuvent créer des monopoles ou des entreprises dominantes. L'application parfaitement non discriminatoire des règles de la concurrence est peut-être encore la meilleure façon de s'attaquer aux éventuels effets préjudiciables des investissements étrangers directs,

en particulier dans les pays où les restrictions à ces investissements ont été assouplies.

15. Enfin, comme cela a été dit précédemment, la législation sur la concurrence s'applique à toutes les entreprises opérant sur le territoire national, y compris aux filiales d'entreprises étrangères. Cela devrait éviter le boycottage de ces dernières par des cartels locaux ou les accords verticaux restrictifs, tout en empêchant les entreprises étrangères de recourir aux soumissions collusoires et à d'autres pratiques restrictives, y compris l'abus de position dominante sur le marché.

F. Publicité mensongère

16. Certains pays ont adopté des lois concernant expressément la commercialisation et d'autres, des lois contre la publicité mensongère qui visent à la fois à protéger les consommateurs et à stimuler la concurrence, la publication d'indications et d'annonces mensongères étant une forme de concurrence déloyale.

G. Concurrence déloyale

17. La notion de concurrence déloyale peut induire en erreur, car elle peut être assimilée au droit de la concurrence (lois antitrust), alors qu'en réalité, elle a un champ d'application beaucoup plus vaste, englobant la métrologie (poids et mesures), les indications et la publicité mensongères et la contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce ou toute autre atteinte à des DPI. Cette notion peut même être en totale contradiction avec le droit et la politique de la concurrence. Par exemple, les importateurs parallèles peuvent être accusés de "concurrence déloyale" ou de "pratiques commerciales déloyales" parce qu'ils ne respectent pas la segmentation du marché résultant de l'application des règles relatives aux marques de fabrique ou de commerce, alors que cette pratique peut en fait être anticoncurrentielle et contraire au droit de la concurrence. Il est même arrivé, dans des cas extrêmes, que les membres d'un cartel accusent des tiers de concurrence déloyale alors que le cartel lui-même violait de façon flagrante les règles de la concurrence.

18. Le graphique 1 tente de montrer la corrélation entre ces lois et concepts différents - et parfois contradictoires. En tout état de cause, comme on l'a vu précédemment, il y a aujourd'hui un consensus de plus en plus large, dans tous les pays, sur le fait qu'une véritable politique de la concurrence ne peut être appliquée sans l'adoption d'une loi spécifique sur la concurrence, ce qui suppose la création d'un service de la concurrence spécialisé, doté des pouvoirs nécessaires pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et pour donner au gouvernement un avis sur les effets préjudiciables que d'autres lois pourraient avoir sur la concurrence.

Graphique 1 - Rapport entre la loi sur la concurrence et d'autres lois et concepts

	Concurrence	**Loi sur le commerce**	**Investissements étrangers directs**	**DPI**	**Protection des consommateurs**	**Concurrence/pratiques commerciales déloyales**	**Réglementation des prix**
Concurrence		Cartel d'exportation Application protectionniste ou discriminatoire de la législation sur la concurrence	Fusions/acquisitions Abus de position dominante sur le marché Cartels d'investissements étrangers directs Pratiques commerciales restrictives d'entreprises locales	Interdiction des pratiques commerciales restrictives dans le cadre de la concession de licences	Interdiction des pratiques commerciales déloyales Affichage obligatoire des prix	Application discriminatoire de la loi sur la concurrence	Libération des prix Interdiction de la pratique des prix de vente imposés
Loi sur le commerce	Mesures antidumping Subventions		Incitations à l'exportation, subventions aux investissements étrangers directs	Commerce de produits de contrefaçon	Règles de sécurité Protection de la santé Règles phytosanitaires	Mesures antidumping Droits compensateurs Utilisation des marques de fabrique ou de commerce pour interdire les importations parallèles Autolimitation des exportations	Fixation par voie administrative des prix des produits importés
Investissements étrangers directs	Les mesures d'encouragement des investissements étrangers directs - trève fiscale, octroi de monopoles - peuvent entraver la concurrence	Prescriptions relatives à la teneur en produits nationaux MIC		Enregistrement des marques de fabrique ou de commerce et d'autres DPI en faveur des investissements étrangers directs			

	Concurrence	Loi sur le commerce	Investissements étrangers directs	DPI	Protection des consommateurs	Concurrence/pratiques commerciales déloyales	Réglementation des prix
DPI	Utilisation des marques de fabrique ou de commerce pour interdire les importations parallèles	Mesures de limitation des importations de marques de fabrique ou de commerce Mesures de limitation du commerce liées à des accords de licence	Licences et redevances dans les relations entre sociétés mères et filiales		Marques de fabrique ou de commerce Indication de l'origine	Marques de fabrique ou de commerce Droit d'auteur Dessins et modèles industriels Brevets Règles d'origine	Pratique des prix de vente imposés et réglementation des prix liée à des DPI
Loi sur la protection des consommateurs	Publicité mensongère, indications tendant à induire en erreur	Normes sanitaires et normes de sécurité	Prohibition des importations de produits interdits dans le pays de la société mère	Règles d'origine Normes		Publicité mensongère Poids et mesures (métrologie)	Prohibition du stockage spéculatif et d'autres formes de manipulation des prix
Lois sur les pratiques commerciales ou la concurrence déloyales	Dispositions figurant parfois dans la loi sur la concurrence	Mesures antidumping Subventions Règles d'origine	Vente à perte des facteurs de production et de la technologie dans les relations entre sociétés mères et filiales	Commerce de produits de contrefaçon	Stockage spéculatif Vente à perte Vente à la chaîne Vente à prix d'appel Indications et publicité mensongères		Subventions à l'exportation Dumping
Réglementation des prix	En cas d'urgence, lorsque la loi sur la concurrence n'est pas efficace (par exemple, hausse brutale des prix des produits essentiels, comme l'essence)	Subventions à l'exportation	Peut encourager les investissements étrangers directs (si les prix des facteurs de production sont bas) ou les décourager (si les prix des facteurs de production sont élevés)	Régime de licences obligatoires Réglementation administrative des conditions de concession de licences, des redevances et des ventes	Prix bas et subventionnement des produits de première nécessité	Subventions à l'exportation	

