



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

Distr. générale
10 mai 2011
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**

Onzième session

Genève, 19-21 juillet 2011

Point 2 de l'ordre du jour provisoire

**Examen de l'expérience acquise en matière de coopération
pour l'application du droit de la concurrence, notamment
au niveau régional**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

L'accélération de la mondialisation au cours des dernières décennies a élargi le champ géographique de la concurrence. L'activité des grandes entreprises peut avoir des répercussions sur plusieurs marchés relevant de plusieurs juridictions, les effets des comportements anticoncurrentiels se propageant au-delà des frontières d'un pays. Les pays ne peuvent donc plus se contenter de politiques antitrust qui sont exclusivement centrées sur leur marché intérieur. La communauté internationale a testé plusieurs méthodes pour coopérer efficacement et traiter les affaires antitrust de portée internationale. Dernièrement, des progrès importants ont été réalisés, notamment dans les pays développés qui coopèrent sur des dossiers précis d'ententes et de fusions internationales.

Le présent document fait le point sur l'expérience acquise en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, en mettant l'accent sur les mesures prises pour renforcer cette coopération et pour échanger informations et meilleures pratiques afin de faire aboutir les enquêtes sur les activités de marché de portée internationale.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
I. Solutions éprouvées	4
II. Coopération liée à des affaires précises: ententes et fusions	13
III. Conclusion et questions à approfondir	21
IV. Questions à débattre	21

Introduction

1. Comme il a été recommandé à 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, qui s'est tenue du 8 au 12 novembre 2010 à Genève, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence devra tenir, à sa onzième session, une table ronde en vue «d'examiner l'expérience acquise en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, notamment au niveau régional». La présente note a pour objet d'aider les États membres à structurer leurs délibérations sur ce thème.

2. Les principales sources d'information dont s'inspire la présente note sont des études de la CNUCED, les communications envoyées par les membres en réponse à un questionnaire, les contributions à la Conférence mentionnée ci-dessus, les publications des groupes de travail du Réseau international de la concurrence et des tables rondes organisées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la question. La note s'inspire aussi du site Web des autorités de la concurrence et de travaux universitaires sur le sujet.

3. De 1999 à 2006, 12 compagnies de transport aérien ont opéré dans le cadre d'une entente internationale. Parmi elles figuraient des compagnies importantes, dont Air France, KLM, SAS, Singapore Airlines, British Airways, Cathay Pacific et Air Canada. Les compagnies s'étaient initialement concertées au sujet d'une surtaxe de carburant et s'étaient entendues sur un montant forfaitaire applicable à toutes les expéditions. Elles ont ensuite, d'un commun accord, décidé d'appliquer une surtaxe de sécurité et refusé de verser une commission sur le montant des surtaxes aux transitaires. Par ce refus, elles ont échappé à la concurrence sur les commissions par l'octroi de remises aux clients, par exemple. Cette entente a eu des répercussions dans plusieurs pays et a déclenché une série d'enquêtes de la part des autorités de concurrence à travers le monde¹.

4. Aujourd'hui, les fusions revêtent aussi souvent une dimension internationale. Prenons, par exemple, la récente fusion entre deux compagnies dont le siège se trouve aux États-Unis – Intel, premier fabricant mondial de processeurs, et McAfee, spécialiste de la sécurité informatique – qui a suscité l'inquiétude de la Commission européenne, en raison de la prépondérance d'Intel sur le marché des puces électroniques et des jeux de puces². La Commission européenne a autorisé la fusion sous réserve d'engagements garantissant que les concurrents ne seraient pas exclus du marché des logiciels de sécurité informatique compatibles avec les unités Intel. Lors de l'examen de cette fusion, la Commission européenne a bénéficié d'une coopération étroite avec la Commission fédérale du commerce des États-Unis.

5. Ces cas illustrent bien la portée géographique croissante des alliances commerciales et des effets des activités anticoncurrentielles sur les marchés mondialisés d'aujourd'hui. Les enjeux ont changé, et les autorités de la concurrence doivent trouver de nouvelles réponses pour faire échec aux comportements anticoncurrentiels internationaux et pour rétablir la concurrence.

6. L'échec des premières tentatives faites au sortir de la Seconde Guerre mondiale pour élaborer un droit international de la concurrence a conduit les pays dotés de régimes

¹ La Commission européenne a récemment infligé une amende se montant à quelque 799 millions d'euros à 11 transporteurs de fret aérien.

² Voir http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5984.

avancés dans ce domaine à opter pour l'application extraterritoriale de leurs règles afin de contrer les effets internes négatifs des pratiques anticoncurrentielles d'acteurs étrangers. Mais, récemment, au vu des inévitables frictions entre l'application extraterritoriale du droit et le principe de souveraineté des États, les discours et la pratique ont recommencé à tendre vers la création d'un système de relations internationales qui réponde aux problèmes posés par les activités des entreprises transnationales au regard des lois antitrust.

7. Les efforts déployés dans ce sens ont pris de nombreuses formes – accords bilatéraux et multilatéraux formels, échanges informels, échanges d'informations et de meilleures pratiques. Il est aujourd'hui largement admis que la coopération internationale entre les autorités de la concurrence facilite l'application effective et efficace des lois dans ce domaine et contribue à une meilleure protection de la concurrence sur les marchés.

8. Toutefois, plusieurs facteurs nuisent à l'efficacité de cette coopération, parmi lesquels les différences entre États en matière de règles de fond, de règles de procédure et d'approche institutionnelle ne sont pas les moindres. En outre, s'il est incontestable que les lois et les politiques de la concurrence ont connu un formidable développement – plus de 110 pays disposent aujourd'hui de régimes viables dans ce domaine –, un certain nombre de pays n'ont toujours pas de cadre réglementaire pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels d'acteurs locaux ou étrangers. Enfin, on ne saurait ignorer que les activités de coopération tendent à se concentrer dans les pays développés qui sont dotés de régimes juridiques plus avancés.

9. La présente note a pour but d'examiner l'expérience acquise pendant cette période en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, en mettant en évidence les pratiques et les approches adoptées jusqu'ici par les autorités compétentes pour la renforcer et pour échanger des informations et des meilleures pratiques qui leur permettent d'enquêter efficacement sur les alliances internationales. Le document portera en particulier sur la coopération concernant les enquêtes sur les ententes et les examens de fusions internationales.

10. Le chapitre I retrace brièvement les causes et les influences à l'origine du renforcement de la coopération pour l'application du droit de la concurrence au niveau international et examine les outils employés par les autorités de la concurrence dans ce domaine.

11. Le chapitre II analyse un certain nombre de cas de coopération, en particulier dans le cadre d'enquêtes sur des ententes et d'examens de fusions internationales. Il étudie également les faits nouveaux et les nouveaux enjeux de la coopération auxquels les autorités ont à faire face. Le chapitre III formule des conclusions et soulève des thèmes de discussion.

I. Solutions éprouvées

12. L'accélération de la mondialisation a élargi le champ géographique de la concurrence. Les entreprises peuvent aujourd'hui livrer une concurrence effective sur des marchés étrangers. Plus de mondialisation, c'est aussi plus de fusions qui touchent deux pays ou davantage et qui peuvent avoir des incidences sur leurs structures de marché. Cette évolution met en évidence les limites des lois nationales sur la concurrence aujourd'hui en vigueur face aux effets des comportements anticoncurrentiels sur les marchés mondiaux.

