



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
26 avril 2017
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

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

Seizième session

Genève, 5-7 juillet 2017

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**Programme de travail, y compris le renforcement des capacités
et l'assistance technique en matière de droit et de politique
de la concurrence**

Renforcement de la coopération internationale en matière d'enquête dans les affaires de concurrence : outils et procédures

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le faible niveau des droits de douane et la diminution du nombre de barrières commerciales ont entraîné un développement des transactions économiques internationales, mais ils ont aussi favorisé les pratiques anticoncurrentielles. De plus en plus, les affaires de concurrence ne connaissent pas de frontières, ce qui rend nécessaire un renforcement de la coopération internationale dans les enquêtes et une refonte des outils et procédures à utiliser à cette fin.

On trouvera dans la présente note un bilan des activités qui ont été entreprises pour promouvoir la coopération internationale aux niveaux national, régional et international, le détail des outils et procédures qui ont été recensés et des commentaires sur la façon dont ils sont mis en œuvre dans les affaires de concurrence. Cette note décrit les difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence de création récente et disposant de peu de moyens, et appelle à un effort concerté de promotion de la coopération internationale pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières.



Introduction

1. À sa quinzième session, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a prié le secrétariat de la CNUCED de mener des recherches sur les outils et procédures susceptibles de renforcer la coopération internationale en matière d'enquête dans les affaires de concurrence. En dépit des progrès notables obtenus au cours des vingt dernières années grâce au développement des relations bilatérales, régionales et multilatérales entre les autorités nationales de la concurrence, il reste encore beaucoup à faire pour améliorer la généralisation et la portée de ces efforts¹.

2. La CNUCED est résolue à explorer les voies de la coopération internationale, comme le montrent ses travaux de recherche et les débats qui ont eu lieu lors de plusieurs sessions du Groupe intergouvernemental d'experts depuis la 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, en 2010. Ses travaux de recherche portent notamment sur la coopération internationale nécessaire à l'élimination des pratiques anticoncurrentielles transfrontières et les difficultés que rencontrent les pays en développement et les pays en transition. Ils mettent en évidence le rôle de la coopération informelle tout en soulignant l'importance de la conclusion d'accords officiels en matière d'enquêtes transfrontières, ainsi que la possibilité d'établir des réseaux de renseignement pour faciliter le partage d'informations librement accessibles afin de combattre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières².

3. Le développement de la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence nécessite que les autorités chargées de cette question surmontent les difficultés liées aux enquêtes, telles que les différences entre les systèmes juridiques, les procédures spéciales de recueil des preuves et les restrictions qui en découlent, les problèmes de confiance et la mise en œuvre de programmes de clémence et d'immunité. En l'absence d'un accord formel de coopération entre pays, la coopération informelle joue un rôle important dans les enquêtes internationales visant des ententes, des regroupements d'entreprises et des cas d'abus de position dominante.

4. Pour ce qui est des mécanismes formels de coopération, seul un nombre réduit d'autorités de la concurrence y participent de façon efficace, ce qui n'est généralement pas le cas des organismes créés récemment ou disposant de peu de moyens, ni de ceux des pays en développement d'une façon générale. En revanche, les États membres de l'Union européenne, par exemple, se sont engagés dans une forme avancée de coopération au sein du Réseau européen de la concurrence, ce qui permet aux autorités de la concurrence de ces pays et à la Commission européenne de partager des informations en tout genre. De plus, l'accord de coopération bilatérale conclu en 1991 entre les États-Unis et l'Union européenne a permis de renforcer la coopération entre les autorités antitrust américaines et la Commission européenne³.

5. La CNUCED a concentré ses efforts visant à développer la coopération internationale en matière d'enquête dans les affaires de concurrence sur le renforcement des dispositifs de coopération informelle par le biais de regroupements régionaux et d'autres arrangements à l'échelle mondiale. Il en a résulté une augmentation du nombre de réseaux ponctuels de coopération, par exemple le Forum africain de la concurrence, le Forum de la concurrence de Sofia et la Déclaration de Lima (2013)⁴.

¹ A. Capobianco et A. Nagy, 2016, « Developments in international enforcement cooperation in the competition field », *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(8), p. 566 à 583.

² Voir TD/B/C.I/CLP/16, TD/B/C.I/CLP/21, TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, TD/B/C.I/CLP/29 et TD/RBP/CONF.8/4.

³ Agon Partners Competition Law and Policy, 2016, Enforcement of antitrust laws: Global challenges, document de travail n° 10.

⁴ Signée par les autorités de la concurrence du Chili, de la Colombie et du Pérou en 2013 lors du Forum latino-américain sur la concurrence organisé par l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques).

6. Ces réseaux permettent aux organismes de la concurrence de se réunir régulièrement pour échanger des avis et des stratégies sur l'application du droit de la concurrence dans des affaires d'intérêt mutuel et recenser les possibles mesures d'application internationales. Cette coopération informelle facilite l'échange d'informations publiques. Ainsi, en Afrique, dans le cadre d'un réseau de coopération, les États membres de la Communauté de développement de l'Afrique australe ont créé une plateforme qui permet de partager des informations non confidentielles.

7. La présente note s'appuie sur les réponses des États membres à un questionnaire de la CNUCED envoyé en décembre 2016 pour leur donner la possibilité de faire part de leurs expériences en matière de coopération internationale, et notamment de présenter des approches, procédures et outils innovants⁵.

8. La section II est consacrée aux difficultés juridiques et administratives que rencontrent les autorités de la concurrence lors des enquêtes transfrontières. La section III présente différents outils et procédures qui peuvent favoriser la coopération internationale lors d'enquêtes dans les affaires de concurrence. La section IV propose différentes voies à suivre pour les autorités de la concurrence qui souhaitent collaborer sur des enquêtes, ainsi que des informations sur la façon dont la section F de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives pourrait être mise à profit à cette fin et la section V enfin présente le rôle joué par la CNUCED pour favoriser la coopération informelle. Au chapitre VI sont étudiés d'autres domaines de recherche.

II. Difficultés rencontrées lors des enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières

9. À la fin de l'année 2016, 139 États membres de la CNUCED disposaient d'un droit de la concurrence, mais nombre d'organismes de la concurrence de ces États faisaient face à de sérieux obstacles, notamment des moyens insuffisants et un déficit d'expérience en matière d'application de la loi, qui freinait la coopération internationale. Seules quelques autorités de la concurrence sont actuellement capables de coopérer de façon efficace⁶.

10. Il ressort des travaux de la CNUCED que les contraintes de ressources et de capacités font peut-être partie des problèmes les plus importants auxquels se heurtent les organismes de la concurrence des pays en développement. Si le niveau limité des ressources n'est pas sans lien avec la rigueur budgétaire que doivent appliquer ces pays – en particulier les pays les moins avancés – et avec l'impératif d'équilibrer le budget de l'État et d'instaurer des priorités de financement, il reflète aussi l'absence de soutien politique dont pâtissent le droit et la politique de la concurrence. Cela pèse sur la capacité des organismes de la concurrence de ces pays à coopérer avec leurs homologues et à traiter les cas de pratiques anticoncurrentielles transfrontières.