Chapitre II

LES DIFFERENTES APPROCHES DE LA LEGISLATION SUR LA CONCURRENCE

A. Lois existantes et en préparation

19. Tous les pays développés (membres de l'OCDE) ont aujourd'hui adopté une législation sur la concurrence. De plus, dans le cadre de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, les règlements relatifs à la concurrence sont appliqués aux transactions commerciales entre les Etats membres. Au cours des dernières années, les pays en développement et les pays en transition ont été de plus en plus nombreux à adopter des règlements analogues. En 1995, des lois sur la concurrence avaient été adoptées ou étaient en préparation dans les pays ou territoires en développement ci-après :

Amérique latine et Caraïbes	**Afrique**	**Asie et Pacifique**
Argentine	Afrique du Sud	Chine
Bolivie*	Gabon	Fidji
Brésil	Ghana*	Inde
Chili	Kenya	Indonésie*
Colombie	Maroc*	Malaisie*
Costa Rica	Tunisie	Pakistan
El Salvador*	Zambie	Philippines*
Guatemala*	Zimbabwe*	Province chinoise de Taiwan
Jamaïque		République de Corée
Panama		Sri Lanka
Paraguay*		Thaïlande
Pérou		
Trinité-et-Tobago*		
Venezuela		

* Loi sur la concurrence en préparation.

Parmi les pays en transition, la Pologne, la Hongrie, la République tchèque, la Lituanie, la Fédération de Russie et d'autres membres de la CEI, dont l'Ukraine, le Bélarus et la Géorgie, ont adopté des lois sur la concurrence (lois antimonopoles). Un recueil annoté de ces lois, régulièrement mis à jour, est publié dans le Manuel des législations appliquées en matière de pratiques commerciales restrictives, de la CNUCED. Les fascicules déjà parus sont indiqués ci-après :

Lois sur la concurrence des pays ci-après	Cote du document
France, République de Corée	TD/B/RBP/42
Danemark, Pologne, Espagne, Etats-Unis d'Amérique	TD/RBP/CONF.3/5
Chili, Portugal, Sri Lanka	TD/B/RBP/49
Canada, Suède	TD/B/RBP/58
Allemagne, Finlande	TD/B/RBP/71
Pakistan	TD/B/RBP/33
Kenya	TD/B/RBP/58/Add.1
Brésil, Norvège	TD/B/RBP/82
Royaume-Uni	TD/B/RBP/87
Belgique	TD/B/RBP/87/Add.1
Italie, Jamaïque, Venezuela	TD/B/RBP/94
Lituanie, Mexique, Slovaquie, Zambie	TD/RBP/CONF.4/3

B. Mesures structurelles ou action sur les comportements

20. La plupart des lois réglementent le comportement des entreprises en combattant les pratiques commerciales restrictives horizontales (cartels) et verticales (abus de position dominante sur le marché). Les mesures structurelles visent principalement à contrôler les fusions, le but étant d'éviter la création d'entreprises dominantes ou de monopoles par concentration de la puissance commerciale. Toutefois, certaines lois (comme celle des Etats-Unis) prévoient la possibilité d'ordonner le démantèlement d'entreprises dominantes pour modifier la structure du marché.

C. Terminologie et structure de la législation de base sur la concurrence

21. Comme cela est expliqué beaucoup plus en détail dans les commentaires sur l'élaboration d'une loi ou de lois types (voir le document TD/B/RBP/81/Rev.4), les lois sur la concurrence et les régimes en la matière sont très variés. Même l'intitulé des lois varie considérablement. La toute première loi sur la concurrence était la loi relative aux enquêtes sur les coalitions, adoptée au Canada en 1889. Elle a été suivie par la loi antitrust des Etats-Unis - Loi Sherman - adoptée en 1890. Au Royaume-Uni et dans les pays de même tradition, des lois sur les pratiques commerciales restrictives et sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives ont été promulguées après 1947. Dans les années 70, l'OCDE, puis la CNUCED ont adopté l'appellation "lois sur les pratiques commerciales restrictives" qui a été remplacée ensuite par l'expression "lois sur la concurrence". Les pays en transition parlent quant à eux de lois antimonopoles. Toutefois, nonobstant

la diversité des titres des lois, leur structure de base est essentiellement la même, elle comprend généralement les rubriques suivantes :

STRUCTURE DE BASE DES LOIS SUR LA CONCURRENCE

Objectifs

Définitions

Champ d'application

Exemptions et exceptions

Pratiques horizontales et verticales prohibées

Contrôle des fusions

Administration de la concurrence

Sanctions

Procédure d'appel

22. Bien que l'on ait pu observer, au cours des dernières années, une certaine convergence, il convient de préciser d'emblée que la loi sur la concurrence de chaque pays a ses caractéristiques propres, définies en fonction de divers facteurs, tels que le système judiciaire, les coutumes, la culture d'entreprise, la taille du marché ou le niveau de développement. Les principales différences sont décrites ci-après.

i) Objectifs

23. Les objectifs, qui varient dans le temps, sont notamment d'assurer l'affectation optimale des ressources, d'éviter la concentration excessive de la puissance économique, de lutter contre l'inflation et de protéger les intérêts des consommateurs; à cela s'ajoutent des buts généraux, définis de façon assez vague, tels que la défense de l'intérêt général. Les lois les plus récentes visent essentiellement à protéger et stimuler la concurrence elle-même, étant entendu qu'ainsi, elles encouragent la répartition efficace des ressources dans l'économie, afin d'offrir aux consommateurs le choix le plus large possible de produits de qualité, aux prix les plus bas 2/ et en quantités suffisantes.