13. Durant les dernières décennies, le nombre d'autorités de la concurrence dans le monde a connu une rapide augmentation, au moins en partie à cause de l'adhésion quasi unanime à l'économie de marché et à la concurrence, jugées plus efficaces que l'économie planifiée pour favoriser la croissance économique et le développement. Toutefois, il arrive

souvent que les différences entre les règles de fond et les règles de procédure des pays soient telles que les respecter s'avère à la fois lourd et coûteux pour ceux qui agissent dans la légalité. Il est donc essentiel de mettre en place une forme de coopération qui permette de s'attaquer effectivement et efficacement aux comportements anticoncurrentiels au niveau international, sans pour autant que les lois sur la concurrence deviennent un obstacle à l'économie.

14. Les efforts déployés pour faire face à ces questions peuvent être divisés en cinq grandes catégories:

- Extraterritorialité;
- Accord multilatéral contraignant sur la concurrence;
- Accords bilatéraux;
- Accords régionaux/communautaires;
- Droit non contraignant, réseaux informels, coopération et ententes.

A. Extraterritorialité

15. L'extraterritorialité est l'affirmation du pouvoir juridique d'un État au-delà de ses frontières dans le cadre des principes du droit international public. Ce pouvoir s'est exercé même contre des actes qui n'avaient pas leur origine dans le pays de juridiction mais qui y déployaient certains effets. Par le passé, cette pratique a souvent entraîné des conflits entre juridictions, certains pays adoptant des lois de blocage pour empêcher l'application extraterritoriale et protéger leur souveraineté juridictionnelle. L'importance de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles étant de plus en plus largement admise et les pays se montrant plus disposés à coopérer, ces conflits ont quasiment disparu.

16. À elle seule, l'application extraterritoriale des règles ne suffit pas à régler le problème des pratiques anticoncurrentielles au niveau mondial. Premièrement, chaque pays lutte contre les comportements anticoncurrentiels qui nuisent à son économie, laissant aux autres le soin d'engager leurs propres procédures. Comme tous les pays n'ont pas les ressources, les compétences et l'expertise nécessaires pour procéder unilatéralement à l'application extraterritoriale de leurs règles, même si le droit de la concurrence était en substance le même, dans certaines régions, en particulier celles qui comptent des pays plus petits et moins développés, les lois seraient sous-appliquées. Deuxièmement, les procédures extraterritoriales sont plus susceptibles que les procédures strictement nationales d'être influencées par des considérations d'ordre politique non liées à la concurrence.

B. Accord multilatéral contraignant sur la concurrence

17. Le débat sur l'opportunité d'élaborer un accord multilatéral sur le droit de la concurrence a commencé dès l'adoption de la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce en 1948. Première tentative d'envergure faite pour créer un cadre multilatéral sur le commerce et la concurrence, la Charte de La Havane prévoyait de limiter les pratiques commerciales restrictives et d'interdire les ententes horizontales et verticales par les monopoles. Toutefois, en raison de la résistance opposée par de nombreux pays, dont les États-Unis et beaucoup de pays en développement, cette Charte n'est jamais entrée en vigueur.

18. Au début des années 90, l'Union européenne (UE) a remis sur le tapis le sujet d'un accord multilatéral contraignant sur la concurrence dans le contexte de l'effet de cette concurrence sur le commerce international. Elle s'est efforcée d'introduire le sujet dans les

négociations du Cycle d'Uruguay de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

19. Ces efforts sont restés infructueux, mais le vif intérêt suscité par la recherche de normes multilatérales relatives à l'application du droit de la concurrence a abouti, en 1996, à l'élaboration d'un mandat chargeant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) d'étudier les pratiques anticoncurrentielles et leur interaction avec les politiques commerciales. Toutefois, le droit de la concurrence ne figurait pas à l'ordre du jour de la cinquième Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Cancún en 2003.

20. D'aucuns imputent le faible écho de l'initiative aux fortes disparités dans le développement des régimes de la concurrence. Les États-Unis notaient ceci: «La moitié des autorités antitrust du monde existant depuis à peine dix ans et les principes d'application des règles antitrust variant sensiblement entre elles, nous estimons qu'aller à marche forcée vers l'uniformisation aura pour seul effet de réduire l'application de ces règles au plus petit commun dénominateur.»³

21. Sept ans plus tard, malgré les outils de coopération qui sont utilisés, ces différences restent à maints égards bien réelles, bien qu'un peu moins marquées. De nombreux pays n'ont toujours pas de droit de la concurrence ou commencent tout juste son élaboration. Une autre question qui continue de préoccuper les pays en développement tient aux lourdeurs que peut entraîner l'application d'accords relatifs à la concurrence.

22. Si la concurrence, en tant que telle, ne fait pas partie du programme de l'OMC, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) contiennent des dispositions qui traitent de certaines pratiques anticoncurrentielles. L'AGCS, par exemple, contient une disposition relative aux monopoles et fournisseurs exclusifs de services et prévoit des consultations entre États membres en vue d'éliminer les pratiques commerciales qui limitent la concurrence et restreignent ainsi le commerce des services. L'Accord sur les ADPIC reconnaît que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences peuvent être anticoncurrentielles et prévoit la possibilité pour les gouvernements d'adopter des mesures contre ces pratiques qui constituent un usage abusif des droits de propriété intellectuelle.

C. Coopération bilatérale

23. L'un des premiers accords bilatéraux de coopération pour l'application du droit de la concurrence a été conclu entre les États-Unis et la République fédérale d'Allemagne en 1976. Aujourd'hui, de nombreux pays ont négocié des accords bilatéraux qui suivent les principes de la courtoisie active et de la coopération énoncés par l'OCDE. En général, la coopération intervient lorsque l'une des parties constate que ses mesures d'application du droit de la concurrence risquent d'avoir des répercussions sur les intérêts de l'autre partie. Les parties conviennent aussi, habituellement, d'échanger les informations, de coordonner leurs mesures et de prendre en considération les intérêts importants de l'autre partie dans leurs activités d'application du droit de la concurrence. Tous les accords de ce type contiennent également des dispositions concernant les restrictions relatives à l'échange d'informations confidentielles, auxquelles il peut être dérogé sous réserve de l'autorisation des entreprises visées.

24. Les accords bilatéraux de deuxième génération, qui autorisent l'échange d'informations confidentielles, sont apparus plus tard. Ainsi, l'accord conclu entre les

³ American Bar Association, Administrative Law Section, réunion d'automne, 2004.

États-Unis et l'Australie sur l'application mutuelle de la législation antitrust prévoit une entraide importante entre les deux pays, fondée sur la divulgation, l'échange et l'examen des informations recueillies ainsi que sur les témoignages, les perquisitions et les saisies.

25. Un autre exemple est l'accord conclu entre l'Institut national péruvien de défense de la concurrence et de protection des droits de propriété intellectuelle (INDECOPI) et la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) de Colombie, qui autorise l'échange d'informations confidentielles mais impose aux deux institutions le respect de la confidentialité de l'information échangée et son utilisation aux seules fins de l'application du droit de la concurrence. Il est interdit aux deux institutions, qui sont responsables l'une devant l'autre de l'utilisation abusive des données, de divulguer ou de diffuser la moindre information à des tiers.

26. Les protocoles d'accord non contraignants sont aussi de plus en plus courants et s'appliquent généralement lorsque le commerce entre les États parties est touché. La Turquie, par exemple, a conclu huit protocoles d'accord qui reposent sur le consentement mutuel, la volonté et la détermination des parties. Ils visent à encourager la coopération à travers l'échange d'informations non confidentielles et la tenue de réunions. Pour l'autorité turque de la concurrence, l'intérêt des protocoles d'accord réside dans la souplesse que leur confère leur nature non contraignante mais néanmoins formelle.

