



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

Distr. générale
26 avril 2013
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**

Treizième session

Genève, 8-12 juillet 2013

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux du droit
et de la politique de la concurrence, examen de la loi type sur la concurrence
et études relatives aux dispositions de l'Ensemble de principes et de règles**

**Modalités et procédures de coopération internationale dans
les affaires de concurrence qui concernent plus d'un pays**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Les responsables de la politique de la concurrence sont confrontés de plus en plus à la nécessité de faire respecter cette politique sur le plan intérieur et de faire face aux pratiques anticoncurrentielles transfrontières. La présente étude décrit les différents modèles de coopération et la mesure dans laquelle les accords de coopération permettent aux organismes chargés de la concurrence de mieux assurer l'application effective de la législation. L'étude examine les difficultés que soulève le respect du droit de la concurrence aux échelons régional et international et décrit la manière dont différents pays pratiquent la coopération en matière de politique de la concurrence et les conséquences pour une meilleure coopération bilatérale, régionale et internationale. L'étude appelle l'attention du lecteur sur les défis auxquels sont confrontés les organismes de la concurrence récemment créés, défis qui font qu'il leur est difficile de coopérer pour le traitement des affaires, tout en reconnaissant les efforts déployés pour améliorer la coopération. L'étude expose les lacunes qui existent dans les dispositions de fond des différentes lois, les différences de régime juridique et de moyens coercitifs d'application ainsi que la nécessité de promouvoir la compréhension et la confiance en tant que mesures indispensables à une meilleure coopération. Le rapport se termine sur des pratiques recommandées en vue d'une coopération efficace, à partir de l'expérience acquise jusqu'à présent dans ce domaine.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Considérations générales.....	3
A. Définition des concepts	3
B. Cerner le problème	3
II. Formes de coopération.....	4
A. Arrangements multilatéraux – le Réseau international de la concurrence, l’Organisation de coopération et de développement économiques et la CNUCED.....	5
B. Modèles de coopération régionale	6
C. Accords Nord-Sud	12
D. Accords de coopération bilatéraux	12
E. Mécanismes de coopération informelle	13
F. Mécanismes concrets de coopération: la nouvelle génération d’accords de coopération conclus par les États-Unis d’Amérique et le Réseau européen de la concurrence.....	14
III. Difficultés éprouvées par les organismes de la concurrence récemment créés dans l’application des lois sur la concurrence.....	16
A. Répartition des compétences	17
B. Difficultés dans l’action menée à l’égard des fusions et ententes transfrontières	17
IV. Problèmes de politique générale et pratiques recommandées	19

Introduction

1. À sa douzième session, tenue du 9 au 11 juillet 2012, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a chargé le secrétariat de la CNUCED d'établir un rapport sur les modalités et procédures de coopération internationale dans les affaires de concurrence qui concernaient plus d'un pays.

2. La présente étude examine les défis auxquels les instances compétentes sont confrontées pour traiter les affaires de concurrence transfrontières et pour mettre en place des mécanismes de coopération efficace. Aussi bien dans les pays en développement que dans les pays développés, ces instances cherchent les moyens d'améliorer la coopération en matière de moyens d'application contraignants et le partage des meilleures pratiques. L'étude s'inspire de recherches et de rapports internationaux récents, par exemple des études de fond de la CNUCED rédigées pour les onzième (2011) et douzième (2012) sessions du Groupe intergouvernemental d'experts, entre autres, et des travaux en cours ou passés publiés par les principales organisations qui s'occupent de la question, comme l'Union européenne, le Réseau international de la concurrence (RIC), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et d'autres spécialistes de la question.

I. Considérations générales

A. Définition des concepts

Modalités

3. Pour les besoins de la présente étude, on entend par modalités les moyens et activités mis en œuvre par les instances spécialisées pour coopérer dans le traitement des affaires de pratiques anticompétitives transfrontières dans le cadre de mécanismes officiels ou officieux. Ces moyens et ces activités ont pris avec le temps des formes diverses.

Procédures

4. On entend par procédures les méthodes ou les moyens d'action habituels. En l'occurrence, il s'agit des méthodes employées par les instances compétentes dans leur coopération pour le traitement des affaires de pratiques anticompétitives transfrontières.

B. Cerner le problème

5. Dans une économie de plus en plus mondialisée, un pourcentage croissant de transactions ont une dimension internationale sous une forme ou sous une autre. En conséquence, il est nécessaire de resserrer la coopération entre les organismes de la concurrence pour que l'application contraignante de la législation parvienne effectivement à prévenir ou faire cesser les activités anticompétitives. En outre, la coopération, comme la convergence, est un processus évolutif qui implique la compréhension et la confiance. Certes, il importe de respecter le caractère confidentiel de l'information contenue dans les dossiers traités, mais si l'on ne peut pas discuter ou partager cette information avec des organismes homologues, la coopération s'en trouvera sérieusement compromise.

6. Ainsi, la coopération concernant les fusions transfrontières peut être utile aussi bien aux entreprises qu'aux organismes de la concurrence et elle déboucherait sur une analyse approfondie des dossiers, un processus approprié et une action en temps utile et des demandes d'informations¹. La coopération déployée pour combattre les pratiques anticompétitives, qu'elles soient le fait d'ententes internationales ou qu'elles résultent de fusions transfrontières, présente aussi un certain nombre d'avantages. Un rapport du RIC sur la coopération entre les organismes dans les enquêtes sur les ententes définit les avantages suivants²:

a) Dans l'étape précédant l'enquête, les organismes peuvent se notifier mutuellement les enquêtes sur les ententes qui pourraient avoir un effet dans d'autres juridictions; plusieurs juridictions peuvent désigner d'un commun accord les marchés ou les sociétés précis à soumettre à une enquête;

b) Dans l'étape de l'enquête proprement dite, les organismes pourraient coordonner leurs stratégies d'action, par exemple en procédant à des perquisitions simultanées, en émettant des convocations ou en interrogeant les parties en cause;

c) Au stade consécutif à l'enquête, les organismes pourraient échanger des informations sur leur stratégie de poursuites judiciaires ou sur les règlements et réparations possibles.

7. Des efforts sont encore déployés pour intensifier la coopération dans le traitement des affaires de pratiques anticompétitives transfrontières afin de remédier au défaut d'exécution contraignante. La prolifération d'arrangements de coopération plus souples est devenue une autre formule de coopération en sus des accords en bonne et due forme. Les organisations internationales qui travaillent sur ces questions sont la CNUCED, le RIC, l'OCDE, etc. Le présent rapport s'inspire des résultats d'une enquête RIC-OCDE et de l'examen des difficultés particulières de coopération rencontrées par les organismes de la concurrence nouvellement créés lorsqu'il s'agit de réprimer les pratiques anticompétitives transfrontières.

II. Formes de coopération

8. Avec les années, les outils de coopération permettant de traiter les affaires de pratiques anticompétitives transfrontières ont évolué, établissant les fondements de différents systèmes. On peut envisager la coopération sous différents angles. Les solutions et moyens suivants peuvent être utilisés:

a) Coopération informelle fondée sur l'Ensemble de pratiques et de règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives des Nations Unies (1980);

b) Coopération informelle fondée sur la recommandation de 1995 de l'OCDE relative à la coopération³, ou d'autres instruments analogues de droit non contraignant sans assise juridique particulière;

c) Coopération fondée sur des dérogations à la règle de confidentialité;

¹ Hansen M. (2011). Exposé présenté à la onzième session du Groupe intergouvernemental d'experts de la CNUCED. Genève, 19-21 juillet. Le texte peut être consulté à l'adresse: www.unctad.org/competition.

