



**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 XI

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre XI

Sanctions et réparation

I. Des sanctions seraient imposées, ainsi qu'il conviendrait, dans les cas ci-après:

- i) Violations de la loi;*
- ii) Non-observation des décisions ou ordonnances de l'organe de tutelle ou de l'autorité judiciaire compétente;*
- iii) Non-communication dans les délais prévus des renseignements ou documents requis;*
- iv) Renseignements ou déclarations dont l'entreprise sait, ou a des raisons de penser, qu'ils sont faux ou trompeurs sur un point essentiel.*

II. Les sanctions pourraient notamment être les suivantes:

- i) Amendes (proportionnelles à la volonté de dissimulation, à la gravité et à l'illégalité manifeste des infractions ou aux gains illicites tirés de l'activité incriminée);*
- ii) Emprisonnement (en cas d'infraction grave comportant une violation flagrante et délibérée de la loi, ou d'un décret d'application, par une personne physique);*
- iii) Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire;*
- iv) Ordonnances faisant obligation, à titre définitif ou pour une longue durée, de cesser et de s'abstenir de commettre une infraction, ou de réparer une infraction par une conduite positive, des excuses ou une déclaration publiques, etc.;*
- v) Démantèlement (pour les fusions ou acquisitions réalisées) ou annulation (pour certaines fusions ou acquisitions ou certains contrats restrictifs);*
- vi) Restitution aux consommateurs lésés;*
- vii) Traitement de la constatation administrative ou judiciaire de l'illégalité comme commencement de preuve de responsabilité dans toutes les actions en dommages-intérêts engagées par les personnes lésées.*

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

Introduction¹

1. Le chapitre XI de la loi type sur la concurrence, intitulé «Sanctions et réparation», porte sur les divers instruments d'application du droit de la concurrence. Le terme «réparation» fait référence à ce que l'on appelle plus communément les «mesures correctives». Étant donné l'objectif et le caractère obligatoire de la législation sur la concurrence, ainsi que les motivations commerciales favorisant son non-respect, les sanctions et mesures correctives jouent un rôle particulièrement important. La protection de la concurrence – objectif premier de la plupart des lois en la matière – exige des entreprises qu'elles respectent les prescriptions de forme et de fond. L'expérience a toutefois montré que les entreprises n'observent les dispositions contraignantes que si leur non-respect risque fort probablement d'être décelé et d'entraîner l'imposition de sanctions dont les coûts directs et indirects seront élevés du point de vue commercial. Dans cette optique, la menace de lourdes sanctions semble jouer un rôle essentiel dans le respect du droit de la concurrence. Compte tenu de l'objectif premier de la plupart des lois sur la concurrence, c'est-à-dire protéger le jeu de la concurrence, les mesures correctives viennent compléter les sanctions, puisqu'elles visent à protéger ou à rétablir la concurrence lorsque des sociétés ont faussé celle-ci ou sont sur le point de le faire.

2. Alors que le libellé de la section II du chapitre XI pourrait s'entendre uniquement des sanctions, les exemples qui y sont donnés semblent indiquer qu'elle concerne également les mesures correctives. Ainsi, les ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire dont il est question au chapitre XI II) iii) ainsi que celles visant à réparer une infraction par une conduite positive dont il est question au chapitre XI II) iv) sont généralement qualifiées de mesures correctives. Qui plus est, la plupart des lois sur la concurrence prévoient ces deux instruments d'application, qui s'inscrivent dans le prolongement l'un de l'autre.

3. Les sanctions et mesures correctives sont des instruments utilisés pour l'application publique du droit de la concurrence, c'est-à-dire pour une application par des autorités publiques comme les organes et tribunaux de la concurrence. Certains régimes juridiques de la concurrence fermement implantés ont toutefois récemment commencé à promouvoir une application du droit de la concurrence par les acteurs privés en autorisant les personnes lésées à engager des actions à titre privé dans la foulée d'une application publique. Cet aspect de l'application du droit de la concurrence ne relève pas du chapitre XI, mais il sera abordé dans les commentaires du chapitre XIII de la loi type sur la concurrence.

¹ Voir également la note du secrétariat de la CNUCED sur les sanctions et mesures correctives appropriées. TD/RBP/CONF.7/5. Août 2010.

Sanctions

Organisme d'application de la loi investi du pouvoir d'imposer des sanctions

4. Le pouvoir d'imposer des sanctions peut être conféré soit à l'organe de tutelle, soit à l'autorité judiciaire compétente, soit encore être réparti entre les deux. Dans ce dernier cas, par exemple, le pouvoir d'imposer une sanction qui est dévolu à l'organe de tutelle pourrait se limiter à la répression de comportements tels que le refus de donner des renseignements, la communication de faux renseignements ou le défaut de notification d'un accord.

5. En Fédération de Russie, au Pakistan, au Panama, au Pérou et en Suisse, ainsi que dans l'Union européenne, les organes de tutelle sont habilités à imposer des amendes. En Australie et aux États-Unis, le pouvoir d'imposer des amendes ou d'autres sanctions appartient plutôt aux tribunaux.