11. Les autorités de la concurrence des pays en développement sont généralement informées de l'existence d'un cartel par les rapports de leurs homologues ou par les médias. Elles doivent mener une enquête préliminaire pour évaluer si l'entente internationale en question porte préjudice à leurs propres marchés. Coopérer avec leurs homologues des pays développés leur permettrait d'obtenir des informations pertinentes et ainsi de faciliter cette évaluation. Une telle coopération a eu lieu dans certains cas, mais ils sont trop peu nombreux pour que l'on puisse parler d'une réelle tendance.

12. Par exemple, les demandes de clémence facilitent l'obtention de preuves dans les enquêtes sur les cartels. Cependant, les membres des cartels internationaux choisissent rarement de faire leur demande de clémence dans les pays en développement, car les multinationales qui participent à une entente n'ont généralement aucune présence physique

⁵ Les pays suivants ont répondu au questionnaire : Albanie, Argentine, Autriche, Brésil, Bulgarie, Équateur, États-Unis, Inde, Italie, Japon, République dominicaine, Suisse, Turquie, Ukraine et Union européenne.

⁶ TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1.

dans ces pays. Cela complique la tâche des autorités de la concurrence, même dans une zone économique régionale, car elles ne disposent pas des outils classiques d'enquête, par exemple la possibilité de faire des perquisitions, de mener des interrogatoires ou d'exiger des déclarations écrites. Cette situation est encore plus difficile pour les autorités des pays en développement récemment créés ou qui disposent de peu de moyens. La coopération entre les pays qui enquêtent sur le même cartel est donc indispensable à une application efficace de la loi au niveau mondial.

13. Lors des enquêtes sur les cartels ou d'autres pratiques anticoncurrentielles transfrontières, les autorités de la concurrence font face à certaines difficultés communes aux pays développés et aux pays en développement et relatives à la coopération internationale⁷. Certaines de ces difficultés sont présentées dans les sections suivantes.

A. Protection de l'information dans le droit interne

14. Il convient d'examiner en profondeur la notion de partage d'informations, surtout lorsqu'elles sont de nature confidentielle. Les secrets d'entreprise et les informations sensibles sur la stratégie commerciale, par exemple la structure des prix, le savoir-faire et les données sur les clients, qui peuvent être fournis volontairement (par exemple, en échange d'une immunité ou d'une amnistie) ou sous la contrainte (par exemple, en cas d'injonction de produire ou à l'occasion d'une inspection) sont des exemples typiques d'informations confidentielles⁸.

15. Si de telles informations peuvent être utilisées comme preuves pour établir une violation du droit de la concurrence, la décision de les partager devient un élément clef des enquêtes et revêt une importance vitale pour les organismes de la concurrence qui manquent de ressources humaines ou financières, de l'expérience en matière d'enquête et des outils nécessaires, par exemple le pouvoir de mener des perquisitions au sein des entreprises sans leur consentement. Il est difficile pour ces organismes de recueillir suffisamment de preuves pour constituer un dossier.

16. De plus, les autorités de la concurrence des pays en développement qui disposent de suffisamment de ressources, d'expériences et d'outils pourraient quand même éprouver, en raison de la taille de leur économie, de la difficulté à obtenir une coopération de la part des entreprises impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles. Si une entreprise ne réalise qu'un faible pourcentage de son chiffre d'affaires mondial dans le pays en question, elle pourrait choisir de sortir de ce marché plutôt que de prendre le risque de s'exposer à des sanctions.

17. En raison des limitations territoriales, il n'existe aucune garantie que les sociétés étrangères coopèrent, même lorsque les circonstances s'y prêtent vraiment. Ainsi, en Colombie, au stade initial d'une enquête sur un cartel dans le cadre duquel plusieurs entreprises japonaises de l'industrie automobile s'étaient entendues sur le prix de pièces détachées dans de multiples juridictions, l'autorité de la concurrence avait informé par courriel ces entreprises de l'ouverture d'une enquête, puisqu'elles n'avaient pour la plupart ni bureau ni représentant en Colombie, sans pour autant recevoir de réponse de leur part⁹.

18. Indépendamment du fait que le partage d'informations est essentiel pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la plupart des législations nationales interdisent explicitement aux autorités de la concurrence de divulguer les renseignements confidentiels obtenus dans le cadre d'une enquête. Les législations nationales interdisent que les informations recueillies par les autorités de la concurrence soient utilisées pour d'autres fins

⁷ Certaines de ces difficultés sont abordées dans une note du Secrétariat de l'OCDE présentée au Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence sur la coopération et l'application de la loi : Limitations and constraints to international cooperation, 2012, DAF/COMP/WP3(2012)8.

⁸ Ibid.

⁹ M. C. Martinez Beltran, 2013, International cartel investigations in the SIC [Superintendence of Industry and Commerce]: Investigation limitations and possible future solutions, cité dans P. Horna, 2017, David and Goliath: How young competition agencies can succeed in fighting cross-border cartels, document de travail n° 45, Centre du droit et de la politique de la concurrence de l'Université d'Oxford.

que la poursuite d'une enquête antitrust dans les juridictions concernées. Si une entreprise ou une personne fournit volontairement des informations à un organisme de la concurrence qui les partage ensuite sans restriction avec un de ses homologues, elle pourrait s'exposer à des poursuites pour violation de la loi antitrust dans la juridiction à l'origine de la demande de transmission d'informations, ce qui ne l'encouragerait guère à coopérer à toute enquête ultérieure.

19. Les autorités de la concurrence protègent ainsi les droits des entreprises et des personnes qui participent à l'enquête, mais les restrictions qui pèsent de ce fait sur l'échange d'informations limitent le niveau de coopération entre organismes. La diffusion publique de renseignements peut porter préjudice à l'entreprise qui les a communiqués, aux futures activités de recherche d'informations de l'organisme et au bien-être des consommateurs. Les organismes de la concurrence doivent promouvoir une meilleure compréhension mutuelle de leur législation respective et s'assurer de leur application tout en protégeant les intérêts privés et publics légitimes.

B. Absence d'un consensus international sur la définition de la notion d'information confidentielle

20. L'absence d'un consensus international sur la définition de ce qu'est une information confidentielle rend encore plus difficile l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence. Dans la plupart des juridictions, il n'existe pas de définition concrète de la notion d'information confidentielle. C'est pourquoi une autorité de la concurrence ou un tribunal doit examiner dans chaque cas si l'information concernée peut être considérée comme confidentielle.

21. Si l'organisme qui fournit les informations et celui qui les reçoit ont des positions divergentes concernant la confidentialité des informations, les autorités pourraient devoir entamer un long processus de coordination pour éviter d'éventuelles accusations de la part des entreprises ou des personnes à la source de ces informations. En l'absence de définition, les autorités de la concurrence ne peuvent échanger des informations de façon fluide et efficace.

