



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

Distr. limitée
30 août 2010
Français
Original: anglais

**Sixième 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**

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre XII

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre XII

Commentaires du chapitre XII et formules différentes relevées dans des législations existantes

Recours

1. *Demande de réexamen par l'organe de tutelle de ses décisions en fonction de l'évolution des circonstances.*
2. *Octroi à une entreprise ou à un particulier de la possibilité de recourir dans un délai de (...) jours auprès de (l'autorité judiciaire compétente) contre tout ou partie de la décision de l'organe de tutelle (ou) sur toute question juridique de fond.*

Introduction¹

1. Le chapitre XII de la loi type sur la concurrence traite de l'examen administratif et judiciaire des décisions prises en matière de concurrence. La première sous-partie de ce chapitre concerne les examens auxquels procède l'autorité chargée de la concurrence elle-même; la deuxième concerne les examens judiciaires réalisés par un organe distinct.

Examen interne/administratif

2. Il ressort de la lecture de la loi type sur la concurrence que les destinataires d'une décision en matière de concurrence peuvent en demander le réexamen en fonction de l'évolution des circonstances. Dans la pratique, toutefois, il est plus fréquent qu'une nouvelle demande des destinataires de la première décision rendue en matière de concurrence soit à l'origine d'une évaluation de l'évolution de la situation. Dans une affaire où l'autorité chargée de la concurrence a interdit une fusion, par exemple, les parties ont tout loisir de restructurer l'opération de façon à supprimer les problèmes de concurrence et de notifier l'opération remaniée pour approbation. Dans les régimes de droit de la concurrence où l'autorité de la concurrence a compétence pour autoriser, par souci d'efficacité, des accords potentiellement anticoncurrentiels, les destinataires d'une décision d'interdiction peuvent renouveler leur demande d'autorisation s'ils estiment que les motifs de l'interdiction ne sont plus valables. De même, ils doivent refaire une demande d'approbation si la première a été accordée pour une durée limitée.

3. En vertu du droit néerlandais de la concurrence, l'examen judiciaire d'une décision contestée de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (NMa) peut être précédé d'un examen interne. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la concurrence, le 1^{er} janvier 1998, les décisions de la NMa qui appliquent le droit de la concurrence européen et national sont soumises à une procédure de recours en trois temps.

4. Premièrement, les destinataires d'une décision (personnes/entreprises) peuvent former, dans un délai de six semaines, un recours administratif interne auprès de la NMa pour qu'elle revoie sa décision. La NMa procède alors à un réexamen complet de l'affaire, qui peut donner lieu à une issue différente. Dans les affaires dans lesquelles les recourants font l'objet d'une sanction, elle revoit sa décision à la lumière des conseils dispensés par un

¹ Voir également la note du secrétariat de la CNUCED sur les sanctions et voies de recours appropriées et les examens judiciaires, TD/RBP/CONF.7/5, août 2010.

Comité consultatif indépendant. Si les recourants ne sont pas satisfaits de l'issue de la procédure de recours administratif, ils peuvent – dans un délai de six semaines – faire appel de la décision auprès de la chambre de droit administratif du tribunal de district. Il peut être fait appel de la décision de ce tribunal auprès de la Cour d'appel pour le commerce et l'industrie.

Examen judiciaire

5. Compte tenu des restrictions imposées aux droits et libertés par les décisions rendues dans des affaires de concurrence, telles que l'interdiction de procéder à une fusion envisagée ou l'imposition d'une amende, l'état de droit exige que les entreprises concernées puissent bénéficier d'un examen judiciaire. Cette exigence fondamentale fait l'objet de la deuxième sous-partie du présent chapitre de la loi type sur la concurrence. L'examen judiciaire garantit le respect de la loi par les autorités indépendantes chargées de la concurrence et les rend comptables de leurs décisions. Il contribue également à améliorer ces décisions, puisque les autorités de la concurrence analyseront sans doute soigneusement les motifs pour lesquels le tribunal a annulé une décision afin de ne pas commettre la même erreur à l'avenir. Leur réputation ne pourra en être que renforcée.

6. Tout comme les organes chargés de mener les enquêtes et de prendre les décisions initiales dans les affaires de concurrence, les caractéristiques des systèmes d'examen judiciaire varient d'un pays à l'autre². Les différences portent essentiellement sur la juridiction qui connaît de l'examen et la norme d'examen qu'elle applique.