² Groupe de travail du RIC sur les ententes (2007). *Cooperation between agencies in cartel investigations*. Rapport à la Conférence annuelle du RIC. Moscou, mai (voir note ci-après).

³ Groupe de travail du RIC sur les ententes (2007). *Cooperation between competition agencies in cartel investigations*. Peut être consulté à l'adresse: www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf.

- d) Coopération fondée sur des dispositions du droit national;
- e) Coopération fondée sur des accords ou instruments ne portant pas spécifiquement sur la concurrence;
- f) Coopération fondée sur des accords traitant de la concurrence;
- g) Instruments de coopération régionale.

9. Une étude récente du RIC et de l'OCDE⁴ reprend les résultats d'une enquête qui a permis aux membres d'échanger des données d'expérience, des vues et des moyens d'améliorer la coopération en matière d'application du droit de la concurrence. Il importe de relever qu'un bon nombre d'organismes de la concurrence ont indiqué avoir très peu d'expérience, voire aucune expérience en matière de coopération dans des affaires précises, et que certains organismes de création récente ont fait état de difficultés rencontrées dans leurs demandes d'aide adressées aux organismes de pays développés. On voit donc qu'il existe des problèmes structurels, juridiques et psychologiques qu'il faut régler pour que la coopération porte ses fruits au-delà du cercle privilégié des pays de l'OCDE.

10. Deux types d'instrument juridique ont été cités comme étant utilisés couramment pour la coopération officielle entre les organismes: les accords bilatéraux et les clauses de dérogation à l'obligation de confidentialité de l'information. Des dispositions particulières figurant dans les lois nationales sont utilisées aussi couramment, d'après les résultats de l'enquête. La renonciation à la confidentialité de l'information est la mesure qui est appliquée le moins souvent par les pays extérieurs à l'OCDE. Le phénomène est imputable au fait que les règlements de l'Union européenne prévoient une disposition générale concernant les dérogations, alors que beaucoup d'accords régionaux de pays en développement ne contiennent pas ce genre de dispositions ou que ces dernières ne sont pas appliquées.

11. Des dispositions de courtoisie active figurent dans de nombreux accords nationaux, bilatéraux et multilatéraux, mais leur application est limitée. Très peu d'organismes ont recours à ce genre de disposition, par exemple pour notifier des affaires ou demander une aide à l'enquête. On peut expliquer cette carence par le développement des pratiques d'application contraignante, avec l'apparition de systèmes ouverts dans lesquels les organismes de la concurrence utilisent les médias (sociaux ou officiels) qui permettent l'échange d'informations avec des partenaires intérieurs et étrangers. Grâce aux réseaux et aux progrès technologiques, il est plus facile aujourd'hui de se parler par téléphone, courriel, Skype, etc., et d'obtenir des renseignements instantanément sur n'importe quel sujet.

A. Arrangements multilatéraux – le Réseau international de la concurrence, l'Organisation de coopération et de développement économiques et la CNUCED

12. Dans l'Organisation des Nations Unies, les travaux sur la politique de la concurrence, amorcés par le Conseil économique et social, se sont poursuivis sous l'égide de la CNUCED depuis 1964. Les négociations ont culminé par l'adoption unanime du code des pratiques commerciales restrictives de l'ONU, qui contenait une série de recommandations à l'intention des États Membres, concernant notamment les moyens de faire respecter le droit de la concurrence. Dans ce cadre, la CNUCED, par ses mécanismes intergouvernementaux et ses activités de renforcement des capacités, constitue depuis quarante ans une instance où les États Membres peuvent échanger des renseignements et

⁴ OCDE (2013). Working party No. 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3(2013)2. Paris, 12 février. Texte consultable à l'adresse [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En).

examiner les problèmes d'actualité, notamment en ce qui concerne l'adoption et l'application de lois sur la concurrence dans les pays en développement et les économies en transition, l'échange de meilleures pratiques par le renforcement des capacités et des consultations sur la coopération internationale.

13. Il y a cinquante ans, l'OCDE a publié une série de recommandations concernant le traitement législatif et administratif des pratiques commerciales restrictives. Ces recommandations ont débouché directement sur la collecte et la diffusion d'informations concernant l'évolution du droit de la concurrence dans les États membres de l'OCDE, et vingt ans plus tard, en 1986, sur une recommandation tendant à ce que les organismes chargés de faire respecter la concurrence envoient des notifications de gouvernement à gouvernement lorsqu'une mesure de sanction peut affecter directement les intérêts d'un autre État membre ou de ses ressortissants.

14. Le RIC est une autre instance multilatérale regroupant des organismes de la concurrence des pays développés et des pays en développement et qui réunit ses membres pour discuter de questions de concurrence et permettre l'échange d'idées et de bonnes pratiques. Le mandat du Réseau est notamment le suivant⁵: «préconiser l'adoption de normes et de procédures supérieures dans la politique de la concurrence dans le monde entier, formuler des propositions de convergence en matière de procédure et de dispositions de fond, et s'efforcer de faciliter une bonne coopération internationale dans l'intérêt des organismes membres, des consommateurs et des économies du monde entier».

B. Modèles de coopération régionale

15. Depuis une vingtaine d'années, des efforts de coopération aux échelons régional et sous-régional se sont fait jour. Il existe de nombreux accords de commerce bilatéraux comprenant des dispositions sur la concurrence entre les pays développés (Nord-Nord), les pays développés et les pays en développement (Nord-Sud), et les pays en développement (Sud-Sud). Ces efforts témoignent de la nécessité de coopérer pour combattre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières, particulièrement dans le domaine des fusions-acquisitions et des ententes.

16. Dans ce cadre général, des accords formels de coopération sont rédigés, négociés et signés par les parties concernées. Ces accords vont généralement au-delà de la simple politique de la concurrence pour s'étendre à d'autres aspects du commerce. Le présent rapport examine les dispositions de ces accords qui portent précisément sur la concurrence, les mécanismes de coopération qui y sont prévus et l'action sur le terrain lorsqu'il s'agit concrètement de régler des affaires de concurrence transfrontières. On peut englober dans ce genre d'accord ceux qui ont été établis dans les organisations suivantes: Union européenne, Marché commun du Sud (MERCOSUR) en Amérique du Sud, Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), Communauté des Caraïbes (CARICOM) et Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN).

17. La plupart sinon la totalité des groupements régionaux sont inspirés du régime européen de la concurrence, qui est considéré comme étant le plus efficace dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières, notamment par ses dispositions juridiques détaillées prévoyant une coopération au titre de l'article 11.3 du Traité de l'Union européenne et du Règlement 1/2003 du Conseil. Il faudrait savoir pourquoi d'autres accords régionaux n'ont pas obtenu le même succès.

⁵ Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/agency-effectiveness.aspx>.

18. Dans beaucoup de juridictions, quelle que soit leur situation géographique, l'expérience montre que les dispositions des accords régionaux relatives à la concurrence n'ont pas été appliquées. La question centrale qui demeure dans l'esprit des spécialistes est très bien exprimée par la citation suivante: «Pourquoi de si nombreux pays se soucient-ils d'adopter ce genre d'accords si les obstacles à leur bon fonctionnement sont élevés?»⁶. Cette citation nous amène à la question des modalités de coopération et à la nécessité d'examiner plus à fond ce qui freine le processus. Dans l'ouvrage cité précédemment, Bakhoum *et al.* font valoir que l'intérêt des accords régionaux sur la concurrence est fonction des «modalités de coopération» prévues dans leurs dispositions.