C. Absence de renonciation au droit à la confidentialité

22. Bien que les difficultés décrites à la partie B ci-dessus puissent être surmontées si les parties concernées renoncent explicitement à leur droit à la confidentialité, la volonté d'une entreprise de renoncer à cette protection dépend beaucoup de la confiance qu'elle a dans les pratiques de l'autorité de la concurrence en matière de confidentialité. Selon les directives antitrust en vigueur aux États-Unis pour l'application de la loi et la coopération internationales, des conflits entre les États peuvent survenir si une législation étrangère prétend empêcher des individus ou des entités de divulguer des documents ou des informations requises dans des procédures en cours aux États-Unis (voir <http://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>). Même pour les autorités de la concurrence des pays développés, la coopération présente donc encore des difficultés. Il convient par conséquent d'améliorer cet aspect de l'échange d'informations.

23. Dans les cas de cartel, les autorités de la concurrence ne peuvent pas s'attendre à ce que les entreprises renoncent à leur droit à la confidentialité sauf si des membres du cartel déposent des demandes de clémence dans de multiples juridictions avec la certitude qu'elles seront honorées au vu des informations fournies. Les membres d'un cartel n'ont généralement pas de raison de permettre aux autorités de la concurrence de partager avec leurs homologues les informations reçues, car cela pourrait les exposer à d'autres poursuites dans les juridictions concernées.

24. Il est encore plus difficile d'obtenir qu'une entreprise renonce à son droit à la confidentialité dans les cas de violation unilatérale, par exemple pour abus de position dominante, puisqu'aucun programme de clémence ne peut alors s'appliquer. Cependant, dans les cas de fusion, les entreprises concernées pourraient être incitées à renoncer à leur droit à la confidentialité si elles souhaitent obtenir une approbation rapide de la part des autorités. L'échange d'informations et la coordination ultérieure entre les autorités

de la concurrence qui ont été informées de la fusion peuvent faciliter les procédures d'examen de l'opération dans les juridictions respectives.

25. Des efforts ont été entrepris pour faciliter les échanges d'informations entre les autorités de la concurrence. Ainsi, l'accord de coopération sur l'application du droit de la concurrence signé en 2013 entre la Suisse et l'Union européenne permet aux autorités compétentes d'échanger des éléments de preuve obtenus dans le cadre d'enquêtes portant sur une même affaire ou sur une affaire liée, même sans le consentement des entreprises impliquées (voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-444_fr.htm). Cependant, cet accord présente certaines limitations. Ainsi, les informations fournies par des candidats au programme de clémence ne peuvent être échangées sans leur consentement, et les informations protégées par le secret professionnel ne peuvent être communiquées sans un consentement explicite. Les informations ne peuvent être utilisées par l'autorité qui les reçoit qu'aux fins de l'application de ses propres règles de concurrence à la même affaire et uniquement dans le but poursuivi par la demande de renseignements initiale. Il s'agit d'un accord de coopération dit de deuxième génération¹⁰, dont il n'existe encore que peu d'exemples et qui ne pourrait s'appliquer dans le contexte de nombreux pays en développement.

26. La Suisse a déclaré que sa coopération avec l'Union européenne au titre de l'accord de deuxième génération favorise la coopération entre les deux autorités de la concurrence et facilite également l'application de la loi et l'échange d'informations¹¹. Les négociations menées entre le Canada et l'Union européenne pour faire de l'accord qui les lie un accord de deuxième génération sont à un stade avancé¹².

27. Le Japon a déclaré que la plupart de ses activités de répression menées conjointement avec de nombreuses autorités de la concurrence de pays développés comme de pays en développement se déroulent dans le cadre d'accords de première génération¹³, de mémorandums d'entente et d'accords administratifs. Cependant, en 2015, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales a conclu un accord de deuxième génération avec la Commission australienne de la concurrence et de la consommation. Cette entente, qui s'inscrit dans la mise en œuvre de l'accord de partenariat économique conclu entre les deux pays, rend possible l'échange d'informations obtenues au cours d'une enquête dans le cadre des dispositions de leur législation respective en matière de concurrence. De plus, en mars 2016, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et l'Union européenne ont entamé les travaux préparatoires en vue de la modification de l'accord sur les activités anticoncurrentielles qui les lie afin d'en faire un accord de deuxième génération¹⁴.

28. Enfin, en vertu de l'International Antitrust Enforcement Assistance Act des États-Unis, l'accord de deuxième génération conclu entre les États-Unis et l'Australie prévoit l'échange d'informations dans des dossiers spécifiques et une entraide en matière d'enquêtes. De telles pratiques pourraient être étendues à d'autres pays étroitement liés sur les plans économique et commercial.

D. Restrictions concernant la recevabilité d'informations

29. Un autre obstacle à l'échange d'informations entre des autorités de la concurrence réside dans les différences entre les procédures d'application de la loi, puisque dans certaines juridictions les pratiques anticoncurrentielles relèvent du droit pénal tandis que dans d'autres elles relèvent du droit civil ou administratif.

¹⁰ L'OCDE définit les accords de deuxième génération comme des accords bilatéraux qui permettent aux autorités de la concurrence de partager des informations confidentielles.

¹¹ Contribution du Gouvernement suisse.

¹² Contribution de l'Union européenne. Voir également <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>.

¹³ Les accords bilatéraux de première génération comportent une clause qui permet à une autorité de la concurrence de refuser de partager des informations protégées par des dispositions de la législation nationale relatives à la confidentialité.

¹⁴ Contribution du Gouvernement japonais.

30. Généralement, le respect des droits de la défense est plus élevé dans les juridictions qui suivent des procédures pénales que dans celles où les pratiques anticoncurrentielles relèvent du droit civil ou administratif. Ainsi, dans le premier cas, les personnes impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles et poursuivies par les autorités de la concurrence bénéficient de droits de la défense tels que le secret des communications entre l'avocat et son client, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et le droit de procéder au contre-interrogatoire des témoins à charge, ce qui n'est pas le cas pour les procédures civiles ou administratives, qui concernent principalement des entreprises¹⁵.

31. En raison des différences de procédures, les autorités de la concurrence n'appliquent pas les mêmes normes juridiques, ce qui restreint la portée pratique des échanges d'informations. En effet, les autorités des juridictions qui suivent des procédures pénales ne peuvent utiliser contre des personnes impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles des informations fournies par les autorités des juridictions qui suivent des procédures civiles ou administratives, à moins que les méthodes de recueil d'information de ces autorités ne respectent un niveau de protection des droits similaire à celui qui est mis en œuvre dans les juridictions qui suivent des procédures pénales¹⁶.