27. Les pays intègrent aussi des dispositions relatives à la coopération pour l'application du droit de la concurrence dans les accords de libre-échange. L'UE a exprimé sa volonté d'intégrer des dispositions plus contraignantes en la matière dans la prochaine génération d'accords de libre-échange actuellement en négociation et donne en exemple l'accord conclu avec la Corée en 2009. Dans le cadre d'un protocole sur le commerce conclu avec le Zimbabwe voisin, la Zambie a aussi prévu l'échange d'informations dans les affaires de concurrence, ce qui a débouché sur une importante coopération. De même, la coopération entre pays s'organise souvent à travers des accords d'entraide judiciaire, comme celui qui lie les États-Unis et le Canada et qui prévoit l'échange d'informations dans les enquêtes pénales sur les affaires antitrust.

28. Dans l'ensemble, les autorités de la concurrence apprécient les accords bilatéraux en tant qu'outil de coopération visant à réglementer les comportements anticoncurrentiels au niveau international; elles les jugent utiles pour éviter les redondances en matière d'enquête et de mesures d'exécution et pour s'assurer que c'est à la partie la plus concernée qu'il incombe au premier chef d'intervenir face à un comportement concurrentiel touchant les deux parties.

29. Certains pays en développement ont noté que les dispositions en matière de coopération technique figurant dans les accords bilatéraux leur avaient été particulièrement utiles. La Commission indonésienne de surveillance de la concurrence a indiqué que, dans le cadre de la coopération économique bilatérale avec le Japon, elle avait conclu un accord bilatéral avec la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et qu'au titre de la disposition sur l'assistance technique, un nouveau programme de renforcement des capacités d'une durée de trois ans avait été lancé.

30. Malgré ces avantages, les accords bilatéraux ne suffisent pas à résoudre les problèmes de réglementation des activités internationales anticoncurrentielles impliquant plusieurs juridictions. Une limite évidente tient au fait qu'ils ne lient que les deux parties signataires et, même si leur multiplication peut se révéler utile, il peut arriver qu'ils ne permettent pas de s'attaquer comme il le faudrait aux effets internationaux de certains comportements anticoncurrentiels.

31. Le fait que la plupart des accords se limitent à l'échange d'informations non confidentielles peut être un inconvénient majeur: si l'information confidentielle se trouvant dans une juridiction étrangère est décisive, une telle restriction peut avoir un effet

perturbateur. Certaines autorités de la concurrence ont signalé cette question comme devant être approfondie, mais elles ont aussi souligné que le domaine des informations non confidentielles était large; en fait, l'impossibilité d'échanger des informations confidentielles n'invalide pas la coopération.

32. Par ailleurs, la plupart des accords bilatéraux sont conclus entre pays développés. Cela s'explique notamment par le fait que ceux-ci se concentrent sur les pays dont les activités commerciales sont susceptibles d'avoir un impact sur leurs marchés, ce qui est plus rarement le cas des entreprises de pays de moindre importance économique. Les disparités dans l'état d'avancement des régimes de concurrence jouent aussi souvent un rôle tant dans le contenu que dans l'application effective des accords bilatéraux. Ainsi, la Commission indonésienne de surveillance de la concurrence a indiqué que la négociation de l'accord bilatéral avec la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales avait été longue et délicate et qu'il avait fallu en limiter les termes pour que l'application conjointe du droit de la concurrence n'occupe pas une place centrale, compte tenu de l'écart de développement entre les deux pays.

33. Ces disparités montrent que les pays les plus avancés et les plus riches en ressources et en expérience sont ceux qui tirent le mieux parti du renforcement de la coopération, les pays moins avancés y trouvant d'autres avantages, tels que l'échange d'informations non confidentielles et la coopération technique.

D. Accords régionaux/communautaires

34. Une autre approche adoptée pour lutter contre les effets des activités anticoncurrentielles internationales a été pour les pays d'une même région d'unir leurs efforts en matière de réglementation. Cela permet d'appliquer le droit de la concurrence d'une manière plus efficace et plus efficiente aux comportements qui touchent plusieurs pays d'une région. Plus précisément, les accords régionaux relatifs à l'application du droit de la concurrence sont souvent considérés comme s'intégrant bien dans les programmes de coopération économique entre pays et comme constituant un bon complément aux politiques commerciales.

35. Aujourd'hui, un certain nombre d'accords régionaux comportent des dispositions relatives à la concurrence. Tous ne connaissent pas le même degré de réussite. Un accord qui fonctionne bien est celui de l'Union européenne et son Réseau européen de la concurrence. Créé en 2004, ce réseau est constitué des autorités de la concurrence des États membres de l'UE, qui coopèrent pour l'application de ses règles de concurrence.

36. Les règles de concurrence applicables dans l'UE contiennent des dispositions détaillées sur la coopération qui contraignent les États à un niveau minimum de coopération mais laisse une certaine marge de manœuvre à leurs autorités qui peuvent faire appel à d'autres formes de coopération. En vertu de ces règles, les membres du Réseau européen de la concurrence échangent des informations, même confidentielles, aux fins de l'application des règles de concurrence de la Commission européenne. Il existe, en outre, des règles très précises en matière de notification, d'assistance dans le cadre des enquêtes et d'utilisation des informations échangées.

37. Le Réseau européen de la concurrence est un système complexe qui n'est pas sans faiblesses. Par exemple, des différences entre les règles de fond et les règles de procédure appliquées par des États membres de l'UE relativement proches persistent, notamment en ce qui concerne les sanctions et l'existence de programmes de clémence.

38. Les pays nordiques – Danemark, Islande, Norvège et Suède – ont aussi conclu un accord de coopération pour l'application du droit de la concurrence, selon lequel la partie qui constate que ses mesures d'exécution sont susceptibles d'affecter des intérêts

importants de l'autre partie doit en informer cette dernière. L'échange d'informations confidentielles est autorisé, à condition qu'elles soient traitées d'une manière confidentielle par l'État qui les reçoit, qu'elles ne soient utilisées qu'aux fins de l'application du droit de la concurrence et qu'elles ne soient pas communiquées à un tiers sans le consentement exprès de l'État d'origine.

39. La Communauté d'États indépendants, composée d'anciennes républiques soviétiques, est une autre organisation régionale qui s'est montrée active dans la coopération pour l'application du droit de la concurrence. Le Conseil inter-États de la politique de lutte contre les monopoles est la structure qui réunit les autorités des États membres de la CEI spécialisées dans ce domaine. Récemment, le Conseil inter-États a renforcé la coopération entre ses membres en les invitant à mener une série d'enquêtes conjointes sur les marchés de la région. Les autorités participantes ont dû coordonner leurs activités pour déterminer le champ d'application des enquêtes, réunir les informations et procéder à des inspections simultanées.

40. Parmi les autres accords régionaux, on peut citer: l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), la Communauté des Caraïbes, le Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), le Marché commun du Sud (MERCOSUR), la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), le Groupe andin, le Secrétariat permanent du Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale, l'Union douanière d'Afrique australe et l'Union économique et monétaire ouest-africaine. Ils n'ont toutefois pas connu le même succès en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, en raison de leur cohésion politique et de leurs ressources, plus faibles que celles du groupe régional de l'UE.

41. Certains de ces groupes régionaux ont néanmoins fait des progrès encourageants qui laissent penser que le degré de cohésion va aller en s'améliorant dans les années qui viennent. Par exemple, en 2010, l'ASEAN a adopté des lignes directrices régionales sur la politique de la concurrence et a publié le *Handbook on Competition Policy and Law in ASEAN for Businesses*. En 2009, la COMESA a créé une commission régionale de la concurrence pour promouvoir la concurrence équitable au sein du marché commun qu'elle constitue.