19. Les accords de coopération régionale présentent des physionomies variables. On peut mettre en place un régime commun d'exécution confié à un organisme supérieur doté soit d'une compétence exclusive (UEMOA), soit de pouvoirs parallèles à ceux des organismes nationaux de la concurrence (COMESA et CARICOM). Ces arrangements sont reconnus par les spécialistes comme étant parfaitement à même d'apporter des avantages à leurs membres. D'autres arrangements organisent des moyens de coopération moins complexes, mais ils prévoient l'échange d'informations et de bonnes pratiques et la formation d'une culture de la concurrence, comme dans le cas du MERCOSUR et de l'ASEAN. Nous allons examiner ci-après ces différents régimes de coopération.

Marché commun de l'Afrique orientale et australe

20. Le COMESA a dressé un cadre pour traiter les problèmes de pratiques anticompetitives transfrontières en adoptant en 2004 une politique et un droit régionaux de la concurrence, le règlement de la concurrence⁷. L'intégration régionale en matière de commerce et d'investissement exige un cadre équitable, transparent et prévisible pour faire des affaires en réglementant et en orientant la concurrence. Le Traité du COMESA comprend certaines des dispositions les plus détaillées relatives à la concurrence et un cadre institutionnel correspondant (UNCTAD 2005⁸, 2009⁹ et 2010¹⁰). Le règlement de la concurrence instaure un instrument complet de coopération, par des dispositions détaillées concernant les arrangements institutionnels, les pratiques commerciales anticompetitives, l'abus de position dominante, les fusions-acquisitions et la protection des consommateurs. La partie 2 du règlement prévoit la création de la Commission de la concurrence du COMESA. La Commission, née en 2012, est entrée en fonctions au début de 2013. Cependant, des conflits de compétence en matière d'examen des fusions entre le COMESA et ses organismes nationaux membres menacent la viabilité de la nouvelle institution en tant qu'outil efficace d'application du droit de la concurrence et de coopération internationale. Il est nécessaire d'élaborer en priorité des directives et des procédures claires pour évaluer les fusions-acquisitions, afin d'éviter les tensions entre l'institution régionale et ses membres et d'épargner des coûts inutiles aux entreprises.

⁶ Gal MS and Faibish I (2011). Regional agreements of developing jurisdictions: unleashing the potential. In: Bakhoum M, Drexl J, Gal MS, Gerber D and Fox E (éd.) (2012), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*. Social Science Electronic Publishing. Texte consultable à l'adresse: <http://ssrn.com/abstract=1920290>.

⁷ Voir COMESA Competition Regulations and Rules, décembre 2004.

⁸ Voir chap. 11, «Allocation of competences between national and regional competition authorities: the case for COMESA», dans UNCTAD (2005). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Publication des Nations Unies. UNCTAD/DITC/CLP/2005/1. New York et Genève.

⁹ UNCTAD (2008). La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence. TD/B/COM.2/CLP/69. Genève, 23 mai.

¹⁰ UNCTAD (2011). Examen de l'expérience acquise en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, notamment au niveau régional. TD/B/C.I/CLP/10. Genève, 10 mai.

21. La mise en œuvre du règlement du COMESA a nécessité quelques années. Une des principales causes de ce retard est l'insuffisance des ressources, humaines et financières, disponibles pour mettre en service la Commission de la concurrence et d'autres institutions de la Communauté. La difficulté réside dans l'ordre de priorité à établir entre les différents domaines d'action et dans la quantité de connaissances disponible, notamment pour les questions de concurrence et leurs répercussions sur le commerce entre les États membres. La Commission de la concurrence est aujourd'hui établie et son personnel clef était recruté pour la fin 2012. Elle devrait commencer à instruire les affaires en 2013. Le défi majeur à relever sera, pour les États membres, d'assurer la viabilité de la Commission, et pour celle-ci d'acquérir des compétences, de travailler avec les organismes nationaux et de s'engager dans la coopération internationale.

Union économique et monétaire ouest-africaine

22. L'UEMOA¹¹ est dotée d'une Commission de la concurrence supranationale qui a compétence exclusive tant sur le plan national que sur le plan communautaire. Des affaires sont en cours concernant des pratiques anticompetitives transfrontières dans les télécommunications, le transport, la distribution et le bâtiment. À l'échelon des mécanismes nationaux, beaucoup d'États membres n'ont pas les moyens de traiter les affaires locales, même dans les secteurs réglementés.

23. Le Traité de l'UEMOA prévoit un droit de la concurrence commun et un organisme régional unique à caractère supranational et doté d'une compétence totale dans toutes les affaires concernant la concurrence. L'examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal fait par la CNUCED en 2007¹² a montré que les règles de la concurrence de l'Union avaient modifié la manière dont les États membres traitaient les affaires. Au Sénégal, la compétence exclusive de la Commission de la concurrence de l'UEMOA était perçue «comme devant geler l'action naissante tant du Ministère du commerce pour ces tâches que celles de la Commission de la concurrence». En Côte d'Ivoire, où l'on relève un assez grand nombre d'affaires dans la période 1994-2001, il n'y en a eu aucune depuis lors¹³.

24. Deux facteurs ont été identifiés comme faisant obstacle à l'application des lois sur la concurrence dans la juridiction de l'UEMOA: premièrement, la difficulté «psychologique» d'accepter la décision d'un tribunal attribuant une compétence exclusive à la Commission régionale et, deuxièmement, la nécessité d'adapter les législations nationales aux règles régionales. La compétence exclusive de la Commission de la concurrence, non étayée par des ressources humaines ou financières suffisantes pour faire appliquer la loi, alliée au démantèlement des pouvoirs d'organismes nationaux comme ceux du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal, fait que l'UEMOA est devenue un paradis pour les ententes et les activités d'ententes injustifiables. Confrontée à ce défi, la Commission de la concurrence a élaboré, avec le concours de la CNUCED, un programme triennal pour l'élaboration d'une série de directives et d'un programme de renforcement des capacités visant à assurer l'application contraignante des règles communautaires de la concurrence, à l'échelon national comme à l'échelle régionale.

¹¹ UNCTAD (2008). La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence. TD/B/COM.2/CLP/69, 23 mai.

¹² UNCTAD (2008). *Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal*. Publication des Nations Unies. UNCTAD/DITC/CLP/2007/1. New York et Genève.

¹³ OCDE (2013). Working party No. 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3(2013)2. Paris, 12 février. Le texte peut être consulté à l'adresse: [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En). Et UNCTAD (2008). La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence. TD/B/COM.2/CLP/69. Genève, 23 mai.

Communauté de développement de l'Afrique australe

25. Le Traité de la SADC (1992) ne contient pas de disposition sur la concurrence, mais en vertu de l'article 25 du Protocole sur le commerce, les États membres sont tenus d'adopter des mesures complètes de développement du commerce intracommunautaire qui interdisent les pratiques commerciales déloyales et encouragent la concurrence¹⁴. C'est pourquoi en 2007 une conférence ministérielle de la SADC a chargé le secrétariat de mettre au point des mécanismes de coopération entre les États membres pour l'application de leur législation sur la concurrence et la protection des consommateurs. Les États membres ont choisi la formule souple de la coopération informelle.

26. En 2007, la SADC a créé le Comité de la politique de la concurrence et de la consommation en vue de consultations et de coopération pour les questions de concurrence et de protection des consommateurs. Le Comité tient une réunion par an à laquelle assistent tous les organismes nationaux de la concurrence et d'autres responsables de ces questions. Il est considéré comme un organe destiné à structurer progressivement les systèmes de coopération convenue entre les États membres. On s'attendait à ce que les États membres soumettent des affaires à l'examen du Comité, mais ce n'est plus le cas depuis 2008, à cause de différents obstacles. En revanche, les travaux portant sur la coopération informelle entre les organismes de la concurrence sont en bonne voie. Ainsi, la SADC a créé en 2012 une banque de données en ligne pour l'échange de renseignements non confidentiels sur les dossiers en cours ou clos (voir encadré 1).