Différents types de sanctions

6. Des sanctions peuvent être imposées dans les cas de violations d'une disposition de fond de la loi sur la concurrence et dans les cas de manquements à la procédure, tels que mentionnés aux points iii) et iv), section I, chapitre XI de la loi type sur la concurrence. La loi australienne sur la concurrence prévoit par exemple des sanctions procédurales en cas de communication de renseignements faux ou trompeurs dans le cadre d'une notification de fusion, en cas de communication de renseignements faux, trompeurs ou incomplets, ou encore en cas de non-respect d'une ordonnance du Tribunal des ententes faisant obligation de communiquer des renseignements. En vertu de la loi hongroise sur la concurrence, une sanction procédurale peut être imposée aux parties en cause dans une affaire de concurrence ou à d'autres personnes participant à une telle procédure, ainsi qu'aux personnes devant clarifier les faits de la cause, si elles se livrent à un acte ou adoptent un comportement dans un but dilatoire ou pour empêcher la divulgation de faits, ou ayant un tel effet.

7. Les sanctions infligées aux contrevenants pour avoir enfreint des dispositions de fond peuvent être de nature administrative, civile ou pénale. Les sanctions administratives – en particulier les amendes – constituent la forme la plus courante de sanctions dans les cas d'entente. Certains systèmes juridiques permettent d'imposer aux contrevenants des amendes individuelles qui s'ajoutent à celles infligées à l'entreprise au nom de laquelle ils ont agi. C'est notamment le cas en Allemagne, où la responsabilité d'une entreprise au titre de la loi sur la concurrence ne peut être engagée que s'il est établi que ses dirigeants ou ses employés ont enfreint ladite loi. En revanche, d'autres législations sur la concurrence prévoient uniquement l'imposition d'amendes aux entreprises concernées. Les sanctions administratives permettent non seulement d'imposer des amendes mais aussi d'interdire à certaines personnes d'occuper un poste de fonctionnaire ou encore d'empêcher les entreprises ayant participé à un trucage d'offres de prendre part aux futurs appels d'offres ouverts.

8. Contrairement aux sanctions administratives qui peuvent être imposées par une autorité de la concurrence, les sanctions civiles ou pénales sont la prérogative des tribunaux. Alors que les amendes peuvent être de nature administrative, civile ou pénale, la peine d'emprisonnement a exclusivement un caractère pénal. Certains pays ayant opté pour un système de sanctions administratives prévoient des sanctions pénales dans des affaires de concurrence spécifiques, par exemple en cas de trucage lors d'un appel d'offres ouvert organisé par des autorités publiques.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Types de sanctions

<i>Pays/juridiction</i>	<i>Sanctions</i>							
	<i>Civiles</i>		<i>Administratives</i>		<i>Pénales</i>			
	<i>Amendes</i>	<i>Autres</i>	<i>Amendes</i>	<i>Autres</i>	<i>Amendes</i>	<i>Emprisonnement</i>	<i>Autres</i>	
Australie	X	X			X	X		
République de Corée			X	X	X	X		
Japon			X	X	X	X		
Indonésie			X	X	La loi n° 5/1999 prévoit plusieurs types de sanctions pénales qui ne sont toutefois pas appliquées dans la pratique.			
Arménie			X	X	Sanctions limitées aux comportements profondément anticoncurrentiels			
Fédération de Russie			X	X				
Turquie			X	X				
Afrique du Sud			X	X	X	X		
Kenya				X	X	X		
Zambie					X	X		
Égypte			X	X	X		X	
Tunisie			X	X	X	X	X	
Union européenne			Sanctions limitées aux entreprises/aucune responsabilité personnelle					
France			X	X	X	X		
Royaume-Uni			X	X	X	X	X	
Allemagne			X	X	Sanctions limitées au trucage des offres			
Pérou			X	X				
Brésil			X	X	X	X		
Costa Rica			X	X				

Pays/jurisdiction	Sanctions						
	Civiles		Administratives		Pénales		
	Amendes	Autres	Amendes	Autres	Amendes	Emprisonnement	Autres
Mexique			X	X	Sanctions limitées aux comportements profondément anticoncurrentiels		
États-Unis	X	X		X	X	X	
Canada			X	X	Sanctions limitées à la fixation des prix, au partage des marchés et à la restriction de la production		

9. La section II du chapitre XI de la loi type sur la concurrence fait état de différents types de sanctions possibles. Bien qu'elle couvre les types de sanctions les plus courants, cette liste ne doit pas être considérée comme exhaustive.

i) Amendes (proportionnelles à la volonté de dissimulation, à la gravité et à l'égalité manifeste des infractions ou aux gains illicites tirés de l'activité incriminée);

10. Tel que mentionné précédemment, les amendes peuvent être administratives, civiles ou pénales. Pour diverses raisons, y compris des coûts administratifs relativement bas, elles constituent l'élément central de tous les systèmes d'application publique de la loi. Dans de nombreuses juridictions, la loi sur la concurrence confère elle-même à l'organe de tutelle ou à l'autorité judiciaire compétente le pouvoir d'imposer des amendes et prescrit le montant maximal de celles-ci. Ce montant devrait être suffisamment élevé pour avoir un effet dissuasif important. Il peut être exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires du contrevenant, correspondre à un montant forfaitaire ou être fixé par rapport à une unité variable, telle que le salaire minimum national.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Montant maximal des amendes

Pays

Montant maximal des amendes, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires du contrevenant