2/ Il faut noter que la réglementation des prix, abandonnée dans la plupart des pays, est remplacée par une législation sur la concurrence, ce qui permet de contrôler la formation concurrentielle des prix, au lieu de fixer ceux-ci par voie administrative. Après la seconde guerre mondiale, des pays comme la Suède, la Norvège et la France avaient un système de prix administrés qui a ensuite été remplacé progressivement par une législation moderne sur la concurrence.

OBJECTIFS DES LOIS SUR LA CONCURRENCE

1. Stimuler la concurrence, afin d'assurer la répartition efficace et optimale des ressources, au bénéfice des consommateurs, des utilisateurs de produits intermédiaires et de l'économie dans son ensemble
2. Encourager l'innovation
3. Contrôler la concentration de pouvoir économique
4. Assurer la répartition équitable du revenu
5. Combattre l'inflation
6. Assurer le plein emploi
7. Défendre l'intérêt général

TENDANCES DES LEGISLATIONS MODERNES

1. Encourager la concurrence
2. Maximiser l'efficacité économique

ii) Définitions

24. En général, les pratiques commerciales restrictives ne sont pas définies dans la législation, mais elles y sont mentionnées de façon non exhaustive. Le terme entreprise désigne généralement l'ensemble des entreprises, y compris les sociétés transnationales, leurs filiales et succursales, les petites et moyennes entreprises (PME) et les entreprises d'Etat ayant une activité commerciale ou industrielle. Le monopole est défini comme une situation où un seul fournisseur est présent sur un marché donné. Toutefois, dans certaines législations, le terme monopole ou monopolisation est employé dans un sens analogue à celui d'entreprise dominante.

25. La définition de l'entreprise dominante ou de l'entreprise qui jouit d'une position dominante sur un marché varie d'un pays à l'autre, mais l'expression désigne essentiellement une entreprise qui est en mesure de contrôler le marché sur lequel elle opère. Il y a domination du marché lorsque l'entreprise peut fixer ses prix et ses conditions de vente sans que ses concurrents puissent contester ses décisions. Les autres fournisseurs présents sur le marché ne peuvent qu'aligner leurs prix sur ceux de l'entreprise dominante, qui fait ainsi figure de chef de file. Certaines lois parlent de "domination conjointe", lorsqu'une entreprise est en mesure de contrôler le marché avec quelques autres entreprises. Les méthodes employées par la plupart des autorités responsables de la concurrence pour définir le marché concerné et déterminer si une entreprise détient une position dominante sur ce marché sont décrites en détail aux paragraphes 55 à 57 du chapitre III de cette note.

26. Il faut noter cependant que le simple fait d'occuper une position dominante n'est pas en soi une infraction au regard de la plupart des lois sur la concurrence. Celles-ci visent en général à empêcher les entreprises dominantes de profiter de leur puissance commerciale pour abuser de leur position de force sur le marché en recourant à des pratiques commerciales restrictives. (Ce point sera examiné plus en détail lorsqu'il sera question des pratiques commerciales restrictives verticales.)

27. Comme les entreprises dominantes (ou les monopoles) risquent de restreindre la concurrence, les lois interdisent généralement les fusions, les acquisitions ou les coentreprises qui créent des positions dominantes ou des monopoles. (Ce point sera examiné plus loin lorsqu'il sera question du contrôle des fusions.)

iii) Champ d'application

28. Comme cela a été dit précédemment, la législation moderne sur la concurrence s'applique généralement à toutes les entreprises industrielles ou commerciales, privées, publiques ou autres (à quelques exceptions près; voir plus loin).

29. La législation vise toutes les transactions portant sur des biens et des services. Elle s'applique aussi aux personnes privées, comme celles qui exercent une profession libérale. (Par exemple, dans certains pays, les codes de déontologie des médecins ou des avocats qui interdisent la publicité sont désormais proscrits car ils sont jugés anticoncurrentiels.) Toutefois, les activités ayant trait aux négociations collectives et les syndicats sont toujours exemptés.

30. La plupart des lois sur la concurrence s'appliquent sur le territoire national, mais pas hors des frontières. Certaines, comme celle des Etats-Unis, ont une application extraterritoriale. Bien que celle-ci soit relativement limitée pour des raisons de "courtoisie internationale" (eu égard aux intérêts souverains des autres nations avec lesquels elle pourrait entrer en conflit), l'application extraterritoriale des lois est souvent source de difficultés avec les pays qui défendent leur souveraineté nationale.

iv) Exemptions et exceptions 3/

31. Par suite de la déréglementation, le nombre de règlements sectoriels instituant des exemptions et des exceptions au regard de la loi sur la concurrence a eu tendance à diminuer. Mais jusqu'à une époque récente, il existait de multiples exemptions et exceptions dont certaines sont encore appliquées :

3/ Une exemption a généralement une large portée (par exemple, un secteur entier, comme le secteur minier ou l'agriculture) tandis qu'une exception est accordée à telle ou telle entreprise, dans des cas particuliers.

- Les actes souverains de l'Etat ne sont pas visés par les lois sur la concurrence. Autrement dit, le gouvernement peut toujours promulguer une loi qui a des effets préjudiciables sur la concurrence. Il peut aussi signer un traité ou un accord international qui réduit la concurrence (voir la clause B.9 de l'Ensemble de principes et de règles, où il est stipulé que celui-ci ne s'applique pas aux accords intergouvernementaux). On observe cependant, depuis quelques temps, un renforcement des fonctions de plaidoyer des autorités compétentes en matière de concurrence qui sont chargées, aux termes des législations modernes, de donner un avis au gouvernement sur les questions relatives à la concurrence, afin d'éviter la promulgation de lois qui auraient pour effet de restreindre inutilement la concurrence.