Encadré 1

Banque de données sur le traitement des affaires de concurrence en ligne

Une innovation récente, destinée à améliorer la coopération et l'échange d'informations, a été la création d'une banque de données en ligne sur les affaires de concurrence. Le système vise à faciliter l'échange de renseignements entre les organismes de la concurrence des États membres et il permet à ces derniers d'afficher des informations à l'intention d'autres membres sur le portail de la SADC. Le système est en service et les pays ont déjà commencé à y publier des informations. L'échange d'informations confidentielles pose un problème, mais cette initiative est un progrès dans la coopération pour le traitement des affaires transfrontières.

Source: Secrétariat de la SADC.

27. Le secrétariat de la SADC ne possède pas un service très étoffé de la concurrence et il est tributaire de la volonté des États membres de soutenir ses travaux. Le principal goulet d'étranglement dans la création de mécanismes de coopération consiste à définir les domaines d'intérêt commun et à établir des procédures en conséquence, et à trouver un terrain d'entente et les moyens de coopérer pour répondre aux préoccupations communes. Les contraintes de capacité varient d'un pays à l'autre. Ainsi, seule l'Afrique du Sud est parvenue à traiter convenablement les affaires d'entente, particulièrement après la mise en place d'un programme de clémence. D'autres pays sont parvenus à inscrire ce genre de programme dans leur législation mais ne peuvent pas en appliquer intégralement les dispositions faute de ressources humaines et financières suffisantes.

¹⁴ Mathis J (2005). *The South African Customs Union (SACU): A Regional Cooperation Framework on Competition Policy and Unfair Trade Practices*. Publication des Nations Unies. UNCTAD/DITC/CLP/2005/3. New York et Genève.

28. Dans la SADC, seule l'Afrique du Sud est capable de s'attaquer aux ententes. Les affaires traitées par l'Afrique du Sud concernant des ententes soupçonnées d'agissements dans d'autres États de la Communauté concernent notamment les secteurs des engrais, des graines de maïs et du bâtiment. La plupart des autres membres n'ont pas assez de moyens pour combattre les ententes. En outre, leur législation ne donne pas des pouvoirs suffisants pour organiser des perquisitions inopinées et elle ne prévoit pas de programmes de clémence ou de dispositions sur l'échange d'informations. Ces divergences de champ d'action et de pouvoirs viennent encore affaiblir la coopération régionale.

29. Une autre difficulté majeure à laquelle la SADC est confrontée est la question des fusions, qui impliquent principalement des sociétés sud-africaines et ont des retombées dans d'autres États membres de la Communauté. On en trouve un bon exemple dans la fusion Wallart/Maasmart, qui a touché beaucoup, sinon la totalité des pays de la SADC. Une autre difficulté concerne les mesures correctives différentes et parfois contradictoires conçues par différents organismes. En raison de tous ces facteurs, l'harmonisation et la coopération sont loin d'être faciles.

Communauté des Caraïbes

30. Le Traité révisé de Chaguaramas de 2001 a créé la CARICOM et l'économie du marché unique de la CARICOM¹⁵. Le chapitre VIII, première partie, du Traité comprenait des dispositions sur la concurrence dans le cadre de l'effort déployé pour créer une culture de la concurrence et contribuer à la croissance des États membres dans le régime du marché unique. La Commission de la concurrence de la CARICOM (CCC) est chargée de s'occuper des pratiques anticompétitives transfrontières dans la Communauté, mais des difficultés juridiques et structurelles gênent son bon fonctionnement.

31. Les principales difficultés auxquelles la CCC est confrontée tiennent aux lacunes du cadre juridique, qui est trop général et très étendu. Pour que les dispositions du Traité soient applicables de façon contraignante, la CCC doit élaborer des principes directeurs par un processus d'approfondissement et d'affinage des définitions tenant compte de la situation économique, politique et sociale de la région.

32. Une autre difficulté qui affecte le fonctionnement de la CCC est la différence entre les systèmes juridiques des États membres de la Communauté. La plupart d'entre eux appliquent la *common law*, mais Haïti et le Suriname appliquent un droit civil fondé sur le droit européen continental. La CCC doit tenir compte de ces deux systèmes pour concevoir des règles et des procédures d'application des règles communautaires sur la concurrence.

33. Comme dans l'UEMOA, la CCC est confrontée au problème de la répartition des compétences entre elle-même, le Conseil du commerce et du développement économique, la Cour de justice des Caraïbes et les organismes nationaux de la concurrence. Ainsi, la Barbade, le Belize et le Guyana ont désigné la Cour de justice comme étant leur cour d'appel suprême, alors qu'en vertu du Traité celle-ci est la juridiction d'origine et qu'elle a seule compétence pour interpréter les dispositions du Traité¹⁶. Une autre question primordiale est de savoir comment la CCC coopère avec les petites économies insulaires relevant du secrétariat de l'Organisation des États des Caraïbes orientales pour les questions relatives aux activités anticompétitives¹⁷.

¹⁵ UNCTAD (2008). La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence. TD/B/COM.2/CLP/69, Genève, 23 mai.

¹⁶ Menns KL and Eversley D (2011). *The appropriate design of the CARICOM Competition Commission*. Document présenté à l'Australian Conference on Lutheran Education. Amsterdam, 20 mai.

¹⁷ UNCTAD (2008). La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence. TD/B/COM.2/CLP/69. Genève, 23 mai.

Amérique latine

34. En Amérique latine, les groupements régionaux cités dans la présente étude sont la Communauté andine et le MERCOSUR. Ces deux groupements ont eu très peu d'activités en ce qui concerne l'application contraignante des dispositions régionales relatives à la concurrence. En vertu de l'article 608 de son traité, la Communauté andine s'occupe des pratiques anticompétitives lorsque deux ou plusieurs États membres sont touchés; toutes les autres affaires ressortissent à la juridiction des organismes nationaux. L'application de l'article 608 s'est heurtée à différents obstacles, notamment à la difficulté pour les autorités nationales d'appliquer les décisions du secrétariat de la Communauté, en raison notamment de lacunes institutionnelles telles que l'absence d'une structure centrale adéquate dotée de ressources humaines suffisantes et spécialisées et assurant une coordination avec les autorités nationales.

35. Dans le MERCOSUR, les dispositions juridiques sur la concurrence n'ont pas été appliquées parce que les dispositions du Traité n'établissent pas clairement si les règles de la concurrence s'appliquent aux pratiques anticompétitives sur le plan intérieur ou aux pratiques transfrontières. En outre, les différences dans les législations nationales et des désaccords sur la relation entre le droit de la concurrence et les lois antidumping sont des questions épineuses au sein du MERCOSUR.

Asie de l'Est et du Sud-Est

36. Il existe en Asie de l'Est et du Sud-Est des arrangements régionaux: l'ASEAN et sa zone de libre-échange et la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC). Ces groupes n'ont pas de disposition sur la concurrence dans leurs accords commerciaux et la répartition des compétences n'y est pas un problème d'actualité. Cependant, l'APEC est très active dans le domaine de la concurrence et elle a créé en 1996 un groupe de la politique de la concurrence et de la déréglementation afin d'améliorer le climat de la concurrence dans la région et de faire mieux comprendre les lois et politiques régionales de la concurrence. Elle organise entre autres choses des cours de formation et le partage de données d'expérience.

37. Un autre grand domaine de préoccupation dans le traitement des questions de coopération relatives aux enquêtes sur les pratiques anticompétitives transfrontières est celui de l'exécution. Il faut en effet pouvoir disposer de ressources suffisantes pour traiter les dossiers avec compétence et diligence.