Union européenne	En vertu de l'article 23 2) du règlement n° 1/2003, la Commission peut infliger à l'entreprise contrevenante une amende administrative maximale de 10 % du chiffre d'affaires annuel qu'elle a réalisé sur le plan mondial.
Australie	Aux termes de la loi australienne sur la concurrence, une infraction pénale pour entente est punissable d'un emprisonnement maximal de dix ans et/ou d'une amende maximale de 220 000 dollars australiens par infraction. Dans le cas d'une infraction civile, les particuliers sont passibles d'une sanction pécuniaire maximale de 500 000 dollars australiens par infraction. Dans le cas des

Pays

	<p>sociétés, chaque infraction aux dispositions pénales ou civiles sur les ententes entraîne une amende ou une sanction pécuniaire (selon le cas) pouvant atteindre:</p> <p>a) Dix millions de dollars australiens; ou</p> <p>b) Trois fois la valeur totale des bénéfices réalisés à la suite de l'infraction, de l'acte ou de l'omission qui contrevient aux dispositions civiles; ou</p> <p>c) Lorsque les gains réalisés ne peuvent être établis avec précision, 10 % du chiffre d'affaires annuel que la société concernée a réalisé durant la période de douze mois ayant précédé l'infraction.</p>
Chine	<p>S'agissant des amendes, les articles 46 à 48 de la loi antimonopole disposent que l'organe d'application de la loi doit imposer des amendes aux agents économiques qui concluent une entente monopolistique ou abusent de leur position dominante sur le marché, en violation de cette loi. Le montant des amendes varie entre 1 et 10 % du montant des ventes réalisées l'année précédente. Lorsque les agents économiques réalisent une concentration en violation de la loi, l'organe chargé de son application peut imposer une amende maximale de 500 000 yuan qu'il fixe en prenant en compte des facteurs comme la nature, la gravité et la durée des violations.</p>
Croatie	<p>En vertu de la nouvelle loi croate sur la concurrence adoptée en juin 2009 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010, des amendes pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise concernée peuvent être infligées dans le cas des violations les plus graves des règles de la concurrence, et des amendes pouvant atteindre 1 % de ce chiffre d'affaires peuvent être imposées dans les autres cas. Le nouveau pouvoir d'imposer des amendes permettra également d'augmenter le montant de celles-ci de façon à ce qu'elles excèdent le montant des gains indûment tirés de l'activité incriminée.</p>
Hongrie	<p>En vertu de la loi hongroise sur la concurrence, l'amende infligée en cas de violations graves ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires net – réalisé durant l'exercice précédant celui durant lequel la décision constatant la violation a été prise – de l'entreprise ou, lorsque celle-ci fait partie d'un groupe d'entreprises identifié dans la décision, de ce groupe d'entreprises.</p>
Japon	<p>En vertu de la loi antimonopole du Japon, des surcharges sont calculées sur la base de la valeur des ventes des produits ou services affectés durant la période d'infraction (trois ans au maximum), en multipliant les valeurs respectives par un coefficient exprimé en pourcentage et fixé en fonction du type d'infraction, de l'ampleur des opérations et de la catégorie de l'entreprise concernée. Ces coefficients varient entre 1 et 10 % dans le cas des fabricants, entre 1 et 2 % dans le cas des grossistes et entre 1 et 3 % dans le cas des détaillants.</p>

 Pays

Éthiopie En Éthiopie, l'amende en cas d'infraction à la loi sur la concurrence ne peut excéder 10 % de la valeur de l'actif total de la société contrevenante ou 15 % de ses ventes annuelles.

Montant maximal des amendes, exprimé en montant forfaitaire

Bénin En vertu de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 sur les conditions régissant les activités commerciales au Bénin, des amendes variant entre 500 000 francs CFA et 10 millions de francs CFA peuvent être imposées en cas d'infraction. Il convient de noter que le projet de loi sur la concurrence à l'étude en 2010 prévoit des amendes beaucoup plus élevées.

Canada En vertu de la loi canadienne sur la concurrence, les amendes administratives ne peuvent excéder 10 millions de dollars (ou 15 millions de dollars dans les cas de récidive). Les infractions pénales, telles que les accords de cartellisation, sont punissables d'un emprisonnement maximal de quatorze ans et/ou d'une amende maximale de 25 millions de dollars.

Chili Au Chili, les amendes peuvent atteindre environ 400 000 dollars, leur montant étant déterminé par le tribunal après avoir dûment tenu compte du chiffre d'affaires et de la capacité économique du contrevenant ainsi que de la gravité de l'infraction.

États-Unis Aux États-Unis, une loi promulguée en 2004 a porté de 10 à 100 millions de dollars le plafond des amendes infligées aux sociétés en cas de violation de la législation antitrust.

Zambie La législation zambienne prévoit des amendes plafonnées à 10 millions de kwacha.

Montant maximal des amendes, exprimé par rapport à une unité variable

Brésil L'article 23 de la loi n° 8 884 du 3 juin 1994 prévoit l'application des peines ci-après en cas de violation de la législation antitrust:

i) Dans le cas des sociétés: une amende variant entre 1 et 30 % des revenus bruts réalisés, avant impôts, durant l'exercice financier précédent. Cette amende ne doit en aucune façon être inférieure à l'avantage tiré de la violation si celui-ci est quantifiable;

ii) Dans le cas des dirigeants directement ou indirectement responsables de la violation commise par leur société: une amende variant entre 10 et 50 % du montant de l'amende infligée à ladite société, dont le paiement sera garanti uniquement et exclusivement par les intéressés; et

iii) Dans le cas d'autres particuliers, d'autres personnes morales publiques ou privées ou d'associations de fait ou de droit regroupant des entités ou des personnes, même si elles ont été créées à titre temporaire et ne possèdent pas la personnalité morale, qui n'exercent pas une activité commerciale et ne peuvent pas se voir appliquer le critère du résultat brut, l'amende infligée varie

Pays

entre 6 000 (six mille) et 6 000 000 (six millions) d'UFIR*, ou d'une norme équivalente.