- Généralement, les lois sur la concurrence ne s'appliquent pas au marché du travail (syndicats) et aux négociations collectives portant sur les salaires et les conditions d'emploi.

- Les branches de production et les secteurs réglementés qui sont encore exclus du champ d'application de la législation sur la concurrence, malgré la déréglementation, sont notamment l'agriculture, l'extraction de pétrole, les mines et les monopoles "naturels" comme les services postaux et la distribution d'eau, de gaz et d'électricité. Dans certains pays, le secteur de la défense est aussi exempté. Toutefois, la déréglementation a sérieusement réduit, dans de nombreux pays, les prérogatives de certains secteurs de services, comme les banques, les assurances et les transports maritimes et aériens.

- Services publics et monopoles "naturels". On a longtemps pensé que la concurrence n'était pas possible dans certains secteurs comme les services postaux, la distribution de l'électricité, du gaz et de l'eau, ou les transports urbains, qui étaient considérés comme des monopoles "naturels". Mais l'évolution technologique a commencé à battre en brèche les monopoles "naturels", comme on le voit, par exemple dans le cas de la télévision par câble ou du téléphone mobile. Dans les pays qui sont à la pointe de la déréglementation, comme le Royaume-Uni, les monopoles sont démantelés autant que possible, notamment par voie de privatisation et par la cession des services qui ne sont pas considérés comme des monopoles "naturels". (Par exemple, la distribution du gaz a été confiée à des entreprises concurrentielles, la distribution d'électricité restant le seul monopole "naturel".) De plus, l'autorité responsable de la concurrence ou l'autorité de tutelle doit surveiller les opérations des monopoles restants pour s'assurer que leur position dominante n'empiète pas sur des secteurs où la concurrence doit s'exercer. Dans certains pays, des autorités de contrôle (OFTEL, OFFAS, par exemple, au Royaume-Uni) ont été spécialement créées pour surveiller l'activité des entreprises de services publics privatisées et pour s'assurer qu'elles respectent les règles de la concurrence.

- La loi sur la concurrence peut aussi exempter les petites et moyennes entreprises (PME) en fixant un seuil (correspondant généralement à 5 % du marché) en deçà duquel les éventuels effets anticoncurrentiels de leurs pratiques sont jugés insignifiants. Ces entreprises peuvent être autorisées à coopérer entre elles (accords horizontaux ou verticaux) si cela leur permet de faire davantage contrepoids aux grandes entreprises (en Allemagne, par exemple), et ainsi, d'accroître la concurrence.

- Compte tenu des investissements colossaux qui sont nécessaires dans la recherche-développement pour mettre au point de nouveaux produits, les coentreprises de R-D bénéficient également d'exceptions dans de nombreux pays (comme les Etats-Unis et l'Union européenne).

- Les accords de distribution spécifiques (automobiles, parfums) bénéficient d'"exemptions par catégorie" dans l'Union européenne s'ils remplissent certaines conditions et s'ils sont notifiés à la Commission.

- Les cartels d'exportation et les "coentreprises d'exportation" qui sont réputés n'avoir aucun effet sur le marché intérieur sont souvent exemptés par la loi (aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, ainsi qu'en Allemagne s'il s'agit de "cartels d'exportation purs") après avoir été notifiés à l'autorité responsable de la concurrence. Dans de nombreux pays, la loi sur la concurrence ne s'applique pas du tout aux cartels d'exportation lorsqu'ils n'ont aucun effet sur le marché intérieur, de sorte que leur notification n'est pas nécessaire puisque la loi ne s'applique qu'au marché intérieur.

- Dans certains pays (Allemagne, Japon), la loi autorise les accords de rationalisation ainsi que les cartels de crise et de récession, mais ceux-ci doivent être démantelés lorsqu'ils n'ont plus de raison d'être.

D. Pratiques horizontales et verticales prohibées

32. Il est important de noter que la nature des prohibitions varie d'un pays à l'autre. La forme la plus stricte est l'interdiction per se, qui est appliquée, en particulier aux Etats-Unis, aux pratiques commerciales restrictives horizontales, comme la fixation concertée des prix, le partage des marchés, les soumissions collusoires ou le trucage des offres. Les accords horizontaux ne sont jamais autorisés, et, si l'on découvre l'existence de tels accords, une procédure est automatiquement engagée. Les soumissions collusoires et le trucage des offres ont fait l'objet d'interdictions per se dans de nombreux pays.

33. Toutefois, certains pays ont adopté une attitude relativement plus clémente, sauf en ce qui concerne le trucage des offres. C'est notamment le cas de l'Union européenne qui applique une prohibition de principe. L'article 85 du Traité de Rome interdit la fixation concertée des prix et le partage des marchés, mais il prévoit en même temps la possibilité d'accorder une exemption (art. 85 3)) si les pratiques visées procurent des avantages qui

l'emportent sur leurs effets sur la concurrence et si les consommateurs obtiennent une part substantielle du profit qui en résulte (amélioration de la distribution et de la qualité et promotion du progrès technique, par exemple). D'autres lois sont encore plus clémentes. Par exemple, dans certains pays, les cartels doivent être simplement notifiés et enregistrés et en cas de plainte, seuls les abus jugés contraires à l'intérêt général, défini de manière assez vague, font l'objet de mesures correctives. Après enquête, les recommandations de l'autorité compétente en matière de concurrence peuvent être acceptées (ou rejetées) par le Ministre, qui peut interdire, en conséquence, les pratiques incriminées. C'est seulement en cas de non-respect de cette interdiction que des amendes peuvent être infligées par les tribunaux.