E. Restrictions à la mise en œuvre de programmes internationaux de clémence

32. Du fait de leur efficacité, les programmes de clémence jouent un rôle primordial dans les enquêtes sur les cartels. Sans eux, les autorités de la concurrence qui tentent de lutter contre les cartels internationaux sont confrontées à de nombreux obstacles et leurs efforts seront vraisemblablement vains, même en cas d'enquête approfondie où des moyens titanesques sont mis en œuvre, comme le montre l'expérience vécue par le Japon dans le dossier du cartel des vitamines¹⁷. Bien que ce cartel ait déjà donné lieu à des poursuites aux États-Unis et dans l'Union européenne, et que deux de ses membres soient des entreprises japonaises, l'autorité japonaise de la concurrence n'a pas réussi à prouver l'existence d'une entente et n'a délivré qu'une mise en garde administrative sans infliger d'amende. Elle n'a pas pu prendre de mesures plus répressives, car l'absence d'un programme de clémence a restreint sa capacité à obtenir des informations¹⁸.

33. Pour être efficaces, les programmes de clémence doivent être bien conçus. Les facteurs clés de succès en sont les suivants : la transparence, la certitude, une forte probabilité de ne pas être démasqué et des sanctions sévères. Les programmes qui ne répondent pas à ces critères risquent de ne présenter que peu d'intérêt aux yeux des membres des cartels. Ainsi, pour ce qui est du droit de la concurrence du Pérou et de son application, les dispositions relatives à la clémence ne sont pas tout à fait claires (par exemple, les taux de minoration des amendes ne sont pas spécifiés dans la loi), des perquisitions ne sont que rarement menées et les sanctions ne sont peut-être pas assez sévères.

34. De plus, les programmes de clémence favorisent efficacement la coopération internationale, ce qui a été mis en évidence dans de nombreuses enquêtes sur des cartels. Lorsqu'ils sont conjugués à des renoncements obtenus simultanément dans de multiples juridictions de la part de candidats à la clémence, ils favorisent le partage d'informations

¹⁵ Secrétariat de l'OCDE, 2012.

¹⁶ A. Capobianco et A. Nagy, 2016.

¹⁷ Entre 1989 et février 1999, huit fabricants de vitamines ont constitué un cartel qui représentait 90 % du marché mondial des ventes en gros de vitamines. Ils se sont réparti les volumes de ventes et ont établi de façon concertée les prix sur le marché mondial. En 2001, la Commission européenne leur a infligé une amende de 855,22 millions d'euros (voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1625_fr.htm).

¹⁸ H. Yamashita, 2011, Key issues in detecting and investigating cross-border cartels, présentation faite lors de l'atelier du Groupe d'experts sur la concurrence de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, tenu à Jakarta les 20 et 21 septembre 2011, disponible à l'adresse <http://cb-asec-project.de/material-and-publications/archive-2008-2013/regional-economic-integration-archive/> (page consultée le 20 avril 2017).

– même confidentielles, lorsque cela est autorisé par la loi – entre les autorités de la concurrence. Ils permettent également aux autorités de coordonner étroitement leurs enquêtes dans leur phase de démarrage, et notamment de mener des perquisitions simultanées, ce qui en retour facilite le déroulement des procédures dans chaque juridiction. De plus en plus, les activités de coopération internationale sont le fait d'autorités qui acceptent des demandes de clémence. Au vu des avantages que cette procédure procure, la mise en place d'un programme efficace de clémence devrait être considérée comme une priorité stratégique.

35. Bien que la mise en œuvre d'un programme de clémence soit la façon la plus efficace de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières, la plupart des pays en développement qui disposent de tels programmes éprouvent toujours des difficultés à susciter des vocations chez les membres de cartels internationaux. Les enquêtes menées par les pays en développement à l'encontre d'un cartel international qui a déjà donné lieu à poursuite dans les pays développés – et dont l'existence est donc publiquement avérée – n'entraînent pas nécessairement de demandes de clémence de la part des membres du cartel.

36. Les membres des cartels internationaux choisissent rarement de faire leur demande de clémence dans les pays en développement. Ils doivent faire des choix stratégiques et sélectionner les juridictions dans lesquelles ils déposeront des demandes de clémence, et il ne présente guère d'intérêt pour eux de le faire dans un petit pays où ils n'encourent que peu de risques et où les procédures risquent d'être longues. Par exemple, dans le cas du cartel des électrodes de graphite, bien que la République de Corée disposait à l'époque d'un programme de clémence, aucun des membres du cartel n'a souhaité en bénéficier lors de la procédure, ce qui a compliqué la tâche de l'autorité nationale de la concurrence¹⁹.

37. Les pays en développement doivent généralement mener leurs enquêtes sans pouvoir recourir à cet instrument, et ils continueront donc de rencontrer des obstacles dans leur lutte contre les cartels internationaux.

F. Manque de compréhension mutuelle, de confiance et de dialogue entre les autorités de la concurrence

38. Au-delà des difficultés mentionnées précédemment qui résultent de contraintes juridiques, le manque de compréhension mutuelle et de dialogue entre les autorités de la concurrence peut être un obstacle à la coopération internationale en matière d'enquête dans les affaires de concurrence, y compris dans les cas de cartel. Il demeure difficile de partager des informations, de coordonner des outils d'enquête tels que les perquisitions ou de débattre des stratégies générales d'enquête sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières. Cela tient principalement au fait que les autorités concernées ne se sentent pas suffisamment en confiance pour partager librement des informations²⁰.

39. Au vu de l'importance de ces éléments, des efforts ont été entrepris dans diverses régions pour favoriser la coopération. Par exemple, le Groupe de la politique et du droit de la concurrence en Asie-Pacifique a été créé en 1996 pour améliorer le cadre concurrentiel régional et acquérir une compréhension des lois et des politiques relatives à la concurrence dans la région. Cette instance a réuni les pays concernés autour d'activités de renforcement des capacités de formation. Une autre instance, la réunion régionale de hauts fonctionnaires

¹⁹ De 1992 à 1998, des industriels allemands, japonais et américains ont fixé les prix et se sont entendus sur la mise en œuvre de hausses de prix concertées. Les membres du cartel ont eu recours à différentes méthodes d'application de cette entente. En 2001, les autorités américaines ont imposé des amendes d'un montant total de près de 424,8 millions de dollars à des entreprises allemandes, japonaises et américaines, et la Commission européenne a infligé des sanctions de 219 millions d'euros à huit entreprises de ces pays (voir <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramMarch2004/KE.experience.Jand.pdf>).

²⁰ La recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence reconnaît que « la coopération fondée sur la confiance et la bonne foi mutuelles entre les Adhérents joue un rôle important pour assurer une répression efficace et efficiente des pratiques anticoncurrentielles et des fusions ayant des effets anticoncurrentiels » (voir <http://www.oecd.org/daf/competition/2014rec-coop-internat-concurrence.pdf>).

d'Asie de l'Est sur la politique de la concurrence, a été créée en 2005 par la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales pour susciter des débats et des partages d'expériences entre les autorités de concurrence de la région.