Les amendes doivent être doublées en cas de récidive.

* Unité fiscale de référence.

Pérou

La loi péruvienne sur la concurrence prévoit une modulation des amendes en fonction de différents niveaux d'infraction. Ainsi, pour les infractions les plus graves, elle prévoit une amende variant entre 1 000 unités fiscales (*Unidades Impositivas Tributarias*, unité de référence fondée sur l'indice des prix à la consommation) et 12 % du chiffre d'affaires annuel du groupe d'entreprises auquel appartient le contrevenant.

11. Dans de nombreuses juridictions, l'organe de tutelle a publié des lignes directrices indiquant les éléments à prendre en compte pour fixer le montant de l'amende. Certains facteurs aggravants peuvent entraîner une augmentation de l'amende, notamment lorsqu'une infraction se poursuit ou se répète ou que le contrevenant a joué un rôle important dans sa réalisation. Des gains illicites élevés peuvent par exemple constituer un facteur aggravant. *A contrario*, des circonstances atténuantes entraînent une réduction de l'amende. Qui plus est, dans plusieurs pays, la coopération d'un contrevenant dans le cadre d'un programme de clémence justifie une réduction de l'amende. En Hongrie, par exemple, le Conseil de la concurrence supprime ou réduit l'amende infligée aux entreprises qui dénoncent à l'autorité hongroise de la concurrence, en observant les règles prescrites, les ententes ou les pratiques concertées entre concurrents qui visent directement ou indirectement à fixer les prix d'achat ou de vente, à partager les marchés – y compris en truquant des offres – ou à répartir les contingents de production ou de vente². Le 1^{er} avril 2010, une nouvelle modification législative est entrée en vigueur en Hongrie pour établir un système de récompense des informateurs. En vertu de cette modification, les personnes communiquant de précieuses informations au sujet d'ententes injustifiables sont admissibles à une récompense dans les conditions prescrites (la récompense ne doit cependant pas excéder 1 % de l'amende). En outre, les autorités de la concurrence peuvent récompenser une société, en réduisant l'amende infligée, pour avoir accepté de régler un litige concernant une entente puisqu'un tel règlement contribue à raccourcir la durée des poursuites et à économiser des ressources. Parmi les circonstances atténuantes, on retrouve aussi l'arrêt immédiat d'une infraction dès l'intervention de l'autorité de la concurrence et le fait qu'une infraction ait été commise par négligence et non intentionnellement. Dans des cas exceptionnels, une autorité de la concurrence peut également prendre en compte l'incapacité de payer d'une entreprise dans un contexte socioéconomique spécifique et, en conséquence, réduire l'amende ou prévoir des modalités de paiement modéré. Pénaliser une entreprise au point de la mener à la faillite et d'entraîner par le fait même sa sortie du marché irait à l'encontre de l'objectif premier du droit de la concurrence, à savoir protéger le jeu de la concurrence.

² Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 78/A, 78/B et 88/D.

- ii) *Emprisonnement (en cas d'infraction grave comportant une violation flagrante et délibérée de la loi, ou d'un décret d'application, par une personne physique);*

12. Dans les régimes juridiques de la concurrence fermement implantés qui visent à lutter contre les ententes anticoncurrentielles, la tendance récente a été de chercher à dissuader les contrevenants potentiels en imposant de fortes amendes aux sociétés concernées. Ainsi, en 2008, la Commission européenne a infligé une amende de 896 millions d'euros à la société Saint-Gobain, pour s'être entendue avec d'autres fabricants de verre afin de partager le marché. En 2009, le fabricant de puces Intel a été reconnu coupable d'avoir enfreint l'article 102 du Traité de l'UE et condamné à verser une amende de plus d'un milliard d'euros. Certains régimes juridiques de la concurrence plus récents penchent aussi pour des amendes plus élevées.

13. Bien que la plupart des lois sur la concurrence prévoient des sanctions administratives ou civiles en cas de comportement anticoncurrentiel, la tendance générale semble être d'ériger certains comportements en infraction. Jusqu'à tout récemment, seuls les États-Unis imposaient des sanctions pénales punissables d'un emprisonnement en cas de violation de la loi sur la concurrence. La loi Sherman prévoit en effet l'imposition de sanctions pénales (en cas de violations des articles 1^{er} et 2), et une infraction peut être poursuivie en tant que crime punissable d'une amende pour une personne morale et d'un emprisonnement de dix ans pour un particulier. Plusieurs autres pays avaient adopté des dispositions en ce sens sans toutefois les appliquer. Aujourd'hui, un plus grand nombre de pays – dont le Canada, Israël, le Japon et le Royaume-Uni – imposent des sanctions pénales aux particuliers pour lutter contre les ententes injustifiables. Au Royaume-Uni, des sanctions pénales ont ainsi été introduites, aux termes de la loi de 2003 sur les entreprises, pour les particuliers qui commettent certaines infractions à caractère anticoncurrentiel clairement définies. En 2008, des peines d'emprisonnement ont été prononcées pour la première fois par des tribunaux du Royaume-Uni contre des particuliers qui avaient participé à une entente internationale. En 2009, le Parlement australien a adopté une loi visant à ériger en infraction certains comportements d'entente (fixation des prix; restriction de la production dans les circuits de production ou d'approvisionnement; répartition de la clientèle, des fournisseurs ou des territoires; et trucage des offres)³.