Différents types de tribunaux chargés de l'examen judiciaire dans les affaires de concurrence

7. Si le destinataire d'une décision estime que celle-ci a porté atteinte à ses droits, il peut en faire appel dans un certain délai fixé par la loi. Selon le système juridique, les recours formés contre une décision peuvent l'être auprès de tribunaux administratifs, d'instances judiciaires ou directement auprès de la Cour suprême d'un pays. Des tribunaux administratifs spécialisés peuvent en outre être institués.

² La plupart du temps, une autorité indépendante chargée de la concurrence est le principal organe d'application du droit de la concurrence. Toutefois, dans certains pays, ce sont des services ministériels spécialisés qui se chargent de cette tâche, tandis que dans un certain nombre de pays de common law, des tribunaux spécialisés ou ordinaires prennent les décisions initiales dans les affaires de concurrence.

8. L'encadré ci-après illustre ces diverses approches:

Encadré 12/1

Aperçu des différents types d'entités chargées de procéder aux examens judiciaires dans les affaires de concurrence (premier niveau de recours)³

<i>Tribunaux administratifs</i>	<i>Instances judiciaires</i>	<i>Tribunaux/cours spécialisés en matière de concurrence</i>	<i>Cour/Tribunal de dernière instance</i>
Colombie	Algérie	Australie ⁶	Bulgarie
Croatie	Australie ⁴	Autriche	Chypre
Estonie	Belgique	Canada	France ⁷
Grèce	Brésil	République tchèque	Turquie
Italie	Côte d'Ivoire	Danemark	
Lettonie	France ⁵	El Salvador	
Slovénie	Allemagne	Inde	
Suisse	Malte	Finlande	
Tunisie	Pays-Bas	Kenya	
Venezuela (République bolivarienne du)	Panama	Pérou	
	Roumanie	Pologne	
	Slovaquie	Portugal	
		Royaume-Uni	

9. La plupart des juridictions permettent également à la partie déboutée de son recours de faire appel de cette décision. Cela signifie que l'examen judiciaire ne s'arrête pas au niveau du recours, mais peut comporter une instance supérieure chargée de contrôler les travaux du tribunal chargé du recours, habituellement la Cour suprême ou la plus haute juridiction administrative du pays.

10. Dans un petit nombre de pays, outre la procédure de recours, les parties en cause peuvent demander que le gouvernement, exceptionnellement, annule la décision de l'autorité de la concurrence en raison d'intérêts publics prépondérants⁸.

³ Sources: Loi type sur la concurrence de la CNUCED (2007); Antitrust Encyclopedia in *Concurrences*, http://www.concurrences.com/nr_adv_search.php3; et réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED.

⁴ Pour les recours formés contre des décisions portant sur des comportements anticoncurrentiels.

⁵ En France, l'examen judiciaire des affaires d'entente et d'abus de position dominante est du ressort de la cour d'appel de Paris.

⁶ Pour les recours formés contre des décisions rendues dans des affaires de fusion.

⁷ En France, l'examen judiciaire des affaires de fusion est du ressort du *Conseil d'État*. Voir http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296.

⁸ En Suisse, par exemple, conformément à la loi sur les cartels, outre la procédure de recours, lorsque la Commission de la concurrence a constaté le caractère illicite d'une restriction à la concurrence ou de pratiques auxquelles se livrent des entreprises ayant une position dominante, ou lorsqu'elle a interdit une concentration, les intéressés peuvent demander que le Gouvernement (le Conseil fédéral) autorise exceptionnellement l'accord ou la concentration au motif qu'il existe des intérêts publics prépondérants.

Norme d'examen

11. On appelle «norme d'examen» le degré d'examen appliqué lors du recours, qui est très variable selon les systèmes juridiques applicables à la concurrence, puisqu'il va d'un critère d'examen minimal limité aux aspects procéduraux et aux erreurs de droit manifestes que présente une décision en matière de concurrence à un examen très poussé de l'affaire quant au fond.