40. Ces initiatives permettent de favoriser la coopération informelle au niveau régional. Elles constituent également un terreau fertile au développement de réseaux entre les autorités, ce qui permettra de renforcer la confiance. Lorsque de telles relations propices au partage d'informations n'existent pas, les autorités de la concurrence ne peuvent entamer une coopération dans le cadre d'une enquête sur des pratiques anticoncurrentielles transfrontières. Cependant, d'autres méthodes – par exemple des échanges de personnel et le détachement de conseillers, la participation à des réunions multilatérales, régionales et bilatérales organisées par des organismes internationaux tels que l'OCDE et la CNUCED et d'autres réseaux informels internationaux – peuvent être des moyens efficaces d'établir des relations constructives entre les autorités de la concurrence.

41. Le manque de coopération entre les autorités de la concurrence s'est par exemple fait ressentir lorsque l'autorité colombienne de la concurrence a adressé des demandes d'information à ses homologues au cours de son enquête sur le cartel des pièces détachées automobiles. L'autorité savait qu'il était essentiel de commencer dès le début de l'enquête de coopérer avec, par exemple, l'autorité américaine, auprès de qui les entreprises impliquées avaient déjà plaidé coupable. Cependant, il s'est avéré difficile d'échanger des informations, peut-être en raison de l'absence de mécanismes formels ou informels qui auraient facilité la communication.

42. En 2013, les responsables des enquêtes sur le cartel de l'oxygène liquide de sept pays se sont rencontrés à Quito pour débattre des conséquences de l'existence de ce cartel, qui avait sévi en Amérique latine de 2000 à 2010. En dépit de l'existence de contacts informels entre les agents, les actions de répression n'avaient pas été coordonnées et il n'y avait pas eu d'échange d'informations non confidentielles au cours des enquêtes menées par les autorités de la concurrence des pays concernés sur ces pratiques anticoncurrentielles récurrentes.

III. Tour d'horizon des outils et des procédures disponibles pour renforcer la coopération internationale dans les enquêtes de concurrence

43. Les « outils » se rapportent aux moyens et aux efforts de coopération déployés par les autorités de la concurrence dans les affaires de concurrence transfrontières, dans le cadre de mécanismes formels et informels. Ces outils ont évolué au fil du temps, prenant des formes diverses. Les « procédures » englobent les méthodes et les pratiques établies. En l'espèce, elles se rapportent aux méthodes de coopération entre les autorités de la concurrence dans les affaires transfrontières²¹.

44. Pour appliquer la procédure requise au regard du cas considéré, des outils ou des instruments sont nécessaires. Dans une étude publiée en 2013, la CNUCED a recensé les principaux outils et procédures susceptibles d'être utilisés pour renforcer la coopération internationale, à savoir les arrangements multilatéraux (dans le cadre de la CNUCED, de l'OCDE et du Réseau international de la concurrence) ; les modèles de coopération régionale ; les accords Nord-Sud ; les accords de coopération bilatérale ; les mécanismes de coopération informelle ; et les mécanismes de coopération relevant de la nouvelle génération d'accords de coopération des États-Unis et du Réseau européen de la concurrence²².

45. On a pu constater récemment que les ententes internationales privées continuaient de prospérer et de pénaliser l'économie des pays en développement dont les régimes de la concurrence, dont les régimes de concurrence de création récente ou en cours d'élaboration

²¹ TD/B/C.I/CLP/21.

²² Ibid.

ne leur permettent pas, pour le plupart, de lutter efficacement contre ces ententes²³. C'est pourquoi il est essentiel de passer en revue les outils et les procédures disponibles. Dans son étude, la CNUCED recommandait une plus grande coopération entre toutes les autorités de la concurrence, petites et inexpérimentées, des pays en développement.

46. Le tableau 1 présente l'évolution de la situation depuis l'étude de la CNUCED, en 2013. Si peu de changements sont survenus, on observe toutefois des efforts constants pour améliorer la coopération en matière d'application du droit de la concurrence.

Tableau 1

Faits nouveaux et résultats de l'application des meilleures pratiques recommandées par la CNUCED

<i>Pratique</i>	<i>Outils et procédures</i>
Favoriser une meilleure connaissance des lois, des critères d'appréciation et des modèles de recours et de sanctions	<p>Programmes mondiaux de renforcement des capacités et projets régionaux de la CNUCED (par exemple, le programme sur la concurrence et la protection du consommateur en Amérique latine (COMPAL) et le programme d'intégration économique régionale, d'égalité des sexes et de lutte contre la corruption, par le biais de mesures de protection du consommateur, dans la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord) ; projets bilatéraux ; sessions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence et session quinquennale de la Conférence des Nations Unies chargées 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</p> <p>Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE</p> <p>Synthèses des régimes de lutte contre les ententes des membres du Réseau international de la concurrence (voir http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx)</p> <p>Échanges d'informations au sein du Groupe de la politique et du droit de la concurrence en Asie-Pacifique par le biais de la base de données régionale (voir http://www.apeccp.org.tw/)</p> <p>Enquêtes conjointes sur les infractions aux lois sur la concurrence dans la Communauté d'États indépendants (voir http://en.fas.gov.ru/international-cooperation/icap/icap-headquarters.html)</p>
Renforcer les capacités humaines et techniques des autorités de la concurrence de création récente	<p>Activités permanentes de renforcement des capacités menées par la Banque mondiale, la CNUCED, l'OCDE et le Réseau international de la concurrence</p> <p>Contacts bilatéraux entre de petits organismes de création récente et des organismes plus anciens (programmes des États-Unis à l'intention des petits organismes de la concurrence, programmes de renforcement des capacités au Japon et au Kenya, par exemple)</p>

²³ J. M. Connor, 2014, The private international cartels data set: Guide and summary statistics, 1990-2013, disponible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478271 (consultée le 20 avril 2017).