38. Comme on l'a vu précédemment, la Commission de la concurrence de l'UEMOA est un organe supranational ayant compétence totale pour les affaires de concurrence. Or l'insuffisance des capacités, tant à l'échelon des organismes nationaux qu'à celui de l'organisme régional, est réelle. En outre, le traitement concret des affaires devient un lourd fardeau pour la Commission car le coût du transport dans la région est prohibitif et absorbe une grosse part du budget de la Commission, ce qui affecte le nombre des affaires traitées et la durée des opérations.

39. Pourtant, les entreprises préfèrent travailler avec l'instance régionale, ce qui provoque une frustration chez les organismes nationaux. L'UEMOA s'est efforcée de remédier à cet inconvénient par des discussions avec certains représentants des organismes nationaux. Le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire et le Sénégal ont un organisme national, mais son mandat vis-à-vis de l'organisme régional n'est pas clair. La bonne volonté est présente, mais d'autres difficultés, par exemple l'absence d'indépendance des organismes nationaux (Bénin et Sénégal) ne permet pas d'ouvrir des enquêtes sans le concours des ministères compétents.

40. Parfois, aucun fonctionnaire précis n'est chargé des questions de concurrence, ce qui rend très difficile la coordination au niveau de l'Union. Certains pays comme la Guinée-Bissau et le Togo n'ont pas de service administrant la politique de la concurrence, de sorte que toutes les questions de concurrence doivent être traitées à l'échelon régional. Un des outils employés par l'UEMOA pour assurer la coordination est le travail en réseau avec les organismes nationaux. Dans les pays où la concurrence relève d'un ministre, l'UEMOA a engagé des consultations avec les cadres compétents et a demandé que des fonctionnaires soient affectés à plein temps au traitement des questions de concurrence.

41. L'UEMOA a essayé aussi d'envoyer des délégations aux organismes nationaux de la concurrence afin de promouvoir la formation de consensus et de créer un comité consultatif régional comprenant des représentants de l'instance régionale et des organismes nationaux. Ce comité se réunira deux fois par an à partir de 2013. Les affaires seront examinées par lui avant la prise d'une décision finale. L'UEMOA travaille aussi à des règles de procédure, qui permettront aux organismes nationaux de traiter toutes les affaires sauf celles qui concernent des pratiques transfrontières.

C. Accords Nord-Sud

42. Le renforcement des régimes juridiques de la concurrence est un élément clef des réformes de la réglementation dans de nombreux pays en développement et économies en transition. À cet effet, les pays ont négocié de nouvelles formes d'accords de coopération. Ainsi, l'Union européenne a introduit des règles de concurrence dans les accords d'association signés avec ses partenaires méditerranéens et avec les pays du Groupe Asie, Caraïbes, Pacifique. Toutefois, ces dispositions ne constituent pas actuellement une protection suffisante contre les pratiques anticompetitives affectant le commerce intérieur et les échanges entre ces blocs. Aucun des accords bilatéraux sur la politique de la concurrence conclus entre l'Union européenne et les partenaires méditerranéens n'a encore été mis en application.

43. Il en va de même de l'accord d'association entre l'Union européenne et l'Amérique centrale, signé en 2010, et d'autres accords de partenariat économique. Les régimes juridiques de la concurrence adoptés par les nombreux partenaires de développement sont généralement peu appliqués, de sorte que beaucoup de pratiques locales anticompetitives demeurent sans entrave. Une coopération efficace devrait comprendre un plan d'application pour chaque accord. À cette fin, il importe de fixer un calendrier assorti d'un programme de mise en œuvre détaillé et d'un renforcement des capacités afin que toutes les parties puissent s'acquitter de leurs obligations internationales.

D. Accords de coopération bilatéraux

44. Il existe de nombreux accords bilatéraux relatifs à la concurrence, et leur nombre a beaucoup augmenté depuis vingt ans. Ils présentent une caractéristique commune: ils visent tous l'entraide des pays pour le traitement des affaires impliquant des pratiques transfrontières. On peut citer les accords conclus entre l'Union européenne et l'Afrique du Sud, entre le Canada et le Costa Rica, entre l'Australie et la Thaïlande, entre l'Australie et Singapour, et entre le Mexique et le Japon.

45. Les États-Unis d'Amérique ont conclu avec l'Allemagne, l'Australie et le Canada une série d'accords bilatéraux qui prévoient une coopération et sont conçus en grande partie pour éviter les conflits découlant de l'application du droit de la concurrence, particulièrement dans les affaires extraterritoriales. Ces accords sont limités surtout à la notification des activités contraignantes d'application, à des consultations pour régler les différends et à l'échange des renseignements dont les lois sur la confidentialité de l'information autorisent la divulgation. En 2000, les États-Unis d'Amérique ont signé aussi des accords bilatéraux avec le Brésil et Israël.

46. La République de Corée a signé un accord bilatéral de coopération avec l'Union européenne, et le Japon a conclu des accords analogues avec l'Indonésie et la Malaisie. Le Canada a signé un accord de coopération avec le Costa Rica¹⁸. Tous ces textes contiennent des dispositions relatives à la concurrence qui visent à faciliter l'échange d'informations et de bonnes pratiques afin de traiter efficacement les affaires de pratiques anticompetitives, particulièrement celles qui ont des répercussions transfrontières.

47. En 1991, la signature d'un accord entre les États-Unis d'Amérique et la Commission européenne a marqué un tournant dans la coopération en matière de politique de la concurrence. L'accord contient des dispositions de notification qui visent à éviter les conflits, mais il met davantage l'accent sur la coopération destinée à rendre plus rationnelle et plus efficace la répression des pratiques anticompetitives. La principale innovation de l'accord est une disposition de «courtoisie active», en vertu de laquelle l'une des parties peut demander à l'autre de mener une enquête. Cette disposition n'a jamais été invoquée officiellement, mais elle constitue un important aspect de la coopération dans l'application du droit de la concurrence.

E. Mécanismes de coopération informelle

48. Il existe des modalités informelles de coopération internationale dans de nombreuses juridictions. Il s'agit habituellement de réseaux ou d'autres formes de collaboration particulières. Ces dernières années, des mécanismes de coopération informelle portant sur la concurrence sont apparus dans de nombreuses régions du monde. On a appliqué différents outils pour trouver les moyens d'échanger des renseignements et des meilleures pratiques, le principal étant l'information relative à des affaires judiciaires. Ces outils vont des mémorandums d'accord à l'échelon bilatéral, y compris de pays à pays (par exemple entre le Japon et l'Indonésie), jusqu'aux forums de discussion en réseau et autres formules du même genre.

49. Certains de ces instruments comprennent des mécanismes de coopération portant sur des affaires précises, alors que d'autres ont un caractère général. Certains organismes nationaux ont noué des relations informelles de travail en réseau et ont créé un niveau de confiance tel que des fonctionnaires peuvent demander par téléphone des renseignements sur une affaire particulière sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur un accord en bonne et due forme. Des forums de discussion en réseau apparaissent dans de nombreuses régions, comme le Réseau euroméditerranéen de la concurrence et le Forum africain de la concurrence.

¹⁸ D'autres accords méritent d'être notés: Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et l'Australie (juin 1982); Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Australie sur l'application mutuelle de la législation antitrust; Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et le Brésil (octobre 1999); Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et le Canada (août 1995); Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Chili sur la coopération dans la lutte antitrust (mars 2011); Mémorandum d'accord entre les États-Unis d'Amérique et la Chine sur la coopération dans la lutte antitrust et antimonopole (juillet 2011); Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et l'Allemagne (juin 1976); Accord de coopération entre les Communautés européennes et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique (septembre 1991); Groupe de travail États-Unis d'Amérique-Union européenne sur les fusions et sur les meilleures pratiques de coopération dans les enquêtes (octobre 2002); Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et Israël (mars 1999); Accord de coopération entre les États-Unis d'Amérique et le Japon (octobre 1999); Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique (juillet 2000); Recommandation États-Unis d'Amérique-OCDE sur la coopération entre les pays membres (juillet 1995). Voir UNCTAD (2006). L'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés. TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.4, 6 septembre.