12. On peut distinguer quatre niveaux d'examen. Au niveau le plus bas, le tribunal n'apprécie que les erreurs de droit patentes qui ont été commises dans l'application de la loi et annule les décisions manifestement abusives (l'équivalent du *recours pour excès de pouvoir* français). Dans ce cas de figure, le tribunal peut vérifier si l'autorité a agi dans le cadre de ses compétences et si elle a respecté les principes fondamentaux de l'équité de la procédure en ménageant aux intéressés la possibilité d'être entendus avant de prendre une décision à leur encontre, par exemple. Le deuxième niveau d'examen consiste à évaluer la légalité de la décision en cause, notamment son respect des exigences procédurales. À ce niveau, le tribunal apprécie si l'autorité de la concurrence a correctement interprété la loi. Au troisième niveau, le tribunal peut entièrement revoir l'affaire quant au fond en évaluant tous les faits pertinents outre l'application correcte de la loi. Cette norme va au-delà du contrôle de la légalité de la décision, puisque le tribunal doit aussi évaluer les éléments de fait sur lesquels elle se fonde. Enfin, la norme d'examen la plus haute permet au tribunal de réexaminer l'affaire dans son intégralité et de substituer sa propre analyse à l'évaluation faite par l'autorité de la concurrence; il s'agit d'une «nouvelle» analyse.

Formules différentes relevées dans des législations existantes**– Norme d'examen***Pays***Examen de la légalité d'une décision en matière de concurrence**

Chypre	La Cour suprême de Chypre, saisie des recours dans les affaires de concurrence, se borne à examiner la légalité de la décision et ne peut ni examiner le bien-fondé de la décision en cause ni substituer à la décision de l'autorité chargée de la concurrence la sienne propre ⁹ .
--------	---

Examen des aspects juridiques et factuels d'une décision en matière de concurrence

Belgique	La cour d'appel de Bruxelles a compétence exclusive pour connaître des recours formés dans les affaires de concurrence et examine aussi bien les éléments de fait que les éléments de droit ¹⁰ .
----------	---

⁹ Voir la réponse de Chypre au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

¹⁰ OECD Policy Roundtables, Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence, 1996, Paul Mafféi, p.127 à 132.

Pays

Union européenne	<p>La norme d'examen appliquée par les instances judiciaires européennes dans les affaires de concurrence a été affinée par la jurisprudence au fil du temps. L'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 230 TCE) dispose que la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des décisions de la Commission européenne. Ce type de mesure aurait à l'origine pris pour modèle le <i>recours pour excès de pouvoir</i> formé auprès du <i>Conseil d'État</i> français, qui suppose une norme d'examen très faible¹¹. Toutefois, selon la jurisprudence des instances judiciaires européennes, le contrôle juridictionnel effectué dans le cadre des affaires de concurrence doit d'abord évaluer si les éléments de preuve sur lesquels se fonde la Commission européenne sont factuellement exacts, fiables et cohérents. Les tribunaux doivent ensuite déterminer s'ils contiennent toutes les informations nécessaires pour évaluer une situation complexe et, enfin, s'ils sont suffisants pour étayer les conclusions qui en sont tirées. Par ailleurs, les juridictions européennes reconnaissent à la Commission européenne un certain <i>pouvoir discrétionnaire d'appréciation</i> en matière de droit de la concurrence, en particulier en ce qui concerne les <i>appréciations d'ordre économique</i>¹². Cette approche, qui fait le départ entre l'établissement des faits et leur évaluation, notamment l'évaluation des données économiques, par la Commission, se retrouve dans plusieurs affaires dont ont eu à connaître les juridictions européennes¹³. Dans ce contexte, il convient de relever que la norme d'examen appliquée au niveau des amendes est plus élevée. Selon la disposition pertinente, les juridictions européennes ont une compétence illimitée pour revoir les décisions en vertu desquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte. Elles peuvent annuler, réduire ou augmenter l'amende ou l'astreinte imposée¹⁴.</p>
Pays-Bas	<p>Le tribunal d'instance de Rotterdam applique un degré d'examen très élevé aux décisions prises par la NMa en se fondant sur l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-articles 81 et 82 TCE). Il peut en outre substituer son propre jugement à la décision de la NMA.</p>

¹¹ Meij, A. (2009). Judicial review in the EC courts: Tetra Laval and beyond in national courts and the standard of review in competition law and economic regulation. In: Essens, O., Gerbrandy, A. et Lavrijssen, S. (2009).