42. La SADC demande, pour sa part, à ses États membres de s'engager à coopérer sur des affaires spécifiques dans une mesure compatible avec leurs lois, leurs règlements et leurs intérêts importants afin de faire échec aux ententes injustifiables, aux abus de position dominante, aux fusions non concurrentielles et aux comportements unilatéraux. La déclaration de la SADC insiste aussi sur la nécessité d'«adopter formellement un mécanisme de coopération entre régimes nationaux, qui puisse tirer parti des efforts collectifs des autorités nationales compétentes et renforcer les mesures d'exécution nationales face aux problèmes qui touchent plus d'un pays»⁴.

43. Le succès du Réseau européen de la concurrence peut être une source d'inspiration pour les autres groupes régionaux. Toutefois, il montre aussi que l'harmonisation des règles de fond est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour réduire la charge et l'incertitude réglementaires. Le détail des règles de procédure et des structures juridiques nationales joue également un rôle important.

⁴ Déclaration de la SADC sur la coopération régionale en ce qui concerne les politiques de concurrence et de protection des consommateurs.

Brasseurs africains: utilité de la coopération régionale

En 2001, SABMiller, deuxième brasseur du monde, et Castel, groupe français spécialisé dans les boissons, ont formé une alliance continentale qui a permis aux deux entreprises de protéger leurs zones d'influence en Afrique. SABMiller a pris une participation de 20 % dans la division «bière» de Castel qui a pris une part de 38 % dans SABI Africa, filiale de SABMiller. Dans le cadre de cette alliance, Castel distribuait les marques de SABMiller dans une quinzaine de pays d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale où il occupait une position dominante, SABMiller faisant de même avec les marques de Castel dans les pays d'Afrique australe et d'Afrique de l'Est (à l'exception de l'Afrique du Sud) où lui-même dominait le marché.

Grâce à cet accord de partage du marché, SABMiller et Castel se sont assurés qu'ils n'entreraient pas en concurrence, portant atteinte à la liberté de choix et aux intérêts des consommateurs. Interrogé sur le point de savoir si cet accord créait des monopoles nationaux, le chef du Département de la communication de SABMiller a répondu: «Cet accord nous a permis de nous développer. Il existe peut-être des lois antitrust au niveau national, mais aucune au niveau du continent. Je ne vois pas quel est le problème.».

Ce cas montre que des entreprises multinationales, qu'elles soient originaires de pays développés ou de pays en développement, concluent des accords manifestement destinés à réduire la concurrence entre elles, ce qui suppose souvent le recours à des pratiques internationales qui vont à l'encontre du droit de la concurrence de leur pays d'origine. Un droit régional de la concurrence efficace, applicable à tous les pays africains, serait très utile pour s'opposer à des accords comme celui conclu entre SABMiller et Castel. À défaut, une coopération internationale plus étroite fondée sur les principes de courtoisie donnerait aux autorités nationales de la concurrence des moyens renforcés pour recueillir des informations, enquêter d'une manière efficace et empêcher ce type d'alliance.

E. Droit souple, réseaux informels, coopération et accords informels

44. La forme de coopération la plus employée peut-être actuellement en matière de concurrence associe des principes juridiques souples et des activités de coopération informelles. À titre d'exemple, l'UE indique que l'existence d'un accord de coopération officiel n'est pas un préalable pour pouvoir coopérer, et que l'absence d'un tel accord ne signifie pas pour autant que les autorités ne sont pas informées du cours des événements dans d'autres juridictions.

1. Principes directeurs de l'OCDE

45. L'OCDE est à l'origine de ce que l'on peut sans doute considérer comme le premier ensemble important d'instruments juridiques souples pour la coopération. Comme dit précédemment, ces principes ont influencé la mise au point et le contenu de la plupart des accords bilatéraux (voir par. 24).

46. Le nombre restreint de membres de l'OCDE a eu pour conséquence dans un premier temps de limiter l'influence de ces principes dans le reste du monde. Pour tenter de combler ce décalage, l'OCDE a créé le Forum mondial sur la concurrence en 2001 pour offrir un cadre au dialogue sur les politiques entre pays membres et non membres de l'OCDE.

47. La réticence à échanger des renseignements confidentiels est souvent perçue comme un obstacle majeur à la coopération, d'après les réponses au questionnaire utilisé dans l'élaboration du présent rapport. Au sujet de l'échange de renseignements confidentiels, il peut être utile de se reporter aux meilleures pratiques définies par l'OCDE en 2005

concernant les échanges de renseignements entre autorités chargées de la concurrence dans le cadre des enquêtes sur les ententes injustifiables. Dans ces recommandations, les pays membres sont invités à faire généralement leur possible pour appuyer les échanges de renseignements efficacement et rapidement afin d'éviter des contraintes excessives aux autorités chargées de la concurrence. Toutefois, le principe de la souveraineté des États est pleinement reconnu, et la décision de donner suite ou non à une demande de renseignements est laissée à la discrétion du pays sollicité. Les bonnes pratiques conseillées dans ces recommandations en matière d'échange de renseignements sont notamment les suivantes:

- Des garanties appropriées concernant la protection de la confidentialité des renseignements échangés doivent être fournies aussi bien par les pays demandeurs que par les pays sollicités;
- Des garanties doivent être instaurées sous la forme de programmes d'amnistie ou de clémence et de dispositions pour protéger les intérêts des informateurs et le secret professionnel;
- Les pays doivent garantir autant que possible la transparence en rendant accessibles au public les textes législatifs et réglementaires applicables aux échanges de renseignements.

2. Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence

48. La CNUCED étant un organisme à composition non limitée, l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives («l'Ensemble de principes et de règles»), négocié sous ses auspices, est le seul instrument de cette nature qui ait été adopté au niveau multilatéral. Comme les recommandations de l'OCDE, l'Ensemble de principes et de règles donne à la coopération un rôle prioritaire pour parvenir au contrôle effectif des pratiques anticoncurrentielles qui pèsent sur le commerce international. Outre des dispositions ayant trait à la coopération au moyen des notifications, des échanges de renseignements, de l'assistance dans le cadre des enquêtes et d'autres modalités analogues, l'Ensemble de principes et de règles rappelle la nécessité pour les pays développés de tenir compte des besoins de développement, des besoins financiers et des besoins commerciaux des pays en développement, en particulier les moins avancés d'entre eux (art. C).

49. Dans son article F, l'Ensemble de principes et de règles prévoit de mettre à disposition les services de la CNUCED pour servir de cadre à des consultations sur la coopération en matière de concurrence, en particulier lorsqu'un pays en développement est concerné. Il invite les États à prendre pleinement en considération les demandes sollicitant la tenue de consultations dans le cadre de la CNUCED. Cette disposition n'a pas été utilisée jusqu'à maintenant. Néanmoins, lors de la sixième Conférence de révision de l'Ensemble de principes et de règles, qui s'est tenue récemment à la CNUCED, les représentants ont commenté les avantages de l'article F et estimé que ce serait une option intéressante dans le répertoire d'outils de coopération dont dispose la communauté internationale dans le domaine de la concurrence.

50. L'article G prévoit que la CNUCED organise des réunions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts afin de permettre des discussions et des échanges de vues entre États sur les questions concernant l'Ensemble, et réalise et diffuse périodiquement des études et des travaux de recherche sur les pratiques commerciales restrictives. En outre, la CNUCED organise des conférences de révision tous les cinq ans afin de réexaminer l'Ensemble de principes et de règles et d'étudier des propositions visant à l'améliorer et à l'étoffer. La CNUCED réalise aussi un nombre significatif d'activités de renforcement des

capacités et d'assistance technique à l'intention des autorités de la concurrence des pays en développement.