<i>Pratique</i>	<i>Outils et procédures</i>
Établir des lignes directrices et des pratiques de référence pour les accords de coopération	Loi type de la Commission eurasiennne de la concurrence Exemples de lignes directrices pour des enquêtes conjointes fournies par la Fédération de Russie aux pays de la Communauté d'États indépendants Lignes directrices de l'Union européenne sur les décisions d'engagement dans le cadre du Réseau européen de la concurrence Système d'échange d'informations non confidentielles du Réseau international de la concurrence (2015) Lignes directrices des États-Unis pour l'application de la législation antitrust et la coopération dans la lutte contre les ententes (2017)
Procéder à des échanges de personnel et à des détachements de conseillers résidents pour renforcer la compréhension et la confiance mutuelles	Mesures prises à l'intention d'autorités de création récente par des autorités plus anciennes – par exemple, envoi par le Japon d'un conseiller résident en Indonésie (2016) Détachement de fonctionnaires de la Commission européenne dans des États membres de l'Union européenne (Lituanie et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)
Promouvoir la transparence dans les procédures, les processus et les visées	Lignes directrices du Japon, de la République de Corée, des États-Unis et de l'Union européenne (2017)
Instaurer des politiques de clémence analogues afin de faciliter l'octroi de dérogations aux entreprises qui déposent une demande de clémence	Lignes directrices sur les mesures de clémence adoptées dans le cadre du programme régional de renforcement des capacités au Moyen-Orient et en Afrique du Nord Modèles d'avis de clémence du Département de la justice des États-Unis (2017)
Établir et mettre en œuvre des mesures propres à garantir l'application régulière de la loi et la protection des informations confidentielles	Accord de deuxième génération entre la Suisse et l'Union européenne (2013) Négociations – à un stade avancé – visant à renforcer l'accord entre le Canada et l'Union européenne et à en faire un accord de deuxième génération Accord de deuxième génération entre le Japon et l'Australie (2015)

Source : Compilation des réponses au questionnaire par le secrétariat de la CNUCED, et documents TD/B/C.I/CLP/16, TD/B/C.I/CLP/21, TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, TD/B/C.I/CLP/29 et TD/RBP/CONF.8/4.

A. État d'application des outils et des procédures

47. Comme il ressort du tableau 1, plusieurs facteurs ont aidé les autorités de la concurrence dans leur lutte contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières ces dernières années. Les deux plus évidents sont l'internationalisation des programmes de clémence et les arrangements formels ou informels de coopération internationale. Grâce à ces arrangements, il leur a été possible de coordonner des perquisitions, de partager des informations en cours d'enquête et d'établir des accords de coopération spécifiques (voir

<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/January/170110.html> et <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1282>).

48. Comme expliqué à la section II, les instruments de lutte contre les ententes internationales ont été utilisés par diverses autorités constituées de longue date, dans le cadre de mécanismes bien établis et efficaces de coordination de la répression, et se sont bonifiés avec le temps. Malgré les efforts de la communauté internationale²⁴, les programmes de clémence n'ont pas été appliqués avec succès dans les régimes de la concurrence de création récente, en raison de facteurs culturels et commerciaux et de considérations sociologiques²⁵.

B. Examen des accords de coopération formelle

49. Les outils et les procédures de coopération formelle ont joué un grand rôle, sans pour autant parvenir à renforcer la coopération internationale. Au vu des problèmes posés par la restriction des échanges d'informations confidentielles, ces échanges devraient surtout concerner des informations non confidentielles et des renseignements internes. Des informations confidentielles sont déjà échangées, dans des cas précis, mais de manière restreinte.

50. En dehors de l'Union européenne, les autorités de la concurrence, comme celles de la Communauté des Caraïbes (CARICOM), du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) et de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), ont peiné à faire appliquer les dispositions en vigueur dans leur région. Le COMESA a toutefois progressé dans le traitement des affaires de fusion (voir encadré 1).

Encadré 1

Contrôle des opérations de fusion internationales : expérience de la Commission de la concurrence du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA)

La Commission de la concurrence du COMESA est chargée de l'administration et du contrôle de l'application du règlement du COMESA relatif à la concurrence. Depuis son entrée en activité, en janvier 2013, les règles les plus souvent invoquées ont été celles concernant le contrôle des fusions. C'est pourquoi, en 2014, la Commission a élaboré des lignes directrices pour l'examen des opérations de fusion afin d'apporter des éclaircissements et des conseils sur les politiques et les pratiques applicables.

Ces lignes directrices comprennent une définition des opérations de fusion et indiquent quand il convient, ou non, de les notifier. Les opérations de fusion de dimension régionale doivent être déclarées à la Commission dès lors qu'elles dépassent un certain seuil. Elles peuvent aussi être notifiées à la Commission si l'entreprise acheteuse et/ou l'entreprise cible exercent leurs activités dans au moins deux États membres du COMESA.

Depuis 2013, la Commission a été saisie par les États membres du COMESA de 104 affaires de fusions internationales, notamment dans les secteurs des activités extractives, des produits pharmaceutiques, des services bancaires et financiers, de l'agriculture, des technologies de l'information et de la communication, des télécommunications, de l'assurance, de l'énergie et de la construction (voir <http://www.comesacompetition.org/>). Des progrès notables ont donc été faits dans le traitement des affaires de concurrence internationale dans la région.

51. Dans certains cas, aucune mesure coercitive n'a été prise. La question centrale posée par la CNUCED en 2013 – « Pourquoi de si nombreux pays se soucient-ils d'adopter ce genre d'accords si les obstacles à leur bon fonctionnement sont élevés ? » – reste

²⁴ Secrétariat de l'OCDE, 2016, L'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence, Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, DAF/COMP/WP3(2014)9.

²⁵ TD/RBP/CONF.7/4.

d'actualité. Il convient de poursuivre l'analyse des modalités de coopération et des obstacles potentiels au processus²⁶.

52. Ce sont les modalités de coopération, telles qu'elles sont définies dans différentes dispositions, qui déterminent les avantages des accords régionaux. Par exemple, dans de nombreux accords de coopération formelle, tels que les accords de partenariat économique et les accords de libre-échange, les parties signataires conviennent de coordonner leurs activités de contrôle de l'application, mais les dispositions en la matière leur imposent seulement d'envisager cette coordination si bien que, dans les faits, les activités des autorités de la concurrence peuvent ne pas être coordonnées.

53. Les communautés économiques régionales qui sont dépourvues de règles sur la concurrence optent pour une démarche plus prudente, de crainte de se retrouver dans la même situation que les autorités qui ont adopté des dispositions de portée régionale, mais qui ne sont pas en mesure de les faire pleinement appliquer. Par exemple, pour le groupement des autorités de la concurrence d'Amérique centrale et les États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), le contrôle de l'application au niveau régional passe d'abord par son renforcement au niveau national.

54. Les organismes de la concurrence établis de longue date n'ont pas la même expérience de la coopération ; leurs homologues plus récents doivent mettre en œuvre des accords existants, et non chercher à en conclure de nouveaux, dont l'application effective pourra prendre du temps²⁷. Par exemple, l'Union européenne a conclu un nombre limité d'accords de coopération de première génération avec ses principaux partenaires commerciaux (États-Unis, Japon, République de Corée et Canada). Cette situation pourrait évoluer après la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, si la Commission n'est plus habilitée à faire procéder à des perquisitions sur le territoire britannique ou à demander à l'Autorité britannique de la concurrence et des marchés d'agir en son nom à cet égard²⁸.

55. Outre l'accord de coopération de deuxième génération conclu avec la Suisse en 2013, l'Union européenne a fait observer que les négociations visant à faire de l'accord qui la lie au Canada un accord de deuxième génération étaient bien engagées. De plus, la Direction générale de la concurrence a conclu un certain nombre de mémorandums d'accord avec les autorités de pays tiers tels que l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, la Fédération de Russie et l'Inde²⁹.