34. Il existe des règles encore plus souples, qui n'exigent aucune notification, mais en cas d'enquête sur un abus, l'autorité compétente peut recommander à l'autorité gouvernementale concernée (le Ministre) d'interdire la pratique restrictive.

35. Lorsque les lois nationales sur la concurrence sont modifiées, les dispositions souples ont tendance à être remplacées par des dispositions plus strictes, analogues aux règles de l'Union européenne ou aux dispositions de la législation antitrust des Etats-Unis.

36. Les accords verticaux sont généralement traités avec plus de clémence que les accords horizontaux et les soumissions collusoires, notamment aux Etats-Unis où toutes les pratiques verticales, sauf celle des prix de vente imposés, qui est formellement interdite, doivent être jugées au cas par cas, selon la règle de la raison.

37. La pratique des prix de vente imposés est prohibée dans la plupart des pays, alors que les "prix recommandés" sont interdits dans certains et autorisés dans d'autres. Toutefois, certains secteurs, comme l'édition et l'industrie pharmaceutique, sont souvent exemptés. Dans la plupart des pays, les pratiques verticales autres que celle des prix de vente imposés ne sont interdites que si elles sont le fait de monopoles ou d'entreprises dominantes.

E. Contrôle des fusions

38. Comme les fusions, les acquisitions et les coentreprises peuvent entraîner une concentration excessive de la puissance commerciale (création d'entreprises dominantes ou de monopoles), les services chargés des questions de concurrence les surveillent généralement de très près.

39. Dans de nombreux pays, le contrôle des fusions fait l'objet d'une législation distincte. Certains n'ont pas de législation en la matière bien qu'ils aient une loi sur la concurrence. Toutefois, les pays ont tendance à inclure le contrôle des fusions dans leur législation sur la concurrence.

40. Pour ne pas imposer de contraintes excessives aux entreprises et aux services de la concurrence, la notification préalable des fusions est généralement exigée lorsque la taille des entreprises est supérieure à un seuil prescrit. Certaines autorités de contrôle ont le pouvoir d'interdire les fusions si elles considèrent qu'elles confèrent une position dominante sur le marché et dans certains pays, elles peuvent, en de rares occasions, ordonner la dissolution des fusions opérées avant qu'elles n'aient pu intervenir.

F. Protection des consommateurs

41. De nombreuses lois sur la concurrence contiennent des dispositions particulières qui se trouvent normalement dans la législation sur la protection des consommateurs. Alors que dans certains pays, c'est la même administration qui est chargée de faire appliquer la loi sur la protection des consommateurs et la loi sur la concurrence, dans d'autres, la législation sur la concurrence contient un chapitre consacré à la protection des consommateurs.

42. Les dispositions relatives à la protection des consommateurs, regroupées souvent sous la rubrique "Pratiques commerciales déloyales", interdisent le stockage spéculatif, les pratiques dolosives, les indications tendant à induire en erreur et la publicité mensongère, et imposent l'affichage des prix dans les magasins - pour accroître la transparence des prix et, partant, la concurrence; elles interdisent aussi certaines techniques commerciales comme la vente à prix d'appel 4/ et la vente à la chaîne 5/.

G. L'autorité compétente en matière de concurrence

43. Les lois sur la concurrence prévoient généralement la création d'une administration chargée d'en surveiller l'application. Cette instance peut être établie dans un ministère, habituellement le Ministère du commerce et de l'industrie ou les Ministères des finances, de l'économie ou de la justice.

44. Dans certains pays, il existe aussi, à côté de cette instance, une commission ou un conseil de la concurrence indépendant exerçant des fonctions distinctes : le ministère peut renvoyer certaines affaires à la commission ou au conseil pour enquête (c'est le cas, par exemple, de la Monopolies and Mergers Commission, au Royaume-Uni, et du Conseil de la concurrence, en France). Il est de plus en plus fréquent que les administrations de la concurrence jouissent d'une certaine indépendance vis-à-vis du gouvernement pour que leur fonction de plaidoyer en faveur de la concurrence auprès des ministères et des organismes gouvernementaux ne soit pas faussée par d'autres considérations. Récemment, certains pays ont opté pour la création d'un organisme de tutelle chargé de faire appliquer à la fois la loi sur la concurrence et d'autres lois, comme la loi sur la protection des consommateurs, les règles de propriété intellectuelle et la loi sur la publicité mensongère.

4/ La vente à prix d'appel consiste à attirer le consommateur par des rabais très importants sur un produit qui n'est disponible qu'en quantité limitée.

5/ La vente à la chaîne consiste à offrir des avantages (rabais) à tout acheteur qui parvient à recruter d'autres clients qui, à leur tour, devront en trouver d'autres.

H. Sanctions

45. Dans certains pays, comme les Etats-Unis, le droit pénal s'applique aux pratiques commerciales restrictives les plus graves, comme la fixation concertée des prix et le trucage des offres, les coupables étant alors passibles d'emprisonnement et d'amendes. En Allemagne et dans l'Union européenne, les autorités appliquent uniquement des sanctions administratives aux entreprises sous la forme d'amendes. Toutefois, le montant des amendes peut être considérable, pouvant représenter jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise. Dans certains pays, des amendes administratives sont infligées aux entreprises et à leurs administrateurs s'ils sont jugés coupables de graves manquements au droit de la concurrence. Au Royaume-Uni, la loi ne prévoit pas de sanctions; des amendes, voire des peines d'emprisonnement, ne peuvent être infligées qu'en cas de non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

46. De toute façon, pour être crédible, l'administration de la concurrence doit avoir le pouvoir d'imposer des sanctions crédibles.