3. Comité consultatif des États-Unis sur les questions internationales de concurrence

51. La dernière Conférence de révision a marqué le trentième anniversaire de l'Ensemble de principes et de règles. La participation a été importante et nombre d'autorités de la concurrence et d'autres organisations internationales ont salué un cadre irremplaçable pour l'échange d'expériences. En 1997, l'Attorney général des États-Unis a créé le Comité consultatif sur les questions internationales de concurrence qui a notamment pour rôle d'examiner les questions et les problèmes liés à l'examen des affaires de fusions par des juridictions multiples. Le rapport publié par le Comité consultatif contient de nombreuses recommandations concernant l'élimination des coûts de transaction inutiles qui peuvent être imposés aux entreprises lorsqu'une affaire est examinée par des juridictions multiples⁵.

4. Le Réseau international de la concurrence

52. Le Réseau international de la concurrence est un réseau informel constitué de 112 organismes de concurrence du monde entier qui s'occupe de questions concrètes liées à l'application des règles de concurrence et aux politiques de concurrence. De concert avec des consultants non gouvernementaux issus de groupements d'entreprises et de consommateurs, des universitaires, des juristes et des économistes, le Réseau produit des projets fondés sur le consensus visant à renforcer la convergence et la coopération internationales.

53. Le nombre croissant de membres du Réseau international de la concurrence donne à penser que son action est jugée utile par les autorités de concurrence. Il a réalisé un ensemble de travaux importants, parmi lesquels des recommandations sur les pratiques, des manuels sur le traitement des affaires et l'application des règles, des rapports et des modèles de lois et de règlements pour différents pays. Comme pour la CNUCED, la participation au Réseau international de la concurrence n'est pas limitée; il organise régulièrement des réunions et des ateliers offrant un cadre supplémentaire pour l'échange d'expériences et de pratiques de référence.

5. Activités d'assistance technique et de renforcement des capacités

54. Chacun des organismes précités mène des activités d'assistance technique et de renforcement des capacités en faveur des pays en développement pour les aider à développer leurs organismes chargés du droit de la concurrence. Ces activités de renforcement des capacités, d'assistance technique et plus généralement de formation et de conseil sur les politiques sont offertes d'État à État. Elles sont particulièrement importantes pour les pays en développement et les autorités de la concurrence de création récente qui bénéficient d'un conseil et d'un appui pour la mise en place de l'institution chargée de la concurrence, depuis l'élaboration du cadre législatif et des principes généraux jusqu'à une assistance dans le domaine de l'application des règles. Ces expériences peuvent déboucher par la suite sur une coopération.

6. Limites du droit souple et de la coopération informelle

55. La limite évidente du droit souple et de la coopération informelle tient au fait qu'ils reposent sur la bonne volonté. On peut aussi y voir un avantage en ce sens qu'une certaine souplesse est ainsi ménagée, ce qui est attrayant pour les États qui n'ont pas tous les mêmes

⁵ Voir <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> (rapport de la Commission).

priorités ni les mêmes objectifs politiques. Avec l'essor du droit et des politiques de la concurrence, la méfiance des premières années a fait place à une participation active de la plupart des États qui y sont désormais résolument favorables. L'ampleur de la participation à la dernière Conférence de révision de la CNUCED témoigne de la place importante du droit et des politiques de la concurrence parmi les priorités internationales. Ainsi, le problème de l'absence de contrainte n'est pas aussi grave qu'il n'aurait été il y a seulement vingt ans où l'adhésion aux valeurs de la concurrence était beaucoup moins répandue.

II. Coopération liée à des affaires précises: ententes et fusions

A. Ententes

56. Les ententes injustifiables consistent à passer des accords entre concurrents pour s'entendre sur les prix, se partager les consommateurs ou les marchés et restreindre la production. Les ententes sont considérées comme le «mal suprême» en matière de lutte antitrust et, pratiquées à l'échelle internationale, ont des effets de grande ampleur. Des études ont montré que les conséquences des ententes internationales pour les pays en développement sont particulièrement significatives. Par exemple, il a été estimé que les effets connus des ententes internationales ont pour la seule année 1997 une valeur de 51,1 milliards de dollars, soit davantage que le montant de 39,4 milliards de dollars versé aux pays en développement au titre de l'aide extérieure cette même année⁶.

57. Pour ce qui est des ententes internationales en particulier, la coopération interorganismes peut présenter un certain nombre d'avantages. En premier lieu, un organisme peut avertir un autre organisme de l'existence d'une entente dans sa juridiction. En deuxième lieu, un organisme peut retarder la collecte d'informations pour éviter d'alerter les parties à l'entente et de leur laisser le temps de détruire des preuves avant qu'un deuxième organisme puisse agir. En troisième lieu, comme souligné plus haut, la coopération peut permettre un échange de renseignements plus efficace et efficient, et permet aux organismes compétents d'avoir accès à des éléments se trouvant hors de leur territoire. Enfin, la coopération interorganismes permet un déroulement plus ordonné des enquêtes car elle incite à planifier une stratégie commune.

58. Grâce aux orientations produites par son groupe de travail sur les ententes, notamment dans son manuel des pratiques en matière de lutte anticartel (*Anti-Cartel Enforcement Manual*), le Réseau international de la concurrence favorise indirectement la convergence sur le plan de la procédure et sur le fond, ce qui autorise un cadre international de la concurrence plus propice à la coopération⁷. Le rapport de cette instance sur la coopération entre organismes de la concurrence dans les enquêtes sur les ententes donne quelques explications sur les pratiques de coopération précises, indiquées ci-après, qui interviennent aux différentes étapes de l'enquête, d'après les renseignements fournis par ses États membres.

⁶ Voir Levenstein et Suslow, 2004, «Contemporary International Cartels and Developing Countries Economic Effects and Implications for Competition Policy», *Antitrust Law Journal*, vol. 71, p. 801.

⁷ Le manuel des pratiques en matière de lutte anticartel du Réseau international de la concurrence disponible à l'adresse <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>.

1. Étape précédant l'enquête:

- Échange de pistes et de renseignements de fond concernant le secteur et les acteurs considérés;
- Notification des mesures d'enquête initiales, ce qui peut faciliter les demandes ultérieures d'assistance dans le cadre de l'enquête;
- Recherches, perquisitions ou inspections et entretiens coordonnés.

2. Étape de l'enquête proprement dite:

- Échange de renseignements relatifs à l'état de la procédure;
- Évaluation ou examen communs du fond de l'affaire;
- Coordination dans l'obtention de documents de la part des entreprises lorsque des documents se trouvent en la possession de filiales étrangères.

3. Étape consécutive à l'enquête/des mesures correctives:

- Coordination avec d'autres organismes pour l'ouverture de poursuites;
- Notification aux organismes étrangers des plaidoyers de culpabilité et des condamnations d'entreprises étrangères;
- Adoption de décisions dans les affaires qui font aussi l'objet d'une enquête dans d'autres juridictions.

59. Le présent chapitre tente de dégager, à partir de certaines affaires et d'expériences nationales, les méthodes précises de coopération internationale utilisées en matière de répression des ententes, et de décrire les problèmes qui restent à résoudre.

B. Coopération dans des affaires précises

60. On a assisté ces dix dernières années à un développement de la coopération en matière de répression des ententes internationales dans un certain nombre d'affaires. La CE, par exemple, coopère avec d'autres organismes dans près de 31 % des enquêtes sur les ententes. Un certain nombre de caractéristiques empêchent toutefois la coopération dans ce domaine de fonctionner de manière optimale. Les affaires ci-après ont notamment donné lieu à des enquêtes internationales à l'issue desquelles des mesures coordonnées sur le plan international ont été prises.