C. De la possibilité de renforcer la coopération informelle

56. À en juger par les études de la CNUCED, la coopération informelle est courante au niveau mondial, mais, pour en tirer le meilleur parti dans des cas précis, les autorités de la concurrence doivent surmonter un certain nombre de difficultés (voir encadré 2).

Encadré 2

Coopération informelle : le point de vue de la CNUCED

Une autre manière d'inciter les autorités de la concurrence de création récente à recourir à une coopération plus informelle est de partager les connaissances et les compétences propres à rendre leur gestion des procédures administratives plus efficace et de leur donner accès aux outils d'enquête utilisés par les autres autorités de la concurrence. Ces autorités nouvellement créées peuvent passer d'une coopération informelle et générale

²⁶ TD/B/C.I/CLP/21. Voir aussi M. S. Gal et I. Faibish, 2011, Regional agreements of developing jurisdictions: Unleashing the potential, in M. Bakhom, J. Drexler, M. S. Gal, D. Gerber et E. Fox, dir. publ., *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1920290> (consultée le 20 avril 2017).

²⁷ Il est ici question des accords formels relatifs à la concurrence, bilatéraux ou régionaux, signés entre des pays en développement et dont la mise en application prend généralement du temps.

²⁸ P. Willis et R. Eccles, 2017, Brexit: Competition law implications, disponible à l'adresse <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/uk/competition-law-implications-of-a-brexit> (consultée le 20 avril 2017).

²⁹ Contribution de l'Union européenne.

à une coopération plus avancée et plus ciblée, par l'échange d'informations sur des affaires données, à mesure qu'ils étoffent leurs connaissances théoriques et pratiques. Pour améliorer la coopération informelle entre les organismes inexpérimentés et les organismes des pays développés, le Groupe intergouvernemental d'experts a notamment recommandé d'établir un réseau d'information international, fondé sur la confiance et sur la connaissance des autorités de la concurrence partenaires.

Sources : TD/B/C.I/CLP/29 et TD/B/C.I/CLP/34.

57. Les travaux sur la coopération internationale menés par la CNUCED en 2012-2014 montrent que, dans les pays en développement, celle-ci prend le pas sur la coopération formelle. Toutefois, une analyse plus approfondie s'impose. Avec la présence d'autorités nouvellement créées dans des organes de promotion de la coopération informelle, comme ceux qui relèvent du Réseau international de la concurrence, de l'OCDE et de la CNUCED, s'ouvrent de nouvelles possibilités de réseautage, qui pourront contribuer à une meilleure compréhension des systèmes juridiques, à l'instauration de relations de confiance et à d'autres réalisations, de manière à améliorer les échanges d'informations.

58. Les réponses des États membres au questionnaire de la CNUCED montrent bien l'importance de la coopération informelle, comme il ressort des exemples suivants³⁰ :

a) Le Brésil insiste sur l'apport des organismes étrangers dans les enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières, par le biais d'accords formels ou d'échanges informels d'informations non confidentielles avec les autorités antitrust ;

b) L'Italie considère que la coopération informelle est tout aussi importante que la coopération formelle et qu'elle « fonctionne bien et donne de bons résultats pour autant que les autorités concernées ont établi une relation de confiance mutuelle et un réseau de contacts leur permettant de comprendre leurs politiques et pratiques respectives dans le domaine de la concurrence ». La confiance mutuelle et la compréhension des lois et des politiques de l'autre sont essentielles au développement de la coopération informelle ;

c) La Turquie estime que la coopération informelle peut être d'une aide précieuse dans les enquêtes dans le domaine de la concurrence internationale.

IV. Examen des possibilités d'action pour les autorités de la concurrence

A. Propositions pour élever le niveau de coopération dans les affaires de concurrence transfrontières

59. Pour renforcer la coopération internationale dans les enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières, les autorités de la concurrence ont le choix entre cinq options : reconnaître les décisions rendues par des autorités ou des tribunaux étrangers ; adopter un système de guichet unique ; désigner une ou plusieurs juridiction(s) chef(s) de file dans les affaires transfrontières ; constituer des équipes d'enquête communes et procéder à des nominations conjointes ; et coopérer au niveau judiciaire³¹.

60. Envisageables dans le cas d'organismes bien établis, ces options seront sans doute plus difficilement applicables par les autorités de la concurrence des pays en développement ou des pays en transition, et ce pour plusieurs raisons. Le tableau 2 ci-après présente quelques-uns des obstacles en question et propose des moyens de les surmonter.

³⁰ Contributions des Gouvernements brésilien, italien et turc.

³¹ A. Capobianco et A. Nagy, 2016.

Tableau 2

Possibilités d'action des autorités de la concurrence petites et inexpérimentées aux fins de la coopération internationale

<i>Option</i>	<i>Application aux autorités de la concurrence petites et inexpérimentées</i>
Reconnaissance des décisions de justice étrangères	Des différences dans les systèmes juridiques peuvent faire obstacle à la pleine reconnaissance des décisions de justice étrangères et à la recevabilité des éléments de preuve (sanctions civiles ou sanctions pénales ?)
Adoption d'un système de guichet unique	L'absence de dispositions multilatérales contraignantes sur la concurrence empêche le fonctionnement d'un système de guichet unique et fait perdurer les systèmes polarisés existants
Désignation d'une ou de plusieurs juridiction(s) chef(s) de file dans les affaires transfrontières	Cette option est problématique dans de nombreux cas, mais possible dans les pays qui partagent la même culture, les mêmes activités et les mêmes règles harmonisées de fond et de procédure – par exemple, les pays nordiques qui coopèrent en matière de contrôle de l'application des lois sur la concurrence L'idée d'une juridiction chef de file, qui risque d'être interprétée à tort comme l'expression d'une supériorité sur les autres, pourrait être écartée pour des questions de souveraineté ³²
Constitution d'équipes d'enquête communes et nominations conjointes	La confiance et la compréhension mutuelles pèsent sur la coopération dans les enquêtes en cours

Sources : Compilation du secrétariat de la CNUCED, et A. Capobianco et A. Nagy, 2016.

61. Les autorités de la concurrence continuent de s'employer à trouver les options les plus propices à la coopération internationale en matière d'enquête. Tout d'abord, elles recensent les sources d'information disponibles dans leur pays. Dans le cas où des informations clefs sont détenues à l'étranger, elles ont la possibilité de les demander à l'autorité compétente et aux entreprises concernées, mais sans garantie de succès. Des contacts informels, par courrier électronique, par téléphone ou par d'autres moyens, sont susceptibles de donner de meilleurs résultats.

62. Des contacts formels avec des autorités de la concurrence étrangères ne sont pas toujours nécessaires si l'autorité requérante peut compter sur la coopération des entreprises concernées, susceptibles d'avoir des filiales sur son territoire. Comme cela a déjà été mentionné, les entreprises ne sont pas tenues de répondre à un organisme habilité à donner suite à des demandes d'informations.