I. Dommages-intérêts

47. De nombreuses lois prévoient l'indemnisation des dommages subis par suite d'une violation de la loi sur la concurrence. Aux Etats-Unis, il existe un système de triple indemnisation, grâce auquel la partie lésée peut recouvrer trois fois le montant des pertes qu'elle a subies par suite d'une pratique commerciale restrictive.

J. Actions catégorielles

48. Certaines lois donnent la possibilité aux personnes ayant subi individuellement une perte relativement limitée par suite d'une violation du droit de la concurrence, de se grouper pour intenter une action antitrust, par exemple, dans le cas d'un arrangement illicite de fixation concertée des tarifs des taxis entraînant la hausse de ces derniers.

K. Procédures d'appel

49. Les lois sur la concurrence prévoient toutes des procédures d'appel devant un tribunal de commerce spécial, devant une instance supérieure ou devant la Cour suprême.

Chapitre III

PRINCIPALES PROCEDURES D'ENQUETE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES OU LES FUSIONS

50. De même que les lois sur la concurrence varient d'un pays à l'autre tout en ayant d'importants points communs, les principales procédures d'enquête présentent aussi des similitudes. Bien que les mécanismes d'enquête conduisant à une décision et à des sanctions puissent présenter des différences 6/, les techniques de base sont très semblables. Les différentes étapes de l'enquête sont décrites ci-après.

A. Ouverture et conduite de l'enquête

i) Sources d'information

51. Une enquête peut être ouverte à la suite d'une plainte émanant d'un consommateur, d'un homme d'affaires, d'une administration ou du service de la concurrence lui-même. Certaines lois reconnaissent uniquement aux associations de consommateurs ou d'entreprises la faculté de porter plainte, excluant toute action individuelle.

52. Le service de la concurrence peut ouvrir une enquête de sa propre initiative après avoir fait des recherches sur des hausses de prix ou des irrégularités dénoncées dans la presse. Bien souvent, les pratiques commerciales restrictives sont dénoncées par d'anciens employés qui veulent se venger d'un employeur qui les a licenciés. Aux Etats-Unis et, dans une certaine mesure, dans l'Union européenne, l'entreprise qui dénonce un accord illicite auquel elle a pris part peut bénéficier d'une immunité totale ou partielle ou d'un allégement de la peine. En ce qui concerne le contrôle

---

6/ Par exemple, au Royaume-Uni, trois organismes sont chargés de l'enquête : L'Office of Fair Trading (OFT), la Monopolies and Mergers Commission (MMC) et le Ministère du commerce et de l'industrie, les sanctions étant prononcées par le Restrictive Trade Practices Court. Dans ce système de "freins et contrepoids" multiples, un premier examen est effectué par l'OFT qui peut ensuite renvoyer l'affaire pour enquête à la MMC. S'il accepte sa recommandation, le Ministre du commerce et de l'industrie peut demander à la Cour de rendre une ordonnance. Lorsque le Ministre accepte la recommandation de la MMC, aucune amende n'est infligée, sauf si, par la suite, les entreprises en cause n'observent pas l'ordonnance et se rendent coupables d'atteinte à l'autorité de la justice. Par contre, en Allemagne, l'Office fédéral des cartels est investi de pouvoirs quasi judiciaires pour ouvrir et mener une enquête et rendre une décision; il peut notamment infliger des amendes aux défendeurs, lesquels peuvent faire appel devant les tribunaux, mais seulement sur des questions de procédure. Exceptionnellement, le Ministre de l'économie peut annuler l'interdiction d'une fusion. Aux Etats-Unis, le Ministère de la justice peut ouvrir une enquête mais il doit citer les défendeurs en justice. Les peines sont prononcées par les tribunaux (amendes et emprisonnement). La Commission fédérale du commerce a, quant à elle, des pouvoirs administratifs, mais les peines doivent être prononcées par les tribunaux.

des fusions, la loi exige souvent la notification préalable des fusions, l'administration de la concurrence devant réagir dans le délai prescrit (généralement limité à un mois).

ii) Examen préliminaire

53. L'administration de la concurrence établit généralement un mémorandum d'enquête dans lequel elle indique le produit visé, la pratique illicite alléguée, les dispositions de la loi qui auraient été violées, les noms des parties et la zone géographique où la prétendue malversation a eu lieu. Avant de prendre contact avec les entreprises, elle s'efforce de compléter ses informations auprès de sources publiques (presse, données disponibles) et elle peut garder l'affaire secrète jusqu'à ce que des descentes surprise sur les lieux soient organisées pour trouver des preuves.

54. Après l'examen préliminaire, l'administration de la concurrence peut décider d'abandonner l'affaire ou de poursuivre son enquête si elle estime qu'il y a des raisons légitimes de le faire.

iii) Analyse du marché

55. Pour procéder à l'analyse du marché, l'administration de la concurrence doit définir clairement le marché en cause, à la fois du point de vue géographique et du point de vue du produit ou du service visé. La détermination de l'existence d'une position dominante sur le marché s'appuie sur la définition du marché en cause, lequel correspond au marché des biens ou des services pouvant raisonnablement être remplacés, c'est-à-dire à "la zone de concurrence effective" (Cour suprême des Etats-Unis). Les critères utilisés pour définir le marché en cause et pour déterminer si une entreprise occupe une position dominante sur ce marché sont principalement les suivants :

- Premièrement, les autorités examinent dans quelle mesure le produit en question peut être remplacé par un autre si son prix augmente (les buveurs de bière se mettraient-ils, par exemple, à boire de la limonade ?);

- Deuxièmement, elles analysent la marge de substitution en prenant en considération les goûts et les préférences des consommateurs (substitution au niveau de la demande);

- Troisièmement, elles examinent le degré de transparence du marché (connaissance des prix et sensibilité aux prix des consommateurs); ceux-ci sont-ils bien informés et se soucient-ils de faire jouer la concurrence ?