50. Il convient de noter que la coopération informelle a pris de plus en plus d'importance depuis dix ans, surtout dans les régions où il existe des accords formels mais qui n'ont pas encore été mis en application ou dans les régions qui n'en ont pas. Dans les cas où les procédures ne sont guère structurées, cette formule laisse la place à une planification et à une marge de manœuvre, ce qui donne plus de souplesse pour concevoir le mode de coopération et d'exécution; c'est ce qui explique peut-être la prolifération récente des méthodes parallèles de coopération dans le traitement des affaires de concurrence.

51. Par son processus d'examen collégial volontaire, la CNUCED a contribué aux activités de coopération informelle entre les organismes de la concurrence, y compris à des échanges féconds entre les organismes de création récente et les organismes plus anciens. Une caractéristique appréciée des examens collégiaux volontaires de la CNUCED est l'étude des arrangements régionaux traitant de la concurrence, comme celui de l'UEMOA et de ses États membres¹⁹, et l'examen tripartite à l'intention de la République-Unie de Tanzanie, de la Zambie et du Zimbabwe²⁰. Les deux rapports d'examen collégial et leurs recommandations respectives font ressortir des domaines où la coopération interorganismes peut être le plus utile et ils proposent des réformes et l'adoption de bonnes pratiques. Les organismes ayant fait l'objet d'un examen collégial et qui acceptent les recommandations de la CNUCED bénéficient de prestations de renforcement des capacités pendant une durée allant jusqu'à trois ans.

52. La CNUCED a lancé deux autres initiatives de coopération: le Groupe de travail du commerce et de la concurrence CNUCED-Système économique d'Amérique latine (SELA)²¹, et plus récemment la Collaborative Information Platform²². Les activités du Groupe de travail sont axées sur l'échange d'informations, de données d'expérience et de bonnes pratiques en vue d'améliorer la coopération en matière de commerce et de concurrence. La Collaborative Information Platform est une banque de données en ligne – forum virtuel permettant aux organismes de la concurrence de partager des renseignements non confidentiels sur les affaires traitées par eux. Les organismes pourront afficher l'information relative aux affaires traitées par eux et accéder à l'information relative aux affaires traitées par d'autres organismes, de manière à se servir de cette information pour traiter des affaires analogues dans leur propre juridiction.

F. Mécanismes concrets de coopération: la nouvelle génération d'accords de coopération conclus par les États-Unis d'Amérique et le Réseau européen de la concurrence

53. Depuis vingt ans, les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne échangent des notifications et de nombreuses informations publiques afin de s'aider mutuellement à définir des produits et à délimiter des marchés géographiques et d'étudier des mesures correctives à prendre au cours d'enquêtes parallèles. Les responsables ont des entretiens quotidiens pour discuter de questions d'intérêt commun, ce qui les aide à mieux comprendre leurs législations respectives et ce qui constitue pour l'autre partie des «intérêts importants».

¹⁹ UNCTAD (2008). *Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal*. Publication des Nations Unies. UNCTAD/DITC/CLP/2007/1. New York et Genève.

²⁰ UNCTAD (2012) *Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence: Rapport tripartite sur la République-Unie de Tanzanie, la Zambie et le Zimbabwe*. Publication des Nations Unies. UNCTAD/DITC/CLP/2012/1. New York et Genève.

²¹ Le Groupe de travail CNUCED-SELA du commerce et de la concurrence, créé en 2008, comprend des experts de 25 pays d'Amérique latine et des Caraïbes.

²² Azrachi HA and Qaqaya H (2012). UNCTAD's Collaborative Information Platform. *Concurrences*. 4-2012:204–207.

54. La nouvelle génération d'accords de coopération conclus par les États-Unis d'Amérique est complexe. D'après M^{me} Varney, membre de la Federal Trade Commission (1995), «l'aspect essentiel de la Loi est que l'interdiction habituelle de l'échange d'informations confidentielles ne s'applique pas si nous concluons avec un organisme étranger de lutte antitrust ou avec un gouvernement étranger un accord qui prévoit l'échange de renseignements dans la lutte antitrust et des garanties suffisantes de traitement confidentiel et qui permet à l'organisme sollicité de refuser toute demande d'aide qu'il juge contraire à son intérêt public»²³. Une fois qu'un accord de ce genre est en place et après que l'on a fait la vérification nécessaire concernant la protection de l'intérêt public, la Federal Trade Commission et le Département de la justice sont autorisés à divulguer l'information confidentielle figurant dans leurs dossiers et à user de leurs propres pouvoirs d'enquête pour rassembler l'information confidentielle demandée par un organisme étranger. La loi repose sur trois principes restrictifs qui sont envisagés par l'accord: a) réciprocité; b) protection de l'information confidentielle; c) décisions prises au cas par cas concernant la protection de l'intérêt public.

55. Le Réseau européen de la concurrence est un des arrangements les plus efficaces pour traiter les pratiques anticompétitives transfrontières. Il ressortit aux articles 101 et 102 du Traité de l'Union européenne relatifs au fonctionnement de l'Union. Le Traité pose les bases d'une coopération entre la Communauté et les organismes nationaux en vue d'une bonne application des règles communautaires sur la concurrence. Dans le cadre du Réseau, la Commission européenne et les organismes des États membres coopèrent notamment dans les domaines suivants: notification des nouvelles affaires, coordination des enquêtes, entraide dans les enquêtes et échange d'informations/d'éléments de preuve. Le Règlement 1/2003 impose aux tribunaux et aux organismes nationaux l'obligation d'appliquer le droit européen aux pratiques commerciales transfrontières des entreprises qui limitent la concurrence et qui sont, par conséquent, contraires à l'intérêt du consommateur.

56. Le Réseau européen est un lieu de rencontre où les experts de différents secteurs peuvent échanger des idées, des données d'expérience et des bonnes pratiques. Ils sont organisés en groupes de travail sectoriels, tels que les suivants: services financiers, énergie, assurance, alimentation, produits pharmaceutiques, télécommunications, soins de santé, technologies de l'information et de la communication, environnement.

57. Le modèle européen présente une caractéristique importante, c'est que les 26 organismes nationaux de la concurrence sont tous en fonctions et appliquent à la fois le droit européen et leur droit national. Le Réseau est un nouveau degré dans les moyens de faire appliquer le Traité de l'Union européenne et ses règlements qui définissent clairement les principes directeurs du fonctionnement du Réseau. L'Union européenne est un bon exemple de la manière d'exploiter efficacement ce genre de système et il y aurait beaucoup de leçons à en tirer pour d'autres régions.

58. Parmi d'autres arrangements européens, on peut citer l'Alliance nordique entre les organismes nationaux des pays nordiques, qui vise l'échange de données d'expérience concernant les procès, et en particulier le Réseau nordique des cartels, établi en 2000. On peut citer aussi l'Initiative centrale de la concurrence pour les pays d'Europe orientale.