14. Les partisans de l'imposition de sanctions pénales contre des particuliers estiment que celles-ci constituent, pour les dirigeants d'entreprises et, par conséquent, pour les entreprises elles-mêmes, une véritable motivation à respecter la loi. Puisque le niveau actuel des amendes infligées aux sociétés dans des juridictions comme les États-Unis et l'Union européenne ne peut encore être relevé sans causer des dommages économiques et que ces amendes seraient finalement répercutées sur le consommateur, il faudrait trouver d'autres moyens plus dissuasifs et engager davantage la responsabilité personnelle des contrevenants. Dans le même ordre d'idée, on estime également que les sanctions pécuniaires imposées aux particuliers n'auraient pas l'effet de dissuasion souhaité, puisqu'il existe un risque élevé que les sociétés prennent en charge les amendes de leurs employés. Une interdiction frappant les sociétés concernées pourrait alors atténuer ce risque.

³ Loi de 2009 modifiant les pratiques commerciales (comportements d'entente et autres mesures), disponible à l'adresse <http://www.comlaw.gov.au/>.

15. Un État peut toutefois décider de ne pas imposer de sanctions pénales en cas de violation de la loi sur la concurrence, et ce, pour un certain nombre de raisons. Il peut par exemple ne pas être approprié de prévoir de telles sanctions peu après l'adoption d'une loi sur la concurrence, alors que les milieux d'affaires n'ont pas eu suffisamment de temps pour bien connaître les nouvelles obligations légales. En outre, tant qu'il n'est pas largement reconnu que les principes du droit de la concurrence font partie intégrante de l'environnement juridique et économique, la criminalisation des infractions pourrait aller à l'encontre des normes sociojuridiques. Il est aussi possible que les coûts liés aux sanctions pénales, en particulier l'emprisonnement, semblent trop élevés si on les compare avec les coûts d'autres formes de sanctions. Un autre argument invoqué contre l'imposition de sanctions pénales dans les affaires de concurrence concerne le resserrement des prescriptions procédurales – par exemple un niveau de preuves plus élevé lorsqu'il s'agit d'affaires pénales. Compte tenu de ces facteurs, il pourrait être plus difficile et plus onéreux d'engager des poursuites en cas de violations de la loi sur la concurrence, et le nombre d'affaires menées à bien pourrait diminuer. En résumé, chacun de ces arguments pourrait être valable.

16. Le pouvoir de prononcer des peines d'emprisonnement serait normalement confié à l'autorité judiciaire. Dans certains pays, comme le Japon et la Norvège, c'est la prérogative des autorités judiciaires agissant à la demande de l'organe de tutelle.

Mesures correctives

17. Contrairement aux sanctions, les mesures correctives qui visent à préserver ou à rétablir la concurrence n'ont pas un caractère répressif. Elles ont plutôt pour but de mettre fin à une infraction, de compenser les victimes et de réparer le préjudice causé à la concurrence. On parle traditionnellement de mesures correctives structurelles et de mesures correctives comportementales. En règle générale, les premières sont des mesures ponctuelles qui cherchent à rétablir la structure concurrentielle du marché, tandis que les secondes sont des mesures permanentes ou limitées dans le temps qui ont pour but de modifier ou d'infléchir le comportement des entreprises (certaines juridictions font alors référence à des «mesures correctives visant à modifier le comportement»). Les mesures correctives qui exigent une supervision ou une surveillance permanente pourraient entraîner des coûts élevés à la fois pour les autorités et les entreprises concernées. Certaines mesures correctives, comme celles ayant trait à l'accès aux droits de propriété intellectuelle, sont particulièrement difficiles à catégoriser dans ce contexte.

18. Selon le cadre juridique en place, les autorités de la concurrence peuvent soit imposer unilatéralement des mesures correctives, soit négocier celles-ci avec les parties concernées sur la base d'une proposition de ces dernières (les engagements). Il est vrai que les engagements sont parfois considérés comme des sanctions. Toutefois, si l'on tient compte du fait qu'ils visent principalement à rétablir une concurrence faussée par une pratique anticoncurrentielle, les engagements pourraient tout à fait être qualifiés de mesures correctives.