1. Entente des producteurs de vitamines: 1990-1999

61. Pendant une grande partie des années 90, certains des principaux producteurs mondiaux de vitamines, parmi lesquels Hoffman-La Roche AG, BASF AG, Aventis S.A., Merck KgA et Solvay Pharmaceuticals se sont entendus pour se partager des marchés. Cette entente a consisté pour les producteurs à augmenter et fixer les prix et à se répartir des parts de marché pour certaines vitamines vendues dans le monde entier. Cela a éliminé la concurrence du marché avec pour conséquence que pendant la période considérée, les consommateurs ont payé des prix artificiellement plus élevés pour les vitamines A, B2, B5, C et E et le bêta-carotène.

62. Cette affaire a permis une véritable avancée du point de vue de l'action des autorités de la concurrence à l'extérieur des États-Unis. Au moins huit autres juridictions ont engagé officiellement des enquêtes antitrust pour entente illégale sur les prix, dont celles du Canada, de l'UE, de la Suisse, du Japon, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, du Brésil et du Mexique. Le Bureau canadien de la concurrence, en particulier, a pu tirer parti

d'accords de coopération anciens et de plusieurs années de coordination effective dans les affaires d'ententes avec le Département de la justice des États-Unis pour faire aboutir son enquête.

2. Écrans à cristaux liquides: 2001-2006

63. L'entente sur les écrans à cristaux liquides reposait sur une entente illégale sur les prix entre certains grands producteurs d'écrans plats, dont LG Display (République de Corée), Sharp (Japon) et Chunghwa Picture Tubes (province chinoise de Taiwan). Une enquête a été diligentée et des amendes ont été imposées aux parties à l'entente par les autorités de la concurrence de trois continents. L'enquête a mobilisé une action coordonnée de plusieurs organismes chargés de la concurrence en Europe, en Asie et en Amérique du Nord.

3. Câbles pétroliers sous-marins: 1986-2007

64. L'investigation et la condamnation de l'entente sur les câbles pétroliers sous-marins sont aussi le résultat d'une action concertée sur le plan international. Les autorités des États-Unis, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, de l'Union européenne, de la République de Corée et du Japon ont enquêté en commun sur cette affaire d'entente par trucage des offres, fixation concertée des prix et partage des marchés à l'échelle mondiale entre des cadres dirigeants d'un certain nombre d'entreprises produisant des câbles sous-marins destinés au transport du pétrole. Les autorités des États-Unis et de l'Union européenne ont mené des perquisitions simultanées dans plusieurs pays.

4. Entente des compagnies aériennes: 1999-2006

65. Pour en revenir à l'affaire mentionnée au début du présent document, la dernière enquête internationale de grande ampleur en date en matière d'ententes est celle menée dans l'affaire de l'entente des compagnies aériennes. Des enquêtes approfondies sont menées actuellement sur trois continents. Ici encore, la coordination a joué un grand rôle dans le succès des enquêtes, au même titre que la plus grande convergence technique et procédurale entre les cadres juridiques des juridictions concernées.

66. Les affaires précitées témoignent de l'existence d'une volonté commune de lutter contre les ententes internationales et de la mise en place de relations de coopération entre des autorités de la concurrence de tous les pays. Elles montrent aussi cependant qu'un certain nombre de facteurs doivent être encore améliorés: divergences de procédure et de fond entre les différents régimes, absence de garanties de confidentialité, manque d'uniformité dans la coopération entre les organismes, obstacles juridiques à la divulgation de données confidentielles, restrictions à l'admissibilité des preuves obtenues par la coopération et risque que les renseignements communiqués soient altérés ou compromis par l'autorité qui les communique, pour n'en citer que quelques-uns.

67. À titre d'exemple, dans l'affaire des producteurs de vitamines, les mesures de clémence accordées par les États-Unis et la CE ont empêché de communiquer à d'autres autorités des éléments essentiels obtenus des parties qui avaient sollicité la clémence pendant les enquêtes. Cela a posé un problème non négligeable aux enquêteurs brésiliens. Les autorités brésiliennes ont cependant pu tirer parti d'une coopération informelle étroite avec leurs homologues canadiennes, qui leur ont fourni des pistes précises sur l'orientation à donner à leurs investigations, ce qui montre l'efficacité des réseaux informels, même en l'absence d'accords de coopération officiels.

68. Le cas précédent met aussi en lumière les difficultés dans le domaine de la coopération en matière de respect de la concurrence lorsque les dispositions fondamentales sont différentes d'une juridiction à l'autre. À l'époque, le Brésil ne disposait pas d'un

programme de clémence et il n'a donc pas pu obtenir le même degré de coopération des parties à l'entente que d'autres pays.

69. Par ailleurs, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales considère son enquête dans l'affaire de l'entente des producteurs de vitamines comme un échec car elle n'a pas été en mesure de prendre des mesures légales rigoureuses ou d'imposer des amendes à cause de difficultés à obtenir des renseignements, et a dû s'en tenir à la publication d'un avis administratif à l'intention des entreprises concernées leur recommandant de s'abstenir de tels comportements à l'avenir. La Commission attribue cet échec en partie au fait qu'elle ne disposait pas d'un programme de clémence. Comme dans le cas du Brésil, cela a limité ses moyens d'obtenir des renseignements pour enquêter comme il convient sur l'entente – et montre incidemment le manque de coopération entre la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et les autorités des États-Unis et de l'UE, dans la mesure où il n'y a pas eu d'échange de renseignements.

70. Un autre point qui mérite d'être relevé dans l'affaire des producteurs de vitamines est qu'à l'exception du Brésil, du Mexique et de la Lituanie, il n'y a pas eu de poursuites en Europe centrale et orientale, en Asie, en Afrique ou en Amérique latine. Cet aspect n'a guère évolué en ce qui concerne les affaires plus récentes dont il est question plus haut. En 2001, des études de l'OCDE ont montré qu'il y a peu de coopération dans les affaires d'ententes entre les États qui sont membres de cette organisation et ceux qui ne le sont pas, ces derniers étant souvent bien évidemment des pays en développement. Les autorités antitrust des États-Unis ont indiqué dans leur réponse au questionnaire que les demandes de coopération ou d'assistance dans des affaires précises restent exceptionnellement rares de la part de pays en développement, en dépit des renseignements librement accessibles figurant sur les sites Web de l'organisme sur les personnes à contacter au Département de la justice.

71. Plusieurs raisons ont été avancées par le passé pour expliquer ce manque de coopération de la part des pays en développement, notamment le caractère relativement récent des autorités de la concurrence dans ces pays, l'absence d'attention particulière accordée aux activités relevant d'une entente et le peu de relations bilatérales ou multilatérales avec d'autres juridictions. En outre, pour les pays en développement, la coopération est susceptible de compliquer davantage la situation déjà fort complexe en soi qu'ils ont à gérer en enquêtant sur des ententes. La recherche de renseignements concernant les exigences juridiques de chaque pays est une tâche ardue et coûteuse et qui l'est d'autant plus pour des pays qui ne disposent pas de solides structures administratives.

72. Quelles que soient ces raisons, elles n'enlèvent rien au constat que des ententes internationales comme celle des producteurs de vitamines infligent des dommages plus grands – sous la forme de prix excessifs – aux pays qui ne disposent pas de régimes opérants pour faire appliquer les règles de concurrence (voir l'encadré 1 pour un exemple révélateur de cet état de choses). À la dernière réunion du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, il a été estimé qu'un moyen de contourner les difficultés et le surcoût supportés par les pays inexpérimentés et les pays en développement dans les enquêtes sur les ententes internationales consisterait pour eux à les faire prendre en charge par les autorités de pays plus expérimentés quand celles-ci enquêtent sur les mêmes affaires.