- Quatrièmement, le marché en cause peut être limité à une région, ou à un endroit reculé si, par exemple, les communications sont difficiles et le coût des transports est prohibitif; il peut s'agir aussi du marché intérieur si la protection à la frontière est importante; il peut enfin s'agir du marché mondial si l'économie est ouverte et si le produit peut être importé à bon marché;

- Cinquièmement, il faut définir le produit ou le service à prendre en considération (par exemple, toutes les automobiles ou seulement les automobiles se trouvant dans une fourchette de prix donnée).

Définition du marché en cause

1. **Possibilité de substitution**

2. **Marge de substitution, en fonction des goûts des consommateurs**

3. **Degré de transparence, connaissance des prix et réaction des consommateurs**

4. **Zone géographique concernée**

5. **Définition du produit ou du service à prendre en considération**

56. Après avoir défini le marché en cause, l'administration de la concurrence peut l'analyser pour déterminer s'il existe une position dominante sur ce marché. Elle doit tout d'abord déterminer le degré de concentration du marché. Existe-t-il un monopole ? Deux entreprises contrôlent-elles plus de x % du marché, ou trois entreprises plus de y % ? (Cela dépend de la législation sur la concurrence.)

57. Souvent, la loi stipule qu'une entreprise est présumée détenir une position dominante si sa part du marché est supérieure à 25 % ou 33 %. Ensuite, il faut analyser les effets sur la concurrence des entreprises qui détiennent des parts de marché importantes. Y a-t-il un parallélisme des prix ? Les entreprises plus petites alignent-elles leurs prix sur ceux des entreprises "chefs de file", ou bien leur livrent-elles une concurrence acharnée ? S'il y a entrave à la concurrence, les autorités doivent examiner un troisième critère, à savoir les conditions d'entrée sur le marché en cause. Existe-t-il une concurrence potentielle ou effective ? Est-il difficile ou impossible pour des tiers d'entrer sur le marché (par exemple, en raison d'un arrêté gouvernemental s'il s'agit d'un marché réglementé, ou à cause de contingents ou de droits à l'importation prohibitifs) ? Des subventions empêchent-elles d'en sortir ? Enfin, il faut examiner les caractéristiques du marché : s'agit-il d'un marché dynamique (à forte croissance) ou d'un marché stable parvenu à maturité ? Quelle est sa taille relative (et, partant, son importance) et est-il réglementé par l'Etat ?

Détermination de l'existence d'une position dominante sur le marché : principaux critères

1. Part de marché

2. Effets sur la concurrence

3. Conditions d'entrée et de sortie

4. Caractéristiques du marché :

- **marché dynamique ou stable**
- **taille relative**
- **réglementation par l'Etat**

B. Recherche de preuves

i) Perquisitions

58. Dans les pays où la loi autorise la perquisition des locaux (comme en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni), les autorités peuvent faire des descentes surprises pour avoir le plus de chances de trouver des preuves. Elles doivent normalement avoir un mandat de perquisition délivré par un juge. Avant de procéder à une perquisition, les enquêteurs doivent savoir exactement ce qu'ils cherchent et où ils ont le plus de chances de le trouver (par exemple, ils peuvent avoir besoin du concours de spécialistes de l'informatique si les renseignements recherchés sont stockés dans un ordinateur et sont très difficiles à trouver).

ii) Questionnaires aux entreprises

59. Des lettres et des demandes officielles de renseignements peuvent être envoyées aux entreprises concernées.

iii) Diffusion d'annonces dans la presse

60. Des annonces peuvent être diffusées dans la presse pour demander des renseignements à des tiers, à des clients ou à des entreprises qui ont souffert des pratiques alléguées ou qui sont susceptibles de posséder des informations.

iv) Auditions

61. Les représentants des entreprises peuvent être entendus en présence de leurs avocats. Souvent, les défendeurs sont entendus séparément pour éviter une action concertée.

v) Mesures provisoires

62. Selon la procédure suivie, l'enquête peut durer plusieurs mois, voire plusieurs années. Certaines lois prévoient l'adoption de mesures provisoires, généralement sous la forme d'une ordonnance d'interdiction, en attendant les résultats de l'enquête. Mais bien souvent, une fois que l'enquête est ouverte, les défendeurs abandonnent spontanément les pratiques incriminées pour éviter de lourdes peines.

C. Décision et recours

63. A la lumière des résultats de l'enquête, l'administration de la concurrence (ou le tribunal) rend une décision. Il peut s'agir d'une interdiction pure et simple ou d'une autorisation conditionnelle; par exemple, une fusion peut être autorisée à condition que l'une des entreprises se désaisisse de certains actifs, ou prenne l'engagement de s'abstenir de certaines pratiques restrictives. L'enquête peut aussi conclure que les pratiques en cause ne sont pas anticoncurrentielles et sont de ce fait autorisées. Dans certains cas, la loi peut prévoir des exemptions catégorielles. Mais alors, une enquête complète n'est généralement pas nécessaire. Ces exemptions sont généralement accordées dans le but de réduire la charge de travail de l'administration de la concurrence et d'éviter les retards. Elles peuvent être accordées automatiquement, sous certaines conditions (nature des restrictions, taille relative du marché visé par l'accord, etc.).

64. L'administration de la concurrence peut imposer des sanctions si la loi l'y autorise. Sinon, les tribunaux peuvent imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et, parfois, aux individus qui ont enfreint la loi. Certaines lois prévoient aussi des peines d'emprisonnement. En tout état de cause, la peine doit être suffisamment lourde pour que la loi soit crédible. Dans les pays en proie à une forte inflation, les sanctions pécuniaires maximales fixées par la loi peuvent perdre rapidement tout caractère dissuasif.