19. Outre les amendes et l'emprisonnement, la section II du chapitre XI de la loi type sur la concurrence énumère un certain nombre de mesures qui correspondent à ce que la plupart des lois actuelles sur la concurrence qualifient de mesures correctives.

iii) *Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire;*

20. Les ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire font généralement partie de la catégorie des mesures correctives comportementales. Elles peuvent être appliquées à titre préliminaire dans le cadre d'une affaire en cours d'instance pour empêcher une société de violer, ou de continuer à violer, la législation en matière de concurrence. Différents régimes juridiques de la concurrence confèrent aux autorités compétentes le pouvoir d'imposer des ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire. Dans les pays de *common law*, cette prérogative appartient principalement aux tribunaux. Au Canada, par exemple, le Directeur des poursuites pénales peut, en cas d'urgence, demander une ordonnance de mesure provisoire au tribunal compétent afin de mettre temporairement un terme à un comportement qui constitue une infraction, ou qui tend vers ce but. Dans les pays de droit romain, ce sont les autorités de la concurrence qui peuvent être investies de tels pouvoirs. Ainsi, l'Office fédéral allemand des cartels peut prendre des mesures provisoires en vertu de l'article 32 a) de la loi sur les restrictions à la concurrence. En Hongrie, le Conseil de la concurrence peut – à titre provisoire – prononcer la cessation du comportement illégal ou de la situation illicite, s'il est nécessaire d'intervenir sans délai pour protéger les intérêts légitimes ou économiques des personnes concernées ou si l'instauration, le développement ou la continuation de la concurrence économique est menacé. Le Conseil de la concurrence peut aussi exiger un cautionnement si la mesure provisoire a été demandée par la partie faisant l'objet de l'enquête⁴.

iv) *Ordonnances faisant obligation, à titre définitif ou pour une longue durée, de cesser et de s'abstenir de commettre une infraction, ou de réparer une infraction par une conduite positive, des excuses ou une déclaration publiques, etc.;*

21. Dans la pratique, les ordonnances faisant obligation de cesser et de s'abstenir de commettre une infraction sont semblables aux ordonnances avant faire droit et ont pour but de mettre immédiatement fin à une infraction à la loi sur la concurrence. Une autorité de la concurrence peut par exemple ordonner aux parties concernées de mettre un terme à une entente sur la fixation des prix, ou encore ordonner à une entreprise occupant une position dominante de cesser de vendre ses produits par lots, ce qui constitue une activité anticoncurrentielle. La plupart des lois sur la concurrence prévoient des ordonnances faisant obligation de cesser et de s'abstenir de commettre une infraction.

22. Dans certains cas, toutefois, le comportement considéré a déjà nui à la concurrence; il pourrait alors s'avérer nécessaire d'ordonner des mesures spécifiques pour rétablir la concurrence. À cet égard, le point iv), section II, chapitre XI de la loi type sur la concurrence traite des ordonnances faisant obligation de «réparer une infraction par une conduite positive, des excuses ou une déclaration publiques, etc.». L'imposition d'une mesure correctrice comportementale oblige l'entreprise concernée à agir d'une façon particulière. Celle-ci pourrait par exemple être tenue de modifier ses structures de prix, ses systèmes de ristournes, les conditions des échanges, l'accès à l'infrastructure ou à la propriété intellectuelle, etc.

⁴ Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 72 1) c) et 72 2).

23. Bien que des mesures correctives comportementales puissent être prises pour résoudre un problème de concurrence spécifique, on considère souvent qu'elles sont peu pratiques, car elles doivent être surveillées en permanence, ce qui puise dans les ressources de l'autorité de la concurrence.

v) *Démantèlement (pour les fusions ou acquisitions réalisées) ou annulation (pour certaines fusions ou acquisitions ou certains contrats restrictifs);*

24. S'agissant des fusions, la mesure correctrice structurelle la plus fréquemment appliquée est le démantèlement. Lorsque les systèmes en place exigent que les fusions soient notifiées avant leur réalisation, les autorités de la concurrence évaluent généralement les effets probables de l'opération notifiée sur la concurrence. Lorsque cette évaluation révèle que la fusion pourrait nuire à la concurrence, des mesures correctives appropriées sont prises, comme la cession d'actifs spécifiques d'une entreprise, par exemple un site de production ou un réseau de distribution. Certaines lois sur la concurrence disposent que le démantèlement est proposé par les parties présentant la notification puis examiné par l'autorité de la concurrence, alors que d'autres précisent que celle-ci est habilitée à imposer unilatéralement le démantèlement dans sa décision d'autorisation. Compte tenu du fait que les parties à un projet de fusion en sont les principaux concepteurs, il pourrait être souhaitable que l'autorité de la concurrence collabore avec elles pour trouver une mesure correctrice appropriée.

25. Au Japon, par exemple, il arrive fréquemment que les parties engagent volontairement des consultations avec la Commission japonaise de la concurrence avant de notifier officiellement une opération. La Commission examine alors le projet au stade initial et, si elle conclut que l'opération risque de poser des problèmes, elle fait part de ses préoccupations aux parties concernées. Celles-ci proposent ensuite une mesure correctrice qui pourrait être prise à titre volontaire et dont l'efficacité est évaluée par la Commission. Grâce à cette procédure, la Commission se voit rarement obligée d'imposer officiellement des mesures correctives dans les cas de fusion-acquisition.

26. Dans le cas des systèmes où les fusions sont notifiées après coup, les autorités de la concurrence interviennent uniquement lorsque l'opération est déjà terminée. En conséquence, une mesure destinée à corriger des problèmes de concurrence ne peut être conçue et décidée qu'après la réalisation de la fusion, ce qui peut présenter certains inconvénients du point de vue pratique. Lorsqu'un démantèlement ne permet pas de remédier au préjudice causé à la concurrence par une fusion, l'autorité compétente pourrait devoir ordonner l'annulation ou la dissolution de cette fusion, ce qui implique de démêler les fils de l'écheveau, exercice difficile s'il en est un.