5. Coopération et mesures de clémence

73. Les mesures de clémence ou d'amnistie dans le contexte des enquêtes sur les ententes sont une pratique consistant à accepter une réduction ou une annulation des peines et des amendes résultant d'une enquête aux parties qui ont d'abord porté l'entente à l'attention de l'organisme de concurrence et coopèrent pleinement par la suite. Comme cela est apparu dans l'affaire des producteurs de vitamines et d'autres affaires, les mesures de clémence sont un outil efficace pour détecter les ententes, incitent les parties qui sollicitent

la clémence à coopérer davantage et permettent un meilleur accès à des renseignements importants.

74. Les résumés donnés plus haut concernant certaines affaires permettent de penser que la coordination et la coopération plus grandes entre organismes compétents ont aussi eu pour effet de faire converger les programmes de clémence. Bon nombre de pays du monde entier se sont inspirés du modèle des États-Unis pour établir de tels programmes. Par exemple, le Japon, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Allemagne, l'Irlande, la République de Corée et le Royaume-Uni ont ainsi annoncé au cours des dernières années de nouveaux programmes de clémence ou une révision des programmes existants et sont imités par bon nombre de pays à l'heure actuelle. Cette évolution constitue peut-être l'un des principaux facteurs qui incitent les organismes concernés à développer leur coopération, en particulier lorsque des dérogations de confidentialité sont applicables aux parties qui sollicitent la clémence.

75. Le caractère international de bon nombre d'ententes à l'heure actuelle signifie cependant qu'un manque de cohérence dans les termes des programmes de clémence d'une juridiction à l'autre peut dissuader des parties candidates de se manifester. Hansen⁸ souligne les difficultés diverses rencontrées par ces parties qui peuvent les dissuader de coopérer et également entraver la coopération entre autorités de la concurrence, notamment:

- Le décalage dans le temps entre les phases des enquêtes;
- L'application de critères différents selon que l'on sollicite un «marqueur», la clémence ou l'immunité;
- Les différences dans la portée des poursuites et donc dans celle des mesures de clémence et d'immunité;
- Les fuites de juridictions accordant la clémence vers des juridictions ne l'accordant pas;
- Le risque que des éléments de preuve fuient vers des tierces parties, notamment les plaignants;
- Les difficultés à concilier les exigences imposées aux témoins;
- L'inaptitude à se conformer à des critères stricts de confidentialité dans les régimes de clémence (celui de l'UE notamment);
- Les contraintes juridiques nationales s'imposant aux autorités.

76. Des efforts pour promouvoir la possibilité de présenter des demandes de clémence à des autorités multiples et obtenir des parties concernées des dérogations permettant aux différentes autorités de comparer les renseignements figurant dans les demandes peuvent aider dans une certaine mesure à résoudre ces problèmes. Cette solution est évidemment d'une utilité limitée en présence de différences fondamentales de culture juridique entre les différents régimes, notamment pour ce qui est des règles en matière de confidentialité et d'administration de la preuve.

C. Fusions

77. La multiplication des régimes de contrôle des fusions à travers le monde a permis d'améliorer la surveillance des activités de fusion et par là même de réduire la

⁸ Voir l'exposé donné par Hansen au Centre des expositions de Tokyo en 2010: <http://www.lw.com/upload/attorneyBios/upload/docs/doc112.pdf>.

concentration des marchés lorsque celle-ci risque de porter atteinte au bon fonctionnement de l'économie et aux intérêts des consommateurs. En l'absence de coopération entre les autorités de concurrence, cette situation peut présenter cependant des inconvénients non négligeables. Du point de vue des entreprises, cela signifie un surcroît de complexité et d'incertitude juridique dans le processus d'agrément des fusions et des coûts plus élevés. Cela vaut particulièrement pour le cas où des notifications multiples de fusion adressées à diverses juridictions ne suscitent pas la même réaction et ne sont pas examinées de la même manière – ou n'obtiennent pas la même décision finale – et interviennent à des moments différents. Du point de vue des autorités de concurrence, une même opération peut produire des décisions incohérentes ou contradictoires: l'importance de la coopération dans la réglementation des fusions transfrontières a été soulignée au même titre par les pays développés et les pays en développement⁹.

78. Il est désormais plus courant qu'une coopération intervienne rapidement dans l'examen des fusions internationales centrées sur les États-Unis et l'Union européenne. C'est encore le Réseau international de la concurrence qui a favorisé cette convergence par les activités de son groupe de travail sur les fusions¹⁰. Parisi¹¹ (Département de la justice des États-Unis) donne des indications sur le type d'activités de coopération qui interviennent entre les autorités des États-Unis et la CE dans l'examen des demandes d'autorisation de fusion qui ont des incidences sur les marchés des deux juridictions. Ses observations font ressortir les points intéressants ci-après.

1. Étape précédant la notification

79. En règle générale, les autorités des États-Unis et de l'UE entrent en contact au sujet de projets de fusion sur la base d'informations parues dans la presse pour se prévenir mutuellement d'une éventuelle procédure d'examen de manière à pouvoir déterminer dans quelle mesure la procédure est de leur ressort. Une fois entré en relation avec les parties à la fusion, le personnel de l'autorité s'enquiert généralement des notifications éventuelles effectuées dans d'autres juridictions et invite les parties à envisager des procédures coordonnées, lesquelles supposent de renoncer à la confidentialité.

2. Étape de l'enquête

80. Une fois engagée l'enquête concernant une fusion susceptible de porter atteinte à des intérêts à l'étranger, l'autorité compétente des États-Unis informe officiellement les gouvernements de la partie ou des parties concernées, en application des recommandations de l'OCDE ou de tout accord bilatéral en vigueur. Une fois la communication établie entre les autorités, une priorité immédiate consiste à fixer le calendrier. Des règles de procédure divergentes peuvent rendre cela difficile. À titre d'exemple, les règles de l'UE en matière de fusions prévoient l'établissement d'un calendrier à partir d'une notification, tandis que les règles de procédure des États-Unis permettent un calendrier indéfini à partir du moment où une deuxième demande est publiée.

⁹ Voir par exemple les contributions des pays à la table ronde sur le *Contrôle des fusions transnationales: Défis à relever pour les pays en développement et les économies émergentes* lors du dixième Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (2011). http://www.oecd.org/document/52/0,3746,en_2649_37463_46076788_1_1_1_37463,00,html.

¹⁰ Voir par exemple les pratiques recommandées par le Réseau international de la concurrence concernant les procédures de notification des fusions <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

¹¹ John Parisi, 2010, *Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities*, Commission fédérale du commerce des États-Unis.

81. Pour ce qui est de l'analyse technique, le personnel des deux autorités échange ses analyses afin de déterminer les marchés concernés, en se fondant sur des conclusions provisoires quant au périmètre de ces marchés plutôt que sur des éléments de preuve concrets. En pratique, la méthode de définition des marchés adoptée par les États-Unis et la CE est analogue. En ce qui concerne l'échange de renseignements, les recommandations, les accords bilatéraux et la pratique généralement admise prévoient que les autorités de la CE et des États-Unis peuvent échanger tout renseignement dont la divulgation n'est pas interdite par leur législation et font obligation à chaque autorité de préserver la confidentialité des renseignements reçus de l'autre autorité.

82. En ce qui concerne l'accord passé entre la CE et les États-Unis, les renseignements qui peuvent être échangés entre les deux autorités sont notamment les suivants:

- Renseignements auxquels le public a accès;
- Renseignements confidentiels, quand les parties qui les communiquent ont renoncé à la confidentialité;
- Renseignements confidentiels détenus par les autorités, comme le fait qu'une enquête a été ouverte, le calendrier de la procédure, la méthode d'analyse employée, y compris la détermination du marché concerné, l'évaluation des effets sur la concurrence et les mesures correctives éventuelles.