59. En dehors des mécanismes de coopération de son Réseau de la concurrence, l'Union européenne a conclu des accords bilatéraux avec des pays extérieurs. Ces accords dits de première génération ont été signés avec les États-Unis d'Amérique (1991), le Canada (1999), le Japon (2003) et la République de Corée (2009). Ils ont contribué à améliorer le

²³ Varney CA (1995). Cooperation between enforcement agencies: building upon the past. Prepared remarks of the Commissioner. Exposé de la Federal Trade Commission des États-Unis devant le Comité du commerce et de l'investissement de l'APEC, Conférence sur la politique et le droit de la concurrence. Auckland. 25 juillet. Texte pouvant être consulté à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/varney/newz.shtm> (consulté le 17 avril 2013).

dialogue et à poser un cadre d'action structuré, ce qui a fait avancer les moyens d'appliquer les règles de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles transfrontières. Néanmoins, ces accords ne permettaient pas l'échange d'informations confidentielles ou protégées. Le seul moyen de partager ce genre d'information était d'obtenir des entreprises concernées leur consentement ou une dérogation à la règle du secret. Il ressort de l'expérience de l'Union européenne que l'échange d'informations confidentielles n'est pas facile à obtenir, surtout dans les enquêtes sur les ententes.

60. En conséquence, l'Union européenne négocie avec d'autres juridictions, la Suisse et le Canada, un nouveau type d'accord, appelé aujourd'hui accord «de deuxième génération». Cette nouvelle formule fournit un cadre juridique qui permet l'échange de renseignements confidentiels recueillis au cours d'une enquête concernant une affaire précise qui touche les deux parties. L'échange est subordonné à certaines conditions, particulièrement aux règles sur la protection des données, qui s'appliquent dans tous les cas. En ce qui concerne plus particulièrement le cas de la Suisse, l'accord contient des dispositions qui existaient déjà dans les accords de première génération: notification des activités de répression, aspects pratiques de la coopération, courtoisie active et courtoisie passive.

61. Les accords de deuxième génération se caractérisent par les modalités d'examen et de transmission de l'information entre la Commission européenne et la Commission suisse de la concurrence et par l'échange d'informations sur une affaire précise ou une transaction connexe faisant l'objet d'une enquête menée par les deux autorités. L'information reçue au cours de leurs procédures respectives de clémence ou de règlement est exclue des possibilités d'échange, à moins que les parties concernées n'en décident autrement. L'accord exclut aussi l'échange d'informations dont la divulgation est interdite par leurs législations respectives au titre des droits procéduraux et de la protection de la confidentialité. Il contient aussi des dispositions relatives à la protection de l'information examinée ou transmise. Toutes ces opérations ont été facilitées par le fait que l'Union européenne et la Suisse savaient que leurs règles de confidentialité étaient comparables et que les secrets d'affaires et autres renseignements confidentiels transmis par l'une ou l'autre partie ne seraient pas divulgués.

III. Difficultés éprouvées par les organismes de la concurrence récemment créés dans l'application des lois sur la concurrence

62. Les sections qui précèdent montrent que la coopération dans le cadre de l'Union européenne et de ses États membres ainsi qu'entre les États-Unis d'Amérique et leurs partenaires a bien réussi pour traiter les affaires de pratiques anticoncurrentielles transfrontières, de même que, dans une certaine mesure, les accords de coopération Nord-Nord. En revanche, ce n'est pas le cas de beaucoup d'autres juridictions récentes même lorsqu'il existe des accords bilatéraux avec des organismes de la concurrence plus anciens. Le tableau devient encore moins brillant si l'on considère la situation des pays en développement.

63. La présente section examine les difficultés auxquelles les organismes de la concurrence des pays en développement se heurtent lorsqu'ils essaient de coopérer pour faire appliquer le droit de la concurrence. Au vu de l'expérience de certains groupements régionaux, surtout en Afrique, on constate des préoccupations et des difficultés concernant la mise en œuvre des accords et la nécessité de l'améliorer²⁴. Ces difficultés ont été signalées comme étant les principaux obstacles à une bonne coopération dans le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles transfrontières.

²⁴ L'information sur l'expérience en matière de coopération régionale est tirée d'entretiens personnels avec Alex Kububa, Président de la Commission de la concurrence du COMESA, Gladmore Mamhare, Expert de la concurrence au Secrétariat de la SADC (novembre 2012), et Amadou Dieng, Administrateur principal, Commission de la concurrence de l'UEMOA (décembre 2012).

A. Répartition des compétences

64. L'étendue et la profondeur des engagements dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence diffèrent d'un arrangement régional à un autre, de même que le degré de compétence attribué aux organes régionaux dans l'application des règles de la concurrence. La compétence de l'institution régionale peut affecter l'étendue de la coopération dans l'application des règles.

B. Difficultés dans l'action menée à l'égard des fusions et ententes transfrontières

65. Alors que les pays développés ont très bien réussi à contrecarrer les pratiques anticompétitives transfrontières, la plupart des pays en développement restent à la traîne, à l'exception des organismes de la concurrence plus avancés des économies émergentes qui ont conclu un accord de coopération avec les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne. Dans un rapport de 2012²⁵, la CNUCED examine le cas de plusieurs pays qui ont enregistré de bons résultats dans la lutte contre les ententes transfrontières et le contrôle des fusions et elle recense les difficultés particulières éprouvées par les pays en développement dans leur action à l'égard des ententes et fusions internationales.

66. Il a été amplement prouvé que les ententes internationales nuisent aux consommateurs, mais les fusions transfrontières peuvent avoir elles aussi une incidence sur la structure du marché, avec risque de voir apparaître des pratiques anticompétitives comme l'abus de position dominante. Une étude de la CNUCED²⁶ montre qu'en période de récession économique, la coopération est un instrument déterminant pour combattre les pressions et la tentation de céder aux demandes d'assouplissement des règles concernant les fusions afin d'atteindre d'autres objectifs.

67. Il faut reconnaître néanmoins que la coopération dans le traitement des affaires de pratiques anticompétitives transfrontières a donné de bons résultats. Nous en verrons deux exemples dans l'encadré 2.

Encadré 2

Exemples de coopération dans des enquêtes sur des affaires de coentreprise et de soumissions frauduleuses

Le projet de coentreprise entre Rio Tinto et BHP Billiton est un exemple des avantages de la coopération internationale²⁷. La coopération et la coordination entre la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, la Commission européenne, le Bureau allemand des cartels, la Commission japonaise de la concurrence loyale et la Commission de la concurrence loyale de la République de Corée (KFTC) ont permis à tous les organismes d'opposer la même parade au projet, obligeant les candidats à retirer leur demande en octobre 2010. On s'était aperçu en effet que la coentreprise envisagée aurait nui à la concurrence sur le marché de tous les pays concernés. La KFTC a pris l'initiative de partager ses constatations et ses renseignements avec les autres autorités, ce qui a accentué la pression exercée sur les deux entreprises, qui ont dû céder au pouvoir de l'action concertée et se retirer du projet envisagé. Cet exemple montre la force de la coopération dans le traitement des affaires de concurrence.

²⁵ UNCTAD (2012). Pratiques anticompétitives transfrontières: difficultés rencontrées par les pays en développement et les pays en transition. TD/B/C.I/CLP/16. Genève, 19 avril.

²⁶ UNCTAD (2010). Sensibilisation aux questions de concurrence, contrôle des fusions et application effective du droit en période de difficultés économiques. TD/RBP/CONF.7/6. Genève, 26 août.

²⁷ UNCTAD (2012). Pratiques anticompétitives transfrontières: difficultés rencontrées par les pays en développement et les pays en transition. TC/B/C.I/CLP/16. Genève, 19 avril.

Un autre exemple intéressant est celui d'une entente sur les câbles sous-marins²⁸ qui a été démantelée grâce à l'action conjuguée de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, de la Commission européenne, de la Commission japonaise de la concurrence loyale, de l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Département de la justice des États-Unis. Cette affaire impliquait une entente sur les prix, des soumissions collusoires et la répartition de parts de marché entre quatre fournisseurs de câbles sous-marins entre 2001 et 2006. Les juridictions précitées ont pu échanger leurs informations, ce qui a permis à la Commission australienne d'engager des poursuites contre l'entente internationale en 2007. Cette affaire montre que la coopération est un bon moyen de faire face aux ententes internationales, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement.