27. S'agissant des fusions, l'annulation est utilisée en dernier recours, lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de protéger la concurrence. Cette solution peut généralement être appliquée si les parties à une fusion anticoncurrentielle n'ont pas respecté le délai réglementaire prévu lorsqu'une fusion doit être notifiée avant d'être réalisée et si elles ont mené l'opération à terme sans l'autorisation préalable de l'autorité compétente. Tel que mentionné précédemment, l'annulation peut également être utilisée dans le cas des systèmes où les notifications ont lieu après la fusion.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – Mesures correctives structurelles appliquées dans les cas de fusion

Pays

Canada	<p>Lorsque le Bureau canadien de la concurrence estime qu'une fusion est susceptible de prévenir ou de réduire sensiblement la concurrence, le Commissaire peut soit se présenter devant le Tribunal de la concurrence pour contester la fusion aux termes des dispositions pertinentes de la loi, soit négocier des mesures correctives avec les parties à la fusion afin de résoudre les problèmes de concurrence avec l'assentiment des parties. Lorsque le Tribunal constate qu'une fusion prévient ou réduit sensiblement la concurrence, ou est susceptible de le faire, il peut rendre une ordonnance interdisant la fusion ou une ordonnance de mesure corrective exigeant des parties qu'elles annulent ou démantèlent la fusion.</p> <p>Les parties à un projet de fusion qui excède certains seuils monétaires doivent notifier le Commissaire et attendre l'expiration du délai réglementaire avant de réaliser l'opération. Celles qui ne respectent pas ce délai pourraient se voir obligées d'annuler la fusion, de procéder à un démantèlement ou de payer une amende pécuniaire administrative pouvant atteindre 10 000 dollars canadiens par jour de non-respect.</p>
Union européenne	<p>Dans les cas de fusion, le règlement sur les concentrations dispose expressément que la Commission peut décider de déclarer une concentration compatible avec le marché européen, après modifications apportées par les parties concernées, avant et suivant l'ouverture de la procédure. À cette fin, la Commission peut assortir la décision qu'elle prend de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun.</p> <p>La Commission n'est toutefois pas en mesure d'imposer unilatéralement des conditions concernant une décision d'autorisation; elle peut uniquement accepter ces conditions lorsqu'elles sont proposées par les parties.</p> <p>Lorsqu'une concentration engendre des problèmes de concurrence car elle est susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective, les parties peuvent chercher à modifier la concentration afin de résoudre ces problèmes et, par conséquent, faire autoriser leur fusion.</p> <p>La Commission doit déterminer si les mesures correctives proposées, une fois mises en œuvre, permettront d'éliminer les problèmes de concurrence identifiés. Selon la jurisprudence des tribunaux européens, les engagements ont principalement pour objectif de préserver la structure concurrentielle des marchés. En conséquence, les engagements structurels, tels que l'engagement de vendre une unité commerciale, sont en règle générale préférables du point de vue des objectifs du règlement sur les concentrations, car ils permettent d'éliminer les problèmes de</p>

 Pays

concurrence qui seraient autrement soulevés si la fusion était réalisée telle que notifiée. En outre, ces engagements ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou à long terme.

Maurice

Les projets de fusion qui sont notifiés à la Commission de la concurrence de Maurice (CCM) et qui ont fait l'objet d'un examen peuvent être bloqués si l'on estime qu'ils réduiront sensiblement la concurrence et s'il n'existe aucun autre moyen plus efficace.

Si une réduction sensible de la concurrence est attendue uniquement sur certains marchés, la Commission peut bloquer uniquement une partie de l'entente et autoriser la fusion sous réserve que certaines parties de l'entreprise cible demeurent indépendantes. D'autre part, la réalisation complète de la fusion pourrait être autorisée, mais l'entreprise issue de cette fusion serait alors tenue de vendre une partie de ses actifs (dans un délai précis). Dans les deux cas, la Commission appliquera les mêmes principes pour déterminer les actifs que devra céder l'entreprise résultant de la fusion.

La cession des actifs peut représenter un moyen très efficace de créer une structure de marché plus concurrentielle. Toutefois, la Commission reconnaît qu'une cession forcée constitue une intervention majeure sur le plan des droits de propriété. Par conséquent, elle n'exigera pas la cession d'actifs en pareil cas, à moins d'être convaincue qu'il n'existe aucune autre mesure corrective aussi efficace et qu'une telle intervention n'est pas disproportionnée par rapport aux avantages escomptés.

Les actifs cédés doivent être rentables, soit à titre indépendant, soit sous le contrôle d'un acteur du marché. L'impératif de rentabilité exige que l'activité cédée constitue une réelle menace sur le plan de la concurrence pour les autres producteurs occupant le marché tout en demeurant lucrative.

La Commission donnera aux entreprises la plus grande marge de manœuvre possible pour choisir la façon dont elles céderont leurs actifs, pourvu que la mesure corrective retenue demeure efficace et que la cession se déroule dans les délais requis.

La Commission peut également imposer des restrictions quant aux types ou à l'identité spécifique des acheteurs éventuels des actifs cédés. Avant de manifester la diligence voulue, les entreprises cédant des actifs doivent obtenir l'autorisation de la Commission quant à l'acheteur privilégié. La Commission est susceptible de rejeter celui-ci si elle estime qu'il n'utilisera pas les actifs pour livrer une concurrence effective sur les marchés considérés où elle a identifié certains problèmes.