B. Mise en œuvre de la section F de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives

63. Les États membres ont proposé de mettre en œuvre cet instrument multilatéral pour améliorer la coopération dans les enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières. À la sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles, un représentant a proposé des modalités précises pour la tenue des consultations volontaires prévues à la section F.4, notamment les conditions de dépôt des demandes, les éléments susceptibles de figurer dans les réponses

³² Contribution de Berwin Leighton Paisner, Bruxelles.

aux demandes et la possibilité d'une plus grande participation du secrétariat de la CNUCED³³.

64. À la quinzième session du Groupe intergouvernemental d'experts, un représentant a souligné la nécessité de rendre la section F plus pertinente pour les enquêtes sur les affaires de concurrence transfrontières³⁴.

65. L'Ensemble de principes et de règles n'étant pas de nature contraignante, les obligations des États membres au titre de la section F sont très limitées. Les modalités proposées à la sixième Conférence de révision s'inscrivent dans une logique de coopération, et non de règlement des différends. Lorsque des États membres acceptent de se consulter, ils ne parviennent pas forcément à un accord. Des difficultés doivent encore être levées pour garantir l'efficacité des consultations prévues à la section F.4, selon les modalités proposées ou selon une autre procédure. Pour ce faire, il faudrait s'attaquer aux restrictions à l'échange d'informations confidentielles imposées par la plupart des systèmes, recenser les institutions de chaque État membre qui devraient participer aux consultations (et à établir les formalités de notification) et déterminer comment la CNUCED pourrait faciliter le processus.

66. Au cours de la sixième Conférence de révision, des États membres ont considéré qu'il serait bon de disposer de règles de procédures « par défaut » pour la tenue des consultations prévues à la section F.4. De leur point de vue, les consultations offriraient aux États membres un autre mécanisme de coopération, en sus des réseaux formels et informels et de l'assistance technique ; des règles de procédure « par défaut » garantiraient plus de prévisibilité aux États membres ; et la CNUCED pourrait jouer un rôle de facilitateur en apportant des services de conférence et d'assistance technique et en assurant le suivi des accords, à la demande des parties. Plusieurs représentants ont estimé que la participation de la CNUCED en tant que tierce partie impartiale ajouterait à l'intérêt du dispositif et aiderait les États membres à obtenir des autorités compétentes l'autorisation d'assister et de participer aux consultations.

C. Cadre du Réseau international de la concurrence pour encourager l'échange d'informations non confidentielles dans les affaires d'entente

67. En 2015, le Réseau international de la concurrence a proposé d'instaurer des dispositions de nature à faciliter l'échange d'informations dans les enquêtes sur les ententes. Le cadre ainsi établi impose aux organismes membres du réseau de nommer un attaché de liaison, chargé de fluidifier les communications entre les équipes d'enquêteurs. Il suppose l'instauration de relations de confiance, non seulement entre les autorités appelées à collaborer, mais aussi entre les agents responsables de l'enquête et les agents du service international de chaque autorité.

68. En cas d'application du cadre, un certain nombre de mesures devraient être prises pour inciter les autorités à coopérer. Autrement dit, les deux parties devraient pouvoir en retirer des avantages. À cet égard, la mise en présence de régimes de la concurrence ayant plus ou moins le même degré de maturité est peut-être la solution pour aller de l'avant dans la mesure où il s'agirait d'une relation d'égal à égal, permettant une coopération entre des autorités aux niveaux de développement et d'expérience comparables. À la suite de la proposition faite par un représentant, 33 autorités ont souscrit au cadre.

69. Les autorités de la concurrence peuvent utiliser cet outil pour coopérer avec leurs homologues et partager des informations pertinentes sur des enquêtes en cours. Le cadre proposé ouvre de nouvelles possibilités aux membres du Réseau international de la concurrence, mais ceux-ci ne pourront y souscrire pleinement et s'en servir avec profit qu'une fois que certains problèmes auront été résolus. Une analyse plus approfondie s'impose pour déterminer s'il y aurait intérêt à promouvoir la coopération internationale selon le cadre proposé.

³³ TD/RBP/CONF.7/11.

³⁴ TD/B/C.I/CLP/40.

V. Le rôle de la CNUCED dans la coopération internationale

70. La CNUCED a contribué à améliorer la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence à bien des égards, à la faveur de nombreuses réunions et d'autres activités de coopération technique avec les autorités de la concurrence de pays en développement et de pays en transition. Ces activités répondent aux visées suivantes : favoriser une meilleure compréhension des lois, des critères d'appréciation et des modèles de recours et de sanctions entre les pays ; établir des lignes directrices et des pratiques optimales pour les accords de coopération ; renforcer les capacités humaines et techniques des autorités de la concurrence de création récente de faire appliquer le droit de la concurrence, dans le cadre d'initiatives bilatérales et régionales. Récemment, des activités ont été menées à bien au titre de projets nationaux, en Albanie, en Éthiopie et au Zimbabwe, et de projets régionaux, en Amérique latine (COMPAL), dans les États membres de l'ASEAN et dans les pays du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord.

71. Au vu de la complexité du sujet, des tendances actuelles et des propositions faites par des autorités de la concurrence de création récente et des organisations internationales, la CNUCED, grâce à sa représentativité mondiale, pourrait aider à renforcer les activités engagées depuis l'adoption de l'Ensemble de principes et de règles, en 1980.

72. À la demande des États membres, la CNUCED pourrait faciliter l'établissement de mécanismes de consultations volontaires, en vue d'actions coordonnées, entre des autorités de la concurrence comparables par leur environnement institutionnel et leur expérience ainsi que les consultations et les échanges d'informations entre les pays en développement et les pays en transition sur la manière d'appliquer ces mécanismes.

VI. Autres domaines d'étude et questions à examiner

73. La question de la coopération internationale dans les enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles transfrontières a été débattue dans diverses réunions internationales et évoquée dans divers travaux de recherche et documents de travail. Des problèmes restent à résoudre pour que cette coopération internationale soit effective et que les autorités de la concurrence des pays en développement et des pays en transition y soient associées.

74. Afin d'identifier les points qui méritent un examen plus approfondi, les États membres et les autres experts sont invités à considérer les questions suivantes :

a) De quels outils les autorités nationales de la concurrence ont-elles besoin pour se développer et tirer parti de la coopération internationale dans les affaires de concurrence transfrontières ?

b) Quelles mesures les autorités de la concurrence de pays en développement pourraient-elles prendre pour faciliter la coopération avec leurs homologues d'autres pays en développement et de pays développés ?

c) Quelles mesures pourraient être adoptées pour faciliter les consultations prévues à la section F de l'Ensemble de principes et de règles et renforcer la coopération entre les États membres ?

d) De quelle manière la CNUCED pourrait-elle collaborer avec d'autres organisations internationales et réseaux internationaux pour promouvoir la coopération internationale selon les dispositions de la section F ?