65. Les lois modernes sur la concurrence prévoient également le paiement de dommages-intérêts. Les consommateurs et les tiers qui ont été lésés par une pratique prohibée peuvent poursuivre les défendeurs en dommages-intérêts.

Annexe 1

LISTE RECAPITULATIVE D'ARGUMENTS SOUVENT AVANCES CONTRE L'ADOPTION DE LOIS SUR LA CONCURRENCE

- Pour qu'une entreprise soit compétitive sur le marché international, elle doit avoir une taille ou une masse critiques ou réaliser des économies d'échelle.

- Il ne faut pas créer davantage de bureaucratie à l'heure de la déréglementation et de la réduction du rôle de l'Etat.

- Les pays en développement n'ont pas besoin de politique de la concurrence. Seuls les pays avancés disposant de moyens élaborés peuvent utiliser une procédure aussi complexe.

- L'adoption d'une loi sur la concurrence risque de décourager les investissements étrangers directs dont ces pays ont grand besoin.

- L'ouverture des marchés suffit pour susciter la concurrence des importations.

- Les lois sur la concurrence confèrent des pouvoirs excessifs à des individus corruptibles. Il faut donc prévoir des mécanismes d'équilibre efficaces.

- Vu la complexité d'une bonne analyse de la concurrence, les pays en développement ne peuvent pas appliquer efficacement une loi et une politique en matière de concurrence.

- La politique de la concurrence ne permettra pas à l'industrie nationale de résister aux entreprises étrangères géantes qui bénéficient de la puissance commerciale, de la technologie de pointe et des vastes ressources de leurs sociétés mères.

Annexe 2

DIFFICULTES ET OBSTACLES SOUVENT RENCONTRES
PAR LES ADMINISTRATIONS DE LA CONCURRENCE

1. Le Ministère concerné peut annuler une décision au nom de l'"intérêt général", par exemple, par crainte d'une augmentation du chômage, ou sous la pression de groupes d'intérêt.

2. Un changement de gouvernement peut modifier le sort de l'administration de la concurrence : certains gouvernements peuvent avoir un intérêt politique dans l'application d'une loi sur la concurrence pour lutter contre les monopoles ou contre la concentration de la richesse, tandis que d'autres peuvent avoir intérêt à défendre ou créer des "entreprises vedettes", ou répugnent à appliquer une loi sur la concurrence qui pourrait remettre en cause des droits acquis.

3. D'autres organes administratifs (organismes de réglementation) peuvent avoir des fonctions qui empiètent sur celles de l'administration de la concurrence (par exemple, les organismes de réglementation créés pour contrôler les entreprises de service public privatisées peuvent avoir des responsabilités en matière de concurrence qui devraient en fait incomber à cette administration). Lorsqu'il est difficile de prendre une décision, l'organisme de réglementation peut demander à cette dernière d'étudier la question, sans quoi il pourrait prendre une décision nuisible à la concurrence.

4. Les législateurs et les ministères (santé, commerce, etc.) peuvent adopter des lois sans considérer leurs effets préjudiciables sur la concurrence, en dépit des fonctions de plaidoyer de l'administration de la concurrence.

5. Il peut arriver que des hommes d'affaires influents soient plus proches de ceux qui commandent (ministres) que du chef de l'administration de la concurrence. Les ministres peuvent faire des concessions excessives aux investisseurs étrangers importants qui font des promesses concernant, par exemple, l'emploi. Les entreprises étrangères peuvent ainsi obtenir des subventions, des exonérations fiscales temporaires ou des autorisations d'importation à long terme à des conditions avantageuses, alors que leurs concurrents nationaux ne bénéficient d'aucun de ces avantages.

Contraintes budgétaires et manque de moyens

6. Les contraintes budgétaires peuvent limiter la capacité de l'administration de la concurrence de prendre les mesures requises. Dans un pays, par exemple, le service de la concurrence hésitait à faire connaître ses fonctions par l'intermédiaire des médias par crainte de recevoir ensuite une multitude de plaintes qu'il ne serait pas capable d'instruire convenablement, ce qui aurait nui à sa crédibilité.

7. Il se peut aussi que l'administration de la concurrence manque de ressources financières pour engager du personnel de haut niveau et soit obligée de faire appel à des fonctionnaires de police et de justice locaux qui ne connaissent pas les règles de la concurrence.

8. Ou bien, après avoir reçu une bonne formation à l'étranger, le personnel s'en va à la suite de promotions ou si de meilleures possibilités d'emploi s'offrent dans le secteur privé.

Absence de statistiques commerciales fiables

9. Il se peut que, faute de données statistiques fiables, l'administration de la concurrence d'un pays en développement se trouve dans l'incapacité d'exposer convenablement les faits ou de déterminer s'il y a domination du marché, par exemple, si la part de marché d'une entreprise n'est pas connue.

Manque de crédibilité des décisions de l'administration de la concurrence

10. L'imposition d'amendes trop faibles peut nuire à la crédibilité de l'administration de la concurrence.

11. L'administration de la concurrence peut être obligée de garder le personnel de l'administration chargée auparavant de la réglementation des prix, bien que celui-ci ne connaisse pas les principes de la concurrence et ne comprenne pas ses nouvelles fonctions.

12. La longueur de l'enquête et de la procédure judiciaire, y compris la procédure d'appel, pendant lesquelles, bien souvent, aucune mesure provisoire n'est prise, peut atténuer l'impact des décisions de l'administration de la concurrence.

Nouveauté de la question pour les consommateurs

13. Les principes de la concurrence sont nouveaux pour les consommateurs qui sont habitués à des prix fixés par voie administrative. L'administration de la concurrence doit donc éduquer les consommateurs et instaurer une "culture de la concurrence" qui les encourage à comparer les prix, ce qui peut les rebuter au départ.