Pays

L'application de mesures correctives de cession n'exige habituellement aucune surveillance de la part de la Commission une fois réalisée la cession des actifs. Toutefois, dans le cadre d'une ordonnance de cession (ou d'engagements acceptés), la Commission précisera habituellement que les actifs cédés ne peuvent être rachetés par l'entreprise procédant à la cession (ni revenir d'une quelconque façon sous son contrôle). Cette interdiction sera limitée par une clause d'extinction, généralement d'une durée de dix ans.

États-Unis

Aux États-Unis, le démantèlement est appliqué dans les cas de fusions et d'acquisitions illégales. Il est considéré comme une «mesure corrective structurelle», imposant un certain démantèlement de la structure de l'entreprise ou la vente d'actifs de la société ayant contribué à la situation de restriction persistante du commerce, de monopole ou d'achat. Ces mesures peuvent être subdivisées en trois catégories, comme suit: dissolution, démantèlement et séparation. On parle généralement de «dissolution» lorsqu'il s'agit de défaire une combinaison ou une association considérée comme illégale; une dissolution peut passer par un démantèlement et une séparation.

On parle de «démantèlement» lorsqu'il est demandé à la société de se défaire de biens, de titres ou d'autres actifs.

On parle de «séparation» pour indiquer l'effet d'une décision ordonnant certains types de démantèlement; c'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de remédier à des abus antitrust découlant d'une propriété ou d'un contrôle intégré (tel que l'intégration verticale des fonctions de fabrication et de distribution ou l'intégration de la production et de la vente de produits diversifiés sans liens entre eux quant à leur utilisation ou fonction). Ces mesures correctives ne sont pas expressément stipulées dans un texte réglementaire, mais l'article 4 de la loi Sherman et l'article 5 de la loi Clayton habilite le Ministre de la justice à entamer une procédure en équité pour empêcher et circonscrire des infractions aux lois antitrust, et stipulent que cette procédure peut prendre la forme d'une requête énonçant le cas et demandant que l'infraction soit frappée d'interdiction. En dehors de ces autorisations réglementaires générales, l'essence de la juridiction d'équité est la possibilité donnée au tribunal d'adapter sa sentence aux particularités du cas. Ainsi, l'invocation par le gouvernement de l'autorité générale d'un tribunal d'équité en vertu des lois Sherman ou Clayton permet au tribunal de disposer d'une grande marge de manœuvre pour ajuster son jugement de façon à lui donner la plus grande efficacité. Voir Chesterfield, Oppenheim, Weston et McCarthy (1981). *Federal Antitrust Laws*. West Publishing Company, p. 1042. Voir également: Bureau de la concurrence de la Commission fédérale du commerce (1999). *A Study of the Commission's Divestiture Process*.

vi) *Restitution aux consommateurs lésés;*

28. Certaines lois sur la concurrence permettent à l'autorité compétente d'ordonner une restitution aux personnes lésées par un comportement anticoncurrentiel. En Indonésie, par exemple, les mesures administratives prévues à l'article 47 de la loi n° 5/1999 interdisant les pratiques monopolistiques et la concurrence déloyale incluent l'octroi d'un paiement compensatoire par l'autorité indonésienne de la concurrence. Une telle injonction de restitution, dans le cadre de l'application de la loi par les pouvoirs publics, diffère des dommages-intérêts qui peuvent être octroyés par un tribunal civil dans le cadre de l'application du droit de la concurrence par des acteurs privés. Ce dernier concept est abordé au chapitre XIII de la loi type sur la concurrence (Action en dommages-intérêts).

vi) *Traitement de la constatation administrative ou judiciaire de l'illégalité comme commencement de preuve de responsabilité dans toutes les actions en dommages-intérêts engagées par les personnes lésées.*

29. Tel que mentionné précédemment, certains systèmes juridiques de la concurrence fermement implantés ont commencé à promouvoir une application du droit de la concurrence par des acteurs privés, en permettant aux personnes lésées par un comportement anticoncurrentiel, en particulier une entente injustifiable, de saisir l'autorité judiciaire compétente à titre privé pour obtenir des dommages-intérêts. Ces actions privées sont généralement engagées auprès de tribunaux civils et prennent principalement la forme d'actions de suivi, c'est-à-dire d'actions qui sont engagées au civil après que le ministère public a engagé des poursuites dans une affaire d'entente.

30. Aux fins de l'efficacité des procédures, la législation sur la concurrence peut préciser que les constatations de l'autorité de la concurrence ou d'un tribunal reconnaissant l'existence d'un comportement anticoncurrentiel devraient être contraignantes pour permettre les actions de suivi visant à obtenir des dommages-intérêts. De cette façon, les personnes réclamant des dommages-intérêts n'ont pas à prouver le comportement anticoncurrentiel de l'intéressé; elles n'ont qu'à établir le bien-fondé de leur demande et prouver les dommages qu'elles ont subis en raison de l'infraction à la loi sur la concurrence. Ainsi, aux termes de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence, lorsque des dommages-intérêts sont réclamés en cas de violation de la loi, le tribunal est lié par une constatation reconnaissant l'existence d'une telle violation dans la décision finale d'une autorité nationale chargée de la répression des ententes d'un État membre de l'Union européenne ou de la Commission européenne. Dans certains pays, notamment au Costa Rica, au Japon et en Afrique du Sud, une action privée en dommages-intérêts ne peut être engagée que lorsque l'autorité de la concurrence a rendu sa décision.