83. Les renseignements institutionnels sont différenciés des renseignements concernant les entreprises, qui peuvent notamment recouvrir les notifications préalables à la fusion, les réponses aux demandes adressées pendant l'enquête ou l'identité des plaignants ou des témoins.

3. Détermination des mesures correctives

84. Les organismes coopèrent et débattent et échangent des idées au sujet des recours. C'est particulièrement le cas lorsque les effets anticoncurrentiels s'étendent aux deux juridictions, afin d'éviter les litiges et de favoriser des mesures correctives qui soient satisfaisantes pour chacune. On observe une convergence notable au cours des deux dernières décennies entre les autorités des États-Unis et celles de l'Union européenne en ce qui concerne les méthodes utilisées pour analyser les fusions, les outils économiques et économétriques appliqués dans le cadre de l'analyse et l'application des mesures correctives.

D. Coopération pour des affaires précises

85. On trouvera ci-après quelques exemples de cette coopération.

1. WorldCom/MCI et MCI WorldCom/Sprint (1997)

86. Dans ces affaires, des enquêtes ont été menées simultanément par la CE et les États-Unis. La coopération dans ces deux affaires a consisté dans des contacts quotidiens et une coordination de la collecte de renseignements, des réunions communes, des négociations menées de concert avec les parties et des discussions concernant les mesures de recours possibles. Les dérogations acceptées par les parties ont été utiles dans ces affaires en permettant aux deux autorités de partager les résultats de leurs enquêtes respectives sur les marchés concernés, y compris les communications de tierces parties.

2. General Electric/Instrumentarium (2002)

87. Dans cette affaire, la CE et les États-Unis ont indiqué séparément que les marchés concernés étaient quelque peu différents. Ils ont décidé que la mesure corrective appropriée

porterait sur une filiale établie aux États-Unis. Pour fixer celle-ci, les États-Unis et la CE ont fait un effort de coordination pour éviter d'imposer des obligations incohérentes aux parties. Par exemple, le Département de la justice a modifié son décret sur le consentement pour établir clairement qu'il consulterait de bonne foi la CE pour la désignation d'un administrateur commun.

3. Alcan/Péchiney (2003)

88. Une coopération internationale a aussi été mobilisée dans cette affaire mais pas dans les mêmes proportions; le Département de la justice s'est entretenu de l'enquête aussi bien avec la Commission européenne qu'avec le Bureau canadien de la concurrence. Le Département de la justice et les autorités canadiennes ont mené des entretiens en commun avec plusieurs clients du fait que la partie acquéreuse (Alcan), certains consommateurs touchés (des constructeurs automobiles et des fabricants de pièces pour automobiles), et au moins un concurrent se trouvaient au Canada et du fait que les actifs qui devaient être cédés se trouvaient aux États-Unis. Les Canadiens se sont satisfaits de ce que la cession d'actifs ordonnée par les États-Unis serait aussi conforme à leurs propres intérêts.

4. Coopération dans le domaine des fusions entre pays hors UE et États-Unis

89. La coopération en matière de contrôle des fusions se développe désormais aussi pour des enquêtes où n'interviennent ni les autorités des États-Unis ni celles de l'UE. À titre d'exemple, les autorités zambiennes et zimbabwéennes de la concurrence se sont consultées entre elles et ont consulté les autorités australiennes dans le cadre de leur évaluation de la fusion entre Coca-Cola et Schweppes en 1998. En outre, les autorités zambiennes et zimbabwéennes ont eu des consultations approfondies pendant leur enquête sur la fusion entre Rothman's of Pall Mall et British American Tobacco (1999) afin d'arriver aux décisions appropriées, étant donné la proximité géographique et économique étroite de leurs deux pays.

E. Les problèmes qui subsistent

90. L'expérience de la coopération entre les États-Unis et la CE offre un exemple utile de la façon dont l'efficacité des enquêtes transfrontières peut être améliorée. La relation de coopération entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande constitue un autre exemple concluant de coopération bilatérale en matière de contrôle des fusions et de droit de la concurrence en général. Si les progrès de la coopération en matière de contrôle des fusions de ces vingt dernières années sont indéniables, il faut aller encore plus loin pour se prémunir contre les effets anticoncurrentiels des fusions, en particulier celles qui ont une dimension internationale. Les problèmes qui se posent en l'état actuel de la coopération en matière de fusions sont les suivants:

- Un manque de transparence du processus de coopération dans les affaires de fusions, dans la mesure où certains détails des communications et de la coopération entre autorités de la concurrence ne sont pas rendus publics. Ce problème inquiète particulièrement les entreprises et peut influencer sur leur volonté de coopérer;
- L'intérêt de personnes privées à coopérer et à communiquer des informations n'est pas garanti en raison des risques juridiques liés à d'éventuelles sanctions importantes, des divergences dans les règles de fond, des divergences de calendrier entre les enquêtes et des risques d'interprétation erronée de renseignements établis en prévision d'un autre système légal;
- Les enquêtes menées dans certaines affaires de fusions, notamment entre General Electric et Honeywell et entre Boeing et McDonnell Douglas, ont abouti à des

résultats divergents bien que les autorités des États-Unis et de l'UE aient coopéré étroitement;

- Enfin et pour rappel, le niveau de coopération dont peuvent disposer les États-Unis et la CE n'est pas encore accessible à la plupart des pays moins développés qui ne disposent pas de régimes de concurrence aussi avancés.

III. Conclusion et questions à approfondir

91. Il existe un large consensus à l'heure actuelle pour estimer que la coopération entre autorités de la concurrence est nécessaire, mais non suffisante pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels à l'échelle de l'économie mondiale. On a assisté à un accroissement important du nombre de régimes de concurrence partout dans le monde et la communication entre ces régimes a progressé. Un certain nombre d'outils, allant des accords en bonne et due forme aux conversations téléphoniques informelles, existent aujourd'hui pour permettre l'interaction et l'établissement de relations entre les organismes, et pour faciliter la coopération et une plus grande convergence. Ces outils de coopération font partie intégrante des processus de nombreux pays.

92. Il reste cependant du chemin à parcourir afin que les organismes de concurrence inexpérimentés, ou ceux de petits pays ou de pays en développement tirent avantage de la coopération. Bon nombre de ces organismes ne sont pas parties à des accords bilatéraux ou régionaux officiels efficaces, même si une coopération serait possible en se limitant simplement à des activités de formation communes et à la possibilité réciproque de commenter des projets de législation ou de principes directeurs. L'intérêt immédiat que peuvent avoir des juridictions plus expérimentées à conclure des accords bilatéraux avec leurs homologues de pays moins développés n'est peut-être pas très important, mais à plus long terme, l'harmonisation plus grande des politiques de concurrence résultant d'interactions répétées peut être bénéfique au développement économique des deux pays concernés.

IV. Questions à débattre

1. Comment les pays en développement peuvent-ils être incités à développer leur coopération?
2. Est-il réaliste d'envisager à court terme des règles convenues au niveau multilatéral en matière de concurrence?
3. Comment égaliser les chances entre les pays développés et les pays en développement pour ce qui est des avantages liés à la coopération dans le domaine de la concurrence?
4. Comment les accords régionaux peuvent-ils être utilisés à meilleur effet qu'ils ne le sont actuellement pour susciter davantage de coopération?
5. Les conditions de coopération dans le domaine du droit de la concurrence doivent-elles être prescrites dans des accords commerciaux bilatéraux?