68. Pourtant, de nombreux organismes de la concurrence sont confrontés à des difficultés diverses, notamment au manque d'expérience en matière d'application. Dans le cas des ententes, les organismes des pays en développement sont généralement alertés sur les mesures prises en cas d'infraction par des rapports et par la presse. Ils doivent ouvrir une enquête préliminaire pour évaluer si l'entente internationale en cause touche leur propre marché. Afin de faciliter cette évaluation, la coopération avec les pays développés est un atout précieux pour obtenir un complément d'information. De cette façon, ils peuvent vérifier si leur marché figurait dans la répartition globale des marchés entre les membres de l'entente.

69. Les demandes de clémence facilitent l'obtention de preuves dans les enquêtes sur les ententes. Or, les parties à une entente internationale ne choisissent pas souvent de présenter une demande dans un pays en développement, d'autant plus que dans bien des cas elles n'ont pas de présence physique dans ce pays. Il est donc plus difficile pour les organismes nationaux d'enquêter sur l'entente au sein de leur groupe régional car ils ne peuvent pas employer les moyens habituels tels que perquisitions inopinées, interrogatoires ou demandes d'explications écrites. C'est pourquoi la coopération avec les juridictions qui enquêtent sur une même entente devient indispensable.

70. Dans le cas des fusions aussi, les organismes de la concurrence récemment créés sont confrontés à différentes difficultés. L'absence de notification ou la notification tardive est souvent un gros problème. Dans les juridictions où la notification des fusions est facultative, le risque est encore plus élevé. Il devient encore plus difficile de gérer le calendrier de réponse aux demandes de renseignements. Lorsque les demandes sont présentées tard, elles exercent une pression sur des ressources déjà très sollicitées. Les juridictions qui ont des dispositions prévoyant une notification a posteriori sont confrontées à des défis encore plus grands. Lorsque les fusions ont été approuvées dans d'autres juridictions, les organismes de la concurrence se voient souvent contraints de les approuver aussi, bien qu'elles puissent avoir des effets anticompetitifs.

71. Une autre difficulté réside dans l'accès à l'information pour les petits organismes de la concurrence qui n'ont pas les moyens de recueillir les renseignements requis pour évaluer convenablement une fusion. La difficulté s'aggrave lorsque les parties à la fusion se trouvent dans des juridictions différentes, d'autant plus que parfois elles n'ont pas de présence physique sur place. On peut alors envisager une coopération avec les services étrangers de la concurrence mais ces derniers peuvent être réticents car la confidentialité des informations commerciales est en jeu. L'accès à l'information pose aussi le problème des obstacles linguistiques entre les juridictions. Une information donnée dans une langue qui n'est pas comprise de son destinataire n'a guère d'intérêt et est pratiquement inutile.

²⁸ OECD (2012). Discussion on limitations and constraints to international cooperation. Working party n° 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3/WD(2012)41. Paris, 18 octobre, p. 33.

72. Il ressort des recherches de la CNUCED²⁹ que les contraintes de ressources et de capacités sont peut-être un des principaux problèmes auxquels se heurtent les organismes de la concurrence des pays en développement. Si le volume limité des ressources est lié aux contraintes financières auxquelles sont confrontés les pays les moins avancés et à la nécessité d'établir un équilibre et un ordre de priorité entre les sollicitations conflictuelles dont le budget de l'État est l'objet, il est aussi le reflet de l'absence de soutien des pouvoirs publics pour la politique et le droit de la concurrence. L'aptitude des organismes des pays en développement à coopérer avec leurs homologues d'autres pays s'en ressent et leur complique la tâche lorsqu'il s'agit de traiter des affaires de pratiques anticompétitives transfrontières.

IV. Problèmes de politique générale et pratiques recommandées

73. Toutes les formes courantes de coopération recensées dans la présente étude sont importantes mais elles comportent des inconvénients non négligeables. À quelques exceptions près³⁰, la plupart des pays interdisent à leur organisme de la concurrence de divulguer l'information confidentielle qu'il obtient au cours d'une enquête. Cette interdiction, qui protège incontestablement les droits des parties, affaiblit aussi le degré de coopération entre les organismes de la concurrence. La divulgation publique de cette information serait préjudiciable à l'entreprise qui l'a fournie, aux futures activités de collecte d'informations de l'organisme et à l'intérêt des consommateurs. Le défi auquel les organismes de la concurrence sont confrontés consiste à promouvoir une meilleure compréhension mutuelle de leurs législations respectives et à en assurer l'application effective, tout en protégeant les intérêts privés et publics légitimes.

74. Outre les freins à l'échange d'informations confidentielles, l'analyse qui précède montre les obstacles à la coopération qui résultent de différences dans la législation, les procédures, les régimes juridiques, l'efficacité de l'appareil judiciaire et le degré de confiance et de compréhension mutuelles. La récente série d'accords conclus entre les économies avancées et les économies émergentes montre que la coopération est un processus évolutif qui implique l'adaptation progressive des règles et des procédures et une confiance mutuelle. En outre, la coopération informelle par le renforcement des capacités et l'échange de données d'expérience et de vues sur la manière dont différents organismes ont traité certaines affaires désormais closes peut être une source précieuse d'amélioration des compétences et permettre d'éliminer l'écart entre les différents organismes. C'est le déficit de capacité technique, de régime juridique et de confiance mutuelle qui doit être comblé si l'on veut améliorer et développer la coopération dans le domaine de la politique de la concurrence.

75. Certaines des meilleures pratiques que l'on peut tirer de l'expérience recensée ci-dessus sont les suivantes:

- a) Promouvoir une meilleure compréhension mutuelle des lois, des critères d'évaluation et de la conception des mesures correctives et des sanctions des différents pays;
- b) Renforcer les moyens humains et techniques que possèdent les organismes de la concurrence récemment créés pour faire respecter le droit de la concurrence;

²⁹ UNCTAD (2011). Efficacité des activités de renforcement des capacités et d'assistance technique mises en œuvre à l'intention des organismes chargés de la concurrence récemment créés. TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1. Genève, 29 juin.

³⁰ L'Australie possède une loi en vertu de laquelle l'information confidentielle peut être communiquée à des organismes étrangers pour utilisation dans des procès civils (Mutual Assistance in Business Regulation Act de 1992). Les services canadiens de la concurrence ont organisé une consultation sur une proposition de loi qui comprend un amendement permettant le partage d'informations confidentielles dans certaines conditions.

- c) Élaborer des principes directeurs et des meilleures pratiques en vue de la conclusion d'accords de coopération fondés sur les cas de réussite et les cas d'échec;
 - d) Mettre en place des plans de travail et des programmes de renforcement des capacités pour mettre en œuvre les dispositions des accords bilatéraux, régionaux et internationaux sur la concurrence, et rendre compte de cette mise en œuvre;
 - e) Faire des échanges de personnel et détacher des conseillers sur place afin de promouvoir la compréhension et la confiance mutuelles;
 - f) Promouvoir la transparence des procédures, des processus et des concepts;
 - g) Élaborer des politiques de clémence qui soient voisines, car des différences dans ce domaine pourraient décourager l'octroi aux demandeurs de clémence de dérogations au principe de confidentialité de l'information;
 - h) Assurer l'inscription dans la législation nationale de dispositions prévoyant la coopération et l'échange d'informations aux fins d'application de cette législation;
 - i) Établir et appliquer des garanties claires de respect de la légalité et de protection de l'information confidentielle.
-