¹² Cour de justice de l'Union européenne. Affaire C-12/03 P *Commission c. Tetra Laval* Rec. I-987.

¹³ Cour de justice de l'Union européenne. Affaire 42/84 *Remia* [1985] Rec. 2545; Tribunal de première instance, affaire T-210/01 *General Electric Company c. Commission* [2005] Rec. II-5575.

¹⁴ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, art. 31.

Pays

Nouvelle analyse

Tunisie	Le tribunal administratif de Tunis, chargé de l'examen judiciaire dans les affaires de concurrence, dispose de pouvoirs étendus. Outre l'examen de la décision initiale à l'aide d'éléments factuels et juridiques, il peut procéder à l'audition de nouveaux témoins et est même habilité à énoncer des violations additionnelles du droit de la concurrence dont la preuve peut être apportée par l'enquête qu'il aura menée ¹⁵ .
---------	--

13. Un aspect particulier de la norme d'examen est la recevabilité de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du recours. Cette question se pose quand la norme d'examen permet à l'organe d'examen d'évaluer les faits sur lesquels se fonde la décision contre laquelle il est fait recours ainsi que ses aspects juridiques. Il ressort des réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED que plusieurs pays acceptent de nouveaux éléments de preuve lors du recours formé contre une décision, parfois à certaines conditions: en Croatie, le tribunal administratif accepte ainsi de nouveaux éléments de preuve en rapport avec les faits exposés lors de la procédure initiale. Par contre, les éléments de preuve en rapport avec des faits nouveaux ne sont pas acceptés¹⁶. En Allemagne et en Suisse, de nouveaux éléments de preuve sont acceptés au stade du recours sans aucune restriction¹⁷. Enfin, il convient de mentionner que certains régimes juridiques du droit de la concurrence limitent les recours aux cas expressément définis par la loi – par exemple, les décisions de l'Autorité de la concurrence en Suède¹⁸.

Effet suspensif

14. Les régimes du droit de la concurrence diffèrent en ce qui concerne l'effet suspensif des recours formés contre des décisions.

¹⁵ Voir la réponse de la Tunisie au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

¹⁶ Voir la réponse de la Croatie au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

¹⁷ Voir la réponse de l'Allemagne et de la Suisse au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

¹⁸ Chap. 7 de la loi sur la concurrence de 2008. Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal municipal de Stockholm uniquement dans les cas mentionnés au chapitre 7, art. 1, de la loi.

Formules différentes relevées dans des législations existantes**– Effet suspensif***Pays*

Brésil	Au Brésil, la suspension du paiement d'une amende lors de l'examen s'accompagne du provisionnement par l'entreprise en cause du montant total de l'amende sur un compte bancaire ¹⁹ .
Union européenne	Les recours formés contre des décisions de la Commission européenne n'ont pas d'effet suspensif sauf en cas d'amende, auquel cas le paiement de celle-ci peut être suspendu si une garantie bancaire couvrant le montant total ainsi que les intérêts qu'il pourrait porter est fournie ²⁰ .
Pays-Bas	Toute décision de la NMa d'imposer une amende est suspendue au stade du recours ²¹ .
Suisse	L'application des décisions de l'autorité suisse de la concurrence est suspendue en cas de saisie du Tribunal administratif fédéral (instance d'appel); en revanche, des mesures provisoires peuvent être prises. Il peut être fait appel des décisions du Tribunal administratif fédéral pour les questions de concurrence auprès du Tribunal fédéral (Cour suprême suisse). Les recours formés auprès du Tribunal fédéral n'ont pas d'effet suspensif ²² .

Différents types de décision

15. Une fois que le tribunal a apprécié le recours, il rend généralement l'une des décisions suivantes: confirmation de la décision, annulation (totale ou partielle), adoption d'une nouvelle décision ou renvoi de la décision à l'autorité chargée de la concurrence pour examen complémentaire.

¹⁹ Competition and the Judiciary, Second Phase, Case Studies, 2007, sixième Conférence annuelle, ICN.

²⁰ Voir la réponse de l'Union européenne au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

²¹ Voir la réponse des Pays-Bas au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

²² Voir la réponse de la Suisse au questionnaire de la CNUCED adressé à l'occasion de la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.